

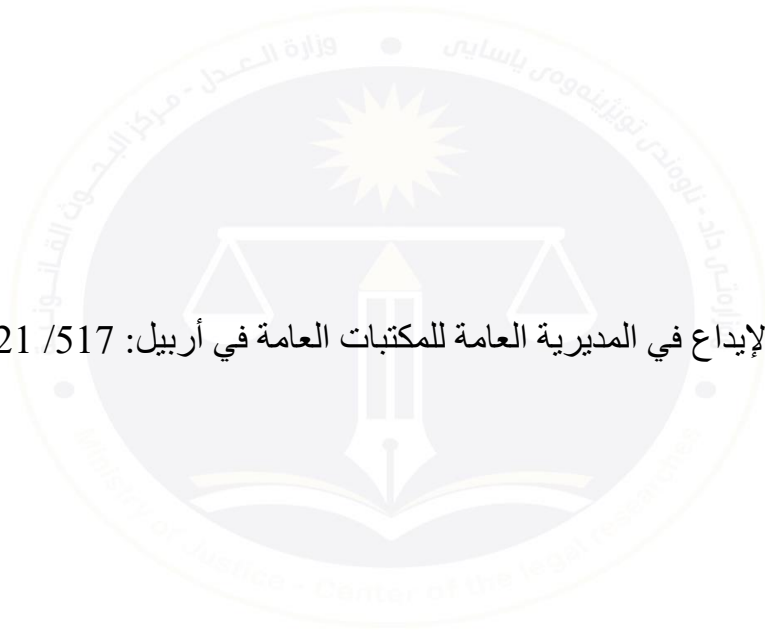


# مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْأَجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کومه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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



# مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْأَخْتِيَارِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کۆمه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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

" گۆقاریکی زانستی نیو سالی یه، له لایه ناره ندی توژیینه وهی یاسایی له وهزاره تی دادی حکومه تی  
ههریمی کوردستان – عیراق دهرده چییت، که تاییه ته به بلاوکردنه وهی توژیینه وه و لیکۆلینه وهی یاسایی،  
به ههر سنی زمانه کانی عه ره بی، کوردی، ئینگلیزی "

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

السنة الثالثة/ " عدد خاص 2023 "

سالی سییه م / " ژماره ی تاییه ت 2023 "

The Third Year/ "Special Issue 2023"





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

گۆقاره که دهردهچیت له لایهن حکومهتی ههریمی کوردستان - عێراق،  
وهزارهتی داد - ناوهندی توێژینهوهی یاسایی

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



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





**تُرسل جميع المراسلات على العنوان الآتي:**  
إقليم كوردستان - 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 - لبنان



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







### 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، عميد لكلية الحقوق، جامعة المنصورة - مصر.
20. الأستاذ الدكتور يان دي غروف، أستاذ القانون الدولي العام، كلية القانون، جامعة أنتفيرب، بلجيكا.

## هيئة التحرير

### رئيس التحرير

#### الأستاذ الدكتور

### محمد سليمان الأحمد

كلية القانون - جامعة السليمانية/ رئيس مركز البحوث القانونية

### سكرتير التحرير

#### الدكتور هادي مسلم يونس

المستشار الأقدم لمجلس شورى الإقليم

### أعضاء هيئة التحرير

#### الأستاذ الدكتور

#### أميد صباح عثمان

رئيس ديوان مجلس وزراء الإقليم

#### الأستاذ الدكتور

#### عدنان إبراهيم سرحان

كلية القانون - جامعة الشارقة - الإمارات

#### الأستاذ الدكتور دانا عبد الكريم سعيد

عميد كلية القانون - جامعة السليمانية

#### الدكتور

#### خالد إبراهيم السليم

كلية القانون - جامعة سوران

#### الأستاذ الدكتور

#### عبد الكريم صالح عبد الكريم

كلية القانون - جامعة دهوك

### إدارة التحرير:

#### الدكتور حسيب صالح إسماعيل

مدير الشؤون العلمية في وزارة التعليم العالي

#### كرمانج يونس عثمان

مستشار وزير العدل

### الإشراف الفني:

#### توانا سامي عبد الرحمن

سكرتير مجلس مركز البحوث القانونية





## قواعد النشر في مجلة العقد الاجتماعي

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

أ- البحوث والدراسات العلمية:

- قواعد عامة:

1. التعهد من الباحث بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها- ورقياً أو إلكترونياً- وألا تكون مقدمة للنشر إلى أية جهة أخرى.
2. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة إلى المعرفة القانونية.
3. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق لمواد البحث.
4. ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من أطروحة دكتوراه أو رسالة ماجستير تقدم بها الباحث، أو جزءاً من كتاب له سبق نشره.
5. ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 15 ألف كلمة بما في ذلك المراجع والهوامش والجداول والأشكال والملاحق.
6. لا يجوز نشر البحث في أية مجلة أخرى بعد إقرار نشره في مجلة العقد الاجتماعي، 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 دعائه.
- 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

- 25 ..... الافتتاحية كلمة السيد وزير العدل في المؤتمر العلمي الثاني
- 27 ..... كلمة السيد رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر
- 33 ..... كلمة السيد رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر
- 37 ..... جدول أعمال المؤتمر
- 45 ..... توصيات المؤتمر
- 49 ..... كلمة هيئة التحرير

## البحوث باللغة العربية

- 53 ..... وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية دراسة مقارنة (فرنسا - مصر - الكويت) .... الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي
- 87 ..... الملامح العامة المحددة للجغرافية القانونية ..... الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد و الأستاذ الدكتور هيو إبراهيم الحيدري
- 153 ..... نظرات على القانون المقارن ..... الأستاذ الدكتور طارق كاظم عجيل
- 177 ..... تجويد شعب الدولة عن طريق نظام الجنسية ..... الأستاذ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي
- التنظيم القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم اليمني مقارنة مع قانون التحكيم المصري ..... الدكتور غالب عبدالله غالب القعيطي
- 213 ..... نظام المسؤولية المهنية ودورها في تقوية النظام التعويضي دراسة في التشريع الجزائري والمقارن ..... الدكتور حمادي عبد النور
- المقارنة بين النصوص الدينية والقانونية رؤية استشرافية للعلاقة بين القواعد الحديثة والدستورية ..... الدكتور إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب
- 289 ..... القانون الضريبي المقارن دراسة في المقاربات المنهجية ..... الدكتور فؤاد العثماني
- 329 ..... تفاوت الحماية الجنائية للأداب العامة في التشريعات المقارنة دراسة مقارنة ..... الدكتور نضال ياسين حمو و محمد ناصح محمد أمين
- 355 .....

|  |   |
|--|---|
| المنظمات الدولية ودورها في تطوير قواعد التجارة الدولية - الاونسترال انموذجا...395                                  | الأستاذ الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب .....       |
| النهج المقارن وأثره في تدويل أحكام القانون الدولي الخاص.....423  | الأستاذ المساعد الدكتور عبدالله فاضل حامد .....   |
| الجرائم المعلوماتية دراسة مقارنة في القانونين السوري والمصري.....467   | الدكتورة ترتيل تركي الدرويش .....                 |
| مشروعية تأجير الأرحام - الأم البديلة - في ضوء التشريعات القانونية - دراسة مقارنة-527                               | الدكتورة حنان علي إبراهيم وآلاء بهاء عمر .....    |
| الدراسات القانونية المقارنة بين الأنظمة القانونية - الأدوار والأهمية والآثار - ...557                              | الدكتورة أمال قادري ومحمد نجيب ديابلو .....       |
| تأثير القانون الأنجلو أميركي على اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.....591  | الدكتورة تالا زين .....                           |
| عقد التلقيح الاصطناعي المساعد على الإنجاب دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والجزائري .....619                      | الأستاذ المساعد الدكتورة ايناس مكي عبد نصار ..... |
| إشكالات تحديد معيار الخطورة في نظام المحكمة الجنائية الدولية إحالة ما في ممرمة لجزر القمر - كدراسة حالة - .....647 | الدكتور حبيب النعيمي .....                        |
| جزاءات الإخلال بالعقد (دراسة مقارنة).....671   | الدكتورة سارة مصطفى زين .....                     |
| المعالجات التشريعية للإلث الإلكتروني (دراسة مقارنة).....709  | سانا كمال عبدالله .....                           |
| مدى تكييف الاتفاقيات الدولية في الدساتير الوطنية لحماية حقوق الإنسان - العراق أنموذجا - .....755                   | عمر عبدالله محمد الكروش .....                     |

#### البحوث باللغة الإنكليزية

|   |                           |
|---|---------------------------|
| <b>The Role and Potential of Comparative Studies in Developing Commercial Laws.....17</b> | Dr. Hiwa Ali Hussein..... |
| <b>Main aspects of United Kingdom's criminal law.....49</b>                               | Dr. Mahdi Nuraden .....   |

## عدد خاص 2023

أبحاث المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الثالث لمركز البحوث  
القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق.  
المنعقد في تاريخ 2023/3/2 تحت شعار:  
(الدراسات القانونية المقارنة عماد تطوير  
المنظومة القانونية الوطنية))





## افتتاحية العدد الخاص 2023

### كلمة السيد وزير العدل في افتتاحية المؤتمر العلمي الافتراضي الثالث لمركز البحوث القانونية المنعقد يوم الخميس 2023/3/2

أعزائي المؤتمرين الكرام:

في هذا اليوم الخميس الموافق الثاني من شهر مارس لعام 2023، نجتمع في رحاب وزارة العدل في إقليم كردستان - العراق، حيث ينظم مركز البحوث القانونية في وزارتنا مؤتمره العلمي الدولي الافتراضي الثالث تحت شعار: **(الدراسات القانونية المقارنة عماد تطوير المنظومة القانونية الوطنية)**، وإني إذ افتتح أعمال هذا المؤتمر، أشيد بجهود اللجنتين العلمية والتحضيرية في الارتقاء بمستوى المؤتمرات العلمية لما كُمنته من مضامين حيوية ومواضيع علمية غاية في الأهمية، حيث تنوعت لتشمل كافة دراسات القانون ذات الطبيعة المقارنة، كما تضمنت الدراسات أبحاث خاصة عن نظريات علم القانون المقارن ودراسات أخرى حول بعض الشرائع السائدة في العالم، والتعريف ببعض الأنظمة القانونية الأجنبية.

لقد قطع مركز البحوث القانونية في وزارتنا شوطاً كبيراً خلال وقت قياسي قصير، حيث كانت لديه العديد من النشاطات الفكرية والعلمية، من مؤتمرات وطاولات مستديرة،

وإصدار سبعة أعداد من مجلتنا التي انتشرت في جميع البقاع، مجلة العقد الاجتماعي، والتي شكلت أيقونة واضحة للمجلات العلمية الرصينة.

إننا اليوم نسجل أثراً آخر لنشاطات المركز - المؤتمر العلمي الخاص بالدراسات القانونية المقارنة -، وما تمثله هذه الدراسات من غنى و ثراء على منظومة التشريع الوطنية واتجاهات القضاء وتوجهات الفقه، وأنا متأكد أن توصيات دراساتيكم ستكون بالغة الأثر على تطوير منظومة العدل والقانون في إقليم كردستان والعراق.

وأخيراً لا بد لي أن أشكر الدعم الحكومي من لدن سيادة الأستاذ مسرور بارزاني رئيس مجلس الوزراء لدعمه نشاطات مركز البحوث القانونية، كما أشكر وأقدر جهود الأساتذة في اللجنتين العلمية والتحضيرية، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد رئيس مركز البحوث القانونية ورئيس اللجنة العلمية للمؤتمر، والدكتور هادي مسلم يونس رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر، متمنياً التوفيق للجميع.

**فرست أحمد عبد الله**

وزير العدل / حكومة إقليم كردستان - العراق

## كلمة السيد رئيس مركز البحوث القانونية رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر

يعقد مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق مؤتمره العلمي الدولي الافتراضي الثالث، في يوم الخميس الموافق 2/3/2023، وقد قدمت أوراق بحثية لقراءة الواقع القانوني في مختلف الدول في جميع التخصصات، لنقل المعرفة والتجارب القانونية الناجعة للاستفادة منها في تطوير التشريعات وجهاز القضاء والأجهزة العدلية.

ولا يخفى على أحد ما تُشكله الدراسات القانونية المقارنة من حجر زاوية في مجالات البحث القانوني، لما لها من أهمية في نقل التجارب والأفكار القانونية والاستفادة منها في مجالات القانون كافة، إذ لا ريب أن الكثير من القواعد القانونية تم اقتباسها من قوانين ونظم أخرى، وأن جميع النظم القانونية لديها سجل تاريخي دونت فيه عملية انتقال المعلومة القانونية من قانونٍ إلى قانونٍ آخر وهكذا، حتى الأنظمة القضائية، انتقلت إلينا من دول أخرى، والأمر ينسحب إلى القواعد الإجرائية كذلك.

إن انتقال المعارف القانونية وحاجة المشرع إلى تطوير المنظومة القانونية، جعل عملية المقارنة بين القوانين أصلح السبل لاختيار أنجعها في حل المشاكل، وهذا ما حدا إلى تكوين مادة علمية ممنهجة تختص بأصول المقارنة في الدراسات القانونية بشكل عام، سواء من حيث منهجية البحث العلمي، أو من حيث موضوعية هذا العلم أو الفن الجديد ضمن الفنون والعلوم القانونية.

كما أن الدراسة المقارنة لم تقتصر على قانون بعينه، بل وسعت معظم فروع القانون، كما أنها شملت عموم القانون، أو القانون بمعناه العام، وبعبارة أدق السياسات القانونية، لما تحمله المقارنة من أبعاد كثيرة ومهمة على مستوى التوجُّه العام للقانون، وعلى

- مختلف الأصعدة في المنظومة القانونية.
- وتدور محاور المؤتمر حول النقاط الآتية:
- أصول الدراسة القانونية المقارنة.
  - الدراسات القانونية في مجال القانون المدني.
  - الدراسات القانونية في مجال القانون العام (الدستوري والإداري).
  - الدراسات القانونية في مجال القانون الجنائي.
  - القانون المقارن والقانون الدولي الخاص.
  - القانون المقارن والقانون الدولي العام.
  - القانون المقارن وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية.
  - النظام القضائي المقارن.
  - النظم والشرائع العالمية السائدة.
  - الأفكار القانونية الكبرى واقتفاء أثر انتقالها بين القوانين.
  - القانون الأجنبي وأهمية دراسته والبحث فيه.
  - القانون المقارن وتأثيره في تكوين قواعد الاتفاقات الدولية، لا سيما الخاصة بالتجارة الدولية.

وتجلت أهداف المؤتمر في النقاط الآتية:

- تطوير المنظومة القانونية الوطنية بالاعتماد على الدراسات المقارنة.
  - دعم الخبرات الوطنية بالمعلومات القانونية الأجنبية.
  - دعم التعاون الدولي في نقل المعارف القانونية.
  - الاستفادة من تجارب الأمم المتمدينة والمتقدمة في مجال التشريع والقضاء.
  - نشر الثقافة القانونية والحقوقية بين القانونيين حول أهمية القانون المقارن.
  - إعادة النظر في الكثير من المواقف القانونية واختيار البديل عنها في حل المشكلات الواقعية عبر الاستفادة من البحوث المقارنة.
- وها نحن ذا، وبرعاية معالي السيد وزير العدل الأستاذ فرست أحمد عبدالله، نجتمع

اليوم الخميس الموافق: 2023/3/2، وعلى منصة Zoom لمناقشة وقائع أعمال ودراسات المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الثالث لمركزنا، تحت شعار: ((الدراسات القانونية المقارنة عماد تطوير المنظومة القانونية الوطنية))، حيث تقدم الدراسات القانونية المقارنة نماذج حضارية لتشريعات ونظريات قانونية تواكب التطورات الحاصلة على أرض الواقع، ولا شك أن التعرف على هذه الدراسات في جميع فروع القانون تساهم مساهمة فاعلة في تطوير المنظومة الوطنية من تشريع ومؤسسات قضائية وعدلية، بل ودراسات أكاديمية وأنماط حقوقية، فضلاً عن نشاطات لمنظمات المجتمع المدني. وقد أفرز واقع التشريعات عن وجود حالة من التأثير والتأثير بين التشريعات، حيث يغلب التأثير على الأنظمة القانونية المتقدمة التي قطعت شوطاً كبيراً في معالجة مختلف المشكلات القانونية، إذ ستقدم هذه الدول نماذج يُحتذى بها للاستفادة من تجاربها في مختلف الميادين.

إن القانون المقارن أو المقارنة القانونية أضحت تركز على مجالات ثلاثة هي:

1- القواعد المتصلة بعلم القانون المقارن: حيث تبين هذه القواعد أصول المقارنة بين القوانين والمنهج المقارن المتبع في الدراسات الموضوعية وتاريخ المقارنة وأهميتها ودورها ووظائفها.

2- دراسة القانون الأجنبي: إذ يهتم القانون المقارن بتسليط الضوء على بعض النماذج القانونية الأجنبية للاستفادة من تجاربها في حل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها، ولا سيما القوانين المتطورة التي واكبت الأحداث المتغيرة في العالم.

3- الدراسات الموضوعية ذات المنهج المقارن: وهذه الدراسات تعتمد أسلوب المقارنة كي يتبين موقع القانون المقارن مقارنةً بالقوانين المقارن بها، مما يجعل تقييم القوانين قائماً على أساس علمي يفحص ويُمحص مدى أهمية القانون إذا ما قارناه بنظرائه من قوانين مماثلة.

من منطلق هذا التقسيم ارتأينا، باجتماع مشترك بين اللجنتين العلمية والتحضيرية، تقسيم أعمال هذا المؤتمر إلى أربعة جلسات وهي:

1- الجلسة الأولى وعنوانها: القانون المقارن في ذاته.

2-الجلسة الثانية وعنوانها: الشرائع والأنظمة القانونية الأجنبية.

3-الجلسة الثالثة وعنوانها: الدراسات الموضوعية المقارنة في القانون الخاص.

4-الجلسة الرابعة وعنوانها: الدراسات الموضوعية المقارنة في القانون العام.

في نهاية كلمتي هذه، يسعدني أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل من ساهم في دعم المؤتمر، مادياً ومعنوياً وعلمياً، ابتداءً من الدعم المستمر من قبل مجلس وزراء إقليم كوردستان العراق، وخاصة من لدن السيد رئيس الديوان الأستاذ الدكتور أميد صباح عثمان، ومن وزارة العدل بكل أطقمها وكوادرها، وعلى رأسها معالي السيد وزير العدل الأستاذ فرست أحمد عبدالله، الذي أضاف شغفاً كبيراً لشغفنا بالنشاطات العلمية، وزرع فينا روح المبادرة والتفاني في تحقيق أهدافنا العلمية الرشيدة. كما أود أن أشكر أخي العزيز المستشار الدكتور هادي مسلم يونس على حسن رئاسته للجنة التحضيرية للمؤتمر، كما أشكر الزملاء أعضاء اللجنة العلمية، كل من:

• الأستاذ الدكتور عادل الطببائي، وزير التربية والتعليم العالي الأسبق ورئيس جامعة الكويت الأسبق وعميد كلية الحقوق فيها الأسبق، والمستشار في الديوان الأميري لدولة الكويت.

• الأستاذ الدكتور محمد حسام محمود لطفي، الأستاذ المتفرغ في قسم القانون المدني، جامعة بني سويف، مصر.

• الأستاذ الدكتور محمد شلال العاني، أستاذ القانون الجنائي، جامعة الشارقة – الإمارات.

• الأستاذ الدكتور نوري حمد خاطر، أستاذ القانون المدني، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

• الأستاذ الدكتور طارق كاظم عجيل، أستاذ القانون المدني وعميد كلية القانون جامعة ذي قار.

• الأستاذ الدكتور دانا حمه باقي عبدالقادر، أستاذ القانون التجاري، جامعة السليمانية.

• الأستاذ الدكتور وليد محمد الشناوي، أستاذ القانون العام، عميد كلية الحقوق،

جامعة المنصورة، مصر.

كما يسعدني أن أشكر الزملاء في اللجنة التحضيرية، كل من:

- الأستاذ الدكتور ظاهر مجيد قادر، المستشار في مجلس شورى الإقليم.
- الأستاذ الدكتور هيوا إبراهيم قادر، الأستاذ المساعد في جامعة صلاح الدين.
- الدكتور فارس علي جانكير، المستشار في مجلس شورى الإقليم.
- الدكتور نزار أمين محمد، كلية القانون - جامعة دهوك.
- الدكتور هيوا علي حسين، كلية القانون - جامعة السليمانية.

كما أود أن أشكر المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان، ممثلاً بالدكتور (لوكاس) نائب مدير المعهد، لحرصه على المشاركة في المؤتمر. كما أشكر الجهود الكبيرة التي قدمها الأخ العزيز الباحث محمد ناصح محمد أمين، في ترجمة الملخصات إلى اللغة الكوردية، كما أشكر الأخ العزيز توانا سامي عبد الرحمن لجهوده الكبيرة في ضبط الجانب الفني لعقد المؤتمر، وتولييه إدارة البرنامج والبت المباشر، كما أشكر الأخ العزيز دليور محمد نوري على جهوده في تصنيف الأبحاث وحفظها. متمنين التوفيق لجميع الحاضرين.

**البروفيسور الدكتور محمد سليمان الأحمد**

رئيس مركز البحوث القانونية

رئيس اللجنة العلمية للمؤتمر





## كلمة اللجنة التحضيرية

إن للدراسات القانونية المقارنة آثاراً إيجابية هامة تعود بالمنفعة على المنظومة القانونية في كل من إقليم كردستان والعراق، إذ لا يمكن أن تتطور أية منظومة قانونية لوحدها بمعزل عن المنظومات القانونية المعمول بها في الدول الأخرى، بل ان من شأن معرفة ودراسة التشريعات المقارنة أن تساهم في إغناء المنظومة التشريعية بطريقتين إذ تساعد على سد الفراغ التشريعي في العديد من المجالات غير المقننة، كما انها تساعد على تطوير التشريعات القائمة في كل من الإقليم والعراق. وفي مجال الفقه والدراسات القانونية فلا يمكن الحديث عن فقه قانوني فعال ومؤثر ما لم يكن متواصلاً مع الفقه والدراسات القانونية المقارنة، ولا يمكن أن تكون هناك أفكار قانونية متطورة ومواكبة لحركة المجتمع ما لم تكن متشعبة بالأفكار القانونية المقارنة. بل حتى في مجال القضاء، الذي قد لا يتسم بحرية الحركة كما لدى الفقه، لا تنكر أهمية القانون والقضاء المقارنين وتأثيرهما على القضاء الوطني، وذلك ما أكدته الفقرة (3) من المادة (1) من قانوننا المدني النافذ وبعبارات صريحة وواضحة. وفي عصر تتلاحق وتتسارع فيه التطورات التكنولوجية والفنية في شتى المجالات والتي أمست معها مهمة الحقوقيين شاقة أكثر، لما جلبتها معها هذه التطورات من مشاكل ومنازعات قانونية معقدة تتطلب حلولاً قانونية سواء على المستوى التشريعي أم الفقهية أم القضائي، لذلك فإن الاطلاع على التجارب الأخرى وما ابتكرتها من حلول لمثل تلك المشاكل قد عزز من أهمية القانون المقارن في هذا العصر، بل لا نبالغ إذا قلنا انها تستلزم توسيع أفق المقارنة لتشمل منظومات قانونية كنا لا نهتم بالمقارنة معها سابقاً لأنها كانت ضمن نظم قانونية بعيدة في أسسها عن النظام القانوني العراقي.

ومن هذه المعطيات انطلقت فكرة إقامة مؤتمر للقانون المقارن في مركز البحوث القانونية التابع لوزارة العدل في إقليم كردستان، إذ انطلقت المبادرة من لدن أستاذنا الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد رئيس مركز البحوث القانونية في الوزارة وسرعان

ما استحسناها وتبناها سعادة السيد وزير العدل في حكومة إقليم كردستان كدأبه في دعم المؤتمرات والملتقيات العلمية.

وتشرفت بتكليفي بمهام رئاسة اللجنة التحضيرية لهذا المؤتمر مع ثلة من الزملاء الأساتذة المحترمين الآخرين. وما ان تم الإعلان عن المؤتمر ومواعيده وتوقيتاته بدأت ردود أفعال فقهاء القانون والباحثين المحترمين من شتى بقاع العالم، وبدأت المشاركات تترى إلى لجنتي المؤتمر من بقاع شتى وفي فروع القانون شتى، هذه المشاركات التي تدل على أهمية هذا الموضوع وحسن اختياره وتدل على حرص واهتمام من لدن السادة الباحثين المبادرين للمشاركة في هذا المؤتمر. تم قبول عدد كبير من البحوث الصالحة للمشاركة في المؤتمر بالنظر إلى محاوره ووفقا لمعايير القبول التي تبنتها اللجنة العلمية. غير انه وبالنظر لضيق الوقت ومحدودية عدد ساعات المؤتمر فلم يكن بالإمكان ان يلقي جميع السادة الباحثين الذين قبلت بحوثهم في المؤتمر، لذلك تم اختيار عدد من هذه البحوث ليتم إلقاءها من خلال جلسات المؤتمر الأربعة، وتم هذا الاختيار على أسس علمية ووفق معايير وضوابط حيادية تبنتها اللجان العلمية والتحضيرية للمؤتمر. على ان جميع البحوث المقبولة للمشاركة في هذا المؤتمر سوف تأخذ طريقها للنشر في عدد خاص ببحوث المؤتمر لمجلة العقد الاجتماعي التي تصدر عن مركز البحوث القانونية في الوزارة، شريطة اجتيازها للتحكيم العلمي المعتمد من قبل هذه المجلة.

شكرا جزيلاً لكل من استجاب لدعوتنا للمشاركة في هذا المؤتمر سواء من قبلت بحوثهم للمشاركة أو من لم تقبل بحوثهم للمشاركة، فهذه المشاركات والأوراق إنما تدل على حبهم وحرصهم على البحث العلمي وعلى حسن اختيار القائمين على المؤتمر لموضوع المؤتمر، وتعزز ثقتنا نحو المزيد. شكرا لسعادة وزير العدل في حكومة إقليم كردستان على دعمه المستمر وعلى تشجيعه لكل عمل بحثي وقانوني وكل جهد يستهدف الارتقاء بالقوانين والبحث العلمي والنشر الرصين، وأتقدم بالشكر والعرفان لأستاذنا الكبير الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد رئيس مركز البحوث ورئيس اللجنة العلمية لهذا المؤتمر فلولا أفكاره النيرة ولولا جهوده الواضحة ولولا هذا الشغف الكبير لديه بالعلم والبحث العلمي والنشر لما وجد هذا المؤتمر النور. كما لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأخوة الزملاء في اللجنة التحضيرية وكذلك الأساتذة في اللجنة

العلمية للمؤتمر لجهودهم في إنجاح هذا المؤتمر، والشكر موصول أيضاً إلى الأخوة الفنيين الذين لولا جهودهم اللوجستية الواضحة لما أمكن عقد هذا المؤتمر إلكترونياً، وأخص بالذكر منهم الأخ العزيز توانا سامي عبد الرحمن وكل من قدم جهداً ولو بسيطاً لنجاح هذا المؤتمر، نتمنى للجميع التوفيق والى مزيد من المؤتمرات والملتقيات العلمية. وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا وهادينا محمد واله وأصحابه. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

المستشار الدكتور

هادي مسلم يونس

رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر



## جدول أعمال المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الثالث لمركز البحوث القانونية في وزارة العدل إقليم كردستان – العراق

يوم الخميس 2023/3/2

تحت شعار: ((الدراسات القانونية المقارنة عماد تطوير المنظومة القانونية الوطنية))

وبرعاية معالي السيد وزير العدل – الأستاذ (فرست أحمد عبدالله)

|  |                     |                     |
|--|---------------------|---------------------|
| * يفتتح معالي السيد وزير العدل المؤتمر بالكلمة الافتتاحية                    | افتتاحية<br>المؤتمر | الساعة: 9.00 صباحاً |
| * كلمة السيد رئيس مركز البحوث القانونية (الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد) |                     |                     |
| * كلمة السيد رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر (الدكتور هادي مسلم يونس)          |                     |                     |

| الجلسة الأولى  |  | الساعة: 9.30 صباحاً |
|--|--|---------------------|
| رئيس الجلسة:<br>الأستاذ الدكتور الشهابي إبراهيم الشرقاوي<br>- كلية الحقوق والعلوم السياسية -<br>جامعة الملك سعود/ السعودية | عنوان الجلسة:<br>(القانون المقارن في ذاته) |                     |
| يلقي الأستاذ الدكتور أكرم ياملكي، تجربته في الدراسة القانونية المقارنة   |  |                     |

|   |   |  |                          |
|---|---|--|--------------------------|
| عنوانه:<br>كلية الحقوق - جامعة<br>عين شمس وعميد<br>الكلية الأسبق        | الباحث:<br>الأستاذ الدكتور<br>حسام الدين كامل<br>الأهواني   | البحث الأول:<br>ملامح النظام القانوني العربي<br>في مواجهة النظم القانونية<br>المقارنة                                    | الساعة: 9. 40<br>صباحاً  |
| عميد كلية القانون/<br>جامعة ذي قار                                      | الأستاذ الدكتور<br>طارق كاظم عجيل                           | البحث الثاني:<br>نظرات على القانون المقارن   | الساعة: 9. 50<br>صباحاً  |
| جامعة الإمام محمد<br>بن سعود الإسلامية /<br>المملكة العربية<br>السعودية | الأستاذ المشارك<br>الدكتور<br>إكرامي بسيوني<br>عبدالحى خطاب | البحث الثالث:<br>المقارنة بين النصوص الدينية<br>والقانونية - رؤية استشرافية<br>للعلاقة بين القواعد الحديثة<br>والدستورية | الساعة: 10.<br>00 صباحاً |

|  |  |   |                          |
|--|--|---|--------------------------|
| مداخلة الدكتور (لوكاس) نائب مدير المعهد السويسري للقانون المقارن                               |  |   | الساعة: 10.<br>10 صباحاً |
| عنوانه:<br>جامعة السليمانية /<br>كوردستان - العراق<br>جامعة صلاح<br>الدين/كوردستان<br>- العراق | الباحث:<br>الأستاذ الدكتور<br>محمد سليمان<br>الأحمد<br>الأستاذ المساعد<br>الدكتور<br>هيوا إبراهيم قادر | البحث الرابع:<br>الملامح العامة المُحددة<br>للجغرافيا القانونية         | الساعة: 10.<br>30 صباحاً |
| كلية القانون - جامعة<br>دهوك/ كوردستان -<br>العراق   | الأستاذ المساعد<br>الدكتور<br>عبدالله فاضل<br>حامد   | البحث الخامس:<br>أبعاد التدويل في النهج المقارن<br>للقانون الدولي الخاص | الساعة: 10.<br>40 صباحاً |

|   |   |   |                          |
|---|---|---|--------------------------|
| جامعة السليمانية -<br>كوردستان - العراق                                   | الدكتور<br>هيو علي حسين   | البحث السادس:<br><b>The Role and Potential of Comparative Studies in “Developing Commercial Laws”</b> | الساعة: 10.<br>50 صباحاً |
| - جامعة مولاي<br>الطاهر - الجزائر<br>- المدرسة العليا<br>للقضاء / الجزائر | أستاذة دكتورة<br>أمال قادري<br>طالب قاضي<br>ديابلو محمد<br>نجيب | البحث السابع:<br>الدراسات القانونية المقارنة بين<br>الأنظمة القانونية -الأدوار<br>والأهمية والآثار    | الساعة: 11.<br>00 صباحاً |

|                       |                           |
|-----------------------|---------------------------|
| مداخلات الجلسة الأولى | الساعة: 10. 11.<br>صباحاً |
|-----------------------|---------------------------|

|   |   |  |
|---|---|--|
| الجلسة الثانية  |   | الساعة: 11.<br>30 صباحاً   |
| رئيس الجلسة:<br>الأستاذ المساعد الدكتور ظاهر مجيد قادر<br>المستشار في مجلس شوري الإقليم | عنوان الجلسة:<br>(الشرائع والأنظمة القانونية<br>الأجنبية) |  |
| عنوانه:<br>جامعة مونتريال<br>- كندا   | الباحث:<br>الأستاذ المشارك<br>الدكتور<br>حارث طاهر الدباغ | البحث الأول:<br>تعريف جامع للأنظمة القانونية<br>المختلطة: كيبك - كندا<br>أنموذجا |
|   |   | الساعة: 11.<br>30 صباحاً   |

|   |  |  |                              |
|---|--|--|------------------------------|
| <p>- رئيس قسم العلاقات الدولية / جامعة بيان - أبريل</p> <p>- تدريسية في كلية القانون والعلاقات الدولية / جامعة بيان - أبريل</p> | <p>الدكتورة حنان علي إبراهيم<br/>المدرسة آلاء بهاء عمر</p> | <p>البحث الثاني:<br/>مدى مشروعية تأجير الأرحام - الأم البديلة في ضوء التشريعات القانونية</p> | <p>الساعة: 11. 40 صباحاً</p> |
|---|--|--|------------------------------|

|  |                                    |  |                              |
|--|------------------------------------|--|------------------------------|
| <p>جامعة الحسن الأول بسطات/المغرب</p>  | <p>باحث الدكتوراه حمزة الشواي</p>  | <p>البحث الثالث:<br/>تطور دور المؤسسة الملكية في ممارسة السلطة التنظيمية عبر الدساتير المغربية</p>     | <p>الساعة: 11. 50 صباحاً</p> |
| <p>- مدير قسم مكتب المعلومات في المديرية العامة للجنسية والجوازات والإقامة في إقليم كردستان - العراق</p> | <p>الدكتور مهدي نور الدين محمد</p> | <p>البحث الرابع:<br/><b>Main aspects of United Kingdom's criminal law</b></p>                          | <p>الساعة: 12. 00 ظهراً</p>  |
| <p>كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة بيروت العربية</p>   | <p>الدكتورة تالا زين</p>           | <p>البحث الخامس:<br/>تأثير القانون الأنكلوأميركي على اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولية للبضائع</p> | <p>الساعة: 12. 10 ظهراً</p>  |



|                        |                            |
|------------------------|----------------------------|
| مداخلات الجلسة الثانية | الساعة: 12.<br>20<br>ظهراً |
|------------------------|----------------------------|

|  |  |                            |
|--|--|----------------------------|
| الجلسة الثالثة   |  | الساعة: 12.<br>30<br>ظهراً |
| رئيس الجلسة:<br>الدكتور هيوا إبراهيم قادر<br>أستاذ القانون الخاص المساعد في<br>جامعة صلاح الدين / كوردستان -<br>العراق | عنوان الجلسة:<br>(الدراسات الموضوعية المقارنة في<br>القانون الخاص) |                            |

|  |   |  |                            |
|--|---|--|----------------------------|
| عنوانه:<br>عميد كلية<br>القانون - جامعة<br>بابل الأسبق | الباحث:<br>الأستاذ الدكتور<br>هادي حسين<br>الكعبي           | البحث الأول:<br>فكرة نشاط القاضي وحدود علاقتها<br>بعنصر الواقع في الدعوى المدنية                                       | الساعة: 12.<br>30<br>ظهراً |
| عنوانه:<br>كلية القانون /<br>جامعة بابل                | الباحث:<br>الأستاذ الدكتور<br>عبد الرسول<br>الأسدي          | البحث الثاني:<br>تجويد شعب الدولة من خلال نظام<br>الجنسية  | الساعة: 12.<br>40<br>ظهراً |
| كلية القانون -<br>جامعة<br>حضر موت /<br>اليمن          | الأستاذ المشارك<br>الدكتور<br>غالب عبد الله<br>غالب القعيطي | البحث الثالث:<br>التنظيم القانوني لدعوى بطلان حكم<br>التحكيم في قانون التحكيم اليمني<br>مقارنة مع قانون التحكيم المصري | الساعة: 12.<br>50<br>ظهراً |

|  |  |  |                        |
|--|--|--|------------------------|
| جامعة عين<br>تموشنت/<br>الجزائر  | الأستاذ المشارك<br>الدكتور<br>حمادي عبد<br>النور | البحث الرابع:<br>نظام المسؤولية المهنية ودورها في<br>تقوية النظام التعويضي - دراسة في<br>التشريع الجزائري والمقارن | الساعة: 1.<br>00 ظهراً |
| كلية الحقوق -<br>جامعة الموصل  | الأستاذ الدكتور<br>مصطفى ناطق<br>صالح            | البحث الخامس:<br>المنظمات الدولية ودورها في تطوير<br>قواعد التجارة الدولية   | الساعة: 1.<br>10 ظهراً |
| - باحثة دكتوراه<br>في القانون<br>الخاص / كلية<br>القانون - جامعة<br>السليمانية | سانا كمال<br>عبدالله                             | البحث السادس:<br>دراسة مقارنة للمعالجات التشريعية<br>في الإرث الإلكتروني   | الساعة: 1.<br>20 ظهراً |

|                        |   |
|------------------------|---|
| مداخلات الجلسة الثالثة | الساعة:<br>1. 30 ظهراً إلى 1.<br>45 ظهراً |
| استراحة                | 1: 45 ظهراً إلى 2:<br>00 ظهراً            |

|  |  |                        |
|--|--|------------------------|
| الجلسة الرابعة   |  |                        |
| رئيس الجلسة:<br>الأستاذ المساعد الدكتور لقمان عثمان<br>أحمد<br>أستاذ القانون الدستوري في كلية<br>الحقوق/ جامعة الموصل وعضو<br>مجلس مركز البحوث القانونية في<br>الوزارة | عنوان الجلسة:<br>(الدراسات الموضوعية المقارنة في<br>القانون العام) | الساعة: 2.<br>00 ظهراً |

|                        |  |  |  |
|------------------------|--|--|--|
| الساعة: 2.<br>00 ظهراً | البحث الأول:<br>وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية<br>- دراسة مقارنة ( فرنسا - مصر -<br>الكويت) | الباحث:<br>الأستاذ<br>الدكتور<br>عادل<br>الطبطبائي | عنوانه:<br>عميد كلية الحقوق/<br>جامعة الكويت (سابقاً)<br>- المستشار الدستوري<br>في الديوان الأميري |
| الساعة: 2.<br>10 ظهراً | البحث الثاني:<br>إشكالية المسؤولية الجزائية لتقنيات<br>الذكاء الاصطناعي                          | الأستاذ<br>الدكتور<br>أحمد محمد<br>براك            | جامعة فلسطين الأهلية/<br>بيت لحم - فلسطين<br>- النائب العام ورئيس<br>هيئة مكافحة الفساد<br>السابق  |

|                        |   |  |  |
|------------------------|---|--|--|
| الساعة: 2.<br>20 ظهراً | البحث الثالث:<br>مقاربة تحليلية لمعيار الخطورة<br>في نظام المحكمة الجنائية<br>الدولية إحالة "ما في مرمرة"<br>لجزر القمر - كدراسة حالة | الدكتور<br>لحبيب النعيمي   | متخصص في العدالة<br>الجنائية الدولية ومهتم<br>بالقانون الدولي<br>الإنساني والقانون<br>الدولي لحقوق<br>الإنسان          |
| الساعة: 2.<br>30 ظهراً | البحث الرابع:<br>تفاوت الحماية الجنائية للآداب<br>العامة في التشريعات المقارنة  | الأستاذ المشارك<br>الدكتور<br>نضال ياسين حمو<br>محمد ناصح محمد<br>أمين | - عميد كلية الحقوق<br>- جامعة المملكة -<br>البحرين<br>- ماجستير قانون عام<br>- جامعة السليمانية /<br>كوردستان - العراق |

|  |   |                                     |   |
|--|---|-------------------------------------|---|
| الأساتذ المشاركون<br>الدكتور عبدالوهاب<br>كريم حميد<br>الأساتذ المساعد<br>الدكتور مصعب<br>يوسف محلا  | البحث الخامس:<br>الإرهاب ومكافحة الإرهاب<br>دراسة مقارنة في ضوء أحكام<br>القانون الدولي | الساعة: 2.<br>40 ظهراً              | كلية الآداب/ جامعة<br>السلطان قابوس/<br>سلطنة عمان                        |
| د. فؤاد العثماني   | البحث السادس:<br>قانون الضرائب المقارن:<br>النظرية والتطبيق                             | الساعة: 2.<br>50 ظهراً              | جامعة الحسن الأول،<br>كلية العلوم القانونية<br>والسياسية، سطات،<br>المغرب |
| مداخلات الجلسة الرابعة   |   | الساعة: 2. 50<br>إلى 3. 00<br>ظهراً |   |
| قراءة البيان الختامي وتوصيات المؤتمر يتلوه<br>الدكتور هادي مسلم يونس - رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر |   | الساعة:<br>3. 10 ظهراً              |   |

## توصيات المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الثالث

لمركز البحوث القانونية في وزارة العدل إقليم كردستان - العراق

يوم الخميس 2023/3/2

تحت شعار: ((الدراسات القانونية المقارنة عماد تطوير

المنظومة القانونية الوطنية))

ها قد وصلنا إلى ختام مؤتمرنا الرائع بمشاركةكم البناءة والتي اتسمت بتنوع مرجعيات المشاركات من حيث التنوع الجغرافي التي غطت دولاً عديدة وهي من كندا غرباً ومروراً بسويسرا والمغرب والجزائر ومصر واليمن والسعودية والبحرين والإمارات والكويت ولبنان وفلسطين فضلاً عن العراق وإقليم كردستان. كما تنوعت موضوعات واختصاصات البحوث المشاركة بشكل تكاد تغطي جميع الاختصاصات القانونية الدقيقة. وعوداً على البدء فلا شك ان لهذا المؤتمر فائدة كبرى لنا في العراق والإقليم في سبيل تحديث وتطوير منظومتنا القانوني لمواكبة جميع نواحي الحياة. وفي الختام اسمحوا لي بقراءة بعض أهم التوصيات التي قدمت من قبل السادة المشاركين:

1. تأسيس معهد عال للقانون المقارن في الشرق الأوسط ويكون مقره في (أربيل) عاصمة إقليم كردستان - العراق.
2. الاهتمام بدراسة التطبيقات القضائية المقارنة للموضوعات ذات نصوص تشريعية متماثلة بهدف التعرف على اثر الظروف الاقتصادية والاجتماعية على تطبيق النص والاستفادة في هذا الإطار من الأنظمة القانونية المطبقة في بريطانيا واوربا لمواكبة التطورات الدولية مع المحافظة على المصلحة العامة.
3. تدريس مادة القانون المقارن في كليات القانون وبخاصة في مراحل الدراسات

العليا، واستكمالاً لذلك نوصي بتشكيل لجان علمية على صعيد المؤسسات الأكاديمية والبحثية، تتولى تطوير دراسات القانون المقارن بفعاليات علمية.

4. في الدراسات المقارنة يجب اختيار القوانين محل المقارنة بعناية وتأني وبما ينسجم مع الهدف أو الغرض من المقارنة.

5. نوصي مشرعنا وجميع الجهات المعنية بوضع أي قانون جديد أو بتعديل أي حكم في قانون نافذ الاستعانة بعدد مناسب من الخبراء القانونيين المتمرسين والمختصين بالموضوع والذين على الاطلاع بالقوانين المقارنة وفي مقدمتهم أساتذة كليات القانون في الجامعات العراقية.

6. ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار عند تشريع القوانين - العوامل الجغرافية المؤثرة في الحيّز المكاني لسريان القانون المعني، وكذلك تسليط الضوء على البعد الجغرافي في الدراسات المقارنة وبيان العوامل الجغرافية في نطاق القانون.

7. تحديث قواعد القانون الدولي الخاص في العراق وفق آليات النهج المقارن والاستفادة من تجارب الدول الأخرى خاصة بعد مرور أكثر من 70 سبعين سنة على النصوص المتضمنة هذه القواعد في القانون المدني العراقي لسنة 1951.

8. يجب ترويج الدراسات المقارنة بنتائج علمية، وعلى الباحث المقارن استفراغ نتائج الدراسة المقارنة في توجيهات مباشرة للمشرع والقاضي والإدارة في شكل نصوص مقترحة أو اقتراح تفسير منطقي مؤسس أو استحداث مركز قانوني أو تعديل أو إلغاء نص وغيرها من النتائج التي يمكن الاستفادة منها عمليا.

9. التركيز في الدراسات القانونية المقارنة على المنهج المقارن التطبيقي القائم على عمليين كبيرين (التحليل والاستنباط)، وذلك بتحليل دقيق للتشريعات موضوع المقارنة واستنباط النتائج من هذا التحليل.

10. إدراج فقرة ضمن المادة (6) من قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 ويكون تسلسلها (ثانيا) وتقرأ كآتي: (ويستثنى من شرط الإقامة الوارد في الفقرة أولاً الأجنبي الذي أدى وسيؤدي خدمات نافعة للعراق وتحدد إقامته بسنة واحدة).

11. ضرورة تقنين المسؤولية المهنية بنصوص قانونية واضحة لكي يتسنى للقضاء تطبيقها في دعاوى التعويض.

12. اقتراح تشريع قانون خاص ببعض المسائل الإلكترونية منها على سبيل المثال:  
أ. حق خصوصية المتوفى والمسائل المتعلقة بالإرث الإلكتروني الشخصي والتجاري وغيرهما.

ب. مسألة الإيذاء بالأشياء الإلكترونية.

13. بالنظر لكون الجرائم الماسة بالأداب العامة أصبحت عابرة للدول بحكم طبيعة الوسائل المستحدثة لارتكابها، لذا ينبغي على المشرع إدخالها ضمن الاختصاص الشامل لسريان قانون العقوبات، استثناءً من مبدأ إقليمية قانون العقوبات بالاستفادة من التشريعات المقارنة.





## كلمة هيئة التحرير

تلقت هيئة التحرير البحوث المشاركة في المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الثالث لمركز البحوث القانونية، تحت شعار: ((الدراسات القانونية المقارنة عماد تطوير المنظومة القانونية الوطنية))، وقد أخضعتها لإجراءات التحكيم العلمي، وقد اجتاز معظمها هذه الإجراءات بإجازة نشرها في مجلتنا مجلة العقد الاجتماعي. وقد لاحظت هيئة التحرير الثقل المعرفي التي تضمنته الأبحاث وتنوع موضوعاتها، وأهميتها، وقد يجد القارئ عدم نشر بعض ما ذكر في جدول المؤتمر، إما لكونه ورقة بحثية لم يعد الباحث ترتيبها كبحث، أو أن بعضها، وهو قليل، لم يجتاز التحكيم العلمي الخاص بالمجلة، رغم اجتيازه التحكيم العلمي الخاص بالمؤتمر، لاختلاف أسس التحكيم في المرحلتين. وبالمقابل قد يجد القارئ بحثاً منشوراً في هذا العدد الخاص على الرغم من عدم ذكرها في جدول أعمال المؤتمر، والسبب يعود لكثرة الأبحاث التي قُدمت للمؤتمر، حيث تخطت الخمسين عدداً، تم قبول أربعة وثلاثين منها للمشاركة في المؤتمر، ولضيق وقت المؤتمر، ارتأت اللجنتين العلمية والتحضيرية للمؤتمر اختيار وانتقاء الأبحاث التي ستلقى في المؤتمر والتي تم ذكرها في جدول الأعمال، على أن يشمل النشر كل الأوراق المقبولة للمشاركة في المؤتمر، بعد اجتيازها إجراءات التحكيم العلمي الخاصة بالمجلة، وكانت حصيلة ذلك الأبحاث، ما تم نشره في هذا العدد.

نسأل الله تعالى أن يوفقنا لإتمام كل طموحاتنا العلمية، ولا سيما رفق المكتبة القانونية بكل جديد وذو أثر علمي يترسخ في الذهن القانونية، وتترى به ملكة الباحثين القانونية، إنه ولي التوفيق..

### هيئة التحرير





البحوث باللغة العربية

تؤثرينه وه كان به زمانى عه ره بى

Researches in Arabic



## وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية دراسة مقارنة

(فرنسا - مصر - الكويت)

الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي<sup>(\*)</sup>

أستاذ القانون العام

وعميد كلية الحقوق بجامعة الكويت سابقاً  
والمستشار الدستوري في الديوان الأميري

راگرنتی جیبہ جیکردنی بریاره کارگیریه نه رینییه کان  
لیکولینہ وہیہ کی بہ اور دکاری یه  
(فہرہنسا - میسر - کویت)

پروفیسور دکتور عادل الطبطبائی

پروفیسوری یاسای گشتی

راگری پینشووی فاکہلتی یاسا له زانکوی کوہیت  
وہ راویژکاری دہستووری له دیوانی نهمیری

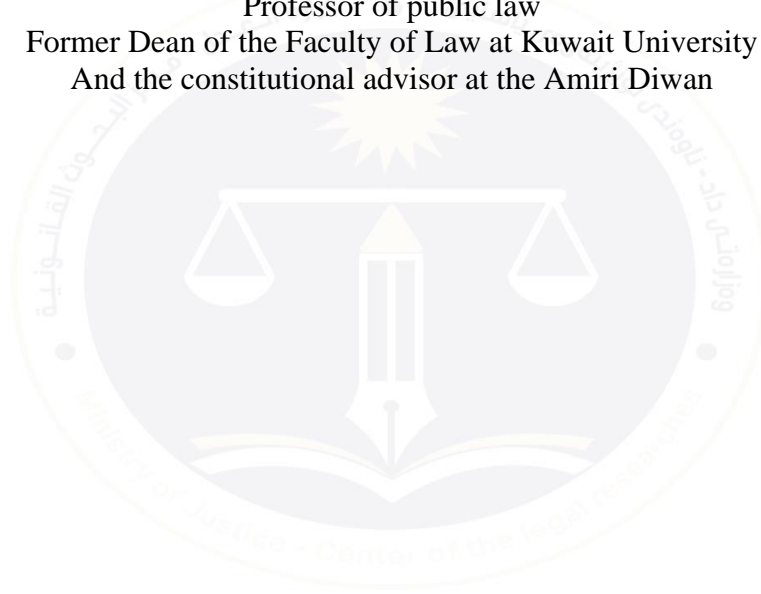
(\*) altabtabaei@yahoo.com

## **Suspension of the implementation of negative administrative decisions**

### **A comparative study (France - Egypt - Kuwait)**

**Prof. Dr. Adel Al - Tabtabaei**

Professor of public law  
Former Dean of the Faculty of Law at Kuwait University  
And the constitutional advisor at the Amiri Diwan



## وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية

## دراسة مقارنة

(فرنسا - مصر - الكويت)

## الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي

أستاذ القانون العام

وعميد كلية الحقوق بجامعة الكويت سابقاً

والمستشار الدستوري في الديوان الأميري

## الكلمات المفتاحية:

القرارات الإدارية السلبية، القضاء الإداري، الإدارة، التطور التشريعي.

## كليه ووشه:

برياره كارگيريه نهرينيهكان، دادومرى كارگيرى، كارگيرى،  
گهشهسنندنى ياسايى.**Key words:** negative administrative decisions, administrative judiciary, management, legislative development.

## مقدمة عامة

إن الإرادة تتكون في نطاق القانون العام، كما هو الحال في القانون الخاص، من عامل أساسي يتمثل في الشكل الخارجي لها والذي تظهر به الإرادة، وهذا الشكل هو الذي ينتج أثره القانوني في المراكز القانونية، وبعبارة أخرى إن الشكل الخارجي للإرادة، هو العمل المادي لها، والذي يمكن تلمس وجوده، في شكل قول أو كتابة أو موقف مادي. إن العمل الإداري في حقيقته عمل إرادي تقوم به السلطة المختصة، إذ لا يمكن أن تمارس السلطة العامة عن طريق المزاج أو الهوى، ذلك لأن من حق الأفراد، قانوناً، أن تمارس السلطة العامة وفقاً لأحكام القانون، كما أن مبدأ استمرارية المرافق العامة بالعمل بانتظام واضطراد يتطلب عملياً وقانونياً عدم التردد أو التخلف في إنجاز العمل المطلوب من الإدارة<sup>(1)</sup>.

(1) انظر في ذلك، P 82 – 84 Jean Laveissiere ; le silence L' administration, These universite, de

ولم يكن المنطق التقليدي للفقهاء يعترف إلا بوجود دليل ظاهر للإرادة المعلنة للإدارة، والتي تتخذ شكلاً خارجياً ملموساً، فلا يمكن أن يوجد أي تأثير في المراكز القانونية للإرادة الداخلية، أو الكامنة للإدارة، والتي لا يمكن تلمس وجودها ظاهرياً<sup>(1)</sup>.

ولكن الاستمرار في اعتماد منهج الفقه التقليدي والاعتداد دائماً بضرورة وجود مظهر خارجي لإرادة جهة الإدارة، يلحق الضرر بالأفراد، ويعرض مصالحهم للخطر، بل وقد يمنعهم من ممارسة بعض حقوقهم الدستورية الأساسية، بحكم عدم وجود إرادة صريحة تعبر عنها الإدارة بصورة قرار إداري يمكن مصادمته أمام القضاء. ولذلك كان لا بد من إعادة التفكير بالعلاقة بين الإدارة والأفراد، بحيث يعطي لصمت الإدارة وسكوتها معنى قانونياً، ولا سيما فيما يتعلق بالطلبات المقدمة إليها.

غير أن مشكلة سكوت الإدارة وعدم ردها على طلبات الأفراد المقدمة إليها تتعلق بكل مجالات القانون الإداري، الأمر الذي يضيف عليها اعتبارات مهمة سواء من الناحية القانونية أو الأخلاقية.

فمن الناحية القانونية، هناك دائماً التعارض بين المصلحة العامة التي تسعى جهة الإدارة إلى تحقيقها، ومصالح الأفراد التي تتجه الإدارة إلى التضحية بها في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

ولا شك أن إقامة التوازن بين المصلحتين هو الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه، هذا فضلاً عن أن مجموع مصالح الأفراد، يشكل في النهاية المصلحة العامة في مجموعها.

أما من الناحية الأخلاقية، فإنه لما كان ينبغي على الإدارة أن تتعامل مع الأفراد بصدق وبحسن نية يكشف عنها أسلوب التعامل معهم. ومما لا شك فيه أن الصدق والإنصاف في العلاقة بين جهة الإدارة والأفراد يعتبران من الشروط الجوهرية لحسن الإدارة، هذا فضلاً عن ضرورة وجود عنصر الثقة المتبادلة بينهما.

فإذا ما أخذت الإدارة بهذه القواعد وعمدت إلى التزام الصمت تجاه الطلبات المقدمة

←

Bordeaux, 1979.

(1) المرجع السابق ص 84.



إليها، مما يعرض مصالح الأفراد لخطر الضياع، بل مما قد يشل ممارستهم لبعض حقوقهم الأساسية أحياناً، معتمدة في ذلك على أن سكوتها سوف يجنبها من عرض موقفها أمام القضاء، بحكم عدم وجود إرادة صريحة منها عبرت عنها في شكل قرار إداري، فالأفراد لا يستطيعون اللجوء إلى القضاء لعدم وجود قرار إداري صادر في هذا المجال، والقضاء لا يمكنه التصدي لموقف الإدارة السلبي لعدم وجود قرار يعبر عن إرادتها. وهكذا نصل إلى إنكار تام لحقوق الأفراد، وعدم قدرتهم على مباشرة بعض حقوقهم الأساسية التي عهد المشرع إلى الإدارة أمر تنظيمها، وبيان شروط ممارستها<sup>(1)</sup>.

ومن هنا جاءت فكرة إنشاء نظام القرارات الإدارية السلبية. أنه نظام يسعى إلى تحقيق التوازن بين المصالح التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، ومصالحه الأفراد. إن إعطاء معنى قانونياً لصمت الإدارة، واعتباره مساوياً لولادة قرار إداري، يمكن الأفراد من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالحهم التي أهدرتها الإدارة، كما أنه يحث الإدارة على اتخاذ موقف صريح إزاء الطلبات المقدمة إليها، لأن تمسكها بحبال الصمت لن يحميها، إذا ما اعتبرنا أن هذا السكوت يساوي، من الناحية القانونية، إصدار قرار إداري بالرفض يمكن الطعن عليه أمام القضاء الإداري، وبالتالي تعريض موقف الإدارة لخطر الإلغاء<sup>(2)</sup>.

ومن ذلك يتضح إن إعطاء سكوت الإدارة معنى قانونياً، يحقق العدالة، ويحمي مصالح الأفراد في نفس الوقت، فهو يحث الإدارة على عدم تجاهل الطلبات المقدمة إليها، أو تباطؤها في البت فيها، لأن هذا التجاهل أو ذلك التباطؤ يمكن أن يعرض مصالح الأفراد للخطر، بل وقد يشل قدرتهم على ممارسة بعض حقوقهم الأساسية التي كفلها الدستور لهم.

كما أن الإدارة يمكن أن تعيد النظر في موقفها لو قدرت أن أسلوب تجاهل الطلبات المقدمة إليها لن يحميها، لأنه معرض للطعن عليه أمام القضاء بصورة قرار إداري سلبي<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: الدكتور عادل الطبطبائي، نشأة القرار الإداري السلبي وخصائصه القانونية، مجلة العلوم الإدارية، ع 1، 1994، ص 9.

(2) المرجع السابق، ص 9.

(3) انظر في هذا المعنى:

Genevieve Benzera. Le silence de l' administratif, Revue administrative, actore, p451.

ومن جانب آخر يحمي هذا الأسلوب مصالح الأفراد من عسف الإدارة إذ أصبح في قدرتهم حمل مشاكلهم الناتجة عن هذا الإهمال إلى القضاء للبت فيه، والقول بغير ذلك يمكن أن يصل بنا في حقيقة الأمر إلى إنكار تام للعدالة. فالإدارة تلتزم الصمت إزاء الطلبات المقدمة إليها، والأفراد لا يستطيعون اللجوء إلى القضاء لعدم وجود قرار صريح يعبر عن موقف الإدارة تجاهها<sup>(1)</sup>.

إن إيجاد توازن بين ضرورة وجود القرار السابق، وإمكان الطعن عليه بالإلغاء أمام القضاء هو الذي دفع إلى التفكير بإعطاء معنى قانونياً لسكوت الإدارة تجاه الطلبات المقدمة إليها، لأن ترك الحرية الكاملة للإدارة بعدم الرد يخلق حالة إنكار للعدالة. الأمر الذي يتطلب إلزام الإدارة بالرد خلال فترة معينة، فإذا ما التزمت الصمت فإن هذا يساوي قانوناً ولادة قرار إداري بالرفض.

ويرى البعض أن الأساس القانوني لتحديد الطبيعة القانونية لسكوت الإدارة يستند إلى فكرة المرفق العام الذي يجب عليه أن يقوم بنشاطه بانتظام واضطراد في سبيل إشباع الحاجات العامة. فالإدارة يتطلب منها القيام بعمل إيجابي لتحقيق هذه الأهداف. وهذا ما يفرض عليها أن تتخذ موقفاً يتفق مع القانون. فإذا ما لاذت بالصمت، فلا شك أنها تخالف الهدف الذي يسعى المرفق العام لتحقيقه، وهو إشباع الحاجات العامة، فتتنكب عن تحقيق الهدف الذي حدده لها المشرع. ولا شك أن موقفها السلبي هذا يعتبر خطأ يولد مسؤوليتها القانونية، الأمر الذي يحق معه لذوي الشأن اللجوء إلى القضاء للبت فيه، لأن سكوت الإدارة في مثل هذه الحالة يشكل خرقاً واضحاً للقانون<sup>(2)</sup>.

وهكذا فإن اللجوء إلى بعض الخيال العلمي، والقول بأن سكوت الإدارة خلال المدة المحددة لها يعتبر بمثابة قرار سلبي، هو أسلوب لجأ إليه المشرع لتجنب تحكم الإدارة، وفرضها سلطة استبدادية تجاه الأفراد.

والواقع أن الفرد، إذا ما خير بين موقف تلوذ الإدارة من خلاله بالصمت، ولا يستطيع أن يحرك ساكناً تجاهه، وبين اعتبار هذا الصمت بمثابة قرار إداري برفض طلبه، يمكنه من اللجوء إلى القضاء لمخاضته، فلا شك أنه يفضل الحل الأخير، لأنه يحمي حقوقه

(1) Berthelemy (H ;Traite elementaire de droit administratif 1926, p. 117 et p. 11.

(2) Genevieve Benzera, op. cit. , p. 541 et s. 3.

ومصالحه تجاه عسف الإدارة المتمثل في صمتها المطبق<sup>(1)</sup>. وهكذا ظهرت إلى الوجود عام 1864 في فرنسا قاعدة أن سكوت الإدارة عن بحث الطلب المقدم إليها خلال فترة معينة، يساوي ولادة قرار إداري بالرفض - يمكن لصاحب الشأن من الطعن عليه أمام القضاء الإداري وذلك بموجب المرسوم الصادر في 1864/12/2 والخاص بالطعن في القرارات الصادرة من السلطات الرئاسية تجاه الطلبات المقدمة للجهات الإدارية التابعة لها. ثم توسع المشرع في تقرير هذه القاعدة من خلال النص عليها ضمن العديد من القوانين التي أصدرها<sup>(2)</sup>.

وإذا كان النظام القانوني للقرار الإداري السلبي يقوم على أن سكوت الإدارة يولد قراراً ضمناً بعد انقضاء المدة المحددة لها، فإن هذا النظام يجب أن يغطي كل الحالات التي يغطيها القرار الإداري الصريح<sup>(3)</sup>.

ولا شك أن جهة الإدارة قد تعتقد بأن مسؤوليتها عن القرار الضمني الناتج عن تجاهل الطلب المقدم إليها، أو تباطؤها في البت فيه - يمكن أن تكون أقل أو أخف وطأة من مسؤوليتها الناتجة عن اتخاذ قرار صريح تبدو فيه إرادتها واضحة، إذ يمكنها الاحتجاج بالبطء في الإجراءات، أو الروتين الإداري.

إن هذا السبب الذي قد يدفع الإدارة إلى اتخاذ موقف سلبي تجاه الطلبات المقدمة إليها يبدو في ظاهره سليماً من الناحيتين السياسية والنفسية ولكنه في واقع الأمر يشكل خطأ قانونياً يتساءل عنه<sup>(4)</sup>. كما أن الإدارة قد تجد في هذا النظام وسيلة لإعفاء نفسها من مهمة اتخاذ قرار صريح في الموضوع، لا سيما إذا وجدت صعوبة في اتخاذ مثل هذا القرار، أو في عملية تسييبه، فكل ما عليها أن تفعله، في هذه الحالة، أن تترك الوقت يمر لكي يولد قرار ضمني<sup>(5)</sup>. ولكن القاضي الإداري إذا كان يحرص على أن لا يذهب الأفراد

(1) Charles Debbasch, *Revue administrative*, 1968, p. 555.

أشار إليه. Monique Pauti المرجع السابق، ص 1548.

(2) انظر في التطور التشريعي في فرنسا في هذا المجال:

administratif 5 ed, Daloz, Paris, 1990 p. 371 Charles Debbasch et Jean - Claud Ricci, Contentieux

(3) انظر:

Monique Pauti, op. cit, p. 1552.

(4) Rgmond Odent, *Contentieux administratif*, Paris, 1970, 1971, p. 760.

(5) Rene Chapus, *Droit administratif general*, T. 1, 6 ed. Paris, 1992, p. 377.

ضحية تجاهل الإدارة، أو كسلها، فإن هذا لا يعني موافقته على السماح للبعض الاستفادة تلقائياً من إهمالها أو خطئها أو عدم قدرتها على اتخاذ القرارات. ذلك لأن قاضي الإدارة يضع في حسابه دوماً مصالح الغير التي قد تتعارض مع مصلحة مقدم الطلب. والذين قد يذهبون، هم هذه المرة، ضحية لطبيعة نظام القرارات الإدارية التي تستلزم لا الشهر. وهو ما يحاول القضاء حمايتهم عن طريق التوفيق بين مصالحهم المتعارضة واحترامه لمبدأ المشروعية<sup>(1)</sup>.

وإذا كان نظام القرارات الإدارية السلبية يحمي الأفراد من عسف الإدارة وتجاهلها الرد على طلباتهم، إلا أنه يفرض عليهم دائماً واجب السعي للدفاع عن حقوقهم أمام القضاء، إن عليهم دائماً التزاماً باللجوء إلى القاضي الإداري ليقوم بعملية فحص لمدى مشروعية القرار الإداري الضمني بالرفض. فهذا القرار يبدو في ظاهره لغير صالح الأفراد، لأنه يسمح بملء الفراغ القانوني الناتج عن جمود الإدارة وعدم بتها في طلباتهم - فيكون اللجوء إلى القضاء هو الوسيلة الوحيدة لإجبار الإدارة على احترام القانون. ومن هنا تبدو أن قاعدة السكوت الرفض أفضل لمصالح الأفراد من مجرد السكوت المتجاهل أو المخادع<sup>(2)</sup>.

إن هذا النظام الذي يفرض دائماً على الأفراد واجب اللجوء إلى القضاء لمواجهة إنكار الإدارة حقوقهم عن طريق تشبثها بالصمت، قد يبدو متعارضاً مع الفكر الديمقراطي الذي يمكن الأفراد من مباشرة حقوقهم وحررياتهم دون تعقيد، ودون استجداء هذه الممارسة من قبل جهات الإدارة. ولن يتحقق ذلك إلا إذا قلبت القاعدة بحيث يصبح سكوت الإدارة خلال المدة المحددة لها يعني موافقة ضمنية على الطلب.

ولا شك أن هذا المنهج يقلب القاعدة التقليدية رأساً على عقب، فبدلاً من اعتبار سكوت الإدارة يساوي قراراً بالرفض، غداً سكوتها يعادل صدور قرار إداري ضمني بالموافقة.

ولا ريب أن نظام الموافقات الضمنية يبدو أكثر ديمقراطية وفائدة للمصلحة العامة ومصلحة الأفراد في آن واحد من نظام القرار الإداري الضمني بالرفض<sup>(3)</sup>.

(1) Monique Pauti, op. cit, p. 1552.

(2) Charles Debbasch, Revue administrative 1968, p. 555.

(3) انظر: الدكتور عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 13.

فهو أكثر ديمقراطية، لأنه يتماشى مع مباشرة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم وفقاً للقوانين واللوائح، ودون لجوئهم لاستجداء إصدار قرار من الإدارة كما يقول العميد فيدل. كما أنه أكثر فائدة لمصالح الأفراد، لأنه لا يجبرهم على اللجوء إلى القضاء للدفاع عنها، إذ أن مجرد سكوت الإدارة، خلال المدة المحددة لها، يعني موافقتها الضمنية على طلباتهم، فضلاً عن أنه أكثر اقتصاداً في الوقت والنفقات دون جدال، الأمر الذي لا يمكن إنكار انعكاسه إيجابياً على مصالحهم.

وأخيراً فإن نظام الموافقات الضمنية يبدو أكثر تطوراً مع متطلبات الحياة الإدارية العصرية التي تتجه نحو التخلص من البيروقراطية الإدارية والقضاء على الإجراءات غير الضرورية. إن هذا النظام يحث الإدارة على العمل على تحقيق مصالح الأفراد والبت في طلباتهم، فعنصر الوقت لم يعد يعمل لصالحها، لأن عدم اتخاذها قراراً خلال المدة المحددة لها يعني إلزامها بقبول الطلب، وعليها الإسراع في اتخاذ الإجراءات القانونية المطلوبة للبت في الطلبات المقدمة إليها.<sup>(1)</sup>

ومع ذلك لا بد من الإشارة إلى أن نظام الموافقات الضمنية يثير هو الآخر بعض المشاكل القانونية التي تعود إلى طبيعته الساكنة أو السلبية.

فهذا القرار، كأصل عام، غير خاضع للشهر، الأمر الذي لا يمكن الغير من العلم به، مما قد يلحق الضرر بمصالحهم، حين يؤدي عدم علمهم بالقرار إلى المساس بمصالحهم - وهكذا فإنه ينبغي العودة مره أخرى للبحث عن حلول تكفل التوفيق بين مصالح كل الأطراف والتي تبدو متعارضة، وهو ما يسعى القضاء الإداري لتحقيقه عبر أحكامه الصادرة في هذا الشأن.

من المسلم به أن رفع دعوى إلغاء للقرار الإداري، سلبياً كان أم إيجابياً، لا يترتب عليه بالضرورة وقف تنفيذه لأن القول بذلك يؤدي إلى شل يد الإدارة عن القيام بواجباتها القانونية ولذلك عمد المشرع في قوانين القضاء الإداري، إلى النص على هذا المبدأ، ولكنه مع ذلك تقديراً منه لبعض الحالات التي يؤدي فيها الاستمرار لتنفيذ القرار الإداري إلى نتائج لا يمكن تداركها، أجاز في مثل هذه الحالات وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، إذا تحققت الشروط التي يتطلبها المشرع.

(1) Monique pauti , op. cit, P 1545 – 1546.

ولكن شروط وقف تنفيذ القرار الإداري السلبي ليست واحدة في الدول محل الدراسة، فهناك اختلاف واضح في الموقف منها في فرنسا عن الموقف في كل من مصر والكويت، الأمر الذي يستلزم إلقاء الضوء على هذا الاختلاف.

وإذا كان الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار السلبي، يعتبر من فئة الأحكام القضائية، إلا أنه مع ذلك حكم وقتي ينتهي أثره بصدور الحكم بدعوى الإلغاء، ولا يقيد المحكمة عند تصديها للفصل في الدعوى الأخيرة، حكمها بوقف تنفيذه، فقد توجه إلى رفض الحكم بإلغاء القرار السلبي المطعون فيه رغم أنه سبق لها وإن أوقفت تنفيذه.

وعليه تكون دراستنا لأحكام هذا الموضوع على النحو التالي: -

المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء من وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية.

المبحث الثاني: أحكام وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية.

## المبحث الأول

### موقف الفقه والقضاء من وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية يمكن الحكم بوقف تنفيذها متى تحققت الشروط التي يتطلبها المشرع، ولما كانت القرارات السلبية، وهي قرارات إدارية بحكم القانون، فالأصل قابليتها لوقف التنفيذ، شأنها في ذلك القرارات الإيجابية ولكن شرط وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، وموقف الفقه منها، يختلف في فرنسا عن تلك المتطلبة في كل من مصر والكويت. لذلك نبين شروط وقف هذه القرارات في تلك الدول تباعاً.

## المطلب الأول

### وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية في فرنسا

وفقاً لنص المادة الرابعة من قانون العدالة الفرنسي لعام 2000، بأنه إذا لم توجد نصوص تشريعية خاصة، فإن الطعون لا يكون لها أثر واقف، ما لم يقضي قضائياً بخلاف ذلك. ويترتب على ذلك أن الطعون ضد القرارات الإدارية الإيجابية منها والسلبية، لا تؤدي إلى وقف تنفيذها، وإنما لا بد من صدور حكم من القضاء بذلك، بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن. ويعود السبب في تقرير هذا الحكم إلى الرغبة في عدم شل يد الإدارة عن العمل بمجرد طلب إلغاء القرار الإداري الصادر منها، ولتجنب هذه النتيجة السلبية تقرر أن مجرد طلب إلغاء القرار الإداري لا يؤدي إلى وقف تنفيذه، وإنما لا بد من صدور حكم من القضاء بذلك.

ويعارض الفقه الفرنسي، ويسانده في ذلك القضاء الإداري هناك وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، مستنداً في ذلك لبعض الاعتبارات القانونية والمنطقية، وكذلك اعتبارات الملائمة الإدارية، لذلك نبين أولاً موقف الفقه، ثم نعرض لموقف القضاء، ثم نبين باختصار التطور التشريعي عام 2000 في مجال وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### موقف الفقه الفرنسي

يعارض رجال الفقه الفرنسي وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، ويستندون في

ذلك إلى بعض الاعتبارات هي الآتي:

أحد أهم الأسباب التي دعت الفقه في فرنسا لرفض فكرة وقف تنفيذ القرارات السلبية، يعود إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي قرره نصوص عديدة هناك بعضها نصوص تشريعية، وأخرى ذات طبيعة لائحية، حظرت بموجبها تدخل القضاء في عمل الإدارة، ومنعت المحاكم من الفصل في أية منازعة تكون الإدارة طرف فيها، ثم تقرر هذا المبدأ في دستور الثورة لعام 1791، حيث تبني مبدأ الفصل المطلق بين القضاء والإدارة، والاستقلال التام لجهة الإدارة في مواجهة المحاكم. ثم تتالت النصوص الدستورية والتشريعية التي قررت مبدأ الفصل بين الجهتين على اعتبار، أن وقف تنفيذ القرار السلبي، يعتبر بمثابة أمر من القضاء لجهة الإدارة للقيام بعمل<sup>(1)</sup>.

يرى البعض أن الحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري الإيجابي هو بمثابة الأمر بالامتناع عن عمل، في حين أن الحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري السلبي، يفرض على الإدارة القيام بإصدار القرار الذي امتنعت أصلاً عن إصداره، ويعتبر ذلك التزاماً يقع على عاتق الإدارة<sup>(2)</sup>.

وينتقد البعض الحجة التي استند عليها الفقه الفرنسي والقائمة على مبدأ الفصل بين السلطات بالقول أن القرار الإيجابي شأنه في ذلك شأن القرار السلبي، ذلك لأن تنفيذ القرار السلبي أن كان يتضمن أمراً للإدارة بأن تقوم بما امتنعت عن القيام به، فإن وقف تنفيذ القرار الإيجابي يتضمن هو الآخر، أمراً للإدارة بأن توقف ما فعلته. ففي الحالتين هناك أمر للإدارة، ولكن الإدارة في الحالة الثانية الخاصة بالقرار الإيجابي سوف تجبر على العودة عن قرارها الذي اتخذته فعلاً وباشرت بتنفيذه، فإذا ما اعتبرنا وقف تنفيذ القرار السلبي بصورة مؤقتة اعتداء من القاضي على اختصاص جهة الإدارة، فإنه يكون من باب أولى إلغائه للقرار، وإزالته من الوجود هو الآخر اعتداء من القاضي على اختصاص

(1) النظر في التطور التشريعي للفصل بين القضاء والإدارة في فرنسا:

Maurice. A. Glele: les recours contre une descision administration negative, D. 1970, p25.

- الدكتور يسري العصار: مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي للإدارة، وخطر حلوله محلها وتطوراته

الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000 ص32 وما بعدها.

(2) Chapus R: Droit du contentieux administratif, 7ed, montchrestien, 1998, P799. et p813.



الإدارة<sup>(1)</sup>.

ويستند جانب من الفقه الفرنسي إلى الاعتبارات المنطقية الخاصة بطبيعة القرار السلبي، فهذا القرار ليس له مظهر خارجي يدل عليه، وإنما هو مجرد افتراض قانوني بوجود قرار صادر من الإدارة حماية لحقوق ذوي الشأن من صمت الإدارة غير المبرر تجاه طلباتهم، وطبيعة القرار هذه، هي التي تجعله نافذا بمجرد صدوره، منتجاً لجميع آثاره القانونية، فإذا صدر قرار سلبي من الإدارة برفض اشتراك أحد الأشخاص بمسابقة أعلنت عنها، فإنه يعتبر ممنوعاً من الاشتراك فيها منذ لحظة إصدار القرار السلبي، ولا يمكن في واقع الأمر وقف تنفيذ القرار لعدم وجود إجراءات تنفيذية له يمكن أن يرد عليها الوقف، لأنه ينتج آثاره فور صدوره، ونظراً لعدم وجود أية إجراءات تنفيذية، فإنه لا يمكن وقف تنفيذه، في حين أن القرار الإيجابي يفترض وجود إجراءات تنفيذية حتى يمكن تحقيق الهدف من إصداره، وبسبب طبيعته التي لها مظاهر خارجية لن تستنفذ بمجرد إصداره، إذ ستستمر لبعض الوقت، مما يسمح باتخاذ إجراءات لوقف تنفيذه<sup>(2)</sup>.

ويستند أنصار هذا الاتجاه لاعتبارات الملائمة لرفض فكرة وقف تنفيذ القرار السلبي بالقول أن الإدارة هي الوحيدة المؤهلة لتقدير ما إذا كانت ستقوم بتقديم خدمة ما أو منح رخصة، الأمر الذي يستتبع عدم تعطيل قدرة الإدارة أو إصابتها بالشلل أو الاضطراب باستخدام وقف تنفيذ قراراتها الإدارية.

إن الإدارة هي وحدها القادرة على وزن ملاءمات اتخاذها لقرارها واختياراتها المتفككة مع المصلحة العامة فإذا ما سمح للقاضي أن يتدخل في عملها ويوقف قرارها السلبي في هذا الشأن، فإنه في واقع الأمر لم يعد قاضياً، أكثر من كونه رئيساً لجهة الإدارة هذه<sup>(3)</sup>.

والواقع أن هذه الحجة محل نظر، ذلك لأنه القاضي إذا كان يوقف تنفيذ القرار

(1) انظر. الدكتور محمد السيد عبدالمجيد، نفاذ القرارات الإدارية، وسريانها في حق الأفراد، دار النهضة العربية، 2002، ص 305.

- أشار إليه الدكتور سعد الشتيوي، الرقابة القضائية على القرار الإداري السلبي، محلية الحقوق، ع 1، س 34، 2010، ص 68.

(2) المرجع السابق، ص 23 - 24.

(3) انظر في هذا الاتجاه ، op. cit waline: Traite de droit administratif

السليبي، ويعتبر وفقاً لهذا الرأي رئيساً للإدارة، فهو لا يختلف موقفه عندما يوقف تنفيذ القرار الإيجابي، ففي الحالتين هناك وقف للقرار، فكيف يعتبر رئيساً للإدارة في حالة، وتنتفي عنه هذه الصفة في الحالة الأخرى، بل أنه في حالة القرار الإيجابي أشد صعوبة، لأنه يحل نفسه محل الإدارة في تقديرها، في حين أنها إنما تتخذ قرارها السليبي بسلطتها المقيدة.

ومن جانب آخر، فإن السلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة وإنما هي خاضعة لرقابة القضاء الذي يتحقق من الغرض الذي من أجله اتخذت قرارها، فهذه الرقابة، في واقع الأمر لا ترد على حرية تقدير الإدارة، وإنما كيفية تقديرها للظروف والملازمات التي دعتها لاتخاذ قرارها.

وأخيراً يرى البعض أن الاعتبارات العملية قد لا تسمح بوقف تنفيذ القرارات الإدارية، لأن النشاط الإداري يهدف إلى إشباع المصلحة العامة، والقرار الإداري يفترض فيه أن يحمل طابع الضرورة أو على الأقل العجلة، وسوف يكون من غير المقبول أن تعرقه المصالح الفردية بدعاوى كيدية لن يكون الغرض منها إلا مجرد التعطيل ومن المستحيل، أن تقلل النشاط الإداري بسبب هذه الطلبات، كما لا يمكن الإقرار بها بأثر واقف<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف القضاء الإداري الفرنسي

يشترط لوقف تنفيذ القرارات الإدارية توافر شرطين أساسيين: -  
الأول: أن تكون هناك أسباب جدية يستند إليها المدعي، والتي تجعل احتمال إلغاء القرار المطعون فيه أكثر من تأييده.

الثاني: أن تنفيذ القرار يؤدي إلى حدوث أضرار يتعذر تداركها.  
ويجب توافر كل من هذين الشرطين سواء أكان القرار إيجابياً أم سلبياً، ولكن مجلس الدولة الفرنسي أضاف شرطاً ثالثاً لقبول وقف تنفيذ القرار الإداري مؤداه أنه ليس للمحاكم أن تأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري إلا إذا كان هذا القرار تنفيذياً، عدا الحالات

(1) انظر في هذا الاتجاه ن حسني عبدالواحد، المرجع السابق ص 182.

التي يكون فيها بقاء القرار معدلاً في المركز القانوني أو الواقعي للطاعن الذين كان يوجد قبل صدوره وقد تبنى مجلس الدولة هذا الشرط أول مرة في حكمه في قضية **Amoros** عام 1970.<sup>(1)</sup>

استمر مجلس الدولة في أحكامه اللاحقة اشتراط أن يكون القرار تنفيذياً لكي يأمر بوقف تنفيذه، وفي تطلبه توافر هذا الشرط ميز مجلس الدولة بين القرارات الإدارية السلبية بالرفض والقرارات السلبية بالقبول، فرفض وقف تنفيذ الأولى، في حين يوافق على وقف تنفيذ الثانية متى كان لها صفة تنفيذية. ففي حكم له عام 1985، قرر أن المجلس ليس له أن يقوم بوقف تنفيذ الحكم إلا إذا كان له صفة تنفيذية تعدل من المركز القانوني الذي كان سائداً قبل صدوره ولما كان قرار رفض الترخيص لمركبة بالنقل لا يغير من الوضع الذي كان سائداً قبل صدوره، فإن وقف تنفيذه يكون مرفوضاً<sup>(2)</sup>.

وعلى العكس من ذلك قبل المجلس وقف تنفيذ رفض الإدارة الضمني لتجديد الترخيص لإقامة أجنبي، لأنه يعدل من وضعه القانوني قبل صدور القرار المطعون فيه. ويرى البعض عدم ملائمة وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية بالموافقة بحجة أن الاعترافات التي دعمت وجود هذا النوع من القرارات تقوم على أساس إجبار الإدارة على التصرف خلال فترة محدودة، وإلا تعرضت الإدارة إلى اعتبار صحتها بمثابة قبول للطلب المقدم إليها، فإذا ما أخذنا بإمكانية وقف تنفيذ هذا النوع من القرارات، فإن ذلك يجردها من الهدف من وراء إقرارها ويعود بالضرر على الأفراد، فضلاً عن إحداث حالة من عدم استقرار مراكزهم القانونية التي هدف المشرع إلى تحقيقها بتقرير نظام الموافقات الضمنية، بل أن الحكم بوقف تنفيذ هذه القرارات يجعل منها أمراً نظرياً.

ويتنقد البعض الرأي السابق رغم تسليمه باتفاقه مع المنطق الذي يقوم عليه نظام الموافقات الضمنية، إلا أن من الخطورة عدم الأخذ بوقف تنفيذها، لأن هذا النوع من القرارات وإن كان يحقق مصلحة مقدم الطلب، إلا أنه قد يتعارض مع المصلحة العامة كما أنه قد يتعلق به مصلحة الغير، لا سيما وأن المجال الأوسع لتطبيقه يتعلق بأنظمة البناء

(1) Daniel chabanol: La pratique du contentieux administratif, 2ed, 1991 P149 .

(2) C. E. 4 OCTObre , 1985 ,minister de transports c. / Eberte- C. E. , 10 OCTObre 1986, chevalerais -

أحكام أشار إليها Daniel chabanol , المرجع السابق ص 149 - 150.

حيث أن الأضرار التي قد تنجم من هذه القرارات لا يمكن تداركها، ولذلك نجد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه عام 1981 الذي يهدف إلى حماية مبدأ المشروعية اعتبر أن الضرر الذي يلحق بالطاعنين والناتج عن الترخيص الضمني بالبناء الصادر لصالح M. Darrage بتاريخ 1977/10/25 يعد كافياً ومبرراً لوقف تنفيذ هذه الرخصة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

## التطور التشريعي عام 2000 بالقضاء المستعجل وحماية الحريات

### نظام Le refere suspension

بتاريخ 2000/6/30 صدر القانون رقم 2000/597 والمسمى **liberte Le refere** الخاص بالقضاء الإداري للأمر المستعجل فقد أدخل المشرع العديد من التعديلات الخاصة بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم ومنح القضاة اختصاصات جديدة في مجال حماية الحريات بصورة مستعجلة<sup>(2)</sup>.

وبموجب المادة 2/521 من القانون الجديد يجوز للقاضي الإداري خلال مدة قصيره اتخاذ كل التدابير الضرورية والمؤقتة والتحفظية، لوقف تنفيذ القرار الإداري إيجابياً أم سلبياً الذي يمس مركز أحد الأفراد أو مصلحة من مصالحه ووجود خطر تعدي جسيم عليه، إذا توافرت الشروط التالية:

يقدم الطلب إلى القاضي الإداري المستعجل، بوقف تنفيذ القرار الإداري إيجابياً كان أم سلبياً مرفقاً به صورة من دعوى إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه، بمعنى أنه يجب لقبول طلب وقف التنفيذ أن تكون هناك دعوى مقامة بالفعل لطلب إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه.

(1) Monique pauti, op. citp. p. 1573.

وانظر في ذلك: محمد جمال عثمان جبريل، المرجع السابق، ص 147 - 148.

(2) لدراسة موسعة حول هذا القانون انظر:

R. F. D. A, 2000,P963 ets Fouletier Marjolaine: Le nouveau refere administratif, - Favoreu L: la notion de liberte fondamentale devant le juge administratif des refere, dalloz, 2001 p1739.

- وفي اللغة العربية انظر: الدكتور بلال عقل الصنديد التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات في القضاء الإداري الفرنسي، الثورة التشريعية، مجلة الحقوق، ع 3، ص 277 وما بعدها.

ويجب ألا يكون القرار المطلوب وقف تنفيذه قد نفذ بالفعل، لأن تنفيذه ينفي الحاجة لوقفه، وفي هذه الحالة ليس لطالب وقف التنفيذ إلا الانتظار إلى حين صدور الحكم بطلب إلغاء القرار.

أن تكون هناك حالة استعجال ماسة، أو قصوى **Extreme Urgence** تمس بشكل مباشر وجسيم مركز الفرد أو إحدى مصالحه التي يهيمه الدفاع عنها، ويتحقق ذلك عندما يكون هناك قرار أو تصرف أو الامتناع عن القيام بتصرف يحمل في ثناياه اعتداءً جسيماً أو مبالغاً فيه، ويتسم بعدم مشروعية واضحة، ولذلك يجب أن يتضمن طلب وقف التنفيذ تبريراً واضحاً لحالة الاستعجال المدعى بها.

يجب أن يتضمن الطلب وسيلة لإثبات الشك بصورة جدية بمدى شرعية القرار المطعون فيه وذلك لأن القاضي الإداري المستعجل لا يقوم بفحص مدى مشروعية القرار كفحص قاضي الإلغاء له، وإنما يكتفي بحسب الظاهر من الأوراق بوجود شك بعدم مشروعيته، وأنه يشكل اعتداءً جسيماً على المركز القانوني للفرد أو إحدى مصالحه.

وبعد أن يقوم القاضي الإداري المستعجل بفحص الطلب، يصدر قراره خلال فترة قصيرة تكفي لإعداد الإدارة دفاعها والرد على طلب وقف التنفيذ وبموجب المادة (2/521) من قانون القضاء الإداري الجديد لا يمكن الحكم بأي تصرف مستعجل، بما في ذلك وقف تنفيذ القرار، في مجال الحريات الأساسية إلا على أثر تصرف من قبل أحد أشخاص القانون العام، أو شخص من أشخاص القانون الخاص يدير مرفقاً عاماً، بمناسبة تنفيذه للاختصاصات الممنوحة له قانوناً، وكان هذا التصرف يحمل في طياته اعتداءً جسيماً ومبالغاً فيه ويتصف بعدم مشروعية واضحة، وعلى أن يصدر القرار في هذا الشأن خلال (24) ساعة، ويلاحظ قصر المدة الممنوحة للقاضي لإصدار قراره، تقديراً من المشرع للحريات الأساسية للأفراد ووجوب حمايتها.

وتطبيقاً لذلك حكم بأن هناك حالة استعجال ماسة تستوجب اتخاذ كل التدابير الضرورية التي تحمي الحريات الأساسية للمتقاضي في الحالة التي تثبت فيها أن الإدارة امتنعت عن تسليم إيصال لشخص تقدم بطلب اللجوء السياسي، مما يجعله عرضة لبعض الإجراءات والتدابير الإدارية التي قد تؤدي إلى ترحيله عن الأراضي الفرنسية<sup>(1)</sup> وكذلك

(1) C. E. ,12 novembre 2001, minister de l'interieur c. / mlle bechar no23 - 9794.

- أشار إليه بلال عقل الصنديد، المرجع السابق، ص 289.

تتوافر حالة الاستعجال التام عندما تمتنع الإدارة عن إعادة جوازات السفر وبطاقة الهوية لمجموعة من المواطنين الذين سحبت منهم في ظروف معينة، الأمر الذي يمكن أن يهدد المسار الطبيعي لحياتهم اليومية، ويعرضهم لكثير من المخاطر<sup>(1)</sup> كما حكم بوقف تنفيذ قرار المجلس الوطني لتنظيم مهنة الأطباء الجراحين والأسنان القاضي برفض منح السيد **Lesage pilipart**، رخصة مزاولة المهنة إذ قرر مجلس الدولة وقف تنفيذ القرار، كما أمر السلطة المختصة بضرورة تسليم الطاعنين ترخيص مزاولة المهنة خلال ثمانية أيام<sup>(2)</sup>، كما قرر في قضية أخرى وقف تنفيذ قرار المحافظ برفض تجديد كرت الإقامة، مقررًا أن شرط الاستعجال يتوافر، من حيث المبدأ عند رفض تجديد الإقامة، وبذلك أقام مجلس الدولة الفرنسي قرينة قضائية مؤداها توافر عنصر الاستعجال في كل مرة يتم فيها رفض تجديد كرت الإقامة، وبذلك لا يقع على الطاعن عبء إثبات توافر شرط الاستعجال، بل يقع عبء الإثبات على جهة الإدارة التي عليها إثبات عدم توافر<sup>(3)</sup>، وعلى العكس من ذلك رفض مجلس الدولة وقف تنفيذ قرار سلمي بالرفض صادر من القنصل العام الفرنسي بتونس، خاص بمنح تأشيرة دخول لفرنسا، إذ اعتبر أن رفض منح التأشيرة ليس من شأنه أن يؤدي إلى أضرار يصعب إصلاحها، مثل المساس بحق الطاعن في العيش حياة عائلية طبيعية، فضلاً عن عدم توافر أسباب جدية تبرر إلغاء القرار المطعون فيه<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني

### وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية في مصر

تنص المادة (49) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه (لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة

(1) C. E, 21 aout 2001, Mme ,manifold, No - 237385.

- أشار إليه بلال عقيل الصنديد، المرجع السابق، ص 290

(2) C. E, 28 fevrie 2001, philipat et le sage recuiel lebon, no - 230112.

(3) أشار إلى هذا الحكم، الدكتور سعيد إبراهيم عطية هلال، النظام القانوني للقرار الإداري السلبي، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر، رسالة دكتوراة، دار الحقانية للطباعة والتسويق والنشر، 2015، ص 432.

(4) C. E. 9 section, 20 decembre 2000, m. ouath, no - 206745:

- أشار إليه الدكتور سعيد إبراهيم هلال، المرجع السابق، ص 443 - 444.

أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى، ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها.

وبالنسبة للقرارات الإدارية التي لا يقبل طلب إلغائها قبل المتظلم منها إدارياً لا يجوز طلب وقف تنفيذها، على أنه يجوز للمحكمة بناءً على طلب المتظلم أن تحكم مؤقتاً باستمرار صرف مرتبة كله أو بعضه إذا كان القرار صادراً بالفصل، فإذا حكم له بهذا الطلب ثم رفض تظلمه، ولم يرفع دعوى إلغاء في الميعاد، اعتبر الحكم كأن لم يكن واسترد منه ما قبضه). ويتضح من النص السابق أن المشرع لم يفرق في طلب وقف التنفيذ بين القرارات الإيجابية والقرارات السلبية، وإنما اشترط لوقف تنفيذ القرار الشروط التالية: 1. أن يكون طلب وقف التنفيذ مستنداً إلى دعوى إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه

لأن وقف تنفيذ القرار ليس غاية الطاعن ولكنه تمهيد لإلغاء القرار.

2. أن تكون نتائج تنفيذ القرار من المتعذر تداركها، فيما لو حكم بإلغاء القرار وتعتبر المحكمة الإدارية العليا المصرية أن تقييد حرية الانتقال دون مبرر قانوني هو أبرز الصور التي يترتب عليها نتائج يتعذر تداركها مما يتوافر معه ركن الاستعجال، فتقول بهذا الشأن (أن امتناع الإدارة عن إنهاء خدمة العامل الذي انقطع عن العمل وانتهت خدمته وفقاً لحكم القانون دون مبرر قانوني، يمثل عقبة قانونية تحرمه من السفر والانتقال مادام الثابت من جواز سفره أو بطاقته العائلية أو الشخصية أنه موظف بها، إذ أن الأمر يحتاج إلى موافقتها على السفر، كما يمنعه من تغيير بيانات بطاقته العائلية أو الشخصية، كذا عدم إفادته عن مدة خبرته السابقة في الوظيفة الجديدة عند تقدمه إلى عمل آخر يتكسب منه، وهي كلها أمور تقييد حريته وتشكل قيداً عليها وتتعارض مع ما كفله الدستور من حرية الانتقال والهجرة والعمل في حدود القانون، ومما لاشك فيه أن الاعتداء على الحريات وتقييدها بلا موجب من القانون هو أبرز الصور التي يترتب عليها نتائج يتعذر تداركها، مما يتوافر معه ركن الاستعجال)، وبشأن ركن الجدية قررت المحكمة طالما إن (خدمة المطعون ضده تعتبر منتهية قانوناً.. كان على جهة الإدارة إعطائه شهادة تفيد إنهاء خدمته وخلو طرفه، ومدة خدمته بعد أن انقطعت رابطة الوظيفة، ويكون امتناع الإدارة عن ذلك مخالفة للقانون مما يتوافر معه ركن الجدية)<sup>(1)</sup>.

(1) الطعن رقم 32/122 في جلسة 1988/1/26 أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص

←

وعن وقف تنفيذ القرار السلبي تقرر المحكمة في أحد أحكامها (أن الجهة الإدارية تلتزم بحكم القانون باتخاذ إجراءات إنهاء رابطة التوظيف التي تربطها بالمطعون ضدها، ومن ثم تعتبر خدمة المطعون ضدها منتهية، ولا يجوز إجبارها على الاستمرار في الوظيفة ويكون ثمة قرار سلبي بالامتناع عن إنهاء خدمة المطعون ضدها، حيث تلتزم الجهة الإدارية في هذه الحالة بإصدار هذا القرار وبالتالي يغدو طلب إيقاف تنفيذه قائماً على سند صحيح من القانون)<sup>(1)</sup>، ولا يشترط لقيام ركن الاستعجال أن تكون كافة نتائج تنفيذ القرار الإداري متعذرة التدارك، وإنما يكفي أن تكون بعض هذه النتائج متعذرة التدارك لتبرير طلب وقف تنفيذ القرار<sup>(2)</sup>.

وقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا على توافر ركن الاستعجال الموجب لوقف تنفيذ القرار الإداري، إيجابياً كان أم سلبياً، عندما يمس حقاً دستورياً أو ينتقص منه، لأنه مما لا شك فيه أن الاعتداء على الحريات أو تقييدها بلا موجب من القانون، هو أبرز الصور التي يترتب عليها نتائج يتعذر تداركها، مما يتوافر معه ركن الاستعجال<sup>(3)</sup>. فاستبعاد اسم أحد المرشحين لعضوية المجالس المحلية، نظراً لما يترتب على استمرار تنفيذ هذا القرار من اعتداء على حق من الحقوق التي كفلها الدستور للمواطنين للمشاركة في إدارة شؤونهم المحلية<sup>(4)</sup>.

3. أن يستند طلب الإلغاء إلى أسباب جدية. وإذا كان طلب وقف تنفيذ القرار يعتبر من الأمور المستعجلة التي لها لا علاقة لها بموضوع الدعوى، إلا إنه طلب متفرع من طلب الإلغاء، فيجب أن يكون طلب الإلغاء مبني على أسباب جدية ترجح إلغاء القرار المطعون فيه.

←

403 - 404.

(1) الطعن رقم 256 لسنة 31 في جلسة 1990/3/27، أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 406 - 407.

(2) انظر: الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية 2016، ص 224.

(3) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن، رقم 474 لسنة 42 ق، جلسة 2001/2/24.

(4) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1881 لسنة 30 ق، جلسة 1985/3/30.



4. أن يكون القرار المطلوب وقف تنفيذه من بين القرارات التي لا يقبل طلب إلغائها قبل التظلم منها إدارياً. فهذه القرارات لا يجوز طلب وقف تنفيذها فالمشروع قد استعاض بهذا التظلم الوجوبي عن نظام وقف التنفيذ.

والقرارات الخاضعة للتظلم الوجوبي والتي لا يقبل طلب وقف تنفيذها هي: القرارات الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة، قرارات الترقية أو منح العلاوات والقرارات الصادرة بالإحالة للمعاش أو الاستيداع أو الفصل بغير الطريق التأديبي، والقرارات النهائية للسلطات التأديبية الصادرة من الرؤساء الإداريين.

وبناء على ذلك استبعدت المحكمة الإدارية العليا من اشتراط التظلم الوجوبي قبل الطعن فيها ومن ثم يجوز طلب وقف تنفيذها، قرارات التكليف، والقرارات التأديبية المقنعة، والقرار الساحب لقرار الترقية، والقرار بالامتناع عن إنهاء الخدمة بسبب الاستقالة الصريحة أو الحكمية وهي الخاصة بالانقطاع عن العمل، والقرارات السلبية والقرارات المنعدمة.

وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة أن القرارات السلبية بالامتناع عن إنهاء الخدمة لا تخضع لقيد التظلم الوجوبي قبل طلب إلغائها ويقبل طلب وقف تنفيذها مؤقتاً لحين الفصل في موضوع الدعوى المقامة بإلغائها<sup>(1)</sup>.

وإذا كان المشروع قد اشترط أن يرد طلب وقف تنفيذ القرار في طلب دعوى الإلغاء نفسها، فهل يمكن رفع طلب وقف التنفيذ بعد رفع الدعوى إذا كان قد طرأت دواعي لوقف التنفيذ بعد رفع دعوى الإلغاء؟

أجابت محكمة القضاء الإداري على هذا التساؤل بالإيجاب إذ كان أحد الأفراد قد رفع دعواه بتاريخ 1958/3/1 بإلغاء قرارين لمنعه من مغادرة البلاد للعمل في إحدى الدول العربية، ثم تبين له بعد ذلك أن المنصب الذي عرض عليه لا يزال شاغراً، فتقدم بطلب إيقاف التنفيذ في 1958/3/23 بعريضة مستقلة، فأجابته المحكمة إلى طلبه، ولكن المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بتاريخ 1958/5/20 ألغت هذا الحكم وقضت بأنه يتعين أن يطلب وقف التنفيذ في ذات صحيفة طلب الإلغاء وأنه لا يحق للأفراد طلب وقف التنفيذ

(1) الطعن رقم 314 لسنة 31 ق، جلسة 1987/11/10، أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 402.

بعريضة مستقلة، على أساس أن المشرع حين تطلب هذا الشرط، إنما قصده لذاته كشرط جوهرى شكلي لقبول الطلب. (كما أن طلب وقف تنفيذ القرار لا يعدو أن يكون طعن في القرار المطلوب إلغاؤه وأن وجه الاستعجال المبرر لطلب وقفه كما حدده القانون هو أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري نتائج يتعذر تداركها واحتمال هذا إن صح قيامه متلازماً زمنياً مع القرار ذاته من يوم صدوره، تبعاً لقابلية هذا القرار للتنفيذ بالقرار المباشر، بوصفه قراراً إدارياً. وهذا يوضح من ناحية أخرى حكمة وجوب اقتران طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء في صحيفة واحدة. كما يحقق في الوقت ذاته اتحاد بدء ميعاد الطعن في القرار إلغاءً ووقفاً ويمنع الاختلاف والتفاوت في حساب هذا الميعاد بداية ونهاية<sup>(1)</sup>.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي أنه يمكن قبول طلب وقف تنفيذ القرار حتى لو بعد رفع دعوى الإلغاء، ويقول معلقاً على حكم المحكمة الإدارية العليا (أن الأصل العام، كما قالت المحكمة، هو قيام خطر التنفيذ متلازماً مع صدور القرار ولكن الحالة الاستثنائية الأخرى لم تخطر ببال، فلماذا فضلت المحكمة الإدارية العليا التزام التفسير الحرفي للنصوص، مع مجافاة هذا المسلك لطبيعة القضاء الإداري من ناحية ولمسلك مجلس الدولة في نواحي أخرى، أن القانون يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون القرار الإداري المطلوب إلغاؤه نهائياً وقت رفع الدعوى، ولكن مجلس الدولة المصري لم يلتزم حرفية النصوص، وقرر قبول الدعوى متى أصبح القرار نهائياً في أي وقت، قبل إصدار الحكم. ومن ناحية أخرى، فإن القضاء الإداري يسمح بتعديل الطلبات زيادة ونقصاً، وما طلب وقف التنفيذ الذي تقوم دواعيه بعد رفع الدعوى، إلا من هذا القبيل، فالطاعن يطلب إعدام القرار، وحقه يقوم من الناحية النظرية المجردة، في أن يجاب إلى طلبه وقت رفع الدعوى، إذا ما ثبت عدم مشروعية القرار. والقاعدة المسلم بها ألا يضار المتقاضي بتأخير التقاضي، فذلك مالا ذنب له فيه. ولهذا فإننا نرى أن طلب إلغاء القرار باعتباره معدماً لجميع آثار القرار فيما لو حكم به، يشمل ضمناً وقف تنفيذ آثار القرار إلى صدور الحكم، وأن مصلحة الطاعن في هذا الطلب لا تظهر إلا إذا قامت دواعي وقف التنفيذ، فحينئذ يتعين عليه أن يطلب هذا الأثر صراحة، وإلا اعتبر متحماً لآثار بطلان التقاضي، ومن ثم فإننا لا

(1) انظر في ذلك: سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، 1976 ص 1001 - 1002.

- انظر البنا: حسني سعد عبدالواحد، المرجع السابق، ص 192.

نشك في أن هذا التفسير الحرفي للنصوص الذي اعتنقته المحكمة، يجاوز قصد المشرع، ويحرم الأفراد، دون حق من حماية القضاء الإداري، بل ويحمل الدولة أعباء مالية هي في غنى عنها، لأن حق الأفراد سيتحول إلى تعويض فيما لو نفذ القرار في حين أن الخزنة العامة، قد تفلت من هذا العبء فيما لو نبهها القضاء إلى الموظف السليم عن طريق وقف تنفيذ القرار<sup>(1)</sup>.

ويرى البعض كذلك أنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الميعاد الأصلي لرفع الدعوى مازال قائماً أم لا. فإذا كان الميعاد لا يزال مفتوحاً فلا يوجد ما يمنع إطلاقاً من قبول طلب وقف التنفيذ مستقلاً عن طلب الإلغاء، أما بعد فوات الميعاد، فلا يمكن أن يقبل طلب وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه، حتى لو لم تظهر دواعي وقف التنفيذ، إلا بعد رفع دعوى الإلغاء<sup>(2)</sup>.

ولبيان المقصود بالرأي الأخير، لنفترض أن القرار الإداري قد صدر بتاريخ 3/1، ورفعت دعوى إلغاؤه بتاريخ 4/15 فلا يزال طلب الإلغاء مفتوحاً، إذ ينتهي بتاريخ 4/30، وبذلك يجوز - حسب هذا الرأي - طلب وقف تنفيذ القرار، بطلب مستقل طالما أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء لا يزال متاحاً.

ونشير أخيراً إلى أن القضاء المصري، وسائره في ذلك القضاء الكويتي، لم يشترط أن يكون القرار تنفيذياً، كما تطلب القضاء الإداري الفرنسي.

### المطلب الثالث

#### وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية في الكويت

تنص المادة (6) من القانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة المحكمة الكلية للنظر

(1) انظر: الطماوي، المرجع السابق، ص 1005 - 1007

(2) انظر: حسني سعد عبد الواحد، المرجع السابق، ص 192 - 193.

- الدكتورة عزيزة الشريف والدكتور محمد العتيبي، القانون الإداري 2 والدعاوي الإدارية، دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، منشورات وحدة التأليف والترجمة والنشر بمكتبة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ط 1، 2000، ص 137.

- الدكتور سامي جمال الدين: دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مؤسسة حورس الدولية، 2015، ص 341.

في المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 على أنه (لا يترتب على طلب إلغاء القرار وقف تنفيذه، على أنه يجوز للدائرة الإدارية متى طلب في صحيفة الدعوى رأى أن: -

1. أن تأمر بوقف تنفيذ القرار إذا رأى أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها وكان من بين القرارات المنصوص عليها في البند خامساً من المادة الأولى.
  2. أن تأمر باستمرار صرف المرتب كله أو بعضه لحين الفصل في طلب إلغاء قرار إنهاء الخدمة إذا رأى في ظروف الدعوى ما يبرر ذلك).
- ويتضح من النص السابق أن المشرع الكويتي تطلب أربعة شروط لوقف تنفيذ القرار الإداري، دون تفرقة بين القرار الإيجابي والقرار السلبي وهذه الشروط هي: -
1. أن يرد طلب وقف تنفيذ القرار ضمن صحيفة الدعوى الخاص بطلب إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، فلا يجوز تقديمه بشكل مستقل عن دعوى الإلغاء.
  2. أن تكون نتائج التنفيذ يتعذر تداركها فيما لو حكم بإلغاء القرار.
  3. أن يستند طلب الإلغاء إلى أسباب جدية، فالمشرع يشترط أن تكون الأسباب التي استند إليها الطاعن بطلب إلغاء القرار أسباب ترجع قبول طعنه، إذ لا فائدة من وقف تنفيذ القرار مؤقتاً، إذا كانت المحكمة متجهة إلى رفض طلب الإلغاء.
  4. أن يكون القرار المطعون فيه من بين القرارات المنصوص عليها في البند خامساً من المادة الأولى من القانون وهي (الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، عدا القرارات الصادرة في مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين، وتراخيص الصحف والمجلات ودور العبادة).

ويتضح من نص المادة السادسة سالفه الذكر، أن المشرع الكويتي استبعد من نطاق القرارات الإدارية الجائز وقفها سواء كانت قرارات إيجابية أم قرارات سلبية، تلك الخاصة بشؤون الموظفين والوارد ذكرها في البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة الأولى من القانون الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية وهي القرارات الخاصة بالتعيين والترقية، وإنهاء الخدمة، والتأديب، وهذه القرارات التي اشترط المشرع وجوب التظلم الإداري منها قبل رفع دعوى إلغاء القرار الإداري. والعلة من استثناء هذه القرارات من إمكانية وقف التنفيذ هو انتفاء صفة الاستعجال بالنسبة إليها، لأن المشرع قد اشترط التظلم الوجوبي منها قبل رفع الدعوى، مما يعني أن الدعوى لا ترفع قبل مرور ستين يوماً، وهي

المدة الممنوحة للإدارة للبت في التظلم المرفوع إليها، مما ينفي عنها صفة الاستعجال<sup>(1)</sup> وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس.<sup>(2)</sup>

وإذا كان المشرع لم يجز طلب وقف القرارات الإدارية الخاصة بشؤون الموظفين، إلا أن القاضي الكويتي مطالب بأن يتبنى الحالات التي استثنائها زميله القاضي الإداري المصري حين أجاز طلب وقف تنفيذها - والتي سبق لنا دراستها - وذلك لاتفاق الحكم في البلدين.

بقي أن نشير إلى حالة استثنائها المشرع الكويتي من حالات عدم وقف تنفيذ القرارات الخاصة بالموظف، وهي حالة الفصل من الخدمة، وما يترتب عليها من وقف صرف الراتب، إذ أجاز المشرع للقاضي الإداري بناء على طلب الموظف المفصول، أن يحكم بصرف المرتب كله أو بعضه.

والواقع نادراً ما تخلو صحف الدعاوى التي ترفع لإلغاء القرار الإداري من طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، ولكن الدوائر الإدارية لا تنظر في الطلب على وجه الاستعجال، مكتفية بأن الدعوى جاهزة للحكم فيها، مما يغني عن نظر طلب الوقف، مع أن نظر الدعوى قد يستمر شهوراً طويلاً قد تمتد إلى أكثر من سنة، وتنتهي المحكمة في حالات كثيرة إلى إلغاء القرار المطعون فيه، وقد يعود السبب في ذلك إلى تقدير المحكمة عدم توافر شروط وقف تنفيذ القرار، وبنظرنا أنه يقع على عاتق المحكمة واجب الفصل في الطلب ورفضه إذا لم تكن الشروط متوافرة فيه بدلاً من عدم البت فيه.

وعن تطبيق هذه الشروط تقول محكمة التمييز في أحد أحكامها أن (مفاد المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية أنه يشترط لقبول وقف تنفيذ القرار الإداري أن يقترب بالطلب الموضوعي بالإلغاء وبما يطلب الحكم به في موضوع الدعاوى في ذات صحيفة الدعوى بحيث لا يجوز طلب وقف التنفيذ استقلالاً عن طلب الإلغاء، ومرد ذلك أن سلطة وقف تنفيذ القرار الإداري مشتقة من سلطة الإلغاء وفرع منها استهدافاً لمراقبة

(1) انظر في ذلك: الدكتورة عزيزة الشريف والدكتور محمد العتيبي، القانون الإداري 2، الدعاوى الإدارية، دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، وحدة التأليف والترجمة والنشر في كلية الحقوق، ط 1، 2004، ص 135.

(2) انظر في ذلك: الدكتور سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مؤسسة حورس الدولية، 2015، ص 337.

مشروعيته بالإضافة إلى ركن الاستعجال، وبالتالي فإن عدم تلاقي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار الإداري بالطلب الموضوعي بإلغاء هذا القرار يجعل الطلب العاجل بوقف التنفيذ غير مقبول، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعن قد قصر طلبه في الدعوى على وقف تنفيذ القرار دون أن يقرنه بطلب الإلغاء، فضلاً عن أن طلبه أمام القضاء المستعجل كان واضحاً وصريحاً في طلب وقف تنفيذ القرار فحسب على نحو لا يجوز تأويل هذا الطلب على أنه يتضمن إلغاء هذا القرار، ويؤكد ذلك أن الطاعن أقام بالفعل دعوى موضوعية كانت ما فتئت منظورة أمام القضاء كما ذكر في صحيفة دعواه، حيث انتهى الحكم المطعون فيه تأييداً للحكم الابتدائي إلى عدم قبول الدعوى، وإذا كانت أسباب الحكم المطعون فيه سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتتفق وصحيح حكم القانون وتؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها<sup>(1)</sup>.

ولعل من الأحكام النادرة التي تصدى فيها القضاء الكويتي لطلب وقف تنفيذ القرار الإداري السلبى حكم الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية بوقف التداول في سوق الكويت للأوراق المالية، إذ طلب المدعي في دعواه إلغاء قرار إدارة السوق السلبى بالامتناع عن وقف التداول رغم انهيار أسعار الأسهم في السوق ووصولها إلى مستويات متدنية، مما كبد المتداولين خسائر فادحة. وأسست المحكمة قرارها بوقف تنفيذ قرار إدارة السوق السلبى بالامتناع عن وقف التداول بأن قرار إيقاف التداول لا يعتبر من أعمال السيادة وإنما هو من الأعمال الإدارية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري التصدي لها، ولما كانت أسعار الأوراق المالية في سوق الكويت للأوراق المالية قد تراجعت مؤشراتهما وهبطت إلى أدنى المستويات في التداول كما هو معلوم للكافة، مما يترتب عليه عدم تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها فيما لو لم تفضي بوقف التداول<sup>(2)</sup>.

طعنت الحكومة على قرار المحكمة بوقف نفاذ القرار السلبى لإدارة السوق بالامتناع عن وقف التداول، كما استشكلت ضده أمام القضاء المستعجل لتقضي محكمة الأمور

(1) محكمة التمييز - الطعنان 925 / 2003، 82/2004، جلسة 2004/11/29، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من 2002/1/1 - 2004/12/31 القسم الخامس، المجلد التاسع، 2009، ص 509.

(2) المحكمة الكلية، قضية رقم 1571/2008، جلسة 2008/11/13، غير منشور.

المستعجلة بوقف تنفيذ الحكم، ثم ما لبثت محكمة الاستئناف أن قضت بإلغاء الحكم بمقولة أن قرار إيقاف التداول في سوق الكويت للأوراق المالية يعتبر من أعمال السيادة المتعلقة بالمصلحة العليا للاقتصاد الوطني، وهو ما يخرج عن اختصاص القضاء في نظره. أخيراً يمكن إثارة تساؤل عن مدى إمكانية قيام المحكمة بالعدول عن قرارها بوقف تنفيذ القرار الإداري؟ يرى البعض أن لا شيء يمنع المحكمة من العدول عن قرارها، إذا ما تبين لها أن هناك ما يدعو إلى ذلك<sup>(1)</sup>.

ونعتقد أنه من الصعب على المحكمة أن تعيد النظر في قرارها بعد أن استبان لها جدية الطلب وعنصر الاستعجال فيه، ووجود آثار لا يمكن تداركها لو استمر تنفيذ القرار، لا سيما عدم وجود نصوص في القانون تسمح لها بهذه الخطوة، ومع ذلك، نعتقد وإن كان نادراً تصور ذلك أن تعيد المحكمة النظر في قرارها إذا تبين لها زوال عنصر الاستعجال وعدم وجود آثار لا يمكن تداركها لا سيما إذا كان فصلها في القضية قد يطول، غير أن هذا التحول في موقف المحكمة لا بد وأن يكون بناءً على طلب من جهة الإدارة، توضح فيه زوال الأسباب التي دعت المحكمة، إلى اتخاذ قرارها بوقف التنفيذ، ومع ذلك لا بد من الإشارة إلى أن إقرار هذا التصرف قد يشجع الإدارة إلى إغراق المحكمة بطلبات إلغاء وقف التنفيذ، مما يشكل عبئاً على القضاء الذي يجب عليه أن ينظر بحذر تام عند فصله في مثل هذه الطلبات.

(1) انظر في هذا الاتجاه: نفيسي صالح الدانات، المرجع السابق، ص 196

## المبحث الثاني

### أحكام وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية

يبت القاضي في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري السلبي، على ضوء توافر الشروط التي سبق لنا بيانها في المبحث الأول، لكي يصدر حكمه في شأن الطلب، وهذا ما يقتضي أن نبين مدى السلطات التي يملكها القاضي عند بحثه في شرط وقف التنفيذ، ثم نوضح طبيعة الحكم الصادر بوقف التنفيذ وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### سلطات القاضي في بحث مدى توافر شروط وقف التنفيذ

الهدف من تقديم طلب وقف تنفيذ القرار الإداري السلبي، هو الاستجابة بصفة مؤقتة لطلب الطاعن في دفع الضرر أو حفظ الحق، لمنع تحقق النتائج التي يصعب تداركها من جراء تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه.

ويفحص القاضي الطلب حسب الظاهر من الأوراق، دون التعمق في أصل الحق أو البت فيه، فهذه مهمته عند بته في طلب إلغاء القرار الإداري، وعندما يقوم القاضي بفحص طلب وقف تنفيذ القرار الإداري عليه أن يوازن بين الآثار المترتبة على الحكم برفض وقف التنفيذ ومن ثم استمرار جهة الإدارة في تنفيذ قرارها، والآثار المترتبة على الحكم بوقف التنفيذ وغل يد الإدارة عن الاستمرار في التنفيذ.

ويلتزم القاضي عند فصله في طلب وقف التنفيذ بجميع القيود المحيطة به عند فصله في موضوع الدعوى الخاصة بطلب إلغاء القرار الإداري، ذلك لأن ولاية البت في هذه الطلبات هي ولاية قضائية تعتبر جزء من ولايته في نظر دعوى الإلغاء، فيمتنع عليه إصدار أوامر للإدارة أو الحلول محلها في نشاطها<sup>(1)</sup>.

ويتأكد القاضي كذلك من وجود جدية في أسباب الطعن بالقرار الإداري، وذلك لأن وقف تنفيذ القرار الإداري تتفرع منه سلطة طلب الإلغاء، فلا يقرر الاستمرار في نظر وقف تنفيذ القرار، إلا إذا تبين له، حسب الظاهر من الأوراق، أن طلب وقف التنفيذ يتوافر فيه شرطي الاستعجال وأن هناك أسباباً جدية تحمل على ترجيح إلغاء القرار الإداري المطعون

(1) انظر: سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 344 - 345.



فيه.

## المطلب الثاني

### طبيعة الحكم الصادر بوقف التنفيذ وآثاره

ينتمي الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري السليبي إلى فئة الأحكام القضائية وله خصائصها ومقوماتها، ويحوز قوة الشيء المقضي به في الخصوص الذي صدر فيه مالم تتغير الظروف، وهو من الأحكام القطعية التي تنهي النزاع حول تنفيذ أو وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، ويحسم الخصومة القائمة بشأن التنفيذ وبذلك يجوز الطعن عليه استقلاً أمام المحكمة الأعلى درجة شأنه في ذلك شأن أي حكم نهائي.

ويعتبر هذا الحكم من الأحكام الوقتية، فلا تنقيد المحكمة التي أصدرته عند نظر موضوع النزاع الخاص بإلغاء القرار المطعون فيه، فإذا زالت الأسباب صدر على أساسها الحكم فيصبح في حكم العدم، إذ يجوز للمحكمة عند نظر طلب إلغاء القرار أن تعدل عنه كلياً أو جزئياً، إذ تحتفظ المحكمة بسلطتها في إلغاء القرار المطعون فيه، أو عدم إلغائه، بصرف

النظر عن حكمها الصادر بوقف تنفيذه فلا يعتبر حكمها بوقف التنفيذ عائقاً أو ما مانعاً لها من إصدار قرارها النهائي بشأن مدى مشروعية القرار المطعون فيه.

ولابد من الإشارة إلى أن الحكم بوقف التنفيذ يختلف في مداه الزمني عن الحكم بإلغاء القرار الإداري. فالحكم بوقف التنفيذ ليس له أثر رجعي ولا يرتد أثره إلى الماضي، وإنما يسري بالنسبة للمستقبل فقط، أما آثاره السابقة على الحكم بوقف التنفيذ، فلا يؤثر فيها هذا الحكم. فضلاً عن استمرار وجود القرار الموقوف تنفيذه، أما الحكم في إلغاء القرار الإداري، فيسري به بأثر رجعي من تاريخ صدور القرار المطعون فيه، وينتهي وجوده القانوني، فلا يبقى له أي آثار ناتجة عنه<sup>(1)</sup>.

وإذا صدر حكم بوقف تنفيذ القرار وجب على الإدارة الامتناع عن تنفيذه احتراماً لحجية الحكم القضائي مع الإشارة إلى أن هذا الحكم يعتبر حكماً مؤقتاً فلا يحوز حجية

(1) انظر في هذا: دكتور نفيس صالح الدانات، وقف القرار الإداري النافذ وانقضائه في اجتهاد محكمة العدل الأردنية، مجلة الحقوق، ع 4، س 26، 2002، ص 195 - 196.

الأمر المقضي بالنسبة لقاضي الموضوع<sup>(1)</sup>، أي المحكمة عندما تنظر في طلب الإلغاء القرار الإداري، فإذا عاندت الإدارة واستمرت في التنفيذ رغم ذلك، اعتبر موقفها قراراً سلبياً بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي، فضلاً عما يشكله هذا الموقف من جريمة جنائية. وإذا حكم بوقف تنفيذ القرار، فلا يتطلب من الإدارة سوى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم دون الحاجة إلى بناء حالة جديدة تفترض عدم مشروعية القرار المطعون فيه، وذلك إلى أن يتم الفصل في دعوى الإلغاء التي تؤدي إلى إنهاء الوجود القانوني للقرار المطعون فيه، ومن ثم يجب على جهة الإدارة بناء حالة جديدة وفقاً للحكم الصادر بالإلغاء.

وقد يكون الحكم بوقف التنفيذ بمثابة إلغاء للقرار المطعون فيه، فالقرار الصادر بالامتناع عن قبول الاستقالة الحكيمة، يعني وقف تنفيذه قبول هذه الاستقالة<sup>(2)</sup>. وقد يصدر الحكم بوقف التنفيذ مع تحديد الآثار المترتبة عليه على وجه التحديد، وهي آثار قد لا تكون صحيحة في كل الأحوال، فالحكم في طلب وقف تنفيذ قرار إداري بالامتناع عن منح أحد الطلاب الدرجة العليا نظراً لما ثبت لدى جهة الإدارة من وقوع غش في امتحان الطالب فإذا صدر حكم بوقف التنفيذ، فإن آثار هذا الحكم يجب أن تقف على إعادة المركز القانوني للطلاب قبل أداء الامتحان، وبالتالي لا يجوز الحكم بوقف التنفيذ مع ما يترتب على ذلك من آثار اخصها منح الطالب الدرجة العلمية، كما ورد في بعض الأحكام، لأن الآثار الحقيقية لمثل هذا الحكم لا تتجاوز إعادة امتحان الطالب مرة أخرى ثم انتظار الحكم في موضوع الدعوى<sup>(3)</sup>.

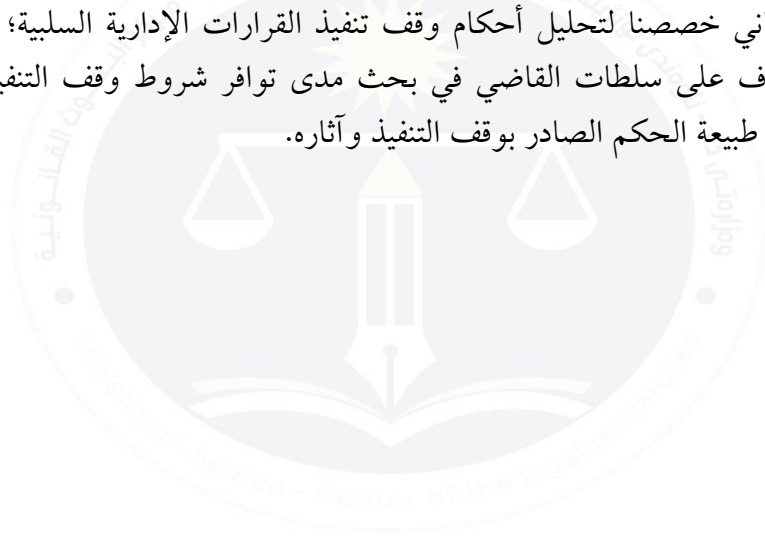
(1) انظر: محكمة التمييز، الطعن رقم 54/2001 تجاري، جلسة، 2001/11/27، مجموعة أحكام المحكمة، القسم الرابع، المجلد الأول، ص 207.  
- طعن بالتمييز رقم 83/2008 مدني، جلسة 2009/3/30، مجلة القضاء والقانون س 37، ج 1، ص 411.

(2) انظر في ذلك: سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 346.

(3) المرجع السابق، ص 347، وأشار إلى حكم المحكمة الإدارية العليا للطعن، رقم 325 لسنة 33 ق، لجلسة 1990/7/14.

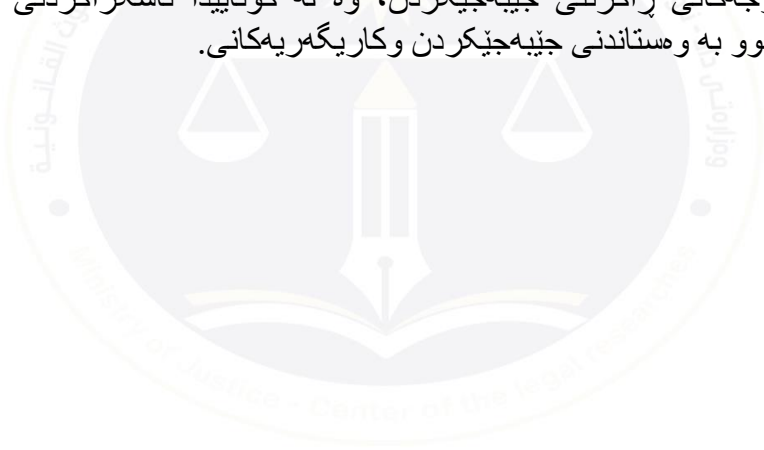
## الملخص

يرتكز البحث على موضوع في غاية الأهمية ألا وهو (وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية)، ويحتاج البحث في هذا الموضوع أن نقسم خطة الدراسة إلى مبحثين اثنين، في المبحث الأول تناولنا موقف الفقه والقضاء من وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية، وذلك من خلال بيان وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية في فرنسا ومصر والكويت، أما المبحث الثاني خصصنا لتحليل أحكام وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية؛ وذلك من خلال الوقوف على سلطات القاضي في بحث مدى توافر شروط وقف التنفيذ، وأخيراً الكشف عن طبيعة الحكم الصادر بوقف التنفيذ وآثاره.



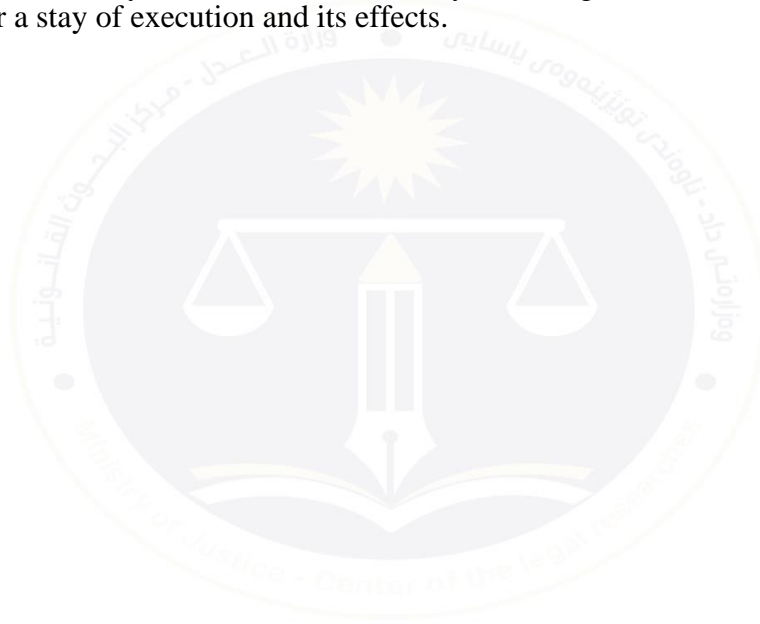
### پوخته

تویژینهوهکه سهرنج دهخاته سهه بابهتیکی زور گرنج، که بریتیه له (راگرتنی جییهجیکردنی بریاره کارگیریه نهړینییهکان)، وه لیکوآینهوه لهئهم بابهته پئویستی بهوهیه که پلانی تویژینهوهکه دابهش بکهین بو دوو باس، لهباسی یهکهمداتیروانینی فیه و دادوهی سهبارت به راگرتنی جییهجیکردنی بریاره کارگیریه نهړینییهکان له فهههسا ومیسر وکوهیت دهخهینهروو، وه له باسی دووهمان تایهت کردوه به شیکردنهوهی بریارهکانی راگرتنی جییهجیکردنی بریاره کارگیریه نهړینییهکان؛ ئهوش له ریگهی ههلوستهکردن لهسهه دهسهلاتهکانی دادوه له گهران بو دیاریکردنی رادهی بهرجهسته بوونی مههجهکانی راگرتنی جییهجیکردن، وه له کوناییدا ئاشکراکردنی سرووشتی بریار دهرچوو به وهساندنی جییهجیکردن وکاریگهریهکانی.



### Abstract

The research is based on a very important topic, which is (suspension of the implementation of negative administrative decisions), and the research on this topic requires that we divide the study plan into two sections. This is done by examining the powers of the judge in examining the availability of the conditions for a stay of execution, and finally revealing the nature of the ruling issued for a stay of execution and its effects.





## الملاح العامة المحددة للجغرافية القانونية

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد<sup>(\*)</sup>

أستاذ القانون المدني

كلية القانون - جامعة السليمانية

رئيس مركز البحوث القانونية - وزارة العدل/ إقليم كردستان - العراق

الأستاذ الدكتور هيو إبراهيم الحيدري<sup>(\*\*)</sup>

أستاذ القانون المدني

كلية القانون - جامعة صلاح الدين - أربيل

رووخساره گشتیه دیاریکه ره کانی جوگرافیای یاسایی

پروفیسور دکتور موحه مهده سلیمان الاحمد

کۆلیژی یاسا - زانکۆی سلیمانی

سهروکی ناوهندی توێژینهوهی یاسایی - وهزارهتی داد / ههریمی کوردستان - عێراق

پروفیسور دکتور هيو نيبراهيم حهيدري

کۆلیژی یاسا - زانکۆی سه‌لاح‌ه‌دين - ههولێر

(\*) prof.alahmed@gmail.com

(\*\*) hewa.qadir@su.edu.krd

## General features specific to legal geography

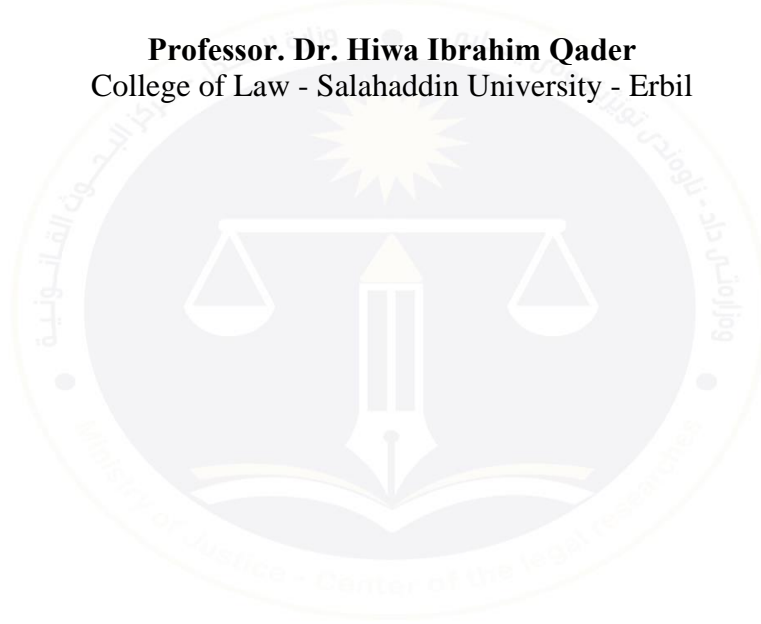
**Professor Dr. Mohammed Suleiman Al - Ahmad**

College of Law - University of Sulaymaniyah

Head of the Legal Research Center - Ministry of Justice / Kurdistan Region -  
Iraq

**Professor. Dr. Hiwa Ibrahim Qader**

College of Law - Salahaddin University - Erbil





## الملاح العامة المُحددة للجغرافية القانونية

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني

كلية القانون - جامعة السليمانية

رئيس مركز البحوث القانونية - وزارة العدل/ إقليم كوردستان - العراق

الأستاذ الدكتور هيو إبراهيم الحيدري

أستاذ القانون المدني

كلية القانون - جامعة صلاح الدين - أربيل

### الكلمات المفتاحية:

القانون، الجغرافية، الجنسية، الموطن، النظام العام، مبدأ الإقليمية، الإقليم، السكان، القانون المقارن.

### كليه ووشه:

ياسا، جوجرافيا، رهغه زنامه، نيشتيمانگه، سيسته مي گشتي، بنه ماي هه ريمبي، هه ريم، دانيشتوان، ياساي به راوردكاري.

**Key words:** law, geography, nationality, domicile, public order, principle of territoriality, territory, population, comparative law.

## المقدمة

### 1- مدخل تعريفى بموضوع البحث:

منذ أن بدأت الدراسات القانونية، اتخذت طرق تدريسها مسلكاً قائماً على تبيان القواعد القانونية وشرحها وتوضيحها، حتى أنهم كانوا يختلفون في طريقة تدريس القانون، أتعمد أسلوب الشرح على المتون أم الشرح المدرسي لها؟ ومنذ ذلك الوقت، الذي تنسبه الأقوال المشهورة إلى الفقيه الروماني (شيشرون)، وإلى يومنا هذا، انصبت الدراسات القانونية في معظمها اللافت على القواعد القانونية، فالقانون، وإن كان تشريعاً، ليس كله

قواعد، بل نظريات وعلوم قادت وساهمت بشكلٍ فاعلٍ في تطويره إلى ما وصل إليه. إن القائمين على العملية التشريعية عندما يريدون الاستفادة من القوانين الأخرى، أو تشريعات الدول التي وضعت حلولاً غير مسبقة لمشكلات تقع وتحدث بشكلٍ مواكب لتطورات الواقع، وهم، ومع إبدائهم لإعجابهم بهذه الحلول المبتكرة، يتأثرون بها لدرجة اندفاعهم إلى وضعها في صلب تشريعاتهم، دون أن يبحثوا أو يتدبروا الخطوات التي قادت تلك الدول إلى اعتماد هذه الحلول المبتكرة في تشريعاتها! نعم هذا الأمر يحتاج لعلامة تعجب من زاويتين:

أ - إن الوصول إلى هذه الحلول المبتكرة مرّ بمراحل من الدراسات والتنظير والاستنتاج والاستقراء، باستخدام علومٍ كثيرة، ومنها ما أضحى منوعاً بالصفة القانونية، لاتصاله الوثيق بمجريات تطبيق القانون على أرض الواقع، منها علم الاجتماع القانوني، وفلسفة القانون، وتاريخ القانون، وعلم القانون المقارن.

ب - كما أن الوصول إلى تلك الحلول المبتكرة قد يكون ناجعاً في واقع تلك الدولة، وليس بالضرورة أن يكون كذلك في واقع دولتنا، وهذا هو المدخل التعريفي الأكبر بعلم الجغرافية القانونية.

## 2- مشكلة البحث:

إن مشكلة بحثنا تكمن أساساً في حداثة هذا الموضوع، إذ ليس من السهل رسم الملاحح العامة التي تحدد مفهوم الجغرافية القانونية وترسم حدود نطاقها الذي يميزها عن علومٍ أخرى في القانون، قد تبدو شديدة الالتصاق بها، كعلم الاجتماع القانوني وعلم المقارنة بين القوانين، فهل الجغرافية القانونية علمٌ بيني، يقف في الوسط بينهما، أم أنه علمٌ احتوائي، يستغرقهما، أم أنه علمٌ مميّزٌ عنهما؟ وكيف يمكن رسم محددات هذا العلم الجديد؟

## 3- فرضيات البحث ومقدمات تكوين الملاحح:

يمكن أن تُشكل فرضيات البحث النواة الأولى لتشكيل المادة العلمية لعلم الجغرافية القانونية، إذ تعدُّ، بحق، مقدماتٍ لتكوين تلك الملاحح العامة التي يهدف البحث إلى تحديدها، وهي:

أ - لَمَّا كان العرف يختلف زماناً ومكاناً، وكان تاريخ القانون هو المحدد للاختلاف

الزماني، فما هو العلم المحدد للاختلاف المكاني؟

ب - إن استعارة الحلول التشريعية من تشريعات الدول التي وضعت حلولاً مسبقة، قد تفضل في حل المشكلات الواقعية، على الرغم من أنها ناجعة في مجتمعات الدول أو الدولة التي استعيرت منها، أي علم سيهتم بدراسة هذه الحالة؟

ج - إن العوامل المحيطة بسن التشريعات أكثرها عوامل طبيعية، تتصل بالمناخ والطقس وتضاريس الأرض وتركيبية السكان ووضع إقليم الدولة فيما لو كانت بحرية أو حيية، فضلاً عن موقعها على خريطة العالم، قربها أو بعدها عن التأثيرات الجيولوجية، كالزلازل، أو البيئية، ريفية أو مدنية، وطبيعة أرضها، زراعية أو صحراوية، وما شاكل ذلك من عوامل، صحيح أن الفقه يذكر هذه العوامل في مداخل دراسة القانون، لكنه لا يذكر أهي بحاجة إلى علم ضابط لها أم لا؟

د - إن تطبيق القانون يحكمه مبدأي الشخصية والإقليمية، فإن كان من حق الدولة أن تبسط ولايتها على مواطنيها أينما حلوا أو ارتحلوا، فماذا عن سلطتها على إقليمها؟ هذه السلطة التي تحد من المبدأ الأول من جهة وترسخ لعلم يدور في فلكها من جهة ثانية.

هـ - ما القيود التي تواجه العدالة التشريعية عند تطبيقها على أرض لا تتكافأ أجزاءها حضارياً، بسبب الاختلافات الطبيعية، فهل من علم يحكم ذلك؟

و- هل أن قوننة الواقع تقتصر على تحويل الظاهرة الاجتماعية إلى ظاهرة قانونية، أم أن الأمر يحتاج إلى إعادة توليد هذه الظاهرة على أرض الواقع لمعرفة مدى انسجامها وتناسقها مع واقعها بكل متغيراته وأبعاده؟

ز - هل يكفي في دراساتنا المقارنة أن نقارن بين النصوص والقواعد، وهل ستعكس هذه الدراسات حقيقة الأمر وواقعه؟ أم أننا بحاجة إلى أن تأخذ المقارنة أبعاداً على أرض الواقع، دون الاقتصار على ما تفرزه المحاكم من تطبيقات، بل على أرضية التطبيق ذاتها؟

ح - في الدراسات القانونية العمودية، التي يهتم بها تاريخ القانون، هل كانت العوامل الطبيعية التي أثرت في قوانين الماضي ذاتها التي نعيشها اليوم؟ وماذا عن القوانين القديمة في دول أخرى؟ ألا ينبغي أن نراعي ظروف سنها، بجانب ظروف تطبيقها؟ من هذه الفرضيات ننطلق لرسم معالم علم جديد في القانون.

#### 4- منهج البحث وخطته:

ونحن نحاول رسم الملامح العامة للجغرافية القانونية، سنستقرئ الظواهر المتنوعة

في القانون، ونحللها، ثم نعيد تركيبها في نطاقٍ أطري ومفاهيمي لهذا العلم الناشئ، لنبين ملامحه العامة التي ينشد البحث إلى تحديدها. لذا سيكون بحثنا موزعاً على المبحثين الآتئين:

المبحث الأول: النطاق الأطري والمفاهيمي للجغرافية القانونية  
المبحث الثاني: أهمية تحديد الملاحح العامة للجغرافية القانونية  
وسننهي البحث بخاتمة نوضح فيها أهم النتائج والتوصيات..



## المبحث الأول

### النطاق الأطري والمفاهيمي للجغرافية القانونية

#### 5- تجميع شتات عناصر العلم:

إن أي علم يظهر للنور تسبقه عملية جمع شتات مسائله المتناثرة لتشكل بمجموعها جوهر هذا العلم، وهذا يحتاج إلى استقراء حقيقي لكل مفردة متصلة بالجغرافية في نطاق القانون، لكن هذا يجعلنا نقاد بفكرة ونُسلم لها، أن القانون يتأثر بالعوامل الجغرافية المحيطة بجميع مراحلها، لا سيما التشريع، كما أن العرف ليس بمعزل عما تتضمنه الجغرافية من عوامل. وقد تكون بعض هذه العوامل مشتركة بين أكثر من علم، لذا فإن البداية تكمن في النطاق وتحديده، إذ لا شك أن لكل علم نطاق معين يميزه عن غيره من العلوم الأخرى وبما يجعله علماً مستقلاً بحد ذاته وإن تداخل في بعض جوانبه مع العلوم الأخرى نظراً للصلة الوطيدة بينها، وهذا النطاق يحدد إطار العلم المعني ومفهومه، عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، لبيان النطاق الأطري والمفاهيمي للجغرافية القانونية، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: النطاق الأطري للجغرافية القانونية

المطلب الثاني: النطاق المفاهيمي للجغرافية القانونية

#### المطلب الأول

### النطاق الأطري للجغرافية القانونية

#### 6- العلم المقارن والعلم المقارب:

لكل علمٍ علمٍ قريب وعلمٍ قرين، فالعلم القريب هو الذي يقترب من العلم الأصلي لتشابه في العناصر أو الغايات، أما العلم القرين فهو العلم الذي لا تنفك صلته من العلم الأصلي ويشتركان في أمور كثيرة، منها ما يمكن فصلها ومنها ما يصعب فصلها، ولتحديد المعالم العامة والملامح الشمولية لعلم الجغرافية القانونية، ستساهم عناصر العلم القرين في تشكيل هذه الملامح، وهي ستمثل الصفة الجامعة للعلم الجديد، في حين ينبغي استبعاد كل عناصر العلم القريب من العلم الأصلي ليحتفظ بذاتيته المختلفة عنه، وهذه ستمثل الصفة المانعة للعلم الجديد.

ولتحديد إطار الجغرافية القانونية ومن ثم بيان ملامحها لا بُدّ من التطرق إلى العلوم المقاربة لها، والذي يمكن حصرها في علم الاجتماع القانوني وعلم القانون المقارن، ولكن قبل ذلك من المهم الإشارة إلى الصلة الوثيقة بين الجغرافية القانونية والعلوم المقارن بها كالتاريخ من جهة، وعلم التشريع من جهة أخرى، الأمر الذي يستلزم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق فيه إلى صلة الجغرافية القانونية بالتاريخ وعلم التشريع، في الفرع الأول، وفي الثاني نتطرق إلى الجغرافية القانونية والعلوم المقاربة لها.

## الفرع الأول

### الجغرافية القانونية والعلوم المقارن بها

#### 7- فحوى التقارن بين الجغرافية القانونية وتاريخ القانون وعلم التشريع:

كثيراً ما نجد في تاريخ القانون، الحديث عن الظروف الطبيعية التي قادت إلى تشكل المدن والدول وقوانينها، إذ كثيراً ما نجد نوعاً من الهيمنة من دراسات تاريخ القوانين على تلك العوامل التي سيتشكل منها علم الجغرافية القانونية. والحال غير مختلف عن جوهر علم التشريع، فكثيراً ما يصب هذا العلم اهتمامه على الواقع من حيث أنه مصدر إلهام السلطة في وضع التشريع، أو مصب تطبيق قواعد التشريع من حيث مدى ملاءمة الواقع لها ومدى ملاءمتها للواقع، وهذا ما قد يدخل ضمن الاهتمام بنجاعة التشريع<sup>(1)</sup>، كما أن المصدر التاريخي هو عامل يصعب تخصيصه لأي علمٍ من العلوم الثلاثة، وهذا ما دعانا إلى اختيار كل من تاريخ القانون وعلم التشريع علمين قرينين بالجغرافية القانونية. سوف نتطرق إلى صلة الجغرافية القانونية بالتاريخ من جهة، وبعلم التشريع من جهة أخرى من خلال تقسيم هذا الفرع إلى مقصدين اثنين، حيث نخصص الأول لبيان الصلة بين الجغرافية القانونية والتاريخ، ونخصص الثاني لبيان الصلة بين الجغرافية القانونية وعلم التشريع.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، نجاعة التشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، يصدرها مجلس النواب البحريني، العدد السادس، 2023، ص 48.

## المقصد الأول الجغرافية القانونية والتاريخ

### 8- التاريخ وصلته بالقانون:

يُعرّف ابن خلدون التاريخ بأنه في ظاهره لا يزيد على أخبار عن الأيام والدول والسوابق من القرون، وفي باطنه نظر وتحقيق وتعليل وعلم بكيفيات الوقائع وأسبابها<sup>(1)</sup>، ولا غنى للإنسان عن دراسة ماضيه باعتباره كائناً اجتماعياً، حيث ينبغي الرجوع إلى التاريخ عند دراسة النظم القانونية السابقة والواقع الاجتماعي الذي ولدت فيه لتقييمها والاستفادة منها في التوصل لأفضل المبادئ القانونية لتغيير الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمع.

كما يتعين على المشرع والفقهاء الرجوع إلى التطورات التاريخية والمصادر التاريخية للقانون لمعرفة أصول القواعد القانونية لتفسير الإشكاليات الحالية، فالتاريخ ذو أبعاد ثلاثة: الإنسان والمكان والزمان، أما الجغرافية القانونية فذو بعدين: الإنسان والمكان. ومن هنا فإن الجغرافية القانونية يشترك مع التاريخ في البعد الإنساني والبعد المكاني، من خلال تتبع القواعد القانونية التي نظمت علاقات الإنسان في مكان معين والتغيرات التي طرأت عليها. كما أنه يصعب أو حتى يستحيل فهم بعض القواعد القانونية من دون دراسة أصلها التاريخي<sup>(2)</sup>.

فمن الضروري معرفة عادات وتقاليد مجتمع معين ومن ثم تنظيمها بقواعد قانونية معينة حتى لا يقع اصطدام بين تلك القواعد والواقع الاجتماعي والسياسي لهذا المجتمع، ومن هنا تأتي أهمية الإلمام بتاريخ ذلك المجتمع. كما أن بناء الهيكل القانوني بحاجة لمعرفة السياق التاريخي من خلال دراسة الماضي وتتبع تحولات المجتمع للتمكن من معرفة الحاضر ووضع الفرضيات الملائمة للمستقبل.

### 9- البحث في أصل الظواهر القانونية:

ولكي نبحث عن أصل الظواهر القانونية، باعتبارها موضوع الجغرافية القانونية، لا بد لنا من الرجوع إلى عصور الإنسان الأولى لتتبع تطور هذه الظواهر لاحقاً، ولا بد من

(1) مقدمة ابن خلدون، المجلد الأول، مكتبة لبنان، بيروت، 1992، ص 2 - 3.

(2) لاحظ: د. آدم وهيب النداوي ود. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بلا، ص 9.

التسليم بأن الإنسان قد تأثر بالطبيعة وأثر فيها وأن لهذه الطبيعة دور كبير في تحفيز الإنسان وتركيز تفكيره والتفاته إلى أهمية التنظيم ولو بأشكال بدائية جداً<sup>(1)</sup>. فالدراسة القانونية الحديثة تمتد إلى بحث ما كان عليه القانون في العهود الأولى وما تطور إليه حتى وصل إلى مرحلة القانون الوضعي ثم تعمد إلى فهم القانون الوضعي ذاته وبعد ذلك تدخل في معالجة ما يجب أن يكون عليه القانون في المستقبل بغية تحقيق حاجات المجتمع، وبذلك فإن دراسة تاريخ القانون هي الدراسة التي تعني بنشوء وتطور النظم القانونية ومصادر القانون السابقة ومدى تأثيرها على مصادر ونظم القانون الوضعي<sup>(2)</sup>.

## المقصد الثاني

### الجغرافية القانونية وعلم التشريع

#### 10- القانون انعكاس الواقع:

يعكس القانون خصائص المجتمع الذي يراد تطبيقه فيه، وهذا أمر حتمي ناجم عن ضرورة التفاعل بين القانون ومعطياته الاجتماعية، لذا فلا غرابة من عدم صمود بعض التشريعات في بعض المجتمعات لمنافاتها لعاداته الراسخة، ولهذا يكون دور القانون في تغيير المجتمع قاصراً على الأمور التي لا تمس الخطوط الحمراء للمجتمع، إذ يبتعد المشرع عنها، تماشياً مع احترامه للعادات الاجتماعية الراسخة<sup>(3)</sup>. والمشرع ليس حراً في هذه المسألة، وإن بدى الأمر كذلك، بل هذا ما تحتمه طبائع الأمور، سيما وأن التشريع تسنه السلطة المختصة به، وهي في العادة تمثل الشعب وتوجهاته العامة. إن التوجهات الاجتماعية العامة محكومة بالفكر المهيمن على الأفراد، والذي يُشكل الدين في الغالب مصدره الرئيس، كما أن ما تتناقله الأجيال وتوارثه من أعراف تمثل مصدراً آخر لذلك، ولهذا تجد أن المشرع ليس بحاجة إلى تحريم الزواج بين الأخ وأخته، لأن هذا من بديهيات ذلك الفكر الذي تصل هيمنته إلى خطوط حمراء، ليست بحاجة إلى توضيحها من

(1) لاحظ: د. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 9.

(2) لاحظ: د. آدم وهيب النداوي ود. هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص 5 - 6.

(3) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ود. ياسر محمد عبد الله، دور التربية القانونية في ترسيخ ثقافة اللا عنف، بحث مشارك في المؤتمر العلمي الدولي الأول لكلية القانون بجامعة كركوك، للفترة من 14 - 16 أبريل 2012، بعنوان: "ثقافة العنف واللاعنف في العراق". ص 9.



قبل المشرع، بقدر عدم إمكانية المشرع في تجاوزها، فهو بالتالي لا يستطيع أن ينص على تقرير هذا المنع أو إباحة مثل هذا النوع من الزواج، وكذلك الكثير من الأفعال التي يمتتها المجتمع ويزدريها<sup>(1)</sup>.

### 11- القاسم المشترك بين علم القانون والجغرافية القانونية:

إن القاسم المشترك للجغرافية القانونية مع علم القانون هو أن مواضيع الجغرافية القانونية مستمدة من العلوم القانونية، وبهذا فإن الجغرافية القانونية تدرس التجمعات البشرية (الإنسان بوصفه عضواً في جماعة بشرية) في بيئتها الطبيعية، وبيان صلة تلك التجمعات بالبيئات المختلفة.

إلا أن للجغرافية القانونية صلة أوثق بعلم التشريع من بين العلوم القانونية الأخرى، فعملية التشريع عبارة عن بناء هيكل قانوني لتنظيم علاقات إنسانية في حيز مكاني، واستجابة ضرورية لحاجات الإنسان وتحديد حقوقه وواجباته داخل هذا الحيز المكاني، ولا شك أن العوامل الجغرافية، البشرية والطبيعية، هي المحدد الأول للعلاقات المكانية في هذا الحيز الذي يمكن تسميته بالبيئة الجغرافية القانونية. ومن هنا فإن عملية التشريع لبناء صرح قانوني بارز بحاجة إلى هندسة تشريعية، وهذه الهندسة التشريعية تأخذ بنظر الاعتبار عوامل المكان والإنسان.

### 12- الجغرافية القانونية المعين الأبرز للهندسة التشريعية:

ولما كانت الهندسة التشريعية تشمل عموم الأعمال المتصلة بخلق التشريع، بدءاً بالتخطيط ورسم السياسات العامة ومروراً بوضع التصاميم والاستراتيجيات التشريعية، ثم الصياغة وتحضير المشروع للسن والإصدار والنشر والتنفيذ، ثم دراسة الجدوى منه ومدى تفاعله مع المجتمع عبر المؤسسات المعنية بتطبيقه وتنفيذه، ثم انتهاء بمدى تفاعل المجتمع معه عبر رصد ردود الأفعال عليه ومدى مقبوليته اجتماعياً<sup>(2)</sup>، وفي كل ذلك يجب على مهندس التشريع أن يأخذ بنظر الاعتبار العوامل الجغرافية البشرية من سكان وعادات

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ود. عمر نهاد الموصلي، البعد الفلسفي للقانون بوصفه علماً للهندسة الاجتماعية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية معاصرة، تصدرها كلية الحقوق، جامعة المملكة، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، 2021، ص 172.

(2) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، منشورات مركز البحوث القانونية، أربيل، 2022، ص 14 - 15.

وتقاليد وأديان وغيرها، والعوامل الجغرافية الطبيعية من مناخ وتضاريس وموارد وغيرها، عند إقامة البناء القانوني.

فعند سن التشريع يجب الأخذ بنظر الاعتبار العوامل البشرية والطبيعية، فإصدار قانون لتنظيم البناء والعمران، يجب أن يراعي العادات السارية في نطاق سريانه ونوع العمران فيه والمعالم الحضارية فضلاً عن الطبيعة الجغرافية لتلك المنطقة.

## الفرع الثاني

### الجغرافية القانونية والعلوم المقاربة لها

#### 13- الفصل بين العناصر المشتركة للعلوم المقاربة:

هنالك علوم مقاربة للجغرافية القانونية ناجمة عن تداخل نطاقها مع بعضها البعض، ومن أهم هذه العلوم علم الاجتماع القانوني، وعلم القانون المقارن، لدرجة أن هذين العلمين هما العلمان المغطيان لبزوغ شمس علم الجغرافية القانونية، إذ يتناولان الكثير مما يدخل في نطاقها، لدرجة أن الشك قد يودي بنا إلى عد علم الجغرافية القانونية علمً بيني بينهما، أو علمً احتوائياً لكليهما؛ لكن البحث يرمي إلى عده علمً مستقلاً عنهما، مما يقتضي الفصل بين عناصر علم الجغرافية القانونية وعناصر علم الاجتماع القانوني من جهة، ثم الفصل بين عناصر علم الجغرافية القانونية وعناصر علم القانون المقارن من جهة أخرى. ونخصص لكل منهما مقصداً مستقلاً، وكما يأتي:

#### المقصد الأول

### الجغرافية القانونية وعلم الاجتماع القانوني

#### 14- علم الاجتماع القانوني علمٌ حديثٌ نسبياً في القانون:

علم الاجتماع القانوني هو أحد فروع علم الاجتماع الحديث، كما أنه يُعدُّ أحد الفروع الحديثة لعلم الاجتماع العام، وتتضح أوجه الاختلاف الأساسية بين القانون كعلم، وعلم الاجتماع القانوني، في أن ما يدرسه القانون باعتباره قاعدة مجردة، يدرسه علم الاجتماع القانوني على أساس أنه ظاهرة اجتماعية لها وجودها في الكيان الاجتماعي<sup>(1)</sup>.

(1) لاحظ: د. إبراهيم أبو الغار، دراسات في علم الاجتماع القانوني، دار المعارف، القاهرة، 1978، ص7.

وعلى هذا فإن فقه القانون يدرس القانون دراسة عضوية من الداخل دون أن يضع في اعتباره عوامل التفاعل الاجتماعي القائمة في المجتمع، على عكس علم الاجتماع القانوني الذي يدرس نشأة القاعدة القانونية وأسباب نشأتها وتطورها، والآثار الاجتماعية التي تنتج من تطبيق القاعدة القانونية في المجتمع. وبناء على ذلك ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى القول بأن علم الاجتماع القانوني هو الذي يقدم التفسير العلمي للقانون، فضلاً عن أنه يساعد رجال التشريع في التوصل لأكثر الصيغ القانونية صلاحية للمجتمع.

ولكون القانون - كما يذكر أحد علماء الاجتماع<sup>(2)</sup> - "هو أساس تنظيم المجتمع والهيمنة على حركته وتوجيه مسيرته نحو ما يريده القانون ويرتضيه، طالما أن القانون هو الذي يضع القواعد السلوكية والتفاعلية التي يعتمدها البشر في حياتهم اليومية والتفصيلية ويوجّه الطريقة التي تسير في ظلها الحياة الاجتماعية بجوانبها الموضوعية والذاتية"، فإنه على تماس مباشر بعلم الاجتماع، أسفر عن نشوء علم ممتزج بينهما هو علم الاجتماع القانوني<sup>(3)</sup>. ومن مقتضيات هذا العلم الجديد ألا يكون هناك انفصال بين المحيط الاجتماعي، وبين القانون الوضعي في المجتمع. فضلاً عن ذلك فإنه ينبغي على المشرع أن يقف على ظروف المواطنين الذين يصيغ القوانين من أجلهم، ويتعرف على اتجاهاتهم ومصالحهم المختلفة، ويسعى للتوفيق بين هذه المصالح والاهتمامات، حتى يأتي القانون معبراً عن نبض الجماهير. ولن يتسنى للمشرع تحقيق ذلك إلا من خلال عالم الاجتماع القانوني الذي يمهد له الطريق ويوضح أبعاده. وليس هناك شك في أن القانون بهذه الصورة يمكنه أن يحقق الكثير من الفائدة المرجوة من وجوده، فضلاً عن أنه من الممكن تخفيض نسبة الخارجين عليه. فطالما يكون القانون معبراً عن الاهتمامات والمصالح الكلية المشتركة، فهو بذلك يكون قانوناً عادلاً، ولا بد للعدالة القانونية أن تبطش بقسوة على الخارجين عليه حتى تضمن لكل صاحب حق حقه، وحتى يأمن كل إنسان في المجتمع على نفسه وبيته

(1) د. إبراهيم أبو الغار، مرجع سابق، ص 7.

(2) العالم جورج كيرفيج، نقلاً عن: د. إحسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، دار وائل للنشر، عمان، 2008، ص 19.

(3) لاحظ: د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (دون ذكر سنة نشر)، ص 31.

وكل ما يملك<sup>(1)</sup>.

وقد عُرف علم الاجتماع القانوني بعدة تعريفات، أبرزها تعريف عالم الاجتماع (جورج كيرفيج) حيث عرفه: بالعلم الذي يدرس الجذور الاجتماعية للقانون والتشريعات، وأثر القانون والتشريعات على المجتمع والبناء الاجتماعي<sup>(2)</sup>، كما وضعت لهذا العلم الحديث عدة تعريفات<sup>(3)</sup>.

### 15- نقاط الاتصال بين علم الاجتماع القانوني والجغرافية القانونية:

إن الجغرافية القانونية الذي تتخصص في دراسة القانون بوصفه ظاهرة اجتماعية ذات أبعاد جغرافية لا يمكنه الوصول إلى تصور متكامل لهذه الظاهرة إلا بمعرفة العلوم الاجتماعية الأخرى التي تدرس الظاهرة ذاتها. فكما أن علم الاجتماع القانوني يدرس القانون كظاهرة اجتماعية وعلاقتها بالظواهر الاجتماعية الأخرى، فإن الجغرافية القانونية يدرس القانون كظاهرة اجتماعية ذات أبعاد جغرافية.

إن دراسة القانون كظاهرة اجتماعية ذات أبعاد جغرافية تهدف إلى إرجاع التنظيم القانوني إلى أصولها الاجتماعية والتاريخية بهدف ترشيد السياسة التشريعية والبعد عن الاستيراد التشريعي، أي استيراد نصوص قانونية لأنظمة قانونية مختلفة، وبذلك يكون التشريع متوافقاً مع البيئة التي من أجلها وضع ذلك التشريع.

كما يقترب الجغرافية القانونية في شقها البشري من علم الاجتماع القانوني، لأن الأخير يدرس الجانب القانوني من الحياة البشرية، أما الجغرافية البشرية فتدرس الجانب

(1) لاحظ: د. إبراهيم أبو الغار، مرجع سابق ص7.

(2) نقلاً عن: د. إحسان محمد الحسن، مرجع سابق، ص24.

(3) بالغ البعض في رسم حدود علم الاجتماع القانوني، عبر تعريفه تعريفاً واسعاً يتجاوز ما لهذا العلم من اختصاص، حيث ذكر: "يعرف علم الاجتماع القانوني بأنه أحد فروع علم الاجتماع الذي يتخصص في دراسة جانب معين من الحياة الاجتماعية، وهو الجانب القانوني من أجل الوصول إلى فهم هذا الجانب، كما تدرس الآثار الاجتماعية التي تنتج عن تطبيق قاعدة قانونية ما في المجتمع، لذا عرف علم الاجتماع القانوني بأنه العلم الذي يبحث في جوهر القانون وأساسه وتطوره والوقوف على الآثار والتطورات القانونية والاجتماعية التي تنجم عن تطبيق القوانين في المجتمع وصولاً إلى بحث غايات القانون". د. مؤيد زيدان، علم الاجتماع القانوني، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص25.

الجغرافي من الحياة البشرية تحت مفاهيم السكان والهجرة وغيرها، وتأثير العوامل الجغرافية عليها.

### 16- الحد الفاصل بين علم الاجتماع القانوني والجغرافية القانونية:

لا يعود الفضل في نشوء علم الاجتماع القانوني إلى فقه القانون، بل إلى علماء الاجتماع، وكما ساهمت كل من الأنثولوجيا والأثنوغرافيا<sup>(1)</sup> في نشوء علم الاجتماع القانوني، فإنهما يساهمان في وضع الحد الفاصل بين هذا العلم وعلم الجغرافية القانونية. إذ يذكر البعض<sup>(2)</sup> الجهود التي شارك بها علماء الإثنوجرافيا Ethnographen وعلماء الإثنولوجيا Ethnologists وقد كان لهؤلاء العلماء كثير من الأثر، ويشير "جيرفتش" إلى أنه يمكن تلمس فضل هؤلاء العلماء من خلال الدراسات التي قام بها "سير هنري مين"، "كوفاليفسكي"، "داريست". وفضلاً عن ذلك فقد حاول كل من (ليتورونو Letourno) في فرنسا، (بوست Post) في ألمانيا، (شتاينمتر) في هولندا، استخدام الأبحاث والدراسات التي قام بها (ليبوك)، (تايلور)، (مورجان)، وكثير غيرهم من علماء الإثنولوجيا وقد ساعدتهم أبحاث هؤلاء العلماء في إقامة علم الاجتماع القانوني من خلال التعميمات التي حاولوا التوصل إليها. وقد استطاع العالم الألماني (بوست) إجراء سلسلة من البحوث والأعمال المتعددة في هذا الصدد تضمنت الكثير في مجال القانون الإثنولوجي وقد أعلن

(1) الأنثولوجيا والأثنوغرافيا هما مصطلحان يستخدمان في دراسة الثقافة والتراث الشعبي. وعلى الرغم من أنهما قد يتعاملان مع نفس المجال، إلا أنهما يركزان على جوانب مختلفة ولديهما أهداف مختلفة. فالأنثولوجيا تعني دراسة الأعراف والتقاليد والتصورات الثقافية لشعوب معينة أو مجموعات اجتماعية. وتسعى إلى فهم كيفية تشكل الثقافة وتطورها وتأثيرها على حياة الناس. وتشمل الأنثولوجيا دراسة الاعتقادات والقيم والتصنيفات والممارسات الاجتماعية للشعوب المختلفة. يهتم الأنثولوجيون بالتحليل العميق للثقافة والتواصل الثقافي بين الأفراد والمجموعات. أما الأثنوغرافيا، فتعني وصف وتوثيق الثقافة والتراث الشعبي لشعوب معينة أو مجموعات اجتماعية. وتهدف إلى توثيق التراث الثقافي من خلال جمع المعلومات والمواد الثقافية المتنوعة مثل القصص والأساطير والأغاني والموسيقى والحرف اليدوية والتقنيات التقليدية. تركز الأثنوغرافيا على تسجيل التفاصيل والخصائص الثقافية بدقة للحفاظ عليها وتوثيقها للأجيال القادمة. باختصار، الأنثولوجيا تهتم بدراسة وتحليل الثقافة، بينما الأثنوغرافيا تهتم بوصف وتوثيق الثقافة والتراث الشعبي.

(2) د. إبراهيم أبو الغار، مرجع سابق، ص 110.

في بحوثه هذه من اعتقاده بأن دراسة السلالات البشرية للنظم القانونية المختلفة من شأنه إلقاء الضوء على أسباب نشأة كل حياة قانونية والتوصل كذلك إلى القوانين التي تحكم تطورها في كل المجتمعات. وقد ذهب في اعتقاده، كذلك إلى أن علم الأجناس البشرية يعتبر المصدر الوحيد لنظرية القانون. ولقد آتت جهود (بوست)، ثمارها ممثلة في قائمة من النظم القانونية التي اقتبسها من مجتمعات مختلفة، وقام بتصنيفها بطريقة منظمة ومحكمة. إلا أنه لم يفسر لنا - في الوقت ذاته - هذه النظم ولم يتوصل لقانون يحكم تطورها، وعجز عن التوصل كذلك لمفهوم محدد للقانون يميزه عن الأخلاق والدين<sup>(1)</sup>.

وإذا أردنا أن نضع معالم محددة للجغرافية القانونية تمهيداً لوضع حد فاصل بينها وبين علم الاجتماع القانوني الأكثر اتصالاً بها، فإن علينا أن نبين معنى هذا العلم الأحدث الطارئ على القانون، فالجغرافية القانونية (Legal Geography) هي فرع من الجغرافية

(1) "وقد أدرك (بوست) أن البرنامج الذي وضعه لم يتحقق بالصورة المرجوة. وقد اعترف في أعماله الأخيرة بأن الإثنوجرافيا المقارنة للقانون تعتبر جزءاً من علم الاجتماع القانوني فقط، وأن علم الاجتماع القانوني يعتبر جزءاً من نظرية القانون. أما (شتاينمتر) وهو خليفة (بوست) فقد ذهب إلى أن الإثنوجرافيا المقارنة النابعة من علم الثقافة وليس من علم الطبيعة، لا يمكن لها أن تتوصل إلى قوانين عامة للتطور، ولكن ما تتوصل إليه هو مجرد أنماط للحياة القانونية لمجتمعات شاملة محددة، مثل المجتمع القديم، الذي ينقسم بدوره إلى أنماط متعددة. ويتوصل هذا العالم أخيراً، إلى أن علم الاجتماع القانوني، مثله كعلم الاجتماع العام لا يمكن أن يختصر ليصبح علماً للأجناس البشرية. ومن أجل ذلك فقد كان وصف (شتاينمتر) لمختلف المجتمعات المتأخرة متأثراً إلى أبعد الحدود بالناحية العلمية كما أنه كان أكثر دقة وأحكاماً، إذ أنه كان في حالة قيامه بعقد المقارنات المختلفة، يستخدم الدراسة العلمية لمساعدته في ربط كل ظاهرة أساسية للقانون بالحياة الاجتماعية للمجتمع موضوع الدراسة والبحث ووفقاً لذلك، فإننا نرى أن المحدثين أمثال (بواس Boats) و(لوي Lowie) و(الينوفسكي Malinowski) و(شتاينمتر) كان يسير ويعمل في نفس الاتجاه الذي سار فيه علماء الإثنوجرافيا تقوم عليه، وهو وبصفة عامة فإنه يلاحظ أن الدراسة الإثنولوجية قد أنكرت في تطورها الادعاء الذي يرى بأن هناك قوانين عامة تحكم التطور القانوني. وقد اقتصرت هذه الدراسة على موضوعات علم الاجتماع النسوي. ويذهب بعض العلماء إلى أن هذا الفشل والانحيار للمذهب التطوري Evolutionism يعتبر صفة عامة تميز الإثنولوجيا الحديثة، فضلاً عن أن علماء الإثنولوجيا الأوائل قد فشلوا في دراساتهم للنمط القانوني لمجتمع معين، ولعل مرجع ذلك إلى أنهم لم يتمكنوا من ربط الظاهرة التي اكتشفوها (القانون) بالصورة العامة، أي بالظاهرة الاجتماعية الكلية، التي انبثقت منها هذه النظم القانونية". نقلاً عن: المرجع السابق ذاته.

يدرس التفاعلات بين القانون والمكان. تتناول هذه النهج الدراسي العلاقة بين النظام القانوني والمساحات الجغرافية، وكيفية تأثير العوامل الجغرافية على النظام القانوني والعكس بالعكس. وتعتمد الجغرافية القانونية على مفهوم أن القانون ليس كياناً منفصلاً عن المكان والمجتمع، بل هو يتأثر ويتشكل بواسطة العوامل الجغرافية المحيطة به. يتمحور اهتمام الجغرافية القانونية حول فهم كيفية توزيع السلطة والعدالة في المساحات الجغرافية المختلفة، وكيف يؤثر التوزيع المكاني على القوانين والممارسات القانونية. ولم تتأسس الجغرافية القانونية كتخصص مستقل بذاته، وإنما نشأت تدريجياً من التفاعلات بين الجغرافية والعلوم الاجتماعية الأخرى<sup>(1)</sup>. يعود الفضل في تطوير الجغرافية القانونية إلى عدد من الباحثين والعلماء الاجتماعيين والجغرافيين المهتمين بهذا المجال، مثل ريتشارد سادلر ودواين كيفالا ونيكولاس بلومبرج وغيرهم. من خلال دراسة الجغرافية القانونية، يمكن فهم كيفية تأثير العوامل المكانية مثل التوزيع الديمغرافي والاقتصادي والسياسي والبيئي على تشريعات وسياسات الحكومات، وكيفية تأثير تلك السياسات والقوانين على المجتمع. من هنا يوجد تلاحم قوي جداً بين علمي الاجتماع القانوني والجغرافية القانونية، لكن الفصل بينهما يعتمد على تحديد العنصر المتفاعل مع القانون، فهو المكان، ثم المجتمع بتفاعلاته الطبيعية في الجغرافية القانونية، والمجتمع بتفاعلاته الاجتماعية في علم الاجتماع القانوني.

## المقصد الثاني

### الجغرافية القانونية وعلم القانون المقارن

#### 17- القانون المقارن بين العلم والفن:

القانون المقارن ولكونه جزءاً من القانون، اختلف في مدى كونه علماً، أو أنه مجرد

(1) للتفصيل، لاحظ:

Bartel, Robyn, Graham, Nicole, Jackson, Sue, Prior, Jason Hugh, Robinson, Daniel Francis, Sherval, Meg, Williams, Stewart, Legal geography: An Australian perspective, Griffith University, Australia, 2013, p. 6 - 21; Luke Bennett and Antonia Layard, Legal Geography: Becoming Spatial Detectives, John Wiley & Sons Ltd, 2015, p. 406 - 422; Nicholas Blomley and Joshua Labove, Law and Geography, International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2nd edition, Volume 13, 2001, p. 474 - 478; Floris de Witte, Legal geography and EU law, DIALOGUE AND DEBATE: SYMPOSIUM ON LEGAL GEOGRAPHY AND EU LAW, Cambridge University Press, European Law Open (2022), p. 113-125.

فن<sup>(1)</sup>، فذهب الأستاذان "لامبير" و"سالي" إلى عدّه علماً قائماً بذاته، وذهب الأستاذان "رينيه ديفيد" و"جوتردج" إلى عدّه فناً<sup>(2)</sup>، ومع الاختلاف بين العلم والفن<sup>(3)</sup>، نرى أن القانون المقارن علّم وفنّ في الوقت ذاته، ويغلب عليه أنه طريقة منهجية للمقارنة، ذلك إن القانون المقارن ليس في الواقع سوى المقارنة بين قوانين دول مختلفة واستخلاص ما بين هذه القوانين من أوجه الشبه والاختلاف، وهذه هي نقطة البداية في القانون المقارن المتفق عليها من الجميع<sup>(4)</sup>. كما عرفه الفقيه "سالmond" بأنه عبارة عن دراسة أوجه الوفاق والخلاف بين مختلف الأنماط القانونية<sup>(5)</sup>. ويتم اللجوء إلى الدراسة المقارنة لغايات متنوعة، منها زيادة فهم النظم الوطنية ومعرفة اتجاه التشريع الوطني بين اتجاهات التشريعات المقارنة، وإحدى وسائل تعديل القانون الوطني نحو الأفضل.

### 18- الخريطة القانونية نقطة الوصل بين القانون المقارن والجغرافية القانونية:

ومن هنا يظهر دور القانون المقارن في نطاق الجغرافية القانونية، بحيث يمكن القول بأن أحد الملاح العامة للجغرافية القانونية هو القانون المقارن، لأنه لا يمكن بيان التباين المكاني بين الأقاليم القانونية (الأنماط القانونية) إلا من خلال المقارنة بينها، فضلاً عن

(1) ويرى الدكتور سليمان مرقس أن القانون أقرب إلى الفن منه إلى العلم، حيث يقول: "ومتى سلمنا بأن القانون في موضوعه مزاج من العلم الخاضع لقانون السببية ومن الفن الخاضع لقانون الغاية، ينبغي لرقى القانون أن تغلب نصيب الفن فيه على نصيب العلم، لأن الأول يسير على هدى غاية يتوخاها في حين أن الثاني يسير سيراً ألياً". لاحظ كتابه: فلسفة القانون، صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، (دون ذكر سنة نشر)، ص 296.

(2) لاحظ لمزيد من التفصيل: د. عبد المنعم البدرابي، أصول القانون المدني المقارن، ط2، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1970، ص 23 وما بعدها. كذلك لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأميركي مع مقدمة عامة في القانون المقارن وعلم الخلاف وأهمية الدراسات المقارنة، (دون ذكر دار نشر)، عمان، 1991، ص 14 وما بعدها. ولاحظ أيضاً: د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، مرجع سابق، ص 14.

(3) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، القانون بين العلم والفن، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الرابعة، المجلد الرابع، العدد الرابع، ج 1، 2020 ص 5.

(4) د. عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 23.

(5) نقلاً عن: د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، 1968، ص 14.



توزيعها جغرافية ومعرفة ما يتميز به كل قانون من طابع جغرافي خاص به، عليه يتميز القانون المقارن بأنه ذو بعد جغرافي، ومن هنا يلتقي الجغرافية القانونية مع علم القانون المقارن، لأن الأول يعتمد على البعد المكاني في دراسة الظواهر القانونية، والثاني يعتمد على المقارنة بين القوانين من حيث المكان.

إذن، يهدف القانون المقارن إلى مقارنة القوانين المختلفة لدول العالم وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينها، كذلك يهدف الجغرافية القانونية إلى بيان دور العوامل الجغرافية المؤثرة في القانون. بمعنى أن القانون المقارن يبين التباين المكاني بين القوانين أما الجغرافية القانونية فيبين أثر العوامل الجغرافية في هذا التباين المكاني للقوانين.

### 19- الحد الفاصل بين علم القانون المقارن والجغرافية القانونية:

لما كان القانون المقارن يعتمد على إجراء المقارنات بين قوانين دول، أي أنه ينطلق من المنطلق ذاته الذي تنطلق منه الجغرافية القانونية، أي الصلة بين القانون والمكان، لكن الفرق بينهما أن القانون المقارن يجري المقارنات من أجل تطوير التشريع الوطني بعد تقويمه على أساس مقارنته بالتشريعات النظيرة له في الدول الأخرى، أما الجغرافية القانونية، فهي تفيد تقويم التشريع وتطويره ليس من حيث إجراء المقارنة بين القوانين، بل بين البيئات التي تُطبَّق فيها القوانين التي جرت المقارنة بينها، ومدى نجاعة الأخذ بفكرة تشريعية أخذ بها قانون أجنبي، وتطبيقها على أرض الواقع في الدولة، فالجغرافية القانونية ذات بعد براغماتي أكثر من القانون المقارن.

## المطلب الثاني

### النطاق المفاهيمي للجغرافية القانونية

#### 20- معوقات تحديد النطاق المفاهيمي للجغرافية القانونية:

ليس من السهل تحديد النطاق المفاهيمي لعلم لم تتوضح ملامحه بعد، لكن ارتباط القانون بالمكان يفرز مسألتين مهمتين تتصلان به، وتحددان الملامح العامة لعلم الجغرافية القانونية. ولأجل بيان النطاق المفاهيمي للجغرافية القانونية يجب تسليط الضوء على أهم ركائز تحديد مفهومه، وهما مبدأ إقليمية القوانين، والمدرسة الوضعية للقانون، هذا من جانب، ومن جانب آخر، يستلزم الأمر بيان ماهية الجغرافية القانونية من خلال تعريفها وبيان أهم صفات علم الجغرافية القانونية، عليه، وللتطرق لما سبق، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى الوجه الآتي:

## الفرع الأول

### ركائز تحديد مفهوم الجغرافية القانونية

#### 21- نظرية سافيني منطلق الركائز:

ينكر الفقيه الألماني "سافيني"، في مذهبه التاريخي، فكرة القانون الطبيعي، حيث يرى أن القانون يختلف باختلاف الشعوب، فلكل شعب قانونه الخاص، شأنه شأن اللغة والعادات والتقاليد<sup>(1)</sup>، وعلى الرغم من أن هناك من قال بهذه الفكرة قبل (سافيني)، مثل الفقيه الإيطالي (فيكو)، والفقيه الفرنسي (مونتسكيو) في روح الشرائع، لكن هذه المقولة أوضحت أيقونة المدرسة التاريخية بقيادة (سافيني) تميزت بها عن أقرانها من المدارس، فالقانون في تصور هذه المدرسة ليس إلا نتيجة الحاجات الاجتماعية للشعب، فهو نتاج قوى داخلية صامته، فهو ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة، والعرف هو الشكل الأكمل للقانون، إنه المظهر اللا شعوري له<sup>(2)</sup>. من هذا المنطلق، وبما أن العرف وتحديد نطاق القانون بحدود الدولة، وما اكتسبته من إرث حضاري، موضوع مشترك بين تاريخ القانون والجغرافية القانونية، فإن أفكار هذه المدرسة تعد منطلقاً فكرياً لتأسيس علم الجغرافية القانونية جنباً إلى جنب أقرانه من العلوم التي اهتمت بالحضارة الوطنية والإرث المجتمعي، كتاريخ القانون، مع عدم إهمال الانتقادات الرشيدة التي وجهها الفكر القانوني لنظرية (سافيني) ومدرسته التاريخية.

ولغرض التطرق إلى ركائز تحديد مفهوم الجغرافية القانونية، سوف نقسم هذا الفرع إلى مقصدين، نبين في الأول مبدأ إقليمية القوانين، أما في المقصد الثاني فسوف نسلط الضوء على المدرسة الوضعية للقانون.

### المقصد الأول

#### مبدأ إقليمية القوانين

#### 22- الحيّز الجغرافي لتطبيق القانون:

لا شك أن للقانون نطاق تطبيق معين يسري فيه وينظم ضمنه العلاقات القانونية،

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص 71.

(2) لاحظ: المرجع السابق ذاته، ص 73.

ولهذا النطاق بعدان، بعد زمني، يعرف بنطاق تطبيق القانون من حيث الزمان (سريان القانون من حيث الزمان)، وبعد مكاني يعرف بنطاق تطبيق القانون من حيث المكان (سريان القانون من حيث المكان) أو ما يعرف بمبدأ إقليمية القوانين.

الأصل أن كل دولة لها السيادة التامة على جميع إقليمها (البري والمائي والجوي)، وتبعاً لذلك يسري قانون كل دولة على جميع المتواجدين في إقليمها من مواطنين وأجانب، ولكنه لا يتعدى حدود هذا الإقليم احتراماً لسيادة الدول الأخرى وقوانينها وعدم جواز التدخل في شؤونها الداخلية، وهذا ما يسمى بـ (إقليمية القوانين) أو (الاختصاص الإقليمي للقانون)<sup>(1)</sup>.

إذن، يقصد بمبدأ إقليمية القانون سريانه، بعد نشره ودخوله حيز النفاذ، في كل إقليم الدولة (البري والمائي والجوي) وتطبيقه على كل الأشخاص الطبيعية والمعنوية المتواجدين في هذا الإقليم ولو كانوا من الأجانب، وبذلك فإن القانون، وفقاً لمبدأ إقليمية القوانين، لا يسري على الأشخاص المتواجدين على إقليم دولة أخرى.

### 23- الأساس القانوني لمبدأ الإقليمية:

يستند مبدأ إقليمية القوانين على أساس سيادة الدولة على إقليمها، باعتباره ركناً من أركان الدولة، ولا تتحقق هذه السيادة إلا عن طريق بسط سلطان قانونها داخل إقليمها على الوطنيين والأجانب على حد سواء، إذ تتنافى هذه السيادة مع وجود قانون أجنبي ينازع قانونها ويدعي الاختصاص على إقليمها<sup>(2)</sup>.

ونظراً لاستحالة تطبيق مبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق، ظهر مبدأ آخر يسمى بمبدأ شخصية القوانين، ويعني تطبيق قانون الدولة على كل رعاياها، أي الأشخاص الذين يحملون جنسيتها (المواطنين) أينما وجدوا، داخل إقليم الدولة أو خارجها، ويستند مبدأ شخصية القوانين على مبدأ حق الدولة في السيادة على كل رعاياها، فالشعب هو الآخر ركن من أركان الدولة.

ولكن كانت الغلبة للبعد المكاني في هذا الصدد، حيث أن الاعتبارات التي دعت إلى ظهور مبدأ إقليمية القوانين حالت دون الأخذ بمبدأ شخصية القوانين على إطلاقه، مما

(1) لاحظ: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 41.

(2) لاحظ: هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978، ص 183.

حدا الدول إلى الأخذ بكل من المبدأين في حدود متفاوتة متغيرة حسب ما تقتضيه مصلحتها وظروفها المختلفة، مع اعتبار مبدأ إقليمية القوانين هو القاعدة والاستثناء مبدأ شخصية القوانين. ومن هذه الحدود المتفاوتة ينشأ التنازع بين القوانين الخاصة عند تطبيقها إقليمياً أو شخصياً وتقوم قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص بتعيين القانون الواجب تطبيقه على هذا التنازع عندما يحصل بين القانون الوطني وقانون أجنبي في الحالات التي يسمح فيها المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي لاعتبارات العدالة والملاءمة في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي<sup>(1)</sup>، لدرجة أن القانون الأجنبي بات يعامل معاملة القانون الوطني، وليس عده مسألة من مسائل الواقع<sup>(2)</sup>.

## المقصد الثاني

### المدرسة الوضعية للقانون

#### 24- الوضعية القانونية ركيزة تحديد البعد الجغرافي للقانون:

يعتبر أوجست كونت (Auguste Conte)<sup>(3)</sup>، أول من أطلق كلمة (وضعي) ليشير إلى المرحلة التي وصل إليها الفكر الإنساني في عصره وهي مرحلة سيادة الفكر العلمي التجريبي، فحسب هذا المفكر مر الفكر الإنساني بثلاث مراحل، المرحلة اللاهوتية ثم الميتافيزيقية ثم أخيراً الوضعية<sup>(4)</sup>.

- (1) لاحظ: د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1978، ص345.
- (2) لاحظ: د. شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964، ص10؛ د. مصطفى كامل ياسين، كيف يطبق القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، 1957، منشور عبر مطبعة العاني، بغداد، ص2.
- (3) مفكر فرنسي أسس المذهب الوضعي في العلوم الإنسانية والذي يذهب إلى أنه لا سبيل للمعرفة إلا بالملاحظة والاختبار.
- (4) المرحلة اللاهوتية هي المرحلة التي كان الفكر الإنساني فيها يقيم المعرفة على أساس التفسير الديني للظواهر الطبيعية، أما المرحلة الميتافيزيقية فهي مرحلة التفسير الغيبي للظواهر الطبيعية. لاحظ: د. عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص236.

وقد تزامنت نشأة الوضعية مع تطور الوضعية في العلوم الاجتماعية الأخرى، ومنها الوضعية القانونية، كمدرسة خاصة بالتشريع التحليلي، تطورت إلى حد كبير عبر المفكرين القانونيين في القرنين الثامن والتاسع عشر، أمثال جيرمي بنتام<sup>(1)</sup>، وجون أوستن<sup>(2)</sup>، حيث ميز الأخير بين القانون الوضعي كما هو موضوع من قبل إرادة بشرية حاکمة، وبين ما يجب أن يكون عليه القانون وفق الاعتبارات الأخلاقية والدينية، فاعتبر أن الميدان الأول من اختصاص القانون، أما الميدان الثاني فهو ميدان الأخلاق أو اللاهوت أو أي فرع آخر غير القانون<sup>(3)</sup>.

### 25- لكل مكانٍ خصوصية في التطبيق:

أما مونتسكيو<sup>(4)</sup>، فقد شدد في كتابه (روح القوانين) على ضرورة إبعاد الفرضيات التي تسبق وجود الجماعة من القانون، والاكتفاء بالاعتبارات المستخلصة من الواقع، فالقانون يمتاز بصفة النسبية التي تجعله مختلفاً باختلاف كل بلد تبعاً لمناخ ذلك البلد ومعتقداته وشكل الحياة فيه وعاداته السائدة<sup>(5)</sup>. وعلى الرغم من ذلك، فإن الوضعية لم تبرز كمدرسة قانونية ذات رؤية كونية لنظرية القانون إلا مع منتصف القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين<sup>(6)</sup>.

إلا أنه يجب عدم الخلط بين (الوضعية القانونية) باعتبارها المدرسة القانونية التي تتبنى المعالجة العلمية للظواهر القانونية، وبين (القانون الوضعي) الذي يراد به القانون

- (1) جيرمي بنتام فيلسوف وفقه إنكليزي، وضع في كتابه (مقدمة في مبادئ الأخلاق والتشريع) الأساس الخاص بنظرية القانون بوصفها تعبير عن إرادة السيادة.
- (2) (1790 - 1859) أستاذ القانون العام في جامعة لندن اشتهر بكتابه (محاضرات في فلسفة القانون الوضعي) الذي نشر بعد وفاته، ويعتبره الفقهاء الأب الحقيقي للمذهب الوضعي. لاحظ: د. كامل فريد: أعلام فلسفة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 186.
- (3) دينيس لويس، فكرة القانون، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1981، ص 100.
- (4) (1689 - 1755) مفكر فرنسي، أول فقيه تناول تقسيم الحكومات إلى ملكية وجمهورية، والفصل بين سلطات الدولة الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) في كتابه (روح القوانين).
- (5) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 123.
- (6) سامر محي عبد الحمزة، أزمة مدرسة الوضعية القانونية وتحديات الألفية الثالثة، مجلة واسط للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (61)، العدد (14)، 2010، ص (91 - 117)، ص 95.

المطبق في مكان وزمان معينين بغير النظر إلى مصدره<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### ماهية الجغرافية القانونية

#### 26- محاولة جمع شتات عناصر التعريف:

لا يخفى على أحد البعد المكاني للجغرافية، فهي علم متصل بالمكان والتأثيرات الطبيعية الماسة والمحيطه به من مناخ وتضاريس وغيرها، وإذا كانت الخرائط هي ما يميز الجغرافية عموماً، فإن للقانون خريطة من المهم أن يوكل أمر تخطيطها وتنظيمها لعلم محدد، وهذا العلم هو الجغرافية القانونية. وهو فرع من الجغرافية لا نستطيع إدراك فهمه إلا بعد فهم حقيقة الجغرافية ذاتها، لكن عناصر هذا العلم تتشتت بين تخصصات القانون وعلومه، مما ينبغي جمع شتاتها ووضعها في قالب العلم الجديد.

ليبان ماهية الجغرافية القانونية سوف نقسم هذا الفرع إلى مقصدين، نخصص الأول منهما لتعريف الجغرافية القانونية، ونخصص المقصد الثاني لبيان صفات علم الجغرافية القانونية.

## المقصد الأول

### تعريف الجغرافية القانونية

#### 27- مفهوم الجغرافية بشكل عام:

الجغرافية (Geography) كلمة إغريقية مركبة من مقطعين هما (Geo) بمعنى أرض، و(Graphy) بمعنى وصف، وبذلك تعني الكلمة (وصف الأرض).

ولا شك أن علم الجغرافية هو ميدان لدراسة التوزيعات المكانية (Spatial Distribution) لمختلف الظواهر الطبيعية والبشرية، والعلاقات المكانية (Spatial Relationships) بين تلك الظواهر، حيث تعتبر الاختلافات المكانية (Spatial Differentiations) من أهم الموضوعات التي يتناولها البحث الجغرافي، الذي انتقل عبر تاريخه الطويل من مرحلة الوصف المكاني إلى مرحلة التحليل المكاني<sup>(2)</sup>.

(1) لاحظ: د. عبدالحميد فودة، مرجع سابق، ص 9.

(2) لاحظ: محمد محمد سطيحة، الجغرافية الإقليمية، مكتبة الخريجي، الرياض، 1987، ص 31.

وإذا كانت الجغرافية الحديثة قد ركزت على تجاوز وصف الظواهر الطبيعية والبشرية الذي اتسمت به الجغرافية القديمة، فإن التطور الأحداث للجغرافية المعاصرة تمثل بالسعي نحو الرقي بهذا الميدان ونقلها من الجانب الأكاديمي النظري إلى الجانب التطبيقي الاستشاري للتحويل باتجاه هندسة المكان وتنظيمه ودراسة النظم المكانية للظواهر وبما يقود إلى مخرجات علمية جاهزة للاستفادة منها في الحقول العلمية ذات الصلة مكانياً وبالتالي تجاوز مرحلة استلام المعرفة من العلوم الأخرى فقط<sup>(1)</sup>.

### 28- الجغرافية القانونية علمٌ مزيج من علمي القانون والجغرافية:

ومن هنا يترتب على صلة القانون بعلم الجغرافية، ظهور علم مزيج من الاثنين، وهو علم الجغرافية القانونية، ليتناول الظواهر الجغرافية من وجهة نظر قانونية. عليه يمكن القول بأن الجغرافية القانونية علم يبحث في تأثير الجغرافية على القانون من خلال دراسة وتحليل التباين المكاني بين الأنماط القانونية وبيان أثر العوامل الطبيعية والبشرية فيها. وبعبارة أخرى، فإن الجغرافية القانونية فرع من فروع الجغرافية يهتم بدراسة القانون بأنماطه المختلفة ودراسة الصلة بينه والظواهر الجغرافية.

## المقصد الثاني

### صفات علم الجغرافية القانونية

#### 29- علم الجغرافية القانونية بين البينية والاحتوائية:

رأينا كيف تشترك الجغرافية القانونية مع العلوم المقارنة لها في بعض الصفات التي لا يمكن فصلها، كعلم التاريخ القانوني وعلم التشريع، لكن من المهم أن نفرص بين علم الجغرافية القانونية والعلوم المقاربة لها، كي يكون هذا العلم علماً قائماً بذاته. إذن توجد مشتركات بين علم الجغرافية القانونية وعلم الاجتماع القانوني من جهة وعلم القانون المقارن من جهة أخرى، فهل الجغرافية القانونية علمٌ بيني بالنسبة لهما، أم علم احتوائي لهما؟؟ قد يكون هناك رأيان:

**الرأي الأول:** الجغرافية القانونية علم بيني، أي يقف في منطقة بين علم الاجتماع القانوني وعلم القانون المقارن، إذ تجد تشابهاً بينه وبين علم الاجتماع القانوني من حيث

(1) لاحظ: د. مجيد ملوك السامرائي، الجغرافية وأساليب البحث المعاصر، ط1، دار اليازوري، 2019، ص11.

الظاهرة القانونية محل الدراسة، وشبهاً آخر بينه وبين علم القانون المقارن من حيث القوانين المقارن بها. لكن هذا الرأي سيضعف من ذاتية هذا العلم، إذ سُنظر إليه أنه مجرد تجميع لعناصر معينة من هذا العلم مع عناصر معينة من العلم الآخر، كما أنه بدلاً من أن يكون حلقة الوصل بين العلمين - على وفق تصوير هذا الرأي - سينصهر تدريجياً بينهما ويختفي رويداً رويداً.

**الرأي الثاني: الجغرافية القانونية علم احتوائي، أي أن عناصره تحتوي كل عناصر العلمين القريين منه، بحيث يكون عبارة عن تركيبة من علم الاجتماع القانوني وعلم القانون المقارن، ينصهران فيه، ويندمجان تحت اسمه، فهو ناتج جمعهما. وهذا الرأي على بساطته يُعدم علمين قائمين بحد ذاتهما، ولهما وجودهما الخاص في نطاق علمي الاجتماع والقانون، لا يمكن صهرهما ولا الجمع بينهما ولا دمجهما في الجغرافية القانونية، فالجغرافية قبل نعتها بالصفة القانونية شيء مغاير لعلم الاجتماع قبل نعته بالصفة القانونية، وهذا النعت لكلا العلمين لا يجعلهما في كيان واحد، أو أن أحدهما سيحتوي الآخر، لأن هذه الصفة هي محددة لإطلاق الأصل في العلمين، إذ تجعل هذه الصفة علم الاجتماع القانوني محددًا في منطقة اجتماعية معينة يختلط بها الجانب القانوني، ومن جهة أخرى تجعل هذه الصفة علم الجغرافية القانونية محددًا في نطاق معين لقضايا الجغرافية عموماً. ومن جهة علم القانون المقارن فأهدافه ووظائفه تباين صهره في علم الجغرافية القانونية، فلا تقتصر المقارنة بين القوانين على أبعاد جغرافية، وإن اقتضت دخلت في علم الجغرافية القانونية بعدما تخرج من نطاق علم القانون المقارن.**

### 30- علم الجغرافية القانونية علم قائم مستقل بذاته:

رأينا كيف أن علم الجغرافية القانونية ليس بعلم بيئي، كما ليس بعلم احتوائي، بل هو علم قائم بذاته، يتمتع بجملة من الخصال. ومن خلال مراجعة التعريف الذي قدمناه للجغرافية القانونية، يستشف منه صفات معينة لهذا الفرع من الجغرافية، نبينها فيما يأتي:

#### أ - علم تركيبى:

حيث يجمع بين علمي القانون والجغرافية في تركيبة خلّاقة، ولا شك أن فيه من صفات علم التشريع الشيء القليل ومن صفات تاريخ القانون الشيء القليل أيضاً، لكنه منفصل تماماً عن العلوم المقاربة له، علم الاجتماع القانوني وعلم القانون المقارن.



**ب - علم تحليلي:**

قائم على الوصف والتحليل والتفسير والتعليل للظواهر القانونية وأثر العوامل الجغرافية البشرية والطبيعية فيها.

**ج - علم ذو بعد مكاني - بشري:**

لا شك أن المكان يلعب دوراً هاماً في الكثير من الظواهر الطبيعية والبشرية، ولكن يجب ربط المكان بعلاقاته، أي علاقات المكان لكي تعبر عن المكان المتغير. وللجغرافية، وفق آخر التطورات في الدراسات المتعلقة بها، بعدان رئيسان، وهما البعد المكاني، الذي يتجسد بصورة أوضح في الجغرافية الطبيعية، والبعد الإنساني، الذي يتجسد في الجغرافية البشرية، ومن هنا فإن للقانون أيضاً هذان البعدان الرئيسان. فيما يخص البعد الإنساني للقانون، فلا شك أن وظيفة القانون في الأساس هي تنظيم وتحديد حقوق وواجبات هذا الإنسان من خلال تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع بما يحقق العدالة والمصلحة العامة. أما البعد المكاني للقانون فيتمثل في أن للقانون حيزاً مكانياً يسري فيه، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا الحيز المكاني يتغير وفق عوامل معينة.

**د - علم ثنائي التركيب:**

فهناك جغرافية للقانون على المستوى الداخلي للدولة الواحدة (جغرافية القانون الداخلية)، وجغرافية للقانون على مستوى العالم (جغرافية القانون الدولية)، تأسيساً على أن للقانون بعداً داخلياً يتمثل في القانون الوطني، وبعداً خارجياً يتمثل في القانون الدولي (العام أو الخاص).

**هـ - علم قانوني وإن كان أحد فروع الجغرافية:**

لأنه في الأساس يهدف إلى بيان دور العوامل الجغرافية في القانون، فمكانه الطبيعي هو عالم القانون، حيث تنصب وظيفته في عملية التشريع، ويقدم دراسات مفيدة لفهم الأعراف والعادات والتقاليد، كما أنه يساعد علم التشريع على جعل التشريع أكثر نجاعةً.

## المبحث الثاني

### أهمية تحديد الملاحم العامة للجغرافية القانونية

#### 31- علم الجغرافية القانونية علمٌ جديرٌ بالدراسة:

إن تحديد الملاحم العامة للجغرافية القانونية ذو أهمية بالغة على المستويين الدولي والداخلي، فهو علمٌ جديرٌ بالدراسة، ولا تقل أهمية تدريسه عن تدريس العلوم المقارنة له، كتاريخ القانون، والعلوم المقاربة له كعلم القانون المقارن، بل أن تدريسه يغطي العديد من الجوانب التي تحتاجها العلوم الأربعة، كما أن فيه فائدة للتشريع في مرحلتي السن والتنفيذ، وذو وقع كبير على هندسة التشريعات ونجاحاتها.

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى أهمية تحديد الملاحم العامة للجغرافية القانونية على المستوى الدولي، وفي المطلب الثاني، إلى أهمية تحديد ملاحمها على المستوى الداخلي.

المطلب الأول: أهمية تحديد الملاحم العامة على المستوى الدولي

المطلب الثاني: أهمية تحديد الملاحم العامة على المستوى الداخلي

### المطلب الأول

#### أهمية تحديد الملاحم العامة على المستوى الدولي

##### 32- علم الجغرافية القانونية والقانون الدولي:

تكمن أهمية تحديد الملاحم العامة للجغرافية القانونية على المستوى الدولي في بيان إقليم الدولة والنطاق المكاني للقانون، من جانب، ومن جانب آخر تبرز هذه الأهمية في مفهوم سيادة الدولة وقوانين البوليس العام، وكأن علم الجغرافية القانونية، على الصعيد الدولي، هو العلم الذي يلتقي فيه جناحا القانون الدولي، ونعني بهما القانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام، بما يحمل من عناصر تمس تطبيقهما بشكل مباشر، لا سيما في موضوعي إقليم الدولة وسيادتها، الأمر الذي نخصص لكل منها، فرعاً مستقلاً، وكما يأتي:

## الفرع الأول

### إقليم الدولة والنطاق المكاني للقانون

#### 33- إقليم الدولة:

إقليم الدولة هو المكان الذي تمارس فيه الدولة سيادتها وتبسط قوانينها على كل من يقطن فيه، وتحد الإقليم في العادة حدوداً تفصله من أقاليم الدول المجاورة، ويمكن للإقليم المحاط بالحدود أن يكون من أحجام متباينة جداً على مقياس قارة مثل أستراليا، أو مدينة مثل سنغافورة. وهناك من ينادى في منح صفة الدولة لبعض الكيانات الصغيرة جداً مثل ليخنشتاين، وسان مارينو، لكن، الانتساب إلى هيئة الأمم المتحدة يشكل، في هذا الصدد، وفي أيامنا الحاضرة، أسلوباً لإضفاء الصفة الشرعية لا نظير له، وإن الدولة تختفي في حال الامتصاص الكلي لإقليمها، حتى وإن كانت بعض الأوهام القانونية - على حد تعبير البعض<sup>(1)</sup> - قد استطاعت البقاء من أجل الدلالة أحياناً على الاحتجاج ضد شروط الإلحاق. وهكذا تم الإبقاء لمدة طويلة على المندوبين الدبلوماسيين لبلدان البلطيق التي اجتاحتها ستالين في عام 1940، لدى كندا والولايات المتحدة. ونادراً ما تكون الدولة مجالاً جغرافياً طبيعياً يحده البحر أو سلسلة جبال لا يمكن تجاوزها ومهما يكن من أمر فإن حدودها تكون اتفاقية أي مثبتة بمعاهدات. ومع ذلك، فإن مفهوم الحدود لم يكتسب دائماً نفس المعنى التاريخي. ففي مجتمعات الرُّحْل (شعوب السهوب) وإمبراطوريات الغزاة (المغول) كانت الحدود تمنحها أمام حقيقة أخرى حقيقة المراقبة الفعلية لسكانهم أنفسهم في حالة حركة<sup>(2)</sup>.

#### 34- مفهوم الحدود:

بالمعنى الحديث للكلمة تفصل الحدود بين ميدانين لتطبيق القواعد القانونية وهي تأخذ معناها الأكثر دقة في الدول - الأمم ذات السيادة المبالغة في الدقة والغيورة التي قامت في القرنين التاسع عشر والعشرين، إلا أن مفهوم الحدود بدأ يضعف اليوم مع تقوية سيورات التداخل الاقتصادي والسياسي (الاتحاد الأوروبي)، وتسعى البلدان الغنية

(1) فيليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2014، ص107.

(2) المرجع السابق ذاته.

جميعها، وبشكل علني تقني تقريباً، للتحكم بالتدفقات السكانية التي تدفع رعايا من البلدان الفقيرة لطرق أبوابها. لكن المراقبة الدقيقة للحدود تثير قضايا صعبة جداً. الأولى ذات طابع تقني وتعود لصعوبة فرض سدِّ مُحكم في بيئة أصبحت المبادلات الاقتصادية فيها كثيفة ووسائل الانتقال أكثر سهولة بكثير. والأخرى ذات طابع سياسي حيث أن الفعالية التامة في مراقبة تدفقات الهجرة تفترض وضع تشريعات وممارسات إدارية تتفق قليلاً من حيث الاتجاه مع احترام حقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

وخارج المجال الثقافي الغربي، ما زال مفهوم الحدود قليل التكيف مع الحقائق الاجتماعية - الثقافية للعديد من بلدان إفريقيا وآسيا المسلمة. فتحددات الحدود الإقليمية الجامدة التي فرضتها القوى الأوروبية، قسمت بعض الوحدات العرقية الثقافية وحملت بذور العديد من الصراعات اللاحقة كما تظهر ذلك أمثلة، الصومال وتشاد وأفغانستان، وعلاوة على ذلك، فإن المراقبة الفعلية لهذه الحدود تبقى خارج متناول أجهزة الدول التي لا تمتلك الحد الأدنى من الوسائل من أجل تأمين احترامها إن مساهمتها الهامة تُعدُّ مُخِلْفَةً، لأنها تُغذي اقتصاد التهريب والكثير من التهرب الضريبي.

ولبيان أهمية تحديد إقليم الدولة والنطاق المكاني للقانون باعتبارها ملاحح عامة للجغرافية القانونية على المستوى الدولي، نقسم هذا الفرع إلى مقصدين لبيان إقليم الدولة والمدى المكاني لسريان القانون، في مقصد أول، والميل نحو تطبيق القانون الوطني في مقصد ثان.

(1) لقد كان لتكوين المجالات الاقتصادية والسياسية المتكاملة آثار مباشرة على مفهوم الحدود الذي يتجه للضعف، وقد سعت اتفاقات شنغن (Schengen) سنة 1919 للتوفيق بين الإلغاء التام للقيود على حرية انتقال الأشخاص، في داخل المجال الأوروبي، والحفاظ على سياسة أمن فعالة. وأظهرت الرهانات التقنية، وربما الرمزية بشكل خاص، أن الإدراك المادي للحدود، والذي يلعب دوراً في بناء الشعور بالهوية الواحدة، قادت الحكومة الفرنسية لتأجيل استخدامها، وبهذه المناسبة لعبت دورها كانعكاسات لتأكيد حدود الدولة. (فيليب برو، المرجع السابق، ص 108).

## المقصد الأول

### إقليم الدولة والمدى المكاني لسريان القانون

#### 35- عناصر الإقليم:

يعد الإقليم (Region) وحدة الدراسة في فروع الجغرافية المختلفة، وهو عبارة عن جزء من الأرض أو حيز جغرافي يتسم بخصائص طبيعية وبشرية معينة تميزها عما يجاورها من أقاليم أخرى حيث تتميز بدرجة من التجانس في الظواهر الجغرافية التي قد تشكل شخصية الإقليم. ونظراً لثنائية علم الجغرافية وتقسيمه إلى جغرافية طبيعية وأخرى بشرية، فهناك أقاليم جغرافية طبيعية تدرس ضمن إطار الجغرافية الطبيعية، إلى جانب أقاليم جغرافية بشرية تدرس ضمن الجغرافية البشرية وكل ذلك استناداً إلى أنماط الأقاليم الجغرافية<sup>(1)</sup>.

والإقليم الطبيعي، يعتمد على عناصر البيئة الطبيعية، فقد يكون الإقليم عبارة عن منطقة جبلية أو منطقة سهلية، أو إقليمياً مناخياً يتسم بخصائص مناخية عامة تسودها وتميزها عن غيرها، وقد يكون الإقليم نباتياً، وهكذا. أما الإقليم البشري، فيعتمد على التقسيم السكاني في الأقاليم، من خلال التحديد البشري المتمثل بالحدود السياسية أو الإدارية، أو من خلال الاعتماد على سمات بشرية أخرى مثل كثافة السكان وتوزيعهم والمستوى المعيشي وتطورهم الحضاري وغيرها<sup>(2)</sup>.

أما الإقليم في القانون، فهو أحد الأركان الثلاثة المكوّنة للدولة، إلى جانب الشعب والسلطة السياسية، إذ يتوقف وجود الدولة على وجود إقليم محدد لها يقيم عليه شعبها، وبذلك فإن إقليم الدولة هو الرقعة الجغرافية التي تمارس عليها الدولة سلطتها ويخضع لسيادتها، وتتألف هذه الرقعة من مساحة محددة من الأرض بحدود معينة وتسمى بالإقليم البري، وتضاف إليها رقعة الماء الموازية لسواحلها - إن وجدت - إلى المدى الذي يقره القانون الدولي للبحار، وتعرف بالإقليم المائي أو المياه الإقليمية (Territorial Waters)،

(1) لاحظ: حسن طه النجم، دراسة في الفكر الجغرافي، عالم الفكر، المجلد الثاني، الكويت، 1971، ص 107؛ د. أحمد محمد عبدالعال، الإقليم والإقليمية في الفكر الجغرافي، بلا، ص 18 - 19.

(2) لاحظ: فيليب برو، مرجع سابق، ص 111.

فضلاً عن المجال الجوي الذي يعلو الأرض والمياه الإقليمية (National Air Space)<sup>(1)</sup>. وما يميز إقليم معين عن الأقاليم الأخرى، وجود حدود سياسية لها<sup>(2)</sup>.

### 36- إقليم الدولة هو البعد المكاني لبسط سلطة القانون:

وبذلك فإن إقليم الدولة، بما له من حدود تميزه عن غيره، فضلاً عن كونه عنصراً لازماً لتكوين شخصية الدولة والمكان الذي تمارس فيه الدولة سلطاتها وسيادتها، هو المدى المكاني لسريان القانون في تلك الدولة تحقيقاً لمبدأ إقليمية القوانين. كما يمكن القول بأن الإقليم القانوني هو عبارة عن رقعة من الأرض تخضع لسيادة القانون الساري على تلك الرقعة، وبناءً عليه فإن وحدة الدراسة في الجغرافية القانونية، وعلى غرار الجغرافية السياسية، هي الدولة، لأن لكل دولة إقليم يخضع لسيادتها، ومن أهم مظاهر سيادة الدولة خضوع إقليمها لقانونها الوطني. ومن هذا المنطلق يختلف قانون كل دولة عن الدول الأخرى.

فمن الناحية القانونية، فإن كل دولة تتكون من إقليم جغرافي - قانوني واحد، إذا كانت دولة موحدة، أو مجموعة أقاليم جغرافية - قانونية، إذا كانت دولة فيدرالية، كالولايات المتحدة الأمريكية، مع الأخذ بنظر الاعتبار وجود إقليم جغرافي - قانوني واحد للدولة الاتحادية مع وجود أقاليم جغرافية - قانونية لكل ولاية داخل الإقليم الجغرافي - الواحد. فالإقليم القانوني العراقي، يتمثل في الإقليم الجغرافي لدولة العراق الاتحادية، ويقع ضمن هذا الإقليم القانوني الاتحادي، إقليم كردستان - العراق، بما له من كيان دستوري معترف به في نطاق الدولة الاتحادية.

ومن مظاهر البعد المكاني للقانون السمو الدستوري، أي علو الدستور على بقية القوانين والقواعد<sup>(3)</sup>، حيث تنص المادة (13/أولاً) من الدستور العراقي لسنة 2005، على

(1) لاحظ: د. نجم عبود مهدي، سيادة الدولة على إقليمها الجوي، دراسة تحليلية في ضوء قواعد القانون الدولي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (2)، المجلد (2)، العدد (1)، الجزء (1)، أيلول، 2018، ص 139 - 165.

(2) لاحظ: د. علي أحمد هارون، أسس الجغرافية السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 181 وما بعدها.

(3) لاحظ: د. سرهنك حميد البرزنجي، الشامل في نظرية الدستور، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2021، ص 111 وما بعدها.

أنه ((يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحاءه كافة وبدون استثناء)). كذلك الحال بخصوص الاختصاص الإقليمي الجنائي، حيث قضت المادة (6) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل، بأنه ((تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق...))، كما تنص المادة (7) من القانون ذاته، على أنه ((يشمل الاختصاص الإقليمي للعراق أراضي جمهورية العراق وكل مكان يخضع لسيادتها بما في ذلك مياه الإقليم والفضاء الجوي الذي يعلوها... وتخضع السفن والطائرات العراقية لاختصاص جمهورية العراق الإقليمي أينما وجدت)).

## المقصد الثاني

### الميل نحو تطبيق القانون الوطني

#### 37- أولوية التطبيق للقانون الوطني:

تطبق الدولة قانونها على إقليمها، كأحد مظاهر سيادتها، إلا أن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين، يؤدي حتماً إلى تنازع القوانين عندما تشوب الصلة القانونية بعنصر أجنبي، فلو أمكن أن تأخذ كل دول العالم بمبدأ إقليمية القوانين، لامتنع التنازع بين القوانين ولما بقيت هناك أية حاجة إلى قواعد القانون الدولي الخاص في هذا الشأن، غير أنه توجد اعتبارات أخرى تقضي بالحد من هذا المبدأ وتدعو إلى النظر في تطبيق القوانين نظرة أخرى يكون فيها الاعتبار الأول للأشخاص لا للإقليم<sup>(1)</sup>.

وتأسيساً على أن القوانين توضع للأشخاص لا للإقليم، وكل دولة تضع القوانين التي تلائم مواطنيها واحتياجاتهم بما يساعد على احتفاظ الجماعة بطابعها الخاص الذي يميزها عن سائر الجماعات، لذا من المصلحة أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الذي ينتسبون إليها، سواءً أكانوا موجودين في داخل إقليمها، أم في خارج إقليم الدولة، ولا داعي لتطبيق هذا القانون على الأجانب عن هذه الدولة ولو كانوا يقيمون في حدود إقليمها<sup>(2)</sup>.

وإن أفسح مجال لتطبيق مبدأ شخصية القوانين هو القانون الخاص، لا سيما قانون

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المدخل للعلوم القانونية، ط7، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2019، ص187.

(2) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص188.

الأحوال الشخصية، من زواج وطلاق ونفقة وميراث، إذ تميل الدول المعاصرة إلى إخضاع هذه الأحوال إلى القانون الشخصي وهذا حسماً للتنازع بين القوانين من حيث المكان. فتقرر قواعد الإسناد إخضاع الأحوال الشخصية لقانون جنسية الشخص أي قانونه الوطني<sup>(1)</sup>.

### 38- البعد الجغرافي لتطبيق قانون القاضي:

وفي هذا الصدد، يلاحظ ميل الدولة نحو تطبيق القانون الوطني قدر المستطاع، حيث تنص المادة (17) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، عند معالجتها للتنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي، على أن ((1 - القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها)). كما أضافت المادة (28) من القانون ذاته، بأن ((قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات)).

كذلك الحال بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، فقد نصت المادة (1/27) من القانون المدني العراقي، على أن ((الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام))، حيث يتركز الفعل مكانياً في إقليم معين، وهذا يفضي إلى منح الاختصاص فيه إلى القانون الإقليمي، أي قانون الإقليم الذي وقع فيه الفعل، وأساس تطبيق القانون الإقليمي في الفعل الضار كونه يشكل تجاوزاً وخرقاً للنظام الاجتماعي للمكان الذي حدث فيه<sup>(2)</sup>، كما يبقى الشكل في عقد الزواج من المسائل التي تسودها مبدأ الإقليمية، لأن الشكل مرتبط بالإقليم أكثر من ارتباطه بأشخاص الزواج، لذا الأصل في اختصاصه يكون للقانون الإقليمي، وفي ذلك قضت المادة (1/19) من القانون المدني العراقي، بأنه ((... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)).

(1) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1986، ص 305.

(2) عبدالرسول عبدالرضا جابر، دور الإقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (14)، العدد (2)، 2007، ص (156 - 166)، ص 158.



وبخصوص العقود بصورة عامة، تنص المادة (26) من القانون المذكور، بأنه ((تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)). كذلك، فإن تعلق العقارات بالإقليم جعلها جزءاً منه لذا فإن الاختصاص يكون لقانون موقع العقار ولا يمكن استبداله بقانون آخر لأنه يمس سيادة الدولة، لذلك قضت المادة (2/25) من القانون المدني العراقي، بأن ((قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه)).

### 39- البعد الجغرافي لفكرتي النظام العام والآداب العامة:

تطبق فكرتي النظام العام والآداب العامة في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي<sup>(1)</sup>، وبذلك يكون لهاتين الفكرتين بعداً جغرافياً أيضاً. إذ أنه إذا قضت قاعدة إسناد وطنية باختصاص قانون أجنبي معين ليطبق على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، فإن القاضي الوطني ليس ملزماً بتطبيق هذا القانون الأجنبي بصورة مطلقة، وإنما ينبغي عليه أن يتأكد من عدم تعارض هذا القانون الأجنبي مع النظام العام والآداب العامة في دولته، ومن ثم استبعاد تطبيقه إذا تراءى له مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أو الآداب العامة، وفي ذلك نصت المادة (32) من القانون المدني العراقي، على أنه ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق)).

## الفرع الثاني

### سيادة الدولة وقوانين البوليس العام

#### 40- المصلحة الوطنية والجغرافية القانونية:

تقتضي المصلحة الوطنية لكل دولة تسيّد قانونها على إقليمها، كما أن هذه المصلحة يجب أن تتسق مع مصلحة كل مواطن يتعامل مع أجنبي على أرض بلده، في حدود تحقيق العدالة التشريعية، لكن أحياناً ما يمس تطبيق القانون الأجنبي مصالح المواطنين الذي

(1) لاحظ: محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (3)، الإصدار (3)، 2021، ص 86 - 103؛ د. سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد (12)، العدد (43)، 2010، ص 85 - 109.

يقدمون على التعاقد مع أشخاص أجنبى داخل دولة المواطن، ليتفاجأ أن ثمة قانون أجنبى يطبق على أرض الوطن تتحدد به أهلية الأجنبى، وهذا ما حصل فى قضية "ليزاردى" المشهورة فى القضاء الدولى الخاص<sup>(1)</sup>.

نخصص هذا الفرع لتسليط الضوء على موضوع سيادة الدولة وقوانين البوليس العام، وذلك فى مقصدين اثنين، وعلى الوجه الآتى:

## المقصد الأول

### سيادة الدولة

#### 41- السيادة ومحدداتها الجغرافية:

تمثل السيادة أحد الأركان التى تبنى عليها نظرية الدولة فى الفكر القانونى والسياسى، كما تعد من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون الدولى والعلاقات الدولية المعاصرة، فالسيادة مفهوم قانونى - سياسى يتعلق بالدولة. وقد جرت غالبية الفقه على اعتبار السيادة الركن الثالث للدولة بعد الشعب والإقليم، والسيادة بهذا المعنى تعنى سلطة الدولة أو السلطة السياسية أو السلطة العامة<sup>(2)</sup>.

(1) التى تتلخص وقائعها فى أن شاباً من المكسيك يبلغ من العمر ثلاثة وعشرون عاماً، وكان قد اشترى مجوهرات من محلات بباريس بمبلغ كبير يصل إلى ثمانين ألف فرنك، حرر به سندات تستحق على فترات، ولما طالبه الدائنون الفرنسيون بالوفاء، دفع الوصي عليه ببطلان التصرف لنقص أهلية الملتزم لحظة تعهده بالسندات محل المنازعة، حيث أن القانون المكسيكى، وهو القانون الواجب التطبيق على أهليته، يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع فى الحكم بصحة التصرفات التى أبرمها "ليزاردى"، وإلزامه بالوفاء بقيمة السندات التى حررها، واستندت المحكمة إلى أنه من غير المعقول أن يلتزم الفرنسيون، من التجار وغيرهم، بالعلم وبمعرفة قوانين مختلف الدول وأحكامها المتعلقة بالقصر والبلوغ، وكيفيه أن يكونوا قد تعاملوا مع الطرف الأجنبى بغير خفة، وبغير عدم تبصر. وبحسن نية، حتى تكون تصرفاتهم صحيحة قانوناً. من هذا الحكم ظهرت قاعدة استثناء القانون الشخصى فى مسائل الأهلية إذا كان فيه مساس بمصلحة المواطنين. (لاحظ، لمزيد من التفصيل: د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولاً ومنهجاً"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص743).

(2) د. فتحي عبد الكريم، الدولة والسيادة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1984، ص72.

إن فكرة السيادة هي في الأصل فكرة فرنسية، وهي فكرة حديثة نسبياً ترجع إلى القرن الخامس عشر، وكلمة السيادة ذاتها (Souveraineté) كلمة فرنسية ليس لها نظير في اللغات الأخرى<sup>(1)</sup>.

ويرى العديد من الفقهاء أن المفكر الفرنسي جان بودان (Jean Bodin)<sup>(2)</sup> هو المنظر الأهم لفكرة السيادة الوطنية من خلال مؤلفه الشهير الكتب الستة للجمهورية (Les six livres de la république) المنشور سنة 1576، وفيه عرف السيادة بأنها سلطة عليا على المواطنين والرعايا لا تخضع للقوانين، وهي سلطة مطلقة ومستقلة عن أي سلطة أخرى<sup>(3)</sup>. وبعد ذلك رسخت معاهدة وستفاليا فكرة سيادة الدولة وحماية حدودها الإقليمية عبر إقرار مبدأ عدم التدخل في شؤونها الداخلية.

وعرفت محكمة العدل الدولية في قضية مضيق (كوروفو) سنة 1949 السيادة بأنها ولاية الدولة في حدود إقليمها ولاية انفرادية ومطلقة، وأضافت بأن احترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة يعد أساساً جوهرياً من أسس العلاقات الدولية<sup>(4)</sup>. وقد ميز الفقه الدولي بين مظهرين للسيادة، مظهر داخلي، ويعني حرية الدولة في التصرف في شؤونها الداخلية، كبناء الدولة، ونوع الحكومة، ونظام الحكم، وغيرها، ومظهر خارجي، يعني استقلال الدولة لإدارة علاقاتها الخارجية دون الخضوع لأي سلطة<sup>(5)</sup>.

#### 42- سيادة الدولة وسمو حقوق مواطنيها:

كذلك ينطوي مفهوم السيادة على مدلولين رئيسين، أحدهما قانوني، ويشير إلى مبادئ القانون الدولي التي تجعل من أعضاء الجماعة الدولية على قدم المساواة في التمتع بالحقوق والواجبات، والمدلول الآخر سياسي، يعرف بالسيادة الفعلية التي تعبر عن القدرة

(1) د. فتحي عبدالكريم، مرجع سابق، ص 22.

(2) (1530 - 1596) فيلسوف فرنسي يعتبر صاحب نظرية السيادة.

(3) لاحظ: د. صلاح الصاوي، نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، القاهرة، 1992، ص 10.

(4) نقلاً عن: د. عبدالقادر القادري، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف، الرباط، 1984.

(5) د. مهدي جابر مهدي، السيادة والتدخل الإنساني، دراسة قانونية سياسية، مطبعة منارة، أربيل، 2004، ص 33.

الفعالية للدولة على بسط نفوذها وأحكام سيطرتها داخل حدودها الإقليمية وتأكيد الذات في المجال الدولي بشكل حر<sup>(1)</sup>.

## المقصد الثاني

### قوانين البوليس العام

#### 43- الجنسية والموطن معيارين للإنسان يتحدد بهما سكان الدولة:

ينتمي السكان الخاضعون لقانون الدولة إلى فئتين متميزتين: المواطنين والأجانب. والأوائل هم الرعايا الذين اكتسبوا هذه الصفة بالنسب أو التجنس. وهم لا يفقدونها في الواقع إن هم غادروا إقليم الدولة. والآخرين يخضعون بالعكس، لقانون الدولة بصفتهم مقيمين، مؤقتين أو دائمين. إن سكان الدولة يتألفون إذن من نواة ثابتة تضم المواطنين وحلقة متحركة إلى حد ما تضم الأجانب الذين يمكن إن بقوا مقيمين لمدة طويلة، أن يكتسبوا الجنسية لأنفسهم وللمنحدرين منهم. وضمن بعض الشروط السياسية والنفسية، يمكن اعتبار أهمية السكان الأجانب مصدراً لمشكلة في الجدل العام. ومع ذلك فإن تقوية المبادلات الاقتصادية والثقافية تجعل من المحتم تدفق الهجرة ذات البعد القاري. وتعد حرية الإقامة في المجال الأوروبي، من جهة أخرى، مبدأ أساسياً كرسته معاهدة (1957)، كما أن التحركات السكانية سهلتها الاتفاقيات التي تنظمها بمهنة<sup>(2)</sup>.

#### 44- نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري (المباشر):

جرى التعبير عن القواعد ذات التطبيق الضروري بمسميات مختلفة في فقه القانون الدولي الخاص، ومنها قواعد البوليس والأمن، والقواعد فورية التطبيق، وقواعد النظام العام الوقائي والتوجيهي، وغيرها من التسميات<sup>(3)</sup>.

ويقصد منها القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني أو بمعنى آخر القواعد التي تحمي المصلحة العامة وهي تلك القواعد التي تهدف إلى إقامة النظام العام على إقليم

(1) د. محمد طه بدوي، مدخل إلى علم العلاقات الدولية، دار النهضة العربية، بيروت، 1972، ص 66.

(2) لاحظ: فيليب برو، مرجع سابق، ص 111.

(3) د. يونس محمود كريم النعيمي، القواعد الدولية فورية التطبيق في القانون الوطني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (6)، المجلد (6)، العدد (2)، الجزء (2)، 2021، ص (216 - 241)، ص 221 - 225.

الدولة وتطبيقه داخل حدوده على كل شخص وكل شيء وكل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها ولا تمتد إلى خارج الإقليم الوطني<sup>(1)</sup>.

فالقواعد فورية التطبيق مجموعة من القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني، والتي تبلغ أهميتها لمجتمع الدولة حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، كما يتعين تطبيقها مباشرة من دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص ودون حاجة لأعمال منهج قواعد الإسناد، إذ يحدد نطاق تطبيقها على نحو قاطع ولا تتعلق بالتنظيم السياسي للدولة التي قامت بتشريعتها<sup>(2)</sup>. وهذا يعني أن القواعد فورية التطبيق هي قواعد تسنها دولة المشرع الوطني بهدف تنظيم العلاقات داخلها، وهي تتصف بالصفة الآمرة من غير مرورها بالتنازع مع أي قانون حتى لو اختاره الأطراف، أي دون أعمال قواعد الإسناد<sup>(3)</sup>.

وينطلق مفهوم قواعد البوليس من فكرة أساسية مفادها وجود طائفة من القواعد ذات الصبغة الموضوعية في قانون القاضي تتطلب التطبيق المباشر على الحالات التي تدخل في مجال تطبيقها المحدد سواء نص عليها المشرع الداخلي بشكل صريح أو ضمني، بغض النظر عن تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الأسناد المزدوجة، وبصرف النظر عن انتمائها للقانون العام أو للقانون الخاص، وأياً كانت طبيعة العلاقات التي تدخل في مجال سريانها، داخلية أم دولية<sup>(4)</sup>.

والأصل بالنسبة لقواعد القانون العام أن تطبق تطبيقاً إقليمياً مطلقاً لأنها تتعلق بالنظام العام ولا تقبل مزاحمة القوانين الأجنبية داخل إقليم الدولة انطلاقاً من فكرة السيادة، ولأن القانون العام ينظم العلاقات التي تدخل فيها الدولة طرفاً بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة في المجتمع، خاصة قانون العقوبات، فالتجريم والعقاب من أهم الأمور التي تمس سيادة الدولة وسلامتها مما يجب تطبيق قانون العقوبات تطبيقاً إقليمياً على كل الوقائع

(1) لاحظ: د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 27.

(2) د. عكاشة عبدالعال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 534.

(3) د. يونس محمود كريم النعيمي، مرجع سابق، ص 221.

(4) د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 298.

التي تقع في إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية الذين يرتكبونها، أي سواء أكانوا من الوطنيين أم من الأجانب<sup>(1)</sup>. وتطبيقاً لذلك أخذ قانون العقوبات العراقي كأصل بمبدأ إقليمية القوانين، بموجب حكم المادة (6) منه، والتي قضت بأنه ((تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق...)).

وأهم ما يلاحظ على قوانين البوليس العام أنه يتميز بكونها قواعد ذو تطبيق مكاني، أي أن نطاق اختصاصها وتطبيقها مكاني بذاتها دون الحاجة لقاعدة الإسناد التقليدية<sup>(2)</sup>.

#### 45- القانون الدولي والقانون العالمي والجغرافية القانونية:

تهتم الجغرافية القانونية بالتمييز بين القانون الدولي والقانون العالمي، لكن هل ثمة فرق بينهما؟ إن كل من القانون الدولي (International Law) والقانون العالمي (Global Law) هما مصطلحان يستخدمان لوصف نظام قانوني غير محلي، اكتسب صفة الشمولية على مستوى دول العالم، لما يتضمنه من المبادئ التي تنظم العلاقات بين الدول والمجتمع الدولي بشكل عام. وعلى الرغم من التشابه في المفهوم، إلا أن هناك بعض الاختلافات الرئيسية بينهما، نلخصها فيما يأتي:

##### القانون الدولي:

- يشير إلى النظام القانوني الذي ينظم العلاقات بين الدول والهيئات الدولية.
- يتألف من مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات والمبادئ التي تم الاتفاق عليها وتطبيقها بين الدول.
- يحكم التصرفات والتفاعلات بين الدول في مجالات مثل حقوق الإنسان، وحقوق اللاجئين، وحقوق البحار، وحقوق الحرب، وحقوق التجارة الدولية، وغيرها.
- يعتمد على مفهوم السيادة الوطنية وحكم القانون الدولي على الاتفاقيات القانونية بين الدول.

##### القانون العالمي:

- يشير إلى النظام القانوني الذي يتعلق بالمسائل والقضايا ذات الأبعاد العالمية

(1) د. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 204.

(2) د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (40)، 1984، ص 187.

والتحديات التي تواجه البشرية بشكل عام.

- يعتمد على مجموعة من المبادئ العامة والقيم العالمية التي يتفق عليها مجتمع الأمم والمنظمات الدولية.
- يتناول قضايا مثل التغيرات المناخية، وحقوق الإنسان على المستوى العالمي، ومكافحة الإرهاب، وحقوق الأطفال، وحقوق المرأة، وغيرها.
- يعمل على تعزيز المسؤولية العالمية والتعاون الدولي في مواجهة التحديات العابرة للحدود.

باختصار، القانون الدولي يركز على التفاعلات القانونية بين الدول، بينما القانون العالمي يركز على القضايا والتحديات ذات الأبعاد العالمية ويعتمد على المبادئ العالمية المشتركة، لا سيما الدول المتقدمة التي أسست قوانينها قواعد متينة لنهج عالمي معروف وإن كان غير محدد كالتحديد الذي يحاط به القانون الدولي نظراً لضبط مصادره وتعيينها. عليه فإن القانون الدولي محدد المعالم عبر مصادره الراسمة لنطاقه، لكن القانون العالمي غير محدد المعالم، لعدم تحديد مصادره، بل يعتمد في الغالب على المبادئ القانونية التي رسختها الأمم المتمدنة<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### أهمية تحديد الملامح العامة على المستوى الداخلي

#### 46- المكان نقطة التقاء القانون بالجغرافية:

لا شك أن هناك صلة تأثير وتأثر بين الجغرافية والقانون، لذا ينبغي اهتمام الجغرافيين بالقانون تأسيساً على أن اختصاصهم يتجه نحو اكتشاف العلاقات المختلفة بين الأقاليم الجغرافية، فالقانون ظاهرة اجتماعية، ومن ثم إتاحة دراسة القانون بوصفه نشاط بشري يتأثر بالمكان، وفي المقابل لا يمكن التغاضي عن تأثير القانون على الأشخاص وعلى المكان، فهو ينشأ من خلال الصلة المتبادلة بين الجماعة البشرية والمكان. كما أن الأنظمة القانونية غالباً ما تستند إلى ترسيم حدود مكانية، كحدود سريان القانون وولاية المحاكم

(1) لاحظ في المعنى ذاته: د. عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 27. وللنص، لاحظ:

Carl Landauer, Regionalism, Geography, and the International Legal Imagination, Chicago Journal of International Law, Volume 11, Number 2, 2011, p. 557 - 595.

وغيرها، ومن هنا تكمن أهمية تحديد الملاح العامة للجغرافية القانونية على المستوى الداخلي، وتظهر ذلك جلياً في تأثير الجغرافية القانونية في صناعة التشريع، من جهة، وتأثيرها - أي الجغرافية القانونية - بالفكر المهيمن على الأفراد، وهو ما سوف نخصص لبيانها الفرعين الآتيين، وكما يأتي:

## الفرع الأول

### الجغرافية القانونية وتأثيرها في صناعة التشريع

#### 47- الجغرافية القانونية وأصول الصناعة التشريعية:

تؤثر الجغرافية القانونية بصورة واضحة في صناعة التشريع، وهذا التأثير يجب أخذه بنظر الاعتبار بغية تطوير القانون وتحقيق الغاية منه، ويلاحظ ذلك من تأثير العوامل الجغرافية على العملية التشريعية، الأمر الذي يستلزم تقسيم هذا الفرع إلى مقصدين، نبين في أولهما، تأثير العوامل الجغرافية في التشريع في ذاته، ونبين في المقصد الثاني تأثير العوامل الجغرافية في وضع التشريع موضع التطبيق.

## المقصد الأول

### تأثير العوامل الجغرافية في التشريع

#### 48- تحديد العوامل الجغرافية:

هناك عوامل جغرافية طبيعية كالمناخ، وأخرى بشرية كالتركيبة السكانية، تؤثر في التشريع، يمكن القول بأنها عوامل جيوقانونية ينبغي على المشرع والقاضي والباحثين القانونيين أخذها بنظر الاعتبار، وتقسم هذه العوامل الجيوقانونية إلى مجموعتين رئيسيتين، وهما:

#### 49- أولاً - العوامل الجغرافية البشرية المؤثرة في التشريع:

يعد الفكر المهيمن على الأفراد من أهم العوامل الجغرافية البشرية المؤثرة في التشريع، إذ أن له أثر في الحيّز الجغرافي لسريان القانون، ويكمن هذا الأثر في العرف والتقاليد، ومعتقدات السكان والأخلاق والدين والنظام العام والآداب العامة، وتتناولها في الآتي:

#### أ - العرف والتقاليد:

يقصد بالعرف مجموعة من القواعد غير المكتوبة الناشئة من سلوك الأفراد المطرد في



مسألة معينة مع اعتقادهم إلزامية هذا السلوك، وبهذا المعنى يعتبر العرف أقدم مصادر القانون في المجتمع الإنساني، لأنه الطريق الطبيعي لإنشاء القواعد القانونية التي يحتاج إليها، والتي تنبع من شعور الأفراد وتتطور بتطوره، فتتلاءم مع أفكاره ووسائله في الحياة، دون حاجة إلى تدخل من السلطات<sup>(1)</sup>.

ولا يزال العرف المصدر الأول للقانون في بعض الدول، ويتعادل مع التشريع في دول أخرى، ولكنه في يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع في غالبية دول العالم، ومنها العراق، حيث نصت الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي، على أنه ((إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف...)).

ويستند العرف في تكوينه إلى ركنين مادي ومعنوي، ويتمثل الركن المادي في اعتياد الأفراد على سلوك معين في مسألة معينة، أو هو عادة درج عليها الناس مدة طويلة في تنظيم أمر معين، وقوام العادة التي يتكون منها الركن المادي للعرف تكرر أمر معين على وتيرة واحدة ويشترط فيها أن تكون عامة وقديمة وثابتة، أما الركن المعنوي فهو الاعتقاد بلزوم تلك العادة قانوناً، وهذا الركن هو الذي يميز العادة التي تكون عرفاً عن غيرها من العادات<sup>(2)</sup>.

#### ب - معتقدات السكان:

يقصد بمعتقدات السكان (Population Beliefs) مجموعة الأفكار التي وافق عليها أفراد جماعة معينة واقتنعوا بها، ومن خلال تلك المعتقدات يميز الفرد بين الخطأ والصواب في تصرفاته وأفعاله، وتسهم معتقدات السكان في تشكيل ثقافة أو التزام معين لديهم.

#### ج - الأخلاق:

يراد بقواعد الأخلاق مجموعة المبادئ والمعايير التي تضبط سلوك الإنسان وتسمو به نحو الكمال، وفقاً لما استقر في ضمير المجتمع مع معنى الخير والشر، ويلتزم الكافة باحترامها، وبناء على ذلك كان ينبغي أن يتحدد مجال أعمال كل من القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية، فيعاقب القانون من ينتهك قواعد الأخلاق أو يؤذي شعور الجماعة<sup>(3)</sup>.

(1) لاحظ: د. إبراهيم أبو الليل ود. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، مطابع مقهوي، الكويت، 1986، ص 90.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 1، المدخل للعلوم القانونية، ط 7، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2019، ص 225 - 226.

(3) لاحظ: د. إبراهيم أبو الليل ود. محمد الألفي، مرجع سابق، ص 17.

وتصور النظرية الحديثة دائرة القانون جزءاً من دائرة الأخلاق ينمو ويتسع كلما زاد إحساس المجتمع بأن اتباع قاعدة خلقية معينة ضروري لخير المجتمع، لأنه عندئذٍ يشعر بالحاجة إلى تدعيم هذه القاعدة ورفعها من مرتبة الأخلاق إلى مرتبة القانون عن طريق تشريعها وفرض جزاء يكفل احترامها، وهكذا نشهد بين الأخلاق والقانون حركة تحول مستمرة تجعل القانون يتمشى مع المجتمع في تطوره<sup>(1)</sup>. والمثال على ذلك، أن القاعدة الخلقية تفرض على رب العمل أن يعوض العامل عما يلحقه من إصابات بسبب العمل ولو لم تكن الإصابة راجعة إلى خطأ رب العمل، وقد رفع المشرع هذه القاعدة إلى مرتبة القاعدة القانونية وجعلها ملزمة بالنص عليها في القانون.

وإذا كان القانون ينظم كثيراً من العلاقات التي يبدو أنها بطبيعتها لا تمت إلى الأخلاق بصلة، كما هو الشأن في قوانين المرور، وما تقضي به مثلاً من وجوب السير على اليمين أو تخصيص بعض الطرق للسير فيها باتجاه واحد، فإنه إنما يفعل ذلك نظراً لما يراه في تنظيمها من خير للمجتمع، ويتعين النظر إلى هذه القواعد مرتبطة بالحكمة التشريعية التي أملتتها، فيتضح حينئذٍ أن قواعد الأخلاق تؤيدها لأنها تقضي باحترام كل نظام من شأنه منع وقوع الحوادث الضارة<sup>(2)</sup>.

وتستمد القاعدة الأخلاقية من الأفكار المستقرة في شعور الأفراد وضمير الجماعة، سواء أكان مصدرها الاعتقاد الديني أم كان مصدرها مناهج الفلاسفة ومقاييسهم لضبط سلوك البشر<sup>(3)</sup>.

وأياً ما تكون درجة الاختلاف بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية، فمن المسلم به أن القانون لا يرقى إلى مرتبة الحضارة والتمدن إلا بمقدار ما يتأثر به من مبادئ الأخلاق، ولهذا تحرص المجتمعات الراقية على تقنين ما تراه مناسباً من قواعد الأخلاق حتى يكون لدى الفرد وازع من نفسه يجبره على احترام القانون<sup>(4)</sup>. وفي هذا الصدد، تنص المادة (29/أولاً) من الدستور العراقي لسنة 2005، على أن ((أ - الأسرة أساس المجتمع،

(1) لاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص 47.

(2) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص 47.

(3) لاحظ: د. إبراهيم أبو الليل ود. محمد الألفي، مرجع سابق، ص 18.

(4) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص 19 - 20.

وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية)).

#### د - الدين:

يقصد بالدين جملة المعتقدات والتعاليم والأحكام التي شرعها الله للناس، ابتغاء صلاحهم في الدنيا وفلاحهم في الآخرة، وبشر من يتبعها بحسن الثواب، وأنذر من يخالفها بسوء العقاب<sup>(1)</sup>، وقد عرف الإنسان الدين قبل أن يعرف القانون، بل أن قواعد القانون الأولى كانت في بدء نشأتها قواعد دينية، وكان القانون في كل مجتمع ينشأ معتمداً على الدين ممتزجاً به<sup>(2)</sup>.

الدين أوسع نطاقاً من القانون، إذ يدخل في مضمونه قواعد العبادات وقواعد الأخلاق وقواعد المعاملات، بينما يقتصر القانون أساساً على قواعد المعاملات<sup>(3)</sup>. كما أن غاية الدين مثالية، إذ يهدف إلى تربية الإنسان الكامل الطاهر، أما القانون فغاياته واقعية نفعية، فهو يهدف أساساً إلى المحافظة على النظام في المجتمع وتحقيق العدل والمساواة بين الناس، ولهذا لا تمتد قواعده إلى أعماق النفس الإنسانية، ويقتصر على ما يطفو على السطح في صورة مادية ملموسة، وحين يعتد القانون بالنوايا والمقاصد فإن ذلك يكون بالقدر الذي كشف عنه المسلك المادي للشخص<sup>(4)</sup>، فعلى سبيل المثال، ما يحث عليه الدين من احترام الوقت، انتقل إلى الممارسات الموجودة في مجتمع معين بخصوص العمل واحترامه.

وقد تكون القاعدة القانونية التي يضعها المشرع مستمدة من قاعدة دينية، ومن هنا انقسمت القواعد التي تحكم المجتمع إلى قواعد قانونية ذات طابع ديني، وقواعد قانونية خالية من الصبغة الدينية.

#### هـ - النظام العام:

إن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، فهي مجموعة القواعد القانونية التي

(1) لاحظ: د. إبراهيم أبو الليل ود. محمد الألفي، مرجع سابق، ص 20.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 250.

(3) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص 42.

(4) لاحظ المرجع السابق نفسه، ص 43.

تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية<sup>(1)</sup>.

ولم يعرف المشرع العراقي النظام العام، ولكنه قرب فكرته إلى الأذهان من خلال إيراد بعض المسائل التي تعد من النظام العام، حيث تنص الفقرة (2) من المادة (130) من القانون المدني العراقي، على أنه ((ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)).

كما قضت المادة (38) من الدستور العراقي لسنة 2005، بأن الدولة تكفل حرية التعبير عن الرأي وحرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي، ولكن بما لا يخل بالنظام العام والآداب.

وترجع صعوبة تعريف النظام العام تعريفاً دقيقاً إلى أن فكرته مرنة، غير محدودة، تتغير وفقاً للزمان والمكان، وتختلف تبعاً للمذاهب والنظريات، وتشكل حسب الغرض الذي من أجله يراد تحديدها<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ تغير النظام العام بتغير المكان، فعلى سبيل المثال، بخصوص موضوع الميراث، يعتبر من النظام العام في العراق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وفي فرنسا قاعدة المساواة بين أقارب الجهة الواحدة إذا تساوا في درجة القرابة، وفي إنكلترا قاعدة تفضيل الأكبر<sup>(3)</sup>.

#### و- الآداب العامة:

إن الآداب في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية<sup>(4)</sup>.

(1) المرجع السابق نفسه، ص 95.

(2) د لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص 95.

(3) نقلاً عن: نايف بن محمد أبا الخليل، أحكام الإرث في الإسلام والقانون الإنكليزي، دراسة مقارنة، جامعة الملك سعود، بلا سنة نشر، ص 3576.

(4) د. سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص 100.

ومن تطبيقات الآداب العامة، بطلان العقد إذا كان محل الالتزام مخالفاً للآداب بموجب الفقرة (1) من المادة (130) من القانون المدني العراقي، وكذلك بطلان العقد إذا التزم المتعاقد لسبب مخالف للآداب بموجب حكم الفقرة (1) من المادة (132) من القانون ذاته.

### 50- ثانياً - العوامل الجغرافية الطبيعية المؤثرة في التشريع:

#### أ - تضاريس الأرض، وموقع الدولة الجغرافي:

يقصد بالتضاريس، أشكال سطح الأرض وتفاوتها في ارتفاعها ودرجة ميلانها ونمط تسطحها، كالتضاريس الوعرة، والجبلية، والساحلية، واللتوائية وغيرها<sup>(1)</sup>. أما موقع الدولة الجغرافي، فهو أهم عنصر طبيعي في مكونات الدولة الطبيعية، وتقسم دراسة الموقع الجغرافي للدول إلى دراسة الموقع الفلكي، ودراسة الموقع بالنسبة للماء واليابسة، ودراسة الموقع بالنسبة لدول الجوار، وأهمية الموقع الاستراتيجية. وتكمن أهمية دراسة الموقع الجغرافي للدولة في إبراز القيمة الفعلية لهذا الموقع لأهميته في تحديد شخصية الدولة وتوجيه سياستها الخارجية وتحديد مصالحتها الحيوية، كما يؤثر في قراراتها السياسية والاقتصادية والعسكرية وغيرها، ويؤثر أيضاً في السياسة التشريعية للدولة المعنية.

ولا شك أن التضاريس وموقع الدولة الجغرافي يؤثر كثيراً في التشريع وتوجهات المشرع، فعلى سبيل المثال، بسبب جغرافية الدول المطلة على البحر نشأ وتطور قانون البحار، بينما لم نجد هذا التطور في دول أخرى لا تطل على البحار. كما أن الدول ذات التضاريس المعقدة التي لا تصلح معظم أراضيها للزراعة، لا نجد فيها تشريعات مخصصة لتنظيم الزراعة، بخلاف الدول التي تمتلك مساحات كبيرة من الأراضي الزراعية، كما هو الحال بخصوص تشريع القوانين الزراعية في العراق، ومنها قانون الإصلاح الزراعي رقم (117) لسنة 1970 المعدل.

#### ب - أثر المناخ في تنفيذ عقود المقاولات:

لا شك أن المناخ يلعب دوراً كبيراً في تنفيذ بعض العقود، وفي مقدمة هذه العقود، عقود مقاولات البناء والإنشاءات، وقد عرفت المادة (864) من القانون المدني العراقي،

(1) د. الهادي المثلوثي وآخرين، قاموس الجغرافية، ط1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 2004، ص73.

عقد المقاوله بأنه ((عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)).

تنص المادة (868) من القانون المدني العراقي، على أنه ((إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازهِ تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم)).

ومن الظروف المناخية التي تؤثر في إنجاز أعمال المقاوله، تساقط الأمطار، حيث تؤدي إلى صعوبة القيام ببعض الأعمال الهندسية كصب الخرسانة. كما أن بعض الظواهر المناخية، كحدوث الفيضانات والأمطار الغزيرة غير المألوفة أو الزلازل تحول دون الاستمرار في أعمال المقاوله.

### ج - أثر الحرارة في الإجرام:

إن تعاقب فصول السنة وتقلبات الطقس ودرجات الحرارة عوامل جغرافية طبيعية، ولكنها أيضاً له تأثير بالظاهرة الإجرامية، لذلك اهتم الباحثون في علم الإجرام بالبحث في صلة هذه الظواهر الجغرافية<sup>(1)</sup>، وفي مقدمتها درجات الحرارة، في الإجرام، ومن هؤلاء، العالم البلجيكي (كتيليه) والعالم الفرنسي (جيرري) وتمكنا من صياغة الصلة المذكورة في ثابت تمت تسميته بـ (القانون الحراري للإجرام)، وجوهر هذا القانون هو ارتباط نوع ومعدل الإجرام بالحرارة، فحيث تزداد درجات الحرارة، سواء من حيث المكان (في المناطق الحارة) أو من حيث الزمان (في فصل الصيف) تزداد جرائم الأشخاص وتقل جرائم الأموال، والعكس صحيح، فعندما تنخفض درجات الحرارة، سواء من حيث المكان (في المناطق الباردة) أو من حيث الزمان (في فصل الشتاء) تزداد جرائم الأموال وتقل جرائم الأشخاص، وفي التفسير العلمي لهذا القانون، وضعت ثلاثة نظريات، وهي<sup>(2)</sup>:

(1) كما أن جغرافية الجريمة أصبحت تخصصاً فرعياً للجغرافية استناداً على نظام المعلومات الجغرافية والتكنولوجيا الجغرافية المكانية، لاحظ:

Michael Leitner, Philip Glasner, and Ourania Kounadi, *Criminological Theory, Geography of Crime Online Publication Date: Feb 2018 DOI: 10.1093/acrefore/9780190264079.013.325.*

(2) لاحظ: د. فوزية عبدالستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، بيروت، 1985،



1 - النظرية الطبيعية لتفسير جرائم الاعتداء على الأشخاص التي تكثر في فصل الصيف، وتذهب هذه النظرية إلى أن ارتفاع درجة الحرارة يزيد من نشاط وحيوية الإنسان الأمر الذي يجعله سريع الاستثارة وعنف وحدة ردود أفعاله فيكون متوتر الأعصاب وضعيف الإرادة وضعيف القدرة على مقاومة عواطفه فتكثر لديه جرائم العنف.

2 - النظرية الاجتماعية لتفسير جرائم الاعتداء على الأموال التي تكثر في فصل الشتاء، حيث أن متطلبات الناس فيه، من غذاء وكساء وغيرها، تكون أكثر منها في فصل الصيف، ويكون هذا دافعاً لارتكاب جرائم الأموال.

3 - النظرية الفسيولوجية النفسية لتفسير جرائم الاعتداء على العرض التي تكثر في فصل الربيع، وتقضي بأن الفصل المذكور يقابله تفتح في الغريزة الجنسية لدى الإنسان، لأن وظائف الجسم تصل إلى أقصى حدتها في هذا الفصل وتستمر حتى بداية فصل الصيف، وهذا هو ما يفسر ارتفاع معدل الجرائم الجنسية في فصل الربيع وحدوث معظم حالات الحمل في الفصل المذكور.

#### د - صلة الظواهر الطبيعية بالقوة القاهرة:

يقصد بالقوة القاهرة أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالتزام، والحوادث التي يغلب عدم إمكان توقعها أو تفاديها كالصواعق والعواصف يمكن اعتبارها قوة القاهرة إلى أن يثبت المدعي أنه كان في وسع المدعى عليه توقعها أو تفاديها وأن ذلك كان واجباً عليه في الظروف التي حدثت فيها، ومتى ثبت لدى المحكمة أن الحادث راجع إلى القوة القاهرة وحدها، فلا يكون للمتضرر مطالبة المدعى عليه الذي استند إليه وقوع الحادث ولا المسؤول مدينياً عن فعله بتعويض الأضرار التي ألحقها به الحادث<sup>(1)</sup>.

وتنص المادة (211) من القانون المدني العراقي، على أنه ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة...

←

ص 157 وما بعدها؛ د. فتوح عبدالله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 194.

(1) لاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، أحكام عامة، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2019، ص 288.

كان غير ملزم بالضممان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)).

#### ه- صلة الظواهر الطبيعية بالواقعة القانونية:

إن الواقعة القانونية هي أمر يحدث فيرتب القانون عليه أثراً، وهذا الأثر إما أن يكون نشوء حق جديد، وإما أن يكون انقضاء حق قائم أو انتقاله من شخص إلى آخر، وفي الحالة الأولى تعتبر الواقعة القانونية مصدراً للحق، وفي الثانية تعتبر طريقاً لانقضاء الحق أو لانتقاله. وتقسم الوقائع القانونية بدورها إلى وقائع قانونية تحدث بفعل الطبيعة (وقائع طبيعية) وأخرى بفعل الإنسان (وقائع اختيارية)<sup>(1)</sup>.

إذن، يقصد بالوقائع الطبيعية، الوقائع التي تحدث دون أن يكون للإنسان أي دخل في حدوثها، كفيضان نهر أو هبوب العواصف والصواعق والبراكين والزلازل، وكل ذلك من الظواهر الجغرافية الطبيعية، فإذا بلغت هذه الحوادث، على سبيل المثال، حداً يجعل وفاء المدين بالتزامه مستحيلاً، رتب القانون عليها انقضاء الالتزام لاستحالة الوفاء به<sup>(2)</sup>.

### المقصد الثاني

#### تأثير العوامل الجغرافية في وضع التشريع موضع التطبيق

##### 51- الجغرافية القانونية تتحرى التطبيق السليم للقانون:

إن نجاح القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية يتوقف إلى درجة كبيرة على مراعاة الشعور العام السائد في المجتمع، واحترام العقائد والتعاليم المتأصلة في النفوس، ليشعر الفرد بوازع قوي يدفعه إلى احترام القانون عن قناعة ورضا<sup>(3)</sup>. فعلى سبيل المثال، توجه ظاهرة زيادة السكان المشرع إلى وضع قواعد من شأنها تحديد النسل، أو قواعد من شأنها الحد من اكتساب الأجانب جنسية الدولة المعنية، بينما تدفعه ظاهرة نقص السكان إلى وضع قواعد مغايرة تستهدف تشجيع النسل، أو تسهيل اكتساب جنسية تلك الدولة<sup>(4)</sup>.

(1) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص 481.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 482.

(3) لاحظ: د. إبراهيم أبو الليل ود. محمد الألفي، مرجع سابق، ص 21.

(4) لاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص 50.



وظاهرة ارتفاع نسبة الطلاق في المجتمع تحفز المشرع على التدخل للحد من استعمال حق الطلاق بوضع القيود التي تحول دون التعسف في استعماله. وظاهرة الإحجام عن الزواج قد تؤدي بالمشرع أن يتدخل لتشجيع الإقدام عليه بفرض ضرائب عالية على غير المتزوجين ومنح علاوات أو مزايا أخرى، تشجع على الزواج كإعطاء الأولوية في الحصول على السكن أو غيرها<sup>(1)</sup>.

كذلك، فإن الحاجة إلى الأيدي العاملة، نتيجة نقصانها في الدولة المعنية، يؤدي بالمشرع إلى تشجيع استقدام الأيدي العاملة الأجنبية وتسهيل دخولهم إليها، أما في حالة توفر أيدي عاملة وطنية والخوف من منافسة الأيدي العاملة الأجنبية معها يؤدي إلى توجه المشرع إلى عكس ذلك.

## 52- الجغرافية القانونية والعامل القانوني الجغرافي:

غالباً ما يحصر العلماء والباحثون عوامل التأثير في الأحكام إلى عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية، ويحصرون العوامل الأخرى ويدمجونها في أحد هذه العوامل، لكننا نرى أن هناك ذاتية مستقلة لكل من العامل القانوني والعامل الجغرافي. فالعامل القانوني يساهم بقوة في تكوين الأحكام والأفكار، ليس في مجال علم القانون فحسب، بل حتى في نطاق العلوم الأخرى، فالبطالة - مثلاً - وهي حالة اقتصادية، محضة أو غير محضة، مثلما تعود لعوامل اقتصادية، وأحياناً اجتماعية، وربما في بعض الأحيان ترجع لعامل سياسي، وقد يكون مردها بالأساس إلى عامل قانوني يتمثل في سوء التنظيم القانوني للعلاقة بين العامل وصاحب العمل، أو عدم كفاية التشريعات اللازمة لحماية العامل، أو عدم وجود قواعد قانونية تحمي المنظومة الاجتماعية من البطالة، وقد يكون العامل القانوني هو الأقوى في ظهور الحالة، وقد تصل قوته إلى اكتساب تلك الحالة طابعاً قانونياً، بعدما كانت تكتسي طابعاً آخر. ومثلما يبرز العامل القانوني في كثير من الحالات التي لا تكون منذ البدء ذات طابع قانوني، فهو بارز في الحالات القانونية من باب أولى، فمثلاً عزوف الكثير عن شراء الحصص الشائعة، عبارة عن حالة قانونية، مردها إلى عامل قانوني، قد يتمثل في الأثر الرجعي لقسمة المال الشائع أو المشاكل الناجمة عن حالة الشروع<sup>(2)</sup>، وكذلك عزوف

(1) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 50.

(2) لاحظ: د. هيو إبراهيم قادر الحيدري، التصرف في المال الشائع، دراسة مقارنة، منشورات زين

البعض عن تسجيل معاملاتهم في الدوائر الرسمية المختصة، قد يكون مرده إلى عامل قانوني سببه التعقيد والعرقلة في إجراءات التسجيل. كما أن سن العديد من القوانين أو تعديلها أو إلغائها، يعد عاملاً قانونياً لكثير من الحالات، قانونية كانت أو غير قانونية، كما أن الدخول في معاهدة أو الانسحاب منها، كفيل بتغيير الكثير من الحالات، قانونية كانت أو غير قانونية. عليه يجب أن يكون للعامل القانوني بعد استقلالي عن العوامل الأخرى، إذ يجب أن لا يكون مختلطاً بعوامل أخرى<sup>(1)</sup>.

كما أن للعامل الجغرافي ذاتيته، إذ لا يجوز صهره بالعامل الاجتماعي، عندما تكون الجغرافية بشرية، أو بالعامل الاقتصادي عندما تكون الجغرافية اقتصادية، أو بالعامل السياسي عندما تكون الجغرافية سياسية، بل يجب أن يكون هذا العامل مستقلاً بذاته، ويمكن إضافة وصف آخر إلى وصف الجغرافي إذا اختلط بالعامل الجغرافي عامل آخر اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي، ويصدق هذا الأمر إذا اختلط العامل القانوني بالعامل الجغرافي فيكون عاملاً قانونياً جغرافية في آن واحد، كتغيير معيار إحصاء السكان بين الموطن والجنسية، أو استثناء بعض المناطق المكانية من تطبيق القاعدة القانونية لظروف جغرافية، أو تفضيل حل تشريعي وارد في قانون أجنبي على حل تشريعي وارد في قانون أجنبي آخر لتوافق الظروف الجغرافية، أو تقليل ساعات العمل في الشتاء لقصر فترة النهار قياساً إلى الليل، أو تعطيل الحياة اليومية لسوء الطقس وتأجيل احتساب المواعيد القانونية، أو عده ظرفاً جغرافية معيناً، كالفيضانات أو الزلازل أو العواصف أو تراكم الثلوج، من قبيل القوة القاهرة التي تقضي التزام المدين، أو حادث استثنائي عام يخفف من التزاماته.

## الفرع الثاني

### الجغرافية القانونية وتأثرها بالفكر المهيمن على الأفراد

#### 53- الفكر المهيمن على الأفراد حالة لعلم الجغرافية القانونية:

الفكر المهيمن على الأفراد هو مجموعة مختلطة من العقائد والأحكام والمبادئ

←

الحقوقية، بيروت، 2015، ص 11 - 12.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، قاعدة نصل أوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص 154.

تسيطر على العقلية العامة في المجتمع، لدرجة أن لا أحد يجرؤ على انتقادها أو يعمل على تغيير مسارها، وتستقى عادةً من الدين، وتكون ذات تأثير قوي على المجتمع ككل، وهي قد تساهم بشكل أو بآخر في تخلف المجتمع وعدم تطوره، ما لم تقم ثورة فكرية حضارية ضدها، وأحياناً تأخذ منحى إيجابياً في التعامل وإشاعة الأخلاقيات الفاضلة، كالكرم والشجاعة والتفاني من أجل الآخرين، وهي وإن كانت ملزمة للأفراد كالعرف، لكن المختلف بين العقيدة الناجمة من الفكر المهيمن على الأفراد والعرف، أن مصدر العرف هو التكرار والاعتقاد بالزامية المكرر، في حين مصدر الإلزام في الفكر المهيمن على الأفراد أحكام الدين أو الغيبات أو الأمور الروحانية. وهي في النهاية لا تقبل التدوين بتشريع، وإن كان العديد من مصادر هذا الفكر الذي يسيطر على عقول البشر مدوناً في كتب أو لوائح مقدسة<sup>(1)</sup>.

لا شك أن الجغرافية القانونية تتأثر بالفكر المهيمن على الأفراد، وذلك ناجم من العقيدة السكانية، وكذلك يتجسد في عملية تكوين الأنماط القانونية، وهو ما سوف نخصص لكل منهما مقصداً مستقلاً، وعلى الوجه الآتي:

## المقصد الأول

### العقيدة السكانية

#### 54- تشكُّل العقيدة السكانية:

إن الأفراد الذين تختص الدولة بشؤونهم هم أولئك الذين يخضعون لها قانونياً. وكما كتب هانز كلسن، فإن مسألة معرفة ما إذا كان فرد ما يتبع لدولة معينة، ليست مسألة نفسية، مسألة مشاعر؛ وإنما هي مسألة قانونية. ومن غير الممكن إيجاد مبدأ وحدة البشر الذين يُشكلون شعب دولة ما، في واقع أن نظاماً قانونياً واحداً هو بنفسه الذي يُطبق على كل هؤلاء البشر، ويُنظم سلوكهم. إن شعب الدولة هو ميدان سريان المفعول الشخصي للنظام القانوني للدولة<sup>(2)</sup>.

ولا يعرف سكان الدولة فقط بطريقة سلبية، كمجموع الخاضعين لنظام قانوني، وإنما يُعدون، أيضاً من وجهة نظر أخرى ذات بعد رمزي قوي، عنصراً فاعلاً. فالشعب في أغلبية

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، مرجع سابق، ص 84.

(2) لاحظ: فيليب برو، مرجع سابق، ص 111.

الدول الحديثة، يُعْتَبَرُ بالفعل المصدر لكل شرعية دستورية، سواء كان سيداً أم لا، إنّه نوع من كائن جماعي يفترض أنه سابق في وجوده على التنظيم القانوني للمجتمع. إن الشعب يتألف من مواطنين، وهؤلاء يعتبرون كذلك لأنهم يتمتعون فعلياً بحقهم في "المشاركة في الشيء العام": كناخبين بصفة خاصة، وكممثلين منتخبيين أو كموظفي سلطة وقد شكل مفهوم المواطن موضوعاً لعمل سياسي وأيديولوجي معقد يتجه لبناء تمثيلات قيمة لهذه الهوية... وأظهر إيف ديلوي كيف تجابهت، في نهاية القرن التاسع عشر، في فرنسا منظومتان متنافستان النموذج الجمهوري والنموذج الكاثوليكي للمواطنة، وهما يتضمنان قيماً مختلفة، بل متعارضة بشكل غير قابل للاختزال. لقد كانت هوية المواطن وسيلة للتسامي، في المسرح السياسي، على كل عوامل التباين الاقتصادي والمهني، والثقافي وذلك بغية تنشيط شعور الانتماء المشترك والمتساوي للمجموعة الكبرى. وفي الفترات الانتخابية، كانت اللغة السياسية للمرشحين تحتفل بالمواطن الصالح المشهور بأن لديه المعلومات الكافية، وأنه يقظ وحريص على اختبار أفضل الحكام للبلاد والمقصود من ذلك حفز هذا الشعور بتقدير الذات لدى كل ناخب، وهو الأمر الذي يعوّضه واقع إنجازاته لواجبه أو ممارسته لحقه. وغير إضفاء الشرعية على الممثلين في التصويت الشعبي، يتم إضفاء الشرعية ذاتها أيضاً على الدولة كجماعة قومية. وأخيراً، فإن هوية المواطن في الأوضاع التي تتميز بأبعاد انفعالية قوية، الحرب بشكل خاص، أو التهديد بالحرب تتجه للتغلب على جميع الهويات السياسية الأخرى ولاسيما الحزبية التي تحمل لدى البعض نزعة وطنية مانعة لكل اعتبار انتماء آخر<sup>(1)</sup>.

إن وجود عناصر سكانية متنوعة من حيث القوميات والأديان والمذاهب يؤثر بصورة مباشرة في وظيفة التشريع من حيث طبيعة قواعدها وأولوياتها، فطبيعة تركيبة السكان ونمط توزيعها وتوجهاته الفكرية والقومية والدينية ونظراته نحو تحقيق العدالة الاجتماعية وتوزيع الثروات بينها تنعكس على العملية التشريعية.

### 55- القانون والقانون الآخر داخل إقليم الدولة:

في داخل بعض الدول، وعلى الأخص الشرقية، تنشأ بعض المكونات وتحتل موقعاً جغرافية لها، وتطبق أعرافها أو قوانينها الخاصة، إذ قد لا تتمكن الدولة من بسط سلطان

(1) المرجع السابق ذاته، ص 112.

قانونها على هذه المواقع، فيحصل نوع من الصراع والتنازع بين قانون مفروض بأمر الواقع، وقانون آخر مفروض بواقع الأمر، ولا يوجد علم تناول هذه المسألة في ظل علم القانون، ونرى أنها تدخل في نطاق علم الجغرافية القانونية، لما يعتريها من مشكلات حقوقية على القاطنين والخاضعين لسلطة ذلك المكون في داخل المنطقة الجغرافية ضمن حدود الدولة، إذ يكون أمرهم مرتباً بين تطبيق أي قانون على حالاتهم ومعاملاتهم، وكيف يضمنون حقوقهم ويحموها، ومشكلات عديدة لا مجال لسردها في هذا البحث.

## المقصد الثاني

### تكوين الأنماط القانونية

#### 56- مفهوم النمط القانوني:

تعرف الأنماط القانونية بأنها عبارة عن تجمع أشخاص توحدتهم مجموعة من القواعد القانونية تحكم جميع عناصر حياتهم الاجتماعية أو العناصر الرئيسة منها وتجمعهم في غالب الأمر أيضاً نظم قضائية وإدارية مشتركة<sup>(1)</sup>. ويُطلق لفظ النمط القانوني على حالة من التشابه في الأحكام القانونية، ناجم عن مصدر واحد، أو مترسخ بشريعة معينة، يصلح القول فيه أن ثمة عقيدة قانونية واحدة وحدت هذه المجاميع من البشر في بقعة جغرافية قد تكون عابرة للقارات، فترى التشريعات السارية في دولها متشابهة ومنطلقة من فلسفة تشريعية تكاد تكون واحدة.

#### 57- خريطة الأنماط القانونية في العالم:

وبصورة عامة يمكن تقسيم الأنماط القانونية إلى أنماط قديمة لا يوجد لها تطبيق في الواقع الحاضر، وأنماط معاصرة. وتتمثل الأنماط القديمة في النمط الآشوري البابلي، والنمط الروماني، والنمط المصري القديم. أما الأنماط المعاصرة، فتتمثل في النمط الإسلامي، والنمط الأنكلوأميركي، والنمط الفرنسي الجرماني، والنمط الاشتراكي الصيني. ومن ناحية أخرى، يمكن تقسيم الأنماط القانونية وتوزيعها جغرافية، كما يأتي:

- 1 - نمط القانون الآسيوي.
- 2 - نمط القانون الأوروبي.

(1) لاحظ: د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 15.

- 3 - نمط القانون الأميركي البريطاني.
- 4 - نمط القانون الأفريقي.
- 5 - نمط القانون الشرق أوسطي (العربي، التركي، الإيراني).  
ومن ناحية ثالثة، يمكن تقسيم الأنماط القانونية إلى:
  - 1 - قانون الشرق.
  - 2 - قانون الغرب.
  - 3 - قانون الشمال.
  - 4 - قانون الجنوب.



## الخاتمة

### 58- النتائج:

ويمكن إجمالها في النقاط الآتية، كإجابات على فرضيات البحث المعروضة في مقدمة البحث:

أ- لَمَّا كان العرف يختلف زماناً ومكاناً، وكان تاريخ القانون هو المحدد للاختلاف الزمني، فإن علم الجغرافية القانونية هو العلم المهم بتحديد أبعاد اختلافه وتغييره من مجتمع لآخر.

ب- إن استعارة الحلول التشريعية من تشريعات الدول التي وضعت حلولاً مسبقة، قد تفشل في حل المشكلات الواقعية، على الرغم من أنها ناجعة في مجتمعات الدول أو الدولة التي استعيرت منها تلكم الحلول، لذا ينبغي الاعتماد على علم الجغرافية القانونية لدراسة العوامل الطبيعية ومدى توافقها بين الواقع الذي تطبق فيه القوانين المستعارة وواقع تطبيق القانون الوطني، بأبعاده البشرية والطبيعية.

ت- إن العوامل المحيطة بسن التشريعات أكثرها عوامل طبيعية، تتصل بالمناخ والطقس وتضاريس الأرض وتركيبية السكان ووضع إقليم الدولة فيما لو كانت بحرية أو حبيسة، فضلاً عن موقعها على خريطة العالم، قربها أو بعدها عن التأثيرات الجيولوجية، كالزلازل، أو البيئية، ريفية أو مدنية، وطبيعة أرضها، زراعية أو صحراوية، وما شاكل ذلك من عوامل، وكل هذا محله علم الجغرافية القانونية.

ث- إن تطبيق القانون يحكمه مبدأي الشخصية والإقليمية، فإن كان من حق الدولة أن تبسط ولايتها على مواطنيها أينما حلوا أو ارتحلوا، فإن سلطتها على إقليمها تحد من المبدأ الأول من جهة وترسخ لعلم يدور في فلكها هو علم الجغرافية القانونية من جهة ثانية.

ج- يفرض علم الجغرافية القانونية قيوداً يبدو في ظاهرها أنها تواجه العدالة التشريعية عند تطبيقها على أرض لا تتكافأ أجزاءها حضارياً، بسبب الاختلافات الطبيعية، لكنها ترسخ هذه العدالة وتدعمها، فليس من السليم تطبيق القانون على الجميع دون مراعاة ظروفهم الجغرافية.

ح- أن قوننة الواقع لا تقتصر على تحويل الظاهرة الاجتماعية إلى ظاهرة قانونية، بل أن الأمر يحتاج إلى إعادة توليد هذه الظاهرة على أرض الواقع لمعرفة مدى انسجامها

وتناسقها مع واقعها بكل متغيراته وأبعاده. وهذا ما تسعى إليه الجغرافية القانونية. خ- لا يكفي في دراساتنا المقارنة أن نقارن فقط بين النصوص والقواعد، وإن كانت هذه هي الطريقة المعتادة في المقارنة بين القوانين حسب علم القانون المقارن، لكن هذه الطريقة لا تعكس حقيقة الأمر وواقعه، بل أننا بحاجة إلى أن تأخذ المقارنة أبعاداً على أرض الواقع، دون الاقتصار على ما تفرزه المحاكم من تطبيقات، بل على أرضية التطبيق ذاتها أيضاً.

د- في الدراسات القانونية العمودية، التي يهتم بها تاريخ القانون، لم تكن العوامل الطبيعية التي أثرت في قوانين الماضي ذاتها التي نعيشها اليوم، كما أن القوانين القديمة في دولٍ أخرى، كانت وليدة ظروف جغرافية مختلفة زماناً ومكاناً عن مجتمعاتنا، حيث ينبغي، على مقتضى علم الجغرافية القانونية، أن نراعي ظروف سنّها، بجانب ظروف تطبيقها، ثم نتساءل عما إذا كان اقتباسها أمراً يتفق مع نظرة الجغرافية القانونية، التي يعود لها كثير من تفسيرات نجاح الاقتباس القانوني للأحكام أو فشله، لاختلاف المتغيرات الجغرافية.

#### 59- المقترحات:

- ويمكن إجمالها في الآتي:
- أ- من المفيد جداً إقرار مادة منهجية في القانون تحت عنوان (الجغرافية القانونية)، لأهميتها في الدراسات القانونية.
- ب- إقرار المادة ذاتها في قسم الجغرافية، جنباً إلى جنب فروع الجغرافية الأخرى، كالجغرافية السياسية والجغرافية الطبيعية، على أن تُبسّط لغة القانون فيها تمهيداً لفهمها.
- ت- إنشاء هيئة لمتابعة مدى نجاعة التشريع على أرض الواقع، تقوم بإجراء دراسات دورية حول التشريعات النافذة ومدى اتساقها مع الظروف الطبيعية والبشرية السائدة في الدول.
- ث- الاعتماد على منطق علم الجغرافية القانونية في اقتباس الأحكام من القوانين الأجنبية.
- ج- الاستفادة من علم الجغرافية القانونية في دراسات العلوم المقاربة له كعلم الاجتماع القانوني وعلم القانون المقارن، للوصول إلى نتائج أكثر دقة لخدمة العملية القانونية.



## المراجع

### أولاً - الكتب القانونية:

- 1- د. إبراهيم أبو الليل ود. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، مطابع مقهوي، الكويت، 1986.
- 2- د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولاً ومنهجاً"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
- 3- د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 4- د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 5- د. آدم وهيب النداوي ود. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بلا.
- 6- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1986.
- 7- د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
- 8- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- 9- دينيس لويس، فكرة القانون، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1981.
- 10- د. سرهنك حميد البرزنجي، الشامل في نظرية الدستور، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2021.
- 11- د. سليمان مرقس، فلسفة القانون، صادر المنشورات الحقوقية، بيروت، (دون ذكر سنة نشر).
- 12- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المدخل للعلوم القانونية، ط7، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2019.
- 13- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، أحكام عامة، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2019.
- 14- د. شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي، منشأة المعارف،

- الإسكندرية، 1964.
- 15- د. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.
- 16- د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، 1968.
- 17- د. عبدالحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 18- د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلو أميركي مع مقدمة عامة في القانون المقارن وعلم الخلاف وأهمية الدراسات المقارنة، (دون ذكر دار نشر)، عمّان، 1991.
- 19- د. عبدالمنعم البدرابي، أصول القانون المدني المقارن، ط2، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1970.
- 20- د. عكاشة عبدالعال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 21- د. فتوح عبدالله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 22- د. فوزية عبدالستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، بيروت، 1985.
- 23- د. كامل فريد، أعلام فلسفة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 24- د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (دون ذكر سنة نشر).
- 25- د. محمد سليمان الأحمد، قاعدة نصل أوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
- 26- د. محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، ط1، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، إقليم كردستان - العراق، 2022.
- 27- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1978.
- 28- د. مؤيد زيدان، علم الاجتماع القانوني، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.

- 29- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978.
- 30- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 31- د. هيو إبراهيم قادر الحيدري، التصرف في المال الشائع، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015.

### ثانياً - البحوث القانونية:

- 1- د. أحمد عبدالكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (40)، 1984، ص 187.
- 2- سامر محي عبد الحمزة، أزمة مدرسة الوضعية القانونية وتحديات الألفية الثالثة، مجلة واسط للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (61)، العدد (14)، 2010، ص (91 - 117).
- 3- د. سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد (12)، العدد (43)، 2010، ص 85 - 109.
- 4- عبدالرسول عبدالرضا جابر، دور الإقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (14)، العدد (2)، 2007، ص (156 - 166).
- 5- د. محمد سليمان الأحمد، القانون بين العلم والفن، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الرابعة، المجلد الرابع، العدد الرابع، ج 1، 2020.
- 6- د. محمد سليمان الأحمد، نجاعة التشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، يصدرها مجلس النواب البحريني، العدد السادس، 2023.
- 7- د. محمد سليمان الأحمد ود. عمر نهاد الموصلي، البعد الفلسفي للقانون بوصفه علماً للهندسة الاجتماعية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية معاصرة، تصدرها كلية الحقوق، جامعة المملكة، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، 2021.
- 8- د. محمد سليمان الأحمد ود. ياسر محمد عبد الله، دور التريبة القانونية في ترسيخ ثقافة اللا عنف، بحث مشارك في المؤتمر العلمي الدولي الأول لكلية القانون بجامعة كركوك، للفترة من 14 - 16 أبريل 2012، بعنوان: "ثقافة العنف واللا عنف في العراق".
- 9- محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات

- القانونية، المجلد (3)، الإصدار (3)، 2021، ص 86 - 103.
- 10- د. مصطفى كامل ياسين، كيف يطبق القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، 1957، منشور عبر مطبعة العاني، بغداد.
- 11- د. نجم عبود مهدي، سيادة الدولة على إقليمها الجوي، دراسة تحليلية في ضوء قواعد القانون الدولي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (2)، المجلد (2)، العدد (1)، الجزء (1)، أيلول، 2018، ص (139 - 165).
- 12- د. يونس محمود كريم النعيمي، القواعد الدولية فورية التطبيق في القانون الوطني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (6)، المجلد (6)، العدد (2)، الجزء (2)، 2021، ص (216 - 241).
- ثالثاً - الكتب السياسية والاجتماعية:
- 1- د. إبراهيم أبو الغار، دراسات في علم الاجتماع القانوني، دار المعارف، القاهرة، 1978.
- 2- د. إحسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، دار وائل للنشر، عمّان، 2008.
- 3- مقدمة ابن خلدون، المجلد الأول، مكتبة لبنان، بيروت، 1992.
- 4- د. صلاح الصاوي، نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، القاهرة، 1992.
- 5- د. عبدالقادر القادري، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف، الرباط، 1984.
- 6- د. فتحي عبدالكريم، الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1984.
- 7- فيليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة: د. محمد عرب صاصيلا، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2014.
- 8- د. محمد طه بدوي، مدخل إلى علم العلاقات الدولية، دار النهضة العربية، بيروت، 1972.
- 9- د. مهدي جابر مهدي، السيادة والتدخل الإنساني، دراسة قانونية سياسية، مطبعة منارة، أربيل، 2004.

## رابعاً - الكتب الجغرافية:

- 1- د. أحمد محمد عبدالعال، الإقليم والإقليمية في الفكر الجغرافي، بلا.
- 2- حسن طه النجم، دراسة في الفكر الجغرافي، عالم الفكر، المجلد الثاني، الكويت، 1971.
- 3- د. علي أحمد هارون، أسس الجغرافية السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
- 4- د. مجيد ملوك السامرائي، الجغرافية وأساليب البحث المعاصر، ط1، دار اليازوري، 2019.
- 5- محمد محمد سطيحة، الجغرافية الإقليمية، مكتبة الخريجي، الرياض، 1987.
- 6- د. الهادي المثلوثي وآخرين، قاموس الجغرافية، ط1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 2004.

## خامساً - المصادر باللغة الإنكليزية:

- 1- Bartel, Robyn, Graham, Nicole, Jackson, Sue, Prior, Jason Hugh, Robinson, Daniel Francis, Sherval, Meg, Williams, Stewart, Legal geography: An Australian perspective, Griffith University, Australia, 2013.
- 2- Carl Landauer, Regionalism, Geography, and the International Legal Imagination, Chicago Journal of International Law, Volume 11, Number 2, 2011.
- 3- Floris de Witte, Legal geography and EU law, DIALOGUE AND DEBATE: SYMPOSIUM ON LEGAL GEOGRAPHY AND EU LAW, Cambridge University Press, European Law Open (2022).
- 4- Luke Bennett and Antonia Layard, Legal Geography: Becoming Spatial Detectives, John Wiley & Sons Ltd, 2015.
- 5- Michael Leitner, Philip Glasner, and Ourania Kounadi, Criminological Theory, Geography of Crime Online Publication Date: Feb 2018 DOI: 10.1093/acrefore/9780190264079.013.325.
- 6- Nicholas Blomley and Joshua Labove, Law and Geography, International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2nd edition, Volume 13, 2001.

## الملخص

بتحديد الملاحم العامة للجغرافية القانونية، تتحدد معالم علم قديم جديد يُضاف إلى قائمة العلوم القانونية، إذ توجد أواصر قوية بين القانون والجغرافية، من حيث تأثير الأخيرة على صفات التشريع المطبق - حسب الأصل - وفقاً للاختصاص الإقليمي، مما يجعل لدراسة البيئة القانونية أهمية في تقويم هذا الاختصاص، كما أن عوامل التأثير في مقارنة القوانين، أغلبها جغرافية، فليس كل قانون أجنبي صالح للأخذ به، إذ لا تتوفر المطابقة بين العوامل الجغرافية المؤثرة في تطبيق القانونين، فتصبح الاستعارة بلا جدوى أو بلا قيمة، وأحياناً مضرّة، كما أن علم الجغرافية القانونية سيُعيّن لنا تفسيراً لتطبيق القانون من حيث المكان، أو الحيز المكاني لتطبيق القانون، كما في القوانين الجنائية وتطبيق قانون محل التعاقد والموطن المشترك، كما أن الموطن، بوصفه عنصر إسناد من جهة، وصفة في الشخصية من جهة أخرى، يُشكّل عنصراً مهماً من عناصر الجغرافية القانونية.

### پوخته

به دیارکردنی روخساره گشتییه کانی جوگرافیای یاسایی، روخساره کانی زانستیکی نوئ و کۆن بۆ لیستی زانسته یاساییه کان زیاد دهکرت، به و پێیهی په یوه ندییه کی به هیز له نیوان یاسا و جوگرافیا دا ههیه، له پووی کاریگه ری جوگرافیا له سهر تاییه تمه ندییه کانی یاسای کارپیکراو به پێی تاییه تکاری هه ریمییه وه، ئه مه ش واده کات لیکۆلینه وه له ژینگه ی یاسایی گرنگی هه بیته له هه لسه نگانندی ئه م تاییه تکاریه، هه روه ها ئه و هۆکارانه ی کاریگه ری یان له سهر به راوردکردنی یاساکان هه یه زۆربه یان جوگرافیین، چونکه وه رگرتنی هه ر یاسایه کی بیانی په سه ند نییه، له بهر ئه وه ی وه کیه کی له نیوان ئه و هۆکاره جوگرافیانه دا نییه که کاریگه ری یان له سهر جیبه جیکردنی ئه و دوو یاسایه هه یه، بۆیه وه رگرتنی ده بیته شتیکی بی که لک یان بی به ها، و هه ندیکجاریش زیانبه خش ده بیته، هه روه ها زانستی جوگرافیای یاسایی لیکدانه وه یه کمان بۆ جیبه جیکردنی یاسا له پووی شوینه وه بۆ دیار ده کات، وه ک له یاساکانی تاوانکاری و جیبه جیکردنی یاسای شوینی گریبه ستردن و شوینی نیشتیمانگه ی هاوبه ش، هه روه ک چۆن نیشتیمانگه، وه ک په گه زیکی ئیسناد له لایه ک، و له لایه کی دیکه وه سیفه تیکی که سایه تی، په گه زیکی گرنگه له جوگرافیای یاساییدا.

### Abstract

By defining the general features of legal geography, the features of a new, old science to be added to the list of legal sciences are defined, as there are strong links between law and geography, in terms of the latter's influence on the characteristics of the applicable legislation – by origin – according to the regional jurisdiction, which makes the study of the legal environment important in evaluating this Jurisdiction, just as the factors influencing the comparison of laws are mostly geographical, as not every foreign law is valid for adoption, as there is no agreement between the geographical factors affecting the application of the two laws, so the metaphor becomes useless or worthless, and sometimes harmful, just as the science of legal geography will determine we have an interpretation of the application of the law in terms of the place, or the spatial space for the application of the law, as in criminal laws and the application of the law of the place of contract and the common domicile, just as the domicile, as an element of attribution on the one hand, and an attribute of personality on the other hand, constitutes an important element of legal geography.



## نظرات على القانون المقارن

الأستاذ الدكتور طارق كاظم عجيل<sup>(\*)</sup>

أستاذ القانون المدني

عميد كلية القانون - جامعة ذي قار

تیروانینه‌كان لهسه‌ر یاسای به‌ر اور دکاری

پروفیسور د کتور تاریخ کازم عه‌جیل

پروفیسوری یاسای مه‌دهنی

راگری کولژی یاسا - زانکوی زیقار

**Insights on Comparative Law**

**Prof. Dr. Tariq Kazem Ajeel**

Professor of civil law

Dean of the College of Law - Dhi Qar University

(\*) tark1980\_2005@yahoo.com



## نظرات على القانون المقارن

الأستاذ الدكتور طارق كاظم عجیل

أستاذ القانون المدني

عمید كلية القانون - جامعة ذي قار

## الكلمات المفتاحية:

القانون المقارن، القانون الوطني، القانون العام، القانون المدني، بيان ترينتو.

## كلیله ووشه:

ياسای بهراوردکاری، ياسای نیشتمانی، ياسای گشتی، ياسای شارسنانی، بهیانامهی ترینتو.

**Key words:** comparative law, national law, common law, civil law, Trento Statement.

## مقدمة

أدى انتشار الاتفاقيات الدولية وسيطرتها على قطاعات واسعة من النشاط التجاري الدولي، وما استتبعه من انعكاس الكثير من أحكامها في التشريعات الوطنية إلى زيادة أهمية التعرف على التشريعات الأجنبية التي استمدت منها تلك الاتفاقيات أحكامها القانونية.

كما أن التفاوت في درجة التقدم الاقتصادي والتقني لبعض الدول على حساب الدول الأخرى، دفع أغلب المشرعين في العالم بالاستعانة - في كثير من الأحيان - بتشريعات تلك الدول عند معالجتهم ما يستحدث من موضوعات تحتاج إلى معالجات تشريعية.

كما أن تطور وسائل النقل وسهولة الاتصال نتيجة الثورة التي حصلت في قطاع الاتصالات في نهايات القرن العشرين قرب المسافات وجعل التعاقد بين أفراد الدول المختلفة امر سهل وميسور، مما زاد في أهمية التعرف على أحكام التشريعات الأجنبية.

يضاف إلى ذلك، الدور الذي لعبته بعض المنظمات الدولية التي حاولت وتحاول التقريب بين تشريعات الدول المختلفة إلى زيادة أهمية دراسة القوانين الأجنبية والتعرف

عليها.

وقد قسم فقه القانون المقارن، القوانين التي تسود العالم اليوم إلى قسمين رئيسيين لتسهيل الدراسة والمقارنة، فميز بين دول القانون العام، ودول القانون المدني، وقد أقام هذا التمييز على معايير سنشير إليها في ثنايا البحث.

وإذا كان الفقه اليوم متفق على أهمية دراسة القوانين الأجنبية والتعرف على أحكامها في محاولة منه لفهمها وتطوير المنظومة التشريعية على أساسها؛ باعتبار أن التعرف على أحكام القوانين الأجنبية يزيد من الملمة القانونية للباحث، ويسهل على المحامي في صياغته للعقود الدولية أن تأتي أحكام هذه العقود غير مخالفة للنظام العام في الدول التي ستنفذ فيها، إلا أن الفقه مختلف اشد الاختلاف في طريقة دراسة هذه القوانين والفوائد التي يمكن أن يجنيها الباحث منها.

لذلك سوف نحاول في هذا البحث المركز بيان مفهوم القانون المقارن، والموضوع الذي يعد محلا له، والطريقة التي يتبعها الباحث في المقارنة، والتمييز بين القانون العام والقانون المدني، وستناول كل مفردة من هذه المفردات في مبحثاً مستقلاً.

## المبحث الأول

### مفهوم القانون المقارن

يبدو أن هالة من الغموض تحيط منذ فترة طويلة، وربما لا تزال تحيط بمفهوم القانون المقارن، ففي عام 1952 تم تضمين العبارات التالية في مقال نشر في المجلة الأميركية للقانون المقارن: "لا يزال الغموض الأكبر يسود حول ما تتم مقارنته، وحول أغراض المقارنة، والأساليب والتقنيات المناسبة للمقارنة"<sup>(1)</sup>.

إن ما جاء في هذا المقال تم تأكيده من جديد في عام 1999، ومع ذلك ظهرت في الفترة ما بين 1952 - 1999 عدد من الأعمال المهمة في القانون المقارن<sup>(2)</sup>، على جانبي المحيط الأطلسي: يكفي أن نذكر هنا، من بين العديد من هؤلاء الفقهاء الذين كتبوا في القانون المقارن رينيه ديفيد<sup>(3)</sup>، جينو غورلا<sup>(4)</sup>، رودولفو ساكو<sup>(5)</sup>، رودولف شليزنجر<sup>(6)</sup>،

(1) McDougal, The Comparative Study of Law for Policy Purpose, in 1 Am. J. Comp. L. 24, pp. 28f.

(2) MERRYMAN, J. H. , The Loneliness of the Comparative Lawyer, Kluwer International Law, 1999, p. 7.

(3) (بالفرنسية: René David) ولد في 12 يناير 1906 وتوفي 1990 وهو أستاذ القانون المقارن في جامعة باريس وجامعة غرينوبل، أهم مؤلفاته (أساسيات القانون المدني المقارن) 1950، والأنظمة القانونية الرئيسية في العالم اليوم: مقدمة للدراسة المقارنة للقانون، طبع الكتاب عشرين طبعة نُشرت بين عامي 1967 و2004.

(4) (بالإيطالية: Gino Gorla) ولد في 28 ديسمبر 1906 وتوفي في 6 يوليو 1992 وهو فقيه واكاديمي إيطالي كان أستاذاً في جامعة بافيا وفي ساينزا في روما، وكان أيضاً عميداً لكلية الحقوق، أهم مؤلفاته القانون المقارن والقانون العام الأوروبي، ميلان، جيوفري، 1981، مجموعة كتابات.

(5) (بالإيطالية: Rodolfo Sacco) ولد في 21 نوفمبر 1923 وتوفي في 21 مارس 2022 عمل أستاذاً فخرياً في كلية الحقوق جامعة تورين، ويمكن القول أنه أحد أشهر علماء القانون في إيطاليا وأحد أشهر أساتذة القانون المقارن في أوروبا، أهم مؤلفاته النظم القانونية المقارنة، ومقدمة في القانون المقارن طبع الكتاب إحدى وخمسون طبعة نشرت بين عامي 1980 و2019، وما هو القانون المقارن، والمقارنة القانونية في خدمة معرفة القانون، طبع الكتاب تسع طبعات، 1991، والأنثروبولوجيا القانونية: مساهمة في التاريخ الكلي للقانون، كتاب طبع ست طبعات في عامي 2007 و2008.

(6) (بالإنجليزية: Rudolf Schlesinger) ولد في 1909 وتوفي 10 نوفمبر 1996 ألماني ثم أميركي الجنسية، كان أستاذاً في كلية القانون في جامعة كاليفورنيا حتى تقاعده في عام 1995، له مؤلفات

←

كونراد زويغيرت<sup>(1)</sup>، وهينز كوتز<sup>(2)</sup> وغيرهم.

والظاهر أن الأستاذ رودولفو ساكو يعد من أهم المؤلفين الذين كتبوا في موضوع القانون المقارن، حيث استطاع إنشاء مدرسة منهجية للقانون المقارن، الأمر الذي عزز بشكل كبير الاهتمام بهذا التخصص أولاً في إيطاليا، ثم في خارج إيطاليا عن طريق كتاباته وعن طريق تلاميذه المنتشرين في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية.

وتعتمد مدرسة الأستاذ ساكو في دراسة وتدريس القانون المقارن على مجموعة من القواعد تضمنها ما يسمى "بيان ترينتو" الذي صدر عام 1987 بمناسبة إطلاق أول كلية للحقوق في جامعة ترينتو الإيطالية بمنظور مقارن في جميع المواد التي يتم تدريسها. ويتكون بيان ترينتو من خمس أطروحات تهدف إلى تأكيد الجوانب الرئيسية لماهية القانون المقارن وطريقة تدريسه.

ومنذ صدور بيان ترينتو ازداد الاهتمام بالقانون المقارن زيادة كبيرة، لا سيما في أوروبا، وخاصة فيما يتعلق بالعمل المتنامي بشأن توحيد القانون المقارن، والذي سنعود إليه لاحقاً.

وقد أخذت جامعة ترينتو على عاتقها مراجعة بيان ترينتو بعد خمسة عشر عاماً على نشره في مؤتمر عقد لهذا الغرض في الجامعة عام 2001 اشترك فيه واضعوا البيان وغيرهم

←

مهمة في القانون المقارن، فقد أصبح كتابه القانون المقارن: القضايا، والنصوص، والمواد (1950)، الذي كتبه أثناء تدريسه في جامعة كورنيل، عنصراً أساسياً في مناهج كلية الحقوق ودخل طبعته الخامسة في أواخر التسعينيات.

(1) (بالألمانية: Konrad Zweigert) ولد في 22 يناير 1911 في بوسن، الإمبراطورية الألمانية وتوفي في 12 فبراير 1996 في فيدل، كان باحثاً قانونياً ألمانيا، وكان قاضياً في المحكمة الدستورية الاتحادية وأستاذ القانون المقارن والقانون الدولي الخاص، من أهم مؤلفاته مقدمة في القانون المقارن بالاشتراك مع هاين كوتز.

(2) (بالألمانية: Hein Kötz) (من مواليد 14 نوفمبر 1935 في شنايدمول) محام ألماني، ومدير سابق لمعهد ماكس بلانك للقانون الخاص المقارن والدولي (MPI - PRIV)، وقاضي سابق، ونائب رئيس سابق لمؤسسة الأبحاث الألمانية (DFG) والرئيس المؤسس لكلية بوسيريوس للقانون في هامبورغ. من مؤلفاته في نطاق القانون المقارن، كتابه (بالتعاون مع كونراد زويغيرت): مقدمة في القانون المقارن في مجال القانون الخاص.

من المهتمين بالقانون المقارن للتأكد من أهمية الرسائل العلمية الخمس التي قام عليها البيان بعد عقد من الزمن مع نشاط مكثف من الدراسات المقارنة، خاصة في مجال توحيد قانون العقد.

لذلك، عند عرض القانون المقارن، من المثير للاهتمام إلقاء نظرة على أطروحات ترينتو ومراجعتها<sup>(1)</sup>.

وكانت الأطروحات الخمس على النحو التالي:

1. يهدف القانون المقارن - الذي يُفهم على أنه علم - إلى فهم أفضل للبيانات القانونية. وأن المهام الإضافية لدراسة القانون المقارن مثل تحسين القانون أو تفسيره تستحق الاعتبار الأكبر، ولكنها مع ذلك ليست سوى غايات ثانوية للبحث المقارن.
2. يدرس القانون المقارن مختلف ظواهر الحياة القانونية التي تعمل في الماضي أو الحاضر، ويعتبر الافتراضات القانونية حقائق تاريخية بما في ذلك تلك التي صاغها المشرعون والقضاة والفقهاء، وبالتالي يتحقق مما حدث بالفعل. بهذا المعنى، يعتبر القانون المقارن علمًا تاريخيًا.
3. لا يوجد علم مقارن دون قياس الاختلافات والتشابهات الموجودة بين الأنظمة القانونية المختلفة؛ لذلك مجرد الاطلاع على موقف القوانين الأجنبية أو عرض موقف تلك القوانين من مسألة معينة ليس علمًا مقارنًا.
4. المعرفة المقارنة للأنظمة القانونية لها ميزة محددة تتمثل في التحقق من تماسك العناصر المختلفة الموجودة في كل نظام بعد تحديد وفهم هذه العناصر. وعلى وجه الخصوص، فإنه يتحقق مما إذا كانت القواعد غير المقننة الموجودة في كل نظام متوافقة مع الافتراضات النظرية الموضوعية لجعل القواعد التشريعية واضحة.
5. إن فهم نظام قانوني معين ليس حكرًا على الفقهاء الذين ينتمون إلى ذلك النظام. فالفقيه المنتمي إلى نظام معين، على الرغم من أنه - من ناحية - يتمتع بوفرة من المعلومات عن نظامه القانوني - من ناحية أخرى - محروم أكثر من أي فقيه آخر من

(1) تمت كتابة بيان ترينتو في الأصل باللغة الإيطالية. والنسخة الإنجليزية التي استخدمها هنا مأخوذة من عمل مكثف حول القانون المقارن نشره ساكو باللغة الإنجليزية:

- SACCO, R. , Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law, in The American Journal of Comparative Law, XXXIX, pp. 1- 34, 343-402.

معرفة النظم القانونية الأخرى، بافتراض أن الصياغات النظرية الموجودة في نظامه متسقة تمامًا مع القواعد التشغيلية لذلك النظام.

إن ما يظهر من بيان ترينتو، فيما يتعلق بجوهر القانون المقارن، هو الرغبة في تأكيد شرعية هذا النظام بغض النظر عن التطبيقات العملية التي قد ترافقه. وفي واقع الأمر، تقدم معظم الكتب التي تتناول القانون المقارن موضوعها من خلال سرد الاستخدامات والتطبيقات التي قد يمتلكها هذا التخصص (فهي تحسن الأساس لإصلاح التشريعات المحلية، وتساهم في تفسير ديناميكي للقانون المحلي، وهي مفيدة في إعداد الاتفاقيات والتشريعات الأخرى لمواءمة القانون، فهي مفيدة من الناحية العملية في إعداد قانون عربي أو أوروبي مشترك، وما إلى ذلك)<sup>(1)</sup>.

وقد سبق منا القول أن القانون المقارن مفيد في صياغة أو تفسير العقود الدولية، ويدعي بيان ترينتو شرعية القانون المقارن كعلم يدرس الاختلافات والتشابهات بين الأنظمة القانونية، حتى بدون تطبيق عملي مباشر للمعرفة التي يتم تحصيلها من وراء دراسته. ولكن في المؤتمر الذي عقد عام 2001 لمراجعة بيان ترينتو كان ظاهراً أن شرعية القانون المقارن بغض النظر عن تطبيقه العملي محل أخذ ورد بين المؤتمرين. ولكن في السنوات الأخيرة من العمل من أجل توحيد قانون العقود الأوروبي، والذي يستوعب عملياً جميع الجهود المقارنة في هذا المجال، تم التأكيد بشكل غير مباشر على وجهة النظر القائلة (المتنازع عليها في بيان ترينتو) بأن القانون المقارن مفيد إلى الحد الذي يخدم غرضاً ما. ففي حالة توحيد القانون، فإن دراسة الفروق بين الأنظمة القانونية من شأنها أن تخدم غرض إزالة هذه الاختلافات. ومع ذلك، يعد هذا أحد التطبيقات العملية الممكنة للمعرفة التي يتم تحقيقها من خلال الدراسات المقارنة. يضاف له تطبيق آخر، كما ورد في المقدمة أعلاه، وهو ضرورة تعزيز فهم نطاق العقود الدولية.

ويمكن ذكر التطبيقات الممكنة الأخرى، لا سيما فيما يتعلق بعملية الإصلاح القانوني وتدريب القانون.

إن تعدد الاستخدامات العملية للمعرفة المقارنة يؤكد بلا أدنى شك أن المعرفة

(1) See, for example, ZWEIGERT, K. , KÖTZ, H. , Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, pp. 12ff.



المقارنة مفيدة على هذا النحو، ويؤكد - كما يؤكد بيان ترينتو - أن القانون المقارن له شرعية كنظام، بغض النظر عن الأغراض الخارجية التي قد تخدمها المعرفة المكتسبة. ويبدو أن أجزاء من بيان ترينتو حول منهج القانون المقارن - ولا سيما الأطروحتان الثالثة والرابعة - تم الاعتراف بها عمومًا على أنها انسب نظام للدراسة المقارنة.



## المبحث الثاني

### موضوع القانون المقارن

كما أسلفنا، سوف نعتد في بيان موضوع المقارنة على المبادئ المنصوص عليها في بيان ترينتو.

أ) كيف تعمل القواعد.

تؤكد أطروحة ترينتو الثالثة، على أن دراسة القانون المقارن تختلف عن دراسة قانون أجنبي واحد أو أكثر. لأن كل نظام قانوني له هيكله الخاص وتقاليد ومفاهيمه الخاصة به؛ وبالتالي فإن دراسة قانون وطني بمساعدة هيكل وتقاليد ومفاهيم ذلك القانون المعين ستساعد في التعرف على قواعد ومبادئ ذلك القانون، ولكنها لن تساعد في فهم الاختلافات والتشابهات التي يمتلكها هذا القانون مع القوانين الوطنية الأخرى. فقد تكون الأنظمة قد طورت نظريات وعلاجات مختلفة للحصول على نتائج مماثلة؛ طالما كان الباحث يقتصر على شرح النظريات والعلاجات التي يقدمها النظام محل المقارنة، فسيكون من الصعب الاعتراف بأن الأدوات القانونية المختلفة التي يتم وصفها بعبارات غير متوافقة هي في الواقع تعاريف مختلفة لنفس العلاج، أو طرق مختلفة للحصول على نفس النتيجة. والعكس صحيح، فقد تبني الأنظمة المصطلحات نفسها للوسائل القانونية التي لها افتراضات مختلفة أو تؤدي إلى نتائج مختلفة؛ طالما أن الباحث يعتمد على المصطلحات التي يستخدمها كل نظام لوصف التنظيم الخاص به، فقد تظل الاختلافات الفعلية مخفية. ومن الأمثلة المعروفة للتأثير المضلل الذي يكون وراءه إيمان الباحث المقارن بالأفكار الراسخة في نظامه القانوني مسألة تعريف العقد. ففي معظم أنظمة القانون المدني، يوصف العقد بأنه اجتماع الأطراف للإعلان عن الإرادة بالالتزام، ويشار إليه عادةً باسم تبادل الإيجاب والقبول<sup>(1)</sup>. ومع ذلك، فقد أظهر الواقع العملي أنه في كثير من الحالات يتم إبرام العقد حتى لو لم يكن هناك تبادل للإيجاب والقبول (على سبيل المثال، عقود المعاوضة التي يبدأ فيها الأطراف بتنفيذ العقد دون إضفاء الطابع الرسمي على

(1) نصت المادة 74 من القانون المدني العراقي على أنه: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

اتفاقهم<sup>(1)</sup>. وقد أقر الفقه القانوني بهذه المعاملات وبتناقضها مع الشروط الفقهية أو التشريعية لتبادل الإيجاب والقبول. وبدلاً من أخذ النتيجة المنطقية للاعتراف بأن شرط تبادل الإيجاب والقبول ليس ملغياً، فقد تم تطوير المفاهيم الفقهية والتشريعية لتلائم هذه المعاملات غير المتفقة مع متطلبات الإيجاب والقبول عن طريق ما يسمى (الافتراض القانوني)، والتي لا يزال يُعتقد أنها مفاهيم مطلقة وصحيحة. لذلك، تم وضع فئة القبول الضمني، أو التعبير الضمني عن الإرادة<sup>(2)</sup>، بحيث لا يزال من الممكن اعتبار المطلب التقليدي لتبادل الإيجاب والقبول مطلقاً وصالحاً، على الرغم من حقيقة أن القانون المطبق في الواقع العملي لا يتوافق معها<sup>(3)</sup>.

ومن أجل مقارنة القوانين بشكل صحيح، من الضروري النظر إلى ما وراء الوصف الذاتي الذي يتم إجراؤه للأنظمة المقارنة، وإلقاء نظرة على كيفية عمل القواعد ذات الصلة بالفعل. كما أن قدرة الباحث على تقدير نتائج تطبيق الأنظمة القانونية المختلفة هو الموقف الذي يعطي معلومات قابلة للمقارنة.

#### (ب) أين توجد الاختلافات.

بالنظر إلى هدفنا المتمثل في تقييم الاختلافات الرئيسية بين الأنظمة المذكورة أعلاه، لا يبدو من المناسب الشروع في المقارنة من خلال تقديم العناصر المتشابهة لقانون

(1) انظر في بيع المعاطاة وموقف القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي منه: مؤلفنا، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص 121 فقرة 182.

(2) راجع: المادة 79 مدني عراقي، وانظر في شرحها: د. محمود سعد الدين الشرف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص 89 فقرة 93 وما بعدها.

(3) See SACCO, R. , Formation of Contracts, in HARTKAMP. A. , et al. (ed.), Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, 1998, 99. 194f.

وفي البداية، لجأ الفقه القانوني في النرويج، المتأثر بشدة بالمدرسة الفقهية الألمانية، إلى نفس فكرة الافتراض القانوني الموصوف في المتن، ومع ذلك، كان النظام القانوني النرويجي مهتماً بالحلول العملية والمنازعات المحددة أكثر من النظام الألماني، فسرعان ما تم الاعتراف بأن عملية توسيع المنطق لملاءمة الواقع في فئة مجردة ليست ضرورية، وشرط تبادل الإيجاب والقبول لا يعد مطلقاً بعد الآن.

العقود داخل كل من الأنظمة التي يتم تحليلها فقط. فأولاً وقبل كل شيء، غالباً ما تتكرر هذه العناصر التي يتكون منها قانون العقود، لأن لكل نظام قانوني جوانب مشتركة مع الأنظمة الأخرى؛ لذلك، سيكون من الضروري فيما بعد تحديد ما يميز كل منها؛ وإلا سوف لا نكون أمام مقارنة حقيقية. ثانياً، سيتم عرض العناصر المتشابهة لكل نظام قانوني بحسب الهيكل القانوني للنظام المعني وباستخدام مصطلحات ذلك النظام، وبالتالي، فإن استخدام تعابير أو مفاهيم قانونية مختلفة هو السبب وراء إخفاء الاختلاف أو التشابه الحقيقي بين الأنظمة القانونية المختلفة. لذلك، سيكون من الضروري فيما بعد تحديد الآثار الحقيقية للمصطلحات أو المفاهيم القانونية؛ وإلا سوف لا نكون أمام مقارنة حقيقية بين الأنظمة القانونية المختلفة.

وكبديل للعناصر المتماثلة لقانون العقود في الأنظمة القانونية المختلفة، يجب التركيز على عناصر محددة تمثل الاختلافات الرئيسية لقانون العقود. والعناصر المحددة التي تمثل أهم الاختلافات في قانون العقود من وجهة نظر العقود الدولية هي التالية: تكوين العقود، والتفسير، ومعقولة المحتوى، وحسن النية في المفاوضات وفي التنفيذ، والمسؤولية عن عدم التنفيذ، وجزاءات عدم التنفيذ. كما يجب ألا يتم التركيز على مدى صحة العقود المبرمة تحت ضغط الإكراه أو بسبب استعمال طرق احتيالية، لأنها هامشية نسبياً في مجال العقود الدولية.

(ج) أهمية الأساليب الفنية (التقنيات).

أدى العمل الفقهي المكثف في العقود الماضية والمتعلق بالقانون الخاص الأوروبي إلى إهمال العديد من المؤلفين اختلافات النصوص القانونية التي تقدمها الأنظمة القانونية المختلفة، طالما أن نتيجة تطبيق هذه النصوص القانونية متكافئة<sup>(1)</sup>.

وهذا الموقف الفقهي له ما يبرره إذا كان الغرض من المقارنة هو تحديد الكفاءة الوظيفية للنظام الذي قد يكون أساساً لتشريع أوروبي مشترك.

ومع ذلك، إذا كان الغرض من المقارنة هو التعرف على القوانين المختلفة لغرض كتابة العقود الدولية التي قد تكون فعالة وقابلة للتنفيذ في الأنظمة القانونية المعنية، فيجب

(1) See BEALE, H. , Termination, in HARTKAMP, A. , Towards a European Civil Code, cit. , p. 348.

أن يكون الموقف موقفاً آخر. فلا يكفي أن نعرف أن جميع النظم القانونية قد توصلت، بطريقة أو بأخرى، إلى نفس النتيجة أو نتيجة مماثلة. فلا غنى عن معرفة الطريقة التي يمكن بها تحقيق هذه النتيجة، بحيث يمكن للعقد أن يأخذ في الاعتبار الجوانب الفنية للقوانين المختلفة ويتكيف معها.

وكتوضيح يمكننا النظر في مسألة (الإيجاب) غير القابل للنقض. فكقاعدة عامة، يعتبر الإيجاب قابلاً للإلغاء بموجب القانون الإنجليزي، في حين أنه غير قابل للإلغاء في الأنظمة الجرمانية. وتُظهر المعرفة العميقة بالقانون الإنجليزي أن الإيجاب قد يصبح غير قابل للإلغاء، على سبيل المثال، إذا قدم أحد الطرفين دفعة للأخر (حتى لو كانت دفعة رمزية) فإذا قدم من وجه له الإيجاب دفعة من المقابل إلى الموجب مقابل التزام الموجب بعدم إلغاء إيجابه (تحقق ما يسمى الاعتبار) وبالتالي أصبح الإيجاب غير قابل للإلغاء. وإذا كانت المقارنة تهدف إلى توفير الأساس لتنظيم جديد للإيجاب في نطاق اتفاقية مشتركة بين إنجلترا والأنظمة الجرمانية، فمن المبرر التركيز على التكافؤ الوظيفي للأنظمة: ففي جميع الأنظمة القانونية، يمكن اعتبار الإيجاب غير قابل للإلغاء. ومع ذلك، إذا كانت المقارنة تهدف إلى توفير المعرفة بالشروط التي يجب الوفاء بها من أجل جعل عدم القابلية للإلغاء قابلة للتنفيذ في جميع الأنظمة القانونية، فسيكون من الضروري التركيز على التفاصيل التقنية للتشريعات.

## المبحث الثالث طريقة المقارنة

يجب على الباحث أن يختار حالات معينة لإظهار النتائج المختلفة التي يمكن أن تؤدي إليها الأنظمة المختلفة. فإذا كانت الحالة هي نفسها وكان الحل مختلفاً من نظام إلى آخر، فهذا يعني بشكل لا لبس فيه أن القانون مختلف. وعلى الباحث المقارن بعد ذلك شرح سبب وكيفية اختلاف القانون في هذا المجال بالذات. وبهذه الطريقة، سيكون لدينا مقارنة بين الميزات المختلفة التي تقدمها الأنظمة المختلفة في مجالات محددة من قانون العقود. وسيتيح مزيد من التفصيل فهم المناهج المختلفة على مستوى أعلى من التجريد، مع تسليط الضوء على الإشكاليات القانونية التي أوضحتها القضايا.

وتم تطبيق هذه الطريقة لأول مرة بشكل منهجي في دراسات كورنيل حول تكوين العقود، وهي دراسة مقارنة واسعة النطاق بقيادة رودولف شليزنجر بدأت في عام 1957 وأسفرت في عام 1968 عن مجلد ضخيم في تكوين العقود<sup>(1)</sup>. وكانت نواة هذه الدراسات عبارة عن استبيان تم تطويره خلال السنوات الثلاث الأولى من المشروع. وقد احتوى الاستبيان على أسئلة حول وقائع عملية تمت صياغتها بطريقة يمكن أن يفهمها المحامون الذين ينتمون إلى نظم قانونية مختلفة؛ لذلك، تم تجنب استخدام المفاهيم القانونية أو المصطلحات التقنية، لمنع كل محام من تفسير المفاهيم أو المصطلحات في ضوء تقاليده القانونية الخاصة. وعلى أساس الإجابات المقدمة على الاستبيان، تم إعداد التقارير الوطنية، ومن التقارير الوطنية تم إعداد التقرير العام الذي كان هدفه دراسة البيانات التي تم جمعها والمقارنة بينها.

إن المنهج الواقعي يفترض أن كل مساهم في الاستبيان قد قدم موقف نظامه القانوني من الواقعة العملية المحددة في الاستبيان، وليس مجرد بيان موقف الفقه منها. وقد انتقد بعض المؤلفين هذا المنهج، واتهموا شليزنجر بتطبيق طريقة السوابق

(1) SCHLESINGER, R. (ed.), Formation of Contracts, New York 1968. The method is more extensively described in SCHLESINGER, R. , The Common Core of Legal Systems – An Emerging Subject of Comparative Studies, in Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema, 1961, pp. 65ff. For a comment on this method and further references see also SACCO, Legal Formants, cit. , pp. 27ff.

القضائية التي تعد طريقة نموذجية في بلدان القانون العام على بلدان القانون المدني التي لا تحتل فيها السوابق القضائية نفس المكانة التي تحتلها في أنظمة القانون العام<sup>(1)</sup>. ويبدو أن هذا النقد يتجاهل أن كل محامٍ في إجابة الاستبيان كان يهدف إلى تطبيق المصادر التي تنطبق في نظامه القانوني (سواء كانت دعاوى قضائية أو قواعد قانونية أو نظريات فقهية أو مصادر أخرى). فقد كانت مطالبة المساهمين في الاستبيان بإعطاء حل للواقعة طريقة لتسليط الضوء على نتائج تطبيق قانون كل نظام وفقاً لمبادئه وتقاليده، وفي نفس الوقت تجنب سوء الفهم بسبب التفسيرات المختلفة للمصطلحات والمفاهيم والتقسيمات.

وقد تم اعتماد طريقة القضايا الواقعية التي قال بها شليزنجر في الوقت الحاضر في العديد من الدراسات المنهجية المقارنة بصورة رئيسية أو إلى جانب طرق أخرى. فقد تم اعتمادها في الدراسات التي أجريت حول الأسس المشتركة للقانون الخاص الأوروبي<sup>(2)</sup>، التي استمرت لما يقرب من 10 سنوات وأسفرت حتى الآن عن العديد من الكتب حول مختلف جوانب القانون الخاص<sup>(3)</sup>.

(1) See SACCO, Legal Formants, cit. , p. 29.

(2) The Common Core project was launched in 1995; for extensive information on the project and its status, see the homepage at <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>.

(3) For example, BUSSANI, M, MATTEI, U. , The Common Core of European Private Law, Kluwer Law International, 2003; GORDLEY, J. , The Enforceability of Promises in European Contract Law, Cambridge 2001; ZIMMERMANN, R. , WHITTAKER, S. , Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000.

## المبحث الرابع

### التمييز بين القانون العام والقانون المدني

لقد تم تطوير فئات أو عائلات القانون كأداة لتصنيف الأنظمة القانونية. ويمكن اقتراح تصنيفات مختلفة؛ إلا أن هناك تمييز تقليدي بين أنظمة القانون العام وأنظمة القانون المدني وأنظمة الشريعة الإسلامية والأنظمة الاشتراكية. ويعتبر التصنيف إلى عائلات مفيداً طالما أنه يسمح لنا بالتعامل مع فئة واحدة من الأنظمة القانونية المختلفة التي تشترك في سمات مختلفة، وتمييزها عن الأنظمة الأخرى التي لها خصائص أخرى. وبالتالي، فإن أهمية التقسيم إلى عائلات ستعتمد على السمات التي يركز عليها المراقب أو الباحث من وقت لآخر. فإذا كان التركيز، على سبيل المثال، على تنظيم الدولة، فقد تكون معايير بناء العائلات هي ما إذا كانت الدول منظمة كاتحادات أو كنظم وحدوية، أو ما إذا كانت الأنظمة علمانية أو دينية. وفي هذه الحالة، قد يكون التجميع في عائلات مختلفاً عما إذا كان التركيز على العقود التجارية. ففي سياق العقود التجارية، قد يكون التقسيم الكلاسيكي بين القانون العام والقانون المدني مفيداً للغاية، حتى لو لم يشمل جميع النظم القانونية الرئيسية في العالم (فهو يستبعد، على سبيل المثال، النظام الإسلامي).

ويعتمد التقسيم بين أنظمة القانون العام (الكومون لو)<sup>(1)</sup> وأنظمة القانون المدني<sup>(2)</sup> تقليدياً على مصادر القانون المختلفة، وهي على التوالي، السابقة القضائية والتشريع. ولكن في سياق العقود، أرى أنه من المناسب التركيز بشكل أساسي على الطريقة المختلفة لتفسير العقد وعلى الدور المختلف الذي يلعبه النظام القانوني في تكامل العقد؛ وهذا بدوره يؤثر على طريقة صياغة العقود في التقاليد القانونية المعنية<sup>(3)</sup>.

- (1) أنظمة القانون العام هي إنجلترا وبريطانيا العظمى (باستثناء اسكتلندا) والولايات المتحدة (باستثناء لويزيانا) وكندا (باستثناء كيبيك) والدول التي كانت تحت حكم الإمبراطورية البريطانية، بما في ذلك بعض الدول الأفريقية والهند وباكستان وبعض دول جنوب آسيا الأخرى وأستراليا ونيوزيلندا.
- (2) أنظمة القانون المدني هي الدول الأوروبية القارية والدول الاسكندنافية وإلى حد ما اسكتلندا وكيبيك ولويزيانا ودول أمريكا اللاتينية ومعظم البلدان الأفريقية وأوروبا الشرقية وروسيا ومعظم الدول الآسيوية (بما في ذلك اليابان، وإلى حد ما، الصين).
- (3) تهدف الدراسات الحديثة إلى التحقق مما إذا كان الاختلاف بين القانون العام والقانون المدني مهماً ←



كما يمكن طرح المزيد من التصنيفات: فعلى سبيل المثال، ضمن ما يعتبر عادة قانوناً مدنياً، من الممكن التمييز بين الأنظمة القائمة على القانون الفرنسي (قانون نابليون)<sup>(1)</sup>، والأنظمة القائمة على القوانين الألمانية<sup>(2)</sup> والاسكندنافية (أو الأصح، الشمالية)<sup>(1)</sup>.

←

للغاية كما يُعتقد تقليدياً. حيث ثبت إن التمييز التقليدي المستند إلى مصادر القانون غير دقيق إلى حد كبير، انظر:

- GAMBARO, SACCO, Sistemi giuridici comparati, cit. , pp. 51ff.

وفي إطار قانون الالتزامات، يتم تسليط الضوء على الأصول التاريخية المشتركة ويتم تحديد أوجه التقارب البارزة والحديثة، انظر:

- GORDLEY, The philosophical origins of modern contract doctrine, Oxford 1991, pp. 134ff. , KÖTZ, Abschied von der Rechtskreislehre, in Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 1998, pp. 493ff. and ZIMMERMANN, R. , The Law of Obligations, Oxford 1996, pp. 554ff. ,569ff. See also GAMBARO, SACCO, Sistemi giuridici comparati, cit. , pp. 19f. , with further bibliographic references in footnotes 23 and 24.

ومع ذلك، فإن الاختلافات بين هاتين العائلتين تظل كبيرة في سياق العقود، كما ستظهر صفحات هذا الكتاب.

(1) تم إجراء أول تدوين للقانون الخاص في عام 1804 من خلال القانون المدني الفرنسي الذي تضمن مبادئ حرية العقد وحماية الملكية الخاصة وغيرها من المبادئ التي أكدتها الثورة الفرنسية، ولكنه كان في نفس الوقت - وإلى حد كبير - تدويناً للقانون الروماني الذي تم تطبيقه في فرنسا لقرون، وقد أثر القانون المدني الفرنسي بشكل كبير على عملية التدوين التي حدثت خارج فرنسا في خلال القرنين التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، حيث ساعد غزو نابليون للدول في انقراض القانون المدني في الدول التي تمت السيطرة عليها، كما ساعدت السمعة والمكانة التي كان يتمتع بها القانون المدني في نفوس من درس القانون في فرنسا في هذا التأثير والانتشار.

ولا يعتبر القانون المدني الفرنسي القانون الوحيد الذي يعد تدويناً للقانون الروماني، فهناك دول أخرى في أوروبا وفي خارج أوروبا تعتبر قوانينها تدويناً للقانون الروماني وبالتالي يطلق عليها مصطلح "الدول الرومانية"، كبلجيكا وإسبانيا وإيطاليا في أوروبا؛ وكيبك ولوزيانا في أمريكا، ومعظم دول أمريكا الجنوبية، والبلدان التي كانت تحت النفوذ الفرنسي خلال عام 1800 في إفريقيا والشرق الأوسط وجنوب آسيا.

(2) لم يتم تدوين القانون الألماني قبل عام 1900؛ فخلال القرن التاسع عشر بأكمله كانت المدارس الفقهية الألمانية المتصارعة حول فكرة التقنين قد وضعت سلسلة من المفاهيم والنظريات القانونية التي تم تدوينها في النهاية في القانون المدني (BGB) لعام 1900.

وقد أثرت النظريات القانونية الألمانية بشكل كبير في قوانين سويسرا والنمسا ودول الشمال، كما تم استخدام القانون المدني الألماني كمصدر - إضافة إلى مصادر أخرى - لقوانين هيلاس والبرازيل

←

وقد تقدم كل هذه التصنيفات الفرعية من أنظمة القانون المدني سماتها الخاصة التي تميزها عن بعضها البعض، فعلى سبيل المثال، تتمسك بعض الأنظمة بمبدأ المعقولة في تفسير العقد، بينما تؤكد أنظمة أخرى على ضرورة التمسك بمبدأ التفسير الحرفي للعقد. ومع ذلك، فإن هذه الاختلافات تعد هامشية، إذا ما قورنت بالاختلافات بين أنظمة القانون المدني وأنظمة القانون العام.

وبالتالي، من وجهة نظر العقود الدولية، فإن التصنيف الأكثر إثارة للاهتمام هو التصنيف بين القانون العام والقانون المدني: وهذا صحيح بشكل خاص في ضوء الاستخدام الواسع لنماذج العقود الإنجليزية حتى بالنسبة للمعاملات التي يحكمها نظام القانون المدني. فعندما تتم صياغة العقد على أساس نموذج العقد المعروف في نظام القانون العام، ولكن العقد يكون خاضعاً لنظام القانون المدني، يصبح من الضروري فهم السمات الرئيسية التي تميز القانون العام عن القانون المدني. وبهذه الطريقة، يكون من السهل فهم سبب إدراج بعض الأحكام التعاقدية أو كتابتها بهذه الطريقة المعينة في النموذج الأصلي الذي كان من المفترض أن يعمل بموجب نظام القانون العام؛ كما أنه من السهل فهم كيفية تفسير هذه الأحكام أو إعادة كتابتها للحصول على نفس النتائج بموجب نظام القانون المدني الواجب التطبيق على العقد<sup>(2)</sup>.

ومن أجل فهم الاختلافات الرئيسية بين القانون الذي يحكم العقود في نظام القانون

←

ويبرو وأوروبا الشرقية وروسيا واليابان.

(1) النرويج والسويد وفنلندا هي دول اسكندنافية، ويشار إليها، إلى جانب الدنمارك وأيسلندا، بدول الشمال. يتأثر القانون الخاص لهذه البلدان بشكل كبير بالقانون الألماني، على الرغم من عدم وجود تدوين عام يمكن اعتباره استقبلاً مباشراً للقانون المدني الألماني (BGB).

(2) لقد أصبح من المعتاد كتابة العقود التجارية على أساس نماذج القانون العام، حتى لو لم يكن المقصود إخضاع العلاقة التعاقدية لنظام القانون العام. كما هو موضح أعلاه، ولكن هذا الأسلوب في صياغة العقود قد لا يكون مناسباً بالضرورة للعقود الخاضعة لأنظمة القانون المدني. ففي معظم الحالات، لن يؤدي ذلك إلا إلى أحكام زائدة عن الحاجة؛ صحيح أنها في معظم الحالات لا تخلق مشاكل حقيقية في التفسير؛ ولكنها في بعض الحالات قد تخلق أحكاماً تعاقدية تتعارض مع مبادئ القانون الواجب التطبيق أو لا يمكن التوفيق بينهما إلا بصعوبة.

العام (الكومون لو) وعائلات القانون المدني، يمكن للباحث المقارن أن يقارن بين القوانين التالية، التي سنقدمها في أدناه، هي: القانون الإنجليزي (بصفته الممثل الرئيسي لنظام القانون العام)، والقانون النرويجي (كممثل للأنظمة الاسكندنافية، مجموعة ضمن أنظمة القانون المدني)، والقانون الألماني (بصفته الممثل الرئيسي للأنظمة الجرمانية، وهو مجموعة ضمن أنظمة القانون المدني) والقانون الإيطالي (كممثل لنظام الروماني (القانون المدني) القائمة على قانون نابليون، على الرغم من بعض التأثيرات من النظام الجرمني (القانون المدني) والقانون العراقي (كممثل للشريعة الإسلامية، وهو مجموعة ضمن أنظمة القانون المدني، القائمة في الأصل على قانون نابليون).

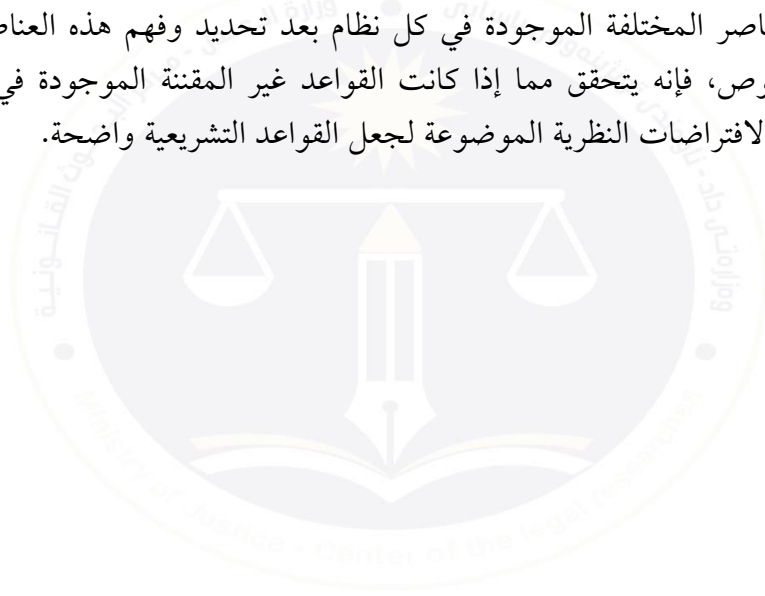
وغالبًا ما تخضع العقود الدولية أيضاً لمصادر دولية مثل الاتفاقيات الدولية أو لمصادر غير وطنية (غالبًا ما يُطلق عليها أيضاً - تقليدياً - قانون التحكيم التجاري الدولي أو القانون العابر للحدود الوطنية أو يتم استعارة مصطلحات من القانون الدولي العام للتعبير عنها بمصطلح القانون غير الملزم). لذلك يجب على الباحث توسيع مقارنته لمبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية، ومبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL)، واتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (CISG).

والمصدران السابقان المذكورين (مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية ومبادئ العقود الأوروبي) هما عبارة عن مجموعات غير رسمية ليس لها أي تأثير ملزم ما لم تتم الإشارة إليها من قبل الأطراف في العقد، أو ما لم يتم اعتبارها تعبيراً عن الأعراف والممارسات الدولية. أما المصدر الأخير (اتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع)، فعلى العكس من ذلك، هو اتفاقية دولية، صاغتها الأمم المتحدة وصادقت عليها 63 دولة، وبالتالي يكون لها تأثير ملزم في أنظمتها القانونية الخاصة.

ولذلك، فإن تأثير هذه المصادر في بيئة العقود التجارية الدولية ليس واحداً، إلا أنها تتفق في طموحها في محاولة التأسيس لقانون موحد يحكم العقود الدولية. وقد طرح المؤتمرون في دورة القانون التجاري الدولي، التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن أن تحل هذه القوانين الموحدة محل القوانين الوطنية الحاكمة أو بالأحرى دمجها في القوانين الوطنية. لذلك، من المنطقي إدراجها في مقارنة الأنظمة القانونية التي قد تكون ذات صلة بالعقود الدولية.

## الملخص

تبين لنا من العرض السريع لماهية القانون المقارن أنه لا يوجد علم مقارن دون قياس الاختلافات والتشابهات الموجودة بين الأنظمة القانونية المختلفة؛ لذلك مجرد الاطلاع على موقف القوانين الأجنبية أو عرض موقف تلك القوانين من مسألة معينة ليس علمًا مقارنًا. كما أن المعرفة المقارنة للأنظمة القانونية لها ميزة محددة تتمثل في التحقق من تماسك العناصر المختلفة الموجودة في كل نظام بعد تحديد وفهم هذه العناصر. وعلى وجه الخصوص، فإنه يتحقق مما إذا كانت القواعد غير المقننة الموجودة في كل نظام متوافقة مع الافتراضات النظرية الموضوعة لجعل القواعد التشريعية واضحة.



## المراجع

- 1- د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013.
- 2- د. محمود سعد الدين الشرف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
- 3- BUSSANI, M, MATTEI, U. , The Common Core of European Private Law, Kluwer Law International, 2003.
- 4- GORDLEY, J. , The Enforceability of Promises in European Contract Law, Cambridge 2001.
- 5- GORDLEY, The philosophical origins of modern contract doctrine, Oxford 1991.
- 6- KÖTZ, Abschied von der Rechtskreislehre, in Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 1998.
- 7- McDougal, The Comparative Study of Law for Policy Purpose, in 1 Am. J. Comp. L. 24.
- 8- MERRYMAN, J. H. , The Loneliness of the Comparative Lawyer, Kluwer International Law, 1999.
- 9- SACCO, R. , Formation of Contracts, in HARTKAMP. A. , et al. (ed.), Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, 1998.
- 10-SACCO, R. , Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law, in The American Journal of Comparative Law, XXXIX.
- 11-SCHLESINGER, R. (ed.), Formation of Contracts, New York 1968.
- 12-ZIMMERMANN, R. , The Law of Obligations, Oxford 1996.
- 13-ZIMMERMANN, R. , WHITTAKER, S. , Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000.
- 14-ZWEIGERT, K. , KÖTZ, H. , Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996.

## الملخص

يلقي هذا البحث الضوء على القانون المقارن، في محاولة من الباحث من أجل إعطاء فكرة واضحة عن ماهية هذا القانون، وأسباب انتشاره في الوقت الحاضر، والموضوعات التي تدخل في دراسته، كما يهدف البحث أيضاً إلى بيان فوائد دراسة القانون المقارن والطرق المتبعة في دراسته وتدريسيه، وكيف ينعكس كل هذا على القوانين الوضعية.



### پوخته

ئەم توێژینەوهیە روشنایی دەخاتە سەر یاسای بەراوردکاری، لە هەوڵێکدا لە لایەن توێژەرەوه بۆ ئەوهی بپروکەیهکی پروون بدات که ئەم یاسایە چیه، هۆکارەکانی بلاوبونەوهی لە ئیستادا، و ئەو بابەتانهی که بەشدارن لە لیکۆئینەوهکانیدا. ههروهها توێژینەوهکه ئامانجی پروونکردنەوهی سوودەکانی خویندنەوهی یاسای بەراوردکارییه و ئەو شێوازانهی که لە خویندن و فێرکردنیدا بەکاردههێنرێن. وه چۆن ههموو ئەمانه له یاسا دانراوهکاندا رهنگ دهدهنهوه.



### Abstract

This research sheds light on comparative law, in an attempt by the researcher in order to give a clear idea of what this law is, the reasons for its spread at the present time, and the topics involved in its study. The research also aims to explain the benefits of studying comparative law and the methods used in studying and teaching it. And how all this is reflected in positive laws.





## تجويد شعب الدولة عن طريق نظام الجنسية

الأستاذ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي<sup>(\*)</sup>

كلية القانون - جامعة بابل

باشترکردنی خه لکی دهولت له ریگه ی سیسته می ره گه زنامه

پروفیسور دکتور عه بدول ره سول عه بدول ره زا نه سه دی  
کولنژی یاسا، زانکوی بابل

**Improving the people of the state through the nationality  
system**

Dr. Abdul Rasul Abdul Ridha al - Assadi  
Faculty of Law - University of Babylon

(\*) rasol1970@yahoo.com



تجويد شعب الدولة عن طريق نظام الجنسية  
الأستاذ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي  
كلية القانون - جامعة بابل

**الكلمات المفتاحية:**

الجنسية، المعيار الكمي، المعيار النوعي، تجويد الشعب، الشعب الرقمي.

**كليه ووشه:**

رهگهزنامه، ستانداردی چهنديهنهتی، ستانداردی چۆنايههتی، ئينتوناسيونی  
خهلك، گهلی دیجيتالی.

**Key words:** nationality, quantitative standard, qualitative standard, people intonation, digital people.

**المقدمة**

تعد الجنسية النظام القانوني الوحيد لتحديد الصفة الوطنية للأفراد ومن خلالها تستطيع الدولة أن تعرف عدد سكانها في الداخل والخارج، كما يمكن للدولة بها من تغذية السكان بالعناصر المفيدة معتمده على نفس النظام وان اختلف نوع الجنسية. والبحث ينطلق من الجنسية باتجاه شعب الدولة مستهدفا تنشيطه وتنوعه وصولا إلى تقويته في كافة المجالات من أجل تحقيق التنمية، وهذا يعني العمل على استثمار الجنسية، التي تعد وفقا للمفهوم التقليدي الأداة أو الوسيلة التي تضبط توزيع الأفراد جغرافية عبر دول العالم فيمكن من خلالها أن نعرف تعداد شعب كل دولة، كما انها تحدد الارتباط السياسي والقانوني بدولة معينة، وقد تزامن هذا المفهوم مع حاجة الدولة لتأسيس الشعب كركن حيوي من أركانها، وبذلك فإن شعب الدولة عبارة عن مجموعة من الأفراد الحاملين لجنسيتها سواء أكانوا ذكورا أم إناثا بالغيين أم غير بالغيين داخل الدولة أم خارجها وأي كان نوع جنسيتهم (تأسيسية أصلية مكتسبة)، فالناحية العديدة للشعب هي المعول عليها ابتداءً في تكوينها، ولا يهم فيما إذا كان رقم هذا العدد كبير أم متوسط أم صغير. فالدولة كانت ولا زالت تستهدف بنظام الجنسية ضبط أعداد وأرقام شعبها بغض النظر عن نوع أفرادهم وكفاءتهم الاقتصادية أو المالية أو العلمية أو المهنية أو الفنية.

ففكرة الموضوع تنصرف إلى الانتقال من الهدف التقليدي للجنسية في تكوين الشعب العددي أو الرقمي بشكل مجرد عن الاعتبارات النوعية أعلاه، وبدلاً أن يكون المقوم الذي تقوم عليه روعي إنساني مجرد إلى أن يكون الهدف نوعي، وهذا الهدف أخذ بالنشاط مع بداية توسع الشعوب وتعدد وتنوع حاجاتها ومصالحها، وما رافق ذلك من إشكاليات لم تكن بمستوى إمكانيات الدولة، مما اثر ذلك سلبا على تقدمها وازدهارها، وعندها شهدت هذه الانتقالة باتجاه حاجة الدول إلى استثمار الجنسية في جذب العناصر الكفوة فظهرت فكرة تنمية شعبها نوعياً على المستوى الاقتصادي والعلمي والاجتماعي والمهني لا فقط الاكتفاء بتعميره رقمياً كمياً، وبذلك توجهت لتنمية الشعب من خلال معيارين الأول كمي تقليدي والثاني نوعي مستحدث فهي لم تستغني عن الأول إنما استهدفت تقويته وتنميته بالثاني، وحافظت على الشعب الكمي من خلال الشعب النوعي. كما ان الأول يمكن أن يكون مصدر قوتها العددية في يكون الثاني حتماً مصدر قوتها الاقتصادية والعلمية والمهنية، وتتفرع عن كلا المعيارين وظائف للجنسية ففي إطار المعيار الأول تكون الوظيفة أحادية ذات طابع إنساني اجتماعي مجرد، في حين تتعدد هذه الوظائف في إطار المعيار النوعي حسب النوع المستهدف من منح الجنسية. فإذا كان النوع المستهدف مستثمر أو عامل ماهر أو رجل أعمال أخذت الجنسية الوظيفة الاقتصادية المالية، أما إذا كان النوع المستحدث أصحاب الكفاءات العلمية والفنية أو الرياضية كانت وظيفة الجنسية الكفاءة أو المهنية، أما إذا استهدفت الجنسية تخليص المجتمع من العناصر التي تمس بأمنه من حاملها فهنا ستؤدي الجنسية وظيفة أمنية لأنها تستهدف حماية أمن المجتمع من الداخل وتنقيته بتخليصه من العناصر الضارة، وقد تتوسع وظيفتها بطريقة سلبية في إثارة مسؤولية الدول عن الأعمال الإرهابية لرعاياها عبر الحدود، علماً ان كل الوظائف المتقدمة ترافقها الوظيفة الاجتماعية الإنسانية، وهذا يعني ان الوظيفة الأخيرة متضمنة في المعيار النوعي بكافة وظائفه، فاعتماد المعيار النوعي يعني اعتماد المعيار الكمي في نفس الوقت ولكن لا يعني اعتماد المعيار الكمي اعتماد المعيار النوعي.

تتمحور إشكالية البحث حول تشخيص الإسراف في تطبيق المعيار الكمي في أغلب الدول وخاصة العربية منها والعراق مقابل إهمال المعيار النوعي رغم ان ديمومة وتمدن وتنمية الشعب بالمعيار الكمي وتطوره لا يمكن أن يحصل تلقائياً إنما لابد من وجود المعيار النوعي لأن الأخير يستهدف استقطاب عناصر كفوة، فهناك تقصير عالمي باتجاه

المعيار النوعي الخاص الإيجابي رغم اعتماد المعيار النوعي العام وكذلك المعيار النوعي الخاص السلبي. كما ان غياب المعيار النوعي يفضي إلى اختلال توازن الشعب وركوده وجموده عن مواكبة التطور وهو ما ينعكس على التنمية. وهذا يعني ان الشعب بفضل المعيار النوعي الخاص بشكله الإيجابي في الاستقطاب والسلبي في الاستبعاد سيخلق حالة توازن اجتماعي إنساني اقتصادي ثقافي وينعكس بالمثل على استقرار الدولة.



## المبحث الأول

### تجويد الشعب عن طريق الجنسية الأصلية

الجنسية الأصلية هي الجنسية التي تفرض على الشخص فور ميلاده بسبب أصله الوطني "حق الدم" أو على أساس حق الإقليم أو على أساس الحقين معا، وتكتمل عناصر ثبوتها بالميلاد وتثبت للشخص بحكم القانون دون حاجة إلى تقديم طلب، وقد تفرض على أساس تبديل السيادة على الإقليم أيضاً<sup>(1)</sup>. تفرض الجنسية الأصلية بعد فرض الجنسية التأسيس وعندما تقوم الدولة بحصر شعبها بالاعتماد على جنسية التأسيس ولكن هناك أشخاص لا تتوافر فيهم الشروط السابق ذكرها في جنسية التأسيس فيتم فرض الجنسية لاعتبار آخر وتكون الغاية من فرضها زيادة العدد الكمي للدولة، ويكون دورها هو استكمال للجنسية التأسيسية في تغذية الشعب عن طريق امتداد هذه الجنسية إلى الفئات التي خرجت من مظلة أحكام الجنسية التأسيسية. وعملت الدول على فرض الجنسية الأصلية استناداً لأسس متعددة وهي:

تبدل السيادة على الإقليم<sup>(2)</sup>: - قد يفرض المشرع الجنسية لأجل استيعاب عدد من الأفراد الذين لا تنطبق عليهم الشروط التي تطلبها الجنسية التأسيسية والغاية من ذلك هو زيادة العدد الكمي لأفراد الشعب بشكل مباشر.

أساس حق الدم<sup>(3)</sup>: - تثبت جنسية الدولة العراقية على كل مولود على الأراضي

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي - القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، 2018 - ص 49

(2) وهذا ما جاءت به المادة (3) من قانون الجنسية رقم (43) لسنة 1963 والتي نصت على ما يأتي (1) - من كان عثمانياً الجنسية وبالغا سن الرشد وساكناً في العراق عادة تزول عنه الجنسية العثمانية ويعتبر عراقي الجنسية ابتداء من اليوم السادس من آب سنة 1924 ويعتبر ولده الصغير عراقي الجنسية أيضاً تبعاً له، 2 - من كان في التاريخ المذكور بالفقرة السابقة غير بالغ سن الرشد وفاقد الأبوين أو الأب وحده تزول عنه الجنسية العثمانية ويعتبر عراقي الجنسية ابتداء من التاريخ المذكور

(3) لقد نصت المادة (4) الفقرة (1) من قانون الجنسية رقم (43) لسنة 1963 على ما يأتي: يعتبر عراقياً (1) - من ولد في العراق أو خارجه لآب متمتع بالجنسية العراقية 2 - من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له 3 - من ولد في العراق من والدين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك) تقابلها المادة (2) من قانون الجنسية

←

العراقية بغض النظر عن المكان الذي يولد فيه، بالاعتماد على أساس الدم المنحدر، ولكن هناك تساؤل اثار بهذا الشأن هل ان الجنسية الأصلية تفرض على أساس حق الدم المنحدر من الأب أو الأم أو الاثنان معا؟

بالنسبة لأساس حق الدم المنحدر من الأب أخذت به جميع قوانين الجنسية الصادرة في العراق، أما بالنسبة إلى حق الدم المنحدر من الأم لم يأخذ القانون العراقي بهذا الأساس في قانون الجنسية رقم (42) لسنة 1924 وإنما أخذ بحق الدم المنحدر من الأب فقط<sup>(1)</sup>، اما في قانون الجنسية رقم (43) لسنة 1963 أخذ بمنح الجنسية العراقية أساس حق الدم المنحدر من الأم بشكل استثنائي<sup>(2)</sup>، وكذلك الحال في قانون الجنسية النافذ رقم (26) لسنة 2006 حيث أخذ بحق الدم المنحدر من الأم في المادة (3) الفقرة (أ)<sup>(3)</sup>، تجسيدا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية بنص المادة (18) من دستور العراق لسنة 2005 بأن يعد عراقيا من ولد لآب عراقي أو أم عراقية وكذلك ما جاءت به المادة (1) من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة المنعقدة في 18 كانون الأول لعام 1979 في الولايات المتحدة<sup>(4)</sup>،

←

المصري رقم (26) لسنة 1975 المعدل بقانون رقم (154) لسنة 2004 يكون مصريا: (1 - من ولد لآب مصري 2 - كل من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له 3 - من ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا 4 - من ولد في مصر من أبوين مجهولين 5 - ويعتبر اللقيط في مصر مولودا فيها ما لم يثبت العكس) تقابلها المادة (18) من القانون المدني الفرنسي حيث انها نصت على مايا تي (الطفل فرنسي إذا كان احد الوالدين على الأقل فرنسيا) يلاحظ من نص المادة ان المشرع الفرنسي أخذ بحق الدم المنحدر من الأب أو الأم كأساس لفرض الجنسية الفرنسية على المولود في فرنسا)

(1) المادة (8) من هذا القانون (يعتبر عراقيا (أ) كل من كان له حين ولادته بصرف النظر عن محلها والد عراقي بعلة تولده في العراق أو اكتسابه الجنسية العراقية بطريق التجنس أو بالطرق المبينة في المادة الثالثة والرابعة والخامسة. (ب) كل من ولد في العراق وبلغ سن الرشد ان كان والده مولودا في العراق وكان مقيما به عادة حين ولادة ابنه).

(2) انظر المادة (4) من هذا القانون.

(3) يعتبر عراقي كل من ولد لآب عراقي أو لام عراقية.

(4) نصت المادة (2) على ما يأتي (1 - تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل في

←

أساس حق الإقليم<sup>(1)</sup>: - يقصد بحق الإقليم ان الدولة تفرض جنسيتها على كل من ولد على إقليمها بغض النظر عن جنسية والدية، وتختلف الدول عندما تعتمد هذا الأساس بين دول تعتمد بشكل مطلق على اعتبار كل من ولد على إقليمها وطني بغض النظر عن جنسية والدية ومن الدول الأنجلو سكسونية التي أخذت بحق الإقليم بشكل مطلق بريطانيا في قانون الجنسية الصادر 30 - 10 - 1981 وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية عام 1952 في المادة (301)، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الأساس في الدول اللاتينية الأرجنتين حسب ما جاء في المادة (3) من قانونها الصادر في 18 - 5 - 1971، اما الدول التي أخذت بحق الإقليم النسبي حيث تفرض الدول جنسيتها في حالات استثنائية وهذا ما أخذ به القانون العراقي في قانون الجنسية رقم 43 لسنة 1963 وكذلك قانون رقم (26) لسنة 2006<sup>(2)</sup>.

←

اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها وتتضمن بوجه خاص الا يترتب على الزواج من أجنبي أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أو تغيير تلقائياً جنسية الزوجة أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج، 2 - تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها)

ينظر الرابط التالي: <https://www.ohchr.org>: ينظر أيضاً: د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجنب وأحكامها في القانون العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، 1968، ص 67

- (1) المادة (4) الفقرة (3) من قانون الجنسية رقم (43) سنة 1963 والتي نصت على ما يأتي (من ولد في العراق من والدين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك) وهذا ما جاءت به المادة (3) الفقرة (ب) من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم (26) لسنة 2006. تقابلها المادة (2) الفقرة (4) من القانون المصري النافذ المذكور أعلاه. تقابلها المادة (19) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على ما يأتي (الطفل المولود في فرنسا من أبوين مجهولين هو فرنسي، ومع ذلك سيعتبر انه لم يكن إذا تم إثبات نسب أبويه فيما يتعلق به للأجنبي).
- (2) العراق عندما أخذ بمبدأ حق الإقليم وأساس فرض الجنسية على هذا المبدأ هو تمثيل للتوجيه العالمي من اجل تحقيق مبدأ حق الإنسان في أن تكون له جنسية فور ميلاده، وما أكدته اتفاقية لاهاي 1930 ولكن الاستثناءات التي أوردتها المشرع هما تمنح الجنسية بالحق المقيد استناداً لأساس حق الإقليم على كل من 1 - مجهول الأبوين و 2 - الأب عديم الجنسية، نقلاً عن د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي - المصدر السابق - ص 62 - 63.



## المطلب الأول

### المعيار المعتمد في تجويد الشعب

يظهر من خلال مراجعة الجنسية الأصلية ان الفاعلية كانت لحساب المعيار الذي يغذي الشعب بعدد ورقم من الأفراد بغض النظر عن أي اعتبار آخر فيأخذ هذا المعيار تسميته من وظيفته ويصطلح عليه بالمعيار الكمي، وهذا المعيار يساهم بشكل محدود في تجويد الشعب وهو أقل مرونة على التطويع باتجاه التجويد من المعيار الذي سلاحظه في إطار الجنسية المكتسبة. وقد يثار تساؤل مفاده: أي من الأساسين أعلاه في منح الجنسية يكون أكثر تأثيراً في المعيار الكمي أساس حق الدم أم أساس حق الإقليم؟ وبعبارة أخرى هل ان زيادة عدد السكان يكون أكثر في حالة منح الجنسية على أساس حق الدم أم في حالة منح الجنسية على أساس حق الإقليم؟ ومن حيث المبدأ فإن منح الجنسية على أساس حق الدم هو أكثر تأثيراً في المعيار الكمي من منح الجنسية على أساس حق الإقليم. وذلك لانتقال الجنسية بشكل اسرع إلى الأفراد على نحو ما يشبه التوارث في استمرار الجنسية بين الخلف والسلف، فالزيادة المتوقعة من خلال هذا الأساس هي الأكثر لأنها متحققة في داخل الدولة وخارجها طالما المولود من أصول وطنية كما أن تكثير أو زيادة الأفراد من خلال حق الدم المنحدر من الأب يكون أكثر من حق الدم المنحدر من الأم وذلك لافتراض وجود الأب في الغالب يغني عن الأم، في حين يتحقق المعيار في أساس حق الإقليم بمساحة أقل فضلاً عن محدودية الدول التي تعتمد هذا الأساس ومحدودية حالاته في الدول التي لا تعتمد فهو يعتمد فقط في إطار مجهول الأبوين واللقيط المادة (3/ب) من قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006.

فهذا المعيار يؤدي أدوار متعددة كما سنكشف عنه من خلال الفرعين التاليين:

## الفرع الأول

### نوع المعيار

يلعب المعيار الكمي دور رئيس في إطار الجنسية الأصلية فهو يفيد الجانب العددي في تشكيل شعب الدولة، كما يمثل القصد الرئيس من وراء فرض الجنسية أو منحها، حيث يعتبر الشعب أحد الأركان الأساسية للدولة ولا يمكن تصور قيام دولة معينة من غير شعب، لذا فإن الجنسية تأتي في قمة الهرم القانوني وترتبط ارتباطاً مباشراً في عملية

تأسيس أو بناء الدولة إضافة إلى أنها تواكب كل ما يطرأ على مستقبلها من خلال تناغم وتماسك ركن الشعب فيها<sup>(1)</sup>. ولا يقتصر دور المعيار الكمي في الجنسية على تكوين شعب الدولة ابتداءً وإنما يكون له دور في زيادة هذا الشعب عندما تكون الدولة بحاجة إلى الكثافة السكانية العددية، والمعيار الكمي في الجنسية لا يمكن للدولة أن تستغني عنه فجميع دول العالم تستعين به من أجل تكوين شعبها سواء عند تأسيسها أو فيما بعد عندما تفرض جنسيتها على من يولد لأحد رعاياها أو المولود على إقليمها وأن كان أجنبياً. فهو يفيد التجويد الكمي للشعب وليس أكثر من ذلك وهذا لا يعني انه لا يقبل التوظيف في استعماله بشكل انتقائي لمن يحمل الجنسية الأصلية بشكل غير تقليدي في إطار تشغيل أساس حق الإقليم لمن يولد على أراضي وطنية وان كان من أصول أجنبية إذا كان أحد والديه من أصحاب الكفاءات أو رجال المال أو الأعمال.

فالمعيار الكمي معيار فني اصطلاحى يستهدف تكوين كم أو عدد من الأفراد يمثلون شعب الدولة من خلال أساسين أساس حق الدم وحق الإقليم ويمكن توظيف هذه الأسس في إطار جذب النخف والكفاءات وفق للطريقة التي أسلفناها وهنا يمكن تعديل نص المادة (3) من قانون الجنسية العراقية بإضافة فقرة (ج) ليكون مضمونها (ومن يولد في العراق من أبوين أجنبيين إذا كان أحدهما أو كلاهما ذو كفاءة) والكفاءة تنصرف إلى المستويات العلمية أو الاقتصادية أو المهنية أو الفنية، وهذا المعيار يحقق هدف تكوين الشعب وفق لأي من الأسس الثابتة أو المقترحة بأحد طريقتين: أما عند تكوين الدولة والكم المتكون هنا سوف يكون من البالغين وغير البالغين، أو وقت الميلاد وهنا سيقصر هذا الكم على فئة غير البالغين حتماً، أي بوجب المعيار الكمي يتكون الشعب السياسي والشعب الاجتماعي.

## الفرع الثاني

### طبيعة المعيار

ينطوي هذا المعيار على طبيعة مركبة فهو ذات طابع موضوعي إجرائي يتحقق في

(1) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص79.

إطار الجنسية التأسيسية والجنسية الأصلية؛ لأن الدولة في مرحلة التأسيس تحتاج إلى شعب وسبيلها إلى تكوين هذا الشعب هو منح جنسيتها للقاطنين على أرضها دون أن تشترط فيهم الكفاءة أو المؤهل العلمي أو الفني أو الأدبي وتسمى الجنسية في هذه الحالة (بالجنسية التأسيسية)، على غرار استقلال الأقاليم الخاضعة للدولة العثمانية بموجب معاهدة لوزان سنة 1923 ومنها العراق ومصر وسوريا ولبنان، وبذلك تم الاعتراف لهذه الأقاليم بالشخصية القانونية وأصبحت دولاً مستقلة ولها السلطة على منح جنسيتها للأفراد المقيمين على أرضها، وصدر آنذاك أول قانون جنسية في العراق وهو قانون الجنسية رقم (42) لسنة 1924 والذي نص في المادة (3) منه على فرض الجنسية العراقية وزوال الجنسية العثمانية من كل عثماني كان في اليوم السادس من آب عام 1924 ساكناً في العراق عادة ويعد حائزاً على الجنسية العراقية ابتداءً من التاريخ المذكور، وهنا المشرع العراقي استخدم صيغة العموم (كل) فلم يشترط الكفاءة أو الخبرة أو الملائمة المالية أو ما شاكل ذلك. أما بالنسبة للجنسية الأصلية فتفرضها الدولة على الشخص فور ميلاده أما بسبب أصله الوطني سواء ولد على إقليم الدولة أو خارجها أو لأنه مولود على إقليم الدولة وان كان من أصول أجنبية، ومن الطبيعي أن الدولة هنا لا تبحث عن الكفاءة والخبرة في هذا المولود الجديد وإنما يكون المعيار الكمي هو البارز، ويمكن القول أن هذا المولود هو الذي يكون مفروض على الدولة خاصة في الجنسية الممنوحة على أساس الدم. أما دور المعيار الكمي في الجنسية المكتسبة فيكون أقل من دوره في الجنسية التأسيسية والجنسية الأصلية ولكن مع ذلك يبقى له دوراً فعالاً في منح الجنسية لأن بعض الدول قد تيسر طرق الحصول على جنسيتها إذا كانت بحاجة إلى الكثافة البشرية وهنا يبرز المعيار النوعي العام عند مراعاة الشروط العامة في اكتساب الجنسية الوطنية كما فعل المشرع العراقي في المادة (6) من القانون النافذ. وكذلك ينطوي المعيار على طابع إجرائي لأنه يتطلب تحققه شروط فيمن يستحق الجنسية الأصلية أو التأسيسية أو المكتسبة حسب الأسس التي يقوم عليها كل منهم.

## المطلب الثاني

### صلاحية المعيار الكمي في تعبير شعب الدولة

إن صلاحية المعيار المتقدم تكاد تكون محدود في إطار تجويد الشعب ولكنه يؤدي

وظيفة تقليدية في تنمية أعداد السكان ويلعب دور محدود في الحفاظ على النخف من هذا العدد، ولكن لا يمكن نكران انه يحافظ على نوع الشعب واستقراره كما سنلاحظ ولأجل ذلك فلا بد من بحث الموضوع من خلال فرعين:

## الفرع الأول

### دور المعيار في استمرار الشعب

إن المعيار الكمي يحقق تراكم في الأعداد والأرقام للأفراد المكونين لشعب الدولة وهو بذلك يساهم في استمرار الشعب مع استمرار صفته الوطنية بالتتابع من الأصول الوطنية إلى الفروع كما يمكن أن يؤدي إلى استيعاب كل من يولد على التراب الوطنية بالجنسية مما يترتب على ذلك النتائج أدناه:

تشكيل الشعب الكمي: - بما ان الجنسية رابطة قانونية وسياسية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى الدولة، فيعد بذلك الفرد اوثق صلة وارتباطا بالدولة فغاية الدول في فرض جنسيتها لأجل منح السكان الثقة والشعور بالارتباط بتلك الدولة فالعميلة ترجمة بصيغة قانونية المحافظة على النسيج الاجتماعي للشعب، بها تحتكر الدولة وضع الأساس لتكوين شعبها<sup>(1)</sup>. وليس هناك ما يمنع أن تحسن أو تطعم هذا الشعب بالعناصر الكفؤة مستعمله أساس حق الإقليم أو حق الدم.

فانسلاخ العراق من الإمبراطورية العثمانية بموجب معاهدة لوزان عام 1924 بات من الضروري أن يتولى تنظيم أمور جنسيته عملاً بالمادة (30) من المعاهدة المذكورة أعلاه، فالعالم ينقسم إلى عدة دول ولكل دولة رقعة جغرافية يعيش فوقها جماعة من الناس ولهم ارتباط بالدولة صاحبة السيادة وبالتالي الارتباط السياسي والروحي والقانوني بالدولة يمنح الفرد صفة المواطن، بينما يكون الفرد الذي يعوزه هذا الارتباط في وضع الأجنبي<sup>(2)</sup>. فحامل الجنسية يختلف في مركزه القانوني عن الأجنبي في الحقوق والامتيازات

(1) د. محمد عباس محسن، حق اكتساب الجنسية الأصلية من الأم في دستور العراق لسنة 2005 دراسة موازنة لأحكام التشريع والقضاء العراقيين، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية، المجلد (6) العدد (17)، 2011 - ص 79

(2) د. عزيز طوبان، القانون الدولي الخاص "الجنسية"، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2017، ص 12

ويعتمد نشاط المعيار الكمي في إطار تفعيل الأساسين الدم والإقليم على عوامل منها سعة الرقعة الجغرافية للدولة ومقدار مواردها الاقتصادية، وهذا المعيار يستوعب كل مولود دون أن يكون للأهلية والإرادة دور فيه فهو يعتمد على أهلية الوجوب لا الأداء ويتحقق بولادة الشخص حياً<sup>(1)</sup>.

ويمكن القول ان المعيار الكمي هو معيار ضروري لجميع الدول سواء عند تأسيسها أو بعد ذلك ولا يمكن لأي دولة أن تستغني عنه، أما المعيار النوعي فهو معيار استثنائي ويمكن للدولة أن تأخذ به أو تستغني عنه وهذا ما نراه في الوقت الحاضر إذ أن بعض الدول تمنح جنسيتها على أساس المعيار النوعي وبعض الدول لا تمنحها على هذا الأساس. ويمكن القول ان المعيار النوعي العام هو المعيار السائد الأخذ به في حين يقتصر المعيار النوعي الخاص على بعض الدول وهذا المعيار يعتمد مؤهلات وعناصر متميزة في الشخص المطلوب منحه الجنسية كالكفاءة العلمية أو المالية أو المهنية.

ب - تكوين القوة العددية: - الدولة عندما تمنح جنسيتها فهي ملزمة بحماية أفرادها والدفاع عنهم سواء في الداخل أو الخارج والتمتع بقسط أوفر من الحقوق وبذات الوقت كلما زاد أفراد الدولة ازدادت قوتها وسلطة نفوذها بين الدول المجاورة لها<sup>(2)</sup>. فهذه القوة ترفد الدولة بالموارد البشرية في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والعسكرية والمهنية.

تمثل القوة العددية بالنسبة للدولة بأفرادها فالفرد مفتاح حياته القانونية منح الجنسية له فبدونها لا يجد بلد ينتمي إليه فغاية الدول من فرض الجنسية زيادة عدد سكانها بغض النظر عن مدى كفاءتهم أو مقدرتهم الفنية أو العلمية<sup>(3)</sup>.

(1) حسن هليل جدران فهد المالكي، الدور المركب للجنسية في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، 1021، ص 13

(2) د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، 1968، ص 11

(3) عوني محمود يوسف المؤمني - الآثار المترتبة على منح الجنسية الأصلية للام "دراسة مقارنة"، رسال ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص 2

## الفرع الثاني

### دور المعيار في استقرار الشعب

إن الجنسية التي تقوم على هذا المعيار تكفل للأفراد تحقيق فرص أوفر من الانسجام العاطفي والفكري والثقافي مما ينعكس ذلك على تماسك في النسيج الاجتماعي الذي يتحقق به استقرار الشعب وهذا ما يساعد على تقوية السيطرة السياسية للدولة على الأفراد المكونين لها، فالمعيار الكمي أو العددي للشعب يأتي من السياسة المتبعة في منح الجنسية واستقطاب الأفراد تبعاً لوطنية الأصول أو مكان الميلاد وهو ما يساهم في تكامل الحالة الاجتماعية للأفراد<sup>(1)</sup>.

وبواسطة الجنسية التي تفرضها الدولة على الأفراد يكون للدولة نوعاً من السيطرة القانونية على مواطنيها سواء بالداخل أو عبر الحدود، وبذلك تمنح الجنسية القوة العددية للشعب ليس في الداخل حتى في الخارج مثال ذلك قانون الجنسية الفرنسي لعام 1993 المعدل بقانون 1998 يشترط حصول المولودين من رعايا فرنسيين لآب أو أم في الخارج يقضي بإيجاد عنصر تواجد فرنسي هناك ومن ثم امتداد السيادة الفرنسية بفعل الفرنسيين في خارج فرنسا<sup>(2)</sup>. وهذا يمنح الدولة امتداد لسيادتها الشخصية فضلاً عن تحقق سيادتها الإقليمية على الأفراد الكائنين على أراضيها فاستقرار ارتباط الفرد بالدولة سوف لا يكون مرهون بتواجده بالداخل إنما يمتد إلى الخارج.

ومما يزيد فرص استقرار الشعب ان كل من يحصل على جنسية الدولة بموجب المعيار الكمي يكون من الصعب تجريده منها، وهذا ما أكدته الدستور العراقي في المادة (18) وكذلك قانون الجنسية العراقي النافذ بموجب المفهوم المخالف للمادة (15) والتي أجازت سحب الجنسية من غير العراقي الذي اكتسبها بالتجنس. هذا يعني انه إذا دخل الفرد لشعب الدولة بالمعيار الكمي يكون متعذر إخراجه بموجب المعيار النوعي الخاص السلبي كما سنلاحظ وهنا يمكن القول انه يمكن تجريد الوطني الأصلي من جنسيته إذا

(1) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 79

(2) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، ط 2،

2011، ص 44

كان ذات خطورة أو ضرر عالي اتجاه الشعب كما لو ارتكب عمل إرهابي أو جريمة فساد إداري أو مالي فهنا يمكن أن يصلح المعيار الكمي لتنقية شعب الدولة من العناصر الضارة بالاستعانة بمعيار نوعي سلبي وهذا يتطلب في العراق تعديل المادة (15) من قانون الجنسية النافذ فأخراج العناصر الضارة مقابل إدخال العناصر المفيدة يساهم بشكل رئيس في الحد من النزاعات ويوسع من دائرة الاستقرار الاجتماعي الذي ينعكس على سلامة المجتمع والتنمية.



## المبحث الثاني

### تجويد الشعب عن طريق الجنسية المكتسبة

تعد الجنسية المكتسبة المنطقة التي ينشط فيها دور معيار آخر من طبيعة آخر تتناسب مع انتقاء نوع من الأفراد فيصطلح على تسميته بالمعيار النوعي، لذا فإن هذا المعيار يساهم في تجويد الشعب ونشاطه يأتي من خلال طبيعته وارتباطه بالجنسية المكتسبة كما انه يتصف بسرعة التأقلم والمرونة في التكيف والقابلية في جذب ما يمكن جذبه وانتقاء ما يقصد انتقائه من العناصر المفيدة علميا أو اقتصاديا أو فنيا، وبذلك فإن المعيار النوعي يأخذ اسمه من ما يستهدفه في اختيار وانتقاء نوع من الأفراد لمواصفات أو خصائص ذاتية أو خارجية يتصفون بها كالمستثمرين أو رجال الأعمال والمال وأصحاب الكفاءات والنخب والفنيين والموهوبين في مختلف الاختصاصات. فالمعيار النوعي يمكن تطويعه وتوجيه الجنسية المكتسبة من خلاله لكسب هذه الفئات النوعية لتحقيق كثير من الاغراض أهمها التنمية وقلها الحفاظ على تنوع النسيج الاجتماعي لشعب الدولة. ولأجل ذلك فلا بد من بحث الموضوع من خلال مطلبين على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### المعيار المعتمد في تجويد الشعب

يعتمد في إطار تجويد الشعب بأعلى مستوى معيار يستهدف نوع من الأفراد فيأخذ وصفه من وظيفته ويسمى بالمعيار النوعي وهذا المعيار يؤدي وظائف نوعية مختلفة ولأجل إيضاح ما يؤديه فلا بد من بحث الموضوع من خلال فرعين كالآتي:

### الفرع الأول

#### نوع المعيار

إن الحاجة إلى هذا النوع من المعايير كانت كردة فعل طبيعي وهي سد حاجة الدولة من الكفاءات والنخب من خلال تطعيم شعب الدولة بالعناصر العلمية، والاقتصادية، والثقافية، والفنية، والرياضية وغيرها، وهو ما سيحقق توازن النسيج الاجتماعي لشعب الدولة كما سيخلق حالة من التكاملية بين الدولة والشعب وكل ذلك سيصب في النهاية باتجاه تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتعمير السكان.



ويقصد بهذا المعيار النوعي وسيلة فنية تستهدف انتقاء واختيار من يقدم خدمات اجتماعية للشعب، فلا يكون هذا المنح مثلاً على أساس كمي عددي - سواء عند تكوين شعب الدولة أو عند زيادته - وإنما تمنح على أساس نوعي أي على أساس الكفاءة المالية أو العلمية أو العملية، وبعبارة أدق فإن المعيار النوعي هو الذي يستهدف تكوين الشعب النخبوي أي هو وسيلة لتطعيم الشعب الكمي بعناصر كفاءة وصولاً إلى تكوين شعب قادر على الإبداع والتطور وهذا يؤدي إلى تحقيق التوازن في النسيج الاجتماعي وبذلك فهو يطور ما يصنعه المعيار الكمي فيكون هنالك تفاعل متوازن بين المعيارين. كما ان المعيار النوعي يستجيب لسوق العمل فهو يسوق للمجتمع أشبه ما يكون براس المال البشري إلى جانب رأس المال المادي<sup>(1)</sup>.

وأن الكثير من الدول تنص في تشريعاتها على منح الجنسية لمن يؤدي خدمات نافعة أو جلية للبلد أقدمها القانون المدني الفرنسي حيث يجوز اكتساب الجنسية الفرنسية من دون توفر شرط المدة: فموجب المادة (21 / 19 / 4) الأجنبي الذي أدى فعلاً خدمة عسكرية في إحدى وحدات الجيش الفرنسي، أو تعاقد وقت الحرب على الانضمام طوعاً في الجيش الفرنسي أو الجيوش المتحالفة معها. وبموجب المادة (21 / 19 / 6) الأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية لفرنسا، أو الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية لفرنسا. وفي هذه الحالة، لا يصدر مرسوم التجنس إلا بعد رأي مجلس الدولة بناء على تقرير الوزير المختص. وبموجب المادة (21 / 19 / 7) الأجنبي الذي حصل على صفة لاجئ طبقاً للقانون (52 - 893) الصادر في 25 تموز 1952 الذي يتعلق بإنشاء المكتب الفرنسي لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية.

وكذلك أشار إلى هذا المعيار قانون الجنسية العثماني لسنة 1869 في المادة (4)، ثم سارت على هذا الطريق مصر والأردن وقطر والإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية أما العراق فأخذ بهذا المعيار في قانون الجنسية رقم (42) لسنة 1924 الملغى في المادة (11) وكذلك في قانون الجنسية رقم (43) لسنة 1963 الملغى في المادة (9). إلا أن

(1) انظر بهذا المعنى احمد محمد فاضل، الأساس الاقتصادي لمنح الجنسية دراسة قانونية مقارنة، كلية القانون، جامعة القادسية، 2020 ص 41

المشروع العراقي لم ينص عليه في قانون الجنسية النافذ رقم (26) لسنة 2006<sup>(1)</sup>. كما أكد هذا المعنى المشروع المصري في قانون الجنسية رقم 26 لسنة 1975 في المادة (5) التي نصت على ان (يجوز بقرار من رئيس الجمهورية منح الجنسية المصرية دون تقيد بالشروط المبينة في المادة السابقة من هذا القانون لكل أجنبي يؤدي لمصر خدمات جلية وكذلك لرؤساء الطوائف الدينية المصرية).

وهناك أسباب لاكتساب الجنسية تماثل حالة التجنس الاعتيادي ومنها اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط والذي أشار إليه المشروع في المادتين (7) و(11) قانون الجنسية العراقية بخصوص زواج الأجنبي من امرأة عراقية أو زواج امرأة غير العراقية من رجل عراقي وهنا تطلب المشروع الإقامة لمدة خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجية<sup>(2)</sup>. وكذلك اكتساب الجنسية على أساس الولادة في خارج العراق من أم عراقية لاب مجهول أو لا جنسيته له<sup>(3)</sup> استناداً للمادة (4) من قانون الجنسية النافذ، وكذلك اكتساب

(1) د. محمد حسناوي شويح، التجنس الاستثنائي، مجلة الكوفة القانونية والعلوم السياسية، المجلد الأول، العدد 39، 2019، ص 201 وما بعدها.

(2) اذ نصت المادة (7) من قانون الجنسية على ان " للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية والإقامة الطويلة الجنسية إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (6) من هذا القانون على ان لا تقل مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من البند أولاً من المادة (6) من هذا القانون عن خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجية " كما نصت المادة (11) من قانون الجنسية على ان " للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية: - أ - تقديم طلب إلى الوزير ب - مضي خمس سنوات على زواجها وإقامتها في العراق ج - استمرار الرابطة الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها وكانت لها من مطلقها أو زوجها المتوفى ولد "

(3) نص المادة (4) من قانون الجنسية العراقي النافذ "للووزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط أن يكون مقيماً في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية"، وكذلك نص المادة (5) على الولادة المضاعفة ونص "للووزير أن يعتبر عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند الولادة ولده بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية العراقية " يقابلها المواد (3و6و7) من قانون الجنسية المصري المعدل، والمواد (21و3و2) من قانون المدني الفرنسي.

الجنسية على أساس الولادة المضاعفة للاب والأبن في إقليم الدولة على نحو متتابع<sup>(1)</sup>.  
 أما التجنس الاعتيادي فقد نظمته المشرع العراقي في المادة (6) من قانون الجنسية النافذ بشروط منها الإقامة لمدة عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب أن يكون حسن السمعة والسلوك وغير متورط بجناية أو جنحة، وأيضاً أن يكون له وسيلة للعيش، وان يكون سالماً من الأمراض ولا تمنح الجنسية على أساس يخل بالتركيبة السكانية، وكذلك اكتمال الأهلية ببلوغ الفرد سن الرشد بحسب التقويم الميلادي، ودخوله العراق بصورة مشروعة<sup>(2)</sup>، ويلاحظ على كل ما سبق من حالات التجنس الاعتيادي في قانون الجنسية العراقي بأنها لم تقوم على أساس المعيار النوعي في منح الجنسية العراقية وبالتالي يؤدي كل ذلك إلى الزيادة العددية للسكان دون وجود الفئات النخبوية أو النوعية التي تساعد على تطوير مستوى أداء الدولة أو المجتمع، فدور المعيار النوعي يكون منشأً للجماعة النخبوية في المجتمع في حين يكون دور المعيار الكمي كاشف عن الصفة الوطنية للشعب فالأخير يكون موجود قبل الجنسية التأسيسية والأصلية ويأتي المعيار الكمي ليكشف عنه من الناحية التنظيمية.

أما فيما يتعلق بمعيار النوعي القائم على أساس الكفاءة العلمية والعملية والاقتصادية وغيرها من الاعتبارات التي تؤدي إلى تطوير مستوى أداء الدولة والمجتمع فإنه يفضي إلى تعمير السكان وتغذيته بالعناصر الكفؤة ومنحه الألوان من العطاء المعرفي والعلمي والفني والمهني والمالي فهذه الألوان تتفاعل فيما بينها وبين الشعب الكمي وان حاصل تفاعلها هو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتلاقح واندماج الحضارات والثقافات من مختلف بلدان العالم، وان هذا يفضي إلى التفوق في التنوع السكاني للشعب على باقي الشعوب ويضحي الشعب مكان ملائم لجذب المزيد من أصحاب الكفاءات والنخب وهو ما سيساعد على توافر عناصر إيجابية أجنبية من مختلف بلدان العالم منحهم الجنسية على أساس استثنائي من الشروط العامة سيضيف قوة إضافية للشعب تظهر من خلال ما يقدموه من خدمات مالية بحثية ورياضية وثقافية وعلمية وفنية في مختلف مجالات الحياة فهذه

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 83.

(2) المادة (6) من قانون الجنسية العراقي النافذ، يقابلها المادة (4) من قانون الجنسية المصري، والمادة (21) من قانون المدني الفرنسي.

الخدمات تأخذ مستوى ما يصطلح عليه بالخدمات النافعة للبلاد كما إن المعيار النوعي يفضي إلى تجميع أكبر قدر ممكن من العناصر كفؤة، ليحصد ثمار العالم فمن خلاله يصبح للدولة مؤهلات مرغوبة بها عالميا لما تملكه من مؤسسات تدير الشؤون الداخلية والخارجية على نحو يشعر كل من يدخل في كنف تلك الدولة بالأمان والراحة والهدوء فانعكاس العناصر الكفوءة سيظهر حتما على أداء الدولة ويمكن عمل مقارنة بين أداء الدولة قبل تطبيق المعيار النوعي وبعده لمعرفة الفرق في ذلك عندها سنشعر بجودة مخرجات الدولة من خلال جودة الشعب.

وإن المشرع العراقي في قانون الجنسية النافذ لم يشير إلى منح الجنسية على أساس المعيار النوعي الخاص الذي يستهدف جذب أصحاب الكفاءة والنخب، ولكن الإشارة وردت إلى هذا المعنى في قانون الجنسية الملغى في المادة (2/8) التي أكدت على صلاحية الوزير بمنح الجنسية العراقية إلى من يؤدي خدمات نافعة للبلاد، وإن مصطلح الخدمات النافعة مصطلح واسع كما لاحظنا، ويستوعب بشكل غير محدد مجالات متنوعة لأن المصطلح جاء بشكل مطلق، وهذا طريق يعد نوع خاص من أنواع اكتساب الجنسية والقائم على أساس معيار النوعي يفيد تطوير شعب الدولة نوعيا وفنويا لا عموميا ومن الجدير بالذكر لا نحصل على أي فرق بين المعيار الكمي والمعيار النوعي العام إذا كان الأخير يستهدف عناصر تحمل صفات عامة بعيدة عن عناصر الكفاءة ومعنى النخب ولكن يمكن أن نحصل على هذا الفرق وينشط ويزهر المعيار النوعي موضوع دراستنا إذا كان موجه بشكل خاص إلى عناصر مفيدة تستثنى من الشروط التي يتطلبها التجنس وفقا للمعيار النوعي العام

وفي إطار موقف المشرع المصري في قانون الجنسية المعدل فقد نص على معنى المعيار النوعي الخاص وذلك في المادة (5) التي نصت على ان "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية منح الجنسية المصرية دون تقيد بالشروط المبيّنة في المادة السابقة من هذا القانون لكل أجنبي يؤدي لمصر خدمات جليّة... " كما أشار المشرع الفرنسي في القانون المدني إلى هذا المعنى في المادة (18/21) التي نصت على ان "يتم تخفيض مدة الإقامة إلى سنتين: 2 - بالنسبة لأولئك الذي قدموا أو الذين يمكن أن يقدموا من خلال قدراتهم ومواهبهم خدمات مهمة لفرنسا 3 - للأجانب الذين لديهم مسار اندماج استثنائي محل تقدير من حيث الأنشطة ما يتم تنفيذه أو الأعمال المنفذة في المجالات المدنية أو العلمية

أو الثقافية أو الرياضية"<sup>(1)</sup> وكذلك نصت المادة (21/ف21) "يجوز منح الجنسية الفرنسية بالتجنس بناء على اقتراح وزير الخارجية لأي أجنبي ناطق بالفرنسية يطلبها ويساهم بعمله المميز في نفوذ فرنسا وازدهار علاقاتها الاقتصادية الدولية"<sup>(2)</sup> ويتبين من موقف المشرع المصري بأنه جاء بعبارة واسعة لمنح الجنسية على أساس معيار النوعي واستثناء من الشروط العامة لمنح الجنسية إذا كان الأجنبي يؤدي خدمات جليلة أو نافعة ولم تحدد نوع الخدمات سواء ثقافية أو مالية أو علمية، أما المشرع الفرنسي قلل مدة الإقامة إلى سنتين لتلك الذي لديهم مواهب وخبرات فنية وثقافية وعلمية ورياضية، وكذلك منح الجنسية على أساس الأعمال الاقتصادية وازدهارها لأي شخص أجنبي لديه لغة فرنسية.

## الفرع الثاني طبيعة المعيار

المعيار النوعي الخاص يبرز في الجنسية المكتسبة ويتراجع كثيراً في الجنسية التأسيسية والأصلية، وفي إطار إظهار دور هذا المعيار فلا بد من أن نتبع ذلك من أنواع التجنس التي حددها الفقه بنوعين: التجنس الاعتيادي وفيه يظهر المعيار النوعي العام الذي يتطلب جملة شروط تقليدية ويخضع فيها الطلب المقدمة للسلطة التقديرية للدولة وهناك التجنس الاستثنائي (ويسمى الأخير أيضاً بالتجنس غير الاعتيادي، أو الخاص، أو الطليق، أو الميسر) ويظهر فيه المعيار النوعي الخاص فهو يستهدف انتقاء واختيار فئات معينة من البشر على أساس توافر شروط مخففة.

1 - Le stage mentionné à l'article 21 - 17 est réduit à deux ans Pour l'étranger qui a accompli avec succès deux années d'études supérieures en - 1 1 - vue d'acquérir un diplôme délivré par une université ou un établissement d'enseignement supérieur français ;

2 - Pour celui qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France;

3 - Pour l'étranger qui présente un parcours exceptionnel d'intégration, apprécié au regard des activités menées ou des actions accomplies dans les domaines civique, scientifique, économique, culturel ou sportif.

2 - La nationalité française peut être conférée par naturalisation sur proposition du ministre des affaires étrangères à tout étranger francophone qui en fait la demande et qui contribue par son action éminente au rayonnement de la France et à la prospérité de ses relations économiques internationales.

. ويقصد بالجنس الاعتيادي هو الذي يجب أن يتوافر فيه عنصر الإقامة الطويلة والاندماج مع مجتمع الدولة المراد الحصول على جنسيتها إضافة إلى الشروط الأخرى التي ينص عليها القانون<sup>(1)</sup> ولا تمنح الجنسية في هذا النوع من التجنس على أساس الكفاءة أو الخبرة وهنا يمكن القول ان المعيار النوعي يتصف بصفة العموم دون أن يكون وسيلة انتخاب الأفضل والأصلح علمياً أو فنياً أو مالياً من الأجانب، أما التجنس الاستثنائي فهو الذي يكون مجرداً من الإقامة الطويلة وإنما يشترط فيه الكفاءة أو تقديم خدمات جليلة ونافعة للبلد<sup>(2)</sup> وقد وصف البعض اكتساب الجنسية في الوضع الأخير يقع في منطقة الوسط بين الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة رغم ان حالة التجنس الخاص هنا مشتقة من حالات الجنسية الطارئة<sup>(3)</sup>، وهنا يبرز دور المعيار النوعي الخاص. مع ملاحظة ان المعيار النوعي لا يستهدف فقط جلب العناصر الكفوءة وإنما يعمل على تنقية الشعب عن طريق إبعاد العناصر الرديئة من خلال تجريد الجنسية عن من هو دون مستوى الثقة الممنوحة له من الأجانب كما لو قام بعمل يعد خطراً على امن الدولة وسلامتها وهذا الدور التجريدي للمعيار ينصرف للمتجنسين<sup>(4)</sup>. فالدولة من خلال المعيار النوعي السلبي تعمل على المحافظة على جودة الشعب بتخليصه من العناصر الضارة والخطرة حافظاً على العناصر المفيدة التي حصلت عليها بالمعيار النوعي الإيجابي.

## المطلب الثاني

### صلاحية المعيار النوعي في تطوير شعب الدولة

يلعب المعيار النوعي دوراً ريادياً في إطار الجنسية المكتسبة وهي جنسية للاحقة على الجنسيين أعلاه كما تكون ممنوحة إذ تمنحها الدولة للفرد فيما بعد الميلاد وبناء على

(1) انظر المادة (6) من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم (26) لسنة 2006. وينظر بهذا المعنى د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية تنازع الاختصاص القضائي تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ن2004، ص 49 وما بعدها

(2) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 221 وما بعدها.

(3) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص 73

(4) المادة (15) من قانون الجنسية النافذ

طلبه وموافقة السلطة المختصة فيها مع توافر شرط الإقامة والأهلية<sup>(1)</sup>، فالجنسية المكتسبة تكون بشكل اختياري من قبل طالب التجنس، فهناك عدة أسباب لاكتساب الجنسية ويأتي التجنس في مقدمتها وهو اما أن يكون اعتيادي وفيه يكون المعيار النوعي محدود التأثير فهذا النوع من التجنس لا يتطلب مواصفات نوعية في من يريد التجنس إنما يكفي بمجرد توافر شروط تقليدية تتعلق بالمسائل الفنية في الدخول والإقامة وبالمسائل الصحية والعقلية والأخلاقية دون اشتراط الكفاءة المهنية أو العلمية أو المالية لصاحب العلاقة كما يمكن أن يكون التجنس خاص استثنائي، وفي الوضع الأخير ينشط المعيار النوعي ويبلغ أعلى ذروته في التأثير من حيث تكوين الفئات البشرية المتميزة ذات المواصفات العالية، وإلحاقها بشعب الدولة فهذا الطريق من طرق اكتساب الجنسية يقوم على استثناء من أغلب الشروط العامة في منح الجنسية.

## الفرع الأول

### دور المعيار في تنقية الشعب

إن المعيار النوعي يؤدي دوراً متنوعاً في هذا الإطار فهو يحقق النتائج أدناه بالتتابع:  
تعمير السكان

إن تطبيق المعيار النوعي يفضي إلى تعمير السكان وخلق شعب نخبوي يأخذ على عاتقه تطوير كافة مناحي الحياة، وإن مصطلح تعمير السكان يعني تعمير أو تجويد الشعب من خلال إدخال العناصر العلمية والرياضية والفنية والمالية الكفؤة من جميع دول العالم بغية تطوير مؤسسات الدولة والأفراد. فالمعيار النوعي يضيف عنصر الكفاءة للسكان لغرض أن يطور نفسه. فإدخال العناصر النوعية والنخبوية يفيد في تطوير ما هو كائن من العناصر العددية، فهو يضيف قوة متعددة الاتجاهات إلى القوة الرقمية للشعب، وذلك لإخراج سكان نخبوي ومتكافئ وتعميرهم فكرياً ومادياً وعلمياً وثقافياً وبناء مجتمع متطور وكما أشار إليه المادة (5) من قانون المصري بمنح الجنسية للعناصر التي تقدم خدمات جليلة ونافعة، وأيضاً كما أشار إليه القانون المدني الفرنسي في المادة (21/ف18 و21) تقليص مدة الإقامة ومنح الجنسية على أسس العلمية والفنية والرياضية والاقتصادية.

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 63.

### التنوع الإنساني:

إن وجود الأشخاص من مختلف جنسيات دول العالم ومن مختلف الأديان والأعراق والمذاهب والثقافات يمثل أبرز مقومات التنوع الإنساني، أي وجود مجتمع متنوع ومختلف يعيش تحت مظلة واحدة تذوب عندها كل هذه الاختلافات والتنوعات وهي مظلة الحالة الوطنية التي تعكسها الجنسية، ولا يتحقق هذا التنوع الإنساني إلا من خلال تنوع الجنسيات واختلافها في الدولة أي وجود أشخاص أجانب إلى جانب الوطنيين، ولأجل إحداث هذا التنوع الإنساني يستلزم وجود مقومات سابقة على إحداثه أغلبها يقع على عاتق الدولة وتمثل هذه المقومات باحترام حقوق الإنسان والمرأة ومحاربة التمييز بسبب العرق أو المذهب أو الدين أو القومية، فضلاً عن احترام حقوق للأجانب من خلال تسهيل إقامته وتأمين حقوقه ومنحه امتيازات بفعل كفاءته المالية كالإعفاء من الرسوم والضرائب أو بفعل كفاءته العلمية بمنح امتيازات مالية في ظل قدومه أو بفعل كفاءته المهنية بتبسيط إجراءات دخوله، ومن ثم الانتقال بعدها إلى منح الجنسية لهم تحترم المواصفات النوعية والنخبوية والثقافية والفنية والرياضية والمالية كل هذا يؤدي إلى التنوع الإنساني داخل المجتمع.

إن سرعة تحقق كل ما تقدم يعتمد على منظومة القوانين التي تسهل إجراءات الدخول والإقامة والخروج وتلك التي تفيد منح الامتيازات كما فعلت دول الخليج وأبرزها الإمارات وقطر من منح الإقامة الذهبية للكفاءات الفنية والعلمية، أو كما قامت به تركيا أيضاً في منح الإقامة والجنسية على أساس الاستثمار ورأس المال وشراء العقارات، كما إشارة المادة (12) القانون الجنسية التركي المرقم (59019) لسنة 2009 في الفقرة (أ) منه على منح الجنسية على أساس الكفاءات الاقتصادية والعلمية والفنية والرياضية، وكذلك قرار مجلس الوزراء التركي المرقم (139) لسنة 2010 وتعديلاته بمنح الجنسية الاقتصادية التركية على أساس شراء العقار أو عدة عقارات تساوي مجموعها قيمة (250) ألف دولار أميركي أو ما يعادلها بالعملة الأجنبية أو الليرة التركية والتزام المالك بعدم التصرف في ملكه لمدة ثلاثة سنوات وتتابع وزارة البيئة والتحضر المدة القانونية<sup>(1)</sup>.

### 3 - تلاقح الحضارات

(1) أحمد محمد فاضل، المصدر السابق، ص 35.



تحفل المجتمعات الإنسانية على وجه العموم بأنماط حضارية وثقافية متنوعة، ومتباينة في الغالب، تعكس قيم هذا المجتمع أو ذلك. وبحكم الفطرة والحاجة معاً تجنح هذه المجتمعات إلى مد جسور التواصل والتفاعل الحضاري فيما بينها، وتوسيع دائرة الاستفادة المشتركة من المخرجات الحضارية في المعرفة والتقنية، بفعل حركة الإبداع الإنساني في البناء والتنمية، في إطار ما يعرف بالتلاقح الحضاري الذي ميز العلاقات الإنسانية منذ الأزل، وإن هذا التلاقح الحضاري أداة أساس في نقل وتوطين المعرفة الإنسانية، والفنون الإنتاجية المتحققة في مجتمع أو مجتمعات بعينها، إلى مجتمعات ومكونات بشرية أخرى لم تصل إليها، في حركة مد حضاري إنساني متتابع في الزمان لا يتوقف، وأسفر عن هذا التقدم المادي الكبير الذي يميز عالم اليوم. إلى جانب المزايا والفوائد الجمة للتلاقح والتفاعل الحضاري الكوني على صعيد التراكم المعرفي، فقد يسفر عن إحداث تغيرات مباشرة في المجتمع من خلال التلاقح واندماج الحضارات والثقافات المختلفة من مختلف بلدان العالم.<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني

### دور المعيار في تحسين كفاءة الموارد البشرية

ان دور المعيار يظهر هنا من ناحيتين هي:

#### التنمية

إن المعيار النوعي يستهدف من بين ما يستهدفه هو تحقيق التقدم النوعي والكمي في الموارد البشرية والمادية للدولة وعندها تتحقق أحد أهم أهدافه الا وهي التنمية وهذه الأخيرة تعرف بأنها "إدارة وحماية قاعدة الموارد الطبيعية وتوجيه التغير التقني والمؤسسي بطريقة تضمن تحقيق واستمرار إرضاء الحاجات البشرية للأجيال الحالية والمستقبلية"<sup>(2)</sup>، وأيضاً عرفت بأنها "عملية مجتمعة متراكمة تتم في إطار نسيج من الروابط بسبب تفاعل متبادل بين العديد من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والإدارية والإنسان

(1) عبد المجيد محمد الجلال، التلاقح الحضاري وشروطه الموضوعية، مقال منشور على شبكة

الإنترنت العالمية على رابط [al-jazirah.com](http://al-jazirah.com) تاريخ الزيارة 2022/3/23.

(2) علي زيد الزعبي، التنمية المستدامة: المفهوم والمكونات ومؤشرات القياس، حوليات آداب عين الشمس، مصر، 2009، ص 238.

هدفها النهائي ووسيلتها الرئيسية"<sup>(1)</sup>، وكذلك عرفت بأنها " عملية التفاعل بين ثلاثة أنظمة نظام حيوي، ونظام اقتصادي ونظام اجتماعي "<sup>(2)</sup> فالتنمية تكون اقتصادية واجتماعية وفكرية وسياسية فإذا تحققت أدى إلى تغير الشامل في تطوير الدولة. وان المعيار النوعي الخاص هو المحرك للتفاعل أعلاه.

ويعتمد مستوى ما تحقق من تنمية على مقدار ما يجذبه المعيار النوعي من عناصر بشرية (رجال أعمال مستثمرين رياضيين علماء فنانيين باحثين وكل من له مواصفات نوعية)، وبالتالي نشهد حالة تناسب طردي بين مقدار العناصر أعلاه ودرجات التنمية في البلاد.

وتدخل في المفاهيم أعلاه جلب الشركات والمستثمرين ذات جنسيات متعددة التي يساعد الدول النامية في تنفيذ برامجها اللازمة، والانفتاح الاقتصادي، وتأمين الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال الشركات المتعددة الجنسية فكل ذلك يعود بالنفع على مستوى التنمية لاقتصاديات الدولة. فالمنافع التي يمكن أن ترافق تطبيق المعيار النوعي تمثل بحجم حركة الأموال التي تضح في الاستثمار خلال الشركات أو المشاريع، فهذه الحركة الاقتصادية ستستقطب المزيد من الاستثمارات الخارجية التي يمكن بواسطتها الحصول على أحدث المنجزات التكنولوجية بالنظر لما تملكه الشركات المستثمرة من قدرات هائلة على صعيد البحث العلمي والتكنولوجي

ولأجل الاستفادة من الموارد البشرية والمادية الأجنبية ينبغي على الدولة تسهيل منح الجنسية للنخب والمستثمرين ورجال الأعمال الأجانب كما تعمل بها دول الخليج كالإمارات والقطر<sup>(3)</sup>، لذا فالمعيار النوعي ينشط بفعل الجنسية الاستثنائية وينشأ في الدول المتطورة ويتراجع في الدول النامية ويقتضي أن يسبق تطبيقه ترتيب البناء الداخلي للدولة وتطوير إدارة علاقاتها الخارجية من خلال عقد المزيد من الاتفاقيات أو الانضمام إليها واحترام ملف حقوق الإنسان وتشجيع حل النزاعات الداخلية والدولية.

(1) إبراهيم العسل، التنمية في الفكر الإسلام، المؤسسة الجامعية، لبنان، 2005، ص25.

(2) إبراهيم سليمان المهنا، التحضر وهيمنة المدن الرئيسية في الدول العربية أبعاد وآثار التنمية المستدامة، الإمارات العربية المتحدة، مركز للبحوث والدراسات الاستراتيجية، 2000، ص22.

(3) حسن هليل جدران فهد المالكي، مصدر سابق، ص80.

## تشكيل الطبقات النخبوية

وتأتي بعدها (النخب الاجتماعية) حيث ان مفهوم النخبة يحوم حول نخبة القوة (سياسية رسمية واجتماعية واقتصادية وعسكرية) والنخبة الحاكمة هي كل الجماعات المؤثرة في توجيه السياسة التي تدخل في تحالفات مع جماعة النفوذ وتلجا في نفس الوقت إلى التوازن وبالتوازي مع سلطتها المؤسسية لتفادي الاضطرابات الناجمة عن تضارب مصالح الشرائح الاجتماعية.

والنخب هي مجموعة المواقع الاجتماعية التي تكون وتؤلف العلاقة بالسلطة السياسية والتي تترابط على أساس قواعد يمكن أن تكون ضمنية أو بادية للعيان ولكنها تبقى دائما غير معلنة فتكون هذه النخب ذات مصالح مشتركة من جهة وذات استعداد وقدرة على التفاهم من جهة أخرى، ويعتبر أفرادها أنفسهم منتمين إلى عالم مشترك بعينه ذي أساس معياري واحد تبنيه العائلات والمدارس وأنظمة التوجيه الثقافية مما يجمع هذه النخب سمات مخصصة منها النزعة نحو التداخل المؤسسي لتسير تبادل الأدوار من جهة وتسطير سلوكيات موحدة على المستوى الفردي والجماعي من جهة ثانية.<sup>(1)</sup>

وكذلك يأتي بعدها (النخب المثقفة) حيث يرى المفكر الإيطالي (انطونيو غرامشي) ان ما يميز المثقفين عن بقية الجماعات الاجتماعية هذا الدور الخاص الذي يلعبونه في عالم الإنتاج وان دور المثقفين هنا ليس دورا مباشرا وإنما يتم بواسطة البنى الفوقية التي يقوم فيها المثقفون بدور وظيفي وان المثقفين يلعبون دورا خاصا في تنظيم الهيمنة الاجتماعية وسيطرة الدولة وهم يرتبطون أساسا بمستوى البنية الفوقية كنخبة المجتمع المدني ونخبة المجتمع السياسي أو الدولة بتطابق المجتمع المدني مع وظيفة السيطرة المباشرة والقيادة.<sup>(2)</sup>

ومن أجل خلق الطبقات أعلاه في المجتمع فلا بد من معيار ينشط أو يفعل باتجاه استقطابها ويعد منح الجنسية أحد أهم الآليات المعتمد في جذب هذه الطبقة وإذابتها في الشعب وان المعيار الذي تعتمد هذه الجنسية هو الموصوف بالصفات النوعية الاستثنائية

(1) د. حيدر علي حسين ودورين بنيامين، أنواع النخب في المجتمع. مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الثالث عشر العدد الثالث. إنساني 2015، ص 93.

(2) المصدر نفسه، ص 95.

## الخاتمة

في ضوء ما تقدم توصلنا إلى جملة استنتاجات نطرح على وفقها جملة توصيات وعلى النحو الآتي:

### أولاً: الاستنتاجات

المعيار الكمي يعتمد في إطار كافة أنواع الجنسية (التأسيسية والأصلية والمكتسبة) وتتفرع عنه الوظيفة الاجتماعية الإنسانية المجردة ويفضي إلى تشكيل الشعب الكمي. المعيار النوعي يعتمد في إطار الجنسية المكتسبة في الغالب ويمكن استثماره في إطار الجنسية الأصلية من خلال منح الطفل حديث الولادة من أب أو أم يتمتع بكفاءة علمية أو اقتصادية مثلاً وهنا يتفرع عن هذا المعيار وظائف متعددة تأخذ البعد الاقتصادي أو العلمي أو الأمني كما انه يفضي إلى تشكيل الشعب النوعي.

إن كل من المعيار الكمي والمعيار النوعي في منح الجنسية له غاية مباشرة وغاية عرضية (غير مباشرة)؛ فالغاية المباشرة للمعيار النوعي هي جذب العناصر الكفوءة للدولة اما الغاية له فهي زيادة عناصر الدولة، اما المعيار الكمي فالغاية المباشرة له هي تحقيق الزيادة في سكان الدولة بغض النظر عن كفاءتهم اما الغاية العرضية له فهي أن تكون هذه العناصر على قدر معين من الكفاءة. ويتضح من ذلك ان هنالك علاقة عكسية بين المعيارين؛ فالغاية المباشرة لكل معيار تمثل غاية غير مباشرة للمعيار الآخر والعكس بالعكس.

يمكن أن يأخذ المعيار النوعي عدة صور ومظاهر فهو يكون عام إذا تعلق اكتساب الجنسية بالشروط العامة ويمكن أن يأخذ مظهر خاص إذا ما تطلب في من يكتسب جنسية الدولة خصائص ومواصفات نوعية كان يكون عالم أو رياضي أو رجل أعمال أو مستثمر كما يمكن أن يكون المعيار النوعي إيجابياً بالشكل الذي طرحناه وهو أن يقوم بعملية جذب فئات نوعية خاصة، كما يمكن أن يكون المعيار النوعي سلبياً عندما يقضي بتنقية شعب الدولة من العناصر التي تؤثر على سلامته وامنه من خلال سحب الجنسية أو إسقاطها من خلال توسيع نطاق تطبيق المادة (15) قانون الجنسية رقم 26 لسنة 2006 النافذ وهذا يتطلب تعديل المادة (18) من الدستور. فهنا يؤدي المعيار النوعي السلبى وظيفة أمنية داخلية ويمكن أن يؤدي المعيار النوعي السلبى وظيفة أمنية خارجية عندما

يعتمد عليه في تشخيص الدول التي يرتكب رعاياها أعمال إرهابية خارج حدودها. كل معيار يعزز الآخر ويتكامل معه ولكن لا يعني هذا الاندماج ولا الاستقلال إنما التعاون والتداخل في العمل بينهما فلا يوجد دولة اليوم لا تعتمد المعيار الكمي لحاجتها للقوة العددية والرقمية للأفراد كما في الوقت نفسه لا يمكن أن تستهدف تشكيل قوة عددية فقط دون أن تكون هنا عناصر مفيدة وفاعلة بكفاءتها العملية أو الاقتصادية أو المهنية، وهنا حتما ستحتاج الدولة للمعيار النوعي لتعزيز معيارها الكمي ونستطيع أن نقول إن الدول التي تعتمد المعيار النوعي بكافة صورته تعتمد في الوقت نفسه المعيار الكمي، ولكن العكس ليس صحيح.

كلما ينشط المعيار النوعي تتقدم الدولة لذلك نجد ان الدول المتطورة تكون فيها نسبة العناصر الكفوءة أكثر من الدول النامية، لا بل أن الدول المتطورة تحاول جذب العناصر الكفوءة من الدول النامية، والأكثر من ذلك أن بعض الدول المتطورة يرجع إلى ما وصلت إليه بفضل استغلالها خبرات وكفاءات الدول النامية، وهذا يعطي أولوية للمعيار النوعي في جذب الكفاءات. وبالعكس تقصير الدول النامية في تنشيط المعيار النوعي الخاص افضى إلى نفور كفاءاتها باتجاه الدول التي ينشط لديها هذا المعيار.

حتى تستطيع الدولة أن تستعمل المعيار النوعي في جذب الكفاءات يجب أن تهيأ ما يستلزمه هذا المعيار؛ بأن تكون على درجة عالية من احترام حقوق الإنسان، وتوفير الأمن على كافة المستويات كالأمن المالي الذي يسمح للفرد في إدارة أمواله والأمن الاقتصادي الذي يوفر للمواطنين حياة كريمة والأمن الثقافي الذي يوفر للطبقات المثقفة البيئة الكفيلة بتنمية خبراتهم وتطويرها، إضافة إلى ضرورة تحقيق تكافؤ الفرص بين المواطنين، وان تكون الدولة على مرتبة عالية من التطور العمراني والسياحي، فإذا توفرت هذه المقومات تدخل الدولة في تصنيف متقدم لجاذب الكفاءات، اما بدون ذلك فمن المستبعد أن تسعى الكفاءات إلى الحصول على جنسية هذه الدولة.

المشرع العراقي لم يعتمد المعيار النوعي الخاص بشكله الإيجابي والسلبى إنما أشار إلى تطبيقات على المعيار الكمي والنوعي العام في إطار قانون الجنسية النافذ وأهمها:

أولاً: - تطبيقات المعيار الكمي م(1/3، ب) م(4) م(5)

ثانياً: - تطبيقات المعيار النوعي العام م(6) م(7) م(11) م(12) م(13) م(14) م(17)

م(18)

ثالثاً: - تطبيقات المعيار النوعي الخاص السلبي (15)  
 رابعاً: - غياب تطبيق المعيار النوعي الخاص الإيجابي الذي يستهدف نوعية من الأفراد وهم أصحاب الكفاءات والنخب في منظومة القوانين العراقية ومنها قانون الجنسية النافذ.

### ثانياً: التوصيات

نظراً لأهمية المعيار النوعي في تجويد شعب الدولة وتنميته ورفع كفاءته، وثبوت نجاعته من خلال الاطلاع على تجارب الدول التي اعتمدته؛ فأنا نهيى بالمشرع العراقي أن ينص على اعتماد هذا المعيار بشكل صريح في التجنس وذلك بإدراج فقرة ضمن نص المادة (6) من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم (26) لسنة 2006، وتكون هذه الفقرة (ثانياً) مع إعادة تسلسل الفقرات التي تليها، وعلى النحو الآتي: "ثانياً: ويستثنى من شرط الإقامة الوارد في الفقرة "أولاً" الأجنبي الذي أدى أو سيؤدي خدمات نافعة للعراق وتحدد إقامته بسنة واحدة".

تعديل نص المادة (3) من قانون الجنسية النافذ بإضافة فقرة (ج) لتكون بالشكل الآتي (والمولود من أصول أجنبية في العراق إذا كان أحد ابويه أدى خدمات للبلاد أو كان من ذو الكفاءات) ان السبب الموجب لذلك يتمثل في ربط ذوي المولود بالعراق بجعل لهم موضع قدم من خلال وليدهم فمراجعتهم للعراق ستكون ممكنة بفعل جنسية الوليد في المستقبل وهو ما يمهد لهم تسهيل مهمة الحصول على الجنسية العراقية لاحقاً.

3 - تعديل المادة (15) من قانون الجنسية باستبدال عبار غير العراقي التي اكتسبها بعبارة العراقي لتكون بالشكل الآتي (للووزير سحب الجنسية العراقية من العراقي إذا ثبت قيامه أو حاول القيام بعمل يعد خطراً على امن الدولة وسلامتها. أو قدم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته عند تقديم الطلب اثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب لدرجة البتات) وذلك برفع عبارة المتجنس وإحلال محلها عبارة العراقي ليمتد حكمها للمتجنس المواطن الأصلي وهذا التعديل يأتي لمواجهة ظاهرة الفساد الإداري والمالي المستشري بعد ان عجزت كافة الوسائل عن مواجهته ونستهدف بهذا التعديل تخليص الشعب من اخطر عناصر مضره باقتصاده أن تعديل نص المادة أعلاه يتطلب أن يسبقه تعديل نص المادة (18/أولاً/ب) من دستور العراق..

إضافة نص خاص في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل يتضمن منح الجنسية العراقية للمستثمر الأجنبي الذي يقوم بمشاريع تنموية في العراق بعد إقامته مدة (سنة) في العراق.



## المراجع

أولاً: الكتب

- 1 - إبراهيم العسل، التنمية في الفكر الإسلام، المؤسسة الجامعية، لبنان، 2005.
- 2 - إبراهيم سليمان المهنا، التحضر وهيمنة المدن الرئيسية في الدول العربية أبعاد وآثار التنمية المستدامة، الإمارات العربية المتحدة، مركز للبحوث والدراسات الاستراتيجية، 2000.
- 3 - د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، 1968.
- 4 - حيدر علي حسين ودورين بنيامين، أنواع النخب في المجتمع. مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الثالث عشر العدد الثالث. إنساني. 2015.
- 5 - د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، ط2، 2011،
- 6 - د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي - القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، 2018.
- 7 - د. عزيز طوبان، القانون الدولي الخاص "الجنسية"، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2017،
- 8 - علي زيد الزعبي، التنمية المستدامة: المفهوم والمكونات ومؤشرات القياس، حوليات آداب عين الشمس، مصر، 2009.
- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية تنازع الاختصاص القضائي تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ن2004.
- ثانياً: البحوث والدراسات
- محمد عباس محسن، حق اكتساب الجنسية الأصلية من الأم في دستور العراق لسنة 2005 دراسة موازنة لأحكام التشريع والقضاء العراقيين، بحث منشور في مجلة واسط



للعلوم الإنسانية، المجلد (6) العدد (17)، 2011.

ثالثا: الرسائل

أحمد محمد فاضل، الأساس الاقتصادي لمنح الجنسية دراسة قانونية مقارنة، كلية القانون، جامعة القادسية، 2020

حسن هليل جدران فهد المالكي، الدور المركب للجنسية في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، 2022.

عوني محمود يوسف المؤمني - الآثار المترتبة على منح الجنسية الأصلية للام "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011.

رابعا: المواقع الإلكترونية

عبد المجيد محمد الجلال، التلاقح الحضاري وشروطه الموضوعية، مقال منشور على شبكة الإنترنت العالمية على رابط [al-jazirah.com](http://al-jazirah.com) تاريخ الزيارة 2022/3/23.

## الملخص

إن الجنسية تعد المعيار العالمي لتوزيع الأفراد بين دول العالم فكل دولة تستطيع من خلالها أن تعرف ما يعد من أفراد شعبها ومن هم خارج ذلك، فبها يتكون الشعب الكمي كما يمكن عن طريقها إضافة أفراد من موصفات نوعية متميزة لتغذية الشعب الكمي فيأخذون وصف الشعب النوعي، وبذلك فإن كل دولة بإمكانها أن تنشأ تفاعل بين فئات الشعب المختلفة (الكمي النوعي) لتصل إلى مخرج مهم هو إصلاح وتقوية وتنشيط المجتمع وتحقق بذلك جودة عالية له تكفل له التطور والتقدم. أن بعض التشريعات ومنها التشريع العراقي لم يركز على استثمار الجنسية باتجاه تطوير الشعب الكمي من خلال إضافة الشعب النوعي، وفي هذا البحث سنحاول قدر الإمكان الاطلاع على موقف بعض التشريعات التي كانت موفقه إلى حد ما في ذلك للاستفادة منها على مستوى العراق فالهدف البعيد من البحث هو رفع مستوى الكفاءة المادية والاعتبارية للشعب العراقي أمام شعوب العالم وتحسين المركز القانوني للمواطن العراقي في الخارج اما الهدف القريب فيتمثل في تحقيق التنمية.

### پوخته

رهگهزنامه پيورهی جيهانییه بو دابهشبوونی تاکهکان له نیوان ولاتانی جيهاندا، ههس ولاتیک دهوانیت له ریگهی ئهوهوه بزانییت کهکی به تاکهکانی گهلهکهی دادهنریت و کی له دهرهوهی ئهوان، له ریگهی ئهوهوه گهله چهنایهتییهکان پیکدیت، ههروهها دهکریت له ریگهیهوه بو تاکهکان تایهتهمندی تاکهکانی تایهتهمندی چوناپهتی جیاواز زیاد بکریت بو پالپشتیکردنی تاکه چهنایهتییهکان، بویه ئهوان وهسفی تاکه چوناپهتییهکان ومردهگرن (چالاکیی چهنایهتی) بو گهشتن به ریگهیهکی گرنگ بو دهر بازبوون، که بریتییه له چاکسازی و بههیزکردن و بوژاندنهوهی کومهلگا، و بهم شپوهیهش کوالیتییهکی بهرز بوی بهدهستهپیندریت که گهرهنتی گهسهسندن و پيشکهوتنی بکات.

ههندیک له یاساکان لهوانهش یاسای عیراقی، تیشکیان لهسهس وهبهرهینیانی رهگهزنامه نهبووه بهروه پهرهپیدانی کهسانی چهنایهتی به زیادکردنی کهسانی چوناپهتی، ئهوه بو بهرزکردنهوهی ناستی لیهاتوویی ماددی و یاسایی گهلی عیراقه لهبهردهم گهلانی جيهان و بو ههروهها بو باشترکردنی پیگهی یاسایی هاولاتی عیراقی له دهرهوهی ولات ئامانجی دهستهبهجی گهشتن به گهسهپیدانه.

### Abstract

Nationality is the global criterion for the distribution of individuals among the countries of the world. Every country can through it know what is counted among the members of its people and who are outside that. With it, the quantitative people are formed, and through it, individuals can be added with distinct qualitative characteristics to feed the quantitative people, so they take the description of the qualitative people, and thus Each country can establish interaction between the different groups of people (quantitative and qualitative) to reach an important way out, which is to reform, strengthen and revitalize the society, and thus achieve a high quality for it that guarantees its development and progress. Some legislation, including the Iraqi legislation, did not focus on the investment of nationality towards the development of the quantitative people through the addition of the qualitative people, and in this research we will try as much as possible to see the position of some For legislation that was somewhat successful in that to benefit from it at the level of Iraq. The distant goal of the research is to raise the level of material and legal competence of the Iraqi people in front of the peoples of the world and to improve the legal status of the Iraqi citizen abroad. The near goal is to achieve development.

## التنظيم القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم اليمني مقارنة مع قانون التحكيم المصري

الدكتور غالب عبدالله غالب القعيطي<sup>(\*)</sup>

أستاذ مشارك - قسم القانون الخاص - التخصص الدقيق قانون المرافعات - كلية القانون  
جامعة حضرموت - الجمهورية اليمنية.

ريڤكسنتى ياساى بو داواى پوچه بونونه وهى بريارى ناوبژيوانى  
له

ياساى ناوبژيوانى يهمن به بهر اورد له گهل ياساى ناوبژيوانى ميسر

دكتور غالب عهبدوللا غالب قعهيتى

پروفيسورى ياريدهدر - بهشى ياساى تاييهت - پسيورى له ياساى دادبيني - كوليزى  
ياسا، زانكوى حزرهموت - كومارى يهمن.

**The legal organization of a claim for invalidation of an  
arbitration in the Yemeni Arbitration Law**

**Dr. Ghalib Abdullah Ghalib Al Quaiti**

Associate Professor, Faculty of Law, Hadramout University,  
Republic of Yemen.

(\*) dr.gh.qu@gmail.com



## التنظيم القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم

في

قانون التحكيم اليمني مقارنة مع قانون التحكيم المصري

الدكتور غالب عبدالله غالب القعيطي

أستاذ مشارك - قسم القانون الخاص - التخصص الدقيق قانون المرافعات - كلية القانون  
جامعة حضرموت - الجمهورية اليمنية.

### الكلمات المفتاحية:

التنظيم القانوني للتحكيم، دعوى البطلان، حكم التحكيم.

كليله ووشه:

ريكخستنى ياساىى بؤ ناوبژيوانى، داواى پوجهآببونوه، بريارى  
ناوبژيوانى.

**Key Words: An Arbitration Law, Nullify Claim, An Arbitration Award.**

### المقدمة

لا شك أن الأنظمة التشريعية، سواء العربية أم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، يختلف فيها العمل من حيث وضع القواعد القانونية، ومنها طريقة الطعن على الحكم التحكيمي، فبعض من هذه الأنظمة أجازت الطعن في الحكم التحكيمي بطريقة الطعن العادي وغير العادي، وبعضها حصرت الطعن في طريقة واحدة هي دعوى البطلان، وهذا ما أخذ به المشرعين اليمني والمصري.

أولاً: موضوع الدراسة: سنتناول في هذه الدراسة النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم من خلال العديد من الموضوعات، بدءاً من معرفة كيفية إصدار الحكم التحكيمي وشروط إصداره، إلى إجراءات رفع دعوى البطلان، ثم أسباب بطلان حكم التحكيم، بالقدر الذي توضح فيه معالم هذه الدراسة.

ثانياً: أهداف الدراسة: ترمي الدراسة إلى تحقيق الآتي:  
إبراز النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم اليمني والمصري.

معرفة النظام الذي اتخذه المشرعين اليمني والمصري بالنسبة لطريقة الطعن في حكم التحكيم، الذي اختلفت التشريعات بشأنه.  
التعرف إلى أسباب بطلان الحكم التحكيمي التي نص عليهما وبشكل حصري كل من قانون التحكيم اليمني والمصري.

ثالثاً: مشكلة الدراسة: وتتحدد في الآتي:  
الأول: هل إفشاء سر إجراءات التحكيم يعرض حكم التحكيم للبطلان؟  
الثاني: هل من السليم أن يترك المشرع ميعاد إصدار الحكم مفتوحاً دون تحديد؟، مع أهمية ذلك في معرفة المدة التي تنتهي بها لجنة التحكيم.  
الثالث: هل لرفع دعوى البطلان أثر موقف في تنفيذ الحكم؟  
الرابع: هل أصل حكم التحكيم يودع قلم كتاب المحكمة من قبل هيئة الحكم أم من قبل من صدر الحكم لصالحه.

الخامس: هل صورة حكم التحكيم تسلم من هيئة الحكم أم من المحكمة المختصة.  
رابعاً: منهجية البحث: اعتمد الباحث في هذه الدراسة في الأغلب على منهجين تكاملاً فيما بينهما وهما: المنهج الوصفي الذي يعالج المعلومة المتعلقة بالموضوع من خلال قراءة النصوص القانونية المنظمة لقانون التحكيم اليمني والمصري في الجانب الإجرائي منه، وكذلك المنهج التحليلي الذي اعتمد الباحث عليه لتحليل النصوص القانونية.

خامساً: خطة البحث: وضع الباحث لتحقيق هذه الدراسة خطة بحث احتوت مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:  
المبحث الأول: إصدار حكم التحكيم.  
المبحث الثاني: إجراءات رفع دعوى البطلان.  
المبحث الثالث: أسباب دعوى البطلان.



## المبحث الأول إصدار حكم التحكيم

تنتهي خصومة التحكيم نهاية طبيعية بصدور حكم تحكيمي للخصومة كلها بعد انتهاء أطراف التحكيم من المرافعة وقفل بابها، وبناءً على ذلك سيتضمن هذا المبحث كيفية إصدار حكم التحكيم من حيث المداولة، ثم إصدار الحكم، ويليه ميعاد إصداره، في المطالب الثلاثة الآتية:

### المطلب الأول المداولة

إن هيئة التحكيم قبل وصولها إلى إصدار حكمها المنشود لأطراف التحكيم فصلاً نهائياً في موضوع النزاع، تمر بمراحل منها مرحلة المداولة، ويقصد بالمداولة بشكل عام: التشاور وتبادل الرأي بين القضاة؛ بغية الوصول إلى القرار الذي يصدر في الدعوى التي نظروها<sup>(1)</sup>. ويقصد بها المناقشة التي تتم بين أعضاء هيئة التحكيم إذا تعددوا، للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى. وتدخل الخصومة مرحلة المداولة حين تصبح مهياً للحكم فيها بتمام تحقيقها، وانتهاء المرافعة فيها، وإبداء الخصوم طلباتهم الختامية<sup>(2)</sup>.

وتنص المادة (47) تحكيم يميني<sup>(3)</sup>، والمادة (40) تحكيم مصري<sup>(4)</sup>، على وجوب أن تكون هناك مداولة ومناقشة قبل صدور الحكم، إذ جاء فيها: "تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة، وإذا لم تتوفر الأغلبية يرجح الرأي الذي فيه الرئيس، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك". ولا يوجد فارق اختلاف بين النصين اليمني والمصري، غير أن المادة (47) تحكيم يميني تنص بزيادة على أنه: "في حالة عدم نوافر الأغلبية يرجح

(1) د. نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2000م، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص789. د. الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بنها، بدون سنة نشر، ص214.

(2) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م، وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، 2004م، دون دار نشر، ص175.

(3) القانون رقم 22 لسنة 1992م، بشأن قانون التحكيم اليمني.

(4) القانون رقم 120 لسنة 2008م، بشأن قانون التحكيم المصري.

الرأي الذي فيه رئيس هيئة التحكيم"  
من هنا نجد نصوص المواد تشترط في حكم التحكيم شروطاً تتعلق بشكل الحكم،  
وهي<sup>(1)</sup>:

أولاً: يجب أن يصدر الحكم بعد مداولة يشترك فيها جميع المحكمين دون غيرهم.  
ينبغي أن يحضر المداولة السابقة على إصدار الحكم جميع المحكمين وتعد المداولة  
إجراء جوهرية ويمثل مبدأ من المبادئ الأساسية للعمل القضائي يترتب على إغفالها  
بطلان عمل المحكمين.

ثانياً: يجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. ومفاده  
إذا تكونت هيئة التحكيم من أكثر من محكم فيكفي أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء ولا  
يشترط الإجماع إلا إذا اتفق الأطراف على وجوب الإجماع لإصدار الحكم.  
وعليه إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من محكم واحد كان الأمر يسيراً؛ إذ لا يتداول  
المحكم ولا يتناقش إلا مع نفسه في حوار داخلي يقوم بعده منفرداً بإعداد الحكم. أما إذا  
كانت هيئة التحكيم مشكّلة من أكثر من محكم كان الأمر ولا شك أكثر تعقيداً؛ إذ يؤدي  
التشكيل المتعدد لهيئة التحكيم إلى حتمية المناقشات والمداولات بين جميع المحكمين  
الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم، تمهيداً للوصول إلى إجماع، أو أغلبية حول شكل  
الحكم ومضمونه<sup>(2)</sup>.

#### شروط صحة المداولة:

الشرط الأول: سرية المداولة: تنص المادة (49) تحكيم يميني والمادة (44/البند2)  
تحكيم مصري على أنه: "لا يجوز بأي حال من الأحوال نشر الحكم أو جزء منه إلا  
بموافقة كتابية من أطراف التحكيم". وعدم جواز النشر يشمل عدم حضور أي شخص من  
غير المحكمين المداولة التي يتم فيها الاتفاق على صيغة الحكم.

(1) انظر، م. عباس زياد كامل السعدي: المداولة القضائية مفهومها، شروطها، ودورها في تدعيم  
ضمانات التقاضي، مقال منشور في العدد 33 لسنة 2019م، مجلة كلية المأمون الجامعة - قسم  
القانون، العراق، ص 293.

(2) د. عاطف محمد الفقي: التحكيم التجاري الدولي، ج 2، 2013م، دار النهضة العربية، القاهرة،  
ص 141.

لذلك أوجب هذا المبدأ أن تجري المداولة سرًا، فلا يحضرها غير المُحكِّمين، ولو كان هذا الغيرُ رئيسَ الهيئة المنظمة للتحكيم المؤسسي، أو كان كاتبًا حضر جلسات التحكيم لتدوين محاضرها، كما لا يشترك أي من المُحكِّمين في المداولة بمندوب أو ممثل عنه<sup>(1)</sup>؛ ذلك أن القاضي الذي يسمع المرافعة هو وحده الذي يدرك غوامضها، ولأن غيره الذي لا يتصل علمُهُ بها يكون في استحالة من بناء اتجاه رأي سليم يتماشى مع وقائع القضية، ومع ما ثبت منها، ومع الاعتبارات القانونية المحيطة بها<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي نطرحه في هذه الدراسة هو: هل إفشاء سر المداولة يُعزِّضُ حكم التحكيم للبطلان؟ يُجمِعُ الفقه على سرية المداولة؛ إذ إن إشراك المُحكِّم أشخاصا غير متفق عليهم كمُحكِّمين في الرأي أو المداولة يبطل الحكم؛ لأن من شأنه المساس بحقوق الدفاع، ولأن ذلك من النظام العام الذي لا يحتاج في أعماله إلى نص خاص<sup>(3)</sup>. إذ أن ذلك يعني عدم جواز حضور أطراف التحكيم أنفسهم ولو نصوا على ذلك في اتفاقهم التحكيمي، ذلك أن المداولة هنا تحتم السرية التي تعد من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما هو مخالف للنظام العام.

كما إن قانون التحكيم اليمني كقانون خاص لم ينص على بطلان حكم التحكيم في حال إفشاء سر المداولة، ولكننا نجد أن قانون المرافعات اليمني<sup>(4)</sup>، يقرر ذلك كقاعدة عامة، ولذلك تنص المادة (222) مرافعات على الآتي: "وتكون المداولة في الأحكام سرًا بين القضاة، وإلا كان الحكم باطلاً. ولا يجوز للقضاة إفشاء سر المداولة".

كذلك قانون التحكيم المصري لم يوجب أو ينص على بطلان حكم التحكيم في حال إفشاء المداولة، ولكن المادة (166) مرافعات مصري<sup>(5)</sup>، تنص على أن "تكون المداولة في

(1) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، 2007م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص429.

(2) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، 2007م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص84.

(3) د. نجيب أحمد الجبلي: النظرية العامة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ط1، 2016م، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 629، وما أشار إليها من مراجع فقهية.

(4) القانون رقم 40 لسنة 2002م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني وتعديله بالقانون رقم 2 لسنة 2010م.

(5) القانون رقم 13 لسنة 1968م، بشأن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

الأحكام سرًا بين القضاة مجتمعين". وتنص المادة (167) من نفس القانون على أنه: "لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً". أي إنها تقرر بطلان حكم التحكيم.

ومما يقوي هذا الطرح أنه وإن لم ينص قانوني التحكيم اليمني والمصري على بطلان حكم التحكيم صراحة في حالة إفشاء سرية المداولة إلا إن ذلك الإفشاء طالما هو متعلق بالنظام العام فهو يجعل الحكم باطلاً، وفي ذلك ينص قانون التحكيم اليمني على الآتي "يحق لطرفي التحكيم أن يتفقا على الإجراءات التي يتعين على لجنة التحكيم اتباعها، فإذا لم يوجد أي اتفاق، فإنه يجوز للجنة أن تتبع ما تراه ملائماً من الإجراءات مع ضرورة مراعاة أحكام هذا القانون، وعدم الإخلال بأحكام قانون المرافعات التي تعتبر من النظام العام". المادة (32) تحكيم يمني، وحيث أن قانون المرافعات اليمني ينص في المادة (328) على أن أحكام المحكمين أحد الأحكام المنصوص عليها في القانون، فينطبق عليها ما ينطبق على الأحكام الأخرى

#### الشرط الثاني: أشخاص المداولة:

أفصحت المادة (222) مرافعات يمني على أن تكون "المداولة في الأحكام سرًا بين القضاة مجتمعين، ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة". وهي القاعدة التي توجب ألا يشترك في المداولة إلا المُحكّمون الذي سمعوا المرافعة، وأن يكونوا مجتمعين، مثلما تنص على ذلك المادة 167 مرافعات مصري. وتقرر هاتان المادتان بطلان حكم التحكيم إذا لم تكن المداولة باجتماع القضاة الذين سمعوا وحضروا المرافعة وبشكل سري.

فإذا تغير أحد القضاة الذين حصلت أمامهم المرافعة، لأي سبب من الأسباب، كالوفاة أو الرد، وجب فتح باب المرافعة من جديد، وإعادة الإجراءات أمام الهيئة الجديدة، وفي العادة بأن ييدي كل من طرفي الخصومة طلباته أمام الهيئة الجديدة<sup>(1)</sup>. وعليه، لا يجوز الاتفاق، لا فيما بين أطراف التحكيم، ولا فيما بين أعضاء التحكيم أنفسهم على جعل المداولة تجري بين أعضاء هيئة التحكيم دون البعض الآخر؛ لأن

(1) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ط15، 1990م، منشأة المعارف الإسكندرية، ص744.

الحكم يصدر باسم هؤلاء جميعاً<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### إجراءات إصدار حكم التحكيم

اعتمد المشرع اليمني قاعدة الأغلبية بحسب المادة (226) مرافعات يميني التي نصت على ذلك بقولها: "تصدر الأحكام بأغلبية الآراء....". وهو عين ما قرره المادة (40) من قانون التحكيم المصري.

فإذا كان من قام بالفصل في النزاع مُحكِّمًا واحدًا، فإن الحكم يصدر بناءً على قناعة هذا المُحكِّم، وإذا كان النزاع قد تم نظره من قبل هيئة تحكيم، فيجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء، على ضوء ما تم التوصل إليه من أدلة وقرائن تحسم النزاع<sup>(2)</sup>. وفي نص المادة (47) تحكيم يميني، والمادة (40) تحكيم مصري، إشارة إلى هذه القاعدة حين تنص على ذلك بقولها: "تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة، وإذا لم تتوفر الأغلبية يرجحُ الرأي الذي فيه الرئيس، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك".

ونعتقد أن المشرع اليمني أخطأ عند صياغة المادة سالفه الذكر رقم (47) تحكيم بقولها: ".... وإذا لم تتوفر الأغلبية يرجحُ الرأي الذي فيه الرئيس....". كان حري بالمشرع اليمني أن يصيغ النص على النحو الآتي: "وإذا لم يتوفر الإجماع (وليس الأغلبية) يرجح الرأي الذي فيه الرئيس، لأن الرأي الذي فيه الرئيس هو الرأي الذي تتوفر فيه الأغلبية ويشكل الأغلبية".

وعليه نوصي المشرع اليمني بتعديل نص المادة (47) تحكيم يميني لتكون على النحو الآتي: "تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة، وإذا لم يتحقق الإجماع يرجحُ الرأي الذي فيه الرئيس، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك".

أو نوصي المشرع اليمني الأخذ بنص المادة (40) تحكيم مصري التي تنص على الآتي:

(1) د. محمود مصطفى يونس: المرجع في أصول التحكيم، 2009م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص432.

(2) عبدالله بن علي آل رشود: الدعوى التحكيمية في النظام السعودي والقانون المصري، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة لنيل درجة الماجستير، 2008م، جامعة نائف العربية للعلوم الأمنية، ص98.

"يصدر حكم هيئة التحكيم المشكّلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك".

ونلاحظ أن المشرع المصري لم يذكر حالة الإجماع على أساس أنه هو الأصل وإلا يصدر الحكم بأغلبية الآراء.

وعليه، يتضح من النصوص السالفة ذكرها أن الحكم التحكيمي لا يجب أن يصدر من جميع المُحكِّمين، ومن ثمة لا يشترط أن يوقعه جميع المُحكِّمين إذا تم نظره من أكثر من مُحكِّم، بل يكفي أن يصدر من الأغلبية وتوقيع الأغلبية عليه، وهذا ما تنص عليه المادة (48) تحكيم يمّني على أنه: "تصدر لجنة التحكيم حكمها كتابة، ويوقعه المُحكِّمون جميعهم، ما عدا في حالات صدور الحكم بالأغلبية". وهو ما قرّته المادة (1/43) من قانون التحكيم المصري.

ويصدر القرار التحكيمي داخليًا أو دوليًا باسم المُحكِّمين، فهو لا يصدر باسم الشعب أو الأمة أو الملك، بغض النظر عن البلد الذي صدر فيه، ومن ثمة يصدر باسم هيئة التحكيم، فإن كانت المحكمة مشكّلة من مُحكِّم فرد فهو الذي يحرره، أما إن كانت المحكمة مشكّلة من أكثر من مُحكِّم فإن القرار يُحرَّر من قِبَل أحدهم بعد المداولة فيه<sup>(1)</sup>.

#### شروط صحة إصدار الحكم<sup>(2)</sup>:

يتعين لصحة إصدار الحكم الكتابة والتسبب والنطق به في الميعاد المقرر لمدة التحكيم، وسوف نتناول هذه الشروط في النقاط الآتية:

**الشرط الأول: أن يكون مكتوبًا:** لا يمكن تصور صدور الحكم إلا كتابة؛ وحتى يتسنى الاحتجاج به، وإلا ترتب على ذلك البطلان. وقد أوجب القانون أن يتم كتابة حكم التحكيم، بحسب نص المادة (48) تحكيم يمّني، ونص المادة (1/43) تحكيم مصري، فالقانون لا يعترف بحكم التحكيم الشفوي، فمثل هذا الحكم يكون معدومًا. ويدعو إلى

(1) خليل أبو صنوبرة: القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، 2008م، كلية الحقوق جامعة منتوري - قسنطينة الجزائر، ص70.

(2) انظر، عليوة مصطفى فتح الباب: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، دراسة فقهية عملية، ط1، 2013م، دائرة القضاء بأبوظبي - الإمارات العربية المتحدة، ص70.

هذا، فضلاً عن النص الصريح، أن حكم التحكيم يجب إيداعه، ويوضع عليه أمر تنفيذ - الصيغة التنفيذية - ولا يتصور القيام بعمل ذلك إلا على ورقة مكتوبة. وإذا كان للأطراف الاتفاق على الإجراءات المتبعة دون التقييد بما ينص عليه قانون التحكيم، فإن هذه السلطة لا تشمل الاتفاق على عدم صدور الحكم كتابة<sup>(1)</sup>.

وقد طلب القانون بيانات محددة أوردتها في نفس المادة السالف ذكرها على سبيل الحصر، ومن هذه البيانات: "أسماء أطراف التحكيم، وعناوينهم، وجنسياتهم، وملخص الطلبات، ودفعات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وأسبابه، وتاريخ ومكان إصداره".

**الشرط الثاني: أن يكون مسبباً:** أخذ المشرع اليمني والمصري بالقاعدة التي توجب تسبب الحكم التحكيمي، ثم أعطى للخصوم فرصة للخروج عن هذه القاعدة، ذلك أن المادة (48) من قانون التحكيم اليمني تنص على أنه "يجب أن يصدر الحكم مسبباً، وإلا اعتبر ناقصاً، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك". وهو عين ما قرره المادة (2/43) من قانون التحكيم المصري.

ومن خلال النصوص يتضح لنا أن التسبب يمكن أن يكون شرطاً أساسياً في حكم التحكيم، ويمكن ألا يكون لازماً لصحته، ويقتضي ذلك التفرقة بين حالتين<sup>(2)</sup>:

**الأولى: ضرورة تسبب الحكم:** وتتحقق هذه الحالة عند عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً على تسبب الحكم، ومن ثمَّ يجب أن يكون الحكم مسبباً تسبباً كافياً وإلا عدَّ قصوراً في الحكم مؤدياً إلى البطلان؛ لعدم التسبب.

**الثانية: عدم ضرورة التسبب:** وتتحقق هذه الحالة بإرادة الأطراف، ويمكن أن تكون إرادة الأطراف صريحة، بأن تنص صراحة في اتفاق التحكيم على عدم ضرورة تسبب الحكم، وهنا يجب أعمال هذا الاتفاق بغض النظر عن أن القانون ينص عليه أو لا، وبغض النظر عن صفة التحكيم، سواءً أكان تحكيمياً داخلياً أم دولياً. ويمكن أن تتجه الإرادة

(1) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 434.

(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة بحثية مقدمة لورش عمل التحكيم التجاري التي تنظمها المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من 16 إلى 21 إبريل 2005، ص 6، وما بعدها.

الضمنية للأطراف إلى عدم تسبب الحكم، وذلك بالاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد لا يوجب ذكر أسباب الحكم، كقواعد مراكز التحكيم ومؤسساته.

**الشرط الثالث: أن يصدر في الميعاد المقرر:** يقصد بميعاد التحكيم أو مدة التحكيم هي المهلة المحددة لإصدار حكم المُحكِّمين، التي تنتهي بانتهائها خصومة التحكيم. ويعد ميعاد التحكيم من المسائل الإجرائية الجوهرية في العملية التحكيمية. وتبرز هذه الأهمية باعتباره القيد الزمني لقيام المُحكِّم بالفصل في خصومة التحكيم، إذ أن سلطة المُحكِّم إنما هي سلطة مؤقتة تنقضي بصدور حكم التحكيم في النزاع المتفق على التحكيم في شأنه. وتبدو أهمية ميعاد التحكيم من حيث الآثار القانونية التي تترتب على انقضاء هذا الميعاد، وفي مقدمة هذه الآثار زوال ولاية محكمة التحكيم في الاستمرار في نظر النزاع، وبطلان الحكم بعد انتهاء ميعاد التحكيم، كما يكون للخصم اللجوء إلى القضاء المختص للمطالبة بحقوقه عن طريق دعوى قضائية<sup>(1)</sup>.

ويحدد القانون المصري ميعاداً لصدور الحكم، مثله في ذلك مثل أغلب التشريعات، حيث تنص المادة (1/45) تحكيم مصري على ذلك بقولها: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد المحدد الذي اتفق عليه الطرفان فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم".

وفي المقابل إذا تم الاتفاق على تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم من قبل طرفي النزاع وجب التقيد به على ما قد يحدده القانون، فأطراف التحكيم هم سادة الخصومة.

وقد يرى الأطراف أن من الأفيد لهم عدم الدخول في متاهات الإجراءات واللوائح التنظيمية، وبخاصة في حالة التحكيم الحر الذي لا يقوم على لائحة تحكيم، كما هو عليه التحكيم المؤسسي، ويفوضون مباشرة الهيئة لتحديد ميعاد الحكم، وهي طريقة ناجعة بالنسبة للأطراف الذين غالباً ما يجهلون الخبرة القانونية، ويتركون الأمر لهيئة التحكيم لتتصرف كما تشاء في جميع المواعيد، ابتداءً من أول إجراء إلى غاية صدور الحكم نهائياً، على أن تكون هذه المدة معقولة ومتناسبة وظروف الدعوى وملاساتها<sup>(2)</sup>.

(1) سعيداني صارة: إجراءات الخصومة التحكيمية، رسالة لنيل درجة الماجستير، 2015 - 2016م، كلية علوم الحقوق والسياسة، جامعة الدكتور مولاي طاهر، الجزائر، ص 46.

(2) سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، 2012م، كلية الحقوق،



أما قانون التحكيم اليمني لم ينص على تحديد الفترة التي يجب أن تقضيها لجنة التحكيم لنظر القضية وحتى صدور الحكم إذا لم يكن هناك ميعاد محدد يتفق عليه طرفا التحكيم في اتفاق التحكيم، وهذا قصور كبير وقع فيه المشرع اليمني، وهو ما نوصي معه بضرورة تحديد ميعاد لإنهاء التحكيم وإصدار حكم في النزاع المعروض على لجنة التحكيم، إذا لم يذكر في اتفاق التحكيم وهذا يبين لنا مدى التزام لجنة التحكيم بالفترة المحددة لها لنظر النزاع حيث أن تجاوزها للفترة المحددة يعرض حكم التحكيم للبطلان، ما لم يجيز الاتفاق التمديد.

وعدم قيام الأطراف بتحديد ميعاد لإنهاء التحكيم في اتفاق التحكيم، وإغفال المشرع اليمني عن تحديد الفترة التي يجب أن تقضيها وتتقيد بها لجنة التحكيم، يعطي لجنة التحكيم حرية مطلقة قد تؤدي إلى الإهمال والتراخي وعدم الإنجاز مما يفرغ التحكيم من هدفه ومحتواه وهو غالباً ما تكون سرعة الفصل في القضية التحكيمية.

وعليه نوصي المشرع اليمني بإضافة مادة تنص على الآتي: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهني للخصومة كلها خلال الميعاد المحدد الذي اتفق عليه الطرفان فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المدد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك".

### المطلب الثالث

#### تسليم صورة الحكم وإيداعه

أولاً: تسليم صورة حكم التحكيم: يجب على هيئة التحكيم أن تسلّم إلى كلّ من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المُحكِّمين الذين وافقوا عليه، إذ تنص المادة (48) تحكيم يمني على الآتي: "وعلى لجنة التحكيم أن تقوم بإرسال صور من الحكم موقعة من المُحكِّمين إلى أطراف التحكيم".

ووفقاً للمادة السالف ذكرها فإن حق تسلّم صورة من الحكم التحكيمي أمرٌ ثابتٌ لا نقاش فيه، وهذا الحقُّ لم يكن مقتصرًا على طرف فقط، وإنما هو مكرّس لجميع أطراف

←

جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر، ص 94.

النزاع<sup>(1)</sup>. وإذا كان المشرع قد أوجب على هيئة التحكيم تسليم صورة الحكم لطرفي النزاع فإنه لا يجوز تسليم صورة الحكم لكل ذي مصلحة من غيره، وإنما إذا أراد ذلك فعليه اللجوء إلى المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة للحصول على صورة من نسخة الحكم<sup>(2)</sup>.

وليس المقصود بصورة الحكم صورته الضوئية، وإنما المقصود بها صورة موقعة من المُحكِّمين الذين وافقوا عليه، فالصورة التي تنصُّ عليها المادة (48) هي في الواقع نسخة من أصل الحكم وليست صورة له. ويجب على هيئة التحكيم تسليم نسخة من الحكم إلى كل طرف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وذلك بحسب المادة (52) تحكيم يمني، وهذا عين ما تنص عليه المادة (1/44) تحكيم مصري.

ثانياً: إيداع حكم التحكيم: من خصوصيات التحكيم أن يتم إيداع حكم التحكيم المحكمة المختصة، وقد أوجبت ذلك المادة (50) من قانون التحكيم اليمني بقولها: "على لجنة التحكيم إيداع أصل الحكم والقرارات التي يصدرها في موضوع النزاع مع اتفاق التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة خلال الثلاثين يوماً التالية لإصدار الحكم. ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع، ويحق لأطراف التحكيم الحصول على نسخة منه". إذن فالمادة (50) تحكيم يمني تنص على أن من يقوم بالإيداع هي لجنة التحكيم، ويوجد اختلاف فيما تنص عليه المادة سالفة الذكر وبين ما ورد في نص المادة (47) من قانون التحكيم المصري الذي أوجب أن من يقوم بالإيداع هو من صدر الحكم لصالحه، فتنص هذه المادة على أنه "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة العربية التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون".

وهنا يتبين لنا أن نصوص التشريعين فيما يخص تسليم هيئة التحكيم صورة الحكم إلى أطراف التحكيم ومسألة إيداع أصل الحكم المحكمة المختصة أوجدت تلك النصوص إشكالات كبيرة جداً كما نراها نحاول أن نوجزها في الآتي:

(1) انظر، د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 454.

(2) د. محمود مصطفى يونس: المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص 474.

أولاً: بالنسبة لتسليم صورة حكم التحكيم، نجد أن التشريعين اليمني والمصري أمرا هيئة التحكيم بتسليم صورة من حكم التحكيم إلى كل من الطرفين، المواد (48) تحكيم يمني، (44 البندا1) تحكيم مصري.

ثانياً: بالنسبة لإيداع أصل حكم التحكيم المحكمة المختصة نجد أن التشريعين اختلفا هنا في مسألة إيداع أصل الحكم على النحو التالي:

أ - المشرع اليمني وفقاً ونص المادة (50) تحكيم ألزم هيئة التحكيم بإيداع الحكم، ثم أشارت نفس المادة في آخرها أن من حق الأطراف الحصول على نسخة من الحكم بعد إيداعها.

ب - المشرع المصري وفقاً ونص المادة (47) تحكيم أوجب من صدر الحكم لصالحه إيداع الحكم، ثم أشارت نفس المادة في آخرها أن من حق الأطراف الحصول على صورة من الحكم بعد إيداعها. وعليه ثور لدينا بعض التساؤلات وهي:

1 - لماذا هذا التضارب في النصوص حين تنص على لزوم تسليم صورة الحكم للأطراف من قبل هيئة التحكيم، ثم تنص على أحقيتهم في الحصول على نسخة بعد إيداعها.

2 - وإذا كان المشرع المصري بحسب المادة (47) تحكيم أوجب من صدر الحكم لصالحه إيداع الحكم فماذا عساه أن يودع غير صورة من الحكم وليس أصل الحكم لأن هيئة التحكيم لن تسلمه إلا صورة من الحكم.

3 - إن تسليم هيئة التحكيم صورة الحكم لأطراف التحكيم يعطي الحق لكل ذي مصلحة من الطعن فيه من خلال تقديم دعوى بطلان، فهل ممكن أن تقبل المحكمة الدعوى ولو لم يودع بعد أصل الحكم قلم كتابها؟

4 - وأخيراً هل فترة احتساب سقوط مدة الطعن برفع دعوى البطلان تحسب من النطق بالحكم أم من لحظة استلام الحكم؟ وأية استلام هل الذي من قبل هيئة الحكم أم بعد إيداع أصل الحكم قلم كتاب المحكمة؟ فالنصوص القانونية السالفة الذكر من التشريعين أوجدت إشكالات نعتقد أنها بحاجة لإعادة النظر فيها. وعليه ومما تقدم نوصي المشرعين اليمني والمصري بالآتي:

توحيد نصوص القانون فيما يخص استلام أو تسلم صورة الحكم يكون عبر قلم

كتاب المحكمة بعد إيداع أصل الحكم التحكيمي.

إفراد نص يوضح بدء سريان رفع دعوى البطلان.

ولذلك لا يمكن إصدار الأمر بالتنفيذ من غير إيداع حكم التحكيم أمانة الضبط المحكمة المختصة، ومؤدى ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يراقب حكم التحكيم والتحقق من توافر الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ إلا إذا تم إيداعه؛ ويعود ذلك إلى خضوع حكم التحكيم إلى رقابة الدولة، ولا يمكن لها أن تقوم بتلك الرقابة إلا إذا تم إيداعه لدى الجهة القضائية المختصة<sup>(1)</sup>.

وتساءل هنا: ما هي المحكمة المختصة بإيداع حكم التحكيم الذي ورد ذكرها في

نص المادة (50) تحكيم يميني، والمادة (9) تحكيم مصري؟

بخصوص المحكمة المختصة بإيداع حكم التحكيم، فهي محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها التحكيم أو صدور الحكم فيها، فمحكمة الاستئناف هي المختصة بجميع الأمور المتعلقة بالتحكيم؛ ذلك أن المادة (8) من قانون التحكيم اليمني تنص على ذلك بقولها: "تختص المحاكم الاستئنافية بنظر القضايا التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء، ما لم يتفق طرفا التحكيم على جعل الاختصاص لمحكمة أخرى".

ونلاحظ أن قانون التحكيم اليمني جعل الاختصاص بمسائل التحكيم هي محكمة الاستئناف دون تحديد أو تمييز خلافاً لقانون التحكيم المصري في المادة (9) الفقرات (2/1) جعل الاختصاص بنظر مسائل التحكيم للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواءً داخل مصر أو في الخارج فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

ويفضل أن يكون الإيداع والطعن في محكمة واحدة؛ توفيراً للوقت والجهد<sup>(2)</sup>. وهذا

ما هو منصوص عليه في قانون التحكيم اليمني، حيث أن إيداع الحكم والطعن فيه من اختصاص محكمة الاستئناف، المادة (8) تحكيم يميني.

(1) سعيداني صارة: إجراءات الخصومة التحكيمية، مرجع سابق، ص 53.

(2) انظر، د. فهد علي القهالي: النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، ط 1، 2013م، مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض، ص 105.

## المبحث الثاني

### إجراءات رفع دعوى البطلان

حصّنَ المشرعان اليمني<sup>(1)</sup>، والمصري<sup>(2)</sup>، الأحكام التحكيمية بغلق كافة طرائق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، فجعلها أحكاماً نهائية لا تقبل الطعن بطرائق الطعن العادية وغير العادية، وهي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر، وشددوا على أن تكون دعوى البطلان هي الطريقة الوحيدة لإمكانية مراجعة أحكام التحكيم. وستتناول في هذا المبحث إجراءات دعوى البطلان في المطالب الآتية:

### المطلب الأول

#### كيفية رفع دعوى البطلان

أولاً: ميعاد رفع دعوى البطلان:<sup>(3)</sup> أجاز المشرعان اليمني والمصري التصدي لحكم التحكيم عن طريق رفع دعوى أصلية إلى المحكمة المختصة، بهدف التوصل إلى إبطاله إذا قام به سبب من أسباب البطلان المنصوص عليها في القانون. ولم يعين قانون التحكيم اليمني الميعاد تعييناً محدداً، وإنما يشير له من خلال المادة (54) تحكيم يمني التي تنص على أنه "ترفع دعوى البطلان إلى محكمة الاستئناف خلال مدة الاستئناف القانونية". ومدة الاستئناف القانونية هي ستون يوماً بحسب المادة (275) مرافعات يمني. وجعل المشرع ميعاد الطعن يبدأ من اليوم الذي يتسلم المحكوم عليه نسخة الحكم، أو من تاريخ إعلانه بها إعلاناً صحيحاً، بحسب المادة (276) مرافعات يمني. أي أن المشرع اليمني اعتمد على القواعد القانونية العامة في قانون المرافعات اليمني فيما يخص مدة الاستئناف وبدء ميعاد رفع الدعوى، بخلاف المشرع المصري الذي عين ميعاد آخر لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم وبدأيته، كما ورد في المادة (54) الفقرة (1) من قانون التحكيم المصري التي تنص صراحة على أن ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم هو تسعون يوماً من تاريخ

(1) المادة (54) تحكيم يمني.

(2) المادة (1/52) تحكيم مصري.

(3) راجع، د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، 2016م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 64.

إعلان الحكم إلى المحكوم عليه.

ثانياً: المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان: ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام محكمة الاستئناف بحسب نص المادة (54) تحكيم يمني. إلا أنها لا تعد بمثابة استئناف لحكم التحكيم؛ لأن المحكمة التي تنظرها لا تراجع هذا الحكم من حيث ما قضى به في الموضوع، وإنما تقتصر مراجعتها له على النواحي الإجرائية المحددة<sup>(1)</sup>. فدعوى البطلان تقدم على مستوى محاكم ثاني درجة التي تعد - بنص المادة (54) تحكيم يمني - المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، كما يلاحظ أن دعوى البطلان إذا رفعت أمام محكمة استئناف غير مختصة كان لها من تلقاء نفسها أيضاً أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة التي تراها مختصة محلياً؛ لأن الاختصاص المحلي لمحاكم الاستئناف يتعلق بالنظام العام<sup>(2)</sup>. وكذلك الاختصاص النوعي. وهذا يعني أنه إذا كان موضوع التحكيم تجارياً فيجب أن ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم إلى محكمة الاستئناف التجارية، وإذا كان موضوع التحكيم مدنياً فيجب رفع دعوى البطلان إلى محكمة الاستئناف المدنية، وإلا جاز للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة؛ لكون هذا النوع من الاختصاص يتعلق بالنظام العام.

ونشير هنا إلى أن المشرع اليمني جعل محاكم الاستئناف المختصة بنظر دعاوى بطلان حكم التحكيم، سواء أكان التحكيم داخلياً أم دولياً، إلا إن المشرع اليمني لم يحدد أي محكمة استئناف حيث أن محاكم الاستئناف من حيث توزيعها تتواجد في كل عاصمة محافظة، وهذا يفسح المجال إلى الخصوم بتقديم دعوى بطلان حكم التحكيم إلى أية محكمة استئناف يرونها مناسبة وميسرة لهم، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي حسم الأمر من خلال ما جاء في المادة (54) الفقرة (2) التي تنص على أنه "تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون". والمادة الأخيرة تنص على أنه "إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة"، وإذا كان غير دولياً

(1) د. رضا السيد عبدالحميد: قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م، في الميزان، 2004م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص122.

(2) سعيداني صارة: إجراءات الخصومة التحكيمية، مرجع سابق، ص61؟

فيكون الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وهي محكمة ثاني درجة، المادة (2/54) تحكيم مصري. وهذا يعني أن محكمة استئناف القاهرة هي المحكمة المختصة محلياً بدعاوى البطلان لحكم تحكيم تناول وفصل في قضية تجارية دولية ولا يجوز مخالفة ذلك وإلا شاب الحكم البطلان.

ثالثاً: **تكييف دعوى البطلان:** هي دعوى مبتدأة للخصوم، فيها كل ما يملكه الخصم في دعواه المبتدأة، فله إذا كان مدعياً أن يتقدم بطلبات إضافية، وإذا كان مدعياً عليه يتقدم بطلبات مقابلة. ويجوز التدخل والاختصاص بجميع أنواعه. فنحن لسنا إزاء طعن بالاستئناف، ومن ثمة لا تتولد مفاعيل هذا الأخير ولا آثاره ولا محظوراته ولا رخصه، وإنما نحن أمام محكمة ثاني درجة أفرغت من مضمونها وتم استبداله بمضمون محاكم أول درجة إن صح التعبير. وعلى ذلك فإن محكمة الاستئناف حين تتصدى للحكم في دعوى البطلان المرفوعة أمامها لا يكون لها أن تشرع في مراجعة الحكم التحكيمي من حيث الموضوع، فسلطة محكمة الاستئناف ينحصر دورها، إما في القضاء ببطلان الحكم إذا تحققت فيه أحد الأسباب المذكورة في القانون على سبيل الحصر، أو تقضي برفض دعوى البطلان<sup>(1)</sup>. وقد قضت محكمة استئناف القاهرة<sup>(2)</sup> بأن حكم التحكيم الذي قضى في العقد موضوع النزاع وفقاً لأحكام القانون المدني، وليس وفقاً لأحكام قانون إيجار الأماكن ليس محلاً لدعوى البطلان؛ لأن الفصل في صحة العقد يقتضي التعرض لتكييف العقد وتحديد طبيعته القانونية، وبيان مدى سلامة قضاء حكم التحكيم في موضوع النزاع، وكل ذلك يخرج عن نطاق دعوى البطلان. وقضت<sup>(3)</sup> أيضاً بأن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طريقة طعن بالاستئناف، ومن ثم فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قضاء الحكم فيه. فليس للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير مدى ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب وخطأ اجتهادهم في فهم الواقع أو تكييفه.

وعليه، فإن دعوى بطلان حكم التحكيم هي دعوى مبتدأة ترفع أمام محاكم

(1) د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 79.

(2) حكمها الصادر في 26 فبراير 2003م، في الدعوى رقم 54 لسنة 119ق، تحكيم.

(3) حكمها الصادر في 26 يونيو 2002م، في الدعوى رقم 17 لسنة 119ق، تجاري.

الاستئناف، ولا يطعن أمامها على ما حكم به، وإنما يتم سلوك طريقة استثنائية قررها القانون وهي طريقة الدعوى للطعن في الحكم متى ما توافرت أسبابه.

### المطلب الثاني

#### الأثر الناقل لدعوى البطلان

أولاً: أحكام البطلان وأثر الحكم به: يحكم بطلان حكم التحكيم القواعد التي ينص عليها قانون المرافعات، إذ لم ينظم قانون التحكيم اليمني والمصري أثر الحكم ببطلان حكم التحكيم، فأثر ترك الأمر لحكم القواعد العامة في قانون المرافعات التي تتلخص فيما يأتي:

يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو أغفل أو جاء مخالفاً لغرض جوهرى، أو إذا شابهُ عيبٌ لم تتحقق بسببه الغاية المطلوبة. المواد (49/48/47) مرافعات يمني، والمادة (20) مرافعات مصري.

لا يجوز التمسك بالبطلان إلا ممن شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك به من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك فيما عدا الحالات المتعلقة بالنظام العام، فإنه يجوز التمسك به لكل طرف ولكل ذي مصلحة، وللنيابة العامة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. المواد (53/52) مرافعات يمني، والمادة (21) مرافعات مصري.

يزول البطلان إذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحةً أو ضمناً، فيما عدا الحالات المتعلقة بالنظام العام. مادة (54) مرافعات يمني، والمادة (22) مرافعات مصري.

#### ثانياً: هل لرفع دعوى البطلان أثر موقف على تنفيذ الحكم؟

لدينا اتجاهان للإجابة عن هذا السؤال<sup>(1)</sup>، فيرى الأول: أن الدعوى بطلب بطلان حكم المُحكّم لا توقف تنفيذه، إذ إن هذه الدعوى طريقة غير عادية لبطلانه، وليست طريقةً عاديةً للتظلم من الحكم، ومن ثم لا توقف تنفيذه.

في حين يرى الثاني: أن رفع دعوى بطلب بطلان الحكم يترتب عليها وقف تنفيذه؛

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، ط4، 2005م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص267.



لأن المقصود من هذه الدعوى إنكار كل سلطة للمُحكِّم فيما فصل فيه، ويُعدَّم الحكم إن صحت الاعتبارات التي بنيت عليها الدعوى.

وقد أخذ بالرأي الأول التشريع المصري الجديد، إذ ينصُّ في المادة (57) من قانون التحكيم على أنه "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة دعواه، وكان الطلب مبنياً على أسباب جديدة"<sup>(1)</sup>. إلا إن سريان ميعاد رفع الدعوى ببطلان حكم التحكيم يُعدُّ أثراً مانعاً من حيازة حكم المُحكِّم للقوة التنفيذية؛ إذ بانقضاء هذا الميعاد يكون حكم التحكيم صالحاً للتنفيذ ولا يكون لرفض دعوى حكم المُحكِّم أثر في وقف تنفيذ هذا الحكم عملاً بالمادة (1/58) من قانون التحكيم المصري<sup>(2)</sup>. بمعنى أن المدة الزمنية والمحددة بتسعين يوم في المادة (1/54) تحكيم مصري لرفع دعوى البطلان طالما سارية المفعول فهي تمنع من أن يحوز حكم التحكيم على القوة التنفيذية، أي لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم حتى تنقضي هذه المدة كاملة.

ونعتقد أن هناك تناقض واضح بين النصين في قانون التحكيم المصري، حيث تنص المادة (57) على أنه "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم،...." وتنص المادة (1/58) على أنه: "لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى". فالنص الأول يوضح لنا أن رفع دعوى البطلان مع سريان مدة رفعها لا يترتب وقف تنفيذ حكم التحكيم ثم يأتي وينص في المادة (1/58) "لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى". وعليه هنا نوصي المشرع المصري برفع التناقض الموجود بين النصين السابقين في المادتين السالف ذكرها بحذف إحداها.

أما المشرع اليمني اختصر المسألة وأرجعها إلى أصلها وفقاً والقواعد العامة في قانون المرافعات، فقد جعل من سريان ميعاد رفع الدعوى أثراً مانعاً من قيام التنفيذ، فتتص المادة

(1) انظر في ذلك، د. محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، ط3، 2004م، دار النهضة العربية، ص274.

(2) د. خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، 2002م، دار الشروق، القاهرة، ص493.

(57) تحكيم يمّني على أنه "يصبح الحكم نهائيًا وقابلًا للتنفيذ بعد انقضاء ميعاد الطعن، أو بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى الإبطال دون رفعها، أو بعد صدور حكم فيها بعدم قبولها إذا رفعت"، وكأنّ المشرع اليمّني يقول إنه خلال فترة سريان رفع دعوى الإبطال لا يجوز تنفيذ الحكم التحكيمي.

ونرى أن المشرع اليمّني خيرًا فعل؛ ذلك أن الحكم التحكيمي قد حُرّم من طرائق الطعن التي يمكن من خلالها مناقشة الموضوع مرة أخرى، مما يعني تفويت فرصة من فرص تعديل الحكم، علاوة على ذلك فإن تنفيذ الحكم قد يجعل إعادة الحال إلى ما كان عليه صعبًا، فتضيع الحقوق أو يترتب على إعادة الحال خسارة كبيرة؛ لذلك جعل قانون التحكيم اليمّني وقف تنفيذ حكم التحكيم بقوة القانون بمجرد رفع دعوى بطلان خلال المدة المسموح بها للطعن.

#### ثالثًا: الطعن في الحكم الصادر في دعوى البطلان:

هذا يضعنا أمام احتمالية أن الحكم الصادر في دعوى البطلان قد يكون بقبول الدعوى أو برفضها. والسؤال الذي يضع نفسه هل الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم يكون قابلًا للطعن عليه بالنقض أم لا؟

يرى بعض الفقه أن الحكم في دعوى بطلان حكم التحكيم طالما يصدر من المحكمة المختصة بنظر منازعات التحكيم، فإن الحكم الصادر يقبل الطعن بالنقض إذا كانت قيمة الدعوى تزيد عن خمسمائة ألف في الدعاوى التجارية، ومائتي ألف في الدعاوى المدنية<sup>(1)</sup>، أي تزيد عن النصاب الانتهائي المحدد الذي لا يجوز معه رفع الطعن بحسب المادة (86) مرفعات يمّني؛ إلا إن هذا النص مقيد بأحكام القانون.

وقضاؤها ببطلان حكم التحكيم - أي قبول دعوى البطلان - يعني انتهاء الخصومة أمامها، فليس للمحكمة بعد أن تقضي بالبطلان سلطة نظر موضوع النزاع لكي تفصل فيه، إذ دعوى البطلان ليست استثناءً للحكم، وإنما جاز أن يطعن في الحكم بالنقض أو التماس إعادة النظر إذا توافرت حالة من الحالات التي تجيز الطعن في أيهما<sup>(2)</sup>. ذلك أن الطعن هنا لا يوجه على حكم التحكيم ذاته أو ينصبُّ عليه، وإنما على القرار الصادر في

(1) قريب من هذا انظر، د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 102.

(2) انظر، د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 625.

دعوى البطلان من المحكمة التي نظرت دعوى البطلان، وهي الجهة القضائية التي رُفِعَ أمامها الطعن<sup>(1)</sup>.

ولكن هذا الطرح لا يوجد مل يدعمه من القانون بالنسبة للتشريعين اليمني والمصري، وبالتالي فإن ما يصدر من المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم سواءً بقبول الدعوى أو برفضها هو حكماً باتاً لا يقبل الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن كما تقدم معنا، لأن طريق التقاضي عبر التحكيم هو وسيلة استثنائية في مضمونه وإجراءاته.

والسؤال المطروح: أیظُلُّ الخصوم مرتبطين باتفاق التحكيم بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم، أم إنهم يتحللون من هذا الاتفاق ويحق لكل منهم أن يعرض نزاعه على القضاء؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على سبب الحكم بالبطلان، فإذا كان السبب بالبطلان يمس اتفاق التحكيم بما يبطله فإن الخصوم يتحللون من هذا الاتفاق، ويحق لأي منهم الالتجاء إلى القضاء، أما إذا كان سبب الحكم بالبطلان لا يمس اتفاق التحكيم، فإن الخصوم يظلون ملتزمين به، ما لم يتفقوا صراحة أو ضمناً على التحلل منه. أي إن الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم المُحكَّم إذا لم يتعرض لمسألة وجود أو صحة أو نفاذ أو بطلان اتفاق التحكيم، فإن هذا الحكم لا يؤثر في اتفاق التحكيم، ومن ثمَّ يكون لكل ذي مصلحة الالتجاء إلى التحكيم تنفيذاً لهذا الاتفاق، ولا تقبل منه الدعوى أمام المحاكم<sup>(2)</sup>.

وإذا ما قُدِّمت دعوى بطلان حكم التحكيم من قِبَل المدعي فليس للمدعى عليه إلا التمسك بدفع عدم قبول دعوى البطلان، استناداً إلى أن المدعي تنازل ضمناً عن المخالفات التي لحقت بالتحكيم، ومن هنا لا بد من توافر الشروط الآتية لقبول هذا الدفع<sup>(3)</sup>:

1 - أن يكون المدعي بدعوى البطلان استمر في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع المخالفة.

2 - يتعين أن تنصّب المخالفة بأحد شروط اتفاق التحكيم، أو بأحكام القانون الذي لا

(1) خليل أبو صنوبرة: القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه، مرجع سابق، ص 226.

(2) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 625، وما بعدها.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 81.

يجوز الاتفاق على مخالفته.

3 - إسقاط حق المدعي في التمسك بدعوى البطلان لأي سبب من أسباب السقوط، أو لعدم اعتراضه على المخالفة في الوقت المطلوب.



## المبحث الثالث

### أسباب إبطال الحكم التحكيمي

أورد المشرعان اليمني والمصري عدد من الحالات والأسباب التي بوجودها في الحكم التحكيمي تؤدي إلى إبطاله في المواد (53) تحكيم يمني و(53/ الفقرة البند 2، 1) وهي على سبيل الحصر، وجميع الأسباب المذكورة في المادتين تكاد تكون متطابقة، وإن وجد بعض الاختلاف في الصياغة ولكن المعنى والمقصود يكاد يكون واحد كون الحالات والأسباب مسألة موضوعية.

والملاحظ على هذا الحصر لحالات قبول دعوى البطلان أنها لا تتضمن حالة الحصول على حكم تحكيم بالغش أو التحايل، أو بناءً على استخدام طرق التدليس أو الوسائل الاحتيالية، أو بناءً على تقديم مستندات مزورة أو مصطنعة<sup>(1)</sup>، وعليه نوصي المشرعين اليمني والمصري إضافة سبباً في المواد (53) تحكيم يمني و(53/ الفقرة البند 2، 1) ضمن أسباب الإبطال ويكون النص على النحو الآتي: "إذا بني التحكيم على غش أو تحايل أو استخدم طرق تدليس أو وسائل احتيالية أو قدم مستندات مزورة". وعليه سنتناول الحالات التي أوردتها المادة السالفة الذكر بشكل مفصل في المطلبين الآتين:

### المطلب الأول

#### أسباب الطعن المتعلقة باتفاق التحكيم

أولاً: البطلان بسبب اتفاق التحكيم:

أورد المشرع اليمني قبول دعوى البطلان لهذا السبب في الحالتين الأولى والثانية من المواد (53) تحكيم يمني و(53/ الفقرة البند 2، 1) وذلك:

إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، أو انتهت مدته، أو كان باطلاً وفقاً للقانون.

إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً للأهلية.

وفي الحالة الأخيرة نعتقد أن المشرع قد وقع في قصور من حيث الصياغة، ويفترض أن تكون على النحو الآتي: إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 272.

أو ناقصها، وعليه نصي المشرع اليمني بتعديل الفقرة (ب) من المادة (53). وهو ما تنص عليه المادة (53) الفقرة (ب) تحكيم مصري.

ويرى البعض أن الحالتين المذكورتين هما في الواقع حالة واحدة، وكان يكفي المشرعين النص على قبول دعوى البطلان لعدم اتفاق التحكيم أو لعدم صحته، ولذلك وصف النص على الحالة الثانية أنها مجرد تطبيق أو مجرد تزييد<sup>(1)</sup>.

وحالات البطلان المستندة إلى عدم اتفاق التحكيم يمكن إجمالها في الآتي: (عدم الاتفاق على التحكيم - أو بطلان هذا الاتفاق - أو قابليته للإبطال - أو سقوطه لانقضاء مدته - أو إذا كان أحط أطراف الاتفاق معدوم أو ناقص الأهلية)، ويجب أن تتوافر الأركان والشروط اللازمة لوجود وصحة عقد اتفاق التحكيم، فيجب أن تكون إرادة الأطراف موجودة وسليمة من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، كما يشترط أيضاً قابلية المنازعة موضوع التحكيم للفصل فيها بهذا الطريق<sup>(2)</sup>.

وتنص المادة (19) تحكيم يمني على أن "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم إلى التحكيم ما عدا: أ - إذا تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغٍ أو لا يشمل النزاع المطروح أمامها". واستمرارها التحكيم على اتفاق باطل أو لاغٍ يجعل الحكم الصادر في النزاع معرض للإبطال.

وقضت محكمة النقض المصرية<sup>(3)</sup> بأنه "إذا لم يوجد أي اتفاق على التحكيم فإن ما يصدر خارج المحاكم بغير هذا الاتفاق لا يكون حكماً له المقومات الأساسية للأحكام بما يتيح لأي طرف من الأطراف دفع الاحتجاج عليه بمجرد إنكاره والتمسك بعدم وجوده، دون حاجة إلى الادعاء بتزويره أو اللجوء إلى الدعوى المبتدأة لإهداره".

فعلى سبيل المثال لو أبرمت اتفاقية التحكيم شفاهة فإنه لا يبنى عليها التحكيم حتى وإن رضي الطرفان بذلك أمام هيئة التحكيم، وإذا ما حدثت وجرى التحكيم على هذه

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 277.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 7، وما بعدها.

(3) حكمها الصادر في 6 فبراير 1986م، في الدعوى رقم 2186 لسنة 52 ق، تحكيم.

الصورة فإن العملية التحكيمية معرضة برمتها للبطان<sup>(1)</sup>.

وهو ما اشترطه المشرع اليمني في المادة (15) التي تنص على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة، سواءً قبل قيام الخلاف أو النزاع، أو بعد ذلك، وحتى لو كان طرفا التحكيم قد أقاما الدعوى أمام المحكمة، ويكون الاتفاق باطلاً إذا لم يكن مكتوباً ومحددًا به موضوع التحكيم، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنته وثيقة تحكيم أو برقيات أو خطابات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي". وهو ما تنص عليه المادة (12) تحكيم مصري، مع زيادة منطقية في نص المادة سالفة الذكر، حيث يشترط المشرع المصري التوقيع على الاتفاق حين جاء النص كالتالي: "... ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان...".

ثانياً: إذا تجاوزت لجنة التحكيم صلاحياتها:

قوام هذه الحالة هو إرادة الأطراف التي انصرفت إلى فض نزاعهم بالتحكيم وليس القضاء، ومقتضى ذلك التزام هيئة التحكيم بنطاق النزاع الذي تضمنه اتفاق الأطراف، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أمر لم يتفق الأطراف على طرحه على التحكيم، أو فيما يجاوز ذلك، وإلا كان الحكم باطلاً<sup>(2)</sup>.

وهو ما تنص عليه المادة (27) تحكيم يمني بقولها: "تختص لجنة التحكيم بالفصل في المنازعات التي تحال إليها وفقاً لهذا القانون أو وفقاً لشروط اتفاق التحكيم ذاته"، وتنص المادة (29) من نفس القانون على أنه "على لجنة التحكيم الالتزام باتفاق التحكيم، ولا يجوز لها أن تحكم بما لم يشمل الاتفاق، أو بما لم يطلبه طرفا التحكيم". نجد كذلك قانون التحكيم المصري ينص في المادة (25) على أنه: "الطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم...." وإلا كان لهيئة التحكيم أن تختار الإجراءات التي تراها مناسبة طالما لا يوجد اتفاق عليها من قبل أطراف التحكيم. كما تنص المادة (39) بكامل فقراتها (1، 2، 3، 4) من قانون التحكيم المصري أيضاً على ذلك الوجود من اتباع إجراءات التحكيم المحددة أو المتفق عليها وكذلك القواعد الموضوعية عند الفصل في الموضوع.

(1) سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 361.

(2) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون، مرجع سابق، ص 242.

ويترتب على ما سبق أن تلتزم الهيئة عند إصدار حكمها بالفصل في المسائل المطروحة عليها، والتقيد بدقة في تحديد نطاق اختصاصها، وإلا فإن حكمها ببطلان عقد الشركة في حين أن المطروح عليها طلب الفصل في منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد الشركة يعد خروجاً على حدود مهمة هيئة التحكيم، ولكن إذا تصدت هيئة التحكيم لمسائل مطروحة عليها ومسائل أخرى ترتبط بها فإن البطلان يقتصر على ما قضت فيه المسائل المرتبطة، ولا يمتد إلى ما تصدت له من مسائل تضمنها اتفاق التحكيم، إلا إذا أقيم الدليل على عدم الفصل بين الشقين<sup>(1)</sup>.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة<sup>(2)</sup> بأن "لمحكمة البطلان تفسير الاتفاق على التحكيم لتحديد ما إذا كان يتسع لما فصل فيه حكم التحكيم أم إن الحكم قد فصل في مسألة لا يشملها الاتفاق أو جاوز حدوده، على أن تراعي أن اتفاق التحكيم يفسر تفسيراً ضيقاً، ويعتبر الحكم غير متجاوز لحدود الاتفاق إذا فصل في مسألة لم ينص عليها الاتفاق صراحة، ولكنه ينطوي عليها ضمناً".

فهيئة التحكيم تستمد سلطتها في الفصل في النزاع من اتفاق الأطراف وهذا هو الأصل، ومن ثمة فإنها ملزمة بما يرسمه لها الأطراف، وليس التقيد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن تجاوزت حدود مهمتها المحددة لها في اتفاق التحكيم فإن ذلك يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم بالنسبة للمسائل التي تجاوزت فيها حدود مهمتها، إذ إن الحكم التحكيمي يبطل بالقدر الذي تجاوز فيه المُحكّم مهمته، ويبقى حكم التحكيم منتجاً لآثاره بالنسبة للمسائل الأخرى<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: إذا تم تشكيل لجنة التحكيم بصورة مخالفة لاتفاق التحكيم:

يكون تشكيل لجنة التحكيم أو تعيين المُحكّمين محلاً للبطلان إذا تم ذلك خلافاً لاتفاق الأطراف، ومن المعلوم أن المشرع أعطى أطراف التحكيم الحرية في اختيار المُحكّمين، ولكنه لم يغفل عن وضع بعض الشروط الواجب توافرها في شخص

(1) د. محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 228، وما بعدها.

(2) محكمة استئناف القاهرة - 91 تجاري 2004/11/29م، في الدعوى 92 لسنة 119ق. تحكيم.

(3) علي ناصر محمد الأحبابي: بطلان أحكام التحكيم الأجنبية، ط1، 2012م، دائرة القضاء، أبوظبي، ص 118.



المُحكِّم<sup>(1)</sup>، وبحسب ما هو منصوص عليه في المادة (20) تحكيم يمّني من أنه "لا يجوز أن يكون شخص المُحكِّم فاقد الأهلية، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية، أو غير صالح للحكم فيما حُكِّم فيه"، كذلك ما نصت عليه المادة (16) تحكيم مصري بكامل فقراتها (3/2/1). وكذلك المواد (17 و21) تحكيم يمّني، والمواد (2/1/15) تحكيم مصري حين أوجبت أن يكون عدد المحكمين وتراً إذا تعدد عددهم أكثر من محكم واحد.

مع مراعاة أن تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم أو فصلها في مسائل لا يشملها الاتفاق كسبب للبطلان، تتوقف على تمسك صاحب المصلحة فيه إذا لم يتعلق الأمر بالنظام العام، أما إذا تعلق المخالفة بمسألة تتعلق بالنظام؛ كما إذا فصلت هيئة التحكيم في أمر لا يجوز فيه التحكيم؛ أو إذا فصلت بمناسبة تحكيم عن تعويض ناشئ عن جريمة في المسؤولية الجنائية للجاني، فإن حكمها يقع باطلاً لمخالفته النظام العام، وتحكم به المحكمة التي تنظر الدعوى من تلقاء نفسها<sup>(2)</sup>.

ونلاحظ أن المشرع اليمني في السبب الرابع من أسباب الطعن في حكم التحكيم قد غفل عمّا إذا تم تشكيل لجنة التحكيم على وجه مخالف للقانون، كما لو خالف أطراف التحكيم الوثريّة عند تشكيل واختيار لجنة التحكيم، واكتفى فقط بمخالفة تشكيل اللجنة لاتفاق التحكيم؛ ذلك أن المادة (17) تحكيم يمّني تنص على أنه "يجب تعيين شخص المُحكِّم أو المُحكِّمين في اتفاق التحكيم... وإذا تعدد المُحكِّمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً". لكنه لم يضمن النص السابق في حالة تشكيل لجنة التحكيم بصورة مخالفة لقانون التحكيم مثله في ذلك مثل قانون التحكيم المصري الذي ينص في المادة (53) الفقرة (هـ) من قانون التحكيم المصري إذ جاء فيها: "إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المُحكِّمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين".

وعليه، نعتقد أن المشرع اليمني قد وقع في قصور بعدم التنصيص على ألا يكون تعيين المُحكِّمين على وجه مخالف للقانون؛ لذلك نوصي المشرع اليمني بتعديل هذه الفقرة لتصبح على النحو الآتي: "ه - إذا تم تشكيل لجنة التحكيم بصورة مخالفة للقانون

(1) خليل أبو صنوبرة: القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه، مرجع سابق، ص 189.

(2) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون، مرجع سابق، ص 243.

أو لاتفاق التحكيم".

## المطلب الثاني

### أسباب الطعن المتعلقة بإجراءات التحكيم

أولاً: إذا كانت إجراءات التحكيم غير صحيحة:

يلاحظ، وبحق، أن أسباب دعوى البطلان تدور حول سلامة العملية التحكيمية من حيث الشكل والإجراءات، ولا تستطيل إلى موضوع النزاع، فالخطأ في الإجراء هو الذي يؤدي إلى بطلان الحكم، وأما الخطأ في التقدير أي مخالفة القانون، أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله فإنه لا يؤدي إلى بطلان الحكم مهما كانت جسامته، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يترتب على عدم إيداع أصل حكم التحكيم أو صورة منه قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر الدعوى - خلال الثلاثين يوماً اللاحقة لإصدار الحكم<sup>(1)</sup>.

فهذه الحالة تفترض أن يقع عيب في إجراءات خصومة التحكيم أدى إلى بطلانها، وأن هذا البطلان قد أثر في الحكم، وهو ما قضت به محكمة استئناف القاهرة<sup>(2)</sup> حين حكمت "ببطلان حكم التحكيم؛ لأن إجراءات التحكيم شابها العوار، إذ تضمنت محاضر جلسات التحكيم أنه في إحدى الجلسات حضرها رئيس الهيئة وحده، وفي جلسة أخرى لم يحضرها مُحكِّم أحد الطرفين، ومع ذلك حُرِّرَ فيها قرار حجز قضية التحكيم للحكم". كما قضت<sup>(3)</sup> بأنه "إذا كانت هناك مستندات لم يُمكنَ الخصم من الاطلاع عليها فإن الحكم لا يبطل ما دام لم يستند - أي الحكم - إلى هذه المستندات، إذ لا يكون من شأن العيب التأثير في الحكم". وبمفهوم المخالفة فإذا لم يُمكنَ الخصم من الاطلاع على المستندات واستند الحكم إليها فإن ذلك يعني خللاً في الإجراءات يستدعي معه بطلان الحكم التحكيمي.

لأن استناد الحكم على تلك المستندات دون تمكين الخصم من الاطلاع عليها والرد يعني شاب الإجراءات عيب من شأنه التأثير في الحكم.

(1) انظر، عليوة مصطفى فتح الباب: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، مرجع سابق، ص 207.

(2) الدائرة 7 تجاري جلسة 8/1 سنة 1998م، في الدعوى رقم 17 لسنة 114 ق تحكيم.

(3) استئناف القاهرة - 91 تجاري 2003/6/26م، في الدعوى رقم 69 لسنة 119 ق تحكيم.

وفي ذلك على لجنة التحكيم الالتزام بكل ما ورد في الفصل الخامس "إجراءات التحكيم" من قانون التحكيم اليمني، والباب الرابع والخامس من قانون التحكيم المصري، وإلا غُدد ذلك خلافاً في الإجراءات قد يؤدي إلى إبطال الحكم التحكيمي ما لم يكن اتفاق التحكيم حدد إجراءات معينة تكون واجبة الاتباع وبما لا يخالف النظام العام.

وقد جمعت وشملت المواد الآتية (3) و(29) تحكيم يميني والمواد (1/25/39) الفقرة (1) من خلال تأكيدها وجوب التزام لجنة التحكيم بأحكام إجراءات قوانين التحكيم، وبالإجراءات التي يتم الاتفاق عليها من قبل أطراف التحكيم، فمثلاً تنص المادة (3) تحكيم يميني على أنه "تسري أحكام هذا القانون على أي تحكيم يجري في الجمهورية اليمنية، كما تسري على أي تحكيم يجري خارجها إذا اختار طرفاه ذلك"، وتنص المادة (29) تحكيم يميني على أنه: "على لجنة التحكيم الالتزام باتفاق التحكيم، ولا يجوز لها أن تحكم بما لم يشمل الاتفاق، أو بما لم يطلبه طرفا التحكيم". وهو عين ما تنص عليه المواد (39، 25، 1 فقرة 1) تحكيم مصري.

ومن المسائل التي تجعل حكم التحكيم معرضاً للإبطال لوجود سبب من أسباب الخطأ في الإجراءات بطلان الحكم الناشئ عن بطلان الإجراءات التي قام عليها هذا الحكم، وهو بطلان ذات الحكم حالة صدوره بغير مداولة، أو بدون أغلبية، أو صدر بصورة علنية، أو غير مكتوب، أو خالي من الأسباب، أو من غير بيان الرأي المخالف، أو من غير توقيعات<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: إذا لم يكن حكم التحكيم مسبباً:

ينص المشرع اليمني على حالة ما إذا كان الحكم التحكيمي خالياً من التسبيب، فهو سبب يجعل الحكم معرض للإبطال، وذلك خلافاً للمشرع المصري الذي لم يدخل تسبيب الحكم في ضمن أسباب أو حالات بطلان الحكم التحكيمي؛ لذلك خلت المادة (53) من قانون التحكيم المصري من ذلك، مع أن المادة (43 فقرة 2) تحكيم مصري توجب التسبيب.

مع أنه يوجد في الفقه المصري من يرى أن تناقض الأسباب في الحكم وليس خلوه يجعل الحكم وكأنه خالٍ من التسبيب، الأمر الذي يبطله. ولا يتصور القول بصحة الحكم

(1) د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 37.

إذا خلا من التسبب؛ إذ إنه من خلال التسبب تتم معرفة ما إذا كان الحكم قد واجه النزاع المطروح أم لا<sup>(1)</sup>.

وهناك من يؤيد ما شرَّعه المشرع اليمني فيرى أنه يجب أن يكون حكم المُحكِّمين مسبباً بما لا يخالف الحد الأدنى من قواعد التسبب، ومن بينها ألا يكون متناقضاً تناقضاً حاداً، وألا يكون هناك قصور شديد في أسباب الحكم، بمعنى أنه معفي من التقيد بالشكل العام المقرر في قانون المرافعات، إذ يكفي أن يكون في ضمن حكمه ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم والأسباب التي حمل رأيه في المنطوق، بشرط ألا يكون قد خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام<sup>(2)</sup>.

وآخر يرى أن الذي يؤدي إلى بطلان حكم المُحكِّمين للقصور في التسبب هو فقط القصور في أسباب الحكم الواقعية، أما القصور في الأسباب القانونية، أو إيراد تقديرات قانونية خاطئة، أو عدم الرد على دفاع قانوني للخصم، فإنه لا يبطل الحكم<sup>(3)</sup>.

وأياً كانت الأسباب نرى أن المشرع اليمني قد كان أكثر توفيقاً من المشرع المصري عند التنصيص على وجوب أن يكون حكم التحكيم مسبباً، وإلا أدى ذلك إلى إبطاله، ونجد أن ما سقناه من آراء للفقهاء المصري يؤيد ما خلص إليه المشرع اليمني، حتى وإن وجد خلاف في الفقه بين مؤيد ومعارض لمسألة التسبب فما يقوي طرحنا هو ما تنص عليه القواعد العامة في قانون المرافعات من وجوب أن تكون الأحكام مسببة بما لا يخالف الحد الأدنى من قواعد التسبب، وهي القواعد التي يتم الرجوع إليها بصفة عامة إذا لم يوجد فيه نص في قواعد القانون الخاص.

وعليه نرى أن يضمن المشرع المصري عدم التسبب كسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم إذا خلا الحكم منه.

ثالثاً: إذا خالف حكم التحكيم أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام:

يشترط أولاً لصحة اتفاق التحكيم أن يكون محل اتفاق التحكيم، وهو موضوع النزاع، مشروعاً وغير مخالف للنظام العام وفقاً للقواعد العامة. ويستوي أن يتم الاتفاق على

(1) د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون، مرجع سابق، ص 244.

(2) د. محمود مصطفى يونس: المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص 540.

(3) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 604.

التحكيم داخل الدولة أو خارجها. وعليه لا يجوز للأطراف الاتفاق على الخروج عن القواعد التي لا يجوز الخروج عليها في القانون الإجرائي الواجب التطبيق - وهي هنا المقصود بها المسائل الجوهرية التي يعدها القانون الإجرائي من النظام العام - ولا يجوز مخالفتها<sup>(1)</sup>.

وتنص المواد (5) تحكيم يماني و(53 الفقرة 2) تحكيم مصري على أنه "لا يجوز التحكيم ه - في كل ما يتعلق بالنظام العام وتحكم المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام". وعلى ذلك تنص المادة (55) من نفس القانون على أنه "يجوز لمحكمة الاستئناف أن تحكم ببطلان حكم التحكيم، حتى ولو لم يطلب منها ذلك في الأحوال التالية: ب - إذا تضمن الحكم ما يخالف الشريعة الإسلامية والنظام العام".

وعلى ذلك فإن لمحكمة الاستئناف من تلقاء نفسها إثارة هذا السبب من أسباب البطلان، حتى ولو كانت الدعوى مرفوعة بناءً على سبب آخر<sup>(2)</sup>. ومن أمثلة مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان محل التحكيم لا تفره تلك الأحكام الإسلامية كما لو كان محل التحكيم صفقة خمور على سبيل المثال. كما إن من أمثلة مخالفة النظام العام التي قد يحدث بسببها بطلان الحكم التحكيمي هو عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، إذ الحكم عندئذ يصدر ممن لا ولاية له في إصداره، ويخالف قاعدة محاكم الدولة بالقضاء، وهي متعلقة بالنظام العام، أو بسبب بطلان اتفاق التحكيم، كما لو اتفق على التحكيم في نزاع لا يجوز أن يكون محلاً للتحكيم<sup>(3)</sup>.

وهو ما تنص عليه المادة (5) تحكيم يماني على بقولها: "لا يجوز التحكيم في: (أ) الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح، (ب) ورد القضاة ومحاكمتهم، (ج) المنازعات التي المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري، (د) وسائر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، (ه) وكل ما يتعلق بالنظام العام".

(1) د. محمود مصطفى يونس: المرجع في أصول التحكيم، مرجع سابق، ص 544.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المحكم، مرجع سابق، ص 38.

(3) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 606.

## الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تناولت الفكرة الأساسية لموضوع البحث، وإبراز جوانبها من خلال النصوص التي عالجتها وفقاً لقانون التحكيم اليمني والمصري، يمكنني أن استعرض مجموعة من النتائج والتوصيات التي اهتمت إليها، وأؤكد عليها، راجياً أن أكون قد وفقت في ذلك.

### أولاً: النتائج:

إن اتفاق التحكيم هو الأساس الذي تركز عليه العملية التحكيمية، بحيث يشمل الاتفاق كل التفاصيل الدقيقة التي تختص بالقواعد الموضوعية والإجراءات الشكلية لعملية التحكيم؛ إذ بدون الاتفاق لا يستطيع الأطراف اللجوء إلى التحكيم. إذا لم تتوافر الأغلبية للاتفاق على الحكم، يرجح الرأي الذي فيه الرئيس، وما أوجب القانون أن تكون لجنة التحكيم وتراً إلا ليكون هناك مرجح وهو رئيس اللجنة، وإلا تعرض الحكم للإبطال.

يوجب قانون التحكيم، كمبدأ، عدم إفشاء سر المداولة بين هيئة التحكيم، ولكنه لم يقرر البطلان فيما لو تم إفشاء سر مداولة ما، ولكن قد يعرضه للإبطال في حالة ما يتم ذلك بحسب ما تقرر القواعد العامة في قانون المرافعات، كما يجمع الفقه على سرية المداولة.

إن انعقاد الاختصاص للمحكمة المختصة بالنسبة لجميع المسائل التي تتعلق بالتحكيم، سواء من حيث استصدار أوامر وقرارات ذات سمة مؤقتة أو مستعجلة، أم إيداع الحكم أو الطعن فيه بدعوى مبتدأة، ويفضل ذلك أن يكون أمام محكمة واحدة؛ حتى يوفر الوقت والجهد.

نوافق المشرع اليمني فيما انتهى إليه من إيقاف تنفيذ حكم التحكيم، ونرى أن المشرع اليمني خيراً فعلاً؛ ذلك أن الحكم التحكيمي قد حُرِمَ من طرائق الطعن التي يمكن من خلالها مناقشة الموضوع مرة أخرى، مما يعني تفويت فرصة من فرص تعديل الحكم، علاوة على ذلك فإن تنفيذ الحكم قد يجعل إعادة الحال إلى ما كان عليه صعباً، فتضيع الحقوق أو يترتب على إعادة الحال خسارة كبيرة؛ لذلك جعل قانون التحكيم اليمني وقف تنفيذ حكم التحكيم بقوة القانون بمجرد رفع دعوى بطلان خلال المدة المسموح بها

للطعن.

إن قانوني التحكيم اليمني والمصري بحاجة إلى إعادة صياغة بالزيادة أو الحذف أو التعديل في بعض موادهما.

#### ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع اليمني بتعديل نص المادة (47) تحكيم يماني لتكون على النحو الآتي: " تصدر لجنة التحكيم حكمها بعد المداولة، وإذا لم يتوفر الإجماع يرجحُ الرأي الذي فيه الرئيس، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك".

أو الأخذ بنص المادة (40) تحكيم مصري التي تنص على الآتي: "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك".

نوصي المشرع اليمني بإضافة مادة تنص على الآتي: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد المحدد الذي اتفق عليه الطرفان فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك".

نوصي المشرعين اليمني والمصري توحيد نصوص القانون فيما يخص استلام أو تسلم صورة الحكم يكون عبر قلم كتاب المحكمة بعد إيداع أصل الحكم التحكيمي لديها.

نوصي المشرعين اليمني والمصري بإفراد نص يوضح بدء سريان رفع دعوى البطلان. نوصي المشرع المصري برفع التناقض الموجود بين النصين في المادتين (57) و(58) الفقرة (1) بحذف إحداها، إما المادة (57) أو الفقرة (1) من المادة (58).

نوصي المشرعين اليمني والمصري إضافة سبباً في المواد (53) تحكيم يماني و(52)/ الفقرة البند 2، 1) ضمن أسباب الإبطال ويكون النص على النحو الآتي: " إذا بني التحكيم على غش أو تحايل أو استخدم طرق تدليس أو وسائل احتيالية أو قدم مستندات مزورة".

نوصي المشرع المصري تضمين عدم التسيب كسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم إذا خلا الحكم منه في المادة (53).

نوصي المشرع اليمني بتعديل الفقرة (ب) من المادة (53)، إذ يفترض أن تكون على

النحو الآتي: "إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها".  
نوصي المشرع اليمني بتعديل الفقرة (هـ) من المادة (53) بإضافة كلمة (مخالفة للقانون) لتصبح على النحو الآتي: "هـ - إذا تم تشكيل لجنة التحكيم بصورة مخالفة للقانون أو لاتفاق التحكيم".





## المراجع

أولاً: الكتب:

- 1 - إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، ط4، 2005، دار النهضة العربية القاهرة.
- 2 - أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، 2007م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- المرافعات المدنية والتجارية، ط15، 1990م، منشأة المعارف الإسكندرية.
- 3 - أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م، وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، 2004م، دون دار نشر.
- 4 - الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات المدنية والتجارية، برنامج الدراسات القانونية، بدون سنة نشر، كلية الحقوق جامعة بنها.
- 5 - خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، 2002م، دار الشروق، القاهرة.
- 6 - رضا السيد عبدالحميد: قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م، في الميزان، 2004م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 7 - عاطف محمد الفقي: التحكيم التجاري الدولي، ج2، 2013م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 8 - عليوة مصطفى فتح الباب: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، دراسة فقهية عملية، ط1، 2013م، دائرة القضاء بأبوظبي - الإمارات العربية المتحدة.
- 9 - علي ناصر محمد الأحبابي: بطلان أحكام التحكيم الأجنبية، ط1، 2012م، دائرة القضاء، أبوظبي - الإمارات العربية المتحدة.
- 10 - فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، 2007م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 11 - فهد علي القهالي: النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، ط1، 2013م، مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض.
- 12 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، ط3، 2004م، دار النهضة العربية.

13 - محمود مصطفى يونس: المرجع في أصول التحكيم، 2009م، دار النهضة العربية، القاهرة.

14 - نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2000م، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم المُحكّم، 2016م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

15 - نجيب أحمد الجبلي: النظرية العامة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ط1، 2016م، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.

#### ثانياً: البحوث والمقالات:

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم: حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة بحثية مقدمة لورش عمل التحكيم التجاري التي تنظمها المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من 16 إلى 21 أبريل 2005م.

2 - عباس زياد كامل السعدي: المداولة القضائية مفهومها، شروطها، ودورها في تدعيم ضمانات التقاضي، مقال منشور في العدد 33 لسنة 2019م، مجلة كلية المأمون الجامعة - قسم القانون، العراق.

#### ثالثاً: الرسائل العلمية:

1 - خليل أبو صنوبرة: القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، 2008م، كلية الحقوق جامعة منتوري - قسنطينة الجزائر.

2 - سعيداني صارة: إجراءات الخصومة التحكيمية، رسالة لنيل درجة الماجستير، 2015 - 2016م، كلية علوم الحقوق والسياسة، جامعة الدكتور مولاي طاهر، الجزائر.

3 - سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، 2012م، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر.

4 - عبدالله بن علي آل رشود: الدعوى التحكيمية في النظام السعودي والقانون المصري، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة لنيل درجة الماجستير، 2008م، جامعة نائف العربية للعلوم الأمنية.

#### رابعاً: التشريعات:

- 1 - قانون التحكيم اليمني رقم (32) لسنة 1997م، والمعدل للقانون رقم (22) لسنة 1992م.
- 2 - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م.
- 3 - القانون رقم 40 لسنة 2002م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني وتعديله بالقانون رقم 2 لسنة 2010م.
- 4 - القانون رقم 13 لسنة 1968م، بشأن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.



### الملخص

إذا كانت إرادة أطراف التحكيم آثرت إلا أن تلجأ إلى التحكيم، بوصفه أسلوباً لفض النزاع القائم، أو المستقبلي، بينهم، وتسلك هذا الطريق عبر ما يسمى باتفاق التحكيم الذي يُعدُّ مصدر سلطة المحكِّمين، فإنه بلا شك إذا كانت هذه الإرادة معدومة، أو كان هذا الاتفاق معدومًا لا وجود له أساساً، فإن الحكم التحكيمي إذا صدر يصدر على غير أساس، مما يفتح معه المجال للإبطال عبر رفع دعوى إبطال إلى المحاكم المختصة. والبطلان جزاءً رتبته التشريع اليمني والمصري على مخالفة القواعد والشروط التي وضعها أو نص عليها، وهذا يعني أن حكم التحكيم يخضع للرقابة القضائية مثله مثل الحكم القضائي العادي؛ ذلك أن القانون اليمني والمصري للتحكيم لما جعل حكم التحكيم حكمًا نهائيًا لا يخضع لطرائق الطعن العادية وغير العادية فرأى أنه من باب العدالة أن يفتح طريقةً أخرى وهي طريقة رفع دعوى البطلان التي أخذت بها بعض التشريعات، وخصوصًا التشريعات العربية الأخرى. من هنا جاءت هذه الدراسة لتتناول النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم اليمني، وقد عالجت فيه، في ثلاثة مباحث، إصدار حكم التحكيم وشروط إصداره، ثم إجراءات رفع دعوى البطلان، وأخيرًا أسباب دعوى البطلان، وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات ذُكرت في نهايتها.

### پوخته

ئەگەر ئیرادەى لایەنەکانى ناوېژيوانى پېيان باش بوو پەنا بو ناوېژيوانى بېهن، وەك مېتودىك بو چارەسەرکردنى ناکۆكى هەبوو يان داھاتوى نيوانيان، و پەيرەوکردنى ئەم ريگايە لە ريگەى ئەوہى پيى دەوتریت ريککەوتنى ناوېژيوانى، كە سەرچاوى دەسەلاتى ناوېژيوانەکانە، ئەوا بى گومان ئەگەر ئەم ويستە نەبوويت، يان ئەگەر ئەم ريککەوتتە نەبوويت، ئەوا بېريارە ناوېژيوانىيەكە، ئەگەر دەرچووويت، بەبى بنەما دەرچوو، ئەمەش ريگە بو پوچەلبوونەوہى دەکاتەوہ بە تۆمارکردنى داوى هەلوەشاندەنەوہ بو دادگا تايبەتمەندەکان.

پوچەلبوونەوہ سزايەكە كە ياساى يەمەنى و ميسرى بېرياريان لىداوہ بو پيشلکردنى ئەو ريسا و مەرجانەى كە ئامازەيان پيكردووە وسەپاندوويانە، ئەمەش بەو مانايەيە كە بېريارى ناوېژيوانى كەوتتە ژير كۆنترۆل وچاودىرى دادوہرييەوہ هاوشنەوہى بېريارى دادوہرى ئاساى. ئەمەش لەبەرئەوہى ياساى ناوېژيوانى يەمەنى و ميسرى بېريارەكەى ناوېژيوانى كرده بېريارىكى كۆتايى كە ملكەچى شىوازە ئاساى و ئاساىيەكانى تانەدان نييە، بۆيە واى بيىنى كە لە دادپەرەرييە ريگەيەكى ديكە بکړينتەوہ، كە برىتييە لە شىوازي تۆمارکردنى داواكارى بو پوچەلبوونەوہ، كە لەلايەن هەندىك لە ياساكانەوہ پەسەندكراوہ، بەتايبەتى ياسا عەرەبىيەكانى ديكە. لىرەوہ، ئەم لىكۆلینەوہيە هاتەبوون بو باسکردنى سيستمى ياساى بو داوى پوچەلبوونەوہى بېريارى ناوېژيوانى لە ياساى ناوېژيوانى يەمەندا، كە تىيدا چارەسەرى كردووە، لە سى بەشدا، لەگەل دەرکردنى بېريارى ناوېژيوانى و مەرجەكانى دەرکردنى، پاشان ريکارەكانى تۆمارکردنى داواكارى پوچەلبوونەوہ، وە لە كۆتاييدا هۆكارەكانى داواكارى پوچەلبوونەوہ، وە تويژينەوہكە بە كۆتا گەيشتووە بە كۆمەلەك ئەنجام و راسپارده كە لە پاياندا ئامازەى پيكرآوہ.

### Abstract

If the will of the parties to the arbitration preferred not to resort to arbitration as a dispute resolution mechanism for any existing or future disputes and chose not to establish an arbitration agreement, which is the source of authority for arbitrators, then it is doubtless that this willingness does not exist and this agreement is null and inexistent. Therefore, any arbitration award in such case would be baseless and could be invalidated through a claim before the competent court. Based on the Yemeni laws, the nullification is a consequence of breaching the rules or the conditions and this means that the arbitration award is subject to judicial oversight such as any other ordinary court ruling. The Yemeni Arbitration Law makes arbitration awards final and not subject to ordinary appeal methods, but, and for the sake of justice, it kept open the possibility for the nullification claim and this practise is adopted in different jurisdictions, especially Arab jurisdictions. This study examines the legal system for a nullification claim against an arbitration award under the Yemeni Arbitration Law. The study composes of three chapters; the issuance of the arbitration award and its conditions; the procedures for the nullification claim; and the grounds for the nullification claim. The study concludes with a set of

## نظام المسؤولية المهنية ودورها في تقوية النظام التعويضي دراسة في التشريع الجزائري والمقارن

الدكتور حمادي عبد النور<sup>(\*)</sup>

أستاذ القانون المدني المشارك (أستاذ محاضر قسم - أ -)

كلية الحقوق - جامعة عين تموشنت - الجزائر

سيستهمى بهر پرسياريتى پيشهئى و رولى له بههئز كردنى سيستهمى  
قهره بوو كردنه وه

تويژينه وه هيك له ياساى جهزائيرى و ياساى بهر اوردكارى

دكتور همادى عهبدونور

پروفيسورى ياريدهدرى ياساى شارستانى

(پروفيسور وانهبيژ بهشى - أ -)

فاكهلتى ياسا - زانكوى عهين نه موجيننت - جهزائير

**The professional responsibility system and its role in  
strengthening the compensation system: A study in Algerian  
and comparative legislation**

**Dr. Hammadi Abdel Nour**

As. professor at civil law

(Professor Lecturer – A –)

Faculty of law – ain tamuchin university

(\*) abdenmour\_13@live.fr





## نظام المسؤولية المهنية ودورها في تقوية النظام التعويضي دراسة في التشريع الجزائري والمقارن

الدكتور حمادي عبد النور

أستاذ القانون المدني المشارك (أستاذ محاضر قسم - أ -)

كلية الحقوق - جامعة عين تموشنت - الجزائر

### الكلمات المفتاحية:

مهني، خطأ مهني، مسؤولية مهنية، تشريعات خاصة، تعويض.

كليله ووشه:

بيشهيي، هلهي بيشهيي، بهرپرسياريتي بيشهيي، ياساي تايبهت،  
قصرهبووكردنهوه.

**Key words:** Professional, Professional Error, Professional Liability, Special Legislation, Compensation.

### مقدمة

بالرجوع إلى مصطلح حادث accident في معناه اللغوي نجده ينطبق على الواقعة غير الإرادية، المفاجئة وغير المتوقعة والتي غالبا ما تكون ضارة أو مُحزنة من هذا المنظور وبشكل ملفت للانتباه اقترن هذا المفهوم اللغوي للحادث بمفهوم قانوني آخر والمتمثل في القوة القاهرة force majeure أو الحادث الفجائي casfortuit باعتبارها واقعة فجائية لا يمكن توقعها كونها تفوق قدرات الإنسان، فكان الحادث بمفهومه هذا يأخذ ملامح القوة القاهرة باعتباره واقعة لا إرادية involontaire غير متوقعة imprévisible وغير قابل للدفع irrésistible والتي تمنع من تشخيص المسؤول الملتزم بالتعويض

لكن ومنذ مطلع القرن الفائت وفي ظل تبعية المجتمعات المعاصرة للآلة والتكنولوجية تغيرت المقاربة القانونية للحادث، فبعد أن كان أمرا مُتقبلا فيما مضى إلقاء

عبء الحوادث على من شاءت الصدفة أن يقع ضحيتها بالنظر إلى ندرة استعمال الآلة، لم يعد الأمر كذلك في مجتمع باتت التقانة والتكنولوجية تمثل منشأ لأخطار اجتماعية *risques sociaux* وفي ظل هذا الواقع، ظهر التوجه الداعي لإيجاد حلول عادلة لمصلحة المضرورين جراء الحوادث، من خلال الاعتراف باستقلالية ما يدعى بقانون الحوادث *droit des accidents* والتفكير في استحداث أسس أخرى لإسناد الضرر ولضوابط مختلفة لإنفاذ المسؤولية، تتأقلم مع حالات الأضرار الفجائية اللصيقة بالنشاطات المهنية المختلفة ومن ثم تضافرت جهود الفقه والقضاء للتفكير في أسس ومصوغات جديدة يبنى عليها نظام المسؤولية في المجالات ذات الصلة بالحوادث، والتي تمخضت عنه ظهور أفكار جديدة فرضت نفسها في ظل هذا الواقع منها فكرة الخطر المهني *risque professionnel* أو الخطر الصناعي *risque industriel* والتي من خلالها تم استحداث أساس آخر لإسناد عبء التعويض والمتمثل في الخطر *risque* وقد امتدت كذلك دواعي الاستجابة لضحايا الحاث إلى ميدان حوادث الاستهلاك، حيث تم الاتكاء على مبدأ السير المالي الذي تملكه الشريحة المنتجة لتوفير تغطية لمضار منتجاتها وخدماتها وهو مبدأ يقترب إلى فكرة المسؤولية المهنية بل يتعداه أحياناً. وستسعى هذه المساهمة إلى معالجة الأسس التي أقيم عليها نظام المسؤولية المهنية لتدليل العقوبات على ضحايا مقدمي الخدمات والمنتجات وهم المهنيين

## المبحث الأول

### ضرورة تقعيد التنظيم القانوني للمسؤولية المهنية

إذا كان الفقه قد جرى على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية العقدية تنشأ بمناسبة إخلال المحامي بالتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية تتمخض عن الإخلال بالتزام قانوني.

بيد أننا نجد اتجاها فقها حديثا يعتبر أن الخطأ الذي يرتكبه المهني وهو يُمارس نشاطه المهني يُعد خطأ مهنيا بالدرجة الأولى، وهو يختلف عن الخطأ العقدي، كما أن المسؤولية التي تترتب على هذا الخطأ المهني هي مسؤولية مهنية، تلعب قواعد أخلاقيات المهنة أو ما يسمى بالتشريعات الخاصة دورا كبيرا فيها مثل التشريع الخاص بالمنظم لمهنة المحاماة، أو التشريع الخاص بالمنظم لمهنة الطب، خاصة وأن القاضي المدني لا يتقيد بمبدأ الشرعية على خلاف القاضي الجزائي، مما يجعل مصادر الالتزام أمامه أكثر اتساعا عنها من القاضي الجزائي.

فالشريعة الإسلامية، والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، مصادر يستلهم منها القاضي المدني أحكامه، وقواعد هذه المصادر قواعد واجبة التطبيق عندما يُعرض نزاع على القاضي المدني ولا يجد نصا تشريعا واضحا بشأنه<sup>(1)</sup>، وبالتالي تأكيد ذاتية المسؤولية المهنية، حيث أن القوانين لم توضع لتطبق على كل مواطني الإقليم أو الوطن، ولكن لكي تطبق على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها<sup>(2)</sup>.

Les lois sont faites non pas pour les hommes qui sont nationaux d'un état ou habitant son territoire, mais pour des groupes d'hommes reconnaissables à la profession qu'ils exercent.

أضف إلى ذلك أن الخطأ المهني يختلف عن الخطأ العقدي، الذي يقدر بمعيار موضوعي طبقا لنص المادة 172 من القانون المدني الجزائري<sup>(3)</sup>، بتقدير سلوك المدين

(1) راجع أحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري

(2) راييس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - المرجع السابق - ص 404.

(3) تنص "في الالتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من

←

ومقارنته بسلوك الرجل العادي ومن أوسط الناس حيلة وتبصراً، فقاعدة الرجل العادي لا تكفي معياراً للخطأ المهني، ذلك أن المتعامل مع المهني مهما كان محامياً أو موثقاً يُنتظر منه أكثر مما يُنتظر من الشخص العادي.

فالمهنيين مختصين في عمل معين أو خدمة معينة، يملكون لأجل تنفيذ عقودهم مقومات وحتى معلومات فنية لا يملكها الزبناء قاصدي خدماتهم، وبالتالي فهل نقيس سلوك المهني بسلوك الرجل العادي، فلا بد من قياس سلوك المهني بسلوك مهني يماثله وهذا الأمر لا نجده في قوانين المعاملات المدنية

وعليه يمكن القول أن الخطأ المهني هو انحراف عن سلوك مهني آخر يُباشر مهنة مماثلة ويكون على نفس درجة وتخصص المهني<sup>(1)</sup>

## مطلب أول

### التعويض الناجم عن المسؤولية المهنية

إن الوضع الحالي للمسؤولية المدنية بصفة عامة لم يتقرر دفعة واحدة، إنما مرت هذه المسؤولية بعدة مراحل حتى وصلت إلى وضعها الحالي ففي بداية الأمر كان هناك اندماج المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية، فعند المجتمعات القديمة والبدائية، كانت المسؤولية المدنية مرتبطة بالمسؤولية الجنائية وذلك أن هذه المجتمعات لم تعرف تنظيمًا مستقلاً للمسؤوليتين مما أدى إلى اختلاط فكرة التعويض المدني بفكرة العقوبة الجنائية<sup>(2)</sup>. وقد أدى هذا الوضع إلى ظهور ظاهرة الثأر حيث كان للمعتدي عليه الحق في أن يوقع نفس الضرر الذي أصابه على المعتدي كوسيلة لرد الخطأ. وتجلى ذلك بوضوح في قاعدة القصاص التي عرفت ب (lex Talionis) أي العين بالعين والسن بالسن. ثم تطورت الفكرة إلى فكرة الفدية أو الدية لتحل محل القصاص، حيث كان الفاعل يفتدي نفسه

←

العناية كل ما يبذله الشخص العادي"

(1) أمانة بن عبيد بن إبراهيم المزروعية: الضوابط القانونية لجراحات التجميل - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة ظفار - سلطنة عُمان - 2023 - ص 91

(2) د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام - طبعة 1968 - القاهرة - ص 410

مقابل دفع مبلغ من المال إلى المضرور<sup>(1)</sup>. ولكن هذا الوضع تراجع مع بداية ظهور بوادر الدولة. وبدأت المسؤولية المدنية تنفصل عن المسؤولية الجنائية. وتختص بأحكام خاصة بها. وكان لظهور قانون "أكيليا" الأثر البالغ في محاولة وضع مبدأ أحكام المسؤولية المدنية التقصيرية<sup>(2)</sup>، ولم يُظهر القانون الروماني حتى هذا الوقت الخطأ كشرط من شروط المسؤولية المدنية، بل كان الاهتمام منصب من الضرر فحسب. وهكذا تطور الوضع شيئاً فشيئاً إلى أن صاغ القانون المدني الفرنسي مسألة المسؤولية المدنية في المادتين 1382 - 1383 المقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تقرر المبدأ العام في المسؤولية المدنية.

هذا التطور جاء بمرحلة عرف فيها الخطأ ارتباطاً بالمسؤولية المدنية والفضل يعود للقانون الفرنسي القديم على يد الفقيه -دوما- مع العلم وأن القانون الروماني وإن لم يعترف بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بصورة واضحة، فإنه قد اهتم ببعض الأفكار المتصلة بمسألة الخطأ، مثل سوء النية، الغش والإهمال. ولعل الملاحظ يقف عند تلك الحالات أو الصور الخاصة للمسؤولية المدنية التي جاءت بها المادتان 1384 و1386 وهما النصان اللذان تقابلهما في القانون الجزائري المواد 134 و140 وما بعدها التي تقرر المسؤولية على أساس الخطأ المنسوب إلى الشخص بناء على تقصيره في رقابة الغير أو إهمال في حراسة الشيء<sup>(3)</sup>. ولعل وراء إقرار فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية من وراءها أسباب أدبية أولاً ومنطقية ثانياً.

وأما السبب الأدبي مفاده أن الشخص يتوجب عليه أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي تسبب فيه بخطئه للغير وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة. وعلى العكس من ذلك، فإنه من غير المقبول أدبياً أن نطالب بتعويض الأضرار التي لا علاقة لنا بها. أما السبب المنطقي فمؤداه أن الشخص يُسأل عن الضرر الذي نتج عن خطئه، ومن المنطق أن لا يُسأل عن ضرر لم

(1) محمد سليمان الأحمد: الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي - دراسة

تحليلية - مكتبة التفسير للنشر والإعلان - أربيل - الطبعة الأولى - 2008 - ص 20 وما يليها

(2) زهير بن زكريا حرج: الخطأ في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني

واللاتيني - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - مصر - 1999 - ص 27

(3) د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الأول - مطبعة جامعة القاهرة -

القاهرة - ص 21

يتسبب فيه بخطئه هو<sup>(1)</sup>.

حيث بالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه يذهب بعيداً حيث يتوسع في مفهوم الخطأ بجعله مفترضا تارة وجعله غير قابل لإثبات العكس تارة أخرى، كما نجد أنه يُقيم المسؤولية عن فعل الأشياء دون حاجة لإثبات هذا الخطأ في أحيان أخرى، وهكذا استطاع صياغة مجموعة مبادئ وقواعد غيرت من وجه المسؤولية وخرجت بها في مرات عديدة عن قصد المشرع<sup>(2)</sup> وهذا ما دفع البعض إلى القول بأن المسؤولية المدنية أصبحت الآن نوعين أحدهما يقوم على أساس الخطأ والثاني يقوم على أساس تحمل التبعة وأن المسؤولية عن فعل الأشياء التي خلقها القضاء الفرنسي تضاءلت أمامها المسؤولية عن الفعل الشخصي الواردة بالمادة 1382 قانون مدني فرنسي والتي باتت اليوم وبفعل التطور الصناعي والآلي، تمثل القانون العام للمسؤولية والتي كانت بداية التفكير في التطور الجديد لفكرة للمسؤولية الموضوعية، حيث اتجه الفقه ومعه القضاء إلى البحث عن قاعدة تكون أخف وطأة من قاعدة الخطأ، فاهتديا إلى فكرة الضرر، إذ تقرر التعويض عن كل نشاط خطر يؤدي بالحقاق الضرر بالغير حتى ولو لم يصاحب ذلك النشاط أي خطأ من المسؤول، بل ولو كان ذلك الضرر مرده إلى خطأ من المصاب نفسه أو بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ<sup>(3)</sup>، ومما ساعد على تقبل هذا الفكر الجديد في المسؤولية، هو انتشار المذهب الاجتماعي واتساع الأفكار الاشتراكية من جهة، وظهور نظام التأمين وانتشاره بين أرباب العمل من جهة أخرى.

وبناءً على التوجيهات السالفة الذكر توجه القضاء إلى التوسع في الالتزامات القانونية الملقة على عاتق أرباب العمل حتى يسهل إثبات خطأ رب العمل. وكان من شأن هذا

(1) عبد الحميد إبراهيم البيه: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور التأمين المسؤولية 1993. مكتبة الجلاء. المنصورة ص66

(2) سليمان مرقص: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامة أركان المسؤولية الخطأ والضرر والسببية - معهد البحوث والدراسات العربية - طبعة 1971 - جامعة الدول العربية

(3) وديع فرج: الاتجاه الحديث في العقد والمسؤولية الخطئية. مجلة القانون الاقتصاد - رقم 15 - ص122

المنحى أن سهل عبء الإثبات على المدعي المضرور، مع وجوب إثبات تقصير المدعي عليه في واجبه والتزامه، ولكن ذلك كان يُضَيِّع على المضرورين حقوقهم في الحصول على التعويضات.

هذا ويتفق الجمهور في الفقه الحديث مع أنصار وحدة المسؤولية، في أن إثبات الخطأ لا يختلف بحسب نوع المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية، بل يخضع في الحالتين لنظام واحد تضعه المبادئ العامة في نظرية الإثبات، وتحده فكرتان تمليهما البديهة ولا توجبهما نصوص القانون، هما افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان وإلقاء عبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على تقديمه، ويميزون في تطبيق هذه المبادئ بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية.

فإذا كان محل الالتزام بتحقيق نتيجة، يجب على الدائن أن يثبت عدم تحقق هذه النتيجة، وقيم بهذا الدليل على عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فعلى المسافر الذي يطالب الناقل بتعويض عن إخلاله بالتزامه بسلامته أن يُقيم الدليل على إصابته في أثناء نقله، ولكن الدائن قد يستحيل عليه إذا كان محل الالتزام إعطاء أو عملاً أن يُثبت عدم تنفيذه، فكيف يستطيع الدائن أن يقيم الدليل على عدم رد مبلغ القرض، أو عدم صنع المنقول الذي اتفق على صنعه؟ لأن هذه، أو تلك واقعة سلبية غير محددة، يُعد إثباتها مستحيلاً عليه، ولكن يكون يسيراً على المدين إثبات تنفيذه لالتزامه سواء الوفاء بالقرض أو صنع المنقول، لذلك يكتفي من الدائن بإثبات الالتزام بإقامة الدليل على العقد الذي رتبته، ليكلف المدين بإثبات براءة ذمته منه<sup>(1)</sup>، بتنفيذه أو برجوع عدم تنفيذه إلى سبب أجنبي عنه، أي إلقاء عبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على تقديمه، وعلى ذلك متى قام الدائن بإثبات الالتزام افتراض عدم تنفيذه، وإن كان هذا الافتراض لا يقوم على فكرة قرب الاحتمال التي تتأسس عليها القرينة القانونية، بل يمكن القول بأن للقاضي في هذه الحالة أن يُعد عدم إدلاء المدين بأي دليل ينقض ادعاء الدائن قرينة قضائية على عدم تنفيذه لالتزامه.

على أن عدم تحقيق النتيجة محل الالتزام لا يعتبر خطأ في جانب المدين إلا إذا كان

(1) محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الأول في ازدواج المسؤولية أو وحدة المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة - مطبعة جامعة القاهرة - مصر - سنة 1978 - ص 30 و31

عدم تحقيقها يرجع إلى تقصيره، فهل يكون على الدائن إثبات تقصير المدين، أم يكون على المدين نفي تقصيره؟، يفترض رجوع عدم تحقيق النتيجة أو في عبارة أخرى عدم تنفيذ الالتزام إلى تقصير المدين، افتراضاً لما يحدث في أغلب الأحيان من ناحية، وإلقاء لعبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على تقديمه من ناحية أخرى، لأن المدين يستطيع وفي أغلب الأحيان الوفاء بتعهدده، كما أنه أدري من الدائن بأسباب عدم تنفيذه للالتزامه، لأن الأمر يتعلق بنشاطه ويجب من ثم على المدين ليتخلص من المسؤولية أن يُقيم الدليل على عدم تنفيذه للالتزامه يرجع إلى واقعة أو وقائع محددة تعتبر سبباً أجنبياً لا ينسب إليه، وعلى ذلك فمتى أثبت الدائن وجود الالتزام، قامت ضد المدين وفقاً لتحليل البعض قرينة مُزدوجة، أي قرينة على عدم تنفيذه للالتزامه يمكنه نقضها بإثبات الوفاء به، وقرينة على خطئه لا يمكنه نقضها إلا بإثبات السبب الأجنبي<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل، أو كان تنفيذ الالتزام معيياً، تعين على الدائن إثبات إخلال المدين بالالتزامه، بإقامة الدليل على وقوع الفعل الذي تعهد الامتناع عنه، أو العيب الذي يُعترّ تنفيذاً للالتزامه، إلقاء لعبء الإثبات على أقدر الخصوم على القيام به في الحالة الأولى، وافتراضاً لما يقع في أغلب الأحيان في الحالة الثانية.

أما بالنسبة إذا كان الالتزام ببذل عناية<sup>(2)</sup>، كالالتزام الطبيب بعلاج مريض أو المحامي بالدفاع عن خصم في قضية ما، لا يُعد عدم تحقيق النتيجة المرجوة كعدم البرء من العلة أو خسارة الدعوى، إخلالاً من المدين بالالتزامه، لأن محل هذا الالتزام ليس تحقيق تلك النتيجة، شفاء المريض أو كسب الدعوى، بل بذل عناية معينة للوصول إليها، ولكن هل يجب على المدين أن يُقيم الدليل على أنه بذل العناية المطلوبة منه، ليتخلص من المسؤولية، أم يتعين على الدائن أن يُقيم الدليل على إهمال المدين، أو في عبارة أخرى أن يُثبت خطأ المدين لتقوم المسؤولية؟ هنا نجد أن الجمهور في الفقه الفرنسي<sup>(3)</sup> يأخذ بالحل الأخير، أي على الدائن أن يُقيم الدليل على واقعة أو وقائع محددة تُعتبر من المدين

(1) تنص المادة 127 ق م ج " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"

(2) obligations de moyens, ou obligation générale de prudence et de diligence

(3) محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق - ص 34



قصورا عن بذل العناية المطلوبة منه، ولا يمكن إلزام المدين بإقامة الدليل على أنه بذل العناية محل الالتزام، إذ يقتضي ذلك منه إثبات ليقظته المستمرة، وغير ميسور له هذا في أغلب الأحيان، ولذلك يُنادى بإلقاء عبء الإثبات على عاتق المدين على أساس اعتباران، يقوم الأول على افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان وهو صحة تنفيذ المدين لالتزامه، ويقوم الثاني على إلقاء عبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على القيام به.

هذا ودائما من أجل تيسير مسألة الإثبات على المضرور، لجأ القضاء مرة أخرى إلى وسيلة مُغايرة لتسهيل قيام المسؤولية المدنية، وهي التوسع في الأخذ بالمسؤولية العقدية، بحيث تتحقق هذه المسؤولية سواء أحجم المدين عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا وفي كلا الحالتين يكون المدعى عليه مخطئا، وليس على المدعى إثبات هذا الخطأ، بل يكفي إثبات وجود الرابطة العقدية معه فحسب<sup>(1)</sup>.

ثم تطور الوضع إلى أن نادى بعض الفقه بفكرة ضمان السلامة في مجال العمل والنقل<sup>(2)</sup>. ثم تطور الأمر بعد ذلك إلى أن اتجه الفقه إلى قواعد الافتراض بحيث مثلا حالة الآلات التي ينجر عنها ضرر بالمباني، اشترطوا إثبات عيب فيها لتقرير مسؤولية مالكيها، ولكن ظهر وأن إثبات العيب في الآلة لا يقل صعوبة عن إثبات الخطأ في جانب رب العمل أو المهني.

وينبغي الملاحظة إلى أن هذا التطور بلغ مداه في قانون 15/74 الخاص بتعويض ضحايا حوادث المرور المعدل بالقانون 31/88<sup>(3)</sup>. فقد أدى صدور هذا القانون إلى تقرير حماية كبيرة للضحايا. حيث أصبح الشرط الوحيد للمسؤولية هو مساهمة المركبة في الحادث، ولم يعد المضرور بحاجة إلى إثبات إهمال أو عدم تبصر الشخص المسؤول عن الشيء. ولم يعد بإمكان هذا الأخير التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر راجع

- (1) د. سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني. المسؤولية المدنية - 1988 - ص 115
- (2) د. محمود جمال الدين زكي. ضمان أخطار المهنة في القانون المصري. مجلة القانون والاقتصاد رقم 35 ص 20
- (3) بمقتضى هذا القانون تم استبعاد فكرة الخطأ الكلية من المسؤولية المدنية وحلت محلها فكرة المخاطر بحيث أن هذا القانون أقر أحقية المتضرر جسمانيا في التعويض ولو كان هو المتسبب في الحادث إذا كان العجز يزيد عن 50% - لمزيد من التفصيل راجع أ. يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور. دار هومه 2005 ص 4

إلى سبب أجنبي لا يد له فيه وهو إثبات شاق وصعب. كما أن القانون المدني في تعديله الأخير أورد نص المادة 1/140<sup>(1)</sup> التي يماثلها نص المادة 1386/ من القانون المدني الفرنسي التي قضت بمنع التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية المدنية للمهني المحترف، وهذا الحظر يشمل كل شرط من شأنه أن يؤثر في حق المضرور في الحصول على تعويض، بأي شكل من الأشكال<sup>(2)</sup>. هذا وقد جاء قانون حماية المستهلك وقمع الغش لسنة 2009 متضمنا نصوصا أمرت بتضع التزامات على عاتق المدين المحترف<sup>(3)</sup> وتزيد من مسؤوليته اتجاه المتعاملين معه. والحقيقة التي لا يختلف عليها المشتغلون في حقل القانون، هي صعوبة وضع تعريف جامع مانع للخطأ. غير أن ذلك لم يمنع المشرع من النص في المادة 124 من القانون المدني على أن الخطأ الذي يُسبب ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض

## المطلب الثاني

### مدى إمكانية تطويع قواعد المسؤولية المدنية للمسؤولية المهنية

إن المسؤولية المدنية هي نقطة الارتكاز من القانون عامة، فهي المرجع في كل أمر، كما أن كل الاتجاهات تُرد إليها سواء كان ذلك في القانون العام أو في القانون الخاص، وسواء كان ذلك في دائرة الأشخاص أم في دائرة الأموال حتى أصبح ممكن القول أنها باتت مركز الحساسية في جميع النظم القانونية، فهي بمثابة القلب النابض للقانون بصفة عامة.

إذن المسؤولية المدنية هي مهد المشكلات في هذا القانون، حيث لا تزال تمثل مجالا واسعا للاجتهد، فلم توضع قواعدها وأحكامها دفعة واحدة، بل وُضعت متناثرة بمناسبة تباين القضايا المعروضة على المحاكم.

(1) "تتضمن تدخل الدولة، بصفة احتياطية، لتعويض ضحية ضرر جسماني في حالات استثنائية ينعلم فيها المسؤول"

(2) عبد الباسط جمعي. مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة. دار النهضة العربية، مصر 2000 ص 267

(3) راجع القانون 03/09 المؤرخ في 2009/2/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج رقم 15 لسنة 2009.

كما أن السبب الراجح المؤدي إلى مثل هذه المواقف من طرف القضاء هو دقة المسألة وتعقيداتها. الشيء الذي حدا بجانب من الفقه إلى تفنيد محاولة إخضاع المحامي إلى هذا التقسيم الثنائي بخصوص المسؤولية المدنية والبحث عن صورة أخرى تتلاءم ووضع القانوني وبالتالي تأكيد ذاتية المسؤولية المهنية. فهذا الأستاذ جورج "ريبر" G. Ripert يقول إن القوانين لم توضع لتطبق على كل قاطن الإقليم أو الوطن، ولكن لكي تطبق على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها<sup>(1)</sup>.

كما أن مسؤولية المهني يصعب أن تطابق مطابقة كاملة صورة واحدة من صور المسؤولية المدنية، ومن ذلك مثلاً أن البعض يرى أن مسؤولية الموثق صورة للمسؤولية العقدية<sup>(2)</sup>. في حين يرى البعض الآخر أن هذه المسؤولية تعد نموذجاً للمسؤولية التقصيرية<sup>(3)</sup>.

وبناءً عليه نجد

أولاً بالنسبة للخطأ، إذا كان الخطأ العقدي عند المسؤولية العقدية يُقاس بمعيار المادة 172 ق م، أي بمعيار موضوعي *in abstracto* بتقدير سلوك المدين ومقارنته بسلوك رب الأسرة الحريص *le bonus pater familias* الذي جعل قدر عنايته طبقاً للمادة السابقة معياراً للوفاء بالالتزام، ويتخذ المعيار الموضوعي أيضاً أساساً لتقدير الخطأ التقصيري حيث يُقاس سلوك مُحدث الضرر بسلوك الشخص المعتاد من أوسط الناس حيطة وتبصراً<sup>(4)</sup>، لكن نجد المهني يقاس بسلوكه بمعيار المهني المتبصر من أوسط رجال المهنة الذي ينتظر الجمهور منه أكثر مما يُنتظر من الشخص العادي، حتى لو كان أكثر الناس حرصاً وتبصراً فالمهني متخصص في عمل معين وقد أعد له إعداداً خاصاً وهو يملك الأدوات والتجهيزات الفنية التي تيسر عليه إنجاز هذا العمل، ثم فوق ذلك يتلقى أتعاباً عما يقدمه من خدمة، ولذلك من الطبيعي ألا يُقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد وإنما بسلوك مهني مثله، بل لا يكفي أن يُقاس سلوك المهني بسلوك مهني آخر، وإنما يقاس

(1) G. RIPERT. F BOUCHE: d'un droit civ. Professionnel. p678. il écrit: «les lois sont faites non pas pour tous les hommes qui sont nationaux d'un état ou habitant son territoire, mais pour des groupes d'hommes reconnaissables à la profession qu'ils exercent»

(2) F. LOTZ: J. C. Civ. article 1382. 138, notaire fas 1 n 24

(3) J. DE LOPIQUET: La responsabilité civ. Et disciplinaire des notaires L. G. D. J 1974. p 165

(4) محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق - ص 424 وما بعدها

بسلوك مهني يباشر مهنة مماثلة ومن نفس درجة تخصص الفني كما سبق وأن بينا. زد على ذلك أن المهني يخضع إلى الخطأ المهني فهو الخطأ المرتكب من شخص أثناء ممارسة مهنته وينطوي على إخلال بالقواعد العلمية والفنية لتلك المهنة. والخطأ المهني يجب أن يُقاس بمعيار أكثر شدة، اصطلاح عليه "معيار المهني الممتاز" « le Bon professionnel ».

هذا وقد برزت نظرية أخرى تسمى نظرية تدرج الخطأ<sup>(1)</sup>.

« théorie de la gradation des fautes »

والتي تميّز بين الخطأ المهني الجسيم والخطأ المهني اليسير، إذ الخطأ الجسيم قانوناً هو خطأ غير عمدى لا تتوافر فيه نية الإضرار بالغير<sup>(2)</sup>، ولكن كون هذا الخطأ جسيماً وكبيراً فإن ذلك دفع بفقهاء الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدى أو الخطأ التدليسي وإذا كان هذا التشبيه لا يُؤثر أبداً على كونه خطأ غير عمدى.

وعليه فالخطأ العادي يخرج عن ميدان المهنة التي يمارسها المهني الذي يُنسب إليه الخطأ لذلك هو عبارة عن عمل غير مشروع أو غير مباح يخضع للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن وحيث أن هذا الخطأ لا يتصل بمجال خدمات المهني حتى ولو حصل أثناء مزاوله المهنة، فقد أثر البعض تسميته بالخطأ المادي أو الخطأ الواضح<sup>(3)</sup> وعليه الإشكال القانوني أنه هذا التقسيم بين ما يعتبر خطأ عادي وخطأ مهني، وإن بدت سهلة ميسورة في بعض الأحيان، فإنها تكون في أحيان أخرى صعبة دقيقة لا تتسنى لنا معها التفرقة<sup>(4)</sup>.

زد على ذلك أن الواقع القانوني الحالي واتجاهه إلى زيادة المسؤولية بصفة عامة من خلال تعويض أكبر قدر ممكن من الأضرار المحتملة وهذا التطور قد سايره القضاء في

(1) محمد حاتم البيان، النظرية العامة للالتزام، جامعة دمشق، 2009، ص 62.

(2) Philippe Letourneau: la responsabilité civile professionnelle, ed Economica, 1995, p 13.

(3) انظر وبتصرف إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية -دراسة قانونية مقارنة- الطبعة الأولى -منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت - 2007 - ص 27

(4) رابح محمد - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - در هوم - الجزائر 2007 -

أكثر من محفل وخير دليل على ذلك هو قرار محكمة النقض الفرنسية الذي أقرت من خلاله أنه "يعد من صميم نظام المسؤولية المدنية إرجاع التوازن إلى الاختلال الحاصل بفعل الضرر، وإعادة وضع المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل تحقق الفعل الضار"<sup>(1)</sup>، بمعنى تحقيق تعويض عادل.

حيث التحول الذي يمس نظام المسؤولية المدنية بطبيعة الحال له ارتباط وثيق بالتوسع المستمر لحجم الخطر نتيجة التطور السريع لمختلف مناحي الحياة ونجد هذا يبرز فيما يسمى التحول من الخطر الفردي personnel prévisible إلى خطر جماعي غير متوقع collectif imprévisible بحكم أن التوجه الحديث للمسؤولية المدنية يتجه نحو كفالة حقوق المضرورين<sup>(2)</sup>.

وعليه فالخطأ المهني المستقل يؤكد تخطي المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية فما دام سلوك المهني يُقاس بسلوك مهني آخر من نفس التخصص والدرجة، فإن هذا المعيار سيكون واجب الإلتباع سواء في المجال العقدي أو خارجه، فالخطأ هو في الحالتين خروج عن السلوك الذي يتبناه المهني الحريص من نفس التخصص والدرجة<sup>(3)</sup>.

وعليه هذا التطور يؤدي كتحصيل حاصل إلى هجر هذه التفرقة على افتراض أن من يمارس مهنة معينة يحوز المعلومات النظرية والعملية التي تقتضيها، وليس مقبولاً أن نطبق مسؤولية أخف على من يملك معلومات أكبر.

ثانياً بالنسبة إلى مسألة الضرر: ففي المسؤولية العقدية ينصرف إلى التعويض عن الضرر المتوقع ومن المبادئ المُتفق عليها في إطار المسؤولية المدنية العقدية هو أن الضرر المستحق للتعويض لا بد أن يكون متوقعاً، أي المدين يكون مسؤولاً فقط عن

(1) Cass. Civ, 2ème, 20 déc 1996, D 1967, p 167

(2) قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - مصر 2007 - ص 218

(3) voir Mazeaud et Tunc: Traité de la responsabilité civile ,op. cit, T. I. N°705 il écrit « l'existence de cette faute professionnelle spécifique permet aux tribunaux de ne pas se prononcer sur la nature de la responsabilité professionnelle. en effet ,comme on a pu le noter ,il ya convergence sur ce point de l'analyse contractuelle et de l'analyse délictuelle de la responsabilité professionnelle. les standards de conduite contractuels et délictuels se rejoignent ,de telle sorte que concernant la responsabilité professionnelle ,il n'ya pas quant à la définition de la faute à distinguer responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle) »

تعويض الضرر المتوقع وحده وذلك على خلاف ما هو مقرر في مجال المسؤولية التقصيرية فيشترط في الضرر أن يكون محققا وليس محتملا وأن يكون مباشرا متوقعا كان أم غير متوقع على خلاف الضرر في المسؤولية العقدية الذي يقتصر على الضرر المتوقع وقت التعاقد من حيث مقداره وسببه باستثناء صورة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يُوجب التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المباشر<sup>(1)</sup> وقد نصّت المادة 182/2 من القانون المدني الجزائري على هذا الحكم الخاص بالمسؤولية العقدية بقولها "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقُّعه عادة وقت التعاقد".

وعليه فيما يتعلق بمقدار التعويض، يذهب الفقه التقليدي إلى أن التعويض كاملا في المسؤولية التقصيرية ولا يكون كذلك في المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، لكن من الصعب مثلا في علاقة المحامي بموكله توقع أي ضرر عند التعاقد، فالعميل لا يفرض على المحامي أي قاعدة حتى يمكنه توقع الضرر عند التعاقد، وإنما يُسأل المحامي عن الضرر الذي يمكن إسناده إلى خطئه، ولذلك فإن مسؤوليته ستمتد إلى أبعد من الأضرار التي يمكن توقعها عند إبرام العقد، جزاء احتفاظه بحرية واسعة في الدفاع عن مصالح موكله<sup>(2)</sup>.

ثم أخيرا فيما يتعلق بأسباب عدم المسؤولية أو تحديدها كفارق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية طبقا لنص المادة 178 ق م، فنجد أنها مقبولة في نطاق الأولى وأنها غير مشروعة ومرفوضة في الثانية لمخافتها للنظام العام، وبالتطبيق كمثال على مسؤولية المحامي نجد أن تحديده لمسؤوليته في شكل مبلغ معين كتعويض لا يقدم أي مصلحة، ثم أنه يجب أن تخرج بعض أنواع المسؤولية من نطاق التعديل باعتبار أن مناطها هو الحقوق والحريات الخاصة بالمواطنين والتي لها صلة وثيقة بالنظام العام والآداب، وعليه لا بد من أن يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الخاصة بالمحامين، لأن مثل هذا الشرط سيسد الباب أمام كل محامي سولت له نفسه إهدار حقوق عميله والتلاعب بها وتقصيره في نظر الدعاوى الموكلة إليه، ومما يخفف من تحمل المحامي

(1) جلال علي العدوي: أصول الالتزامات - القاهرة - 1997 - ص 97

(2) عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل - القاهرة - 1999 ص 279.

لكل تبعات مسؤوليته أمام العميل وعدم تمتعه بشرط الإعفاء منها هو أنه ملزم بتأمين مسؤوليته المدنية وأن آثار مسؤوليته سوف يتحملها المؤمن عن المؤمن له بخصوص مسؤوليته المدنية عن الأضرار<sup>(1)</sup>، وهذا الأمر طبعاً سيزيد من ضمان تعويض أكبر لفئة المضرورين من خدمات المهنيين.

ويرى الأستاذ جابر محجوب علي محجوب<sup>(2)</sup> أن الفقه يرى أن المسؤولية المهنية يجب أن تخضع للمرسوم الصادر في 24 مارس 1978 الخاص بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات - وهو ما يقابل عندنا في التشريع الجزائري قانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش - فبالرجوع إلى المادة 13 منه تبطل الشروط التعسفية التي ترد في عقد يتم بين المهني والمستهلك عندما يظهر أن هذا الشرط قد فرض من قبل المهني عن طريق التعسف في استعمال قوته الاقتصادية و، التي منحتة ميزة مبالغ فيها، حيث تعتب الفقرة الرابعة من المادة 13 أنه يُعد باطلاً كل اتفاق يحد من حق المستهلك بتمتعه بضمان مقابل السلع أو الخدمة التي يتلقاها، حيث من هنا ينتهي الفقه إلى أن هذه النصوص تُحظر في مجال المسؤولية المهنية كل شرط للإعفاء الكامل أو الجزئي من المسؤولية.

كما يُشير بعض الفقه كذلك إلى نص المادة 1793 - 2 من التقنين المدني الفرنسي التي تقابلها المادة 556 من التقنين المدني الجزائري، التي تبطل في مجال مسؤولية المعمارين كل شرط يهدف بشكل مباشر أو غير مباشر إلى إلغاء أو تقييد ضمان المهندس والمقاول<sup>(3)</sup>

وعليه كل هذه الأسباب تجعل من مسؤولية المهني وهنا المحامي لا يسعها قالب المسؤولية العقدية، أو المسؤولية التقصيرية، ولكن تجد مجالها في دائرة المسؤولية المهنية، خاصة لاستحالة تخفيف أو إلغاء المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ المهني

(1) سمية أبو فاطمة: شركة المحاماة المدنية (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة طنطا - 2006 - 2007 - ص 237

(2) جابر محجوب علي محجوب: قواعد أخلاقيات المهنة - مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - 2001 - دار يسرى حسن إسماعيل للطباعة - ص 156

(3) J. Ferran: Quelques aspects nouveaux de la responsabilité des médecins, thèse, Aix, 1970, p 21 et s

مشار إليه عند جابر محجوب علي محجوب: المرجع السابق - ص 157





## المبحث الثاني

### مقومات الاعتراف بالمسؤولية المهنية

إذا كان المهنيون les professionnels من أفراد المجتمع هم كذلك مخاطبين بأحكام القواعد القانونية، فأصحاب المهن، شأنهم في ذلك شأن غيرهم من الناس معنيون بخطاب القواعد القانونية، يكتسبون منها حقوقهم ويتحملون منها بالتزاماتهم سواء في إطار علاقاتهم المهنية أو لدى قيامهم بأنشطتهم الاجتماعية الأخرى.

ولكن المهنيون مخاطبين كذلك بقواعد أخلاقية، فالسؤال يثور عما إذا كانت هذه القواعد تُعد قواعد قانونية بالمعنى الكامل، أي قواعد ملزمة واجبة الإتيان

### المطلب الأول

#### دور التشريعات المهنية الخاصة في تعويض المضرور (المحامي نموذجاً)

يعد العقد الذي هو الشريعة العامة للمتعاقدين طبقاً للمادة 106 ق م من أهم الوسائل التي يهتم بها الفكر القانوني لتنظيم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بين الأفراد فيما بينهم وبين الأفراد وبعض المؤسسات الخاصة والعامة، ولحمايته يتدخل المشرع لوضع سياج لأجله يتجلى ذلك في مجموعة نصوص ومبادئ قانونية تساهم في خلق ائتمان تعاقدى واستقرار للمعاملات وعلى الرغم من أن هذه النصوص وجيهة إلا أنها لم تواكب التحولات الاقتصادية والاجتماعية حيث نجد الواقع يفرض على المشرع ضرورة اعتماد القواعد الأخلاقية وذلك بمراعاتها عند التعامل لأن هذه التحولات فرضت نفسها ليس على أطراف العلاقة التعاقدية بل حتى على المشرع نفسه الأمر الذي أوجب على الأخير مساندة هذا التطور.

فمن أهم أسباب اختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف في المرحلة قبل العقدية أن يكون أحدهما محترفاً يتعاقد في مجال تخصصه، ويتوافر لديه العلم الكافي بكافة جوانب العقد الذي يسعى لإبرامه، والآخر متعاقد عادي ليس له من العلم ما يمكنه من التعاقد برضا مستنير متبصر، وغالبا ما يُقدم على إبرام عقد لا يُحقق مصالحه مدفوعاً بجهله للسلع والخدمات التي يعرضها محترفون متخصصون، يُجيدون وسائل الدعاية والإشهار، ومتمرسون في تسويق سلعهم ومنتجاتهم، حيث أصبح هؤلاء في مركز أقوى من الناحية الاقتصادية، من جهة، ومن حيث استئثارهم بالعلم والمعرفة المتعلقة بما يُرمونه من عقود

من جهة أخرى.

وبالتالي نجد ظهور هذه النظرة الحديثة للعقد، قد دفعت الأنظمة الحديثة إلى السعي لتطوير النظرية التقليدية للعقد وإحلال محلها الجانب الاجتماعي الذي يقوم على العدالة التعاقدية بعد ما اتضحت الفوارق التطبيقية، الأمر الذي ساعد على التدخل التشريعي والقضائي للتخفيف من وطأة الضغوط على تلك العلاقة، حيث وفي نطاق العقد الرابط بين المحامي وزبونه أو بين الطبيب والمريض نجد هناك التزامات تقع على المحامي أو الطبيب جراء عدم التكافؤ في العلاقة التعاقدية مع زبونه.

حيث يمكن القول أنه لم يبق دور للإرادة التعاقدية بين المهنيين والمتعامل معهم، فالمحامي مثلاً تقع عليه واجبات عامة في مواجهة باقي أفراد المجتمع من بينهم العميل - الموكل - وهذه الواجبات تتسم بطابع أخلاقي أو أدبي ويترتب على مخالفتها من جانب فرد عادي جزاء أدبي متمثلاً في ازدراء المجتمع واحتقاره، ويترتب على مخالفتها من جانب المحامي فضلاً عن الازدراء جزاءات تأديبية أو مسؤولية مدنية<sup>(1)</sup>، وهذه الواجبات الأدبية تجد مصدرها الأول في العادات والقيم التي تنبع في الغالب من الدين، وخاصة شريعتنا السّمحاء غنية بالمبادئ الأخلاقية التي بها تقوم العدالة الاجتماعية.

وهذه الواجبات الأدبية تقابلها امتيازات للمحامي يتمتع بها باعتبارها أيضاً قيماً وعادات أصبحت قواعد قانونية وإن كانت قد استمدت قوتها من تعارف الناس عليها وشعورهم بأهميتها.

وبجانب هذه الواجبات الأدبية النابعة من العادات المهنية، توجد التزامات أخرى على عاتق المحامي تجد مصدرها إما في نصوص القانون وهو الوضع الغالب بالنسبة للالتزامات المحامي وإما في العقد الذي يربط بين المحامي والعميل والذي يحدّد بشكل واضح التزامات العميل.

(1) راجع حول هذه المسؤولية حمادي عبد النور: المسؤولية المدنية للمحامي: مذكرة ماجستير - سنة

2011 - 2012 - ص 35 وما بعدها

## المطلب الثاني

### التعويض الناجم عن مخالفة القواعد المهنية

من المعلوم ووفقا للقواعد العامة أن العقد ينهض على دعائم أساسية تُعد أركاناً له وهي الرضا، والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، وتخلف ركن من هذه الأركان يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما أن تخلف شرط من شروط الصحة كالأهلية وانتفاء عيوب الرضا يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرر البطلان حماية له، فالبطلان هو الجزاء الذي يُصيب العقد الذي لم يستجمع أركانه وشرائط صحته أو الذي لم تراعى في إبرامه القواعد التي أوجب القانون إتباعها<sup>(1)</sup>

وبمطالعة قواعد أخلاقيات المهنة تكشف أن هذه القواعد تُملي في بعض الأحيان احترام شكلية معينة في إبرام العقود المتعلقة بممارسة المهنة، فقواعد أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر توجب وحسب المادة 175 من قانون رقم 13/08<sup>(2)</sup> أن يكون كل دواء مستعمل في الطب البشري والجهاز للاستعمال والمنتج صناعياً أو المستورد أو المُصدر وقبل تسويقه مجاناً أو بمقابل، أن يكون محل مقرر تسجيل تمنحه الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن هذه المجالس لا تملك سلطة إزاء العقود التي يتم إبلاغها بها، فالمسألة تتعلق بالتزام بإعلام *une information*، حيث قرر مجلس الدولة في حكم أصدره في 3 جيلية 1970 أنه "إذا كانت بعض نصوص تقنين أخلاقيات مهنة الطب توجب إبلاغ مجلس النقابة الإقليمية بمشروع العقد لكي يتحرى موافقته لقواعد هذا التقنين والشروط الأساسية في العقد النموذجي، فإن هذه النصوص ليس من شأنها إعطاء مجلس النقابة سلطة إجازة العقد أو رفضه"، وقبل هذا قررت محكمة النقض أن عدم

(1) محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - ص 75

(2) قانون رقم 08 - 13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها - الجريدة الرسمية - العدد 44

احترام الشكلية الخاصة بإبلاغ مشروع العقد إلى النقابة لا يؤدي بذاته إلى بطلان العقد<sup>(1)</sup>، والفقهاء الفرنسيين يذهب مع القضاء الفرنسي فيما قرره فيعتبر أن أخذ موافقة مجلس النقابة أو الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري حسب ما تنص عنه المادة 175 من تقنين الصحة الجزائري، فهذا الأمر حسب الفقهاء الفرنسي هو بمثابة تقييداً خطيراً لحرية أساسية وهي حرية التعاقد *la liberté de contracter*، فمثل هذا التقييد لا يكون إلا بنص صريح ومحدد فكل غموض في النص يجب أن يُفسر لصالح بقاء الحرية على إطلاقها<sup>(2)</sup>، لكن ومع هذا فالطبيب الذي لا ينتظر الحصول على موافقة مجلس النقابة على العقد أو يحصل على ملاحظات الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية، فهو يُبرم العقد على مخاطره *à risques et périls* فهو الذي يُقدر وحده ما إذا كانت الشروط التي يتضمنها العقد تتفق مع قواعد أخلاقيات المهنة، والغلط في التقدير يضعه تحت تهديد الجزاءات التأديبية<sup>(3)</sup>.

لكن وبالرجوع إلى مفهوم قواعد أخلاقيات المهنة) كتقنين أخلاقيات مهنة المحاماة، أو الطب، أو الصيدلة، أو مهنة المحاسبين المعتمدين... (، نجد أن السلطة العامة عندما تعهد إلى النقابة بالإشراف على مهنة وتنظيمها، فإن هذه النقابة تكون شخصاً من أشخاص القانون العام وتتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة، كسلطة إصدار قرارات إدارية تنظيمية أو لائحية وسلطة إصدار تنظيم قضاء داخلي هو قضاء التأديب المهني<sup>(4)</sup>، وسلطة فرض بعض الأعباء المالية على الأعضاء في صور اشتراكات عضوية، وهكذا تتمتع النقابة بامتياز خلق القواعد القانونية *privilège de créer des règles de droit* وهي تباشر هذا الامتياز من جهة عن طريق وضع اللائحة الداخلية *le règlement intérieur* التي تنظم علاقة النقابة

(1) Voir arrêtes - Cons. D'Etat 3juil 1970 et Cass. Civ,24 mai 1960 ,J. C. P.

182 /II,12044,not/ 1961 مشار إليهما عند جابر محجوب علي جابر -المرجع السابق ص

(2) G. Vedel: les pouvoirs de l'ordre en matière des contrats ,les contrats des médecins et l'arrêt du conseil d'état du 03 juillet 1970,bull de l'ordre des médecins ,mars 1971,N°II ,p 06 et 07

(3) محمد بكر القباني: نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1962 - مصر - ص 110 وما يليها

(4) جلال أحمد الأدغم: التأديب في ضوء قضاء محكمتي الطعن -النقض الإدارية العليا - الطبعة الثانية - 2003 - المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - مصر - ص 60

بالأعضاء والشروط المطلوبة للقيود في الجدول، ومن جهة أخرى عن طريق وضع تقنيات الأخلاقيات المهنية التي تُحدد التزامات المهنيين تجاه بعضهم ببعض البعض وتجاه الغير، وبالتالي قواعد أخلاقيات المهنة تمتاز بما تمتاز به القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وجزاء<sup>(1)</sup>، بل ويمكن أن تُرفع دعوى إلغاء هذه الجزاءات عن طريق المحاكم الإدارية، ذلك أن هذه القواعد الأخلاقية تُعد بمثابة معايير سلوك صادرة عن جهات مهنية، يتم إدخالها عن طريق الشكل اللائحي في النظام القانوني، حيث يتخذ التشريع العادي صورتين، الأولى على شكل تقنيات (codification)، وهي التي تنظم فرعاً كاملاً من فروع القانون كالتقنين المدني مثلاً، وفي الصورة الثانية قد يتخذ التشريع صورة تشريعات متفرقة تتناول تنظيم مسألة معينة كالتشريع الخاص بتنظيم مهنة معينة كمهنة المحاماة أو الطب<sup>(2)</sup>.

ويذهب الفقه الحديث إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من أجل تحقيق تعويض أكبر، في محاولة لإرجاع التوازن العقدي للعقود، وذلك عن طريق إدماج النظام العام في القواعد القانونية المهنية، حيث أصبحت تدخل الدولة بقوة في تنظيم تبادل السلع وحتى الخدمات - باعتبار أن المحامي مقدم خدمات - متجاوزة بذلك دورها التقليدي الذي كان مقتصرًا على التنظيم السياسي، ومُنشأة نظاماً عاماً اقتصادياً ملازماً للنظام السياسي والأخلاقي، لكنه في نفس الوقت مستقلاً ومتميزاً بمضمونه من حيث تطبيقاته المباشرة على آليات الإنتاج والتبادل، حيث كان القضاء الوسيلة المثلى لوضع قواعد النظام العام حيز التنفيذ، حيث يعتبر التطبيق القضائي مرآة أكثر وضوح في الدلالة على كيفية توظيف فكرة النظام العام باعتبارها أداة قانونية لتحقيق أهداف الصالح العام للمجتمع بأسره<sup>(3)</sup>، وعليه تُدمج قواعد أخلاقيات المهنة في النظام العام وبالتالي تؤثر مسألة الشكلية فيها على العقود التي يبرمها المهنيين، إذا كانت تهدف إلى حماية أفراد الجمهور الذين قد يدخلون فيما بعد في علاقات مع المهنيين المخاطبين بالقاعدة مثال القواعد التي تُحظر الممارسة غير المشروعة للمهنة، والقواعد التي ترمي إلى ضرورة

(1) حمادي عبد النور: الأمن القانوني في علاقة المحامي بزبونه - دراسة مقارنة، دار الكتاب الجامعي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 1443هـ - 2022م، ص 99

(2) هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - الطبعة الثانية - الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية - 2003 - الجزائر - ص 85

(3) درماش بن عزوز: التوازن العقدي - المرجع السابق - ص 104

الحصول على الترخيص من وزير الصحة لممارسة ومباشرة مهنة الطب لأن الهدف هو منع أولئك الذين ليس لهم مقومات وفتيات الطب من ممارسته وإلا سوف يتعرض الجمهور إلى أضرار، كما أنه بادعائه الطب من غير رخصة فيه تغرير بالمريض ومفسدة لأبدان الناس<sup>(1)</sup>، أو القاعدة التي تقرر حق الزبون في اختيار محاميه، حيث تنص المادة 12 من قانون المحاماة 07/13 على أنه يمنع على المحامي السعي لجلب الزبائن أو القيام بالإشهار لنفسه أو الإيعاز على ذلك، أو القاعدة التي تحضر على المحامي تمثيل مصالح متعارضة كما تنص عنه المادة 15 لما في ذلك من إضرار فادح بحقوق الزبون، أو شراء الحقوق المتنازع عليها، أو إفشاء السر المهني<sup>(2)</sup>، وكذلك ما تمنعه المادة 23 من ذات القانون من أن تكون الأتعاب محددة حسب النتائج المتوصل إليها وبالتالي أي عقد بين المحامي والزبون على هكذا أمور يُعد باطلا بطلانا مطلقا وهنا تأكيد على أن الشكلية المتطلبة في قانون المهنة يؤثر على عقد المهني كما في القواعد العامة إذا كان يمس بالنظام العام أي بمصلحة الجمهور.

ولنا أمثلة قضائية ولو كانت في المجال الطبي حكم محكمة الاستئناف limoges في حكمها الصادر في 04 ماي 1959 الذي يتعلق باتفاق تم بين طبيب جراح وزميل له، بمقتضاه يقوم هذا الأخير بمساعدة الطبيب الأول في ممارسة الجراحة في مستشفى خاص نظير أجر محدد ونسبة 30 في المائة من قيمة ما يتم إجراؤه من عمليات جراحية، وعلى أساس أن يحل الطبيب المساعد محل الطبيب الآخر، وتكون ممارسة الجراحة بالمستشفى مقصورة عليه وحده، عندما يقرر هذا الأخير التوقف عن ممارسة الجراحة، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا العقد باطلا لتعارضه مع مبدأ من مبادئ النظام العام وهو حرية المريض في اختيار طبيبه<sup>(3)</sup>.

وفي حكم آخر يتعلق بطبيب يدعى M. Bernard اتفق مع طبيب آخر M. Brunot على تقديمه إلى عملائه بعد أن أبرما معا عقد مشاركة contrat d'association يقومان بممارسة المهنة من خلاله، وقد تضمن العقد ما يفيد التزام الشريك الجديد باحترام قواعد

(1) راييس محمد: المرجع السابق - ص 98

(2) تنص المادة 14 من قانون 07/13 " يلزم المحامي بالحفاظ على سرية التحقيق "

(3) جابر محجوب علي محجوب: المرجع السابق - ص 194

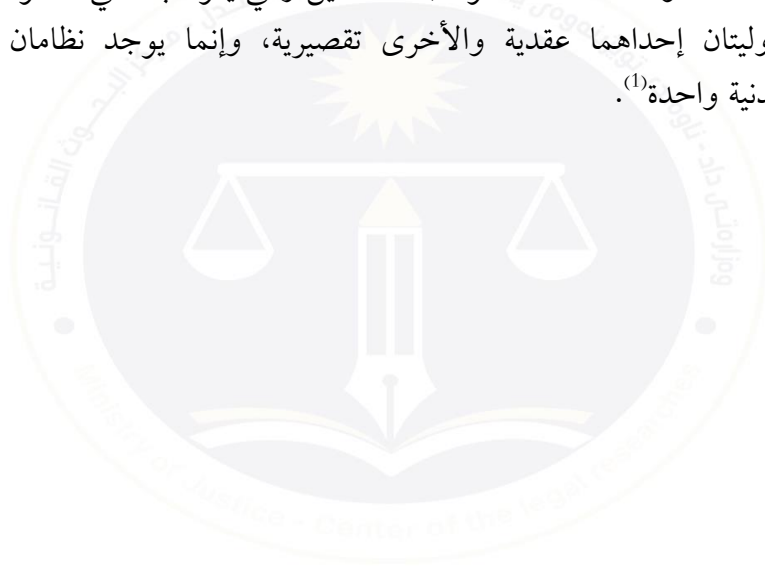
أخلاقيات المهنة وأن العقد سيتم عرضه على مجلس النقابة الإقليمية للتحقق من أنه لا يتضمن أي شرط يتعارض مع هذه القواعد، ولكن مجلس النقابة الإقليمية انتهى إلى عدم تحقق الشرط المتمثل في انتفاء أي شرط في العقد ينطوي على مخالفة لقواعد أخلاقيات المهنة، وبناء على ذلك رفع الشريك الجديد دعوى يُطالب فيها باسترداد ما دفعه نظير المشاركة، وأجابه قضاة الاستئناف إلى طلبه، استنادا إلى أن بطلان العقد لا يسمح بممارسة المهنة بصورة تتفق مع قواعد الأخلاقيات المهنية، وقد طعن الطبيب الأول M. Bernard في هذا الحكم بالنقض واستند في طعنه إلى أن القضاء مستقر على أن مخالفة قواعد أخلاقيات المهنة إنما تُرتب جزاءات تأديبية تختص بتوقيعها جهات التأديب المهنية، ولكن ليس من شأن هذه المخالفة أن تدمغ العقد بالبطلان، بيد أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن وقررت ما يأتي حيث أن المطعون فيه قد تحقق من أن الطبيب M. Bernard قد تعهد بأن يقدم زميله M. Brunot إلى عملائه بعد أن أصبح شريكا له، وأن الاتفاق الذي تم بين الطرفين قد نص على أن الشريك الجديد سيحترم قواعد أخلاقيات مهنة الطب وأن العقد سيتم عرضه على مجلس النقابة الإقليمية الذي سيتحقق من عدم تضمينه أي شرط يتعارض مع تلك القواعد فإن محكمة الاستئناف وقد تبينت عدم تحقق الشرط، لأن المجلس المذكور قرر تعارض العقد مع أخلاقيات المهنة، فإنه ينتج من ذلك أن الاتفاق قد أصبح معدوما Caduque وأنه استنادا إلى هذا التسيب الذي يحل محل تسيب محكمة الاستئناف، يُصبح الحكم الذي رفض ترتيب أي أثر على الاتفاق صائبا قانونا<sup>(1)</sup>

إن العرض لهذه الأحكام يبين لنا أن القضاء الفرنسي يعتبر أن الإخلال بالقواعد المهنية بمثابة إخلال بالنظام العام الذي ينبغي أن تأتي شروط العقد متوافقة معه وإلا عُذ العقد باطلا بطلانا مطلقا. كما لو تم الإخلال ببند العقد طبقا للقواعد العامة، فلا خلاف بين الشكلية المطلوبة في قواعد التقنيات المهنية وتلك المنصوص عليها في الشريعة العامة من شروط موضوعية وأخرى شكلية.

ونحن نقول أن مهنة المحاماة تعتبر مهنة خاصة جدا إذ هي تتعلق بالحياة الشخصية للأفراد فالمحامي عن طريق مهنته سوف يتلقى جميع أسرار موكله بحكم الأمانة والإخلاص التي تضعها عليه مهنة المحاماة فنجد أن جل قواعد قانون مهنة المحاماة

(1) جابر محجوب علي محجوب: المرجع السابق - ص 199

تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام الذي دخل دائرة عقد الدفاع لإعادة التوازن له، إلا أن على القضاة، وما دام مفهوم النظام العام غير دقيق وواسع ومن خصوصيته أنه يتطور من زمن لآخر فعلى القضاة التوسع في فكرته، وكل هذا يدفع بالقول إلى أن قواعد المهنة أو قانون أخلاقيات مهنة المحاماة تكون دليل قاطع على المشككين في وجود مسؤولية مهنية خاصة بأصحاب المهن المنتظمة تشريعياً تستوعب بداخلها أنظمة المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، خاصة وأن الأستاذ محمود جمال الدين زكي يقول بأنه في القانون المدني لا توجد مسؤوليتان إحداهما عقدية والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسؤولية مدنية واحدة<sup>(1)</sup>.



(1) محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق - ص 98



## الخاتمة

أبانت الورقة البحثية على أن الإرادة التعاقدية لم تبق الوحيدة في ضبط المعاملات التعاقدية في دائرة الأعمال، فالعقد أصبح يتعرض إلى تدخل إرادي وآخر تشريعي عن طريق التشريعات المهنية الخاصة بفئة المهنيين، وهذه الأخيرة لديها نفس القوة القانونية للتشريعات العادية، وأبعد من هذا تعتبر من النظام العام بمعنى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا كله يُبين على أفول نظرية سلطان الإرادة، وكل هذا يثير إشكالا قانونيا ألا وهو ما طبيعة المسؤولية المدنية الناجمة عن تدخل التشريعات الخاصة في دائرة العقود، حيث انعدام التوازن العقدي بين شخص يملك القوة الفنية والعقدية وطرف ضعيف يجهل القواعد الفنية للمهنة يجعل من المستحيل تطبيق القواعد العامة في القانون المدني على المعاملات بين المهني وزبونه، فكيف لنا أن نتصور اتفاق بين محامي وزبونه أو بين طبيب ومريضه على بذل عناية أقل من عناية الرجل الحريص المفروضة عليه عن طريق سواء قانون تنظيم مهنة المحاماة أو التشريع الخاص بمزاولة مهنة الطب، في حين أن هذا الشرط التعاقدية كان من الممكن أعماله في العلاقة التعاقدية بين أشخاص عاديين وهو ما يسمى في القانون المدني باتفاقات تحديد المسؤولية العقدية. وهذا هو ما يميز فكرة المسؤولية المهنية أنها تمنع اتفاقات تحديد المسؤولية العقدية بين أرباب المهن وعملاءهم، ذلك أنها تقوم على أساس الخطأ المهني وهو مخالفة القواعد والأصول المهنية المنصوص عليها في التشريعات المنظمة للمهنة، بخلاف الخطأ العقدي الذي هو مخالفة الاتفاقات والالتزامات التعاقدية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة

وفيما يتعلق بالتوصيات تتمثل فيما يأتي:

- 1 - ضرورة تكوين القضاة حول مستجدات تطور المسؤولية المدنية
- 2 - القيام بإعلام واسع لفكرة المسؤولية المهنية، وكذلك القيام بندوات علمية تجمع مختلف النقابات المهنية حول مسألة واقع المسؤولية المهنية.

## المراجع

- إسماعيل غانم: مصادر الالتزام - طبعة 1968 - القاهرة.
- أمّنة بن عبيد بن إبراهيم المزروعية: الضوابط القانونية لجراحات التجميل - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة ظفار - سلطنة عُمان - 2023.
- انظر وبتصرف إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية - دراسة قانونية مقارنة - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2007.
- جابر محجوب علي محجوب: قواعد أخلاقيات المهنة - مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - 2001 - دار يسرى حسن إسماعيل للطباعة.
- جلال أحمد الأدغم: التأديب في ضوء قضاء محكمتي الطعن - النقض الإدارية العليا - الطبعة الثانية - 2003 - المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - مصر.
- جلال علي العدوي: أصول الالتزامات - القاهرة - 1997.
- حمادي عبد النور: المسؤولية المدنية للمحامي: مذكرة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة تلمسان - الجزائر سنة 2011 - 2012.
- حمادي عبد النور: الأمن القانوني في علاقة المحامي بزبونه - دراسة مقارنة، دار الكتاب الجامعي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 1443هـ - 2022م.
- درماش بن عزوز: التوازن العقدي -: التوازن العقدي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة تلمسان - السنة الجامعية 2013 - 2014
- رايس محمد - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - در هومه - الجزائر 2007.
- زهير بن زكريا حرج: الخطأ في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني واللاتيني - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - مصر - 1999.
- سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني. المسؤولية المدنية - 1988.
- سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامة أركان المسؤولية الخطأ والضرر والسببية - معهد البحوث والدراسات العربية -

- طبعة 1971 - جامعة الدول العربية  
 سمية أبو فاطمة: شركة المحاماة المدنية (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة طنطا - 2006 - 2007.
- عبد الباسط جميعي. مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة. دار النهضة العربية، مصر 2000.
- عبد الحميد إبراهيم البيه: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور التأمين المسؤولية 1993. مكتبة الجلاء. المنصورة.
- عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل - القاهرة - 1999.  
 قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - مصر 2007.
- محمد بكر القباني: نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1962 - مصر.  
 محمد حاتم البيان، النظرية العامة للالتزام، جامعة دمشق، 2009.
- محمد سليمان الأحمد: الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي - دراسة تحليلية - مكتبة التفسير للنشر والإعلان - اربيل - الطبعة الأولى - 2008.
- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق.
- محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الأول في ازدواج المسؤولية أو وحدة المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة - مطبعة جامعة القاهرة - مصر - سنة 1978.
- محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الأول - مطبعة جامعة القاهرة - القاهرة -.
- محمود جمال الدين زكي. ضمان أخطار المهنة في القانون المصري. مجلة القانون والاقتصاد رقم 35.
- هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - الطبعة الثانية - الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية - 2003 - الجزائر.
- وديع فرج: الاتجاه الحديث في العقد والمسؤولية الخطيئة. مجلة القانون والاقتصاد -

رقم 15.

يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور. دار هومه 2005.

### النصوص القانونية

- قانون رقم 08 - 13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل20 يوليو سنة 2008  
 يعدل ويتمم القانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16  
 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها - الجريدة الرسمية - العدد 44  
 الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني  
 المعدل المتمم إلى غاية 2007 بموجب القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي 2007  
 القانون 03/09 المؤرخ في 2009/2/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج رقم  
 15 لسنة 2009.  
 القانون 03/09 المؤرخ في 2009/2/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج رقم  
 15 لسنة 2009  
 القانون رقم 07/13 المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق ل29 أكتوبر 2013  
 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة ج. ر عدد 55  
 القانون رقم 91 - 04 المؤرخ في 08 يناير سنة 1991 يتضمن مهنة المحاماة  
 القرار المؤرخ في 04 سبتمبر سنة 1995 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة  
 المحاماة

### المراجع الأجنبية

G. Vedel: les pouvoirs de l'ordre en matière des contrats ,les contrats des médecins et l'arrêt du conseil d'état du 03 juillet 1970,bull de l'ordre des médecins ,mars 1971,N°II.

Mazeaud et Tunc: la Responsabilité civile - 1995 - No 515.

- J. Ferran: Quelques aspects nouveaux de la responsabilité des médecins ,thèse ,Aix,1970.

Philippe Letourneau: la responsabilité civil professionnelle, ed Economica, 1995.

G. RIPERT. F BOUCHE: d'un droit civ. Professionnel.

F. LOTZ: J. C. Civ. article 1382. 138, notaire fas 1 n 24

DE LOPIQUET: La responsabilité civ. Et disciplinaire des notaires L. G. D. J 1974.

### JURISPRUDENCE

Cass. Civ, 2ème, 20 déc 1996,DALLOZ - 1967.

Voir arrêtes - Cons. D'Etat 3juil 1970 et Cass. Civ,24 mai 1960 ,J. C. P. 1961 ,II,12044,not.

## الملخص

إن تبعات تطور الأخطار الصناعية وزيادة خدمات المهنيين، دفعت إلى التفكير في سؤال مهم، وهو هل بقي دور للقواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية في القوانين المدنية، أم لا بد من البحث والتفكير في تطويع قواعد المسؤولية المدنية من أجل الاستجابة لتعويض الأضرار المستحدثة، خاصة بعد تصدع العلاقة التعاقدية نتيجة فرض التشريعات الخاصة التي تحكم مهنة المهني قوتها على اتفاقات المهنيين. وهذا ما ستجيب عليه ورقتنا البحثية.



### پوخته

دەرئەنجامه‌کانی پەرسه‌ندنی مه‌ترسییه پیشه‌سازییه‌کان و زیاده‌بونی خزمه‌تگوزارییه‌کانی پیشه‌گه‌ره‌کان وایکرد بیر له پرسیاریکی گرنه‌گ بکرنه‌وه، نه‌ویش نه‌ویه که ئایا رۆلێک بۆ رێسا گشتیه‌کانی ریکه‌ستنی به‌رپرسیاریتی شارستانی له یاسا شارستانییه‌کاندا ده‌مێننه‌وه، یان پێویسته گه‌ران و بیرکردنه‌وه له گونجاندنی رێساکانی به‌رپرسیاریتی شارستانی به مه‌به‌ستی وه‌لامدانه‌وه‌ی قه‌ره‌بووکردنه‌وه‌ی نه‌و زیانانه‌ی که دروست بووه، به‌تایبه‌تی دوا‌ی نه‌وه‌ی نه‌نگی دروست ده‌بیت له په‌یوه‌ندی گریه‌ستی له نه‌جامی سه‌پاندنی یاسای تایبه‌ت که پیشه‌که به‌رپوه‌ده‌بات و هه‌زه‌که‌ی به‌سه‌ر ریکه‌وته‌کانی پیشه‌گه‌ره‌کاندا. نه‌مه‌یه که توێژینه‌وه‌که‌مان وه‌لامی ده‌داته‌وه.



### Abstract

The consequences of the development of industrial hazards and the increase in professional services, prompted to think about an important question, which is whether the role of the general rules regulating civil liability remained in civil laws, or it is necessary to research and think about adapting the rules of civil liability in order to respond to compensation for the damages created, especially after the cracking of the contractual relationship as a result of the imposition of special legislation governing the profession of the professional its strength on the agreements of professionals And that's what our paper will answer.





## المقارنة بين النصوص الدينية والقانونية رؤية استشرافية للعلاقة بين القواعد الحديثة والدستورية

الدكتور إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب<sup>(\*)</sup>

أستاذ مشارك القانون الإداري والدستوري، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة

العربية السعودية

بہراوردکردنی دهقی نایینی و یاسایی  
دیدگایه کی پیشکھوتووانه بو پهيوهندی نیوان ريسا فهرمووده ييه كان و  
دهستووريه كان

د. نیکرامی بهسیونی عہدولحہی خہتاب  
پروفیسوری یاریدہدر له یاسای کارگیزی و دهستوری، زانکوی نیمام محمد کوری  
سعودی ئیسلامی - سعودیہ

**The Comparison between religious and legal texts A forward -  
looking vision of the relationship between Hadeeth's rules &  
constitutional rules**

**Dr. Ekramy Basuony Abd Elhi Khattab**

Associate professor in constitutional & Administrative law; Al imam

Mohamad Ibn Saud Islamic University ,

(\*) dr.ekramykhattab82@gmail.com



المقارنة بين النصوص الدينية والقانونية  
رؤية استشرافية للعلاقة بين القواعد الحديثية والدستورية  
الدكتور إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب

أستاذ مشارك القانون الإداري والدستوري، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية

الكلمات المفتاحية:

الحديث الشريف، النص الدستوري، القاعدة الدينية.

كليه ووشه:

فهر موودهى پيروز، دهقى دهستورى، رئيساى ناينى.

**Key words:** El hadith, Constitution, Religion rules.

أولاً: مشكلة البحث:

تدور مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤلات الآتية:

- (1) هل حظي النص الحديثي بعناية واهتمام الفقه القانوني؟
- (2) ما طبيعة العلاقة بين النصوص الحديثية والقانونية؟
- (3) ما ضوابط المقارنة بين النص الحديثي كنص شرعي ديني والنص القانوني كنص بشري وضعي؟
- (5) أي أنواع السنة النبوية التي تعد مجالاً خصباً للاستفادة منها في المجال الدستوري؟

(6) ما حدود وضوابط الاستفادة من النص الحديثي في المجال الدستوري؟

(7) ما وسائل الاستفادة من النصوص الحديثية في المجال الدستوري؟

(8) هل توجد تطبيقات عملية لنصوص دستورية استفادة من النصوص الحديثية؟

(9) ما أثر الاستفادة من النصوص الحديثية في التطبيق العملي للنصوص الدستورية؟

ثانياً: أهداف البحث ((Research aims):

- (1) التأكيد على عظمة وأهمية الحديث النبوي الشريف، في الحياة القانونية الدستورية

المعاصرة.

(2) التأكيد على عالمية الشريعة الإسلامية ممثلة في النصوص الحديثة وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان.

(3) الارتقاء بالنصوص الدستورية وصولاً لأحكام صياغتها ودقة أهدافها وصلاحياتها للتطبيق لأطول فترة ممكنة، وسد ما يصبها من نقص وما يعتريها من إبهام وغموض.

ثالثاً: حدود البحث:

(1) الحدود المكانية: لا توجد حدود مكانية للنصوص الحديثة، أما النصوص الدستورية فلقد حاول الباحث أن يستعين ببعض النصوص القانونية العربية والغربية.

(2) الحدود الموضوعية: النصوص الحديثة والدستورية.

(3) الحدود الزمنية للدراسة: لا توجد فترة زمنية محددة لموضوع البحث إذ يتناول الباحث نصوص حديثة وأخرى قانونية في فترات زمنية مختلفة.

رابعاً: الدراسات السابقة

لم يضطلع الباحث فيما يعلم بحثاً علمياً تناول العلاقة بين النصوص الدستورية والنصوص الحديثة

خامساً: منهجية وطرق البحث

استخدم الباحث المنهج التحليلي في تحليل النصوص الحديثة النبوية والدستورية وصولاً إلى المراد منها، مبرزاً أوجه الضعف والقصور التي تصيب النص الدستوري وطارحاً حلولاً لمعالجتها، كما استخدم المنهج المقارن بين النصوص الحديثة والدستورية واضعاً ضوابط للطبيعة القانونية للعلاقة بينهما.

## مقدمة

لقد بعث الله تعالى سيدنا وحبينا محمداً (ﷺ) بالهدى والنور والكتاب المبين، قال تعالى: ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ قَدْ جَاءَكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمْ كَثِيرًا مِمَّا كُنْتُمْ تُخْفُونَ مِنَ الْكِتَابِ وَيَعْفُو عَنْ كَثِيرٍ قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ﴾<sup>(1)</sup>، ورحمة للعالمين، قال تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾<sup>(2)</sup>، وزكاه ربه فقال ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ﴾<sup>(3)</sup>.

ولقد ترك لنا المصطفى (ﷺ) ما إن تمسكنا به لن نضل بعده أبداً كتاب الله وسنته، لذا كان لزاماً علينا نحن المسلمون أن نحاول الاستفادة من هذا الكنز العظيم الذي حوى بداخله العديد من النصوص الحديثية التي تعبر وبحق عما حوى الله به الحبيب المصطفى (ﷺ) من جوامع الكلم، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (ﷺ) قال عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ): «بُعِثْتُ بِجَوَامِعِ الْكَلِمِ، وَنُصِرْتُ بِالرُّعْبِ، وَبَيْنَا أَنَا نَائِمٌ أُتِيتُ بِمَفَاتِيحِ خَزَائِنِ الْأَرْضِ، فَوُضِعَتْ فِي يَدَيَّ» قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: «فَذَهَبَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ) وَأَنْتُمْ تَنْتَشِلُونَهَا».

وإذا كانت الدولة الحديثية تسعى لوضع أسسها وقواعدها العامة بداخل النصوص الدستورية، فإن تلك الأخيرة يجب أن تتمتع بقدر كبير من الوضوح واليقين، وهو ما تفتقر إليه في أحيان كثيرة، لذا فإن الاستعانة بنصوص حديثية جامعة البيان واضحة المعاني راسخة المدلول يعد بلا شك أمراً هاماً وداعماً بشكل واضح لاستمرار النص الدستوري في العمل أطول فترة ممكنة، ومانعاً من كثرة التأويلات حول مفهوم قواعده ومدلول نصوصه.

ويسعى الباحث من خلال هذه الورقة البحثية إلى التعريف بالنصين الحديثي والدستوري وتحديد طبيعة العلاقة بينهما من جانب، وبيان تأثير النص الحديثي الحقيقي والفعلية على النص الدستوري عربياً ودولياً من جانب آخر، وذلك في مبحثين على النحو الآتي

(1) سورة المائدة، الآية (15).

(2) سورة الأنبياء، الآية (107)،

(3) سورة النجم، الآية (3).

## المبحث الأول

### النص الحديثي والنص الدستوري وحدود العلاقة بينهما

يحاول الباحث من خلال هذا المبحث التعريف بمفهوم النص الحديثي والدستوري كمقدمة لازمة لمعرفة حدود العلاقة بينهما، وذلك على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### التعريف بالنصين الحديثي والدستوري

التعريف بالنصين الحديثي والدستوري يعد أمر بالغ الأهمية ليس فقط في بيان الاختلاف بينهما في المدلول اللغوي والاصطلاحي الشكلي؛ بل في إيضاح تباين الطبيعة الموضوعية لكل منهما على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### التعريف بالنص الحديثي

بادئ ذي بدء يتعين إيضاح أن "النص الحديثي" مصطلح من شقين: النص والحديث النبوي، لذا يتعين أن نتعرف على مفهوم كل منهما لغة واصطلاحاً على النحو الآتي:  
أولاً: النص لغة واصطلاحاً:

(1) النص لغة: يقصد به نص الحديث، أو استخراج الحد الأقصى من الشيء ومنه: نص ناقته نصاً: إذا استخرج أقصى ما عندها من السير<sup>(1)</sup>، وقد يقصد به وضع الشيء بمنطقة مرتفعة، ومنه نص العروس ينصها نصاً: أقيدها على المنصة بالكسر، ومنها القول بأن الماشطة تنص العروس فتقدها على المنصة، ونص الشيء: أظهره، كل ما أظهر فقد نص<sup>(2)</sup>.

(2) النص اصطلاحاً: النص في الاصطلاح كما يعبر به عن معنيين: أحدهما: كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة، سواء كان ظاهرة أو نصاً أو مفسراً أو حقيقة، أو مجازاً أو عامّاً أو خاصّاً، والآخر: أن النص اسم مشترك يطلق على ثلاثة أوجه:

(1) لسان العرب، ج7، ص 97.

(2) مختار الصحاح ص 663، تاج العروس، ج1، ص 4544.

(أ) الظاهر نصًّا: وهو منطبق على اللغة ولا مانع منه في الشرع، فالنص على هذا: اللفظ الذي يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع، فيكون هو والظاهر سواء.  
(ب) ما لا يتطرق إليه احتمال أصلاً، كما هو الحال في كلمة ثلاثة، أو خمسة فهذا ظاهر لا يتطرق إليه أي احتمال.

(ج) ما لا يتطرق إليه احتمال مقبول يعضده دليل، أما الاحتمال الذي يعضده دليل فلا يخرج اللفظ عن كونه نصًّا، فكان شرط النص على هذا الإطلاق: ألا يتطرق إليه احتمال معتضد بدليل<sup>(1)</sup>.

ويرى الباحث أن المفهوم الاصطلاحي للنص يتناول النص من جوانب أعم وأشمل من معناه اللغوي، فلا ينظر إلى التركيب الشكلي للنص بل يتعمق في مدلوله وما ينعكس من إشعاع وراء حروفه وبنائه الجسدي، وهذا هو ما يهتم به الأصوليين في شأن دلالة النص وما وراء تركيبه الشكلي والحرفي من معان.

أما المعنى اللغوي للنص فرغم أنه يحمل معان تبدو مختلفة إلا أنه في مجال المعنى اللفظي للنص نجده يتعامل مع مصطلح "النص" كبناء حرفي، وهنا لا نتحدث إلا عن معنى المصطلح الذي إذا عبر به فإنه يشير إلى معنى معين مباشر.

وفي رأينا أن النص كمصطلح يتعين أن يحتوي على الجانبين معاً: الشكلي المتمثل في البناء الجسدي المكون من الحروف المتناسقة مع بعضها في نسيج يؤدي للمعنى المقصود، وموضوعي دلالي يجعل من النص غاية للوصول إلى هدف يستطيع من خلاله كاتبه أو قائله إلى توصيل رسالة واضحة من ورائه.

وإن سمح لي أن أضع تعريفاً للنص يمكننا القول بأنه: بناء شكلي حرفي يهدف إلى تحقيق مقصود مباشر أو غير مباشر.

### ثانياً: الحديث النبوي

يعد الحديث النبوي فرع من فروع السنة النبوية الشريفة لذا يتعين علينا أن نبين بإيجاز تعريف السنة لغة وشرعاً لنصل إلى تبيان حقيقي لمعنى الحديث النبوي وصولاً لوضع

(1) يحي الدين يوسف بن عبد الرحمن الجوزي، الإيضاح لقوانين الاصطلاح، تحقيق محمود بن محمد السيد دغيم، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط أولى، 1995م، ص 109: 120، د. بدران أبو العينين بدران: بيان النصوص التشريعية، طرقه وأنواعه، منشأة المعارف، ط 1، الإسكندرية، مصر، 1969م، ص 29:

تعريف واضح للنص الحديثي على النحو الآتي:

- (1) السنة لغة: الطريقة مثل قوله (ﷺ) "من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة"<sup>(1)</sup>.
- (2) السنة شرعاً: هي ما يصدر عن الرسول (ﷺ) من أقول أو أفعال أو تقريرات. ومن التعريف الشرعي السابق يتضح أن السنة النبوية قد تكون سنة قولية: ويقصد بها ما صدر عن النبي (ﷺ) من أقوال ومنها قوله (ﷺ) "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(2)</sup>. وقد تكون السنة النبوية سنة فعلية: ويقصد بها ما صدر عن النبي (ﷺ) من أفعال مثل أفعال النبي (ﷺ) في الصلاة: قال (ﷺ) "صلوا كما رأيتموني أصلي"<sup>(3)</sup>. وإلى جانب السنة القولية والفعلية توجد السنة التقريرية: ويقصد بها ما أقره النبي (ﷺ) من أفعال سواء كان هذا الإقرار صريحاً باستحسانه أو ضمناً بالسكوت عنه وعدم إنكاره<sup>(4)</sup>.

(1) عن جرير بن عبد الله، صحيح مسلم، باب الزكاة، حديث 1017، ص 705.

(2) عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه)، أن النبي (ﷺ) قال: لا ضرر ولا ضرار حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في "الموطأ" عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن النبي (ﷺ) مراسلاً، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوى بعضها ببعض، يراجع بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، 1422هـ / 2001م، ج 2، ص 206.

(3) عن أيوب، عن أبي قلابة، قال: حَدَّثَنَا أَبُو سُلَيْمَانَ مَالِكُ بْنُ الْحُوَيْرِثِ، قَالَ: قَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ): "صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصْلِي، فَإِذَا حَضَرَتِ الصَّلَاةُ، فَلْيُؤَدِّنْ لَكُمْ أَحَدُكُمْ، وَلْيُؤَمِّكُمْ أَكْبَرُكُمْ". رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ فِي الصَّحِيحِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُثَنَّى، عَنْ عَبْدِ الْوَهَّابِ، يَرِاجِعُ لِلْإِمَامِ الْبَيْهَقِيِّ: مَعْرِفَةُ السَّنَنِ وَالْآثَارِ، كِتَابُ الصَّلَاةِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ 1101.

(4) ومن أمثلة السنن التقريرية أيضاً ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم رسول الله (ﷺ) المدينة والناس يسلفون في الثمر العام والعامين أو قال عامين أو ثلاثة شك إسماعيل فقال (من سلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم) حدثنا محمد أخبرنا إسماعيل عن ابن أبي نجیح بهذا (في كيل معلوم ووزن معلوم)، أخرجه مسلم في المساقاة باب السلم رقم 1604، (يسلفون) من السلف وهو بيع على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً وسمي سلفاً لتقديم رأس المال ويسمى أيضاً سلماً لأنه يشترط فيه تسليم رأس المال في مجلس العقد، يراجع: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (صحيح البخاري): الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير، ←



وإذا كانت المعاني السابقة للسنة لغة وشرعاً فما هو المقصود إذن بالنص الحديثي؟ النص الحديثي يقصد به في هذا الباب السنة القولية أي ما يصدر عن النبي (ﷺ) من أقوال، فهذه النصوص هي ما نعى به في مجال هذا البحث. وإن سمح لي أن اضع تعريفاً للنص الحديثي يمكنني القول بأنه: النصوص الواردة في السنة القولية الصحيحة عن النبي (ﷺ).

ومن التعريف السابق يتعين أن نركز في مجال هذا البحث على النصوص الحديثية الصحيحة، وليست الموضوعية أو الضعيفة، ويتعين أن نطرح تساؤل آخر على قدر كبير من الأهمية أي النصوص الحديثية نقصد؟

أرى أن النصوص التي يمكن أن تكون مجالاً خصباً للربط بين النص الحديثي والدستوري، إنما هي النصوص المتعلقة بجانب المعاملات بعيداً عن النصوص الحديثية المتعلقة بالعبادات، وبمعنى آخر فإن المجال الخصب للاستفادة من البناء اللفظي والشرعي للنص الحديثي في مجال النص الدستوري المكتوب المتمثل في الدستور يتعين أن ينصب على مجال المعاملات وحقوق العباد.

## المطلب الثاني

### التعريف بالنص الدستوري

الدستور: كلمة ليست عربية ويرجح البعض أنها كلمة فارسية مركبة من (دست) بمعنى القاعدة و(ور) أي صاحب، وقد دخلت إلى اللغة العربية عن طريق اللغة التركية ويقصد بها التأسيس أو التكوين أو النظام<sup>(1)</sup>.

عرف البعض القانون الدستوري بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتبين السلطات العامة التي تباشر بها الدولة وظائفها وكيفية

←

اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة، 1407 - 1987م، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق، ج2، ص 781.

(1) د. عماد الفقهي، الدستور الحالية المصرية أسئلة وإجابات في ضوء الدساتير المقارنة، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، 2012م، ص 13

تكوينها واختصاصاتها وعلاقتها ببعضها وعلاقتها بالأفراد<sup>(1)</sup>.

وعرفه البعض الآخر وثيقة القانون الدستوري بأنها "مجموعة القواعد والأحكام التي تضبط وتنظم العلاقات القانونية الملزمة بين سلطات الدولة بعضها البعض وبين الدولة والشعب الذي تدير شؤونها، كذلك القواعد المتعلقة بالسلطة السياسية وكيفية ممارستها وانتقالها بين من يستحقونها بطريقة قانونية شرعية"<sup>(2)</sup>.

ويتضح من التعريفين السابقين وجود خلط بينهما إذ يطلقان المعنى نفسه على مصطلحين مختلفين إحداهما "الوثيقة الدستورية"، وهو ما يمكن أن أسميه "النص الدستوري"، والآخر "القانون الدستوري"، ولا شك أن لهذا الخلط أسبابه ومبرراته. وأرى أن الخلط السابق يعود إلى سببين أحدهما: أن الدستوريين يتعاملون من النص الدستوري كأمر واقع بمعنى أنه يبين بذاته مدلوله وفحواه ووسائله ومزاياه وإجراءاته، فكأنه بلورة شفافة تكشف ما بداخلها من محتويات تمثل مكوناتها الداخلية، ومن ثم يظهر وكأنه القانون الدستوري.

والسبب الآخر يرجع إلى: انشغال رجال الدستور بالوحدة البنائية الأصغر للنص الدستوري ألا وهي القاعدة الدستورية؛ إذ انبرى غالبيتهم في وضع تعريف لها وبيان خصائصها ونطاقها والتميز بينها وبين ما يتشابه معها من قواعد أخرى أخلاقية أو دينية. ورغم منطقية الأسباب السابقة إلا أنه يتعين إزالة الخلط بين المصطلحين، من خلال التأكيد على أن القانون الدستوري يتعين أن يفهم في إطار الأحكام متعددة المصادر، إذ أن القانون الدستوري ليس مصدره فقط النص الدستوري الوارد في الوثيقة الدستورية؛ بل يشمل أيضاً الأحكام الواردة في القضاء الدستوري، وما استقر عليه الفقه الدستوري من آراء تتعلق بالتفسير أو المبادئ الدستورية.

وترتيباً على ذلك يمكن القول - وبحق - أن القانون الدستوري له مفهوم شامل وعام، بخلاف النص الدستوري الذي يرد في الوثيقة الدستورية، وهذا الأخير قد يحمل عدة معان

(1) د. رجب كريم عبد اللاه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الجزء الأول، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005م، ص 65

(2) السعيد سليمان، مواضيع في مقياس القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة محمد الصديق بين يحيي جيجل، 2016م

على النحو الآتي:

(1) القاعدة الدستورية: أي أن إطلاق مصطلح النص الدستوري إنما يقصد به القاعدة الدستورية، والحديث عن خصائص النص الدستوري هو حديث عن خصائص القاعدة الدستورية، ومن ثم فإطلاق مصطلح النص الدستوري إنما هو مرادف لمصطلح القاعدة الدستورية.

(2) المادة الدستورية: يُطلق الدستوريون مصطلح النص الدستوري ويقصدون به: المادة الدستورية؛ فالوثيقة الدستورية تتكون من مجموعة من النصوص أي مواد، كل مادة تحمل حكمًا واحدًا على الأقل، وغالبًا ما يقال في الأحكام القضائية: تنص المادة (كذا) من الدستور رقم (كذا)، ومعنى ذلك ان (النص / المادة) هو أصغر وحدة لغوية مستقلة ترد في الدستور وتتضمن قاعدة دستورية، أي فرضًا وحكمًا ملزمًا. إذن فالمادة هي أصغر وحدة في الدستور يمكن أن يطلق عليها (نص) وكل دستور هو في حقيقته يتألف من نصوص تصاغ على هيئة مواد.

والنص الدستوري - في رأينا - يتعين أن يخرج من نطاق المعنيين الضيقين السابقين؛ فهو ليس مجرد مادة دستورية أو قاعدة، بل هو البناء المتكامل الذي يحوي بداخله وحدات أصغر منه هي القاعدة أو المادة الدستورية.

النص الدستوري يحكم علاقات سلطات الدولة ببعضها البعض وحقوق الأفراد وحررياتهم وغيرها من العلاقات الأخرى التي تمس الدولة ونظامها الدستوري العام، وهو بأصل وجوده نص "متعد" وليس "لازم" بالمعنى اللغوي لهذين المفهومين، أي أن دلالاته لا تقتصر في شأن من أصدره ولا تنحصر في محتوى عيني له، إنما هو دائما يتعدى إلى الغير، وتلك الغاية من إصداره<sup>(1)</sup>.

ويمكنني أن أدلل على أن المقصود بالنص الدستوري يختلف تمامًا عن مفهوم القاعدة الدستورية على النحو الآتي:

1 - توجد نصوص دستورية لا تحتوي على قواعد دستورية، وبالعكس نصوصًا

(1) يراجع في معنى قريب من ذلك المستشار طارق البشري: النص بين التشريع والإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسمين، 2007م، ص 1، 2، 3

دستورية تحتوي على قاعدة أو أكثر<sup>(1)</sup>.

2 - النص الدستوري سابق على القاعدة الدستورية، إذ تضعه السلطة التأسيسية متضمنًا قاعدة دستورية أو أكثر.

3 - القاعدة الدستورية لا وجود لها خارج النص الدستوري.

وترتيبًا على ما سبق يمكن لي تعريف النص الدستوري بأنه: مجموعة من المصطلحات والتركيب اللغوية الدستورية التي تشكل في مجموعها الوعاء الدستوري العام للقواعد الدستورية

ويتضح مما سبق أن القاعدة الدستورية هي هدف من وضع النص الدستوري، وهي غايتها، وبينهما علاقة مباشرة أو غير مباشرة، فالنص الدستوري قد يكون مصدرًا منشأً للقاعدة الدستورية بصورة مباشرة إذا كان ما يتضمنه من مصطلحات وعبارات تمثل في ذاتها قاعدة دستورية، أو يستخلصه القاضي من النص الدستوري بصورة غير مباشرة.

والقاعدة الدستورية تشتمل على عنصرين هما الفرض والحكم، والفرض هو التصرف أو الواقعة، والحكم هو النتيجة التي يربتها الدستور على التصرف أو الواقعة المنصوص عليها في هذا الفرض، ويتم ذلك بصفة ثابتة ومطردة، فكلما تحقق الفرض (العنصر الأول في القاعدة) ترتب الحكم (العنصر الثاني في القاعدة)، أي أن يكون هناك ثبات في أعمال الحكم كلما تحققت الشروط اللازمة لأعماله من دون تفرقة في التطبيق<sup>(2)</sup>.

(1) من أمثلة النصوص التي لا تتضمن قواعد دستورية نص م/ 1 من الدستور المصري الحالي لعام 2014م مقررته أن " الشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تكاملها ووحدتها، ومصر جزء من العالم الإسلامي، تنتمي إلى القارة الإفريقية، وتعزز بامتدادها الآسيوي، وتسهم في بناء الحضارة الإنسانية"، ومن أمثلة النصوص التي تتضمن أكثر من قاعدة دستورية ما ورد بنص م/ 5 منه مقررته أنه " يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمى للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وتلازم المسؤولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحياته، على الوجه المبين في الدستور".

(2) المستشار عليوه مصطفى فتح الباب: أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات، مكتبة كوميت القاهرة، الطبعة الأولى، 2007م، المجلد الأول، ص 41

## المطلب الثاني

### العلاقة بين النص الحديثي والدستوري

لم يتطرق أحد من الفقه الدستوري - فيما يعلم الباحث - إلى البحث في العلاقة بين النص الحديثي والدستوري، ولا للجوانب التطبيقية العملية المشتركة بينهما، وهو ما يعرض الباحث على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

#### الوحدة والانفصال بين النص الحديثي والدستوري

العلاقة بين النص الحديثي والدستوري لا تخرج عن أحد فرضين: إما أن تكون قائمة على التضاد والاختلاف والانفصال بحيث يمتنع علينا أن نقرب من النص الحديثي وننهل من مادته الثرية وصياغته الرائعة البهية، في وضع وصياغة نصوصاً قانونية لازمة لمتطلبات حياتنا اليومية في ظل تغيرات العصر الحالية والمستقبلية، أم على العكس تماماً يرتبط كل منهما بالآخر إلى الحد الذي يسمح بأقصى استفادة ممكنة من النص الحديثي.

#### أولاً: الوحدة بين النص الحديثي والدستوري

يذهب رأي إلى القول بأنه: وإذا جاز لنا التشبيه، فإن المشرع الوضعي إنما يحاكي في بنائه للنصوص الدستورية بناء متماسكا منسجماً، النص القرآني المعجز، فكأنه أراد للمادة الدستورية أن تشبه - من الوجهة النصية - الآية في القرآن الكريم من حيث استقلالها بنفسها استقلالاً شكلياً وارتباطها وتماسكها مع إختوتها ارتباطاً معنوياً، وأن تمثل كل مادة نصاً مستقلاً ضمن سياق أكبر هو الدستور، كما تمثل كل أية نصاً مستقلاً ضمن سياق أكبر هو السورة القرآنية، وأن يأتي الدستور ضمن سياق أعم هو الدستور، إذ لا بد أن تكون أحكام الدستور منسجمة مع أحكام الدستور، فهو المرجع الذي تقاس به صحة القوانين ودستوريتها، كما ترد السورة القرآنية ضمن سياق أعم هو سياق النص القرآني، وهو المصدر الرئيس الذي تستقى منه أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

(1) تجدر الإشارة إلى أن من المفسرين من أدركوا وجود تماسك بين الآيات والمقاطع والسور في القرآن الكريم ومنهم السيوطي في كتابه "تناسق الدرر في تناسب السور"، المطبوع بعنوان "أسرار ترتيب القرآن"، تحقيق الدكتور عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، 1986م،

ولا اتفق مع الاتجاه والمنطق السابق جملة وتفصيلاً، فمحاكاة النص الدستوري للنص الشرعي بشقبة القرآني والحديثي النبوي هو أمر يجب أن ننأى بأنفسنا من الدخول فيه أو مجرد الاقتراب منه، ذلك أن النص الدستوري هو نص وضعي قابل للتغيير والتبديل ولن يستطيع أن يحاكي أو يباري النص الشرعي فالنص القرآني معجز قال تعالى ﴿فَلْيَأْتُوا بِحَدِيثٍ مِّثْلِهِ إِنْ كَانُوا صَادِقِينَ﴾<sup>(1)</sup>، وقال تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّثْلِهِ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾<sup>(2)</sup>، ولا يقتصر الإعجاز على النص القرآني بل أيضاً النص الحديثي النبوي ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾<sup>(3)</sup>.

وترتيباً على ما سبق لا يسوغ الحديث عن محاكاة للنص الشرعي من قبل النص الدستوري، والحديث يتعين أن ينصب على الاستفادة من دقة وبلاغة وصياغة وأحكام النص الشرعي الحديثي، وما يحويه من مبادئ واستنباطات تصلح أن تكون نصوصاً قانونية، وصولاً إلى استمرار النص الدستوري في التطبيق الدستوري العملي أطول فترة ممكنة من ناحية، ومعالجته الحاسمة لموضوعات قانونية هامة تعاني منها المجتمعات المعاصرة حالياً من ناحية أخرى.

### ثانياً: الانفصال بين النص الحديثي الدستوري

خلافاً للمفترض السابق يمكن القول بوجود انفصال تام بين النص الحديثي والدستوري، هذا الانفصال يجد أساسه ومنطقه في الاختلاف البين والواضح بين مصدر النصين، فالنص الحديثي نص شرعي صادر عن سيد الخلق أجمعين ﷺ) ذو صبغة دينية راسخة، ولا يخضع للتغيير أو التبديل بخلاف نظيره الدستوري الذي هو صناعة بشرية تحتاج دائماً إلى التعديل والتبديل.

←

وصلاح عبد الفتاح الخالدي، المنهج الحركي في ظلال القرآن، دار الشهاب، الجزائر، 1998م، ص156 وما بعدها.

(1) سورة الطور، الآية (34).

(2) سورة الإسراء، الآية (88).

(3) سورة النجم، الآية (3)، (4).

ويضاف إلى ما سبق أن النص الحديثي عالمي الخطاب، فهو لا يقتصر تطبيقه على نطاق إقليمي كما هو النص القانوني، بل انه موجه لعموم المسلمين على وجه الأرض، ولا يخضع لفكرة الزمن فهو ليس نص تاريخي أو مقتبس، بخلاف النص الدستوري الذي قد يكون مقتبساً من نص قانوني آخر، وهو في جميع الأحوال إقليمي داخلي.

ومن مقتضيات المنطق السابق أن يظل النص الحديثي النبوي الشريف محتفظاً بذاتية ونطاق تطبيقه ومناطق توجيهه الدينية منفصلاً عن النص الدستوري الوضعي بعبوبه وقابليته للتعديل والتبديل وما يترتب عليه من اختلافات في التفسير والتأويل.

وفي هذا السياق ينطلق رأي في الفقه إلى القول بأن هناك مواطن للخلاف بين الإسلاميين والقانونيين في مجال الربط بين النص الشرعي (الكتاب والسنة) والنص الدستوري، وتدور هذه المواطن بين رحي ثلاث موضوعات أساسية هي: مرجعية التشريع في الدولة، وضوابط الحريات، والقوانين المخالفة للشريعة؛ فبينما يعتقد المسلمون اعتقاداً جازماً بأن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون مرجعية التشريع الوحيدة في المجتمع، إلا أن القوى الأخرى تأبى ذلك، وهنا يمكن الحديث على فكرة أن السيادة للشعب أي أن الجهة التي لا تعلوها جهة أخرى بحيث يكون لما تراه أو تفرضه من قوانين أو قرارات العلو المطلق على ما عداها، وإن كل ما خالفها أو عارضها موصوف بالبطلان الذي لا نفاذ له، وهذا مخالف لما هو مستقر في عقيدة جميع المسلمين من أن الشريعة لها العلو المطلق على كل القوانين والأنظمة، وقد قال عمر رضي الله عنه في حضور رسول الله صلى الله عليه وسلم: السيد هو الله، فأقره ولم يعترض عليه، وقال الرسول (ﷺ): الإسلام يعلو ولا يعلى<sup>(1)</sup>.

كما أن فكرة الانفصال التام بين النص الحديثي النبوي والنص الدستوري قد يدعمها منطق آخر مستنداً إلى فكرة العقاب، فالعقاب على مخالفة النص الحديثي النبوي الشريف إنما يكون أخروياً، أو مزدوجاً في الدنيا والآخرة، أما النص الدستوري، فالعقاب فيه يتمثل في عدم دستورية أي نص قانوني يصدر بالمخالفة لأحكامه.

(1) محمد بن شاكر الشريف، الدستور والشريعة، مجلة السياسة الشرعية ع306، ص 15 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### التعاون مع السمو

يرى الباحث أن فكرتي الانفصال التام، أو على العكس الاندماج التام بين النص الحديثي والدستوري يجانبهما الصواب من عدة جوانب على النحو الآتي:

1 - المتعمق في دراسة النصوص الدستورية يدرك تمامًا أنها في بدايتها إنما كانت تنسب للدين ورغم أن نسبة الدستور للدين كانت تتم لأسباب غير أخلاقية لحمل الأفراد على الالتزام به، أو لتأليه الحكام ورغبة في إرساء دعائم ملكهم<sup>(1)</sup>.

2 - النص الدستوري ينظم علاقة الفرد بالمؤسسات الحاكمة في إطار تنظيمي سلوكي، كما أن الدين ينظم نفس الموضوع، وهو السلوك، ومن ثم فهناك تلاقي بين النص الدستور المنظم للسلوك والتنظيم الديني له قال تعالى ﴿وَيَوْمَ نَبْعَثُ فِي كُلِّ أُمَّةٍ شَهِيدًا عَلَيْهِمْ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَجِئْنَا بِكَ شَهِيدًا عَلَىٰ هَؤُلَاءِ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾<sup>(2)</sup> وقوله تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ فَيُضِلُّ اللَّهُ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾<sup>(3)</sup>.

فالنص الدستوري كجزء من البناء الدستوري في أي دولة إنما هو مرآة تعكس حضارة مجتمع معين بعنصريها المادي المتمثل في الموارد الطبيعية والخصائص الجغرافية على إقليم معين، والنفسي المتمثل في قدرة الإنسان على تنظيم حياته في المكان الذي يعيش فيه والبيئة المحيط به والمؤسسات الحاكمة له، وهو بمثابة الانعكاس الحقيقي لما يسفر عنه انصهار هذين العنصرين مع بعضهما البعض، ومن ثم لا يمكن إنكار الصلة الوثيقة بين النص الدستوري والعلوم الاجتماعية الأخرى وعلى رأسها الدين<sup>(4)</sup>.

3 - النصوص الشرعية القرآنية والحديثة النبوية إنما أتت لتحافظ على الكليات

(1) د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية، عند تناوله مصادر القانون، دور رجال الدين في نشأة القاعدة القانونية، وأسباب نسبة الدستور للديانة وآثار نشأته الدينية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976م، ص 60 وما بعدها.

(2) سورة النحل الآية 89.

(3) سورة إبراهيم الآية 4.

(4) يراجع للدكتور: صوفي حسن أبو طالب، ذات المرجع السابق.



الخمس: النفس، والعقل، الدين، العرض، المال، قال تعالى ﴿إِنَّ لَكَ أَلَّا تَجُوعَ فِيهَا وَلَا تَعْرَىٰ ❖ وَأَنَّكَ لَا تَظْمَأُ فِيهَا وَلَا تَصْحَىٰ﴾<sup>(1)</sup>، ومما لا شك فيه أن تلك الكليات الخمس لا يمكن لعاقل أن ينكر أهمية وضع إطار تنظيمي قانوني للمحافظة عليها في الدول ذات الديمقراطيات الحديثة، ولو كانت لا تلتزم بأية ديانة رسمية لها.

4 - الشريعة الإسلامية تتميز عن الشرائع السابقة عليها في كونها شريعة عالمية التطبيق فلم تأت لتنظم سلوك جماعة بشرية معينة بل أتت لتنظم سلوك البشرية جميعاً على اختلاف أشكالهم وصورهم وأجناسهم ولغتهم، بل وطبائعهم أيضاً قال تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

وإزاء رفضنا لفكرة الانفصال التام بين النص الحديثي النبوي الشريف والدستوري، فإنه يتعين علينا أن نضع مفهوماً محدداً للعلاقة بينهما تحت مسمى "التعاون مع السمو"، وأعنى بذلك أن العلاقة ليست علاقة منفصلة تماماً بل يوجد تعاون بينهما، ولكن هذا التعاون ليس بين نصين متماثلين في القوة والأحكام والإلزام بل يسمو أحدهما على الآخر.

والنص الذي يسمو بكل تأكيد هو "النص الحديثي النبوي"، ومن ثم يتعين على الفكر الدستوري أن يتعامل مع النص الحديثي النبوي من هذا المنطلق، فالتعاون هنا يتيح للنص الدستوري إمكانية التحسين والابتعاد عن مساوئ ومثالب الصياغة القانونية غير المحكمة. والتعاون كذلك بين النص الحديثي والدستوري يأتي منسجماً مع فكرة أخرى أكثر شمولية تنطلق من عالمية النصوص الشرعية بشقيها القرآني والنبوي ومناسبتها لكل زمان ومكان، بل وصلاحياتها ومرونتها في التطبيق الواقعي المعاصر.

وسمو النص الحديثي النبوي عن النص الدستوري يحقق في رأينا عدة مزايا منها:

- 1 - تعظيم النص الحديثي النبوي وحمايته من العبث به ومحاولة تعديله أو إضافة مفردات تغير من المقصود منه إما عمداً أو سهواً، أو محاولة مخالطته بنصوص وضعية قابلة منطقياً وتاريخياً للتحريف والتعديل والتبديل.
- 2 - تدعيم النص الدستوري بمرجعية شرعية محكمة في الصياغة والموضوع

(1) سورة طه الآيتين 118، 117.

(2) سورة الأنبياء الآية رقم 107.

306 المقارنة بين النصوص الدينية والقانونية رؤية استشرافية للعلاقة بين القواعد الحديثة والدستورية

والقواعد والتكليف، والتحقق من عدم مخالفة النص الدستوري للنص الشرعي القرآني والنص الشرعي الحديثي النبوي في نفس الوقت، فالنص الدستوري هنا يتم استنباطه من نص أقوى وأسمى منه فالأدنى لا ينبغي له أن يخالف الأعلى منه قوة وإلزاما.



## المبحث الثاني

### تأثير النصوص الحديثة في التشريعات الدستورية

تتعدد وتنوع أوجه تأثير النصوص الحديثة في المجال الدستوري - في إطار ما اقترحه الباحث من أهمية لإجراء المقارنة بينهما - بما يعكس الاحتياج الملح للاستفادة من هذه النصوص في مجال الصياغة الدستورية والمبادئ القضائية، وتطبيقاتها العملية:

#### المطلب الأول

### تأثير النص الحديث في التشريعات والمبادئ القضائية الدستورية

تمثل المجالات التشريعية والمبادئ القضائية الدستورية الجانب الأكثر تأثيراً للنصوص الحديثة على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

### الصياغة الدستورية

لا يوجد تعريف للصياغة الدستورية - فيما أعلم - ويمكن استنباطه من آراء الفقه حول الصياغة القانونية بصفة عامة على النحو الآتي:

(1) أداة يتم من خلالها نقل الفكر الدستوري من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي، فهي إذن أداة من أدوات التعبير عن فكرة كامنة للتحويل من عالم الممكن الداخلي إلى الحيز الخارجي لتصبح حقيقة اجتماعية يتم التعامل معها<sup>(1)</sup>، أو "مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة الدستورية إلى الوجود العملي إخراجاً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها"<sup>(2)</sup>.

(2) عملية تحويل القيم التي تكون مادة الدستور إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في الواقع العملي"<sup>(3)</sup>.

(1) د. أحمد شرف الدين: أصول الصياغة الدستورية للعقود، بدون ناشر، القاهرة، 1993م، ص 14.

(2) عليوة مصطفى فتح الباب: أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات، مرجع سابق، مجلد الثاني، ص 929

(3) على موسى: العملية التشريعية في الدول العربية، الخبرات المقارنة والدروس المستفادة، دراسة منشورة ضمن أوراق الندوة البرلمانية العربية، نحو تطوير الصياغة التشريعية للبرلمانات العربية،

(3) الثوب الذي يرتديه التشريع، فإذا كان جوهر التشريع يعني مضمون القاعدة القانونية، فإن هذا المضمون لا يمكن أن يتوافر من دون تحقق شكل التشريع، وإذا كان الجوهر يهدف إلى إدراك الغاية من التشريع، فإن الشكل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية، والشكل يتحقق عن طريق الصياغة الدستورية؛ فبعد أن يجمع المنظم المواد الخام (معطيات السياسة التشريعية والأهداف المرسومة للتشريع) يتم وضعها في قوالب أو نماذج تشريعية، أي تحويلها إلى نصوص قانونية للفهم والتطبيق<sup>(1)</sup>.

(4) قسم الفقيه الفرنسي "فرانسوا جيني" القاعدة الدستورية إلى شطرين: جوهر، وصياغة، وقصد بالجوهر المادة الأولية التي تصاغ منها القاعدة الدستورية وهي حقائق الحياة الاجتماعية، وأطلق على هذه المادة الأولية اصطلاح (العلم)، أما الصياغة أو الفن فهي صب هذا الجوهر في قوالب تشريعية تصلح للتطبيق في الواقع العملي<sup>(2)</sup>.  
ولكن صياغة التشريعات ليست مجرد إفراغ للنصوص في قوالب شكلية، بل هي أولاً وقبل كل شيء فكر قانوني يرد النصوص إلى ضوابطها الدستورية ملتزماً بالأصول المنطقية للصياغة القانونية، ولذلك لا بد من التحقق عند صياغة النص الدستوري من اتفاق نصه مع نصوص الدستور الأخرى، وذلك لتحقيق التجانس بين القوانين المختلفة والتناسق والترابط بين النصوص<sup>(3)</sup>.

وفي رأينا أن الصياغة الدستورية هي: فن الربط بين الأفكار الدستورية والتراكيب والصياغات اللغوية في صورة واقعية قابلة للتطبيق العملي.

ونهدف من التعريف السابق إلى التركيز على أن الصياغة الدستورية ليست علمًا

←

مجلس النواب اللبناني، ص 4: 6 من فبراير 2006م، ص 66.

(1) د. على موسى: العملية التشريعية في الدول العربية، مرجع سابق، ص 66، د. على الصاوي: الصياغة التشريعية للحكم الجيد، إطار مقترح للدول العربية، دراسة منشورة ضمن أوراق الندوة البرلمانية العربية، نحو تطوير الصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، مرجع سابق، ص 37

(2) يراجع مؤلفه "العلم والصياغة في الدستور الخاص" الذي نشر في باريس في أربعة أجزاء (1914: 1424م)، مشار إليه في

(3) د. حسن الليدي، نحو صياغة قانونية محكمة، دراسة منشورة ضمن أوراق مؤتمر القضاء ومتغيرات العصر، نادي القضاة، القاهرة، 1999م، ص 740

مستقلاً بذاته بل هي إحدى أدوات الفن الدستوري اللازمة لفهم النص الدستوري وتحويل ما به من أفكار وقواعد إلى مجال التطبيق الدستوري العملي، وهي بلا شك فن لاعتماده على الإبداع في استخراج الأفكار الدستورية في أسلوب سهل ومباشر ودقيق صالح للتطبيق على وقائع متماثلة وأشخاص مختلفة ووقائع متعددة.

وتجدر الإشارة إلى أن الصياغة الدستورية الآن تعاني معاناة شديدة خاصة في المملكة العربية السعودية، رغم أن المعين الذي لديها من كتاب وسنة ومؤلفات فقهية كثيرة كفيلاً بتحسين هذه الصياغة والوصول بها إلى القمة.

وهنا يتعين على المشرعين الدستوريين الاستفادة من أحكام وصياغة ودقة معاني النصوص الحديثة في صياغة النصوص الدستورية وبحيث تأتي الصياغة الدستورية موجزة دقيقة وواضحة في الدلالة على المقصود من ورائها من أحكام، لتبتعد بالنص الدستوري خارج إطار الغموض والإبهام.

ولكن ما هي الضوابط الاستفادة من النصوص الحديثة في مجال الصياغة القانونية الدستورية؟

يمكن الاستفادة من النصوص الحديثة في مجال الصياغة الدستورية من خلال الالتزام بالضوابط الآتية:

(أ) التعبير عن القواعد المعيارية بشكل توجيهي مباشر، بدلاً من الشكل السردى أو الإنشائي.

(ب) التأكد من أن لكل نص هدفاً موحداً.

(ج) الإيجاز: حيث إن النص الدستوري ينظم حالة أو ظاهرة تنظيمًا دقيقًا بكلمات محددة، لذا يجب أن يقدم المعنى بأقل الألفاظ، لأن الإطالة تفتح باب التفسيرات المتعارضة، كما أن الدستور يتعين أن يحوي الكليات العامة دون التفاصيل الدقيقة التي يتعين تركها للقوانين العادية واللوائح.

(د) العرض المحكم: ويكون بالتبويب السليم وجمع النصوص وربط أجزائها وكشف غاياتها.

(هـ) الثبات والاتساق في استعمال المصطلحات، بمعنى استخدام المصطلح نفسه للتعبير عن الحالة نفسها، واستخدام مصطلح مغاير لحالة مغايرة، مع تجنب المصطلحات

المبهمة وغير الواضحة.<sup>(1)</sup>

وترجع أهمية الاستفادة من النصوص الحديثة في صياغة النصوص الدستورية إلى كونها تساهم بشكل كبير في حل إشكالية نقل واقتباس وترجمة النصوص الدستورية من أصولها الغربية؛ إذ يواجه المترجم الدستوري دائماً مصطلحات ونظماً قانونية لا تتفق تماماً في المعنى والمضمون مع مثيلاتها في الفقه الإسلامي، باعتبارها مصطلحات ونظماً قانونية غير معروفة في هذا الفقه.<sup>(2)</sup>

ومن ثم فإن الاعتماد على النص الحديثي المحكم في مجال الصياغة القانونية قد يجعل المشرع الدستوري العربي الإسلامي متميزاً عن غيره من المشرعين حول العالم؛ إذ لديه كنز لغوي واصطلاحي رائع لصياغة قواعد ومبادئ دستورية لا مثل لها حول العالم.

## الفرع الثاني المبادئ القضائية

تتعدد وتتوزع المبادئ القضائية التي تؤسس أساساً على النص الحديثي ومنها ما يلي:  
أولاً: المشروعية الدستورية

المشروعية تعني: مساواة الكافة حكماً ومحكومين أمام القانون، وهذه الفكرة مستوحاة من النصوص الحديثة وتمثل تطبيقاً عملياً للإفادة من النص الحديثي، قال (ﷺ) "إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها."<sup>(3)</sup> وقال (ﷺ) "يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى"<sup>(4)</sup>.

(1) د. علي الصاوي: الصياغة التشريعية للحكم الجيد، إطار مقترح للدول العربية، مرجع سابق، ص 39: 40.

(2) د. عز الدين عبد الله: لغة القانون مصر، دراسة منشورة بمجلة مجمع اللغة العربية، ع 53، فبراير 1984م، ص 112: 113.

(3) يراجع صحيح مسلم بشرح النووي، ج 11، ص 186.

(4) مسند الإمام: أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، دار إحياء التراث العربي، سنة النشر: 1414هـ / 1993م

ولقد عبرت النصوص الدستورية في العديد من الدول العربية والغربية على مبدأ المساواة أمام الدستور كأحد مظاهر تطبيق مبدأ المشروعية، لذا نحيل إلى تلك النصوص منعا للتكرار<sup>(1)</sup>

### ثانياً: قرينة البراءة

عن عائشة رضي الله عنها أن النبي (ﷺ) قال "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير أن يخطئ في العقوبة"<sup>(2)</sup>.

وهذا النص الحديثي يعد وبحق من المبادئ القضائية الدستورية المعمول بها حالياً - تحت مسمى قرينة البراءة، ومؤداها أن الأصل في الإنسان أنه بريء حتى تثبت إدانته. ويمكن استخلاص هذه القرينة من النص الحديثي السابق تأسيساً على أن درء الحدود بالشبهات يعني أن الأصل في الإنسان أنه بريء ومن ثم فإن أي شبهة حول ارتكابه للفعل المستحق للحد تنفي عنه التهمة، وتعود به للأصل ألا وهو البراءة، كما ان النص السابق يمكن أن يفهم منه أن العقوبة لا يمكن إيقاعها بالمتهم إلا إذا كانت التهمة ثابتة في حقه يقيناً، وهو ما يعرف "بمبدأ اليقين"، فالقاضي لا يقضي بعقوبة ما إلا إذا كان لديه من الدلائل والشواهد التي تجعله يتيقن من ارتكاب المتهم للفعل الإجرامي، ومن ثم يستحق العقوبة المقررة على هذا الفعل.

ومن النصوص الدستورية التي استفادت من هذا النص الحديثي نص م/96 من الدستور المصري الحالي فيما قرره من أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وينظم القانون استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات. وتوفر الدولة الحماية للمجني عليهم والشهود والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون".

(1) يتحدث الباحث عن التطبيقات العملية لمبدأ المساواة أمام الدستور في النصوص العربية والغربية في الفرع الثاني من هذا المبحث.

(2) رواه الترمذي (1424هـ)، والدارقطني 3/84، والحاكم 4/384، والبيهقي 8/238.

## المطلب الثاني

### التطبيقات العملية في التشريعات الدستورية العربية والغربية

لا يقتصر تأثير النص الحديثي في النص الدستوري على مجال الصياغة والمبادئ القضائية فقط؛ بل تعدى هذا النطاق ليصل إلى النصوص القانونية الدستورية التي تم صياغتها بالفعل مُستنبطاً من هذا النص الحديثي عربياً ودولياً على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

#### النصوص الدستورية العربية

تضمنت العديد من النصوص الدستورية العربية نصوصاً يمكن القول وبحق أنها مستوحاة من النصوص الحديثة للدلالة على وجود نقاط للتلاقي بين النصين ودعمًا لدعم أواصر التعاون بينهما في المستقبل لمصلحة النصوص القانونية بصفة عامة والدستورية بصفة خاصة.

#### أولاً: قواعد المسؤولية

قال (ﷺ) "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"<sup>(1)</sup>، استندت العديد من النصوص الدستورية العربية لهذا النص الحديثي نذكر منها: نص م/139 من الدستور المصري الحالي 2014م "رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة، ورئيس السلطة التنفيذية، يرضى مصالح الشعب ويحافظ على استقلال الوطن ووحدة أراضيه وسلامتها، ويلتزم بأحكام الدستور ويباشر اختصاصاته على النحو المبين به"<sup>(2)</sup>.

وكذلك نص المادة العاشرة من النظام الأساسي للحكم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/90 وتاريخ 1412/8/27هـ فيما قررته من "تحرص الدولة على توثيق أواصر الأسرة، والحفاظ على قيمتها العربية والإسلامية، ورعاية جميع أفرادها، وتوفير الظروف

(1) أخرجه البخاري من حديث موسى بن عقبة بن نافع عن ابن عمر، يراجع. محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي أبو عبد الله بن أبي نصر (المتوفى: 488هـ)، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، تحقيق: د. علي حسين البواب، ج2، حديث 1247، دار ابن حزم - لبنان/ بيروت، الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2002م، ص141.

(2) نشر بالجريدة الرسمية في 9 يناير 2014م.



المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم"، وكذلك ما قرره المادة السابعة والثلاثون من النظام الأساسي للحكم من أنه " توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها، ولا يجوز تقييد تصرفات أحد، أو توقيفه، أو حبسه، إلا بموجب أحكام النظام"<sup>(1)</sup>.

كما أوضحت المادة الخامسة والخمسين من النظام الأساسي للحكم في المملكة مسؤولية الملكة في رعاية مصالح البلاد وحمايتها والدفاع عنها مقررًا أنه " يقوم الملك بسياسة الأمة سياسة شرعية طبقاً لأحكام الإسلام، ويشرف على تطبيق الشريعة الإسلامية، والأنظمة، والسياسة العامة للدولة، وحماية البلاد والدفاع عنها".

وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية والستين من النظام الأساسي للحكم في المملكة حدد مسؤولية الملك في حالة حدوث خطر يهدد سلامة الدولة مقررًا أنه " للملك إذا نشأ خطر يهدد سلامة المملكة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها، أن يتخذ من الإجراءات السريعة ما يكفل مواجهة هذا الخطر. وإذا رأى الملك أن يكون لهذه الإجراءات صفة الاستمرار فيتخذ بشأنها ما يلزم نظاماً".

ولقد ذهب نص م/26 من الدستور الجزائري إلى معنى قريب مقررًا أن "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات". ونص م/79 من نفس الدستور والتي قررت أنه " تحت طائلة المتابعات، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آباءهم ومساعدتهم " م/80" يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة، ومصالح المجموعة الوطنية، ويحترم ملكية الغير"<sup>(2)</sup>.

ثانياً: المساواة أمام الشرع والنظام<sup>(3)</sup> (القانون)

تلك قاعدة أرسنها النصوص الحديثة التي ذكرها النبي (ﷺ) حيث قال " إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وآيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"<sup>(4)</sup>، وقال (ﷺ) " يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على

(1) نشر بجريدة أم القرى بالعدد الصادر في 1412/8/27هـ.

(2) <https://www.constituteproject.org/?lang>

(3) يستخدم مصطلح النظام في المملكة العربية السعودية كبديل عن مصطلح القانون

(4) يراجع صحيح مسلم بشرح النووي، ج11، ص186.

عربي ولا لأحمر على أسود ولا أحمر إلا بالتقوى»<sup>(1)</sup>.

وهذا المبدأ المستنبط من النصوص الحديثة السابقة نجده مطبقاً في العديد من النصوص الدستورية نذكر منها:

- نص المادة / 53 من الدستور المصري الحالي 2014م على أن "المواطنون لدى الدستور سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي، أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر. التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم الدستور إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض."

- م/32 من الدستور الجزائري: كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط، أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي."

#### ثالثاً: حقوق وحريات المسلم

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ﷺ) قَالَ «لَا تَحَاسِدُوا، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا تَبَاغَضُوا، وَلَا تَدَابَرُوا، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يُجْذَلُ، وَلَا يَحْقِرُهُ التَّقْوَى هَاهُنَا» وَيُشِيرُ إِلَى صَدْرِهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ «يَحْسِبُ أَمْرِي مِنَ الشَّرِّ أَنْ يَحْقِرَ أَحَاهُ الْمُسْلِمَ، كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعِرْضُهُ»<sup>(2)</sup>.

ولقد أخذت العديد من النصوص الدستورية عن هذا النص نذكر منها ما يلي:

- م/46 من الدستور الجزائري "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها. لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية، ويعاقب الدستور على انتهاك هذا الحكم.....".

(1) مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، دار إحياء التراث العربي، ح 24536، سنة النشر: 1414هـ / 1993م، ح، 24536.

(2) الإمام مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج4، ح 2564، ص 1986.

### رابعاً: حرمة المسكن

عن أبي هريرة عن النبي (ﷺ) أنه قال: من اطلع في بيت قوم بغير إذنه ففقؤوا عينه فلا دية له<sup>(1)</sup>، عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ﷺ): (الاستئذان ثلاث، فإن أُذن لك وإلا فارجع)<sup>(2)</sup>.

ويستفاد من النصين الحديثين السابقين أن النبي (ﷺ) أرسى مبدأ عام وهو حرمة المسكن للإنسان، فلا يكشف أحد ستر هذا المسكن إلا لضرورة.

ولقد استفادت النصوص الدستورية العربية من هذين النصين الحديثين نذكر منها: نص م/ 58 من الدستور المصري الحالي 2014م فيما قررته من أنه " للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر، أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على الأمر الصادر في هذا الشأن".

وفي نفس المعنى نصت المادة السابعة والثلاثون من النظام الأساسي للحكم بالمملكة العربية السعودية على أنه " للمساكن حرمتها، ولا يجوز دخولها بغير إذن صاحبها، ولا تفتيشها، إلا في الحالات التي يبينها النظام".

، وهذا ما أكدت عليه م/47 من الدستور الجزائري مقررته أنه " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن".

## الفرع الثاني

### النصوص الدستورية الأجنبية

استقت النصوص الدستورية من معين النصوص الحديثة عددا من النصوص والمبادئ القانونية منها:

#### أولاً: المساواة أمام القانون

ذكرنا أن النصوص الحديثة الشريفة أكدت على المساواة بين الناس كافة في الخضوع

(1) البخاري، طبعة الشعب، المجلد الثالث، كتاب الدييات، الجزء الرابع، ص13، لأبي عبد الله محمد إسماعيل البخاري.

(2) صحيح مسلم، مرجع سابق، حديث 5153.

لكافة التكاليف الشرعية، فلا تمييز بسبب الجنس أو الجاه، أو العرق بين الناس. ولقد استنبطت بعض النصوص الغربية من النصوص الحديثة سابق الإشارة إليها بعض النصوص الدستورية نذكر منها ما يلي:

- نص م/10 من الدستور الفرنسي<sup>(1)</sup> فيما قرره من أن فرنسا لا تعترف بالتمييز بسبب العرق أو الدين، وأنها تحترم كل الديانات "، ونص م/1 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في 26 أغسطس 1789م على أنه " يولد الناس ويظلون أحرارًا ومتساوين في الحقوق ويمكن أن تستند الفروق الاجتماعية فقط إلى اعتبارات الصالح العام"، نص م/15 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي " للمجتمع الحق في أن يطلب محاسبة الموظف العمومي على إدارته".

- نص م/1/3 من الدستور الألماني " جميع الأشخاص متساوون أمام القانون".<sup>(2)</sup>  
- نص م/3/3 من الدستور الألماني " لا يجوز تفضيل أو استهجان أي شخص على أساس الجنس أو النسب أو العرق أو اللغة أو الموطن أو الأصل أو المعتقد أو الدين أو الأفكار الدينية أو السياسية، كما لا يجوز استهجان أي شخص بسبب عجزه".

- نصت م/1/33 من الدستور الألماني على أهمية المساواة في المواطنة؛ مقررًا أنه "يتمتع الألمان في كل الولايات بنفس الحقوق والواجبات السياسية".

- نصت م/1 من الدستور الهولندي على أنه " تتم معاملة جميع الأشخاص في هولندا على قدم المساواة في ظروف متساوية لا يجوز على الإطلاق التمييز على أساس الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو العرق أو الجنس أو على أساس آخر".<sup>(3)</sup>

- نصت م/3 من الدستور الإيطالي " لكل المواطنين نفس القدر من الكرامة الاجتماعية وهم سواء أمام الدستور دون تمييز في الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الآراء السياسية أو الأوضاع الشخصية والاجتماعية.."<sup>(4)</sup>.

(1) La France est une république sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion, elle respecte toutes les croyances. »

(2) <https://www.constituteproject.org/?lang>

(3) المرجع السابق

(4) المرجع السابق.

- نص م/19/1 من الدستور الروسي<sup>(1)</sup> فيما قررته من أن " جميع الأشخاص متساوون أمام الدستور والمحاكم"، وكذلك نص م/2/19 من الدستور الروسي التي قررت أنه " تكفل الدولة المساواة في الحريات والحقوق الإنسانية والمدنية، بغض النظر عن الجنس أو العرق، أو الجنسية، أو اللغة، أو الأصل، أو الصفة الرسمية، أو المادية، أو مكان الإقامة، أو الموقف الديني، أو القناعات، أو العضوية ف الجمعيات العامة، أو أي ظروف أخرى، جميع أشكال القيود المفروضة على الحقوق الإنسانية على أساس اجتماعي، أو عرقي، أو قومي، أو لغوي، أو ديني محظورة.

#### ثانياً: النصوص المتعلقة بضوابط الحرية الفردية

عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ - أَوْ قَالَ: لِجَارِهِ - مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ "<sup>(2)</sup>، ومن النصوص الدستورية المستنبطة من هذا النص الحديثي نذكر ما يلي:

- نصت م/4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي على أنه "تضمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يضر بالغير، ولذلك فإن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس لها حدود إلا تلك التي تكفل للأعضاء الآخرين في المجتمع التمتع بذات الحقوق، ولا يجوز تحديد هذه الحدود إلا بموجب الدستور".

#### ثالثاً: حرمة المسكن

لقد استنبطت الدساتير الأوروبية من النصوص الحديثة الخاصة بحرمة المسكن - السابق ذكرها - عدة نصوص منها: نص م/1/13 من الدستور الألماني على أنه " حرمة المسكن غير قابلة للمساس بها"، ونص م/2/13 من نفس الدستور مقررته أنه " لا يجوز تفتيش المسكن إلا بأمر من القاضي، أو بأمر من هيئات أخرى منصوص عليها في القوانين عند وقت الضرورة، وبحيث لا تجري عملية التفتيش إلا على النحو المنصوص عليه في هذه القوانين".

كما أكد الدستور الهولندي على حرمة المسكن الخاص في عدة نصوص قانونية دستورية؛ إذ قرر في م/1/12 منه أنه " لا يجوز الدخول إلى منزل ضد إرادة ساكنة إلا في

(1) المرجع السابق.

(2) صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مرجع سابق، ج1، ح45، ص67.

الحالات المحددة بالقانون، أو بموجب قوانين صادرة عن البرلمان، ومن قبل الأشخاص المخصصين لهذا الغرض أو عملاً بقانون صادر عن البرلمان"، نص م/11 من الدستور الهولندي " لكل فرد الحق في حرمة شخصه، دون المساس بالقيود الموضوعية أو القوانين التي يضعها البرلمان"، وكذلك ما قررت نص م/1/12 من نفس الدستور من أنه " لا يجوز الدخول إلى منزل ضد إرادة ساكنة إلا في الحالات المحددة بالقانون، أو بموجب قوانين صادرة عن البرلمان، ومن قبل الأشخاص المخصصين لهذا الغرض أو عملاً بقانون صادر عن البرلمان".

وفي نفس المعنى نصت م/14 من الدستور الإيطالي على أنه " للمسكن حرمة. للمسكن الشخصي حرمة لا تنتهك. لا يسمح بإجراء التحري أو التفتيش أو الحجز إلا وفقاً للحالات والطرق التي تتفق مع إجراءات حماية الحرية الشخصية".

وكذلك ما قرره الدستور الروسي في م/25 من أنه "لا يجوز انتهاك حرمة المنزل، ولا يحق لأحد الدخول إلى مسكن من دون موافقة من يقيمون فيه، إلا في الحالات التي تنص عليها القوانين الاتحادية، أو بموجب أمر من المحكمة".

وفي نطاق حرمة المسكن أيضاً نص التعديل الثالث من الدستور الأميركي على أنه "لا يجوز لأي جندي في وقت السلم أن يقيم في أي منزل دون رضا المالك، كما لا يجوز له ذلك في وقت الحرب إلا بالكيفية التي يحددها القانون".

ويتضح من النصوص الدستورية السابقة أنها استنبطت من النص الحديثي النبوي فكرة هامة وهي حرمة مسكن الإنسان وحياته الخاصة، وهذه الحرمة هي حق من حقوق الإنسان لا يجوز الاعتداء عليه أو المساس به إلا بضوابط قانونية ولضرورة معينة.

#### رابعاً: كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته

ذكرنا النص الحديثي النبوي الشريف<sup>(1)</sup> الذي يحمل مسؤولية كل شخص عن حماية ورعاية من هو تحت ولايته، ولقد تلقفت النصوص الدستورية الأوروبية هذا النص وضمنته بداخل دساتيرها.

ولقد طبقت هذه الدساتير النص الحديثي السابق من خلال ثلاث موضوعات رئيسية: إحداهما رعاية الأطفال وتربيتهم من قبل الأبوين وهذا ما نصت عليه م/2/6 من الدستور

(1) يراجع النص الحديثي، فقرة (أ) من النصوص الدستورية العربية.

الألماني مقرر أن "رعاية الأطفال وتربيتهم حق طبيعي للأبوين، وواجب يقع في المقام الأول على عاتقهما، وتعنى الدولة بمراقبة قيامهما بذلك"، ونص م/ 30 من الدستور الإيطالي فيما قررت أنه " من واجب الوالدين ومن حقهم إعالة أطفالهم وتربيتهم وتعليمهم. وإن ولدوا خارج رباط الزواج"، ونص م/ 2/38 من الدستور الروسي فيما قررت أنه " رعاية الأطفال وتربيتهم من حق الوالدين وواجبهما على قدم المساواة".

والآخر: يتمثل في واجب الأبناء في رعاية آبائهم، ومن هذه النصوص، نذكر وما قررت م/3/38 من الدستور الروسي مقرر أنه " ينبغي أن يهتم الأطفال الأصحاء الذين تجاوزوا الثامنة عشر من عمرهم برعاية آبائهم وأمهاتهم إذا كانوا من ذوي الاحتياجات الخاصة.

والثالث: يتمثل في مسؤولية الموظف العام عن أعمال وظيفته، ومن هذه النصوص نذكر نص م/34 من الدستور الألماني على ضرورة تحمل المسؤولية عند الإخلال بواجبات الوظيفة العامة؛ إذ قررت أنه " إذا أخل أحد الأشخاص أثناء ممارسته الوظيفة العامة المعهودة إليه، بواجبات عمله الملزم بها تجاه طرف ثالث، تقع المسؤولية مبدئياً على الدولة أو على الجهة العامة التي يعمل فيها الشخص...".

### النتائج والتوصيات

استخلص الباحث من البحث عدد من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

#### أولاً: النتائج

- 1 - النصوص بصفة عامة ينبغي أن تكون ذات طابع مزدوج شكلي حرفي من جانب وموضوعي يبين المقصود والهدف من وراءها بشكل مباشر أو غير مباشر من جانب آخر.
- 2 - السنة النبوية الشريفة هي مجال خصب يمكن الاستفادة منه في المجال القانوني بصفة عامة والدستوري بصفة خاصة.
- 3 - النص الدستوري لا يقصد به القاعدة الدستوري؛ فالنص الدستوري يتعين النظر إليه باعتباره مجموعة من المصطلحات والتراكيب اللغوية الدستورية التي تشكل في مجموعها الوعاء الدستوري العام للقواعد الدستورية.
- 4 - فكرة الإفادة من النصوص الحديثة كنصوص دينية شرعية في المجال الدستوري فكرة مستحدثة وقد تلاقي معارضة شديدة، ولكن هذه المعارضة قد لا تجد سنداً لها عندما نجد آلية منطقية لضبط النص الدستوري ونضعه في مكانة الصحيح.

5 - العلاقة بين النص الحديثي والدستوري علاقة تعاون وليست انفصال أو وحدة تامة مع الاعتراف بسمو وعلو للنص الحديثي على الدستور، ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها: أن الاستفادة من النص الحديثي في المجال الدستوري يتعين أن يتم في إطار تعظيم النص الحديثي كنص ديني له قدسيته وإجلاله، ويتم بعيداً عن النصوص الحديثة العقائدية، وألا يترتب على ذلك مخالفة الأحكام الشرعية.

6 - أهم مجالات الاستفادة من النصوص الحديثة في المجال الدستوري: صياغة النصوص الدستورية.

7 - توجد العديد من النصوص الدستورية والقضائية العربية والغربية التي تعد تطبيقاً عملياً للعلاقة التعاونية بين كل من النص الحديثي والدستوري.

#### ثانياً: التوصيات

1 - أوصي المحامين والقضاة والفقهاء الدستوريين بضرورة الاهتمام بالنصوص الحديثة لتعظيم الاستفادة منها في المجال القانوني بصفة عامة والدستوري بصفة خاصة.

2 - أوصي الباحثين في المجال الدستوري بمواصلة البحث في هذا الموضوع وصولاً إلى نتائج وتوصيات أخرى جديدة.

3 - أوصي وزراء التعليم العرب بصفة عامة ووزير التعليم السعودي بصفة خاصة بضرورة تدريس مقرر خاص بالنصوص الحديثة ودلالاتها التشريعية لمواجهة ضعف صياغة النصوص القانونية، والأحكام القضائية في بعض الأحيان من ناحية وعدم قدرة هذه النصوص لمواجهة وحسم المشكلات الدستورية الواقعية في حالات أخرى.



## المراجع

### القرآن الكريم

أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافري وهو عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: 213هـ): السيرة النبوية، تحقيق: مصطفى السقا وإبراهيم الإبياري وعبد الحفيظ الشلبي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية، 1375هـ - 1955 م.

أبو جعفر بن جرير الطبري: تاريخ الرسل والملوك، طبعة دار المعارف، القاهرة، مصر 1962م.

أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (المتوفى: 458هـ): السنن الكبرى، طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد الهند، أولى، 1344هـ، معرفة السنن والآثار، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) الطبعة: الأولى، 1412هـ - 1991م.

أبو عبد الله محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، صحيح الترمذي، طبعة 1292هـ. "أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، ح 24536، سنة النشر: 1414هـ / 1993م.

أحمد شرف الدين: أصول الصياغة الدستورية للعقود، بدون ناشر، القاهرة، 1993م. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م.

السيوطي "تناسق الدرر في تناسب السور"، المطبوع بعنوان "أسرار ترتيب القرآن"، تحقيق الدكتور عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، 1986م.

بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، 1422هـ / 2001م. سعيد أحمد بيومي، تقديم المستشار محمد أمين المهدي، لغة الدستور في ضوء علم لغة النص دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية، ط1، المحلة الكبرى، مصر 2010م.

شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (المشهور بالقرافي):

الفروق، طبعة دار إحياء الكتب العربية، طبعة أولى 1346هـ.  
صلاح عبد الفتاح الخالدي، المنهج الحركي في ظلال القرآن، دار الشهاب، الجزائر، 1998م.

صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976م.

طارق البشري: في المسألة الإسلامية المعاصرة، الملامح العامة للفكر السياسي الإسلامي في التاريخ المعاصر، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 1417هـ/1996م.  
عز الدين عبد الله: لغة القانون في مصر، دراسة منشورة بمجلة مجمع اللغة العربية، ع53، فبراير 1984م.

عليوه مصطفى فتح الباب: أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات، مكتبة كوميت القاهرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 2007م.

محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري)، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير الطبعة الثالثة، اليمامة - بيروت، لبنان، 1407 - 1987م.

محمد بن عمر بن الحسن الرازي، توفي 606هـ، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1400هـ.

محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي أبو عبد الله بن أبي نصر (المتوفى: 488هـ)، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، تحقيق: د. علي حسين البواب، دار ابن حزم - لبنان/ بيروت، الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2002م.

محمد كرد علي: الإدارة الإسلامية في عز العرب، طبعة مطبعة مصر، القاهرة، 1934م.

يحي الدين يوسف بن عبد الرحمن الجوزي، الإيضاح لقوانين الاصطلاح، تحقيق محمود بن محمد السيد دغيم، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط أولى، 1995م.

#### ثانيا: الدوريات العلمية العربية

حسن الليدي، نحو صياغة قانونية محكمة، دراسة منشورة ضمن أوراق مؤتمر القضاء ومتغيرات العصر، نادي القضاة، القاهرة، 1999م.

محمد بن شاكر الشريف، الدستور والشريعة، مجلة السياسة الشرعية ع306.

على الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، إطار مقترح للدول العربية، الندوة البرلمانية العربية، نحو تطوير الصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، مجلس النواب اللبناني، من 4: 6 فبراير 2006م.

على موسى: العملية التشريعية في الدول العربية، الخبرات المقارنة والدروس المستفادة، دراسة منشورة ضمن أوراق الندوة البرلمانية العربية، نحو تطوير الصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، مجلس النواب اللبناني، من فبراير 2006م.

#### ARABIC ROMANIZATION

Abū Mohamed Abd El - malek Ibn Hesham Almafereī "Al - Sera Alnabawya" (In Arabic): Taqīq ;Mosḍafa Asaqa & Ebraheem Al - Ebyarī wa akharūm, Sherkat maktabat wamaḍbaat albab alhalabī wa awladh, Missr,ḍabat tania , 1375h - 1955.

Abū Gafer Al - Dābarī" Tarekh Al - Rosl & Al - Molūk" (In Arabic). Ḍabat Dār Al - Maref, Al - kaḥerā, 1962

Abū Bākr Ahmād ibn Al - Hossīm ibn Alī Al - Báeḥakī " Al - Sonán Al - Kobra " (In Arabic) Ḍabat Magles Daerat Al - maref alnezamea Hedat Abad Alhend, "Máhrefāt Al - sonan & Al - Athár": Taḥqīk Abd Elmoḍī Amīn, Gāmat Al - derassat Al - Islamia ,Bákstan. 1412H, 1991.

Abū Abdálāh ibn Esá Al - Termezī "Sahīh Al - Termezī" (In Arabic) Ḍabat 1292H

Ahmmmed Ibn Mohamed ib Hānbál" Al - mosnád" (In Arabic), Dār Ehea Al - turath Al - Arabī, 1414H, 1993.

Ahmád Sharaf Aldīn"ūsul Al - sīakha Al - dūstoria lelūqūd" (In Arabic), Al - Qahara, 1993.

Ahmád Fāthī Sorūr "Al - Hemāya Al - Dostoria lel hoqūq & horeat" (In Arabic), Dar Al - Shorūk Alqaḥera , tabaa ola, 1999.

Al - sīūḍī" Tanasūk Aldor fī tánásob alsūár" "Asrar Tártīb Alqorān" (In Arabic), Taḥqīq Abdelqáder Aḍá , Dár alkotob alelmia, 1986.

Ibn Rágáb Alhānbály" Gamea Alolūm walhom" (In Arabic), Mūássat alresála, 1422H, 2001

Sáed Ahmád Báýomī "Lokhat Aldostūr fī Ḍoa lokhát Alnáṣ Derásat fī altá, asok Alnáṣī" (In Arabic), Dár Alkotob Alqánonia, Másr, 2010

Sheḥáb Aldīn Alkeráfī" Alphrūq" (In Arabic), Dar ehya Akotob Alarábya, 1436H

Şáláh Alkháldī "Almánhag Alhárakī fī zelal Alqorān" (In Arabic) ,Dár Sheḥáb, Algazaer, 1998

Şofī Abū ṭáleb" Tárek Alnozom Alqánonia" (In Arabic) Dár alnáḥḍá Alarabia, Másr, 1976

Ṭáreq Albeshrī" Fī Almasalat Aleslámiat Almoasráh almálameh alamá lelfekr Aleslámi Fī Altárek Aloaşer" (In Arabic), Dar Alshorūq, Másr, 1996.

Ez Aldīn Abd ALLAh" Lokhat Alqánūn Fī Másre" (In Arabic) Magmah alokhat alarábia , issue 53, Febráer 1984.

Eláwá Mošťafá Fáteh Elbáb”ūšūl Sán wa ũeahát watáfsīr Altashrīhát”(In Arabic)Maktabat Alkomīt Alkáherá,2007.

Mohámád In Esmáel Albokharī”Šaheh Albokharī”(In Arabic),Tahqīq Mošťafá Albákhá,Dár Ibn KáThīr,Baurūt,lebnán,1407H/1987.

Mohámád Ibn Alhasán Alrázī” Almáħšūl Fī Elm Alūšūl” (In Arabic),Tahqīq Ṭáħá Alolwánī,Gamaat Mohammad ibn soad aleslámiá,Alread,1400H

Mohámád Ibn Fatūh Alázedī”Algame ben Alšaheaen “(In Arabic),Táhqīq: Ali Hossen Albáwáb,Dár Ibn Hazm,Lebnán,Baurūt,2002.

Mohámád Kaywrđ ALI”Aledára Aleslámiá Fī ez Alaráb ” (In Arabic),Mađbát Mášr,Alqáherá,1934.

Yehea Aldīn Algawzī”Aledāh leqwánīn Aleštelāh”(In Arabic),Thqīq: Máhmūd Dekhīm,Máktabat Madbūlī, Alqáherá,1995

Hásán Allūbedī”Nahū Šeakha Qánūnia Moháqama”Derásat Demn Mūtamár Alqađaa wa motákherát Alašr,Nádī Alqūdat ,Alqáherá,1999.

Moháméd Ibn Alsheref “Aldostūr walsháre”(In Arabic),Megálát Alesasá Alshárea,issue306.

Alī Alšawī”Alšīákhá Altashrīaia Lelhokm Algaed”(In Arabic),Eťār Moqtárah leldūl Alarabeá,Alnadwa Alarabiá Albárlamánia Nahowa Taťwīr Alšeakha Altáshrea lelbárlámānāt Alarábia,Mágles Alnwab alebnānī,4 - 6 - febrair,2006.

Alī Mosá “Alamáleah Altáshreaia Fī Aldūl Alarábia ,Alkhebrát Almoqárnħ wá aldorūs almostáfādah”(In Arabic Alnadwa Alarabiá Albárlamánia Nahowa Taťwīr Alšeakha Altáshrea lelbárlámānāt Alarábia,Mágles Alnwab alebnānī,4 - 6 - febrair,2006.

#### رابعاً: القوانين والدساتير

الدستور الألماني الصادر عام 1949م وحتى آخر تعديلاته عام 2012م.

الدستور الأمريكي الصادر عام 1789م وحتى آخر تعديلاته 1992م.

الدستور الإيطالي الصادر عام 1947م وحتى آخر تعديلاته 2012م.

الدستور الجزائري لعام 2016م، المنشور بالجريدة الرسمية، ع 14، لسنة، في 7 مارس

2016م

الدستور الروسي الصادر عام 1993م، وحتى آخر تعديل في 2014م.

الدستور المصري 2014م، والمنشور بالجريدة الرسمية في 2014/1/9م.

الدستور الهولندي الصادر عام 1815م، وحتى آخر تعديل في عام 2008م.

النظام الأساسي للحكم في المملكة، والمنشور بجريدة أم القرى في 1412/8/27هـ

#### رابعاً: القواميس

تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية، القاهرة، مصر.

لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري لرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414هـ.

مختار الصحاح: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، (المتوفى: 666هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م

#### خامسا: المواقع الإلكترونية

- 1 - المستشار / طارق البشري: النص بين التشريع والإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، 2007م [www.jubsonlin.net](http://www.jubsonlin.net)
- 2 - <https://www.constituteproject.org/?lang>

## الملخص

لم يحظ النص الحديثي النبوي الشريف بالعناية الكافية من قبل فقهاء القانون عامة، وفقه الدراسات القانونية المقارنة خاصة، رغم ما حوته النصوص الحديثية عن النبي (ﷺ) من مبادئ وقواعد يمكن الاستفادة منها في مجال سن وصياغة النصوص القانونية بوجه عام، والدستورية منها بوجه خاص.

والمقارنة بين النصوص الحديثية كنصوص شرعية دينية، والنصوص الدستورية كنصوص قانونية؛ فكرة مستحدثة يحاول فيها الباحث أن يؤكد على إمكانية الربط بين النصين مع سمو وعلو النص الحديثي النبوي الشريف على النص الدستوري الوضعي.

ومع المحافظة على قدسية النص الحديثي وتبعية النص الدستوري الوضعي القابل للتغيير والتعديل تبعاً للظروف والمتغيرات المعاصرة، يمكن أن يكون الربط بين النصين منطقياً، وحول آلية الربط بين النصين، وما يترتب عليه من تأثير في جودة القاعدة القانونية الدستورية من ناحية، وسد ثغور النقص القانوني الذي يعترئها من ناحية أخرى تدور عبارات وصفحات هذا البحث.

### پوخته

دهقى فەرموودەى پىرۆزى پىغەمبەر (دروودى خواى لەسەر بىت) بەشپۆهپهكى پىويست لە فيقهى ياسا بەگشتى و فيقهى ليكوئينهوهى ياسايى بەراوردكارى بەتايپهتى، سەربارى ئەو پرهنسيپ و پيساينەهەى لە دهقه فەرموودەكانى پىغەمبەر (دروودى خواى لەسەر بىت) دا هاتووە كه دەتوانریت لە بوارى دەرکردن و دارشتنى دهقى ياسايى بە گشتى و دەستووريبهكان بە تايپهتى كەلكى لئۆهەر بگيرنیت.

وہ بەراوردکردنى دهقهكانى فەرموودە وەك دهقى ياسايى ئايينى، ودهقه دەستووريبهكان وەك دهقى ياسايى؛ بىرۆكهپهكى داھينەرانەپه كه تيايدا تويزەر هەول دەدات جەخت لە رادەى ئەگەرى بەستنهوهى ئەو دوو دهقه پىكهوه دەكاتەوه لگەل بالايى و بالادەستى دهقى فەرموودەى پىرۆز بەسەر دهقى دەستوورى دانراودا پشتراست دەكاتەوه.

وئىراى پاراستنى پىرۆزى دهقى فەرموودە و پاشكۆپهتى دهقى دەستوورى دانراو كه بەپىي هەلومەرج و گۆرانكارى هەوچەرخەكانى سەردەم شايەنى گۆران و دەستكارىکردنە، دەكریت پەيوەندى نىوان ئەو دوو دهقه لۆژىكى بىت، هەروەها سەبارەت بە ميكانيزمى بەستنهوهى ئەو دوو دهقه، و كارىگەرى دەرنجامى لەسەر كواليتى بنەماى ياسايى دەستوورى لە لايەك، و پىركردنەوهى بۆشايپهكانى كەموكۆرى ياسايى تىيدا لە لايەكى ديكهوه، لە لاپەرەكانى ئەم تويزينەوهيدا باسيان لئۆه دەكریت.

### Abstract

The hadith text of the Noble Prophet Mohammed (PBUH) did not receive sufficient attention from the jurists of law in general, and the jurisprudence of comparative legal studies in particular, despite the principles and rules contained in the hadith texts of the Prophet (PBUH) that can be used in the field of enacting, drafting legal texts in general, and the constitutional ones in particular.

The comparison between the hadith texts as religious legal texts, and the constitutional texts as legal texts; An innovative idea in which the researcher tries to confirm the possibility of linking the two texts with the supremacy and supremacy of the honorable hadith text over the positive constitutional text.

While preserving the sanctity of the hadith text and the subordination of the positive constitutional text that is subject to change and modification according to contemporary circumstances and variables, the link between the two texts can be logical, about the mechanism of linking between the two texts, the consequent impact on the quality of the constitutional legal base on the one hand, and filling the gaps of the legal deficiency that On the other hand, it is surrounded by phrases and pages of this research.



## القانون الضريبي المقارن دراسة في المقاربات المنهجية

الدكتور فؤاد العثماني<sup>(\*)</sup>

دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية،  
أستاذ زائر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق  
جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب

ياساى باجى بهراوردكارى  
ليكونينهوهيهك له ريبازه سيستماتيكييهكان

دكتور فؤاد عوسمانى

دكتورا له ياساى گشتى و زانسته سياسييهكان  
پروفيسورى سهردانيكار له فاكهلتى زانسته ياساى و نابورى و كومهلايهتبييهكان، عهين  
شعق  
زانكوى حهسهنى دووهم، كازابلانكا، مهغريب.

**Comparative Tax Law  
A study of Methodological approaches**

**Dr. ELOTMANI FOUAD**

PhD Public Law and Political Sciences,  
Visiting professor, Faculty of law, Economics and Social Sciences  
(Ain Chock)  
University HASSAN II of Casablanca Morocco

(\*) fo.elothmani@uhp.ac.na



القانون الضريبي المقارن  
دراسة في المقاربات المنهجية  
الدكتور فؤاد العثماني

دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية،  
أستاذ زائر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق  
جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب

الكلمات المفتاحية:

القانون الضريبي، القانون المقارن، المنهج القانوني المقارن، الضريبة على  
الشركات، الحوافز الضريبية، الصين، المغرب.

كليه ووشه:

ياساى باج، ياساى بهراوردكارى، ريبازى ياساى بهراوردكارى، باجى  
كومپانياكان، هاندرهكانى باج، چين، مهغريب.

**Key words:** tax law, comparative law; comparative tax law, corporate income  
tax, tax incentives, China, Morocco.

مقدمة

لا تقتصر المقارنة على البحث القانوني، بل تتقاسمها مجموعة من التخصصات  
الأكاديمية، بمعنى أن المقارنة هي فرع من "أصل عام" مع العديد من الفروع، أحدها هو  
القانون المقارن. ووفقا لنفس المنطق، يمكن اعتبار القانون المقارن نظاما رئيسيا للبحث  
المقارن في مجالات قانونية متعددة، أحدها هو القانون الضريبي.<sup>(1)</sup>

ويعتبر القانون الضريبي من أهم القوانين التي عند دراستها نستطيع تحديد تاريخ  
وتطور أي مجتمع، خصوصا من الناحية القانونية والاجتماعية والاقتصادية، فدراسة نظام  
ضريبي مطبق في دولة ما وفي مرحلة ما بإمكانها منح خلاصات مهمة عن التنظيم

(1) Omri Y. Marian, The Discursive Failure in Comparative Tax Law, 58 Am. J. Comp. L.  
415 (2010), at. 426.

السياسي والاجتماعي والاقتصادي لتلك الدولة. ولذلك عرفت الأبحاث المتعلقة بالقانون الضريبي المقارن تطوراً كبيراً خصوصاً في العقد الأخير، ورغم أن الباحثين لم يحاولوا وضع تعريف محدد لهذا الحقل العلمي، إلا أنهم قاموا بتحديد "لماذا" المقارنة ضريبية مهمة و"كيف" يمكن إجرائها.

ومن يمكن اعتبار الضرائب المقارنة كشكل فريد للمعرفة، ولتوضيح هذه الفكرة لنبدأ أولاً بالإشارة إلى ما هو واضح: ستشمل أية عملية مقارنة ضريبية، في مرحلة ما، مقارنة القوانين الضريبية بين مجموعة من السلطات القضائية (الدول)، إلا أن هذه المقارنة ليست في حدّها "معرفة جديدة". فمجدر النظر إلى النظام الضريبي المتعلق بسعر الضريبة على الشركات في الولايات المتحدة الأميركية وألمانيا، على سبيل المثال، وملاحظة أوجه التشابه أو الاختلاف فيما بينهما لن يخبرنا كثيراً. فهذه القوانين الضريبية موجودة بالفعل. لكننا نعني بعبارة "المعرفة المقارنة للضرائب" الأفكار والاستنتاجات الجديدة التي لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق المقارنة<sup>(1)</sup>.

وتتمثل إحدى الإشكاليات الرئيسية في الدراسة المقارنة للقانون بشكل عام في احتمال تواجد العديد من المقاربات بقدر ما يوجد من علماء مقارنين. فعلى الرغم من مناقشة المقاربات التي يجب اعتمادها عند إجراء دراسة مقارنة للقانون على مدار العقود الثلاثة الماضية، إلا أن الباحثين المقارنين للقوانين لم يستطيعوا إنتاج أي مقارنة متسقة<sup>(2)</sup>. وهذا الأمر ليس مفاجئاً، وبالتالي فهذا النقاش الأكاديمي مؤطر بالمواقف الأيديولوجية والسياسية للمشاركين فيه، وبما أنه لا يمكن التوفيق بين الأيديولوجيات المختلفة في غالب الأحيان، فإن نفس المصير سينطبق على الفروع المنهجية لهذه الأيديولوجيات.

لكن ورغم ذلك، فقد استطاعت هذه المجادلة التأكيد على النقاط الأساسية لمختلف الأيديولوجيات. فبالإمكان تحديد بعض "المدارس التفكيرية" بوضوح، والتي لكل منها فرضياتها الأساسية وأهدافها وفكرتها الخاصة حول كيفية إجراء المقارنة. وفي هذا الإطار، تتمحور النقاشات الرئيسية حول ثلاثة أسئلة أساسية: أولها هو الغرض من الدراسات

(1) Eueven Avi - Yonah, Nicolas Sartori, Omri Marian, Income Taxation Law, OXFORD University Press, New York, 2011.

(2) ينظر على سبيل المثال:

Mathias Reimann, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, 50 Am. J. Comp. L. 671 (2002).

القانونية المقارنة، ويتعلق السؤال الثاني بموضوع الدراسات المقارنة، أي السلطات القضائية والقوانين التي ينبغي مقارنتها؛ ويتناول السؤال الثالث التقنيات الفعلية للمقارنة<sup>(1)</sup>. وفي ما يلي سنقوم بدراسة ثلاثة مناهج ممكنة للدراسة المقارنة لقانون الضرائب: الوظيفية (functional)، الثقافية (cultural)، والنقدية - الاقتصادية (critical - economic). لنحاول أخيراً استعراض نتائج محاولتنا في تطبيق دراسة مقارنة بين النظام الضريبي المغربي والنظام الضريبي الصيني.

أولاً) المقاربة الوظيفية في الدراسات الضريبية المقارنة.

يعتبر المنهج الوظيفي في القانون المقارن تقليداً راسخاً منذ زمن بعيد، وربما يكون أكثر المناهج استخداماً، بحيث تستند الوظيفة القانونية المقارنة على افتراض مفاده "تعرض أي نظام قانوني في أي مجتمع لنفس المشاكل في الأساس، لكنه يقوم بحل هذه المشاكل بوسائل مختلفة تماماً، رغم أنها تفضي لنتائج مماثلة"<sup>(2)</sup>. وبمعنى آخر، يرى الوظيفيون أن التقارب بين الأنظمة القانونية على أنه ظاهرة حتمية ومرغوبة، فإذا كانت المشاكل القانونية والمخرجات القانونية متشابهة، فإن توحيد القوانين (أي الوسيلة لحل هذه المشاكل والتوصل إلى نتائج مماثلة) من شأنه توفير الكثير من الجهد. كما يرى الباحثون الوظيفيون أن عدم التجانس الاصطلاحي القانوني على أنه فقط غطاء لأوجه التشابه الحقيقية التي قد لا يمكن ملاحظتها للوهلة الأولى، مما يجعل من مهمة المقارنات الضريبية تتمثل في الكشف عن أوجه التشابه هذه في سياق القوانين الضريبية.

لقد تم تبني المبادئ الوظيفية على نطاق واسع بين علماء الضرائب الدوليين والمقارنين، وخلص إلى التأكيد على درجة التشابه الملحوظ في القوانين الضريبية في مختلف السلطات القضائية، والتي نشأت بعيداً عن بعضها البعض<sup>(3)</sup>. والأهم من ذلك، هو أن المقارن (الباحث) الضريبي الوظيفي لن ينظر عادة للتقارب على أنه مجرد ظاهرة يسهل

(1) ينظر: Omri Y. Marian, The Discursive Failure in Comparative Tax Law, 58 Am. J. Comp. L. 415 (2010).

(2) Konrad Zweigert & Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law 34 (Oxford University Press 3d ed. 1998).

(3) ينظر على سبيل المثال:

Carlo Garbarino, An Evolutionary and Structural Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research, 57 Am. J. Comp. L.

رصدها فحسب، بل سينظر له أيضاً من منظور معياري. أي أن عندما يقوم الباحثون الموظفون الضريبيون بإجراء مقارناتهم، فإنهم يفعلون ذلك بغرض مواءمة القوانين الضريبية في تصورهم.

ويعد النهج الوظيفي الذي اتبعه Garbarino's أحد الأمثلة الجيدة.<sup>(1)</sup> والذي أشار إلى مشروع القاعدة الضريبية الموحدة للشركات الموحدة الأوروبية.<sup>(2)</sup> فقد اعتبرت المفوضية الأوروبية سنة 2001 أن الضرائب على الشركات في كل أنحاء الاتحاد الأوروبي هي إحدى العقبات الرئيسية التي تحول دون تحقيق سوق اقتصادية مشتركة.<sup>(3)</sup> ولحل هذا الإشكال، أطلقت المفوضية الأوروبية مشروعاً هدفاً إلى تخفيف هذه العقبة من خلال إزالة، الازدواج الضريبي الذي تتعرض له الشركات الأوروبية التي تزاوّل أعمالاً تجارية في سلطات قضائية أوروبية متعددة. وبحلول سنة 2004، بدأ فريق عمل مناقشة واستبدال "الأنظمة الضريبية الوطنية بقاعدة ضريبية مشتركة"<sup>(4)</sup>. وفي هذا الإطار استخدم Garbarino مثال من مشروع "CCCTB" لأبحاث الضرائب المقارنة بغية إظهار أنه من خلال دراسة مقارنة للقوانين الضريبية، فإنه بالإمكان "الكشف عن تواجد نموذج مشترك للاتحاد الأوروبي للضرائب المطبقة على الشركات، والذي من خلاله يمكن التوصل لاتفاق يؤدي إلى تعزيز التعاون على مستوى الاتحاد الأوروبي"<sup>(5)</sup> وإلى تنسيق ضريبي بين الأنظمة الضريبية المطبقة على الشركات الكبرى في الدول الأوروبية.

وفي نفس إطار، لا بد من الإشارة هنا إلى أن المقارنين الموظفين ينظرون إلى مشاكل اجتماعية "مماثلة"، أي أنهم يقارنون أموراً هي في واقع الأمر "قابلة للمقارنة"، مما يعني أن عملية المقارنة لا بد لها أن تقارن بين أنظمة ضريبية متممة بنفس المرحلة التنموية،<sup>(6)</sup> أي تكون تواجه نفس المشاكل الاجتماعية. وبالإضافة إلى ذلك، ولكي تكون عملية المقارنة فعالة، فإنه من الضروري مقارنة القوانين والمؤسسات الضريبية التي تؤدي أساساً نفس

(1) Carlo Garbarino, An Evolutionary and Structural Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research, op. cit.

(2) CCCTB: European common consolidated corporate tax base project.

(3) Michael Lang et. al. , Preface, in Common Consolidated Corporate Tax Base 5, 5 (Michael Lang et. Al. eds. , 2008).

(4) Michel Aujean, The CCCTB Project and the Future of European Taxation, in Common Consolidated Corporate Tax Base 11, 32 (Michael Lang et. al. eds. , 2008).

(5) Garbarino, op. cit, at 709.

(6) Clive M. Schmitthoff, The Science of Comparative Law, 7 Cambridge L. J. 94,96 (1941).

الوظائف الاجتماعية (على سبيل المثال مقارنة الإدارات العمومية المكلفة بتحصيل الضرائب أو مقارنة المؤسسات المسؤولة عن التشريع الضريبي...).

وبافتراض أن المقارنات الضريبية تعتمد على مثل هذا النهج، يصبح تصنيف الضرائب أداة أساسية في اختيار مواضيع المقارنة، وذلك لأن التصنيف يوفر نموذجاً أولياً للدول "المقارنة" والقواعد القانونية "المقارنة". وعلى سبيل المثال، أدى تصنيف الباحث Thuronyi's إلى اقتراح "قاعدة عامة" (rule of thumb) عند اختيار الدول "الممثلة" لأوسع النماذج القانونية، بحيث اقترح أن كلا من ألمانيا وفرنسا والولايات المتحدة والمملكة المتحدة هي خيارات طبيعية للمقارنة الضريبية،<sup>(1)</sup> وأنه يمكن اعتبار هذه الدول كدول "قائدة في التأثير في القوانين الضريبية للدول الأخرى".

وتشير الأسس الوظيفية أيضاً إلى أنه يجب على الباحث القانوني المقارن أن يبدأ بتحديد مشكلة عملية معينة والتساؤل عن الكيفية التي يتم التعامل معها في كل سلطة من السلطات القضائية المقارنة (مقاربة حل المشكلات). كما يمكن الاعتماد على "وجهة نظر مؤسسية"، بحيث يتم التساؤل عن من هي المؤسسات في الدول المقارنة التي تؤدي نفس مهام حل المشاكل (المقاربة المؤسسية). وتجدر الإشارة توفر طريقتين للمقارنة: الطريقة الأولى هي مقاربة "الزرع القانوني"<sup>(2)</sup> (Legal Transplants): فوفقاً لهذا النهج، تستند معظم النظم القانونية إلى اقتراض نماذج قانونية من أنظمة قانونية أخرى، أي عملية النقل، والتي هي المصدر الرئيسي لتطور القانوني.<sup>(3)</sup> وفي السياق الضريبي، أكد Garbarino بأن "انتشار عمليات نقل الضرائب تتحدى فكرة أن القانون الضريبي هو فقط استجابة محلية حصرية للمطالب الاجتماعية خاصة بمجتمع محدد".<sup>(4)</sup> بمعنى أنه يمكن إجراء دراسة ضريبية مقارنة فعالة من خلال تحديد القواعد الضريبية التي تم تعميمها بنجاح بين مختلف الدول ويتم تنفيذها بشكل مماثل.

(1) Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, 23-44 (Kluwer 2003), at 9

(2) اقترض الباحثون المقارنون عبارة "عملية الزرع" أو "عملية النقل" من حقل الطب، والتي يتم الاعتماد عليها عند زراعة نسيج حيوي في جسم الإنسان لتحسين وظائف الأعضاء المريضة. ويعتبر الباحث القانوني الأميركي "آلان واتسون" أول من صاغ مصطلح الزرع القانوني في السبعينيات للإشارة إلى انتقال قاعدة أو نظام قانوني من دولة إلى أخرى.

(3) Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974).

(4) Garbarino, *op. cit.*, at 696.

أما الطريقة الثانية فهي أحد مشتقات "مقاربة الزرع" والتي تعرف بمقاربة "النواة المشتركة" للبحث المقارن. وتفترض هذه الطريقة استمرار القواعد القانونية التي تعالج المشكلات الشائعة بنجاح، بينما ستخفي تلك القواعد التي أظهرت عكس ذلك. ومع مرور الوقت، قد يؤدي ذلك إلى خلق "نواة مشتركة" من القواعد الضريبية التي قد تتقاسمها مجموعة من الأنظمة، وبالتالي يجب على الباحثين في الضرائب المقارنة العمل على تحديد وكشف هذا الجوهر.

وقد نجد أحد الأمثلة الجيدة لمشروع ذو نواة مشتركة في المجال الضريبي في كتاب ألفه Hugh Ault and Brian Arnold<sup>(1)</sup>. ويوضح هذا الكتاب بداية توجههم الوظيفي بالقول بأن "الغرض من هذا الكتاب هو مقارنة الحلول المختلفة التي تتبناها تسع دول صناعية والمرتبطة بالمشاكل الشائعة في تصميم ضريبة الدخل". فبعد مطالبة أخصائيين محلين في تلك الدول بتقديم حسابات لأنظمتهم الضريبية، قام الباحثان لاحقاً بتجميع التقارير في شكل من أشكال التحليل العام الذي يصنف النتائج حتى تسهل قراءتها من أجل تحديد "المشتركات الكثيرة"<sup>(2)</sup> بين الأنظمة التي تمت مقارنتها، وبالتالي استخلاص نواة مشتركة ضريبية.

### ثانياً) المقاربة الثقافية في الدراسات الضريبية المقارنة.

على عكس المنهج الوظيفي، يرفض المقارنون الثقافيون افتراض تواجد تشابهات في المشاكل الاجتماعية وفي حلولها القانونية، بل إنهم يفترضون أن القانون هو جزء من ظاهرة ثقافية أوسع نطاقاً، فلكل ثقافة عناصر مثل القيم والتقاليد والمعتقدات تجعلها متميزة عن نظيراتها. ويستلزم هذا "الاختلاف الثقافي"، وفقاً للمقاربة الثقافية، أن القوانين (المضمنة في هذه الثقافات) هي أيضاً مختلفة بالضرورة.<sup>(3)</sup> وبالتالي وبدلاً من البحث في أوجه التشابه (المقاربة الوظيفية) فإن يجب التركيز على أوجه الاختلاف. وقد احتفت

(1) Hugh J. Ault & Brian J. Arnold, Comparative Income Taxation: A Structural Analysis (University Press of Virginia 2004).

(2) Miranda Stewart, The "Aha" Experience: Comparative Income Tax Systems, 19 Tax Notes Int'l 1323, 1327 (1999).

(3) ينظر:

Roger Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture, in The Oxford Handbook of Comparative Law 709 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmerman eds., 2006).



الكتابات في الثقافة القانونية المقارنة منذ فترة طويلة (أو حثت على الاحتفال) بفضيلة الاختلاف، لأن الاختلاف "يلبي الحاجة إلى التعالي على الذات".<sup>(1)</sup> وحتى إذا كان التشابه مرغوباً فيه بطريقة ما، فإن المقارنين الثقافيين يعتبرونه هدفاً لا يمكن بلوغه، لأن الاختلافات الثقافية والسياسية لا يمكن التوفيق بينها.<sup>(2)</sup>

واستناداً إلى ما سبق، فإن هدف التحليل المقارن يبقى في الأساس هو فهم الهويات الثقافية والاجتماعية والسياسية، وفي نهاية المطاف الهويات القانونية للآخر. مما يجعل من هذا الفهم شرطاً مبدئياً عند التفكير في القواعد القانونية والهويات الثقافية. وبعبارة أخرى فالمقارنة الضريبية هي عملية تأويلية؛ فلا يمكن لثقافة أن تفكر بنجاح في قانونها الخاص دون عملية المقارنة، ولا يمكنها أيضاً أن تفكر في عملية المقارنة دون التشكيك في قانونها الخاص.

لقد ظهر هذا الموقف الثقافي "الموجه نحو الاختلاف" بوضوح في كتابات العديد من الباحثين في الضرائب المقارنة.<sup>(3)</sup> فعلى سبيل المثال، عرف Michael Livingston "الثقافة الضريبية" بأنها "مجموع المعتقدات والممارسات التي يتشاركها ممارسو الضرائب وصناع السياسة في مجتمع معين، وبالتالي توفر الخلفية أو السياق الذي تتخذ فيه القرارات الضريبية الموضوعية".<sup>(4)</sup> ومقارنة هذه الثقافات هي مفيدة على وجه التحديد عند مقارنة السلطات القضائية المختلفة في خلفيتها الاجتماعية والثقافية، مما يكشف عن مواضيع الضرائب التي تتأثر بالاعتبارات المحلية حتى في خضم العولمة.

ولذلك فإن المقارنين الضريبيين الثقافيين هم يحذرون من التأكيد على أن "الزرع

(1) Pierre Legrand, The Same and the Different, in Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions 240, 280 (Pierre Legrand & Roderick Munday eds. , 2003)

(2) Pierre Legrand, European Legal Systems Are Not Converging, 45 Int'l & Comp. L. Q. 52, 61-62 (1996); Julie Roin, Taxation without Coordination, 31 J. Legal Stud. 61 (2002) (In the tax context)

(3) ينظر:

Michael A. Livingston, Law, Culture, and Anthropology: On the Hopes and Limits of Comparative Taxation, 18 Can. J. L. & Jurisprudence 119 (2005); Michael A. Livingston, From Milan to Mumbai, Changing in Tel - Aviv: Reflections of Progressive Taxation and "Progressive" Politics in a Globalized but Still Local World, 54 Am. J. Comp. L. 555 (2006); Ann Mumford, Taxing Culture: Towards a Theory of Tax Collection Law 1 (Ashgate 2002); Assaf Likhovski, The Duke and the Lady: Helvering V. Gregory and the History of Tax Avoidance Adjudication, 25 Cardozo L. Rev. 953 (2004).

(4) See Michael A. Livingston, From Milan to Mumbai, op. cit, at 560.

القانوني" يشير إلى عملية تقارب. بل بدلا من ذلك، فإنهم يفترضون أنه مع عبور القاعدة المستعارة الحدود الوطنية، فإنها ستخضع لتعديل كبير يهدف إلى ضمان قبولها في بيئتها المحلية الجديدة<sup>(1)</sup>. وقد يتأثر هذا التغيير بشدة بالاعتبارات المحلية، بحيث تكون النتيجة النهائية أمرا مختلفا تماما عن القاعدة الأصلية. وبالتالي، فإن قاعدتين نشأتا في نفس المكان والتقاليد قد ينتجان نتيجتين مختلفتين تماما، حتى وإن ظلت عناوينهما متشابهة. وعلى سبيل المثال، درس Assaf Likhovsky نقل قوانين ضريبة الدخل البريطانية في فلسطين الانتدابية وخلص إلى أنه من أجل الحفاظ على النقل، يجب تغيير القواعد الضريبية الأصلية بشكل كبير بحيث تأخذ في الاعتبار المجتمع الفريد متعدد الثقافات في فلسطين الانتدابية<sup>(2)</sup>. وعلى غرار ذلك، فإن مقارني الضرائب الثقافية لا يقبلون بشكل تام فكرة وجود "النواة المشتركة" للمبادئ الضريبية، بل تتمحور فكرتهم حول تحديد "الثقافات الضريبية"، ومن خلال القيام بذلك يقومون بتحديد الاختلافات الحقيقية في الخيارات السياسية.

### ثالثا) مقارنة القانون المقارن والاقتصاد في الدراسات الضريبية

قد يرى مجموعة من الباحثين على أنه مجرد مقارنة اقتصادية للقانون الضريبية المقارن وأنه فقط فرع من فروع النهج الوظيفي، إلا أنه عند مجموعة من الباحثين يشكل نهج قائم بذاته، ولذلك لأنه يتخذ منعطفًا أيديولوجيا أكثر وعيا بذاته يرتبط ببحثه عن: الكفاءة<sup>(3)</sup>. فبدلا من مجرد السؤال عن ما هي القوانين أو المؤسسات التي تفي بوظائفها، فإنها تسأل عن من يقوم بذلك بأكثر الطرق كفاءة.

يبدأ القانون المقارن والاقتصاد بافتراض مفاده أن "هناك سوقا تنافسيا لعرض القانون". فمن وجهة نظر اقتصادية، فإن عمليات الزرع القانونية هي في الواقع تداول تنافسي للنماذج القانونية، وهي العملية التي لا يمكن أن تستمر فيها إلا النماذج الناجحة

(1) ينظر:

Anthony C. Infanti , The Ethics of Tax Cloning, 6 Fla. Tax. Rev. 251 (2003); Mark D. West , The Puzzling Divergence of Corporate Law: Evidence and Explanations from Japan and The United States, 150 U. Pa. L. Rev. 527 (2001).

(2) Assaf Likhovski, Is Tax Law Culturally Specific? Lessons from the History of Income Tax Law in Mandatory Palestine, 11 Theoretical Inq. L. 725 (2010).

(3) See Ugo Mattei, Comparative Law and Economics (Michigan University Press 1997)

(أو الفعالة فقط)، وبالتالي تؤدي إلى التقارب.<sup>(1)</sup>

ومن وجهة نظر منهجية، يسعى القانون المقارن والاقتصاد إلى "بدء المقارنة من مقياس محايد يمكن التحقق من صحته من خلال بيانات قابلة للملاحظة: الكفاءة الاقتصادية".<sup>(2)</sup> ففي جوهرهما، يهدف القانون المقارن وأبحاث الاقتصاد إلى إجراء تحقيقات مقارنة في انحرافات السلطات القضائية المختلفة من خلال مقارنة الفعالية الاقتصادية: أو ما يسمى "المؤسسة القانونية النموذجية"<sup>(3)</sup>. ومن هذا المنظور، فإن القانون المقارن والاقتصاد يمكن أن يكونا إما "موجهان نحو حل المشاكل" (يبحثون عن الكيفية التي يمكن بها حل مشكلة بأكثر الطرق كفاءة) أو "موجهان نحو المؤسسات" (البحث عن المؤسسة القائمة الأكثر كفاءة).

وقد أكد الباحث Barker على أن التحليل الضريبي المقارن لا بد أن يسعى إلى قياس كيفية انحراف الأنظمة الضريبية عن معايير معروفة جيداً. بحيث يتعين استخدام هذا النموذج كنقطة مرجعية لتحديد أوجه التشابه والاختلاف بين الأنظمة الضريبية. واستناداً لكل ما سبق، وبما أن المقاربات المنهجية تمثل وجهات نظر أيديولوجية مختلفة، فمن الواضح إذن أننا لا نستطيع أن نشير إلى مقارنة واحدة على أنها أفضل من باقي المقاربات وبالتالي فمن المحتمل أننا لن نتوافق على النهج الواعد للبحث في الضرائب المقارنة. ومن ثم، فإن أي باحث في هذا المجال سيحدد بوضوح التحولات في نقاط النقاش المحورية التي تم التطرق لها، والتي هي نتيجة للاتفاقات والخلافات النظرية. وبالتالي يجب النظر إلى التحول من مناقشة وظيفية إلى مناقشة في الاقتصاد المقارن، والمرور على المقارنة الثقافية، على أنه دعوة للنظر في الإمكانيات المتعددة للتحليل، بدلاً من اعتباره كفكرة "مناسبة" لكل حالة.

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن كل المقاربات أعلاه تضم مدراس فرعية وجدالات داخلية، كما أنه لا يمكن اعتبار أي من العلماء المشار إليهم سابقاً على أنه يتبنى نهجاً

(1) Raffaele Caterina, Comparative Law and Economics, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law 161 (Jan M. Smits ed. , 2006)

(2) Oliver Brand, Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies, 32 Brooklyn J. Int'l L. 405, 421 (2007)

(3) Mattei , supra note 42 at 182; Ugo Mattei & Fabrizio Caffagi, Comparative Law and Economics, in The New Palgrave Dictionary of Economics and Law 346, 347 (P. Newman ed. , 1998).

معينا. ويجسد معظم المقارنين الضريبيين في كتاباتهم افتراضات وحجج تنبع من مناهج متعددة وتقاليد مختلفة، وبالتالي فإننا نشجع القارئ على النظر في هذه الآراء بتحرر، بدلا من تبني أو رفض أي منها بشكل مطلق.

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن بعض المقارنين القانونيين قد وضعوا ما يسمى بالخطة الموضوعية (objective blueprint) للبحث المقارن. فعلى سبيل المثال، مثل البروفيسور "W. J. Kamba" عملية المقارنة القانونية بأنها عملية تتم في ثلاثة مراحل<sup>(1)</sup>، بحيث تشكل المرحلة الأولى مرحلة وصفية (descriptive phase) يقوم خلالها المقارن بوصف "المعايير، المفاهيم والمؤسسات المعنية"<sup>(2)</sup>. أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التحديد (identification phase) حيث يحدد الباحث الاختلافات والتشابهات بين الأنظمة المدروسة. وأخيراً المرحلة التفسيرية (explanatory phase) والتي تخصص لشرح أسباب التقارب والاختلاف. إلا أنه وحتى لو قبلنا بمثل هذا المخطط المعمم، فلا بد عند تطبيقه من إدراج بعض المحتويات الحقيقية مثل اختيار أي السلطات القضائية التي يجب مقارنتها، والقوانين التي يجب مقارنتها، والنصوص القانونية وغير القانونية التي يجب قراءتها وما إلى ذلك، وبعبارة أخرى فإننا سنرجع إلى اختيارات ذاتية والتي بحكم تعريفها تتأثر أيديولوجيا.

رابعا) دور النظام الضريبي في استقطاب الاستثمارات الأجنبية: دراسة مقارنة بين

الصين والمغرب.

إن اختيارنا لإجراء دراسة مقارنة بين الجمهورية الصينية الشعبية والمغرب فيما يتعلق بدور النظام الضريبي في تشجيع استقطاب الاستثمارات الأجنبية راجع لمجموعة من العوامل، فكلتا الدولتين حاولتا في نفس الحقبة تقريبا تطوير قطاعهما الصناعي، فعلى سبيل المثال أسس المغرب والصين أول شركة مصنعة للسيارات سنة 1959 وسنة 1952 على التوالي. مما يعني أننا كلا الدولتين تشاركنا نفس التوجه الاقتصادي الحمائي<sup>(3)</sup>. وعلى

(1) Walter J. Kamba, Comparative Law: A Theoretical Framework, 23 Int'l Comp. L. Q. 485 (1974)

(2) المرجع السابق، ص. 511

(3) بعد فترة وجيزة من تشكيل الحزب الشيوعي الصيني للحكومة سنة 1949، شرعت الصين في بناء اقتصاد اشتراكي. وتم تأمين رأس المال الخاص وغادر الاستثمار الأجنبي الصين تدريجيا، وتم إقرار

نفس المنوال، ستقرر كلا الدولتين تحرير اقتصاديهما والمشاركة في التجارة الدولية ابتداء من سنوات التسعينات<sup>(1)</sup>.

لكن مقابل ذلك، فإن النتائج كانت مختلفة، فالصين أصبحت من أهم الدول الصناعية في العالم، أما بالنسبة للمغرب، ورغم أنه استطاع بلوغ مراحل متقدمة في مجموعة من الصناعات على غرار صناعة السيارات، إلا أنه عند مقارنته مع ما حققته الصين تبقى النتائج متواضعة، فالصين أصبحت أكبر منتج للسيارات بالعالم. وبالتالي ستمكننا دراسة النظام الضريبي الصيني، خصوصا كيفية تطبيقه للضريبة على الشركات<sup>(2)</sup> ومقارنتها مع المغرب من معرفة طريقة استخدام كلا الدولتين للمحدد الضريبي في استقطاب الشركات الأجنبية وتطوير القطاع الصناعي.

وبعد الاطلاع على مختلف القوانين المنظمة للضريبة على الشركات بالصين وتطورها التاريخي<sup>(3)</sup> والبحث من خلالها عن الحوافز الضريبية التي قدمتها السلطات الصينية

←

بعض ضرائب المبيعات وضرائب الممتلكات. وما بين سنتي 1956 - 1978، تبنت الصين اقتصاد موجه صارم وتلاشى القطاع الخاص تقريبا، فالصناعة والتجارة كانتا تحت السيطرة الكاملة للشركات الحكومية.

أما المغرب ورغم تواجد مجموعة من الشركات الأجنبية بداخله طوال مرحلة ما بعد الاستقلال، إلا أن سياسته الاقتصادية كانت جد حمائية أحد أبرز معالمها التنصيب على قانون "مغربة النشاط" الذي كان يمنع تأسيس شركات مملوكة بالكامل للأجانب

(1) شرعت الصين في الإصلاح الاقتصادي وسياسة الباب المفتوح سنة 1978، وتمثلت أول خطوة في مصادقة السلطات الصينية على قوانين تسمح للاستثمار الأجنبي بالدخول للصين. أما المغرب ورغم تواجد مجموعة من الشركات الأجنبية بداخله طوال مرحلة ما بعد الاستقلال، إلا أن سنة 1990 كانت هي نقطة المفصلية في تحرير السوق المغربي، بحيث تم نسخ قانون "مغربة النشاط".

(2) رغم أن أي نظام ضريبي يضم مجموعة متعددة من الضرائب، إلا أنه وعند دراسة القطاع الصناعي والشركات المتعددة الجنسيات، يفترض الاقتصاد على الضريبة على الشركات لكونها العامل الأساسي في حقل أبحاث المنافسة الضريبية الدولية.

(3) أهم القوانين التي تم دراستها:

- في 1 يوليو 1979، تمت المصادقة على قانون المشاريع المشتركة الأجنبية - الصينية للجمهورية الصينية الشعبية

EJVs: Chinese foreign equity joint ventures.

←

للشركات الأجنبية، ومقارنتها مع ما قدمته السلطات المغربي من حوافز ضريبية<sup>(1)</sup>. خلصنا إلى أن أهم نقطة وأبرز فارق بين كلا النظامين كان هو تنصيب النظام الضريبي الصيني قد أقر طوال سنوات طويلة نظام حوافز ضريبية خاص بالشركات الأجنبية دون الشركات المحلية الوطنية، أي أن السلطات الصينية استخدمت بشكل مابين المحدد الضريبي لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية. أما فيما يخص النظام المغربي فقد أقر نظام حوافز ضريبية عامة غير هادف، لا يفرق بين الشركات الأجنبية والشركات المحلية.

فقد تطلبت سياسة الانفتاح الاقتصادي بالصين تحسين ظروف الاستثمار في الصين، وتم اعتبار السياسة الضريبية التفضيلية (*preferential tax policy*) أمرا ضروريا لتكملت مجهودات الدولة لجذب رأس المال الأجنبي والتكنولوجيا. فتم إنشاء "التضريب الأجنبي" (*foreign taxation*) كفرع حكومي متخصص هدفه الأساسي تعزيز سياسة الانفتاح (*opening - up policy*)، مع منح العديد من التفضيلات الضريبية، بعضها على الصعيد الوطني والأخرى على الصعيد المحلي، كما تم إقرار مزايا ضريبية على أساس تصنيف الصناعة/النشاط.<sup>(2)</sup>

←

- في أبريل 1986، تمت المصادقة على قانون الجمهورية الصينية للشركات الأجنبية المملوكة بالكامل.

Law of the PRC concerning Wholly Foreign Owned enterprises

- في أبريل 1988، صودق على القانون المتعلق بالمشاريع المشتركة التعاونية الصينية - الأجنبية.

Law of the PRC concerning Sino - Foreign cooperative joint ventures

- سنة 1980، تبنى المشرع الصيني قانون ضريبة الدخل للمشاريع المشتركة الصينية - الأجنبية

FEITL: Income tax law of the Republic of China Concerning Foreign Enterprises

- سنة 1991، ضريبة الدخل لجمهورية الصين الشعبية لشركات الاستثمار الأجنبي والشركات الأجنبية

Income tax law of the people's republic of china concerning foreign investment enterprises and foreign enterprises.

(1) أهم القوانين المغربية التي تم دراستها: القانون رقم 17. 89 الذي أحدثت بموجبه الضريبة العامة على الدخل، القانون رقم 24. 86 الذي أحدثت بموجبه الضريبة على الشركات والقانون رقم 83.

30 الذي أحدثت بموجبه الضريبة على القيمة المضافة؛ والمدونة العامة للضرائب.

(2) James V. Feinerman, Chinese Law Relating to Foreign Investment and Trade: The Decade of Reform in Retrospect, in CHINA'S ECONOMIC DILEMMAS IN THE 1990s: THE PROBLEMS OF REFORMS, MODERNIZATION, AND INTERDEPENDENCE 828, 832 (Joint Economic Committee, Congress of the United States ed. , 1991)

←

فأمام فرضية أن يعتقد المستثمرون الأجانب أن سياسة "الباب المفتوح" هي فقط "مجردة خدعة لجمع رأس المال على حساب الآخرين"<sup>(1)</sup>، قررت الصين اعتماد سياسة تفضيلية اتجاه الاستثمار الأجنبي المباشر.<sup>(2)</sup> وبالتالي لعبت الحوافز الضريبية دورا إيجابيا بسبب آثار الإشارة (*signaling effect*) المحتملة وتأثير التعويض (*compensation effect*) وتأثير الضيافة (*hospitality effect*).

فاعتماد الصين على الحوافز الضريبية كجزء مهم من استراتيجياتها الشاملة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة مكنها من إرسال إشارة واضحة للمستثمرين الأجانب تؤكد من خلالها على رغبتها في الحصول على رأسمال من الخارج. تأثير الإشارة هذا مهم تاريخيا لأن الصين عانت من مشاكل مهمة مرتبطة بصورتها التي كانت نتيجة سياساتها الاقتصادية المعادية للمستثمرين الأجانب. كما أن اختيار الكلمة ذاتها في اللغة الصينية "you hui" (التفضيلات/الحوافز) هو بحد ذاته ينقل رسالة إيجابية. فقد تم نشر هذه الرسالة على نطاق واسع واعتبرت مفتاح نجاح الجهود المبذولة لتشجيع الاستثمار الأجنبي. كما أن ضعف مؤسسات حقوق الملكية في الصين في تلك الفترة والانخفاض النسبي لنظام حكم القانون، جعل من تقديم تفضيلات ضريبية سخية أداة لتعويض نقاط ضعف الصين في هذا الصدد.<sup>(3)</sup>

وقد اعتبرت الصين أن تقديم الحوافز الضريبية ينم عن كرم الضيافة الصينية واحترام الصداقة والعلاقات الشخصية. فحسب الطريقة الكونفوشيوسية يعتقد الصينيون أنه من خلال إظهار الكرم والضيافة بإمكانهم ممارسة تأثير أخلاقي على غير الصينيين يقودهم إلى "المشاركة في فوائد الحضارة الصينية"، أي أن المستثمرين الأجانب سيفسرون

←

[hereinafter CHINA'S ECONOMIC DILEMMAS].

(1) Allison E. Wielobob, "China's Choice: Tax Incentives to Fund Economic Development" 9, Temple international and Comparative, Law Journal (1995) at 4 13.

(2) ففي مقال علمي سنة 1983 أشار أحد الباحثين الصينيين إلى أنه: بشكل عام، يأتي المستثمرون الأجانب إلى بلدنا لتحقيق الأرباح... ومن أجل كسب ثقتهم واستقطابهم، لا نحتاج فقط إلى توفير مقتضيات قانونية لحمايتهم، بل لا بد من أن نمحهم معاملة تفضيلية.

Liu Yue Qing and Zhou Yingyi, Duiwai Kuangfang Zhengce, [The opening policy] (China: Law press, 1983) at62 .

(3) Li, Quan. 2006. Democracy, Autocracy, and Tax Incentives to Foreign Direct Investors: A Cross - National Analysis. 68 (1) The J. of Politics 62 - 74.

التفضيلات الضريبية على أنها معاملة بالمثل لأعمالهم الاستثمارية في الصين<sup>(1)</sup>. وبالتالي يمكن اعتبار التنصيص على قانون ضريبي خاص بالشركات الأجنبية دون سواها من الشركات الوطنية الصينية كأحد أبرز العوامل في استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشر للصين. وهو ما لم يتبعه المغرب خلال نفس المرحلة التي تلت انفتاحه الاقتصادي سنة 1990، بحيث نص على نظام عام للحوافز الضريبية لا يفرق بين المستثمر الأجنبي ونظيره المحلي.

فقد اتجه المغرب منذ بداية الاستقلال نحو تشجيع ونمو المقاولات الخاصة في إطار استراتيجية الليبرالية الاقتصادية عن طريق مدونات الاستثمار التي تخول العديد من المزايا الضريبية للمستثمرين الخواص المغاربة والأجانب. وقد بدأ اعتماد مدونات الاستثمار في المغرب منذ سنة 1958، إلا أن أبرزها هو ميثاق الاستثمار لسنة 1995، والذي لم يتم تغييره حتى هذه السنة، سنة 2023.

فرغم أن السلطات المغربية ركزت بشكل واضح على التدابير الضريبية في تأطيرها للسياسة المفروض اتباعها من أجل تحفيز الاستثمار. فمن أصل سبعة تدابير في ميثاق الاستثمار لسنة 1995، نجد أن خمسة منها تتعلق بالنظام الجبائي<sup>(2)</sup>. إلا أن المشرع المغربي لم يميز في ميثاق الاستثمار لسنة 1995 بين إعفاءات ضريبة خاصة بالمستثمرين الأجانب وأخرى خاصة بالمستثمرين المغاربة.

من جهة أخرى، لاحظنا أن الصين استخدمت الآلية الضريبية بشكل كبير خلال المراحل الأولى من تبني سياسة الانفتاح، فقد تم استخدامها كسمة خاصة بمجموعة من المناطق الجغرافية دون أخرى، وتم إنشاء أشكال مختلفة من المناطق الاقتصادية الخاصة المغربية ضريبياً. أما فيما يخص المغرب، فرغم إنشاءه أيضاً لمناطق صناعية خاصة (المناطق الحرة للتصدير) وتمتعها بحوافز ضريبية مهمة، إلا أن عددها لم يتجاوز

(1) Zhaodong Jiang. 1998. China's Tax Preferences to Foreign Investment: Policy, Culture and Modern Concepts. op. cit, at 630.

(2) يتعلق الأمر بتخفيض العبء الضريبي على العمليات اللازمة للاستثمار؛ وتخفيض نسب الضريبة على الدخل والأرباح؛ و سن نظام ضريبي تفضيلي؛ وتعزيز مساطر المنازعات الضريبية ومراجعة نطاق تطبيق الإعفاءات الضريبية هي تدابير ضريبية صريحة تندرج ضمن الحوافز الضريبية وإصلاح المساطر الإدارية



منطقتين، فيما تجاوز عددها بالصين 100 منطقة.

وفيما يخص أسعار الضريبة على الشركات المطبقة داخل هذه المناطق، فقد استنتجنا أن المغرب منح سعر ضريبي مخفض جد (8، 75%) مقارنة مع ما متع به المشرع الصيني الشركات في نفس المناطق (15%). إلا أننا خلصنا، وبشكل عام، إلى النظام الضريبي الصيني يقر قواعد أفضل لاحتساب الأساس الضريبي للضريبة على الشركات خصوصاً بتنصيبه على قابلية اهتلاك تكاليف البحث والتطوير وخصم تكاليف التأسيس وقواعد اهتلاك أرجح. وبالتالي فالسعر الفعلي للضريبة على الشركات بالصين قد يقل بكثير عن سعرها القانوني.

ومن المفترض أن التفضيلات الضريبية لعبت دوراً مهماً في جذب المستثمرين إلى الصين.<sup>(1)</sup> فقد أشار مجموعة من الباحثين إلى أن الإصلاح الضريبي بالصين لسنة 1991 وسنة 1994 ساهم بشكل كبير في استقطاب الاستثمار الأجنبي إلى الصين. وتعتبر الحوافز الضريبية التي أقرها قانون سنة 1991 أحد الأسباب التي ساهمت في الرفع من قيمة واردات الاستثمارات الأجنبية المباشرة للصين ما بين سنتي 1992 - 1994.<sup>(2)</sup> فقد أدى الإصلاح الضريبي لسنة 1991، والذي خفض سعر الضريبة الحدي من 40 إلى 30 في المائة ووسع من أشكال التفضيلات الضريبية، إلى تغيير إيجابي في تدفقات الاستثمارات الأجنبية بين الصين ومنافسيها.<sup>(3)</sup>

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن النظام الضريبي الصيني يوفر أمناً قانونياً أفضل مقارنة بالنظام الضريبي المغربي، فقد حافظت السلطات الصينية على أنظمتها الضريبية لمدة زمنية أطول، فعلى سبيل المثال وبعد إصلاح سنة 1994 انتظرت الصين حتى سنة 2008 لوضع إطار جديد، وهو ما يعني أيضاً أن السلطات الصينية تفكر على المدى البعيد والمتوسط عند قيامها بإصلاحات ضريبية، كما أنها تأخذ رأي الخبراء والباحثين قبل الشروع في الإصلاح. أما الجانب المغربي فمِنذ القانون الإطار لسنة 1982 المؤسس للضريبة على الشركات، لم يَقم بتغيير شامل في سياسته الضريبية بل ظل يتخبط في تعديلات سنوية

(1) Jinyan Li, Development and Tax Policy: Case Study of China, op. cit, at 25.

(2) Samuel Tung, Stella Cho, Determinants of Regional Investment Decisions in China: An Econometric Model of Tax Incentive Policy, Review of Quantitative Finance and Accounting, Sep 2001; 17, 2; At. 182.

(3) Kenny Z. Lin, Income Taxation and Foreign Direct Investment in China, The international Taxation Journal, volume 25, 1999, at. 84..

(خصوصاً أسعار الضريبة) لا يمكن معها قراءة الأهداف المبتغاة منها، الاستثناء الوحيد هو الحفاظ على سعر جد منخفض للضريبة على الشركات بالمناطق الحرة للتصدير. ومن زاوية أخرى، لاحظنا أيضاً أن النظام المغربي يشترط أداء المساهمة الأدنى التي يجب على الشركات أداؤها رغم عدم تحقيق أي ربح وذلك عكس النظام الصيني. كما أن المشرع الضريبي المغربي أقر أيضاً سنة 2022 أداء ضريبة جديدة تحمل اسم "المساهمة الاجتماعية للتضامن على الأرباح والدخول" أساسها هو نفس أساس الضريبة على الشركات، مما يعني رفعا للعبء الضريبي على الشركات غير تلك المتواجدة في مناطق التصدير الحر وبالتالي المساس بشكل أساسي بالشركات الموردة في صناعة السيارات. أما فيما يخص القانون الضريبي، فقد تفوق المغرب على الصين في كونه يقر كتابا واحدا (المدونة العامة للضرائب) يوطر تطبيق الضريبة على الشركات وذلك عكس المشرع الصيني الذي أطر تطبيق الضريبة على الشركات وفق قانون الضريبة على الشركات وقانون القواعد التنفيذية. لكن عند النظر من زاوية سهولة القراءة وتفصيل الحالات فالقانون الصيني أكثر وضوحا وأسهل فهما، وذلك على عكس القانون الضريبي المغربي الذي يستم بالتعقيد.

وعلى خلاف ما سبق، خلصنا لأفضلية الإدارة الضريبية المغربية على الإدارة الضريبية الصينية فيما يتعلق بتحصيل الضرائب. لكن تنبغي الإشارة هنا إلى أن توزيع السلطات الضريبية بين الحكومة المركزية والجهات في الصين كان له دور أساسي في استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، بينما لا يحدث ذلك في المغرب الذي لازلت فيه السلطة الضريبية في يد الحكومة المركزية.

من خلال ما سبق، أي بعد إجراء مقارنة ضريبية وظيفية للقانون الضريبي حددنا في إطارها نطاق دراستنا (دولتي المغرب والصين ولماذا تم اختيار كلتا الدولتين) والقانون المبتغى دراسته (القانون الضريبي لدخل الشركات) والهدف من المقارنة (البحث عن دور الحوافز الضريبية)، نستطيع التأكيد على أنه ومن أجل رفع قدرة الاقتصاد المغربي على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، فلا بد من التنصيص على تشريعات توفر للمستثمر الأجنبي حوافز أكبر وترسل له إشارات على رغبة الدول في استقباله وتشجيعه على الاستثمار، عوض منح حوافز ضريبية عامة لا تفرق بين الشركات الوطنية والأجنبية ولا تحدد بشكل جيد ما هي القطاعات الاقتصادية المستهدفة.

### خاتمة

إن عملية المقارنة الضريبية تتطلب أكثر من شرح للقواعد القانونية لنظام ضريبي آخر.<sup>(1)</sup> بل تتطلب أيضاً دراسة التطور التاريخي للنظام الضريبي، وقد تصل حتى إلى دراسة اقتصاد الدولة ونظامها السياسي. فالضريبة هي أهم مظاهر الدولة<sup>(2)</sup>، بل يمكن اعتبارها على أنها "عصب الدولة"<sup>(3)</sup> (the sinews of the state).

هذا الارتباط الكبير بين الضريبة وباقي عناصر الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، يفرض على الباحث في القانون الضريبي، من جهة، عدم الاقتصار على نصوص قانونية مجردة، بل لابد له من تكوين نظرة شاملة على المجتمع ككل. ومن جهة ثانية، ضرورة اعتماده على المنهج المقارن لمعرفة التشريعات الضريبية للدول الأخرى والانطلاق من مقارنة مقارنة وظيفية والانتقال لمقارنة اقتصادية وبطبيعة الحال عدم إغفال المقاربة الثقافية.

ولعل مقارنتنا للفرق بين النظام الضريبي المغربي والصيني وسؤال استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر لم تحترم ذلك في هذا المقال، فقد اقتصرنا على كل من العامل الوظيفي والاقتصادي، وأغفلنا المقارنة الثقافية والتي بطبيعة الحال قد تغير من نتائج هذا المقال بشكل كبير، فلا عدد مواطني الصين ولا تقاليدهم ولا تاريخهم يتشابهون بما عرفه المغرب. وهو ما قد يحتاج لدراسة أكثر تفصيلاً تنظر للمحدد الضريبي ودوره في استقطاب الاستثمارات الأجنبية من منظور البحث عن الاختلافات الثقافية والقيم المجتمعية.

(1) Omri Y. Marian, *The Discursive Failure in Comparative Tax Law*, op. cit, at 287.

(2) حازم البلاوي، دور الدولة في الاقتصاد، دار الشروق، 1998، مصر، ص. 26

(3) Stanley L. Winer and Walter Hettich, *The Political Economy of Taxation: Positive and Normative Analysis when Collective Choice Matters*, Carleton Economic Paper, August 3, 2002. <https://www.researchgate.net/publication/227292190>

## المراجع

- Omri Y. Marian, The Discursive Failure in Comparative Tax Law, 58 Am. J. Comp. L. 415 (2010),
- Eueven Avi - Yonah, Nicolas Sartori, Omri Marian, Income Taxation Law, OXFORD University Press, New York, 2011.
- Mathias Reimann, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, 50 Am. J. Comp. L. 671 (2002).
- Konrad Zweigert & Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law<sup>34</sup> (Oxford University Press 3d ed. 1998).
- Carlo Garbarino, An Evolutionary and Structural Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research , 57 Am. J. Comp. L.
- Michael Lang et. al. , Preface, in Common Consolidated Corporate Tax Base 5, 5 (Michael Lang et. Al. eds. , 2008).
- Michel Aujean, The CCCTB Project and the Future of European Taxation, in Common Consolidated Corporate Tax Base 11, 32 (Michael Lang et. al. eds. , 2008).
- Clive M. Schmitthoff, The Science of Comparative Law, 7 Cambridge L. J. 94,96 (1941).
- Victor Thuronyi, Comparative Tax Law, 23-44 (Kluwer 2003).
- Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law (1974).
- Hugh J. Ault & Brian J. Arnold , Comparative Income Taxation: A Structural Analysis (University Press of Virginia 2004).
- Miranda Stewart, The “Aha” Experience: Comparative Income Tax Systems, 19 Tax Notes Int’l 1323, 1327 (1999).
- Roger Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture, in The Oxford Handbook of Comparative Law 709 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmerman eds. , 2006).
- Pierre Legrand, The Same and the Different, in Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions 240, 280 (Pierre Legrand & Roderick Munday eds. , 2003)
- Pierre Legrand, European Legal Systems Are Not Converging, 45 Int’l & Comp. L. Q. 52, 61-62 (1996); Julie Roin, Taxation without Coordination, 31 J. Legal Stud. 61 (2002) (In the tax context)
- Michael A. Livingston, Law, Culture, and Anthropology: On the Hopes and Limits of Comparative Taxation, 18 Can. J. L. & Jurisprudence 119 (2005).
- Michael A. Livingston, From Milan to Mumbai, Changing in Tel - Aviv: Reflections of Progressive Taxation and “Progressive” Politics in a Globalized but Still Local World, 54 Am. J. Comp. L. 555 (2006);

Ann Mumford, *Taxing Culture: Towards a Theory of Tax Collection Law* 1 (Ashgate 2002);

Assaf Likhovski, *The Duke and the Lady: Helvering V. Gregory and the History of Tax Avoidance Adjudication*, 25 *Cardozo L. Rev.* 953 (2004).

Anthony C. Infanti, *The Ethics of Tax Cloning*, 6 *Fla. Tax. Rev.* 251 (2003);

Mark D. West, *The Puzzling Divergence of Corporate Law: Evidence and Explanations from Japan and The United States*, 150 *U. Pa. L. Rev.* 527 (2001).

Assaf Likhovski, *Is Tax Law Culturally Specific? Lessons from the History of Income Tax Law in Mandatory Palestine*, 11 *Theoretical Inq. L.* 725 (2010).

Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (Michigan University Press 1997)

Raffaele Caterina, *Comparative Law and Economics*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* 161 (Jan M. Smits ed., 2006)

Oliver Brand, *Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies*, 32 *Brooklyn J. Int'l L.* 405, 421 (2007)

Mattei, *supra* note 42 at 182; Ugo Mattei & Fabrizio Caffagi, *Comparative Law and Economics*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law* 346, 347 (P. Newman ed., 1998).

Walter J. Kamba, *Comparative Law: A Theoretical Framework*, 23 *Int'l Comp. L. Q.* 485 (1974).

James V. Feinerman, *Chinese Law Relating to Foreign Investment and Trade: The Decade of Reform in Retrospect*, in *CHINA'S ECONOMIC DILEMMAS IN THE 1990s: THE PROBLEMS OF REFORMS, MODERNIZATION, AND INTERDEPENDENCE* 828, 832 (Joint Economic Committee, Congress of the United States ed., 1991) [hereinafter *CHINA'S ECONOMIC DILEMMAS*].

Allison E. Wielobob, "China's Choice: Tax Incentives to Fund Economic Development" 9, *Temple international and Comparative, Law Journal* (1995).

Liu Yue Qing and Zhou Yingyi, *Duiwai Kuangfang Zhengce*, [The opening policy] (China: Law press, 1983).

Li, Quan. 2006. *Democracy, Autocracy, and Tax Incentives to Foreign Direct Investors: A Cross - National Analysis*. 68 (1) *The J. of Politics* 62 - 74.

Samuel Tung, Stella Cho, *Determinants of Regional Investment Decisions in China: An Econometric Model of Tax Incentive Policy*, *Review of Quantitative Finance and Accounting*, Sep 2001; 17, 2.

Kenny Z. Lin, *Income Taxation and Foreign Direct Investment in China*, *The international Taxation Journal*, volume 25, 1999.

tanley L. Winer and Walter Hettich, *The Political Economy of Taxation: Positive and Normative Analysis when Collective Choice Matters*, *Carleton Economic Paper*, August 3, 2002

حازم الببلاوي، دور الدولة في الاقتصاد، دار الشروق، 1998، مصر.

القوانين:

تمت المصادقة على قانون المشاريع المشتركة الأجنبية - الصينية للجمهورية الصينية الشعبية (1 يوليو 1979)

قانون الجمهورية الصينية للشركات الأجنبية المملوكة بالكامل (أبريل 1986).

القانون المتعلق بالمشاريع المشتركة التعاونية الصينية - الأجنبية (أبريل 1988).

قانون ضريبة الدخل للمشاريع المشتركة الصينية - الأجنبية (سنة 1980).

ضريبة الدخل لجمهورية الصين الشعبية لشركات الاستثمار الأجنبي والشركات الأجنبية (سنة 1991).

القانون رقم 17. 89 الذي أحدثت بموجبه الضريبة العامة على الدخل المغرب،

القانون رقم 24. 86 الذي أحدثت بموجبه الضريبة على الشركات المغرب، القانون رقم

83. 30 الذي أحدثت بموجبه الضريبة على القيمة المضافة بالمغرب.

## الملخص

هدف هذا العمل إلى التطرق بداية لمفهوم القانون الضريبي المقارن وتوضيح إمكانيات اتباع هذا المنهج على استخلاص نتائج ذات مصداقية علمية، كفيلة بالإجابة على الإشكاليات المتعلقة بالقانون الضريبي. وبعد إبراز أهم مقاربات منهج قانون الضرائب المقارن، خصوصا المقاربة الوظيفية والمقاربة الثقافية والمقاربة الاقتصادية، وإجراء دراسة مقارنة بين النظام الضريبي المغربي والصيني في ما يتعلق بدور الضريبة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، خلصنا إلى أن البحث في قانون الضرائب المقارن لا بد له من استعمال تقنيات متعددة مستوحاة من مختلف المقاربات المنهجية، مع عدم إغفال الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لنماذج الدول التي تتم دراستها.

### پوخته

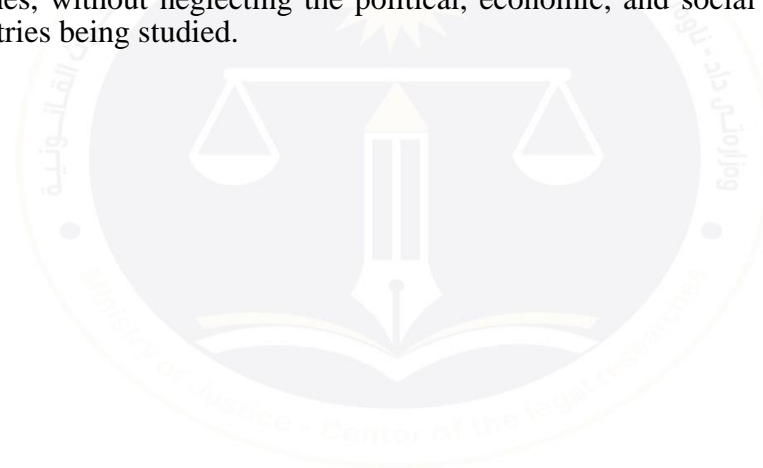
ئامانج لهم كاره سهرتا باسكردنه له چهكمى ياساى باجى بهراوردكارى و روونكردنهوى نهگهرهكانى پهيرهوكردى نهم ريبازه بو دهرهينانى نهجامى متمانهى زانستى، ههروهها وهلامدانهوى كيشهكانى پهيوهست به ياساى باج.

دواى تيشك خستنه سهر گرنكترين ريبازهمكان بو ريبازى ياساى باجى بهراوردكارى، بهتايهت ريبازى كاراى، ريبازى روشنبيرى و ريبازى نابوورى، و نهجامدانى ليكولينهويهكى بهراوردكارى له نيوان سيستهى باجى مهغريب و چين سهبارت به رولى باج له راکيشانى وهبههينانى بيانيدا، گهيشينه نهم نهجامهى كه ليكولينهوه له ياساى باجى بهراوردكاريدا دهبيت له چهدين تهكنيك كهلك وهربگريت كه له ريبازه ميتودولوزيبه جياوازهكانهوه ئيلهاميان وهرگرتووه، له ههمان كاتدا پشتگوڤخستنى سيستهى سياسى و نابوورى و كومهلايهتى مودىلى نهم ولاتانهى كه ليكولينهوههمان ليكردوون.



### Abstract

This study aimed to introduce the concept of comparative tax law and to clarify the potential of following this approach in obtaining scientifically credible results, capable of addressing the issues related to tax law. After highlighting the most important approaches of comparative tax law methodology, especially the functional approach, the cultural approach, and the economic approach, and conducting a comparative study between the Moroccan and Chinese tax systems regarding the role of taxation in attracting foreign investment, we concluded that the study of comparative tax law requires the use of multiple techniques inspired by various methodological approaches, without neglecting the political, economic, and social systems of the countries being studied.





## تفاوت الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة دراسة مقارنة

الدكتور نضال ياسين حمو<sup>(\*)</sup>

أستاذ القانون الجنائي المشارك - جامعة المملكة - البحرين

وعميد كلية الحقوق

محمد ناصح محمد أمين<sup>(\*\*)</sup>

باحث قانوني (ماجستير) - جامعة السليمانية / كردستان - العراق

جياوازی له پاراستنی تاوانکاری بۆ رهوشتی گشتی له یاسا

بهراوردکاریهکاندا

لیکۆئینهوهیهکی بهراوردکاری یه

پ.ی.د. نيزال ياسين حهمو

پروفیسوری یاریدهدهر له یاسای تاوانکاری - زانکوی شانشین - بههرهین

وراگری فاکهلتی یاسا

محمد ناسیح محمد نهمین

تویژهری یاسایی (ماستر) - زانکوی سلیمانی / كردستان - عێراق

(\*) dr\_nidalhamo@yahoo.com

(\*\*) mohammednasihamin@gmail.com

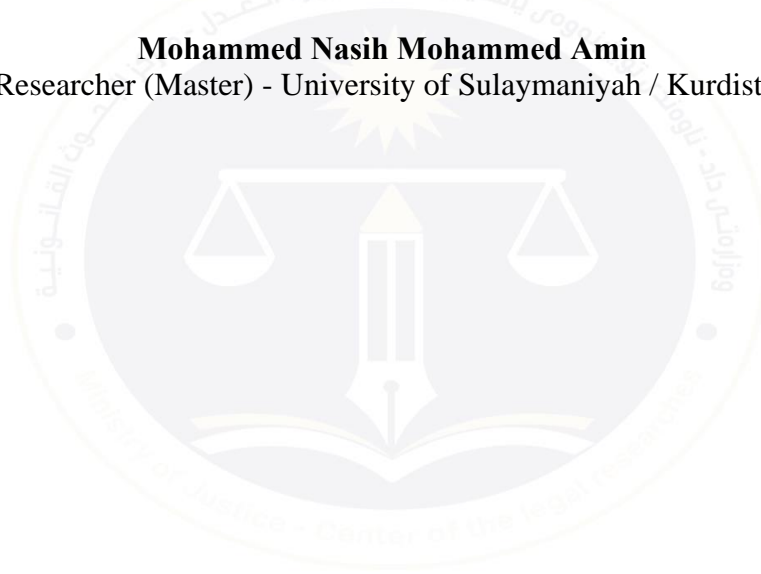
**The discrepancy in criminal protection of public morals in comparative legislation**  
**A comparative study**

**Assistant Professor. Dr. Nedal Yassin Hamo**

Associate Professor of Criminal Law - Kingdom University - Bahrain  
Dean of the Faculty of Law

**Mohammed Nasih Mohammed Amin**

Legal Researcher (Master) - University of Sulaymaniyah / Kurdistan - Iraq



## تفاوت الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة دراسة مقارنة

الدكتور نضال ياسين حمو

أستاذ القانون الجنائي المشارك - جامعة المملكة - البحرين

وعميد كلية الحقوق

محمد ناصح محمد أمين

باحث قانوني (ماجستير) - جامعة السليمانية / كردستان - العراق

### الكلمات المفتاحية:

الحماية الجنائية، الآداب العامة، التحريض على الفسق والفجور، الفعل الفاضح المخل بالحياء، جريمة الدعارة أو البغاء، التشريعات الجنائية المقارنة.

### كلمته ووشه:

پاراستنی تاوانکاری، رهوشتی گشتی، هاندان بو بی رهوشتی و بهر ه لای، کردوهی ناشایسته به رهوشتی گشتی، تاوانی لهشفروشی یان لهشفروشی، یاسای تاوانکاری بهراوردکاری.

**Key words:** Criminal protection, public morals, incitement to debauchery and lechery, indecent act, crime of prostitution or prostitution, comparative criminal legislation

### مقدمة

حرص التشريع الجنائي على حماية الأخلاق والآداب العامة باعتبارهما قيماً علياً للمجتمع، لذلك سعى القانون إلى توفير الحماية الجنائية لهما من خلال تجريم السلوك الذي يتعارض مع هذه القيم الاجتماعية والأخلاقية، بل انه في كثير من الأحيان سعى كذلك إلى حماية الكثير من التقاليد والأعراف الإيجابية السائدة في المجتمع. ولا شك اننا لا نعدم تأثير البيئة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية بصورة

عامة، بل إلى حد كبير تأثير التعاليم الدينية أيضاً في وقوع الكثير من الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة... فكلما زادت فرجة الانفتاح الاجتماعي والاقتصادي وعدم الاستقرار السياسي، فضلاً عن تعدد الثقافات وولوج ثقافات جديدة إلى المجتمع، وانحسار الوازع الديني، والتراخي في الالتزام به، كلما ضعف الالتزام بهذه القيم، الأمر الذي يستوجب مزيداً من التدخل القانوني في حمايتها؛ ذلك ان عدم احترام هذه القيم يكاد يصبح ظاهرة اجتماعية نعيشها الآن. وعلى الرغم من وجود النصوص العقابية التي تحمي هذه القيم، إلا اننا نلاحظ ان هناك تفاوتاً في هذه الحماية وهذا ما سنبينه من خلال هذا البحث.

### أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا البحث في الآتي:

تسليط الضوء على الحماية الجنائية للأخلاق والآداب العامة، بغية الوقوف على هذه الحماية وتفعيل دورها، بقصد حماية الأمن الاجتماعي، وذلك من خلال حماية الأسرة وخصوصية العائلة إلى جانب تنظيم الحياة الجنسية التي تعد بدورها إذا لم يتم ضبطها من أهم العوامل المؤثرة في المجتمع والتي تمثل انتهاكاً صارخاً للكثير من قيمه. حماية الأخلاق والآداب العامة من خلال تجريم بعض السلوكيات المستحدثة، والتي أفرزها التطور التكنولوجي والتقني بشكل متسارع في السنوات الأخيرة، ومنها إنشاء المواقع الإباحية، أو نشر معلومات مخلة بالأخلاق والآداب العامة.

يقتضينا البحث، بحث طبيعة الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، لأنها بحكم ما أشرنا إليه في البند السابق أصبح الكثير من هذه الجرائم اليوم، من الجرائم العابرة للحدود بعد ان كانت جرائم محلية بحتة، وبهذا تزداد أهمية البحث فيها من هذا الجانب.

### مشكلة البحث

تثور مشكلة البحث في هذا الموضوع حول مدى كفاية النصوص القانونية في حماية الأخلاق والآداب العامة، ومدى التفاوت أيضاً في هذه الحماية؟ وهل نجحت التشريعات الجنائية المقارنة ومنها العراقي في ذلك؟ وبخاصة في ظل التطورات الدولية بعد ان أصبحت هذه الجرائم الماسة للأخلاق عابرةً للحدود.

### منهجية البحث

تعتمد دراستنا في هذا البحث على المنهج المقارن، وذلك من خلال الكشف عن أوجه الشبه والاختلاف بين الأنظمة القانونية المختلفة بخصوص حماية الأخلاق والآداب العامة، وتفاوت هذه الحماية بينها، ثم بيان مواطن القوة والضعف، وتحديد القصور والنقص في معالجة هذه التشريعات لفكرة الآداب العامة.

### جديد في البحث

لا شك في أن قيمة أي عمل بحثي تتوقف على مقدار ما يمكن أن يضيفه من فهم ومعلومات، أو إثارة الاهتمام به والتنبيه إليه، لذا فإن غاية البحث في موضوع تفاوت الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة، هو الاطلاع على التشريعات محل البحث وإمكان الاستفادة منها وتزويد المشرع العراقي بالحلول القانونية لاستكمال مواطن النقص في معالجة الموضوع، وبما لا يتعارض مع قيمنا أو أعرافنا المحلية، وبما لا يتقاطع مع ديناميكية وسرعة التحولات التي أفرزتها حضارة اليوم والقت بظلالها على الكثير من قيم المجتمعات وأعرافها.

### هيكلية الدراسة

تأسيساً على ما تقدم ذكره، فإننا سنعالج موضوع البحث عبر الخطة الآتية:  
المبحث الأول: فكرة الآداب العامة بين المفهوم والمدلول.  
المبحث الثاني: نطاق الحماية الجنائية للآداب العامة والآثار المترتبة عليها.  
الخاتمة.

## المبحث الأول

### فكرة الآداب العامة بين المفهوم والمدلول

تمهيد وتقسيم:

يعد مصطلح الآداب العامة من المصطلحات التي ظهرت حديثاً ان كان على مستوى التشريع أو الفقه أو القضاء، على الرغم من ان هناك من يخالف ذلك، ويعود بهذا المصطلح إلى فترة زمنية ليست بالقريبة، وان لم تكن بهذه المظاهر والصور والمفهوم الذي هو عليه الآن، نظراً للتطور الكبير الذي شهده هذا المصطلح منذ بدايات القرن التاسع عشر وبخاصة على مستوى الفقه والتشريع.

عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نبين في الأول تحديد مفهوم فكرة الآداب العامة، فيما نفرد المطلب الثاني لبيان دلالات هذه الفكرة وتنوع معاييرها.

## المطلب الأول

### تحديد مفهوم فكرة الآداب العامة

تمهيد وتقسيم:

تنوعت التعاريف والآراء الفقهية للآداب العامة تنوعاً كبيراً، والسبب في ذلك يرجع إلى اتساع مضمون الآداب العامة ونطاقه من جهة، وإلى اختلاف مفهوم الآداب العامة من حيث الزمان والمكان من جهة ثانية. ونظراً لغموض ومرونة فكرة الآداب العامة؛ فقد سعى الجميع خلفها دون أن يتم احتواؤها وتحديدها بدقة، وعدم تعريفها تعريفاً جامعاً مانعاً، فضلاً عن ان فكرة الآداب العامة من المسائل المطبقة والمكرسة في القواعد القانونية، سواء كانت تنتمي لفروع القانون العام أم فروع القانون الخاص، وغني عن القول أن تطبيقات الآداب العامة في القانون واسعة لا يمكن حصرها، بحكم طبيعة مفهومها<sup>(1)</sup>.

عليه سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

(1) عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي - بيروت، 2005، ص 49 وما بعدها، ود. علاق عبدالقادر، إشكالية تحديد مفهوم للنظام العام، مجلة المعيار - الجزائر، المجلد العاشر، العدد 4، ديسمبر 2019، ص 4.



الفرع الأول: مضمون فكرة الآداب العامة  
الفرع الثاني موقف الفقه من الآداب العامة

## الفرع الأول

### مضمون فكرة الآداب العامة

إن البحث في تحديد الآداب العامة أمر ليس باليسير، إذ أن فكرة الآداب العامة متغيرة تتطور وتختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، لذا فمن غير الممكن تبني تعريف مشترك لفكرة الآداب العامة والوقوف على مضمونها بشكل دقيق وذلك لسعة نطاقها مما يحول دون تعيينها وتمييزها بشكل ثابت<sup>(1)</sup>، فهناك من عرف الآداب العامة بأنها مجموعة من القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي، فالعادات والتقاليد والعرف والدين، وإلى جانب ذلك، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي يخضع الناس له ولو لم يأمرهم القانون بذلك<sup>(2)</sup>.

كذلك عرفها البعض بأنها (مجموعة من القواعد والمبادئ وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس وليد العادات المتأصلة والاعتقادات الموروثة وما جرى به العرف وتواتر الناس عليه)<sup>(3)</sup>، أي (أن الآداب العامة هي في ذاتها تحمل العقيدة في إلزامها)<sup>(4)</sup>.

(1) د. سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص 90.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، عقد الهتافة، التعريف به، ومدى مشروعيته، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي - جامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 2، تشرين الثاني 2007، ذو القعدة 1428، ص 440.

(3) سعيد سيف السبوسي، النظام العام والآداب العامة وأثرها على تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة - الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، السنة جوان 2019، ص 358.

(4) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 272.

وجدير بالذكر أن فكرة الآداب العامة على الرغم من أنها نسبية ومرنة، هي في الوقت نفسه نسبية ومتغيرة من زمان لزمان ومن مكان لآخر، مثال ذلك في القانون المدني؛ نرى عقد (التأمين) على الحياة مثلاً لا يعتبر الآن مخالفاً للآداب العامة بعد أن كان كذلك في الماضي، وعقد (التهافة) وهو الذي يتم بين مدير المسرح ومن يستأجرهم لترويج المسرحية عن طريق التهاتف والتصفيق كان سابقاً منافياً للآداب العامة، وكان القضاء الفرنسي يحكم ببطلانه، أما الآن فلم يعد كذلك بعد أن أصبحت وسائل الإعلان والدعاية من الوسائل المباحة والمشروعة، بأن الآداب العامة كالنظام العام قوام فكرتها تكمن في الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية تبعثها العوامل المذكورة سابقاً<sup>(1)</sup>. وهذا يجرننا إلى أن الآداب العامة تشكل الوجه الأخلاقي للنظام العام، أي بمعنى آخر هي عبارة عن مجموعة المعايير السلوكية المعتمدة في مجتمع وزمن معينين، وهي الأسس اللازمة للحفاظ على أخلاقية الأفراد وسلوكياتهم أثناء إدارتهم لعلاقاتهم<sup>(2)</sup>.

زيادةً على أن الآداب العامة مع النظام العام، يمثلان الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه وتجعله يتماشى مع سنة التطور في الجيل والبيئة، والقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذه الدائرة المحاطة بالمرونة، بل مشرع يتقيد بآداب عصره ومصالح أمته<sup>(3)</sup>.

فكرة الآداب العامة في القانون الجنائي لا ينظر إليها إلا من ناحية العلاقة الجنسية، لأن الأخلاق في مادة الجنس تنحصر في مقتضيات ضرورة إخفاء كل ممارسة جنسية عن بصر المجتمع وسمعه، حماية لحشمة المجتمع وحفاظاً على الحياء فيه<sup>(4)</sup>، بمعنى آخر في القانون الجنائي فإن الآداب العامة لا تعني شيء سوى الاحترام والتقدير للحد الأدنى من

(1) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، ص 112.

(2) د. محمد علي عبدة، نظرية السبب في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، 2004، ص 50.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ص 400.

(4) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الإسكندرية، 1989، ص 735 وما بعدها.

القيم الخلقية التي تهدف إلى حماية الحشمة والحياء في المجتمع من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق غاية القانون ومهمته بأن يسود النظام وأن تسود الفضيلة، وليس من مهمة القانون تحقيق طهارة النفوس وتزكيتها.

## الفرع الثاني

### موقف الفقه من الآداب العامة

لو رجعنا إلى الفقه لوجدنا خلافاً كبيراً في موقفه من الآداب العامة، فيرى الفقيه (مالوري Maluaurie) الآداب العامة بأنها: "السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة"<sup>(1)</sup>، بينما يرى الفقيه (هيمارت Hemart) بأنها "القواعد التي وضعها الشارع لصالح الجماعة"<sup>(2)</sup>، أما الفقيه (هوك Huc) فهو لا يرى في الآداب العامة إلا أنها العادات المكتسبة الثابتة والتي رعاها القانون الوضعي وبينها<sup>(3)</sup>، أو هي "كل ما يرتب مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (روابط القانون العام) أم اجتماعية (القوانين الجزائية وما يتعلق بتكوين الأسرة وحالة الأشخاص المدنية والأهلية) أم اقتصادية (كالقواعد التي نصت على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حراً أمام الجميع)، أم خلقية (المعبر عنها بقواعد الآداب)"<sup>(4)</sup>.

وجدير بالإشارة إلى أن الآداب العامة تختلف عن (حسن الأدب) التي تعني تلك الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع التي يرى الناس أنها هي الواجبة الاتباع<sup>(5)</sup>، وخارجة عن القانون الوضعي. أما مسألة استعمال مصطلح (الآداب العامة)

(1) مشار إليه لدى: عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبوبكر بلقايد، الجزائر، 2016/2015، ص 27.

(2) مشار إليه لدى: عليان عدة، مرجع سبق ذكره، ص 28.

(3) مشار إليه لدى: د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1958، ص 309.

(4) د. علاق عبدالقادر، مرجع سابق، ص 5.

(5) هدى عبدالواحد جاسم حميدي، الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة النهرين، 2015، ص 11.

كترادف لمصطلح (الأخلاق)<sup>(1)</sup>، فقد اختلف الفقه بشأن ذلك، فهناك من يرى بأن كلاهما مترادفان<sup>(2)</sup>، ومنهم من يرى بوجوب استعمال كل منهما منفردين؛ لأن مفهوم (الأخلاق) أوسع وأشمل من (الآداب العامة)<sup>(3)</sup>، والآداب العامة هي الحد من المبادئ الأخلاقية التي من واجب المجتمع احترامها، لذلك فإن (الآداب العامة) ترادف (الحياء) وتشمل كل ما من شأنه حفظ كرامة الأفراد في المجتمع<sup>(4)</sup>.

ومن الجدير بالذكر ان قواعد الآداب العامة إذا كانت تتصل بالأسس الأخلاقية في المجتمع فإنها لا تعني جميع الأخلاق، فهما يتغيران من حيث النطاق، لأن نطاق قواعد الآداب أضيق من نطاق الأخلاق التي تتبع بواقع من الشعور الذاتي وتقترب بجزء أدبي. أما قواعد الآداب، فإنها تمثل الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازمة والضرورية لحفظ كيان الجماعة وبقائها، ويترتب على عدم مراعاتها اختلال كيان المجتمع وعدم سلامته، ولذلك يتحتم على الجميع مراعاتها وعدم المساس بها، أو خرقها والابطل كل تصرف يجانبها<sup>(5)</sup>. وعليه نؤيد الرأي الفقهي الذي صرح بشمولية (الأخلاق)، إذ يرى أن الأخلاق أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً من الآداب العامة؛ فقواعد الأخلاق يتم توارثها من جيل لآخر والآداب العامة مكتسبة فهي من معطيات المجتمع وتقاليد<sup>(6)</sup>. كما أنه ليس هناك تطابق بين الآداب العامة والأخلاق، بل في حال تطابقهما تصبح الدولة دولة بوليسية؛ يتحول فيها عمل القانون من ضبط السلوك الاجتماعي إلى الرقابة على الضمائر. وتأسيساً على ذلك يتساءل الفقيه (لوران Luran) عن دائرة البحث عن الآداب العامة، هل هي دائرة الأخلاق

- (1) نجيب شكر محمود، سلطة الإدارة في حماية الأخلاق العامة وأثرها في الحريات العامة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، 2006، ص 7.
- (2) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 27.
- (3) هدى عبدالواحد جاسم حميدي، مرجع سابق، ص 12.
- (4) محمد احمد عابدين ومحمد حامد قمحاوي، جرائم الآداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 11 وما بعدها.
- (5) د. محمد سليمان الأحمد ود. نضال ياسين حمو، المنشطات الرياضية من قاعدة الإباحة الجنائية إلى قانون الجريمة الرياضية، دار جهيته، عمان، 2002، ص 103؛ وكذلك عبدالباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، 1989، ص 215.
- (6) هدى عبدالواحد جاسم حميدي، مرجع سابق، ص 13.

الفلسفية؟، أم هي جزء من الضمير الإنساني إلى جانب الأخلاق؟<sup>(1)</sup>. وصفوة القول: إن دائرة (الأخلاق) هي الأوسع وقواعدها هي الأشمل؛ لأن قواعد (الآداب العامة) تهتم بواجب الفرد نحو المجتمع لوحده فقط، في حين أن قواعد (الأخلاق) إضافة إلى ذلك تهتم بواجب الفرد نحو نفسه، أي بالنوايا والبواعث زيادةً على السلوك المادي الخارجي، وبهذا فإن قواعد (الأخلاق) غايتها هي الوصول بالإنسان إلى السمو النفسي، لذلك فالأصل أن لا يترتب الجزاء على مخالفة قواعد (الأخلاق) إلا ما ينص عليه القانون. أما قواعد (الآداب العامة) غايتها تكمن في حماية المجتمع من بعض أنواع السلوك الإنساني الذي يمكن بواسطته انحلال المجتمع والانحدار به، زيادةً على توقيع الجزاء - المدني والجزائي - على من يخالف قواعدها، وبالتالي فإن (الآداب العامة) هي جزء من النظام العام وتستمد خصائصها من هذا النظام المتغير باختلاف الزمان والمكان ومن جيل إلى جيل في المجتمع الواحد.

وعليه فإنه من الضروري أن نفتح أذهاننا عند البحث في موضوع الآداب العامة؛ ونعلم بأن حركية فكرة الآداب العامة وطبيعتها أثرت بشكل كبير على محاولات الفقه لإيجاد تعريف جامع ومانع لها، فكل تعريف يقيم ويؤسس مضمون الآداب العامة على مجموعة عناصر وخصائص وميزات وأهداف وأسس والتي من خلالها تسعى الآداب العامة إلى تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع من جهة، وتستبعد جميع المصالح الحيوية من المساس بجوهرها من جهة ثانية.

## المطلب الثاني

### دلالات فكرة الآداب العامة ومعياري تحديدها

#### تمهيد وتقسيم:

لتطبيق فكرة الآداب العامة على الوجه السليم والهادف إلى حماية المجتمع، لا بد من وجود السمات المميزة لها لتحقيق هذا الهدف، ولكي تطبق فكرة الآداب العامة بشكل يغطي جميع مكونات عناصر النظام العام يجب أن نحدد تلك المعايير التي بموجبها تبرز حقيقة هذه الفكرة وكيفية تجسيدها.

(1) مشار إليه لدى: د. عبدالله الجليلي، مرجع سابق، ص 309.

عليه سنبحث في هذا المطلب السمات المميزة لفكرة الآداب العامة وتنوع معاييرها، وذلك فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: السمات المميزة لفكرة الآداب العامة

الفرع الثاني: التنوع في المعيار للآداب العامة

## الفرع الأول

### السمات المميزة لفكرة الآداب العامة

تمهيد وتقسيم:

سنتناول في هذا الفرع السمات المميزة لفكرة الآداب العامة، وأثر تلك السمات على تطبيقات فكرة الآداب العامة في المنظومة القانونية، وذلك من خلال المقاصد التالية:

#### المقصد الأول: التعددية في المرجعية

يرى الفقيه الفرنسي (جورج ريبير Georges Ripert) أن القانون يجب أن يطبق على مجتمع إنساني، وأن يرتكز على الأخلاق الدينية، وهذه الأخلاق بتصورها الخاص لغايات الإنسان في هذا العالم، تفرض طائفة من القواعد التي لا تهدف إلى ضمان احترام القريب فقط، بل تهدف إلى تهذيب الروح أيضاً، فهي مجموعة من القواعد الخلقية المحددة التي تنظم واجبات الإنسان نحو ربه، وواجباته نحو نفسه ونحو غيره. وكلما انتصر تطبيق هذه القواعد كان ذلك دليلاً واضحاً على تقدم الحضارة<sup>(1)</sup>. ومع ذلك فهناك قواعد قانونية لا تبررها إلا قاعدة خلقية اتخذتها القواعد القانونية أساساً لها، وهذه القاعدة الخلقية لا يمكن تبريرها إلا بفكرة دينية<sup>(2)</sup>.

وعليه تعتبر المرجعية الدينية والخلقية من أهم العوامل التي تؤثر في الناموس الأدبي للأمم، يضاف إلى ذلك العرف والعادات والتقاليد التي يسير عليها المجتمع<sup>(3)</sup>. ولمعرفة ما إذا كانت القاعدة تتعلق بالآداب العامة من عدمه، فإنه يرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه الناس وانتهجوه بحيث يعتبر من الآداب العامة التي يترتب على مخالفتها البطلان بالنسبة

(1) مشار إليه لدى: د. عبدالله الجليلي، مرجع سابق، ص 311.

(2) مشار إليه لدى: د. عبدالله الجليلي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(3) سعيد سيف السبوسي، مرجع سابق، ص 358.

للتصرفات المدنية؛ والجريمة للسلوكيات المجرمة.

ففي فرنسا هناك من يرى أن الآداب العامة هي في مجموعها الآداب الرسمية؛ وهي الأخلاق المثالية والمبادئ التي يمكن استخلاصها في هذا الصدد من فكرة المشرع في عمومها<sup>(1)</sup>. وهذا التعبير منتقد تماماً، بشكل لا يمكن أن يؤدي إلى فائدة من الناحية القانونية، زيادةً على أنه تعبير غامض لا تستخلص منه فكرة واضحة، علاوة على أنه متناقض أيضاً؛ لأن معيار الآداب المثالية لا شيء سوى أنه معيار فلسفي بحث بواسطته يبحث الفيلسوف عن المثل العليا<sup>(2)</sup>.

أما في مصر فإنه من الثابت أن الدين عنصرٌ من العناصر التي تحكم الآداب العامة<sup>(3)</sup>، وكذا في العراق تعتبر الآداب العامة هي القواعد التي يتبعها الأفراد داخل المجتمع بناءً على العرف المستقر والعادات الموروثة والمعتقدات الثابتة<sup>(4)</sup>. ويعتبر الدين عنصراً من العناصر الرئيسة التي تحكم قواعد هذه الآداب العامة.

استناداً إلى ما سبق، فإن الفقه القانوني في كل من مصر والعراق قد تأثر بالفقه الفرنسي تأثيراً شديداً، لكن تختلف الآداب العامة في الفقه الفرنسي بأن مرجعها الدين المسيحي والآداب المسيحية؛ في حين أن الآداب العامة في الفقه القانوني العربي في مصر والعراق مرجعها الشريعة الإسلامية لأن الدين الرسمي فيهما هو الإسلام<sup>(5)</sup>.

### المقصد الثاني: الاختلاف في النهج المتبع

من المعلوم أن المنظومة القانونية هي انعكاس للنظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والثقافي السائد في أي مجتمع، فالقاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، ومنه الآداب العامة باعتبارها تحمي المصالح الجوهرية للمجتمع، مهما كان مصدرها اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً، فإن مصالح أي مجتمع ليست بالضرورة هي نفس مصالح مجتمع آخر، وبالتالي فالاختلاف في النهج الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والثقافي يؤدي إلى

(1) Saiget, Le Contrat Immoral, Paris, 1939, pp 40 – 41.

(2) د. عبدالله الجليلي، مرجع سابق، ص 312.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 400.

(4) د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزامات، ج1، دون مكان وسنة النشر، ص 127 وما بعدها.

(5) بموجب نص المادة (2) من دستور مصر الصادر عام 2014، ونص المادة (2/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الاختلاف في المنظومة القانونية<sup>(1)</sup>، وفي النهاية فهذا الاختلاف في النهج المتبع من السمات المميزة لفكرة الآداب العامة.

#### المقصد الثالث: نسبية فكرة الآداب العامة

كما قلنا سابقاً تختلف الآداب العامة باختلاف الزمان والمكان، فما هي من الآداب العامة في زمان ومكان معينين ليس بالضرورة أن تكون كذلك في زمان ومكان آخرين، كمسألة تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والديانة المسيحية، في الدول الإسلامية والدول الأوروبية<sup>(2)</sup>، أو كما أعاد القانون الاتحادي الجديد للجرائم والعقوبات الإماراتي لسنة 2021 العمل بتجريم ممارسة الجنس خارج إطار الزواج بالتراضي بعدما تركها من قبل. وبهذا الشكل قد يرقى العرف والعادات والتقاليد إلى قواعد قانونية بمرور الزمن وبالتغيرات التي يشهدها المجتمع.

فطابع النسبية وعدم الثبات تبقى من السمات المميزة لفكرة الآداب العامة، خصوصاً إذا تعلقت هذه النسبية باختلاف حقيقي وجوهري داخل المجتمع في مجالات الجغرافية والتاريخ والعقيدة والثقافة، ومن ثم عدم ثبات فكرة الآداب العامة، هو نقطة التحول في طبيعة المنظومة القانونية السائدة في مجتمع معين أو دولة ما.

#### المقصد الرابع: الانتماء كأحد السمات المميزة لفكرة الآداب العامة

حسب الحالة التي تتدخل فيها الآداب العامة بهدف حمايتها أو حسب مصدر القواعد القانونية المنظمة لهذه الحالات، قد تتخذ هذه الفكرة صوراً وتسميات وأشكالاً مختلفة تماماً، منها الآداب العامة الاقتصادية، والآداب العامة التشريعية، والآداب العامة القضائية<sup>(3)</sup>، إضافة إلى الآداب العامة الدينية والآداب العامة الاجتماعية... إلخ. وهذا إلى جانب وجود شرائع عالمية معروفة والتي تضم مجموعة عائلات مكونة بدورها من مجموعة دول تتقاسم وتشارك في المبادئ والأسس والانتماء الديني والتاريخي والحضاري والثقافي، تُعرف بالأنظمة القانونية المقارنة، أهمها (الشريعة اللاتينية)

(1) د. علاق عبدالقادر، مرجع سابق، ص 9.

(2) عليان عدة، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

(3) JACQUES FLOUR, JEAN - LUC AUBERT, ERIC SAVAUX, Droit Civil Les Justed (26) Obligations, 01 - L'acte juridique, 10e 2dition, Armand Colin, D. Delta, ed. 2002, p. 200 - 218.



و(الشريعة الأنجلوساكسونية)، فإن المنظومة القانونية لكل دولة بسبب الخصوصيات والمعطيات الداخلية قد تختلف عن غيرها في الدول الأخرى<sup>(1)</sup>، وبالتالي فالآداب العامة تؤكد على سمو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وأنها تحد في ذات الوقت من مبدأ سلطان الإرادة.

## الفرع الثاني

### معيار تحديد فكرة الآداب العامة

إن معيار الآداب العامة ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه وتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تعارف عليه الناس. وهو في الوقت نفسه معيار غير ثابت، يتطور طبقاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب العامة فيما مضى، وعلى العكس هنالك أمور الآن أصبحت مخالفة للآداب العامة، في حين لم تكن سابقاً كذلك كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية<sup>(2)</sup>.

يتضح مما تقدم، أن معيار تحديد الآداب العامة يتطور طبقاً للبيئة الاجتماعية<sup>(3)</sup>، فلو نظرنا إلى مجتمع في زمن معين، فاننا نجد فيه أن أموراً معينة مخالفة للآداب العامة وتشكل جريمة مثل تقبيل الزوج لزوجته في مكان عام، أو ارتداء ملابس البحر على الشاطئ، لكن في فترة لاحقة ونظراً لحدوث التطور الاجتماعي أصبحت هذه العادات لا تخالف الآداب العامة بسبب الانفتاح الاجتماعي والثقافي والاهتمام بالتنمية الاقتصادية من خلال الاهتمام بالسياحة والرياضة وهكذا.

ففكرة المعيار المحدد للآداب العامة هي فكرة موضوعية لا ذاتية، على الرغم من أن محل هذا المعيار هو الناموس الأدبي؛ لكن لا يمكننا أن نستبعد موضوعية هذا المعيار عن فكرة النسبية للآداب العامة، وخاصة عند تحديد فكرة الآداب العامة في مجتمع معين، وفي زمان ومكان معينين، لأنهما فكرتان؛ فكلاهما وجهان لعملة واحدة.

(1) د. علاق عبدالقادر، مرجع سابق، ص 9.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 400 وما بعدها.

(3) د. عبدالحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 67 وما بعدها.

## المبحث الثاني

### نطاق الحماية الجنائية للآداب العامة والآثار المترتبة عليها

تمهيد وتقسيم:

من المؤكد نظراً للتطورات والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية التي يمر بها العالم بشكل عام، وتأثيراتها على المجتمعات الشرقية خصوصاً والمجتمعات العربية بشكل أخص، فإن حماية الآداب العامة لها الدور العظيم في الحفاظ على السلم الاجتماعي من الأفعال التي تمس الأفراد من جهة، والتنظيم السليم والهادف للحياة الجنسية من جهة أخرى، إذ يكفل تحسين الدور الاجتماعي للعائلة في التمسك بالمبادئ والقيم الاجتماعية.

من المؤكد ان سبب ارتكاب الجرائم المخلة بالآداب العامة يرجع إلى إصابة الغريزة الجنسية باختلال يعرف ب(التضخم الجنسي أو الجنسية المرضية) في الذكور، بحيث يندفع المصابون فيه من الرجال إلى ارتكاب جرائم الاعتداء على الأعراض بالإكراه، كما أن الغريزة الجنسية التي يعتبرها (فرويد) الدافع الرئيس لمختلف نواحي النشاط الإنساني، قد تصاب بانحراف يسمى ب(الانحراف الجنسي) وخصوصاً من يصاب فيه من الرجال الذين يميلون إلى النشاط الإيجابي على آخرين من جنسهم الذي ينجم عن تعرض المصاب قبل نضوجه إلى ظروف اجتماعية فاسدة فسحت أمامه مجال ممارسة الاتصالات الجنسية بتلك الطريقة المنحرفة مما يجعله لا يشعر بإشباع جنسي تام إلا عن طريق ذلك السبيل المعوج<sup>(1)</sup>.

وعليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بفكرة الآداب العامة

(1) يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان - النجف الأشرف، 1972، ص 4.

## المطلب الأول

### الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن الجرائم المخلة بالآداب العامة تعتبر من اخطر الجرائم من حيث مساسها بالمجتمع، ذلك أن خطورة هذه الجرائم تتعلق بكيان الأسرة والعائلة التي تعد النواة الحقيقية والأولية للمجتمع، فإن نفشت هذه الجرائم جعلت الأسرة عرضة للتفكك والانحلال مع انها الأساس الذي يقوم عليه المجتمع.

وعليه سنبحث في هذا المطلب الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تطبيقات فكرة الآداب العامة في التشريعات المقارنة

الفرع الثاني: العلة من تطبيق فكرة الآداب العامة في التشريعات المقارنة

## الفرع الأول

### تطبيقات فكرة الآداب العامة في التشريعات المقارنة

تمهيد وتقسيم:

هناك مجموعة من السلوكيات التي يرفضها ويستنكرها المجتمع، والتي من شأنها تهديد الأمن الاجتماعي والأخلاقي ومنها ما يتنافى مع الذوق العام لجسامة الضرر الذي يلحق بالمجتمع نتيجة ممارستها، لأن ممارستها تشجع على ارتكاب أفعال أكثر خطورة، وهذا النوع يعبر عنه بالرديلة أو الفواحش<sup>(1)</sup>. ومن الأمثلة عليها جريمة الحرض على الفجور وجريمة الدعارة وجريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء العلني. ورد النص على هذه الجرائم في الباب التاسع من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل تحت عنوان (الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة؛ وفي الباب الرابع من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل تحت عنوان (هتك العرض وإفساد الأخلاق)؛ وفي

(1) د. نافع تكليف مجيد، جريمة التحريض على الفجور أو الفسق في قانون العقوبات العراقي، مجلة رسالة الحقوق - كلية القانون/ جامعة كربلاء، السنة الرابعة عشرة، العدد الرابع، تشرين الأول 2022، ص 226.

الباب السابع من قانون العقوبات اللبناني رقم 340 لسنة 1943 المعدل تحت عنوان (في الحض على الفجور والتعرض للأخلاق والآداب العامة)؛ وفي الفصل الخامس من قانون العقوبات الإماراتي رقم 3 لسنة 1987 المعدل تحت عنوان (الجرائم الواقعة على العرض).

وعليه سنبحث في هذا الفرع تطبيقات فكرة الآداب العامة في التشريعات المقارنة، في المقاصد الأربعة التالية:

### المقصد الأول: جريمة الحض على الفجور

على الرغم من أن هذه الجريمة من الجرائم المخلة بالآداب العامة إلا أن قانون العقوبات العراقي لم يبين القصد من تعبير الحض على الفجور أو التحريض على الفسق والفجور عندما نصّ على أنه: " يعاقب بالحبس كل من حرض ذكراً أو انثى لم يبلغ عمر أحدهما ثماني عشرة سنة كاملة على الفجور واتخاذ الفسق حرفه أو سهل لهما سبيل ذلك، وإذا كان الجاني ممن نص عليه في الفقرة (ب) من المادة 393 أو قصد الربح من فعله أو تقاضى أجراً عليه فيعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس"<sup>(1)</sup>. ويبدو أن هذا الأمر يتطلبه حسن تنظيم السياسة الجنائية السليمة، وذلك بالنظر لقصور التعاريف عن الإحاطة بشكل جامع ومانع بكل ما هو " حضاً أو تحريضاً على الفجور"، إذ ترك المشرع الأمر للفقهاء والقضاء لبيان ذلك ولبحث ما يعد " حضاً أو تحريضاً على الفجور"<sup>(2)</sup>. وخلافاً للمشرع الجنائي العراقي فقد أوردت بعض التشريعات الجنائية كالتشريع اللبناني والسوري تعريفاً للتحريض<sup>(3)</sup>.

وجدير بالذكر أن التحريض على الفسق والفجور يختلف تماماً عن الأنواع الأخرى من التحريض، فالتحريض المنصوص عليه في المادة (48) من قانون العقوبات العراقي

(1) المادة (399) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل، ويقابلها نص المادة (269) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل، ونص المادة (523) من قانون العقوبات اللبناني رقم 340 لسنة 1943 المعدل، ونص المادة (360) من قانون العقوبات الإماراتي رقم 3 لسنة 1987 المعدل، ونص المادة (495) من قانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949 المعدل.

(2) د. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 234.

(3) د. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 235.

رقم 111 لسنة 1969 المعدل يعتبر التحريض وسيلة من وسائل الاشتراك في ارتكاب الجريمة، بينما التعريف المشار إليه في المادة المذكورة هو جريمة قائمة بذاتها لها أركانها وعقوبتها، ولا يتطلب القانون فيها تحقيق الهدف الذي سعى إليه الجاني<sup>(1)</sup>.

ولم يشترط المشرع في أي من القوانين المذكورة أعلاه توافر ركن الاعتداء في جريمة التحريض على الفسق والفجور، أي أنه يكفي لقيام هذه الجريمة وقوع الفعل مرة واحدة من قبل الجاني سواء كان ذكراً أم أنثى، ومن ثم فإن هذا التوجه يعد أكثر حزمًا في توفير الحماية الجنائية للآداب العامة، لأن جريمة التحريض على الفسق والفجور هي من جرائم الخطر والتي لا يترتب عليها ضرر ملموس وإنما يترتب عليها خطر يهدد المصالح التي يحميها القانون<sup>(2)</sup>، ففي هذه الجريمة تكمن هذه المصالح في حماية الحشمة والحياء العام. إضافة إلى ما تقدم، فإن المجتمع الدولي سعى بجهد إلى معالجة جريمة التحريض على الفسق والفجور، لأنها اليوم أصبحت من الجرائم العابرة للحدود، بل أصبحت عالمية وتشكل خطراً حقيقياً على الأخلاق والآداب الدولية، فلا يكفي مواجهتها بالتشريعات الجنائية الداخلية فقط<sup>(3)</sup>، بل يستوجب الأمر التعاون الدولي لمكافحتها وتقليل خطرهما.

#### المقصد الثاني: تجريم الدعارة<sup>(4)</sup>

(1) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة، ص 212 وما بعدها. وكذلك في التشريعات المقارنة حيث يختلف أيضاً عن التحريض بوصفه وسيلة من وسائل الاشتراك في الجريمة، مثلما هو موجود في قانون العقوبات اللبناني رقم 340 لسنة 1943 المعدل، إذ أن التحريض على الفسق والفجور تختلف عن التحريض المنصوص عليه في المادة (217) من القانون المذكور، لأن الأول هو جريمة قائمة بذاتها لها أركانها وعقوبتها. للتفصيل راجع: د. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 237.

(2) وفق نص المادة (1/أ) من قانون مكافحة الدعارة المصري رقم 10 لسنة 1961، ونص المادة (2/3) من قانون الحماية من العنف الأسري رقم 293 لسنة 2014. للتفصيل ينظر: المرجع السابق نفسه، ص 240.

(3) محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت: الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2007، ص 117.

(4) تعددت المصطلحات المستعملة لهذه الجريمة، منهم من يستعمل مصطلح (الدعارة) ومنهم من يستعمل مصطلح (البغاء)، لكن نذهب مع الرأي الذي صرح بأن الدعارة هي بغاء الإناث، والفجور هو بغاء الذكور، والمقصود ببغاء الإناث هو أن تتخذ الأنثى من جسدها محلاً لإرضاء الشهوات ←

لا شك في أن جريمة الدعارة أكثر جسامةً وأشد خطورةً من غيرها من الجرائم الجنسية؛ وهي في مقدمة الجرائم الجنسية التي تمس الأخلاق والآداب العامة. فالمشروع الجنائي العراقي نظم أحكام جريمة الدعارة من خلال إصدار قانون جنائي خاص هو (قانون مكافحة البغاء رقم 8 لسنة 1988)، وهو من (القوانين الجنائية الخاصة). يلاحظ أن المشروع الجنائي العراقي في هذا القانون لم يقصر البغاء على الزنا فقط، بل شمل به اللواط أيضاً<sup>(1)</sup>. وأنه من جهة أخرى قصر البغاء على العلاقات الجنسية المأجورة، في حين كان من الأفضل أن يدخل في نطاق هذه الجريمة أية علاقة جنسية تتصف بالاعتیاد مع عدم التمييز حتى لو كانت الغاية من إقامتها مجرد إشباع الميل الجنسي<sup>(2)</sup>. كذلك في مصر فقد أفرد المشروع قانوناً خاصاً بهذا الشأن وهو قانون مكافحة الدعارة رقم 68 لسنة 1951، وبعد ذلك صدر قانون آخر لمكافحة الدعارة في جمهورية مصر العربية برقم 10 لسنة 1961 النافذ. أما المشروع الجنائي اللبناني - بخصوص جريمة الدعارة - فعلى الرغم من تجريمها ومعاقبتها لم يفرد قانوناً خاصاً لها عن قانون العقوبات، بل خصص المواد (523) حتى (530) من قانون العقوبات اللبناني رقم 340 لسنة 1943 المعدل مثلما فعل المشروع الجنائي الفرنسي في قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1994 المعدل.

ومع ذلك نلاحظ أن الدول تباينت تشريعاتها فيما يتعلق بإباحة أو تجريم البغاء أو الدعارة، فنرى أن البعض قد اعتبرها مهنة فنظم ممارستها بموجب القانون - وبخاصة منذ

←

والميل الجنسية مع الغير، والمقصود ببغاء الذكور فهو أن يستخدم الذكر جسده إرضاء لشهوات والميل الجنسية مع الغير بغير تمييز. وهذا الرأي ينسجم مع ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها المرقم 977 في 1978/1/29 بأن البغاء هو "مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز فإن ارتكبه الرجل فهو فجور وإن قارفته الأنثى فهو دعارة". للتفصيل راجع: إيمان محمد الجابري، جرائم البغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 22؛ ود. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 284.

(1) المادة (1) من قانون مكافحة البغاء رقم 8 لسنة 1988 النافذ، تنص على أنه: "تعاطي الزنا أو اللواط بأجر مع أكثر من شخص".

(2) د. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 286.

بدايات القرن الماضي، بينما اعتبرها آخرون جريمة وعاقب على ممارستها، وأصدر لها القوانين الخاصة بها، أو جرّم ممارستها استناداً إلى قوانين العقوبات - كما أشرنا سابقاً - إلى لبنان. فمن الدول التي أباحت ممارسة البغاء أو الدعارة سابقاً لبنان، حيث نظم أحكامها القانون الصادر بتاريخ 1931/2/6، وكذلك الحال في المملكة الأردنية الهاشمية، حيث تم تنظيم ممارسة الدعارة بموجب لائحة بيوت العاهرات التي صدرت بتاريخ 1905/11/16<sup>(1)</sup>. وفي العراق كان القانون الصادر بتاريخ 1943/5/17 قد أباح ممارسة الدعارة في ذلك الوقت. لكن في وقتنا الحاضر نرى أن عدد الدول التي نظمت الدعارة أو البغاء أقل بكثير من الدول التي ألغتها، وذلك بالنظر لتتائجها الخطيرة وآثارها السلبية على الأمن الاجتماعي والاقتصادي والصحي والديني.

#### المقصد الثالث: الفعل الفاضح المخل بالحياء

تتميز هذه الجريمة بأنها اعتداء على الشعور بالحياء، في حين أن جرائم الاغتصاب وهتك العرض واللواط تقع على الحرية الجنسية للشخص. كما أن طبيعة هذا الفعل تختلف من جريمة لأخرى، لذلك تختلف تلك الجرائم من حيث جسامتها، فجريمة الفعل الفاضح أقل جسامة من هتك العرض، والأخير أقل جسامة من الاغتصاب واللواط<sup>(2)</sup>. وقد نظم المشرع الجنائي العراقي جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء بصورة علنية في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل، وذلك بموجب المادة (401)، فضلاً عن النص على جريمتين أخرتين هما جريمة التعامل بالأشياء المخلة بالحياء أو الآداب العامة، وجريمة التعرض لأنثى على وجه يخذش حياءها، وذلك في المادتين (403 و402/ب)<sup>(3)</sup>.

(1) للتفصيل حول مبررات تنظيم الدعارة أو البغاء. راجع: د. جاسم خريط خلف، مرجع سابق، ص 289 وما بعدها.

(2) قيس لطيف التميمي، شرح قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل بقسميه العام والخاص، الدار السنهوري - بيروت، 2019، ص 860.

(3) ويقابلها المواد (278، 279) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل، المواد (531، 532) من قانون العقوبات اللبناني رقم 340 لسنة 1943 المعدل، والمواد (361، 362) من قانون العقوبات الإماراتي رقم 3 لسنة 1987 المعدل، والمواد (516، 517، 518، 519) من قانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949 المعدل.

وجدير بالإشارة إلى أن علة التجريم في التعرض للأخلاق والآداب العامة أو الفعل المخل بالحياء العلني هي حماية النقاء الأخلاقي للأماكن العامة، أما علة التجريم في الفعل المخل بالحياء غير العلني فهي الحماية الجنائية للحرية الشخصية من العدوان عليها<sup>(1)</sup>، كما ان الحق الذي يحميه القانون في تجريمه لهذا السلوك المخالف للأخلاق والآداب العامة يتمثل في الحفاظ على مشاعر الجمهور من كل ما تقع عليه أعينهم أو يصل إلى سمعهم من جراء ممارسة سلوكيات ذات دلالة جنسية فاضحة ومخدشة للحياء بصورة علنية، حتى وإن لم يوجد وقت وقوعها مجنى عليه بالذات، متى كان المكان الذي حصل فيه الفعل المنافي للأخلاق غير مستور بحيث كان من الممكن أن يؤدي إلى خدش حياء أي شخص فيما لو تصادف وجوده في ذلك المكان لحظة مقارفة الفعل<sup>(2)</sup>. ويستمد معيار تحديد الإخلال بالحياء العام من الشعور العام السائد في المكان والزمان اللذين ارتكب فيهما الفعل. ويعتمد تحديد الشعور العام بالحياء على مجموعة من القيم الدينية والأخلاقية إلى جانب مجموعة من الأعراف والعادات والتقاليد والآداب الاجتماعية التي تسود في المجتمع<sup>(3)</sup>.

وفيما يخص جريمة إنشاء موقع أو نشر معلومات مخلة بالآداب العامة، لدى المشرع العراقي مشروع قانون جرائم المعلوماتية الذي لا زال قيد الدراسة في البرلمان العراقي وهو يعالج جرائم المعلوماتية بما فيها جريمة إنشاء موقع أو نشر معلومات مخلة بالآداب العامة والنظام العام، إلى أنه لم يصدر إلى الآن، وبالتالي علينا الرجوع إلى القواعد العامة في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل لأجل تكييف الوقائع المتعلقة بهذه الجريمة، أي وفق أحكام المادة (403) من قانون العقوبات، في حين نجد أن المشرع الجنائي الإماراتي عالج موضوع إنشاء موقع أو نشر معلومات مخلة بالآداب العامة عبر وسائل التقنية بموجب القانون الاتحادي الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 2

(1) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية - القاهرة، 2004، ص 320 وما بعدها.

(2) جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 357.

(3) قيس لطيف التميمي، مرجع سابق، ص 861.



لسنة 2006<sup>(1)</sup>، كما ان المشرع الجنائي السعودي سلك نفس المسلك عند معالجته للجرائم الناشئة عن إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات بموجب النظام السعودي لمكافحة جرائم المعلوماتية لسنة 2007<sup>(2)</sup>، وفيما يتعلق بقانون الإمارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2004<sup>(3)</sup>؛ لم يُشيرهُ صراحة على تجريم إنشاء أو نشر موقع يخل بالأداب العامة، لكنه أورد عبارة النظام العام في أحكامه، وبالتالي النظام العام هو عبارة عن مجموعة مصالح عليا مشتركة ويدخل في نطاقها الآداب العامة<sup>(4)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن نشير إلى القانون الكندي، فعلى الرغم من أن المشرع لم يعالج جريمة إنشاء موقع أو نشر معلومات مخلة بالأداب العامة عن طريق الوسائل التقنية بنص خاص، فبالإضافة إلى كونها من اشد الجرائم الماسة بالأداب العامة سيما بسبب التطورات التكنولوجية الذي ساهمت في اتساع رقعة انتشار مثل هذه الجرائم والتي أصبحت عابرة للحدود، إلا أنه ينبغي أن يتم تجريم هذه الأفعال بالاستناد إلى القانون النافذ بتاريخ 2002/7/23 الخاص بحماية الطفل من الاستغلال الجنسي ومنها الإباحية عن طريق استخدام الوسائل التقنية الحديثة<sup>(5)</sup>، فقد عاقب القانون المذكور بالسجن كل من يصنع أو يطبع أو ينشر أو كان في حيازته لأغراض النشر صوراً إباحية للأطفال، ويستثنى من الأحكام هذه إذا كانت الصور لأغراض تعليمية أو فنية أو علمية، وبهذا الشكل فإن جريمة إنشاء موقع أو نشر معلومات مخلة بالأداب العامة تندرج ضمن حالة النشر، وبذلك يكون المشرع الكندي قد ساوى في المسؤولية الجنائية بين من ينشر صوراً إباحية للأطفال وبين

(1) ينظر: المادة (20) من القانون الاتحادي الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 2 لسنة 2006.

(2) ينظر: المادة (6) من النظام السعودي لمكافحة جرائم المعلوماتية لسنة 2007.

(3) ينظر: المادة (20) من قانون الإمارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2004.

(4) د. نوفل علي عبدالله ود. محمد عزت، جريمة إنشاء أو نشر معلومات مخلة بالأداب العامة بوسائل تقنية المعلومات، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق - جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 44، السنة 2010، ص 293 وما بعدها.

(5) د. حسين توفيق فيض الله، الإباحية بالأطفال على شبكة الإنترنت، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 37، 2005، ص 76 وما بعدها.

من يحوزها أو يطبعها أو يصنعها<sup>(1)</sup>.

ونرى أن هذه التسوية في المسؤولية الجنائية من المشرع الكندي هي ضرورية لحماية الأطفال من استغلالهم لأغراض جنسية أو إباحية واستعمالهم كوسيلة لكسب المال، وبالتالي فإن هذه التسوية لها أثر كبير في توفير أقصى أنواع الحماية الجنائية للأطفال، فضلاً عن دورها في تقوية الحماية الجنائية للأخلاق والآداب العامة عن طريق تجريم إنشاء موقع أو نشر معلومات مخلة بالحياء والآداب العامة. وعليه ناشد المشرع الجنائي العراقي مساندة المشرع الجنائي الكندي في حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي عن طريق وسائل الاتصال الحديثة من جهة، واستجابة للمتطلبات الدولية التي تنادي بأهمية حماية المجتمع من الجرائم المعلوماتية المخلة بالأخلاق والآداب العامة من جهة أخرى. وحسناً فعل المشرع الجنائي في كردستان في إصدار قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كردستان - العراق رقم 6 لسنة 2008؛ في علاج مسألة إساءة استعمال الهاتف الخليوي، أو أية أجهزة اتصال سلكية أو لاسلكية أو الإنترنت أو البريد الإلكتروني، لغرض التهديد أو القذف أو السب أو نشر أخبار مخلقة تثير الرعب أو تسريب محادثات أو صور متحركة أو الرسائل القصيرة (المسج) المنافية للأخلاق والآداب العامة، أو التقاط صور بلا رخصة أو إذن، أو إسناد أمور خادشة للشرف أو التحريض على ارتكاب الجرائم أو أفعال الفسق والفجور، أو نشر معلومات تتصل بأسرار الحياة الخاصة للأفراد أو العائلة والتي تم الحصول عليها بأية طريقة كانت ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها وتسريبها وتوزيعها الإساءة إليهم أو إلحاق الضرر بهم، وذلك من خلال تجريمها ومعاقبتها بالحبس أو الغرامة أو بهما معاً<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### العلة من تطبيق فكرة الآداب العامة في التشريعات المقارنة

من المعلوم ان المشرع عند تجريمه للسلوك غير المشروع وتقرير الجزاء المناسب له،

(1) د. نوفل علي عبدالله ود. محمد عزت، مرجع سابق، ص 308.

(2) المادة (2) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كردستان - العراق رقم 6 لسنة 2008.

لا يقصد من وراء ذلك مجرد التجريم والعقاب، بل ينشد غاية أبعد من ذلك (العلة)، والتي تكمن في تقرير حماية جنائية لمصلحة يعتبرها المشرع جديرة بالحماية سواءً أكانت تلك المصلحة خاصة بالأفراد أم عامة تخص المجتمع.

ومما تجدر الإشارة إليه ان الجرائم المخلة بالأداب والأخلاق العامة - وبحسب الكثير من التشريعات الوضعية، ترى ان هذه الجرائم، هي من الجرائم ذات الطبيعة الشخصية، لأن الفعل لأي منها لا يشكل جريمة إلا إذا كان قد وقع بدون رضا وقبول الطرف الآخر. وبخاصة في العلاقات الجنسية، إلا إذا كان أحد الطرفين متزوجاً، فإن الفعل يعاقب عليه حتى في حالة التراضي إذا ما توافرت أركان جريمة الزنا على وفق ما ينص عليه القانون. في حين اعتبرت الشريعة الإسلامية هذه الجرائم - خلافاً لذلك من الجرائم العامة، فلا تمس بالضرر من وقعت عليه فحسب، بل تعتبر ماسة بالمجتمع بأسره، لذلك عاقبت الشريعة الإسلامية كل وطء محرم سواء وقع من متزوج أم لا، وذلك للمحافظة على المجتمع بصورة عامة والأسرة قبل ذلك على وجه الخصوص<sup>(1)</sup>.

وبما أن الآداب العامة كانت ولا زالت جزءاً أصيلاً من كيان المجتمع<sup>(2)</sup>، فهي تستوجب توفير حماية لآداب المجتمع وأخلاقياته من الانحلال والانهيار، لأن هذه الجرائم هي في نهاية المطاف تعد من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة للمجتمع، إلى جانب توفير الحماية الجنائية الفردية للأشخاص الذين لم تتجاوز أعمارهم (ثمانية عشرة سنة كاملة)، وبهذه الحماية الجنائية الخاصة تقوية لمركزهم القانوني في ردع من يفسد أخلاقهم ويحاول من خلالهم أن يضر بالمجتمع<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى أن العلة من تجريم هذا السلوك في نطاق الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة هي توفير أقصى أنواع الحماية للشعور بالحياء، وذلك لوجود علاقة بين هذه الجرائم وبين مقتضيات الحياء العام والحشمة، إذ يهدف المشرع الجنائي من وراء هذا التشريع سد كل ثغرة يكمن أن ينفذ منها إشارة أو قول ينطوي على بث الأفعال

(1) يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، مرجع سابق، ص 4.

(2) د. حنان محمد القيسي، المحافظون في العراق، مكتب الغفران، 2012، ص 85.

(3) د. نافع تكليف مجيد، مرجع سابق، ص 229.

القبیحة في المجتمع<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة على الدفع بفكرة الآداب العامة

تمهيد وتقسيم:

مما لا يدع مجال للريب أن فكرة الآداب العامة ذات أثر مزدوج، أي أنها حامية للمصالح العليا في المجتمع، وفي الوقت ذاته تكون فكرة غامضة، الأمر الذي يترتب عليه عدم وحدة الخطاب القانوني لها.

عليه سنعالج هذا المطلب في فرعين على التوالي:

الفرع الأول: حماية المصالح العليا للمجتمع

الفرع الثاني: عدم وحدة الخطاب القانوني للآداب العامة

### الفرع الأول

#### حماية المصالح العليا للمجتمع

من المعلوم أنه يترتب على مخالفة الآداب العامة نتائج عملية مهمة، منها أن جميع القواعد المتعلقة بالآداب العامة هي قواعد أمر، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهي تعد قيدا صريحا وواضحا على مبدأ سلطان الإرادة في إجراء التصرفات القانونية، وهذا يدل على أنه يجب على جميع الأفراد احترامها، وعدم الخروج عليها. لذلك يقع باطلاً الاتفاق الخاص في الكثير من المسائل وبالأخص ما تتعلق في الغالب منها بالعلاقات الجنسية وبيوت الدعارة، لمخالفتها للآداب العامة<sup>(2)</sup>.

ومن ثم فإن تجريم كل ما هو مخل بالأخلاق والآداب العامة على الأغلب ما هو إلا

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم 63/ اتحادية/ 2012 بتاريخ 2012/10/11 ينص على أنه: " إن مفهوم النظام العام والآداب العامة الواردة ذكرهما في الدستور (دستور جمهورية العراق لعام 2005) من المفاهيم التي وردت في العديد من التشريعات وإن القضاء هو الذي يقرر ذلك وهي تختلف بحسب الزمان والمكان".

(2) د. جاسم خريبط خلف، الحماية الجزائية للعرض والآداب العامة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020، ص 226.

تطبيق للأوامر والنواهي الدينية في مختلف الديانات<sup>(1)</sup>، فهذا تكون حماية المعتقدات الدينية وتعاليمها وأوامرها ونواهيها هي جزء لا يتجزأ من الآداب العامة. بالإضافة إلى ما ذكر سابقاً، فإن الآداب العامة لا تخلو من حماية الأعراف السائدة في المجتمع، فضلاً عن أن العرف يدخل في نطاق النصوص القانونية الوضعية في بعض الأحيان، خلافاً للمعتقدات الثابتة التي قد لا تدل على شيء ذي فائدة معينة، وفوق ذلك فإن المعتقدات هذه قد تتعارض فيما بينها من مكان إلى آخر، وهذا التعارض ينفي عنها كونها آداباً عاماً، فالآداب العامة في الموصل هي عينها في السليمانية، أي لا تختلف مهما بعدت شقة البلاد، مع أن المعتقدات الموروثة تختلف من مدينة إلى أخرى، فإن تعارضت الأخيرة مع الآداب العامة لكل سكان العراق مثلاً، أصبحت في نهاية الأمر لا قيمة لها، بل وجب حتى مكافحتها من قبل السلطات المختصة<sup>(2)</sup>.

لذلك نرى أن الآداب العامة لأنها تتسم بطابع المرونة، قد تختلف من مكان لآخر، ففي الدول التي تتبع شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية، ولو كانت الدولة علمانية؛ فإن فكرة الآداب العامة فيها ترجع أصلاً أيضاً إلى المعتقدات الدينية مثال ذلك فرنسا وإيطاليا وغيرها من الدول التي تتبع الشريعة المسيحية، أما الآداب العامة في الدول التي تتخذ من الإسلام الدين الرسمي لها، مثل العراق ومصر والمغرب وغيرها من الدول الإسلامية، فالنصوص الشرعية الإسلامية سواء كانت الآمرة أم الناهية هي جزء كبير من الآداب العامة.

ومن جانب آخر فإن حماية الآداب العامة من خلال تجريم العلاقات الجنسية غير المشروعة غاية تكمن في المحافظة على الصحة العامة ومنع الأضرار التي تنتج غالباً عن اتصال غير مشروع وما يسببه من أمراض مختلفة، وبالتالي قد يؤدي إلى إلحاق الضرر الكبير بالمجتمع والدولة<sup>(3)</sup>.

وتأسيساً على ما سبق فإن فكرة الآداب العامة هي القاسم الأعظم المشترك بين حماية

(1) هدى عبدالواحد جاسم حميدي، مرجع سابق، ص 5.

(2) د. عبدالله الجليلي، مرجع سابق، ص 314.

(3) معوض عبدالنواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 13 وما بعدها.

المصالح العليا للمجتمع وإعادة المجتمع إلى ما هو محمود بحكم الدين والعرف والعادات والتقاليد الرصينة، وبالتالي لا جدال في أن الآداب العامة تدخل في نطاق الأمن القانوني في الدولة، إذ من خلالها تحمي الدولة استقرارها من جهة. ومن جهة أخرى فإن الآداب العامة هي تجسيد حقيقي للتعبير عن قيم ومبادئ المجتمع، وبالتالي فالسلطة التشريعية تهدف إلى تحقيق ما يحتاجه المجتمع من حمايته على وفق الظروف والقيم السائدة فيه حتى يصل في تحقيق الأمن القانوني إلى مبتغاه<sup>(1)</sup>. فضلاً عن أن الآداب العامة ذات طابع اجتماعي واقتصادي وسياسي وثقافي، وهي من العناصر الرئيسة للمحافظة على النظام العام، وهذه المحافظة هي عملية إدارية تقوم بها الإدارة من جهتها.

## الفرع الثاني

### عدم وحدة الخطاب القانوني للآداب العامة

لم يضع المشرع بشكل عام، والمشرع الجنائي بشكل خاص تعريفاً لمفهوم الآداب العامة كمصطلح قانوني تدرج تحته مجموعة من السلوكيات سواء كانت فعلاً أم قولاً وترك ذلك للفقهاء والقضاء ليقول كلمته. فعدم تحديد المفهوم والأفعال المجرمة تحت هذا المصطلح يجعلنا نقول: إن النصوص التي أوردت ذلك المصطلح قد تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، فالآداب العامة مفهوم واسع وغامض في الوقت نفسه<sup>(2)</sup>. وعلى هذا الأساس ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن: "كل ما يتناقض مع القيم الأخلاقية والاعتبارات الدينية السائدة في المجتمع يعتبر من الآداب العامة"<sup>(3)</sup>. جاء أيضاً في قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية: "إن مفهوم النظام العام والآداب العامة الوارد ذكرهما في الدستور هي المفاهيم التي وردت في العديد من التشريعات، وإن القضاء هو الذي

(1) محمد ناصح محمد أمين، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في التشريعات الجنائية - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة السليمانية، 2022، ص 22.

(2) أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقهاء مع التطبيقات القضائية، دون مكان وسنة النشر، ص 443 وما بعدها.

(3) قرار محكمة النقض المصرية، جريمة الإخلال بالآداب العامة، الطعن رقم (1856) في جلسة 1985/5/29.

يقرر ذلك وهي تختلف بحسب الزمان والمكان"<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الآداب العامة تؤدي إلى وقوع اللبس عند الأفراد، إذ لا يعلم الفرد أياً من أفعاله قد يبيحه القانون أو يجرمه تحت ذلك المصطلح وسيترك الفرد تحت رحمة السلطة التنفيذية ويد القضاء حتى يتبين ما إذا كان فعله مخالفاً للآداب العامة أم لا<sup>(2)</sup>.

فضلاً عن ان الآداب العامة على وجه الخصوص، يتعلق الكثير من قواعدها بالعلاقات الجنسية، سواء كان ذلك في العراق أم غيره من الدول العربية أو الإفريقية، لذا حرص المشرع العراقي وغيره من المشرعين على تجريم الأفعال التي تشكل انتهاكاً للآداب العامة، مثل الحض على الفسق والفجور والدعارة، وتجريم الفعل الفاضح المخل بالحياء وغير ذلك من الأفعال المخالفة لقواعد الآداب العامة كما بيننا سابقاً.

ولما كانت فكرة الآداب العامة قد تبدو غامضة بعض الشيء، الأمر الذي يستوجب الوقوف على مضمونها الذي أراده المشرع، وهذا ما يستلزم بعض الأحيان اللجوء إلى التفسير بغية تطبيق القاعدة القانونية تطبيقاً صحيحاً<sup>(3)</sup>، فضلاً عن التفسير تعد فكرة الآداب العامة من المسائل التي تساعد على تطوير القانون الجنائي وتيسير تطبيقه أيضاً، ومع هذا فإن اللجوء إلى التفسير بنوعيه الضيق أو الواسع، لا يعني اللجوء إلى القياس، لأن الأخير استثناء خطير يتعارض مع مبدأ الشرعية في التجريم والعقاب، ولأنه يفتح الباب بعد ذلك على مصراعيه أمام تحكم القضاء والافتئات على السلطة التشريعية<sup>(4)</sup>، لذا فإنه لا يجوز استعماله في اتجاه التجريم أو العقاب، أما إذا كانت الغاية منه التخفيف على المتهم لمد الإباحة من فعل إلى آخر لاتحادهما في العلة أو تطبيق عذر مخفف أو معفي خاص بحالة أخرى مماثلة، فإنه يجوز أعماله كوسيلة للتفسير، وهو ما يسمى بالقياس في اتجاه الإباحة. ومرد جواز القياس في اتجاه دون آخر، هو كونه شيئاً مغايراً للتفسير الواسع، فالأول يخلق قاعدة جنائية لم يأت بها المشرع، خلافاً للتفسير الواسع الذي يكشف عن إرادة القانون في

(1) قرار رقم 63/اتحادية/2012 في 2012/10/11.

(2) د. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص 225.

(3) عليان عدة، مرجع سابق، ص 17.

(4) محمد ناصح محمد أمين، مرجع سابق، ص 72.

قاعدة منصوص عليها صراحةً، ومن ثم فلا ضرر على حقوق الأفراد وحررياتهم في القياس المبيح على خلاف التجريم الذي يضر بالمتهم، ولا يمكن قبوله دون خرق الشرعية الجنائية<sup>(1)</sup>.



(1) د. محمد شنة، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، ط 3، سنة 2012، ص 20.



## الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع بحثنا الموسوم (تفاوت الحماية الجنائية للآداب العامة) توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجزها بالتالي:

### أولاً: النتائج

فكرة الآداب العامة هي في التشريعات الجنائية، تهدف إلى حماية آداب المجتمع، وحفظ الأخلاق والحياء فيه، وأن الآداب - وعلى أقل تقدير - تهدف إلى توفير الحماية بعدها الأدنى للقيم الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية والدينية والخلقية من جهة، وتحقيق غاية ما يسعى إليه القانون في تحقيق دوره الاجتماعي من جهة أخرى. إن فكرة الآداب العامة من الأفكار النسبية والمتغيرة فضلاً عن الغموض، الذي يكتنفها في بعض الأحيان، فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان لا بين مجتمع وآخر بل في المجتمع الواحد، فضلاً عن تأثير البيئة الاجتماعية والعادات والتقاليد السائدة في المجتمع والتي تلعب دوراً كبيراً في بلورتها، ولا يمكن أيضاً إغفال أهمية القواعد الدينية في تكوينها.

تتسم فكرة الآداب العامة بجملة من السمات، منها التعددية في مرجعيتها ومصادرها، والاختلاف في النهج المتبع والانتماء إليها، إلى جانب نسبيتها، وهذه السمات تعد القاسم المشترك بينها وبين النظام العام للمجتمع، لأن الأخير هو المصالح العليا المشتركة للمجتمع، وفكرة الآداب العامة تدخل في هذا النطاق. إن معيار تحديد فكرة الآداب العامة هو معيار الرجل المعتاد فهو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً.

على الرغم من ان فكرة الآداب العامة تهدف إلى حماية الكثير من قيم المجتمع العليا، إلا ان امر تطبيقها لا يخلوا من خطورة بسبب مرونتها ونسبيتها واتساع مفهومها، وإثارة اللبس لدى الأفراد وإيقاعهم بالشك وتعذر معرفة ما هو مباح وما هو محرم بالنسبة إلى مضمونها.

### ثانياً: التوصيات

نوصي بتحديد مفهوم الآداب العامة وعدم ترك هذا المفهوم عرضة للاجتهد من قبل القضاء، وبخاصة بعد التطورات الكثيرة التي رافقت بلورة هذا المفهوم، حتى لا يتقاطع مع مبدأ الشرعية الجنائية.

بالنظر لعدم كفاية القواعد العامة في قانون العقوبات، والنصوص القانونية المتناثرة في بعض القوانين الخاصة في معالجة السلوكيات التي فيها انتهاك صارخ للقواعد الأخلاقية، لذا نوصي المشرع بسن قانون جديد يحمي في نصوصه الآداب والأخلاق العامة، لا سيما مع التطور الهائل في وسائل التواصل الاجتماعي، وما أصبحت تبثه من محتوى مخل بالآداب والأخلاق العامة، ويحدد فيه ضوابط استعمال وسائل التواصل الاجتماعي بما يتفق مع الآداب العامة وأخلاقيات المجتمع وقيمه، وبما يتماشى مع الذوق العام في الأقوال والأفعال والملبس.

نوصي المشرع العراقي بضرورة الإسراع بإصدار قانون جرائم المعلوماتية الذي لا زال مشروعاً قيد الدراسة في البرلمان العراقي.

إن الجرائم المخلة بالآداب العامة وبحكم تطور واستخدام وسائل تقنية المعلومات الحديثة، وبحكم ارتكاب معظم هذه الجرائم بهذه الوسائل المستحدثة، أصبح الكثير من هذه الجرائم عابرة للحدود وللدولة، لذا نقترح على المشرع إدخالها ضمن الاختصاص الشامل لسريان قانون العقوبات، استثناءً من مبدأ إقليمية قانون العقوبات، كون أن معظم هذه الجرائم أصبحت ذات طابع دولي.

## المراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية

#### 1 - الكتب:

- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، دون مكان وسنة النشر.
- د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجزائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية - القاهرة، 2004.
- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان.
- إيمان محمد الجابري، جرائم البغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- د. جاسم خرييط خلف، الحماية الجزائية للعرض والآداب العامة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020.
- د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزامات، ج1، دون مكان وسنة النشر.
- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- د. حنان محمد القيسي، المحافظون في العراق، مكتب الغفران، 2012.
- د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب في القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1958.
- عبدالباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، 1989.
- د. عبدالحكم فودة، كتاب البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة.

- عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي - بيروت، 2005.
- قيس لطيف التميمي، شرح قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل بقسميه العام والخاص، الدار السنهوري - بيروت، 2019.
- محمد أحمد عابدين ومحمد حامد قمحاوي، جرائم الآداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت: الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2007.
- د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الإسكندرية، 1989.
- د. محمد سليمان الأحمد ود. نضال ياسين حمو، المنشطات الرياضية من قاعدة الإباحة الجنائية إلى قانون الجريمة الرياضية، دار جُهينة، عمان، 2002.
- د. محمد شنة، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، ط 3، سنة 2012.
- د. محمد علي عبدة، نظرية السبب في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، 2004.
- د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
- معوض عبدالنواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان - النجف الأشرف، 1972.

## 2 - الرسائل والأطاريح:

### أ - الرسائل

- محمد ناصح محمد أمين، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في التشريعات الجنائية - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة السليمانية، 2022.
- هدى عبدالواحد جاسم حميدي، الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة عبر

الوسائل الإلكترونية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة النهرين، 2015.

### ب - الأطاريح

عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2015/2016.

نجيب شكر محمود، سلطة الإدارة في حماية الأخلاق العامة وأثرها في الحريات العامة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، 2006.

### 3 - البحوث:

د. حسين توفيق فيض الله، الإباحية بالأطفال على شبكة الإنترنت، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 37، 2005.

سعيد سيف السبوسي، النظام العام والآداب العامة وأثرها على تنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة - الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، السنة جوان 2019.

د. سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010.

د. علاق عبدالقادر، إشكالية تحديد مفهوم للنظام العام، مجلة المعيار - الجزائر، المجلد العاشر، العدد 4، ديسمبر 2019.

د. محمد سليمان الأحمد، عقد الهتافة، التعريف به، ومدى مشروعيته، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي - الجامعة الأردنية، المجلد 34، العدد 2، تشرين الثاني 2007، ذو القعدة 1428.

د. نافع تكليف مجيد، جريمة التحريض على الفجور أو الفسق في قانون العقوبات العراقي، مجلة رسالة الحقوق - كلية القانون/ جامعة كربلاء، السنة الرابعة عشرة، العدد الرابع، تشرين الأول 2022.

د. نوفل علي عبدالله ود. محمد عزت، جريمة إنشاء أو نشر معلومات مخلة بالآداب العامة بوسائل تقنية المعلومات، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق - جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 44، السنة 2010.

## 4 - الدساتير والتشريعات:

## أ - الدساتير

دستور جمهورية العراق لعام 2005.

دستور مصر الصادر عام 2014.

## ب - التشريعات

لائحة بيوت العاهرات الأردنية الصادرة بتاريخ 16/11/1905.

القانون اللبناني الصادر بتاريخ 6/2/1931.

قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل.

القانون العراقي الصادر بتاريخ 17/5/1943.

قانون العقوبات اللبناني رقم 340 لسنة 1943 المعدل.

قانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949 المعدل.

قانون مكافحة الدعارة المصري رقم 10 لسنة 1961.

قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

قانون العقوبات الإماراتي رقم 3 لسنة 1987 المعدل.

قانون مكافحة البغاء رقم 8 لسنة 1988 النافذ.

قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1994 المعدل.

قانون الكندي بتاريخ 23/7/2002.

القانون الإمارات العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2004.

القانون الاتحادي الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 2 لسنة 2006.

النظام السعودي لمكافحة جرائم المعلوماتية لسنة 2007.

قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان - العراق رقم 6

لسنة 2008.

قانون الحماية من العنف الأسري رقم 293 لسنة 2014.

## 5 - الأحكام القضائية:

محكمة النقض المصرية/ قرار المرقم 977 في 1/29/1978.

قرار محكمة النقض المصرية، جريمة الإخلال بالأداب العامة، الطعن رقم (1856) في

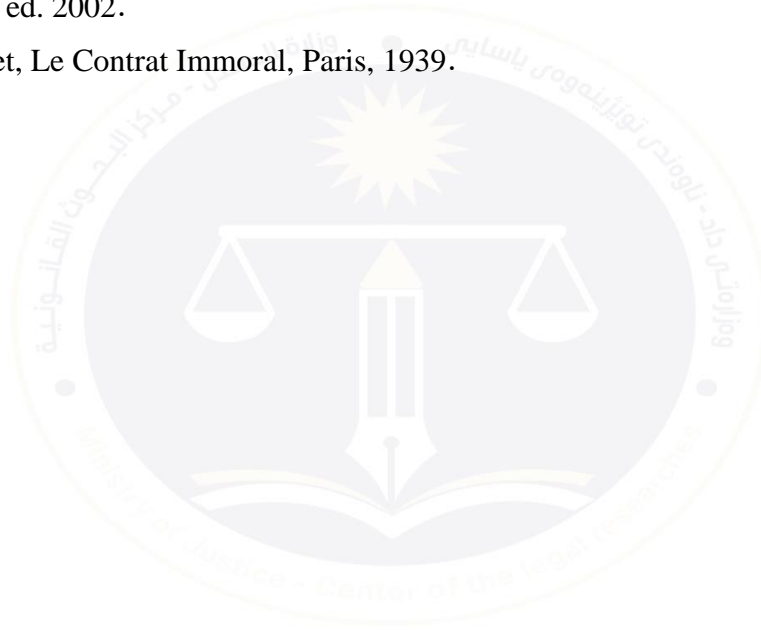
جلسة 1985/5/29.

قرار رقم 63/اتحادية/2012 في 2012./10/11

6 - المراجع باللغة الأجنبية:

JACQUES FLOUR, JEAN - LUC AUBERT, ERIC SAVAUX, Droit Civil Les Justed (26) Obligations, 01 - L'acte juridique, 10e 2dition, Armand Colin, D. Delta, ed. 2002.

Saiget, Le Contrat Immoral, Paris, 1939.



### الملخص

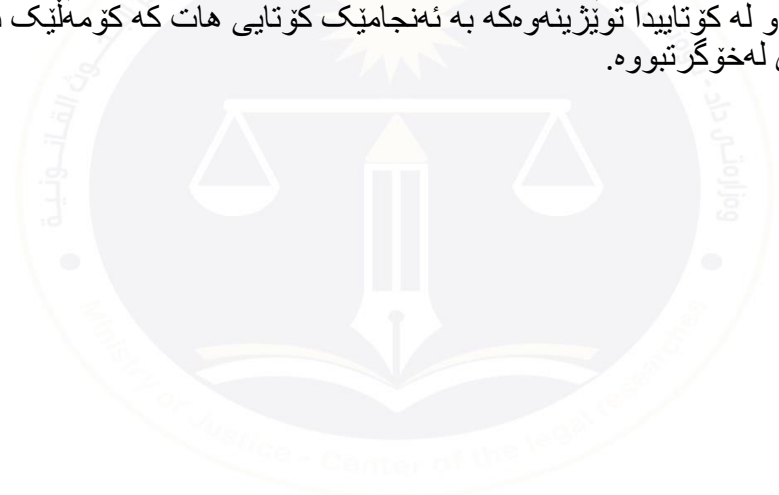
يتعلق هذا البحث بتفاوت الحماية الجنائية للآداب العامة في التشريعات المقارنة - دراسة مقارنة - فتناول مفهوم ومدلول فكرة الآداب العامة، ثم بيان موقف التشريع والفقهاء منها، ودلالات هذه الفكرة ومعياري تحديدها، هذا أولاً، ثم بيان نطاق الحماية الجنائية للآداب العامة والآثار المترتبة عليها في التشريع المقارن ثانياً، بعد عرض لتطبيقات فكرة الآداب العامة في هذه التشريعات، وأخيراً انتهى البحث إلى خاتمة تضمنت مجموعة من النتائج والتوصيات.





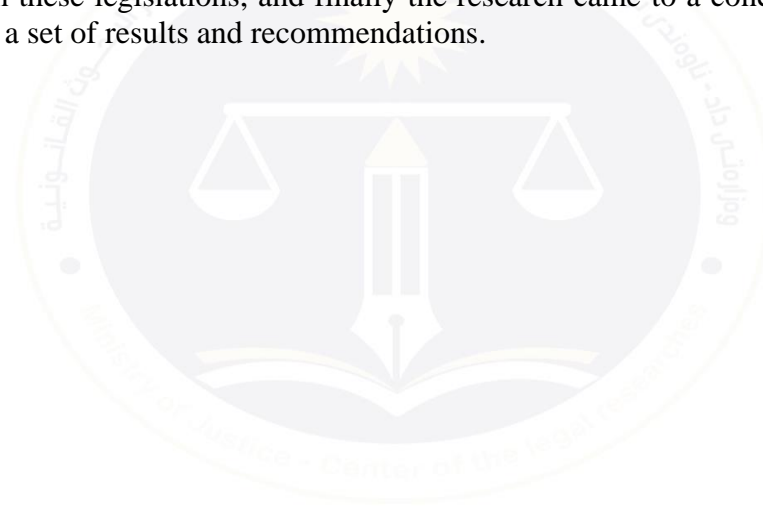
### پوخته

ئەم توێژینەویە پەيوەندی بە جیاوازی لە پاراستنی تاوانکارییەوه هەیه بۆ رهوشتی گشتی لە یاسادانانی بەراوردکاریدا - لێکۆڵینەویەکی بەراوردکارییە - بۆیه مامەلە لەگەڵ چەمک و مانای بیروکەهی رهوشتی گشتی دەکات، پاشان پینگەهی یاسادانان و فیهقی سەبارەت بە رهوشتی گشتی؛ و کاریگەرییەکانی ئەم بیروکەهی و پیوهرەکانی دیاریکردنی دەخاتە بەر دید، ئەمە یەگەم، پاشان ئاماژە بە چوارچۆیە پاراستنی تاوانکاری بۆ رهوشتی گشتی و کاریگەرییەکانی لە یاسادانانی بەراوردکاریدا باس دەکات وەک خالی دووهم، پاش خستنهرووی جیبهجیکردنهکانی ئەم تیروانینه لەو یاسایانەدا، و لە کۆتاییدا توێژینەوهکە بە ئەنجامیک کۆتایی هات که کۆمەڵیک دەرئەنجام و پێشنیاری لەخۆگرتبووه.



### Abstract

This research relates to the disparity of criminal protection for public morals in comparative legislation - a comparative study - so it deals with the concept and meaning of the idea of public morals, then a statement of the position of legislation and jurisprudence regarding it, and the implications of this idea and the criterion for determining it, this first, then an indication of the scope of criminal protection for public morals and its implications in legislation Comparative, after presenting the applications of the idea of public morals in these legislations, and finally the research came to a conclusion that included a set of results and recommendations.



## المنظمات الدولية ودورها في تطوير قواعد التجارة الدولية – الاونسترال انموذجا

الأستاذ الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب<sup>(\*)</sup>

أستاذ القانون التجاري

كلية الحقوق – جامعة الموصل – العراق

ريكر او ه نيوده و له تييه كان و روليان له پهره پيداني ريساكاني بازرگاني  
نيوده و له تي \_ نونيسترال  
وهك مؤديل

پروفيسور دكتور مستهفا ناطق صالح مهتلوب

پروفيسوري ياساي بازرگاني

فاكهلتى ياسا - زانكوى موسل – عيراق

**International organizations and their role in developing  
international trade rules - UNCITRAL as a model**

**Prof. Dr. Mustafa Nateq Saleh Matlub**

Professor of commercial law

Faculty of Law - University of Mosul - Iraq

(\*) dr. mustafa.n@uomosul.edu.iq



المنظمات الدولية ودورها في تطوير قواعد التجارة الدولية - الاونسترال انموذجا

الأستاذ الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب

أستاذ القانون التجاري

كلية الحقوق - جامعة الموصل - العراق

الكلمات المفتاحية:

الاونسترال، التجارة، التوحيد، القانون النموذجي، الأعضاء.

كليله ووشه:

تؤنيسترال، بازرگانى، يهكخستن، ياساى نمونهيى، ئەندايمان.

**Key words:** UNCITRAL, trade, unification, model law, members.

## المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث وأهميته.

ان وجود المنظمات والجهات التي تمارس عمل محدد في سبيل تطوير وتحديث مجال معين يعد أمراً ذو أهمية كبيره وواسعه في مجال توحيد وتطوير قواعد التجارة على المستوى الدولي، وتمارس المنظمات الدولية دورا حيويًا في مجالات مختلفة ومن بينها التجارة والاستثمار إذ انها تقدم مشاريع الاتفاقيات والقوانين النموذجية المختلفة لاعتمادها من الدول الأخرى، لذلك ظهرت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والتي يطلق عليها اختصارًا بالاونسترال لتمارس دورها في توحيد وتنسيق قواعد التجارة الدولية في مجالات مختلفة ومتنوعة إذ تعد هذه اللجنة إحدى أجهزة الجمعية للأمم المتحدة وتتكون من عدد من الأعضاء يمارسون اختصاصاتهم في هذه اللجنة بشكل مباشر ومن خلال الفرق العاملة المتنوعة داخلها لتطوير قواعد التجارة الدولية.

ولابد من الإشارة إلى عودة العراق لعضوية الاونسترال في عام 2022 إذ ان هذا الانضمام بعد طول الانقطاع سيحقق تطورًا أساسيًا في مجال تحديث المنظومة التشريعية التجارية ونقل التجارب الدولية المتطورة والأفكار المستجدة إلى فكر المشرع الوطني لوضع التشريعات المناسبة خصوصًا بعد التغييرات في الأوضاع الاقتصادية والتجارية ما

بعد عام 2003.

ثانيا: مشكلة البحث.

- 1 - يعاني الواقع التجاري في العراق من تأخر كبير مقارنة بدول أخرى وبما قرره الاونسترال من قواعد مهمة في مجال التجارة والاستثمار.
- 2 - النقص الكبير الذي يعاني منه العراق في الخبرات الكفؤة والتميزة في مجال التجارة الدولية والتي لا بد أن يكون لديها الاطلاع على أهم التحولات التجارية الدولية خدمة للمنظومة التشريعية التجارية والاستثمارية في العراق ولتساهم في تطويرها.
- 3 - النقص التشريعي في المجالات التجارية والاستثمارية المختلفة بموضوعات شتى نظرا لتطور الأعمال التجارية على الصعيد الدولي ووسائل حسم منازعاتها وما أقرته الاونسترال منذ عقود في هذا المجال.
- 4 - تعدد وحداثة موضوعات التجارة والاستثمار الدوليين وتشعبها واختلاف الدول بتنظيمها التشريعي لها وعدم وجود قواعد موحدة قانونية في هذا المجال.
- 5 - غياب العراق عن جلسات وعضوية لجنة الاونسترال لسنوات عديدة والتأخر في الاستفادة والاطلاع على تجارب اللجنة ومحاولاتها الكبيرة والمتنوعة في مجال تطوير وتوحيد قواعد التجارة الدولية والاستثمار وبما يخدم مصالح التجارة والاستثمار في العراق خصوصا بعد التحولات الاقتصادية في بلدنا ما بعد 2003.

ثالثا: تساؤلات البحث.

- 1 - من هي الاونسترال وما دورها الرئيس في التجارة والاستثمار؟
  - 2 - كيف تقدم لجنة الاونسترال خدماتها للمجتمع الدولي للاستفادة منها؟
  - 3 - ما اثر لجنة الاونسترال على الدول العربية الأخرى والعراق خاصة؟
  - 4 - ما هي أساليب عمل الاونسترال في تطوير قواعد التجارة الدولية؟
- رابعا: منهجية البحث وهيكلته.
- ان منهج البحث سيكون منهجا وصفيا يركز على لجنة الاونسترال الخاصة بقانون التجارة الدولي وتحليلها للأفكار القانونية والفقهية الواردة في الكتابات المختلفة لدى فقه القانون والنصوص القانونية الصادرة من لجنة الاونسترال بهذا الشأن ووفقا للخطة الآتية:
- المبحث الأول: مفهوم لجنة الاونسترال.

المطلب الأول: التعريف بلجنة الاونسترال وأهميتها.  
المطلب الثاني: النشأة التاريخية للجنة الاونسترال وتأسيسها.  
المبحث الثاني: العضوية في لجنة الاونسترال وأساليب عملها في تطوير قواعد التجارة الدولية.

المطلب الأول: عضوية لجنة الاونسترال.  
المطلب الثاني: أساليب عمل لجنة الاونسترال في التجارة الدولية.



## المبحث الأول

### مفهوم لجنة الاونسترال

من الضروري هنا التعرف على مفهوم لجنة الاونسترال ودورها بين المنظمات الدولية الأخرى وأهميتها الكبرى في مجال التجارة الدولية، باعتبار ان الاونسترال هي أساس البحث ومحوره ووفقا للمطلبين التاليين:

### المطلب الأول

#### التعريف بلجنة الاونسترال وأهميتها

تعرف الاونسترال وهي اختصار "UNCITRAL"<sup>(1)</sup> هي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة والتي تتكون من عدد من الأعضاء على مستوى الدول ممن يتم اختيارهم بفترات زمنية محددة وممن يملكون الخبرة والكفاءة في مجال تطوير وتحديث قواعد التجارة الدولية المختلفة.

فهي اذن الهيئة القانونية الأساسية للأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي وهي هيئة ذات شخصية معنوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على المستوى الدولي، ويمكن تعريف قانون التجارة الدولية بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي والمرتبطة بأكثر من دولة ومستقلا عن أي تنظيم وطني لأي دولة<sup>(2)</sup>.

وتعرف من جانب آخر بأنها هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، وتجتمع مرة واحدة في السنة وذلك عادة في الصيف في نيويورك وفي فيينا بالتعاقب<sup>(3)</sup>.

وتمثل اللجان والمنظمات والمؤسسات الدولية بأنها "تجمعات دائمة حكومية أو غير حكومية تنشأ من خلال تجمع عدد من الدول ولها شخصية قانونية خاصة بها وتملك إرادة

(1) ويعني المختصر بالإنكليزي: "United nations commission on international trade law"

(2) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2010، ص 34.

(3) حاج عيسى بثينة، أهمية وسبل توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2020، ص 65.



مستقلة في سبيل التعاون والتنسيق في مجال من المجالات المحددة ضمن نظامها أو ميثاقها"<sup>(1)</sup>.

وعرفت كذلك بانها: "هيئة دائمة تتمتع بالإرادة الذاتية وبالشخصية القانونية الدولية تتفق مجموعة من الدول على إنشائها كوسيلة من وسائل التعاون الاختياري فيما بينها في مجالات معينة يحددها الاتفاق المنشئ لها"<sup>(2)</sup>.

ونستنتج من التعاريف أعلاه ان لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية هي تجمع من الأعضاء تعمل على أساس مجموعة فرق عاملة داخلها تحمل مسمى خاص بها، للتصدي لاهم التطورات والمستجدات التي تطرا على التجارة الدولية، واعتمادها من الدول الأخرى في سبيل توحيد الأحكام القانونية في التجارة الدولية وهي تملك إرادة حرة ومستقلة وخاصة بها تستهدف من تجمعها تحقيق هدف أو أهداف متعددة وحسب ما اتفق عليه عند إنشائها.

وتهدف اللجنة بصفة عامة كما يتضح من تسميتها إلى بذل الجهد في سبيل إيجاد نوع من التنسيق والتوحيد التدريجي للقواعد القانونية ذات الصلة بالتجارة الدولية، وقد ذكر القرار المنشأ لها أهم الأعمال<sup>(3)</sup> التي يتعين عليها القيام بها في سبيل إدراك هذه الغاية على النحو التالي:

1 - التنسيق بين أنشطة المنظمات العاملة في توحيد قانون التجارة الدولية والتعاون بينها.

2 - تشجيع الدول للانضمام إلى الاتفاقيات الدولية وتبني القوانين النموذجية أو الموحدة في مجال التجارة الدولية، ويشكل هذا الأسلوب أهم أساليب الاونسترال في

(1) مصطفى محمد منير، دور المنظمات والمؤسسات المالية الدولية في دعم الاستثمار الأجنبي في البلدان النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الموصل، 2021، ص 7.

(2) د. بشير سبهان، المنظمات الدولية، كلية الحقوق - جامعة تكريت، ص 1، متاح على الموقع: <https://claw.tu.edu.iq/Id/electronic-lectures/491>

(3) موقع: دراسات أبحاث قانونية، بحث من دون اسم كاتب بعنوان: الفاعلون في قانون التجارة الدولية، 27/ أيار/ 2020، ص 11 متاح على الموقع: <https://www.bibliojuriste.club/search/label/%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%B3%D8%A7%D8%AA%D8%8C%D8%A7%D8%A8%D8%AD%D8%A7%D8%AB%20%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9> تاريخ آخر زيارة 2023/2/10.

توحيد قانون التجارة الدولية.

- 3 - إعداد مشروعات اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية أو موحدة جديدة وجمع المصطلحات التجارية والقواعد والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية ونشرها بالتعاون مع المنظمات والهيئات القائمة.
  - 4 - تجميع المعلومات عن التشريعات التجارية الوطنية لاستخلاص الاتجاهات الحديثة في مجال قانون التجارة الدولية.
  - 5 - تقوية الروابط مع منظمات الأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة التي لها علاقة بالتجارة الدولية وخاصة مؤتمر التجارة والتنمية وبالتالي يمكن القول أن هذه اللجنة تقوم بعمل ينضوي تحت هدف أساسي يتمثل في التنسيق والتوحيد التدريجي للقواعد القانونية ذات الصلة بالتجارة الدولية، وعليها أن تراعي عند قيامها بمهامها مصالح جميع الدول بما في ذلك مصالح البلدان النامية ودعمها.
- وتشمل أنشطة الاونسترال مساعدة الحكومات على التنسيق لتحقيق الأهداف الاقتصادية المفيدة للطرفين، وتعزيز وتسهيل توحيد النظم القانونية المتباينة، وجمع ونشر المعلومات عن السوابق القضائية والأنشطة التشريعية الأخرى ويجري عمل الاونسترال في دورات سنوية تعقد بالتناوب في مدينة نيويورك وفيينا<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### النشأة التاريخية للجنة الاونسترال وتأسيسها

عندما بدأت التجارة العالمية في التوسع بشكل كبير في الستينيات، بدأت الدول تدرك الحاجة إلى مجموعة عالمية من المعايير والقواعد لمواءمة وتحديث القواعد القانونية من اللوائح الوطنية والإقليمية، التي تحكم التجارة، وأن تلعب دورًا أكثر نشاطًا في إزالة العوائق القانونية أمام تدفق التجارة الدولية وضرورة وجود جهة معينة دولية للتصدي لذلك فأصبحت الاونسترال منذ ذلك الحين الهيئة القانونية الأساسية لمنظومة الأمم المتحدة في

(1) ARNESH ROY, International Organizations That Play a Role in Importing and Exporting, THE INTERNATIONAL TRADE BLOG, p. 4, on web site: <https://www.shippingsolutions.com/blog/international-organizations-that-play-a-role-in-importing-and-exporting> last visited: 15,1,2023.

مجال القانون التجاري الدولي<sup>(1)</sup>.

وترجع الجذور التاريخية في تأسيس الاونسترال إلى دولة المجر في جذب الانتباه لأهمية توحيد أحكام قانون التجارة الدولية بعد أن لوحظ كثرة عدد المنظمات الدولية التي تعمل في هذا الميدان وانعدام التعاون والتنسيق فيما بينها، إذ طرحت حكومة المجر في الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها العشرين هذا الموضوع عام 1964، واقترحت ضرورة توجيه جهود الأمم المتحدة نحو توحيد أحكام قانون التجارة الدولية، وأن هيئة الأمم المتحدة لم تعطي الاهتمام الكبير لتنسيق جهودها وتوحيدها في مجال التجارة الدولية، فبعد أن ناقشت الجمعية العامة هذا الاقتراح أحالت الموضوع إلى الأمانة العامة لإعداد تقرير في هذا الشأن، وقدم هذا التقرير في الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الحادية والعشرين بعد مناقشة الموضوع اتخذت الجمعية العامة قرارها المرقم 2205 في 1966/12/17 بإنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية للعمل على تطوير وتنسيق وتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية تتمتع بقبول دولي وتمثل مصالح جميع الدول على اختلاف أنظمتها السياسية والاقتصادية سواء كانت من الدول النامية أو كانت من الدول المتقدمة، وان تكون مهمة اللجنة إعداد وترويج لاتفاقيات دولية جديدة ونماذج قوانين نموذجية موحدة وتقنين ونشر المصطلحات والشروط والعادات والأعراف التجارية الدولية<sup>(2)</sup>.

إن تأسيس الاونسترال جاء لتعزيز تنسيق وتحديث قانون التجارة الدولية، وتعمل الاونسترال على تفعيل ولايتها من خلال إعداد واعتماد صكوك تشريعية وغير تشريعية وغيرها في عدد من المجالات الرئيسية للقانون التجاري، وحتى الآن اعتمدت نصوصاً في المجالات التالية: البيع الدولي للبضائع، التحكيم والتوفيق التجاريان الدوليان؛ الضمانات؛ الإفلاس والمدفوعات الدولية النقل الدولي للبضائع؛ التجارة الإلكترونية؛ المشتريات وتطوير البنية التحتية وغيرها، وتعتبر لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية من أهم الأجهزة المستحدثة من أجل تنظيم مجالات التجارة الدولية وهي بمثابة السلطة

(1) United Nations Commission on International Trade Law SETTING RULES FOR INTERNATIONAL TRADE AND SETTling DISPUTES, UNCITRAL secretariat, p1, on website: <http://www.uncitral.org> last visited 1,2. 2023

(2) حاج عيسى بشينة، مصدر سابق، ص 67.

التشريعية في مجال التجارة الدولية نظرا للإسهامات القانونية التي تسعى إلى تحقيقها في مجال وضع قواعد وأحكام خاصة بمعاملات التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.



(1) بهذا المعنى ينظر: هيئة نجاد، قراءة في أساليب توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، م4، ع3، 2021، ص890.

## المبحث الثاني

### العضوية في لجنة الاونسترال وأساليب عملها في تطوير قواعد التجارة الدولية

بعدما تم التعرف على مفهوم لجنة الاونسترال وأهميتها لا بد فمن الضروري التطرق لعضوية الاونسترال وطريقة تكوينها والانضمام إليها، وأيضاً بيان ما قدمته الاونسترال من أعمال وإنجازات كبيرة ومتنوعة في إطار توحيد وتنسيق الأحكام القانونية في إطار التجارة الدولية واثرها في تطوير وتحديث المنظومة القانونية التجارية الوطنية للدول، وذلك وفقاً للمطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول

##### عضوية لجنة الاونسترال

تتكون هذه اللجنة حالياً من 70 دولة كعضو تنتخبهم الجمعية العامة للأمم المتحدة وذلك بموجب آخر قرارات الجمعية العامة الرقم 76/109 في 9 كانون الأول 2021<sup>(1)</sup> وقد كانت مكونة أصلاً من 29 دولة عند تأسيسها، وتوسعت عضويتها في عام 1973 إلى 36 دولة، ثم في عام 2004 إلى 60 دولة، ونظمت العضوية فيها بحيث تكون ممثلة للأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم وينتخب أعضائها لفترة ولاية مدتها ستة سنوات، وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء كل ثلاثة سنوات<sup>(2)</sup>، ويتم اختيار أعضاء الاونسترال من بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ويمثلون مختلف التقاليد القانونية ومستويات التنمية الاقتصادية.

ويعد العراق عضواً في هذه اللجنة والأفرقة العاملة فيها إذ كان له شرف الانضمام إليها في الفترة بين أعوام (1980 - 1992)<sup>(3)</sup> وأعيد انتخابه مرة ثانية لفترة جديدة لعضوية

(1) United Nations General Assembly elects new UNCITRAL Members, unis/l/325, 16march 2021, p1, on website: <https://unis.unvienna.org/unis/en/pr/press-releases.html>

(2) د. حبيبة قدة، الجهود الدولية الرامية لتوحيد قانون التجارة الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 18 كانون الثاني 2018، ص 347 و 348.

(3) موقع الاونسترال: [https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate\\_composition/memberhistory](https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition/memberhistory) آخر زيارة 2023/2/10.

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسترال) للمدة من 2022 إلى 2028، وذلك في 15 آذار 2022<sup>(1)</sup>، إذ من الضروري للعراق دورا مؤثرا في نقل التطورات والمستجدات الخاصة في التجارة الدولية إلى الواقع التجاري الوطني، والاستفادة من ما أقرته الاونسترال سابقا وحاليا ومستقبلا ونقل قوانينها النموذجية إلى الواقع التشريعي الوطني خدمة لاحتياجات التجارة والاستثمار في العراق.

وللجنة أمانة خاصة، والتي هي شعبة القانون التجاري الدولي التابعة لمكتب الشؤون القانونية بالأمانة العامة للأمم المتحدة وليس للجنة علاقة بمنظمة التجارة العالمية التي هي منظمة دولية حكومية مستقلة عن الأمم المتحدة إذ تختلف المسائل التي تعالجها منظمة التجارة عن تلك التي تستهدفها الاونسترال فالمنظمة تتصدى للسياسات التجارية كتحرير لتجارة وإلغاء القيود التجارية أو الممارسات التجارية غير العادلة بينما تبحث الاونسترال في القوانين التجارية الدولية التي تطبق على الأطراف الخاصة في التعامل التجاري الدولي<sup>(2)</sup>، ويتمثل دور الاونسترال في توفير قواعد فض المنازعات التجارية المختلفة وهي لا تشارك في المنازعات العامة أو الخاصة ولا تقدم الاونسترال المشورة القانونية في نزاعات محددة ولا تعين المحكمين أو تدير عمليات التحكيم<sup>(3)</sup>.

بالإضافة لذلك، يجوز للدول الأخرى غير الأعضاء فيها والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية حضور دورات اللجنة وأفرقتها العاملة والمشاركة فيها، والتي لديها خبرة في المواضيع قيد المناقشة، مدعوة لحضور دورات الاونسترال السنوية ودورات الفريق العامل بصفة مراقب ويمكن للدول الأعضاء أن تأخذ آراء الدول غير الأعضاء والمنظمات المراقبة في الاعتبار عند تحديد مواقفها بشأن القضايا التي سيتم البت فيها لمختلف التقاليد القانونية والبلدان في مراحل مختلفة من التنمية الاقتصادية<sup>(4)</sup>.

(1) United Nations General Assembly elects new UNCITRAL Members op. cit. , p1

(2) د. حبيبة قدة، مصدر سابق، ص 347 و348. ود. حميد لطيف، قواعد التحكيم المؤسسي في المراكز والهيئات الدولية، من دون جهة نشر، بغداد، 2015، ص 18.

(3) tojo jose , What is United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)?, March 23, 2022, p1, on website: <https://www.indianeconomy.net/splclassroom/what-is-united-nations-commission-on-international-trade-law-uncitrallastvisited:10,2,2023/>

(4) Mr. Renaud Sorieul, United Nations Commission on International Law(UNCITRAL,2022, p. 3, on web site: <https://www.uncitral.org> last visited: 12,

←

ويتم تنظيم عمل الاونسترال وإدارتها على ثلاثة مستويات المستوى الأول هو الاونسترال نفسها، والتي تعمل من خلال جلسة عامة سنوية والمستوى الثاني هو مجموعات الأفرقة الحكومية الدولية، التي تتولى لحد كبير تطوير الموضوعات المدرجة في برنامج عمل الاونسترال: تشمل عضوية فرق العمل حاليًا جميع الدول الأعضاء في الاونسترال، وهي فريق المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة والفريق العامل الثاني الذي يقوم بمهام التحكيم والتوفيق الدوليين والفريق العامل الثالث الخاص بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر والفريق العلمي الرابع المختص بالتجارة الإلكترونية والفريق العامل الخامس المتعلق بقانون الإعسار والفريق العامل السادس والذي يختص بالمصالح الضمانية واما المستوى الثالث هو الأمانة، التي يعمل بها موظفين قانونيون في الأمم المتحدة، والذين يساعدون اللجنة وأفرقتها العاملة في إعداد وتسيير أعمالها مثل صياغة الدراسات والتقارير والنصوص المتعلقة بالمواضيع التي يُنظر في إمكانية إدراجها في المستقبل في برنامج العمل والقانونية وما إلى ذلك<sup>(1)</sup>.

ويتم تطوير النصوص القانونية لتبسيط المعاملات التجارية وتقليل التكاليف المرتبطة بها من خلال أفرقة العمل والتي تضم جميع الدول الأعضاء في الاونسترال، وتجتمع مرة أو مرتين في السنة اما الدول غير الأعضاء والمنظمات الدولية والإقليمية المهتمة فيمكنها حضور الجلسات دون حق التصويت أي بصفة مراقب، وعند الانتهاء من مشاريع النصوص تُعرض الأفرقة العاملة على الاونسترال لوضع الصيغة النهائية لها واعتمادها في دورتها السنوية، وتطور الاونسترال أنواعا مختلفة من النصوص لتحديث ومواومة قانون التجارة الدولية، وان هذه النصوص هي بشكل عام نصوص تشريعية، مثل الاتفاقيات والقوانين النموذجية والأدلة التشريعية، أو النصوص غير التشريعية مثل القواعد التعاقدية التي يمكن دمجها في العقود التجارية وأدلة قانونية<sup>(2)</sup>.

ويتم تنظيم العمل في الفرق العاملة الحكومية الدولية من خلال قيامها بالأعمال التحضيرية الموضوعية المتعلقة بالجوانب الرئيسية التي تدخل في برنامج عمل اللجنة إذ

←

2,2023

(1) حاج عيسى بثينة، مصدر سابق، ص 76 و77

(2) United Nations Commission on International Trade Law SETTING RULES FOR INTERNATIONAL TRADE AND SETTLING DISPUTES, UNCITRAL secretariat, p3,

تجتمع الفرق العاملة مرتين في السنة بالتناوب بين فيينا في الخريف ونيويورك في الربيع ويقوم الفريق العامل بنشاطه استنادا لجدول الأعمال المطروح ضمن نقاط أساسية وهي افتتاح الدورة وانتخاب أعضاء المكتب وإقرار جدول الأعمال، وتجدر الإشارة إلى أن عندما يتم إسناد الموضوع إلى فريق العمل المحدد فإنه يقوم بنشاطه دون تدخل من اللجنة من أجل ممارسة مهامه بصورة موضوعية<sup>(1)</sup>.

وتمارس لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية دورا كبيرا في توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية فمثلا يجوز للجنة أن تُكوّن مجموعات عمل أو فرق عمل متخصصة من عدد محدود من الأعضاء للقيام بإعداد مشروع اتفاقية أو تعديل اتفاقية أو لدراسة موضوع معين أو لوضع نموذج لقانون موحد أو لعقد موحد ثم يناقش هذا العمل بعد ذلك في اللجنة فلقد اختارت لجنة قانون التجارة الدولية في أول دورة لها سنة 1968 عدة موضوعات تقوم بدراستها وهي: البيع التجاري الدولي، النقل، التأمين، الوفاء بالديون الدولية عن طريق الأوراق التجارية والاعتمادات المصرفية، الملكية الفكرية وتحريم التفرقة بين الدول في القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية والتمثيل التجاري والتصديق على الوثائق في مجال التجارة الدولية، وطرق الوفاء بالديون الدولية، التحكيم التجاري الدولي<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### أساليب عمل لجنة الاونسترال في التجارة الدولية

دأبت اللجنة منذ إنشائها على الاهتمام بالحثيث بقانون التجارة الدولية وقواعده بصورة موضوعية وليس على أساس تنازع القوانين، إذ عملت على وضع موضوعات البيع الدولي والتحكيم الدولي والمدفوعات الدولية في قمة أولوياتها وفي مراحل لاحقة أضافت لها مواضيع أخرى منها التوفيق والتجارة الدولية والإفلاس عبر الحدود، فقد عهد إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وضع قواعد لذلك، إذ قامت بوضع قواعد واتفاقيات أضحت مقبولة لغالبية الدول، وهي تمثل نماذج يؤخذ بها عند التعامل في نطاق

(1) دليل الاونسترال، الصادر من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، فيينا 2013، ص 7

(2) حاج عيسى بثينة، مصدر سابق، ص 69.



التجارة الدولية، ومن الأمثلة لهذه القواعد والاتفاقيات: اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري لسنة 1976 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

ولقد اختارت اللجنة في أول دورة لها سنة 1968 عدة موضوعات تقوم بدراستها آنذاك وقد أنجزت اللجنة عددا لا بأس به من الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية المنظمة للتجارة الدولية ومن بين ذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980 إذ أنشأت الاونسترال مجموعة عمل تتكون من مندوبي (14) دولة تمثل الاتجاهات والمذاهب السياسية والاقتصادية والقانونية المختلفة، لإعداد نصوص اتفاقية جديدة تحل محل اتفاقيتي لاهاي 1964م بشأن البيع الدولي للبضائع، وقد عرض المشروع بعد ذلك على الجمعية العامة للأمم المتحدة فوافقت عليه وقررت عقد مؤتمر دبلوماسي لإقراره، وعقد المؤتمر الدبلوماسي في الفترة من 10 آذار إلى 11 نيسان 1980م، ووافقت الدول التي اشتركت في هذا المؤتمر على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بعد إدخال بعض التعديلات على المشروع (اتفاقية فيينا 1980)<sup>(1)</sup>، والتي ساهمت في توحيد القواعد القانونية التي تنظم تكوين عقود البيع الدولي للبضائع، والتزامات المشتري والبائع وسبل الانتصاف عند الإخلال بالعقد، وجوانب أخرى من العقد.

ويتمثل جزء مهم من ولاية الاونسترال في تنسيق عمل المنظمات النشطة في مجال القانون التجاري الدولي، لتشجيع التعاون فيما بينها، وتجنب تكرار الجهود وتعزيز الكفاءة في تحديث وتنسيق القانون التجاري الدولي، لذلك فالاونسترال لها صلات وثيقة مع المنظمات الدولية والإقليمية، الحكومية وغير الحكومية، التي تشارك بنشاط في عمل الاونسترال وفي مجال القانون التجاري الدولي لتسهيل تبادل الأفكار والمعلومات وكذلك إعداد الدراسات وعقد الحلقات الدراسية بالتزامن مع هذه المنظمات، وتشمل تلك المنظمات على سبيل المثال اللجنة البحرية الدولية؛ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ومنظمة الدول الأمريكية؛ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية<sup>(2)</sup>.

(1) خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق كلية الحقوق - جامعة الموصل، م10، ع35، 2008، ص88 و89.

(2) Mr. Renaud Sorieul, United Nations Commission on International  
←

وتتمثل إحدى أولويات الاونسترال في تقديم المساعدة التشريعية التقنية لتحديث التجارة القوانين والممارسات التجارية بالإضافة إلى تعزيز فهم نصوص قانون التجارة الدولية والفوائد التي يمكن أن تجلبها لتوسيع التجارة الدولية، وتساعد الاونسترال الدول على ذلك وضع القوانين اللازمة لتنفيذ هذه النصوص التشريعية وتعزيز الجمعيات التجارية استخدام القواعد غير التشريعية<sup>(1)</sup>.

وتشمل أنشطة الاونسترال للتعاون التقني والمساعدة التقنية ما يلي:

- 1 - تنظيم بعثات إحاطة والمشاركة في الحلقات الدراسية والمؤتمرات التي تُنظم على المستويين الوطني والإقليمي.
  - 2 - مساعدة البلدان في تقييم احتياجاتها المتعلقة بإصلاح قانون التجارة، بما في ذلك عن طريق مراجعة التشريعات القائمة؛ والمساعدة في صياغة التشريعات الوطنية لتنفيذ نصوص الاونسترال.
  - 3 - مساعدة الوكالات الإنمائية الثنائية والمتعددة الأطراف على استخدام نصوص الاونسترال في أنشطة ومشاريع إصلاح قوانينها؛ تقديم المشورة والمساعدة للمنظمات الدولية وغيرها مثل الجمعيات المهنية ومنظمات المحامين والغرف التجارية ومراكز التحكيم، بشأن استخدام نصوص الاونسترال<sup>(2)</sup>.
- وتركز أنشطة التعاون التقني والمساعدة بشكل متزايد على المناهج الإقليمية، بما في ذلك التعاون مع منظمات التكامل الاقتصادي الإقليمية؛ بشأن الترويج للمعاهدات المعتمدة حديثاً، بهدف تعزيز اعتمادها المبكر؛ وتعزيز التبنّي العالمي للنصوص التي تعتبر أساسية لتطوير التجارة الدولية وإكمال المبادرات الرامية إلى تعزيز هذه الاستراتيجيات، وبمجرد أن تتلقى أمانة الاونسترال طلباً للمساعدة فإنها تنسق مع البلد لتحديد أهداف المساعدة التقنية والنظر في طبيعتها والطريقة التي يمكن تقديمها على أفضل وجه<sup>(3)</sup>.

←

Law(UNCITRAL,2022, p. 3, on web site: <https://www.uncitral.org> last visited: 1,2,2023

(1) درقة سعاد، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014، ص56 وما بعدها. وايضا: حاج عيسى بشينة، مصدر سابق، ص79.

(2) Mr. Renaud Sorieul, op. cit. , p. 3

(3) Mr. Renaud Sorieul, United Nations Commission on International

←

ومما سبق لا بد أن نتساءل ما مدى قدرة اللجنة في تنسيق وتوحيد قواعد التجارة الدولية، واستفادة المشرع العراقي من ذلك؟  
للإجابة على ذلك لا بد من بيان أساليب اللجنة في سبيل تحقيق اغراضها وأهدافها وهي كالتالي:

1 - الاتفاقيات الدولية: تشرع الاتفاقية الدولية بقصد توحيد موضوعات معينة من خلال إرساء نصوص قانونية ملزمة ولكي تصبح الدولة طرفاً في اتفاقية دولية يتعين عليها أن تودع رسمياً لدى الوديع وهو الأمين العام للأمم المتحدة من خلال مكتب الشؤون القانونية في الأمم المتحدة المرتبط بها صك تصديق أو انضمام، ولا تدخل الاتفاقية الدولية حيز التنفيذ إلا بعد إيداع عدد محدد في كل اتفاقية من صكوك التصديق وحسبما تنص عليه كل اتفاقية، وكثيراً ما تستخدم الاتفاقية الدولية عندما يكون الهدف المنشود هو بلوغ درجة عالية من تناسق القوانين في الدول المشاركة والقصد من تصديق الدولة على الاتفاقية الدولية هو ضمان جعل قانون تلك الدولة متوافقاً مع أحكام تلك الاتفاقية، فإذا تعذر تحقيق درجة عالية من التنسيق أو كان تحقيق درجة أكبر من المرونة هو الأفضل والأنسب فيمكن إعداد قانون نموذجي أو دليل تشريعي<sup>(1)</sup>، ومن هذه الاتفاقيات الدولية؛ اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها عام 1958 واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع (1980) واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (2005) واتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة (2018). وقد انضم العراق فعليا إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها عام 1958<sup>(2)</sup>

2 - القوانين النموذجية: هي مجموعة النصوص القانونية التي تقترحها الاونسترال على الدول لإدراجها في قوانينها الوطنية، وتلجأ الاونسترال إلى هذه الآلية عندما لا يكون التوحيد التام للقانون التجاري الدولي ضرورياً أو ممكناً أو مرغوباً فيه عن طريق اتفاقية دولية أو عندما يتوقع أن ترغب الدول مستقبلاً في إدخال تعديلات على نص القانون

←

Law(UNCITRAL,2022, p. 3, on web site: <https://www.uncitral.org>

(1) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص 47 وحاج عيسى بئينة، مصدر سابق، ص 53.

(2) قانون رقم 14 لسنة 2021، الوقائع العراقية العدد 4633 في 2021/5/31.

النموذجي أو أن تحتاج إلى ذلك من أجل التوأمة مع المتطلبات القانونية الوطنية التي قد تختلف من نظام قانوني إلى آخر، كل ذلك يجعل التفاوض على قانون نموذجي أيسر من التفاوض على اتفاقية تتضمن التزامات لا يمكن تغييرها وبالتالي يكون القانون النموذجي أسهل قبولاً من اتفاقية تتناول الموضوع ذاته، اضعف لذلك ان اعتماد الدولة لهذا النموذج سيصبح جزء من النظام القانوني الوطني<sup>(1)</sup>.

وأيضاً ان اعتماد القانون النموذجي يتم بواسطة الاونسترال في دورتها السنوية اما الاتفاقية فيقتضي اعتمادها عقد مؤتمر دبلوماسي الا إذا اعتمدت الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تؤدي في هذه الحالة وظيفة المؤتمر الدبلوماسي<sup>(2)</sup>، وقد أرفقت القوانين النموذجية في السنوات الأخيرة ب(دليل اشتراع) يقدم معلومات إيضاحية ومعلومات عن خلفية نصوص القانون النموذجي لمساعدة الدول على تبني وإدراج تلك النصوص في قوانينها الوطنية ومن هذه القوانين النموذجية؛ قانون الاونسترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل(2017) وقانون الاونسترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (2016) والقانون الاونسترال للتحكيم(1976)، المنقحة في عامي 2010 و 2013)، وقانون الاونسترال للتوفيق(1980)، وقانون الاونسترال للتحكيم المعجل(2021). ونقترح على المشرع العراقي الاستفادة بشكل كبير وواسع من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لإصدار قانون تحكيم أسوة بتشريعات مصر والإمارات والبحرين والأردن التي استفادت كثيرا من القانون النموذجي عند إصدار قوانين التحكيم التجاري لديها، وأيضاً إقرار التحكيم المعجل بموجب تشريع أو نظام خاص باعتباره من صور التحكيم الحديثة والتي تختصر الكثير من الإجراءات التحكيمية التقليدية المعروفة وتقليل المدد وغيرها لغرض التسريع في حسم منازعات التجارة والاستثمار.

3 - الأدلة والتوصيات التشريعية: قد يكون من المحبذ لأسباب عديدة عدم وضع نص موحد ملزم (اتفاقية) أو نص مقترح (قانون نموذجي)، في هذه الحالة يكون من الأفضل أن يقتصر العمل على وضع مجموعة أدلة (أو بكلمة أخرى مبادئ) أو توصيات

(1) د. حميد لطيف، دراسات في التحكيم، ط3، مكتبة صباح، بغداد، 2016، ص 149 و150. ودليل الاونسترال، مصدر سابق، ص14.

(2) د. حميد لطيف، مصدر سابق، ص23.

تشريعية، ولكن ينبغي ألا تكتفي هذه المبادئ والتوصيات بذكر أهداف عامة بل ينبغي أن تقدم حلولاً تشريعية محتملة وتفسيرات لمسائل معينة أو خيارات مختلفة أو معايير محددة يمكن الاستعانة بها لموائمة القوانين النافذة أو تحديثها أو وضع قوانين جديدة، وعندما لا يكون ملائماً أو لا يكون ضرورياً من الناحية العملية، وضع نصوص عقدية نموذجية وموحدة، فقد يكون البديل عن ذلك هو وضع دليل قانوني يتضمن توضيحات بخصوص صياغة عقود التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

ومن هذه الأدلة والتوصيات التشريعية؛ توصيات الاونسترال التشريعية بشأن المنشآت المحدودة المسؤولية (2021)<sup>(2)</sup> والدليل بشأن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 بشأن تفسير بعض نصوصها<sup>(3)</sup>. ومنها على سبيل المثال بشأن توضيح مصطلح الاتفاق المكتوب بأنه أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارداً في رسائل وبرقيات متبادلة<sup>(4)</sup> أي الأخذ بالكتابة بالمفهوم الواسع لها.

4 - الأحكام النموذجية: عندما يتناول عدد من الاتفاقيات الدولية مسألة معينة على نحو قد يستدعي التوحيد والتحديث، يمكن وضع أحكام نموذجية والتوصية باستخدامها في اتفاقيات تعد في المستقبل وفي تنقيح اتفاقيات قائمة حالياً ففي عام 1982 على سبيل المثال صاغت الاونسترال حكماً نموذجياً ينص على وحدة حسابية عالمية ذات قيمة ثابتة أمكن استخدامها، على وجه الخصوص، في اتفاقية النقل الدولي واتفاقية المسؤولية، للتعبير عن المبالغ بقيم نقدية<sup>(5)</sup>، ومن هذه الأحكام النموذجية؛ أحكام الاونسترال التشريعية النموذجية بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص (2019)، وأحكام

(1) حاج عيسى بثينة، مصدر سابق، ص 76.

(2) متاحة على الموقع: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/twsyt\\_lwnsytrl\\_tshryy\\_bshn\\_lmshat\\_lmshwd\\_lmswwly\\_0.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/twsyt_lwnsytrl_tshryy_bshn_lmshat_lmshwd_lmswwly_0.pdf)

آخر زيارة 2023/2/11

(3) موقع الاونسترال، دليل الاتفاقية، الأمم المتحدة، إصدار 2016، متاح على الموقع: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1604037\\_ebook-a.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1604037_ebook-a.pdf) آخر زيارة 2023/2/9.

(4) المادة (2/2) من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958.

(5) درقة سعاد، مصدر سابق، ص 50.

الاونسترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (2003).

وعليه فإن تعبير توحيد قانون التجارة الدولية يؤدي وفقا للأحوال إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات التجارية الدولية، ومن أهم صوره في مجال قانون التجارة الدولية، وجود قواعد موحدة للتعاقد تتبعها مختلف الدول في تعاملاتها، في الوقت الحاضر وتكريس قواعد موحدة في الشكل النموذجي للعقد الدولي وتكمن الخاصية الأساسية للقواعد الموحدة في الإرادة المشتركة للدول التي تظهر في اتفاقيات التجارة الدولية أو في تضافر تعاون فعلي بينها في المسائل التجارية، ولقد انتشرت فكرة التوحيد خاصة في التجارة الدولية بصورة كبيرة مع انطلاق المؤتمرات الدولية للقانون المقارن سنة 1900 الذي يمثل علما حديثا مضمونه أو غايته الكشف عن القانون التشريعي المشترك لمجموعة كبيرة، ومن جانب آخر يلاحظ أن المراكز والجهات العلمية المختلفة كما في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وغرفة التجارة الدولية، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، هي التي اهتمت وساهمت في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لقانون التجارة الدولية، ونظرا لصلة هذا القانون بقواعد تنازع القوانين فقد اهتم الفقه وبعض المراكز بتوحيد قواعد التنازع في بعض المسائل<sup>(1)</sup>.

ولقد أمكن توحيد العديد من الميادين التجارية دوليا عن طريق اتفاقيات التجارة الدولية ومن خلال تعاون فعلي بين الدول في المسائل التجارية ومن هذه الميادين، الأوراق التجارية، التحكيم التجاري، البيع الدولي للمنقولات، فضلا عن النقل البحري والنقل الجوي ومسائل الملكية الصناعية.

وتعكس قواعد قانون التجارة الدولية الموضوعية من طرف لجنة الاونسترال تطلعات الدول والمتعاملين في التجارة الدولية من خلال إعداد قواعد موحدة تعمل على إنهاء انعدام الأمن القانوني بالنسبة لهم في المعاملات التجارية الدولية؛ لأن تعدد الأنظمة القانونية الوطنية وتباينها فيما بينها يؤدي إلى اختلاف الحلول التي تقدم للمسألة الواحدة في ظل منهاج تنازع القوانين إذ تمثل نصوص القانون الموضوعية من طرف اللجنة أكبر

(1) د. حبيبة قدة، مصدر سابق، ص 341.

جهد يبذل في مجال التجارة الدولية وأكثر شمولاً توحيد تشريعات الدول المختلفة ذات النظم القانونية الاقتصادية المتباينة. وعليه على أعضاء لجنة الاونسترال من الوفد العراقي اتخاذ خطوات خاصة لاعتماد نصوص الاونسترال، سواء عن طريق الانضمام إلى المعاهدات أو من خلال سن تشريعات وطنية تستند إلى القوانين النموذجية أو غيرها من نصوص الاونسترال غير الملزمة من خلال نقل تجربتهم إلى المشرع العراقي.



## الخاتمة

### أولاً: النتائج.

- 1 - وجدنا أهمية تأسيس لجنة الاونسترال على مستوى العالم والاستفادة من خدماتها في مجال التجارة الدولية لغرض توحيدها والابتعاد عن التعارض في التشريعات الوطنية ذات الصلة.
- 2 - مارست الاونسترال منذ تأسيسها أعمال متنوعة ومختلفة لتحقيق أهدافها إذ أثمرت عن وجود العديد من الاتفاقيات والقوانين النموذجية الخاصة بموضوعات التجارة الدولية.
- 3 - وجود العراق في عضوية اللجنة في الوقت الحالي سيسهم في الإفادة بشكل كبير في نقل أهم المستجدات للمشرع العراقي لتطوير المنظومة التشريعية الوطنية المتعلقة بالتجارة والاقتصاد.
- 4 - تساهم الاونسترال من خلال الأفرقة العاملة المتخصصة فيها بدراسة وتطوير موضوعات خاصة في التجارة الدولية وإيجاد التنسيق والتوحيد المناسب بشأنها.
- 5 - تساهم العديد من اللجان والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية في جلسات الاونسترال في إبداء الآراء وخبرتها في مجال تنسيق وتوحيد قواعد التجارة الدولية.
- 6 - نجحت لجنة الاونسترال في الوصول لإجماع دولي كبير في العديد من موضوعات التجارة الدولية المهمة كما في البيع الدولي للبضائع والتي وضعت فيه اتفاقية دولية انضمت لها العديد من الدول وفي مجال مساهماتها الواسعة في التحكيم التجاري وتنفيذ أحكام التحكيم والتي لاقت رواجاً وإقراراً من شرعي الدول المختلفة.

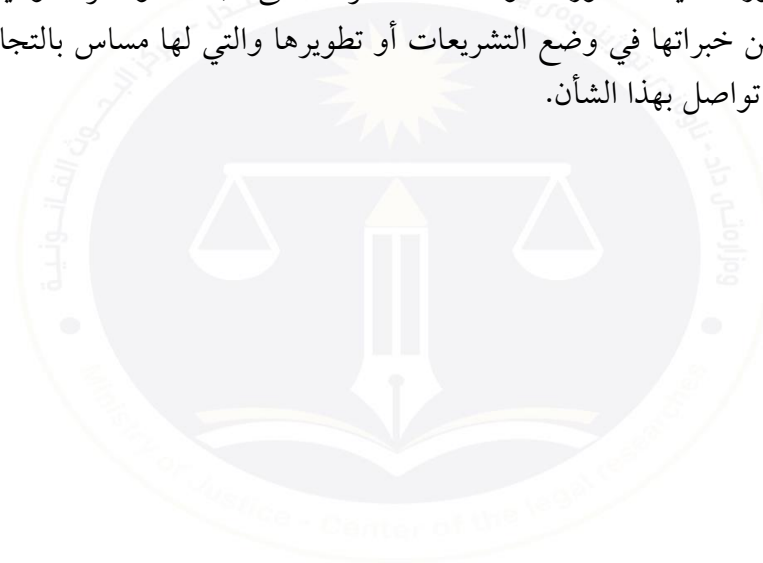
### ثانياً: التوصيات.

- 1 - نوصي المشرع العراقي بضرورة الاستفادة مما طرحه لجنة الاونسترال من اتفاقيات وقوانين وقواعد نموذجية تتعلق بالتجارة الدولية في تطوير التشريعات الوطنية ذات العلاقة.
- 2 - نوصي المشرع العراقي باعتماد القانون النموذجي في التحكيم التجاري عند إعداد مشروع قانون التحكيم العراقي وبما يتلاءم والوضع القانوني العراقي.



3 - نوصي مشرعنا العراقي والجهات المعنية لفتح قنوات تواصل مستمرة لغرض تطوير وتحديث قواعد القانون التجاري العراقي والتشريعات ذات الصلة باعتبار ذلك من مهامها الأساسية وللاستفادة من تجربتها الكبيرة في هذا المجال.

4 - نقترح على الجهات ذات العلاقة كوزارة العدل في الحكومة الاتحادية وإقليم كردستان - العراق ومجلس القضاء الأعلى في الحكومة الاتحادية وإقليم كردستان - العراق بضرورة تكثيف الدورات والأنشطة للتعرف على لجنة الاونسترال وآليات عملها والاستفادة من خبراتها في وضع التشريعات أو تطويرها والتي لها مساس بالتجارة الدولية وفتح قنوات تواصل بهذا الشأن.



## المراجع

أولاً: الكتب.

- 1 - د. حميد لطيف، قواعد التحكيم المؤسسي في المراكز والهيئات الدولية، من دون جهة نشر، بغداد، 2015.
  - 2 - د. حميد لطيف، دراسات في التحكيم، ط3، مكتبة صباح، بغداد، 2016.
  - 3 - د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2010.
- ثانياً: الأبحاث والمقالات.
- 1 - د. بشير سبهان، المنظمات الدولية، كلية الحقوق - جامعة تكريت، متاح على الموقع: <https://claw.tu.edu.iq/ld/electronic-lectures/491>
  - 2 - د. حبيبة قدة، الجهود الدولية الرامية لتوحيد قانون التجارة الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع18 كانون الثاني، 2018.
  - 3 - خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق كلية الحقوق - جامعة الموصل، م10، ع35، 2008.
  - 4 - هيبه نجود، قراءة في أساليب توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، م4، ع3، 2021.
  - 5 - تقرير لجنة القانون الدولي، الأمم المتحدة، الدورة 63، 2009 متاح على الموقع: <https://www.un.org/ar/our-work/uphold-international-law> آخر زيارة 2023/2/2
  - 6 - موقع: دراسات أبحاث قانونية، بحث من دون اسم كاتب بعنوان: الفاعلون في قانون التجارة الدولية، 27/ أيار/2020، متاح على الموقع: <https://www.bibliojuriste.club/search/label/%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%B3%D8%A7%D8%AA%D8%8C%D8%A7%D8%A8%D8%AD%D8%A7%D8%AB%20%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9> تاريخ آخر زيارة 2023./2/10

7 - موقع الاونسيترال: [https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate\\_composition/memberhistory](https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition/memberhistory) آخر زيارة 2023/2/10.

### ثالثا: الرسائل والأطاريح العلمية.

- 1 - حاج عيسى بثينة، أهمية وسبل توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2020
- 2 - درقة سعاد، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014.
- 3 - مصطفى محمد منير، دور المنظمات والمؤسسات المالية الدولية في دعم الاستثمار الأجنبي في البلدان النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الموصل، 2021.

### رابعا: المصادر الأجنبية.

- 1 - ARNESH ROY, International Organizations That Play a Role in Importing and Exporting, THE INTERNATIONAL TRADE BLOG, on web site: <https://www.shippingsolutions.com/blog/international-organizations-that-play-a-role-in-importing-and-exporting> last visited: 15,1,2023.
- 2 - United Nations Commission on International Trade Law2 - SETTING RULES FOR INTERNATIONAL TRADE AND SETTLING DISPUTES, UNCITRAL secretariat, on website: <http://www.uncitral.org> last visited 1,2. 2023
- 3 - United Nations General Assembly elects new UNCITRAL Members, unis/1/325, 16march 2021, on website: <https://unis.unvienna.org/unis/en/pr/press-releases.html>
- 4 - tojo jose , What is United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)?, March 23, 2022, <https://www.indianeconomy.net/splclassroom/what-is-united-nations-commission-on-international-trade-law-uncitral>
- 5 - Mr. Renaud Sorieul, United Nations Commission on International Law(UNCITRAL,2022, on web site: <https://www.uncitral.org> last visited: 12, 2,2023
- 6 - United Nations Commission on International Trade Law SETTING RULES FOR INTERNATIONAL TRADE AND SETTLING DISPUTES, UNCITRAL secretariat,

## الملخص

إن وجود المنظمات والجهات التي تمارس عمل محدد في سبيل تطوير وتحديث القواعد القانونية للتجارة الدولية يعد أمراً ذا أهمية كبيرة وواسعه في مجال توحيد وتطوير قواعد التجارة على المستوى الدولي له الأثر الكبير في هذا المجال.

لذلك ظهرت الاونسترال وهي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لتمارس دورها في توحيد وتنسيق قواعد التجارة الدولية في مجالات مختلفة ومتنوعة إذ تعد هذه اللجنة إحدى أجهزة الجمعية العامة للأمم المتحدة وتتكون من عدد من الدول يمارسون اختصاصاتهم في هذه اللجنة بشكل مباشر ومن خلال الفرق العاملة المتنوعة داخلها لتطوير قواعد التجارة الدولية كما في قواعد التحكيم التجاري الدولي وقواعد الوساطة التجارية وقواعد البيع الدولي للبضائع وقواعد الإفلاس الدولي وغيرها الكثير مما تبنته هذه اللجنة وسارت عليه للتطوير والتحديث بين فترة وأخرى.

وإن وجود العراق ضمن هذه اللجنة بعد اختياره لعضويتها سيكون له دور كبير في مجال الاستفادة عن قرب من أهم التطورات القانونية التجارية الدولية لغرض تطوير التشريعات الوطنية في مجال التجارة والاستثمار وتحديثها بحيث تكون مواكبة بشكل أو باخر لمثل هذه التطورات الدولية في هذه المجالات.

وان ما يصدر من اللجنة لا بد من تحديد مدى الاستفادة منه سواء بالقوانين النموذجية أو الأدلة القانونية الصادرة منها لوضع التشريعات الوطنية للدول الأخرى ونقل التجارب القانونية المقارنة الموجودة لدى لجنة الاونسترال إلى التشريعات الوطنية لتطويرها.

### پوخته

بوونی ئهو رېځخراو و لایه‌نانه‌ی که کاریکی دیاریکراو ئه‌نجام دده‌ن به‌مه‌به‌ستی پهره‌پیدان و مؤدیرنکردنی ریسا یاساییه‌کانی بازرگانی نیوده‌ولته‌ی، بابه‌تیکه گرنگیه‌کی گه‌وره و به‌رفراوانی له بواری یه‌کخستنه‌وه و پهره‌پیدانی ریساکانی بازرگانی له‌سه‌ر ئاستی نیوده‌ولته‌ی هه‌یه، وه کاریگه‌ریه‌کی گه‌وره‌ی هه‌یه له‌م بواره‌دا.

له‌به‌ر ئه‌وه ئونیسترال دهرکه‌وت که لیژنه‌یه‌کی نه‌ته‌وه یه‌کگرتووه‌کانه بو یاسای بازرگانی نیوده‌ولته‌ی، به‌ئامانجی ئه‌وه‌ی رۆلی خۆی له یه‌کخستنه‌وه و هه‌ماهه‌نگیکردنی ریساکانی بازرگانی نیوده‌ولته‌ی له بواره جوربه‌جوره‌کاندا به‌کاربه‌یڤیت، ئه‌م لیژنه‌یه یه‌کیکه له ئورگانه‌کانی ئه‌نجومه‌نی گشتی نه‌ته‌وه یه‌کگرتووه‌کان و پیکهاتووه له ژماره‌یه‌ک و لات که لیها‌تووی خویان له‌م لیژنه‌یه‌دا به‌ شیوه‌یه‌کی راسته‌وخۆ و له ریگه‌ی تیمه کاریگه‌ره جیاوازه‌کانی ناوخویه‌وه پهره‌پیده‌ن بو پهره‌پیدانی ریساکانی بازرگانی نیوده‌ولته‌ی وه‌ک له په‌یره‌وی ناوخۆی ناوبژیوانی بازرگانی نیوده‌ولته‌ی ورپساکانی ناوبژیوانی بازرگانی و ریساکانی فرۆشتنی نیوده‌ولته‌ی بو کالاکان و، ریساکانی ئیفلاسی نیوده‌ولته‌ی، و چه‌ندین شتی دیکه که ئه‌م لیژنه‌یه له‌سه‌ری دهروات و ماوه‌ ماوه کار بو گه‌شه‌پیدان و مؤدیرنکردنی ده‌کات.

وه بوونی عیراق له‌ناو ئه‌م لیژنه‌یه‌ دوای هه‌لبژاردنی بو ئه‌ندامی‌تی رۆلی گه‌وره‌ی هه‌بوو له بواری سود وهرگرتن له نزیکه‌وه له گرنگترین پېشه‌اته یاساییه بازرگانییه نیوده‌ولته‌تیه‌کان به مه‌به‌ستی پهره‌پیدانی یاسای نیشتمانی له بواری بازرگانی و وه‌به‌ره‌ئیان و نوێکردنه‌وه‌ی بو ئه‌وه‌ی هاوته‌ریب بېت له‌گه‌ل شیوازیک له شیوازه‌کانی گه‌شه‌سهندنی نیوده‌ولته‌ی له‌و بوارانهدا.

وه ئه‌وه‌ی که له‌لایه‌ن لیژنه‌که‌وه دهرده‌چیت ده‌بیت دیاری بکات که تا چه‌ند به‌کارده‌هینریت، جا به یاسا نمونه‌یه‌کان بېت یاخود به‌لگه‌ی یاسایی که له‌لایه‌ن ئه‌وانه‌وه دهرچووه بو پهره‌پیدانی یاسای نیشتمانی بو و لاتانی دیکه و گواستنه‌وه‌ی ئه‌زمونه یاساییه به‌راوردکاریه‌کانی لیژنه‌ی ئولېسترال بو یاسا نیشتمانیه‌کان و گه‌شه‌پیدانیان.

### Abstract

The existence of organizations and bodies that practice a specific work in order to develop and modernize this field that they practice is a matter of great and wide importance, and it should be noted that there are basic and important bodies in the field of unifying and developing trade rules at the international level that has a great impact in this field.

Therefore, UNCITRAL appeared, which is the United Nations Committee on International Trade Law, which is called UNCITRAL for short, to exercise its role in unifying and harmonizing the rules of international trade in various and varied fields, as this committee is one of the organs of the United Nations General Assembly and consists of a number of countries that exercise their powers in this committee directly and through Through the various working teams within it to develop the rules of international trade, as in the rules of international commercial arbitration, the rules of commercial mediation, the rules of international sale of goods, the rules of international bankruptcy, and many other things that this committee adopted and followed to develop and update from time to time.

The presence of Iraq within this committee after its selection to its membership in March of 2022 for a period of six years will have a major role in benefiting closely from the most important international commercial legal developments for the purpose of national legislation in the field of trade and investment and updating them so that they keep pace in one way or another with such developments. international in these areas.

What is issued by the committee must be clarified and the extent of benefiting from that, whether by model laws or legal evidence issued by them, to develop national legislation of the member states and to transfer the comparative legal experiences of the UNCITRAL Committee to national legislation for development.

## النهج المقارن وأثره في تدويل أحكام القانون الدولي الخاص

الأستاذ المساعد الدكتور عبدالله فاضل حامد (\*)

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كلية القانون / جامعة دهوك

ريبازی بهراوردکاری و کاریگهرييهكاني لهسهه بهنيودهولهتيكردنی  
برگهكاني ياسای نيودهولهتي تاييهت

پ.ی. د. عهبدوللا فازل حامد

پروفيسوری ياریدهدهری ياسای نيودهولهتي تاييهت

کولنيزی ياسا/ زانکوی دهوک

**The comparative approach and its impact on the  
internationalization of the provisions of private international  
Law**

**As. Professor. Dr. Abdullah Fadhel Hamid**

Assistant Professor of civil law

College of law / University of Duhok

(\*) abdaullah.mirany@uod.ac





## النهج المقارن وأثره في تدويل أحكام القانون الدولي الخاص

الأستاذ المساعد الدكتور عبدالله فاضل حامد

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كلية القانون/ جامعة دهوك

### الكلمات المفتاحية:

تنسيق القانون الخاص، توحيد القانون الخاص، المشرع الخاص الدولي، القضاء الخاص الدولي.

### كليه ووشه:

ههماهنكي ياساي تاييهت، يهكخستني ياساي تاييهت، ياسادانهري نيودهولتهى تاييهت، دادوهري نيودهولتهى تاييهت.

**Key words:** coordination of private law, unification of private law, international private legislator, international private judiciary.

### مقدمة

يقصد بأثر النهج المقارن في تدويل أحكام القانون الدولي الخاص، تدويل منظومة القانون الخاص بأبعادها المختلفة، بما تشتمل عليه من أدوات ومؤسسات وقضاء وخبراء فضلا عن التشريع ذاته. وحقيقة هذا ما اتجهت إليه مباحث القانون الدولي الخاص منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وقد كثف هذا التوجه من جهوده عبر العقود الزمنية التي تلت بداية انطلاقه إلى يومنا هذا، وكان الباعث الكامن وراء تعزيز هذا التوجه، والمؤازر له في الوقت عينه، هو تيقن الدول حقيقة أن تعزيز علاقات التجارة والتعاون فيما بينها بحاجة ماسة إلى تدويل منظومة القانون الخاص بمختلف أبعادها؛ لأنه ثبت بالتجربة وبحكم المنطق أن العلاقات ما تنمو ولا تزدهر دون وجود بنى تحتية تشريعية وقضائية خاصة بها، وهذا مذهب جميع العلاقات المجتمعية ابتداء من علاقات الأسرة والعشيرة، مروراً بعلاقات المجتمعات الوطنية، وانتهاء بعلاقات المجتمع الدولي العام، فعلاقات كل هذه المجتمعات تحظى بمنظومتها التشريعية والقضائية الخاصة بها. ونحن ندعي بوجود مجتمع خاص دولي يسعى لبناء منظومته التشريعية والقانونية الخاصة

بعلاقاته الخاصة الدولية على غرار بقية المجتمعات، وهو في سعيه هذا يستعير من المنظومات المحلية والإقليمية بعد تدويلها. ولعل الإثبات المشار إليه مستنتج بالضرورة من عدم استجابة المنظومات القانونية الوطنية للتطلعات الدولية الرامية إلى تنشيط حركة الأفراد عبر الحدود وما ينجم عن ذلك من زيادة حجم التبادلات التجارية عبر الحدود السياسية؛ لما بين هذه المنظومات من اختلافات تحول دون تحقيق تلك التطلعات.

ومنذ البداية، استعان القانون الدولي الخاص بالنهج المقارن في تدويل منظومة القانون الخاص، فكان القانون المقارن، بنهجه ومفاهيمه، الأداة التي دُوت بها - ولا يزال - أعمدة المنظومة القانونية الخاصة، وهي أعمدة تشمل ما يمكن تسميته بـ "البنية التحتية التشريعية والقضائية" للمجتمع الخاص الدولي، فظهرت المؤسسات الدولية، المتمثلة بالمعاهد واللجان والمؤتمرات الدائمة<sup>(1)</sup>، التي تأخذ صفة السلطة التشريعية الغير رسمية، وهي تعمل من خلال النهج المقارن على توحيد القانون الخاص، فكانت الحصيلة وضع قواعد ومبادئ قانونية مقبولة من قبل مختلف الأنظمة القانونية السائدة في العالم، وبذلك اتسمت تلك الحصيلة بالصفة الدولية العابرة للوطنية، وما وضع ذلك النتائج وما لاق القبول إلا بعد الدراسة المقارنة عبر الوقوف على مواقف الأنظمة القانونية الرئيسة في العالم من مسائل القانون الخاص وانتقاء ما يعد صالحاً ومشترکاً بين الأمم، ومن ثم مقبولاً بين هذه الأنظمة. ولم تقتصر تدويلات القانون الدولي الخاص على التشريع ومؤسساته، وإنما امتدت جهوده ومباحثه إلى القضاء الخاص بقصد تدويله هو الآخر، وهو ما حصل بالفعل متجسداً في تأسيس قضاء التحكيم التجاري الدولي، فاليوم بات معلوماً للجميع أن مؤسسات هذا القضاء تتولى الدور الريادي في حسم المنازعات التجارية الدولية<sup>(2)</sup>. وعلى هذا النحو استطاع النهج المقارن للقانون الدولي الخاص من تدويل البنية التشريعية والقضائية إضافة إلى مؤسساتهما، وهو ما ساهم في تدويل التجارة والاقتصاد عبر الحدود بعد أن تم تثبيت الأطر التشريعية والقضائية للتعاملات التجارية عبر

(1) مثال ذلك معهد روما لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا)، ولجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة (الأونسيترال)، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

(2) مثال ذلك مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية في باريس، ومحكمة التحكيم التجاري في لندن، ومركز الويبو للوساطة والتحكيم في مجال الملكية الفكرية.

الحدود، والتدويل الأخير كان ولازال الهدف الأساسي للمجتمعين الدولي العام والدولي الخاص. وأمام هذه الأبعاد التدويلية الأساسية، كان لابد من تكملته بالبعد البشري من خلال إعداد رجال القانون والخبراء الملمين بثقافة قانونية وقضائية دولية تتواءم مع بقية أجزاء منظومة القانون الخاص المدولة، وبهذا كان إعداد المحامين والمحكمين الدوليين أحد أبعاد التدويل في النهج المقارن للقانون الدولي الخاص.

تكمن مشكلة البحث في إيضاح العلاقة الوثيقة بين النهج المقارن وتطور القانون الدولي الخاص عبر الزمن، إضافة إلى تشخيص الإرهاصات الحاصلة في المجتمع الدولي الخاص نحو التأسيس لبنينه التحتية التشريعية والقضائية الخاصة به، فهو مجتمع لطالما عانى من عدم الانسجام بين طبيعة علاقاته الخاصة الدولية والقضاء الوطني الذي ما برح ينظر في منازعاته مضافاً إلى ذلك آلية حسمها وفق قواعد وطنية. وعلى هذا الأساس، يهدف هذا البحث إلى دراسة تفاصيل أثر النهج المقارن في تدويل أحكام القانون الدولي الخاص، من أجل الوقوف على العلاقة الوثيقة بين القانون المقارن ونهجه في الدراسات القانونية والقانون الدولي الخاص وما نتج عن ذلك من تدويل لمنظومة القانون الخاص بأبعادها المختلفة. وسيكون تناولنا للبحث من خلال تقسيمه إلى مبحثين، في المبحث الأول سنتناول تدويل أدوات التشريع والمبادئ القانونية الصادرة عنها، وفي المطلب الثاني سنبين تدويل القضاء التجاري والخبرة القضائية والقانونية.

## المبحث الأول

### تدويل أدوات التشريع والمبادئ القانونية الصادرة عنها

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول تدويل أدوات التشريع، أما المطلب الثاني فسنخصصه لتدويل القواعد والمبادئ القانونية.

## المطلب الأول

### تدويل أدوات التشريع

يقصد بأدوات التشريع في نطاق القانون الدولي الخاص الهيئات والمنظمات الدولية التي تهتم بتوحيد وتنسيق قواعد القانون الخاص عبر ما تصدره من اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية إضافة إلى المبادئ القانونية غير الملزمة في مجال التجارة الدولية. من أجل الإحاطة بأدوات التشريع المدولة في نطاق القانون الدولي الخاص سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### تحديد أدوات التشريع في مجال توحيد القانون الخاص

اتجه التفكير القانوني المقارن منذ نهاية القرن التاسع عشر إلى العمل على إيجاد مؤسسات دولية تهتم بتنسيق وتوحيد القانون الخاص على المستوى الدولي، ولعل أبرز ما وجد من مؤسسات في هذا الصدد هو ما بات يعرف باسم "الأخوات الثلاث"<sup>(1)</sup> وهي:

1. مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص (HCCH)<sup>(2)</sup>، يعد هذا المؤتمر منظمة حكومية عالمية تسعى إلى الجمع بين التقاليد القانونية المختلفة<sup>(3)</sup>، ويبلغ عدد أعضائه ما

(1) See Urs Peter Gruber, International Institute for The Unification of Private Law, Handbook of Transnational Economic Governance Regimes, E book, p. 169. available at the following link: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004163300.i-1081.122>

(2) تعود أصول مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص (HCCH) إلى عام 1893، عندما التقى مندوبون من 13 دولة في لاهاي بمبادرة من تويباس آسر (Tobias Asser) لتسوية مسائل الإجراءات المدنية والاختصاص القضائي. للمزيد من التفصيل حول تاريخ مؤتمر لاهاي ينظر الموقع الرسمي للمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص على الرابط الآتي:

<https://www.hcch.net/fr/about>

(3) المرجع نفسه.

يقارب 91 عضواً (90 دولة والجماعة الأوروبية) من كافة قارات العالم. يهدف المؤتمر إلى تطوير وخدمة الصكوك القانونية المتعددة الأطراف التي تلبى الاحتياجات العالمية وتضمن متابعتها<sup>(1)</sup>، ونتيجة لارتفاع عدد الدول غير الأعضاء التي تنضم أيضاً كأطراف في اتفاقيات لاهاي، فإن أعمال المؤتمر تشمل حالياً ما يقرب من 150 دولة من مختلف أنحاء العالم. وقد أنشأ المؤتمر كاستجابة ضرورية للتطور الحاصل في العلاقات الخاصة عبر الوطنية حيث يتشارك الأفراد والشركات باستمرار في تفاعلات عبر الحدود كالعمل والتجارة والدراسة والتسوق والسفر وغير ذلك من العلاقات التي تحدث بشكل متزايد عبر الحدود السياسية لدول متعددة. ومن أجل تحقيق الازدهار في هذه العلاقات تتطلب هذه الأنشطة درجة عالية من اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ؛ لأنه غالباً ما تكشف الاختلافات بين الأنظمة القانونية للدول ثغرات في الإطار القانوني، مما يؤدي إلى عدم اليقين فيما يتعلق بالسلطة القضائية المختصة والقانون المعمول به، وبذلك تتمثل مهمة المؤتمر في حل هذه القضايا عن طريق تقديم الحلول المتفق عليها دولياً، والتي تم تطويرها من خلال التفاوض واعتماد وتنفيذ المعاهدات الدولية، وتحديد اتفاقيات المؤتمر التي يمكن أن تصبح الدول أطرافاً فيها، والصكوك غير الملزمة التي تساعد الدول على وضع الحلول التشريعية الخاصة بها، حيث تضيء هذه الاتفاقيات والصكوك الوضوح والتماسك على العلاقات عبر الحدود في ثلاثة مجالات رئيسية هي: قانون الأسرة الدولي وحماية الطفل والتقاضي عبر الوطني وتصديقات الوثائق (Apostille)، إضافة إلى القانون التجاري والتعاملات الرقمية والمالية الدولية. وتتمثل المهمة النهائية للمؤتمر في العمل من أجل عالم يمكن فيه للأفراد والشركات الاستفادة من قدر كبير من اليقين القانوني، على الرغم من الاختلافات بين الأنظمة القانونية<sup>(2)</sup>.

2. المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)، يعد المعهد منظمة حكومية دولية مستقلة يقع مقرها في روما<sup>(3)</sup>. والغرض من اليونيدروا على النحو المنصوص عليه في نظامها الأساسي هو دراسة متطلبات وأساليب تحديث ومواءمة

(1) See Article (1) from the Statutes of the Hague Conference on Private International Law.

(2) الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، على الرابط المشار إليه آنفاً.

(3) ينظر الموقع الرسمي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص على الرابط الآتي: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/>

وتنسيق القانون الخاص لاسيما القانون التجاري بين الدول ومجموعات الدول<sup>(1)</sup>. وتحقيقا لهذه الغاية يقوم المعهد بإعداد مسودات الاتفاقيات الدولية فضلا عن صكوك غير ملزمة مثل المبادئ التوجيهية في مجال التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، كما ينظم المعهد مؤتمرات ودراسات في القانون الخاص المقارن. منذ عام 1996 يصدر المعهد مجلة ربع سنوية تسمى (Uniform Law Review)، والتي تهدف إلى أن تكون مصدراً شاملاً للمعلومات عن القانون الموحد لجميع المعنيين بالقانون التجاري الدولي الخاص. تأسس معهد يونيدروا في الأصل عام 1926 كجهاز مساعد لعصبة الأمم وقد دعا مؤسسو المعهد إلى تحليل القانون المقارن كأساس لمشاريع توحيد القانون. بعد زوال عصبة الأمم، أعيد تأسيس اليونيدروا في عام 1940 على أساس اتفاقية متعددة الأطراف. وهكذا تهدف اليونيدروا، منذ إنشائها، في المقام الأول إلى إعداد قواعد منسقة أو موحدة للقانون التجاري الخاص على أساس تحليلي مقارن، وقد تم اعتماد العديد من الاتفاقيات والقوانين النموذجية التي عقدتها الدول الأعضاء في اليونيدروا<sup>(3)</sup>.

3. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UICITRAL)، في عام 1966 أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). ولدى إنشاء اللجنة، سلّمت الجمعية العامة بأن التفاوت بين القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفق التجارة، واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها

(1) See Article (1) from the Statutes of UNIDROIT.

(2) أصدر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الطبعة الأولى من مبادئ اليونيدروا في مجال عقود التجارة الدولية لأول مرة عام 1994، وبعد ذلك خضعت هذه المبادئ للتعديل والإضافة في طبعات لاحقة كان آخرها الطبعة الرابعة الصادرة عام 2016، أما الطبعة الثانية والثالثة فقد صدرتا في العامين 2004 و2010. وتهدف مبادئ اليونيدروا إلى وضع مجموعة متوازنة من القواعد المعدة للتطبيق في جميع أنحاء العالم بغض النظر عن التقاليد القانونية أو الظروف الاقتصادية والسياسية للبلدان التي ستطبق فيها. للتفصيل ينظر يونيدروا، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية 2004، الترجمة العربية، روما، 2008، مقدمة الطبعة الأولى 1994، الصفحة (س). (الناشر دار النهضة العربية).

(3) يبلغ عدد الدول الأعضاء في معهد اليونيدروا 63 دولة منها العراق. للتفصيل أكثر عن الاتفاقيات التي أبرمها المعهد ينظر:

Urs Peter Gruber, op. cit. p. 169.

الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق وإزالتها<sup>(1)</sup>. وتبتغي اللجنة إزالة العوائق المشار إليها عبر التنسيق بين القوانين الوطنية وتوحيدها، وتشير عبارتا "التنسيق" و"التوحيد" في نطاق قانون التجارة الدولية إلى العملية التي ينشأ ويعتمد من خلالها القانون الذي ييسر التجارة الدولية، فهناك عوامل يمكن أن تعوق التجارة الدولية، مثل عدم وجود قانون ناظم قابل للتكهن به، أو وجود قوانين عفا عليها الزمن وغير مناسبة للممارسات التجارية الدولية<sup>(2)</sup>. وتبين لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذه المشاكل ثم تضع بعناية حلولاً لها تكون مقبولة للدول ذات النظم القانونية المختلفة ودرجات التنمية الاقتصادية والاجتماعية المتفاوتة. ومن حيث المفهوم، يمكن اعتبار "التنسيق" العملية التي قد تعدل بها القوانين الداخلية بغية تعزيز القابلية للتنبؤ في المعاملات التجارية عبر الحدود، كما يمكن اعتبار "التوحيد" اعتماد الدول معياراً قانونياً مشتركاً يحكم جوانب معينة من المعاملات التجارية الدولية. ويعد القانون النموذجي أو الدليل التشريعي مثال لنص يصاغ من أجل تنسيق القانون الداخلي، في حين أن الاتفاقية هي صك دولي تعتمد الدول من أجل توحيد القانون على الصعيد الدولي. وتشمل المجالات التي تهتم بها الأونسيترال: تسوية المنازعات وممارسات العقود الدولية والنقل والإعسار والتجارة الإلكترونية والمدفوعات الدولية والمعاملات التي تتضمن ضمانات الوفاء وشراء السلع وبيعها، وعادة يتم التفاوض على هذه الصكوك من خلال عملية دولية تضم مجموعة متنوعة من المشاركين، بما في ذلك الدول الأعضاء في الأونسيترال<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### سيادة المنهج المقارن في عمل مؤسسات توحيد القانون الخاص

يشير جانب من الباحثين أنه لطالما تم النظر إلى القانون الدولي الخاص والقانون المقارن لسنوات عديدة على أنهما مترابطان كزوجان وأن أهداف كل طرف متكاملة تماماً مع أهداف الطرف الآخر<sup>(4)</sup>، فالقانون المقارن هو أداة ضرورية لعمل القانون الدولي

(1) نقلاً عن الموقع الرسمي للأونسيترال على الرابط الآتي: <https://uncitral.un.org/ar/about>

(2) A Guide to UNCITRAL, Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law, UNITED NATIONS Vienna, 2013, p. 1.

(3) Ibid, p. 1.

(4) Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, Private international law and comparative law: a relationship challenged international law and supranational law, Yearbook of Private

الخاص، فلطالما تناول الفقهاء أمثال (Samuel Livermore) و (Joseph Story) نظريات القانون الدولي الخاص بالاعتماد على النهج المقارن، وهو ذات النهج المعمول به في المؤسسات الأكثر شهرة في مجال تنسيق وتوحيد القانون الخاص مثل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص<sup>(1)</sup>.

من الناحية العملية يمكن ملاحظة النهج المقارن بشكل بارز في عمل مؤسسات توحيد القانون الخاص، فعادة ما تبدأ المؤسسات محل البحث، والتي يمكن أن نطلق عليها "مؤسسات وضع الصكوك الدولية الخاصة كاليونيدرو وأخواتها"، عملها في إنجاز الصك المعني عبر إدراج الموضوع المزمع تنظيمه في جدول أعمالها، وبعد إقرار الهيئة العامة في المؤسسة للموضوع، كمشروع اتفاقية أو مشروع قانون نموذجي أو مشروع مبادئ غير ملزمة، يتم تشكيل لجنة مؤلفة من كبار رجال القانون من مختلف المذاهب القانونية لدراسة الموضوع وإعداد المقترح التشريعي مع تعليقات أعضاء لجنة المشروع عليه. وبعد إنجاز المشروع، من قبل اللجنة المذكورة، يتم عرضه من قبل المؤسسة على عدد أكبر من الخبراء والمختصين من دول مختلفة، ومن ثم تجمع الآراء لدراستها وانتقاء النصوص المتفق عليها وفق آليات عمل لجان المؤسسة المعنية، ثم في المرحلة الأخيرة يعرض المشروع على الأمانة العامة للمؤسسة من أجل اعتمادها كمسودة في حالة الاتفاقيات الدولية لغرض عرضها لتصديق الدول عليها أو الانضمام إليها حسب الأحوال، أو تعتمد كقانون نموذجي تقر من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في حالة الصكوك الصادرة عن الأونسيترال، أو يتم إصدارها عن المؤسسة في حالة المبادئ التوجيهية والعقود النموذجية كما في المبادئ الصادرة عن اليونيدروا.

فعلى سبيل المثال، ولدت فكرة وضع مبادئ توجيهية بشأن العقود التجارية الدولية من قبل اليونيدروا عام 1971، حيث قرر مجلس الإدارة حينذاك إدراج هذا الموضوع في برنامج عمل المعهد. بعد ذلك تشكلت لجنة توجيهية مصغرة مؤلفة من الأساتذة (René

←

International Law, Volume 11 (2009), p. 32. Article available at the following link: <http://diegofernandezarroyo.net/articles/56> - Private - International - Law - and - Comparative - Law - A - Relationship - Challenged - by - International - and - Supranational - Law - DPFA - 2009. pdf

(1) Ibid, p. 32.



(David, Clive M. Schmitthoff and Tudor Popescu,) يمثلون على التوالي كل من نظام القانون المدني ونظام القانون العام والأنظمة الاشتراكية، مهمتها إجراء تحقیقات أولية في جدوى مثل هذا المشروع. ومع ذلك، لم يتم تشكيل فريق عمل خاص لغرض إعداد مختلف مشاريع فصول المبادئ حتى عام 1980. وبعد تشكيل مجموعة العمل فإنها كانت تضم ممثلين عن جميع النظم القانونية الرئيسية في العالم من خبراء بارزين في مجال قانون العقود والقانون التجاري الدولي، وكان معظمهم من الأكاديميين وبعض القضاة رفيعي المستوى أو موظفين مدنيين، وجميعهم جلسوا بصفتهم الشخصية. وقد عينت المجموعة من بين أعضائها مقررین لفصول مختلفة من مبادئ اليونيدروا، وقد أوكلت إليهم مهمة تقديم مسودات متتالية مع التعليقات، بعد ذلك تمت مناقشة هذه المسودات من قبل أعضاء المجموعة وتم تعميمها لاحقاً على مجموعة واسعة من الخبراء، بما في ذلك شبكة خبراء اليونيدروا الواسعة. بالإضافة إلى ذلك، قدم مجلس الإدارة في اليونيدروا مشورته بشأن السياسة التي يجب اتباعها، لا سيما في الحالات التي وجدت فيها المجموعة صعوبة في التوصل إلى توافق في الآراء، كما أوكلت أعمال التحرير اللازمة إلى لجنة تحرير بمساعدة الأمانة<sup>(1)</sup>. وعلى هذا النحو جاءت الطبعة الأولى من مبادئ اليونيدروا عام 1994 لتعكس في معظمها المفاهيم التي يمكن العثور عليها في العديد من النظم القانونية إن لم يكن كلها. وبما أن مبادئ اليونيدروا تهدف إلى توفير نظام من القواعد مصمم خصيصاً لاحتياجات المعاملات التجارية الدولية، فإنها تجسد أيضاً ما يُنظر إليه على أنه أفضل الحلول، فالهدف من مبادئ اليونيدروا هو وضع مجموعة متوازنة من القواعد المصممة للاستخدام في جميع أنحاء العالم بغض النظر عن التقاليد القانونية والظروف الاقتصادية والسياسية للبلدان التي سيتم تطبيقها فيها، وينعكس هذا الهدف في كل من سياقها الرسمي والسياسة العامة التي تقوم عليها. فبقدر تعلق الأمر بسياقها الرسمي، فإن مبادئ اليونيدروا تسعى عمداً إلى تجنب استخدام المصطلحات الخاصة بأي نظام قانوني معين، كما يتم التأكيد على الطابع الدولي لمبادئ اليونيدروا من خلال حقيقة أن التعليقات المصاحبة لكل حكم تمتنع بشكل منهجي عن الإشارة إلى القوانين الوطنية من أجل شرح

(1) UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 2016, p. xxviii.

أصل الحل المعمول به والأساس المنطقي له، ولا يتم الإشارة إلى أصل القاعدة إلا في حالة الاقتباس الحرفي تقريباً من اتفاقية الأمم المتحدة المقبولة عالمياً وهي اتفاقية البيع الدولي للبضائع لعام 1980. أما من ناحية المضمون، فإن مبادئ اليونيدروا تتسم بالمرونة الكافية لمراعاة الظروف المتغيرة باستمرار التي تحدثها التطورات التكنولوجية والاقتصادية التي تؤثر على الممارسات التجارية عبر الحدود. إضافة إلى ضمان العدالة في العلاقات التجارية الدولية من خلال النص صراحة على الواجب العام للطرفين للعمل وفقاً لحسن النية والتعامل العادل، وفي عدد من الحالات المحددة، فرض معايير السلوك المعقول. وبطبيعة الحال، إلى الحد الذي تتناول فيه مبادئ اليونيدروا القضايا التي تغطيها أيضاً اتفاقية البيع الدولي للبضائع، فإنها تتبع الحلول الموجودة في الاتفاقية، مع مثل هذه التعديلات التي تعتبر مناسبة لتعكس الطبيعة الخاصة للمبادئ ونطاقها<sup>(1)</sup>. ويجدر بالذكر، إن النهج المقارن في عمل اليونيدروا هو ذاته المتبع في جميع طبعات المبادئ اللاحقة<sup>(2)</sup>، كما أنه ذات الأسلوب في خطوطه العريضة المتبع في عمل بقية مؤسسات توحيد القانون الخاص مع مراعاة خصوصية كل مؤسسة.

من المثل السابق نستطيع تحديد ملامح النهج المقارن في عمل مؤسسات توحيد القانون الخاص في النواحي الآتية:

1. تشكيل لجان من خبراء ينتمون إلى نظم قانونية مختلفة كنظام القانون العام ونظام القانون المدني بالإضافة إلى استشارة مجموعة كبيرة من الخبراء ينتمون لدول مختلفة، كل ذلك بهدف دراسة الموضوع في ضوء تقاليد النظم المختلفة واختيار الأصلح والأنسب للعلاقات الخاصة الدولية على نحو تكون القواعد مقبولة في مختلف الدول بغض النظر عن تقاليد القانونية.

2. تستوحى القواعد التي تضعها مؤسسات توحيد القانون الخاص من القواعد الموجودة في القوانين الوطنية بعد صياغتها بما يلاءم العلاقات الخاصة الدولية، فالكثير من المبادئ القانونية الوطنية تترجم بعد إعادة صياغتها في صكوك مؤسسات توحيد القانون

(1) Ibid, p. xxix.

(2) صدرت عن اليونيدروا أربع طبعات من مبادئ العقود التجارية الدولية هي (طبعة 1994 وطبعة 2004 وطبعة 2010 وطبعة 2016) ينظر المرجع نفسه ص VIII.

الخاص، ولاشك أن عملية الاستيحاء تتم عبر تفعيل آليات النهج المقارن في دراسة القوانين.

3. إن إجراء دراسات مقارنة في القانون الخاص يعد من صميم نشاط مؤسسات توحيد القانون الخاص وعاد ما يكون منصوص عليه في أنظمتها الأساسية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### التنسيق والتعاون بين مؤسسات توحيد القانون الخاص

بسبب وحدة الهدف بين مؤسسات توحيد القانون الخاص فإنها تعد متناظرة من هذه الناحية، وهو ما يدفعها إلى التنسيق التعاون فيما بينها في دراسة موضوع مزعم إصدار صك دولي بشأنه، على نحو يحضر ممثلي المؤسسات في أعمال واجتماعات المؤسسة المعنية بوضع الصك المزعم إصداره. فعلى سبيل المثال، يعقد كل فريق عامل تابع للجنة القانون التجاري الدولي (الأونسيترال) دورة أو دورتين في السنة، تبعاً للمواضيع التي سيتناولها، وتتعاقد هذه الدورات بين نيويورك وفيينا، وعلاوة على الدول الأعضاء، تدعى جميع الدول غير الأعضاء في اللجنة، وكذلك المنظمات الدولية المهمة، إلى حضور دورات اللجنة ودورات فرقها العاملة، بصفة مراقبين، ويسمح للمراقبين بالمشاركة في المناقشات في دورات اللجنة وفرقها العاملة بنفس القدر المسموح به للأعضاء<sup>(2)</sup>. وهذا النوع من التنسيق بين مؤسسات توحيد القانون الخاص يرد عادة في بعض الأنظمة الداخلية لهذه المؤسسات، فالنظام الأساسي لمعهد توحيد القانون الخاص (اليونيدروا) يقضي بضرورة الاهتمام بالمشروعات التي تم القيام بها بالفعل في أي من هذه المجالات من قبل المؤسسات الأخرى التي قد تقيم معها علاقات عند الضرورة<sup>(3)</sup>، وهذا في اعتقادنا صورة بارزة للنهج المقارن في عمل مؤسسات توحيد القانون الخاص، فمن خلال هذا التعاون والتنسيق يتم تبادل الأفكار والخبرات التي تعود للنظم قانونية مختلفة وفي ذلك آلية علمية لتشريع قواعد مقبولة على المستوى الدولي.

(1) ينظر الفقرة (C) من النظام الأساسي لمعهد توحيد القانون الخاص (اليونيدروا).

(2) ينظر في أساليب عمل الاونسيترال على الرابط الإلكتروني الآتي: <https://uncitral.un.org/ar/about>

(3) الفقرة (d) من النظام الأساسي لليونيدروا.

ومن ناحية ثانية تؤدي وحدة أهداف مؤسسات توحيد القانون الخاص إلى وحدة المسائل التي تتولاها هذه المؤسسات بالتنظيم القانوني الدولي وبالتالي تتعدد الصكوك التي تتناول ذات الموضوع مما يؤدي إلى تداخلها من ناحية الموضوع ونطاق التطبيق، الأمر الذي يوجب مقارنة الصكوك التي تتناول ذات الموضوع من أجل بيان نطاق تطبيق كل منها. ففي نطاق العقود التجارية الدولية أنتج مؤتمر لاهاي والأونسيترال واليونيدروا على مر الزمن سلسلة من النصوص التي لها طابع تكميلي، وهي: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية بطبعاتها المختلفة والتي صدرت لأول مرة في عام 1994، ومبادئ مؤتمر لاهاي بشأن اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية التي صدرت عن المؤتمر عام 2015. وإضافة إلى ذلك، أعدت الأونسيترال معاهدات من قبيل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 واتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع لعام 1974، وهما اتفاقيتان وثيقتا الصلة باتفاقية البيع وتكملانها فيما يتعلق بمسائل محددة. كذلك اعتمد مؤتمر لاهاي في الماضي عددا من المعاهدات التي تتناول قواعد اختيار القانون في البيع الدولي وهي: اتفاقية القانون المنطبق على البيع الدولي للبضائع لعام 1955، والاتفاقية المتعلقة بالقانون الساري على الوكالات لعام 1978، واتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1986، كما اعتمدت اليونيدروا أيضاً اتفاقية الوكالة في البيع الدولي للبضائع لعام 1983 التي تنظم جوانب جوهرية بشأن الوكالات<sup>(1)</sup>. وعادة تصاغ النصوص في الصكوك المذكورة بالتنسيق مع مؤسسات أخرى، وخير مثال على ذلك هو التاريخ التشريعي لاتفاقية البيع التي استفادت الأونسيترال في إعدادها من النصوص الموحدة الأقدم عهدا التي صاغها اليونيدروا، وكان لاتفاقية البيع بدورها تأثير في النصوص الموحدة التي وضعت بعد ذلك، ومنها على سبيل المثال مبادئ اليونيدروا، كما تستند مبادئ مؤتمر لاهاي على اتفاقية البيع

(1) نقلا عن الأونسيترال (لجنة القانون التجاري الدولي)، الأونسيترال ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص واليونيدروا، الدليل القانوني إلى الصكوك الموحدة في مجال العقود التجارية الدولية مع التركيز على البيع، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2021، ص 1 - 2.

ومبادئ اليونيدروا وتساعد في تنفيذها<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### تدويل القواعد والمبادئ القانونية

لعله ليس من المبالغة القول أن القانون الدولي الخاص ومن خلال نهجه المقارن تمكن إلى حد ما من وضع قواعد ومبادئ قانونية تتلاءم طبيعتها مع طبيعة العلاقات التي يهتم بها لا سيما في مجال التجارة الدولية والملكية الفكرية، فلطالما عانى هذا الفرع القانوني من عدم الانسجام بين طبيعة العلاقات الخاصة الدولية وطبيعة القواعد التي تنظمها نتيجة تبني المنهج التقليدي في حل مشكلة تنازع القوانين (منهج قاعدة الإسناد)، وهو عدم انسجام يتمثل في سريان قواعد وطنية على علاقات ذات طبيعة دولية وعابرة للحدود السياسية بين الدول، ويرجع الفضل في وضع هذه القواعد إلى مؤسسات تنسيق وتوحيد القانون الخاص ونهجه المقارن على النحو الذي تناولناه في المطلب السابق. ومن أجل الوقوف على ماهية القواعد والمبادئ القانونية الدولية سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### مفهوم القواعد والمبادئ القانونية الدولية

باعتبار أن جل القواعد والمبادئ القانونية الدولية تتناول علاقات التجارة الدولية لهذا تعرف أحياناً بـ (قانون التجارة الدولية)، وقد وصف الأمين العام للأمم المتحدة عام 1966 القانون الأخير بأنه ((مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر))<sup>(2)</sup>، ومع تحفظنا على مصطلح (قانون التجارة الدولية) لاقتصره على القواعد التي تنظم العلاقات التجارية فقط، فإن هذا التعريف يشمل مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات والاعتمادات المصرفية والنقل والتأمين وحقوق المؤلف والملكية الصناعية والتحكيم في العلاقات

(1) نقلا عن المرجع نفسه، ص2.

(2) The law of international trade may be defined as the body of rules governing commercial relations of private law nature involving different countries. See the Report of the Secretary - General of the United Nations 1966 at the following link: <http://www.jus.uio.no/lm/un.sg.report.itl.development.1966/doc.html#13>

المشوبة بعنصر أجنبي وعقود الاستثمارات ونقل التكنولوجيا<sup>(1)</sup>. أما التعريف الفقهي للقواعد والمبادئ القانونية الدولية فقد عرفها جانب من الشراح بأنها (مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة)<sup>(2)</sup>، ويعرف جانب آخر من الشراح هذه القواعد والمبادئ بأنها (مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي)<sup>(3)</sup>. على هذا الأساس، يمكن تعريف القواعد والمبادئ الدولية بأنها مجموعة القواعد القانونية ذات المضمون الدولي والتي أعدت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية وحل ما قد ينشأ عنها من منازعات وهي تتمثل في الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية الدولية والمبادئ القانونية وغير ذلك. وبوجود هذه القواعد والمبادئ يستعيد القانون الدولي الخاص الانسجام المنشود بين طبيعة القواعد وطبيعة العلاقات التي تنظمها، ومرة أخرى لم يحدث هذا التدويل في القواعد والمبادئ القانونية إلا بعد تفعيل آليات النهج المقارن في الدراسات القانونية الخاصة بالقواعد والمبادئ القانونية الدولية. إن ما يميز هذه القواعد والمبادئ هو مضمونها الدولي نظراً لأنها وضعت خصيصاً لتحكم العلاقات ذات الطابع الدولي حتى وإن كانت ذات أصل وطني ووجدت في القوانين الداخلية<sup>(4)</sup>، وهذه الميزة تعطي الإمكانية للأفراد من العلم بها مسبقاً على نحو يضمن الاستقرار والقدرة على التنبؤ بحكم القواعد المختصة بالتطبيق، أي بمعنى إننا سنكون أمام حالة من

- (1) ينظر د. حسن طالب موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص51؛ يزن صائب احمد الزبياري، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011، ص9.
- (2) نقلاً عن د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص267.
- (3) نقلاً عن د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص39.
- (4) المرجع نفسه، ص40 - 41.

تعزير اليقين القانوني في ظل تطبيق هذه القواعد والمبادئ<sup>(1)</sup>. وقد فرض وجود هذه القواعد التطور والتعقيد الذي أصاب العلاقات على المستوى الدولي بين الأفراد ولاسيما في المجال التجاري مثل عقود الإنشاءات الضخمة وعقود بناء المصانع وتسليم المفتاح في اليد، وأصبحت هذه العلاقات المركبة والمعقدة تثير مشاكل قانونية حيث لم يعد مقبولاً أن يسري بشأنها القواعد القانونية الوطنية وإلا شاع الاضطراب في تلك العلاقات التي هي في حاجة إلى الاستقرار والثقة، فكيف يطمئن الأطراف في مثل هذه العلاقات على حقوقهم إذا كانوا لا يعلمون مسبقاً القواعد الواجبة التطبيق؟!<sup>(2)</sup>

## الفرع الثاني

### طبيعة القواعد والمبادئ القانونية الدولية

لاشك أن طبيعة القواعد والمبادئ محل البحث من ناحية أولى تتمثل في الطبيعية الدولية، وبذلك هي تقابل القواعد والمبادئ الوطنية العائدة لمجتمع محلي معين، وبهذه الطبيعة الدولية استطاع القانون الدولي الخاص - كما ذكرنا سابقاً - استعادة الانسجام والملائمة بين العلاقات الدولية الخاصة والقواعد والمبادئ الناظمة لها. ومن ناحية ثانية، تتمثل طبيعة القواعد والمبادئ الدولية في صفة الإلزام والرسمية الكامنة فيها، والحقيقة هي أن جميع القواعد والمبادئ الدولية ليست من طبيعة واحدة من هذه الناحية، إذ تنقسم إلى قواعد رسمية وقواعد ومبادئ غير رسمية وهو ما نوضحه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: القواعد القانونية الرسمية

ترد هذه الفئة من القواعد الدولية عادة في الاتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد ملزمة لقضاء الدولة المصادق عليها، وتشكل هذه الفئة من القواعد ما يسميه الباحثين بالقانون الصلب (Hard Law) تمييزاً لها عن قواعد القانون المرن ((Soft Law)<sup>(3)</sup>. ومن

(1) نقلاً عن عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس فاكولتي القانون والسياسة في جامعة السليمانية، 2013، ص 203.

(2) د. محمد إبراهيم موسى، التطويق القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 65.

(3) See Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance, Minnesota Law Review .

بين مؤسسات تنسيق وتوحيد القانون الخاص يبرز مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في نشاطه الذي يركز على صياغة مسودات لاتفاقيات دولية تصادق عليها الدول أو تنظم إليها لاحقاً، حيث اعتمدت الدول أكثر من 40 اتفاقية وصك تحت رعاية المؤتمر المذكور، تتناول هذه الصكوك وضع معايير دولية فيما يخص الأوضاع الشخصية أو العائلية أو التجارية المرتبطة بأكثر من دولة واحدة من ناحية الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية والقانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تثير تنازعاً بين القوانين والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها<sup>(1)</sup>.

ثانياً: القواعد والمبادئ غير الرسمية

العديد من القواعد والمبادئ الصادرة عن مؤسسات توحيد القانون الخاص تفتقد للصفة الرسمية بسبب صدورها عن معاهد ولجان دولية في شكل مبادئ قانونية تمثل تقنياً للأعراف التجارية أو قوانين وعقود نموذجية، وتشكل هذه القواعد والمبادئ نوع جديد من القانون يعرف بـ "القانون المرن Soft Law"، ويعرف الأخير بدوره بأنه مجموعة من القواعد ذات الطبيعة المعيارية، ليس لها قوة ملزمة، ولا يتم تطبيقها إلا من خلال القبول الطوعي لها من قبل الأشخاص<sup>(2)</sup>. وعادة ما تسود قواعد القانون المرن في نطاق القوانين الدولية، مثل القانون الدولي العام كما في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، وكذلك في نطاق قانون التجارة الدولية. وبالنسبة للقانون الأخير، يرجع الفضل في إنشاء قواعده المرنة إلى مؤسسات تنسيق وتوحيد القانون الخاص على الذي مر ذكره، فهذه المؤسسات تعمل بشكل أساسي على توحيد القواعد القانونية على المستوى الدولي وبوجه خاص قواعد القانون الخاص<sup>(3)</sup>. وتشتمل أدوات القانون المرن في القانون التجاري

←

June 2009, p. 1. Article available at the following link:

file: //C:  
/Users/WAAR/Downloads/Hard\_vs\_Soft\_Law\_Alternatives\_Complements\_and\_Anta.  
pdf

(1) ينظر الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص على الرابط الآتي:

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>

(2) Henry Deeb Gabriel, The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UINDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, Brooklyn Journal of International Law, Volume 34, Issue 3, Brooklyn, NY, 2009, p. 658. Article available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=bjil>

(3) Ibid, p. 659.



الدولي على القوانين النموذجية وتقنيات العرف الصادر عن منظمة دولية غير حكومية والعقود النموذجية، وعلى الرغم من أن مبادئ القانون المرن ليس له صفة القانون الوضعي، إلا أنها يمكن أن تصبح قانوناً وضعياً إما عن طريق المحاكم أو هيئات التحكيم أو الهيئات التشريعية التي تتبناها، أو من خلال أطراف المعاملات التجارية عبر تبنيها ك شروط تعاقدية منصوص عليها في عقودهم. ومن أمثلة قواعد ومبادئ القانون المرن: مبادئ اليونيدرو بشأن العقود الدولية وقواعد الأونسيترا للتحكيم، ومبادئ وقواعد اليونيدرو للإجراءات المدنية عبر الوطنية ودليل الأونسيترا التشريعي الجديد للمعاملات المضمونة<sup>(1)</sup>.



(1) Ibid, p. 659.

## المبحث الثاني

### تدويل القضاء التجاري والخبرة القضائية والقانونية

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول تدويل القضاء التجاري، أما المطلب الثاني فسنخصصه لتدويل الخبرة القانونية والقضائية.

#### المطلب الأول

#### تدويل القضاء التجاري

لعل أن البعد الأكثر وضوحاً للنهج المقارن في تدويل منظومة القانون الدولي الخاص هو تدويل القضاء التجاري الدولي، ويتمثل هذا القضاء الخاص المدول بالوسائل البديلة في تسوية المنازعات وأهمها التحكيم التجاري الدولي. ومن أجل الإحاطة بماهية هذا القضاء الخاص المدول وصور النهج المقارن الكامنة فيه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

#### الفرع الأول

#### مفهوم القضاء التجاري الدولي

نتيجة ازدياد المبادلات الاقتصادية والمعاملات التجارية الدولية، وعدم ملائمة النظم القضائية الوطنية، والقوانين الداخلية، لتسوية المنازعات الناجمة عنها، اتجه الفكر القانوني إلى البحث عن وسائل فنية متخصصة، تتولى الفصل في تلك المنازعات بعيداً عن قضاء الرسمي للدولة وقانونها، ولأجل ذلك ظهر ما يمكن تسميته بـ "القضاء الخاص الدولي" كبديل ملائم للقضاء الرسمي<sup>(1)</sup>. وبملاحظة واقع منازعات التجارة الدولية نجد أن المتعاملون في ميدان التجارة الدولية عادة ما يفضلون عرض منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة، لا يتقيدون بقواعد القوانين الوطنية، ويعملون على حل المنازعة بآلية أكثر سرعة، وبشكل يحفظ أسرار رجال الأعمال التي قد يصيبها ضرر من جراء

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم - محاذير وتوجيهات - ، مقالة منشورة في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 64، 2008، ص36.

العلائية التي هي من سمات القضاء في الدولة<sup>(1)</sup>. على هذا النحو، أدرك المتعاملون في ميدان التجارة الدولية والاستثمار أن القضاء الوطني عاجز عن الفصل في عقود التجارة الدولية المعقدة والمركبة مثل عقود التجارة الإلكترونية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المفتاح في اليد وعقود الاستثمار وعقود تصميم وتصنيع الأقمار الصناعية ونظم الاتصالات الفضائية، واستغلالها التجاري، لأن هذه العقود الأخيرة ظهرت في ظل أعراف المجتمع الخاص الدولي، ثم جرى تقنينها في صورة عقود نموذجية، ولذلك يعجز القضاء الوطني عن الفصل فيها كونها غير معروفة للأنظمة القانونية الداخلية<sup>(2)</sup>. على هذا الأساس، يعد القضاء الخاص الدولي وسيلة مرنة تستجيب لحاجات المجتمع الخاص الدولي، ويتحرر من القواعد الجامدة التي تكبل القضاء الوطني، والتي في الغالب يجهل المتعاملون في ميدان التجارة الدولية أحكامها<sup>(3)</sup>، ومن أسباب تزايد اللجوء إلى القضاء الخاص الدولي من قبل المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، هي رغبتهم في تجنب مشاكل تنازع القوانين نظراً لما تؤدي وجودها إلى إشاعة القلق في المعاملات التجارية الدولية بسبب تعدد النظم القانونية من جهة وتباين أحكامها في المسألة الواحدة من جهة أخرى<sup>(4)</sup>. عليه، يقصد بالقضاء الخاص الدولي ذلك القضاء الذي يختص بنظر المنازعات بين أفراد المجتمع الخاص الدولي لاسيما تلك المنازعات الناجمة عن العقود في مجال التجارة الدولية، ومن صورته الرئيسية التحكيم التجاري الدولي والتوفيق والوساطة.

## الفرع الثاني

### صور النهج المقارن في تدويل القضاء التجاري

وصف جانب من الباحثين التحكيم التجاري الدولي بأنه عبارة عن "قانون مقارن موضع التطبيق"<sup>(1)</sup>، رغم أنه من الغريب الحديث عن القانون المقارن في موضع التطبيق؛

(1) المرجع نفسه، ص 36 - 37.

(2) د. عبدالله فاضل حامد وياسين إسماعيل عبدالله، النظام القانوني للمجتمع الخاص الدولي، بحث منشور في المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، پ 9، 3، 2019 - 2020، ص 373.

(3) المرجع نفسه، ص 373.

(4) د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت، 1980، ص 307 وما بعدها.

(1) Joshua Karton, International Arbitration as Comparative Law in Action, 2020 J. Disp.

←

لأن الأخير ليس في حد ذاته مجالاً للقانون الموضوعي أو الإجرائي إنما عبارة عن نهج في دراسة القوانين، لذلك يبدو من غير المنطقي التفكير في القانون المقارن باعتباره موضع التنفيذ، فكيف يمكن للمرء أن يتحدث عن "تجربة عملية" للقانون المقارن؟، ولكن من صاغ العبارة المذكورة شدد على الطريقة التي يعمل بها القانون بالفعل في حياة الأفراد وهو ما يمكن تسميته بتجربتهم الحية مع القانون، لذلك يزعم هذا الجانب من الباحثين أن القانون المقارن معمول به عملياً على نطاق واسع في مجال التحكيم التجاري الدولي، فمن يساهم في تسيير العملية التحكيمية من خبراء ومحامين ومحكمين يتمون إلى جنسيات ونظم قانونية مختلفة إنما بالضرورة أعمال للنهج المقارن على نطاق واسع، فالنهج المقارن شائع في التحكيم التجاري الدولي حيث يتم استخدام أساليب القانون المقارن في كل مرحلة من مراحلها، حتى عندما لا تتطلب الظروف تحليلاً أو تقييماً مقارناً، وبذلك يتجاوز القانون المقارن مجرد طريقة لاشتقاق القواعد؛ إنه يشكل روح التحكيم التجاري الدولي وجانب أساسي من ثقافته المهنية<sup>(1)</sup>. ويمكن لنا تلخيص صور النهج المقارن في التحكيم التجاري الدولي على النحو الآتي:

أولاً: اختيار الخصوم للتحكيم بدلاً من التقاضي أمام المحاكم الرسمية، ففي هذه المرحلة يجب على الخصوم الانخراط في تحليل مقارن للنظر في كيفية عمل التقاضي في أي دولة قد يكون لمحاكمها اختصاص على نزاع بينهما، كما يتضمن هذا التحليل المقارن بعض الاعتبارات ذات الصلة بحياد القضاء واستقلالته، وما إذا كانت الإجراءات عادلة للمتقاضين الأجانب، ومقدار تكاليف التقاضي، والمدة التي تستغرقها العملية، كما سيقارن الخصوم القواعد التي أصدرتها مؤسسات التحكيم المختلفة والخدمات التي تقدمها والرسوم الإدارية التي تتقاضاها ومسائل أخرى. ونظراً للتأثير الهائل الذي يمكن أن تحدثه طريقة تسوية المنازعات، فإن المحامي الذي يفشل في إجراء مقارنة سريعة تأخذ بنظر الاعتبار على الأقل المزايا النسبية للتقاضي والتحكيم لصفحة معينة فإنه يفشل في أداء واجبه تجاه موكله<sup>(1)</sup>.

←

Resol. P. 293. Article available at:

<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1865&context=jdr>

(1) Ibid, p. 294 - 295.

(1) Ibid, p. 297.

ثانياً: اختيار القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي والإجرائي لدعوى التحكيم<sup>(1)</sup>، للأطراف أيضاً الحرية في اختيار أي قانون موضوعي يحكم نزاعهم. هذه الخطوة في العملية التحكيمية تعد الأكثر تشابهاً مع الفهم التقليدي لنهج القانون المقارن<sup>(2)</sup>، حيث يعتمد الاختيار على المفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة محل المنازعة من أجل تحديد القانون الذي يضمن مصالح الخصوم - من وجهة نظرهم - على نحو أفضل. فعادة ما يسعى محترفو التجارة الدولية إلى إدراج شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويلها وإخضاعها للقانون التجاري الدولي بما يتضمنه من أعراف وعادات مهنية جرى عليها العمل في الأسواق الدولية وتتفق مع مصالحهم، حيث أن تطبيق مثل هذه الأعراف والعادات يشعروهم بالأمان ويصون توقعاتهم المشروعة، خاصة وأن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية هم من المتخصصين في التجارة أو المهنة التي ثار النزاع بشأنها، والعارفين جيداً بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني، والتي يكفل تطبيقها تجنب المتعاقدين خطورة مفاجآت القوانين الداخلية التي يجهلون المضامين الموضوعية لأحكامها<sup>(3)</sup>. كما أن للتحكيم دوراً حاسماً كقضاء متخصص في تفسير العادات والأعراف التجارية السائدة في مجتمع البائعين والمشتريين العابر للحدود، والإسهام في استقرار هذه القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية وهو ما يزيد من الشعور لدى الكافة بالزامها وضرورتها لتنظيم هذا المجتمع وإدراك أهدافه<sup>(4)</sup>، ولا يقتصر دور قضاء التحكيم عند هذا الحد بل إنه عمل جاهداً من جهة أخرى على استكمال بعض أوجه النقص التي اتسمت بها قواعد القانون التجاري الدولي وذلك بخلقه لقواعد جديدة تسري على معاملات التجارة الدولية، لدرجة قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص دولي مكتمل ليحل محل القانون الدولي

(1) See CARLO CROFF, *Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?* INTERNATIONAL LAWYER, p. 615. Article available at the following link: <https://core.ac.uk/download/pdf/216912946.pdf>

(2) Joshua Karton, op. cit. p. 300.

(3) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 366.

(4) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 245.

الخاص<sup>(1)</sup>، ولعل ما يبرز أهمية التحكيم في "المجتمع الخاص الدولي" هو استهدافه تحقيق المصالح المشتركة لأعضاء هذا المجتمع، لأن المحكم لا يتقيد بتطبيق القوانين الداخلية للدول، إذ يتمتع بحرية كبيرة في اختيار القواعد الواجبة التطبيق والتي في الغالب تتمثل في الأعراف والعادات التجارية الدولية وقواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون<sup>(2)</sup>، وعماد المحكم في كل هذا هو فهمه الجيد للقانون المقارن وتفعيل آلياته في اختيار القانون الأفضل بعد تحليل الآثار التي تترتب على القانون المختص بالتطبيق<sup>(3)</sup>، كما يتم تفعيل ذات النهج أو وضع قاعدة من صنعه يراها المحكم أنها ملائمة لطبيعة العلاقات التجارية الدولية.

ثالثاً، اختيار أعضاء هيئة التحكيم، لعل ما يميز التحكيم عن القضاء الرسمي هو حرية الخصوم في اختيار أعضاء هيئة التحكيم، وقد جرت العادة أن يتم الفصل في المنازعات من قبل هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أعضاء، على نحو يختار كل خصم محكماً ثم يقوم المحكمان المختاران أو الجهة القضائية المختصة بتعيين المحكم الثالث. ويدخل عدد كبير من العوامل في اختيار المحكمين أهمها خلفيتهم القانونية وتدريبهم، ومن البديهي أن يقوم الخصوم بالنظر فيما إذا كان المحكم مؤهلاً أو على الأقل على دراية كافية بموضوع المنازعة والقانون المختص بالتطبيق<sup>(4)</sup>، ومن ضمن العوامل التي تتعلق باختيار المحكم هو مدى اعتباره محامياً ينتمي إلى نظام القانون المدني يُتوقع أن يعتمد على مفاهيم حسن النية في حسم لا منازعة أو محامياً أميركياً أو إنكليزياً قد يتخذ نهجاً حرفياً في تفسير العقد وتقييم الدعوى، وكذلك هل لديهم تدريب وخبرة في القانون المختص بالتطبيق على المنازعة؟ وهل هم من دولة تسود فيها تقاليد الوساطة القضائية، وبالتالي قد يُتوقع منهم دفع الأطراف إلى التسوية؟ وهكذا سيعتمد اختيار المحكم على تفاصيل المنازعة المثارة بين الخصوم، ولهذا السبب يتم إعادة الاختيار لكل قضية تحكيم على حدة<sup>(5)</sup>.

رابعاً: تنفيذ الحكم التحكيمي، في معظم الأحوال إذا لم يقم المحكوم عليه في

(1) د. محمود محمد ياقوت، المرجع سابق، ص 353 - 354.

(2) د. محمد حسين منصور العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 482.

(3) Joshua Karton, op. cit. p. 301.

(4) Ibid, p. 304 - 305.

(5) Ibid, p. 305.

الحكم التحكيمي بتنفيذ الحكم رضاءً، يقوم المحكوم له بتقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة في الدولة المعنية يلتمس فيه الاعتراف بالحكم وتنفيذه جبراً. ووفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958، بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، يتوجب على جميع الدول الموقعة إنفاذ قرار التحكيم<sup>(1)</sup>، ولا يجوز رفض الاعتراف إلا حسب استثناءات ضيقة إلى حد كبير. على هذا الأساس، فإن اختيار مكان طلب الإنفاذ مدفوع بحقيقة أنه يتعين على المرء الذهاب إلى حيث توجد الأصول المالية للخصم المحكوم عليه، وإذا كان من الممكن العثور على هذه الأصول في أكثر من ولاية قضائية واحدة، فإن المحكوم له سيقارن السهولة الإجرائية للتنفيذ عبر الولايات القضائية المختلفة ليس من ناحية القوانين والسوابق القضائية في هذا الشأن فقط، ولكن أيضاً ما إذا كانت المحاكم لا تحبذ الأجانب<sup>(2)</sup>، مثال ذلك مدى استغلال تلك المحاكم لاستثناء النظام العام الذي يمنع الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي حسب اتفاقية نيويورك لتجنب إنفاذ قرارات التحكيم ضد الشركات المحلية<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### تدويل الخبرة القانونية والقضائية

إذا سلمنا بأن المجتمع الخاص الدولي استطاع إلى حد ما تأسيس بنيته القانونية والقضائية المدولة بالاستعانة بالنهج المقارن ومبادئ القانون الدولي الخاص، فإن ذلك يستتبع بالضرورة تدويل الموارد البشرية التي تستعين بها المؤسسات القانونية والقضائية لهذا المجتمع كل ذلك في سبيل أداء مهامها بمهنية عالية، وتتمثل هذه الموارد البشرية في خبراء التشريع الخاص الدولي والمحكمين والمحامين الدوليين، وأول ما يشترط في هؤلاء هو إلمامهم بالمفاهيم القانونية في النظم المختلفة ولا يحصل ذلك إلا من خلال النهج المقارن في دراسة النظم القانونية المختلفة. من أجل الإلمام بجوانب تدويل الخبرة القانونية والقضائية في المجتمع الخاص الدولي سنوزع هذا المطلب على الفروع الآتية:

- (1) صادق على اتفاقية نيويورك (173) دولة منها العراق صادق عليها في عام 2021.  
 (2) Ibid, p. 305.  
 (3) ينظر المادة (5) من اتفاقية نيويورك.

## الفرع الأول

### المشرع الخاص الدولي

لعله من البديهي ضرورة امتلاك من يشارك في أنشطة مؤسسات توحيد القانون الخاص الخبرة القانونية الكافية التي تؤهله أن يساهم في وضع صكوك قانونية يعول عليها أن تسري على نطاق دولي، وهي صكوك تمثل تشريعاً خاصاً بالمجتمع الخاص الدولي يتكون من الاتفاقيات الدولية والمبادئ التوجيهية والعقود النموذجية على النحو الذي تناولناه سابقاً. بهذه المثابة فإن الخبير القانوني الدولي يمثل المشرع الحقيقي في الصكوك الدولية<sup>(1)</sup>، والقاعدة في صياغة التشريع تقتضي أن يستلهم المشرع في كل زمان ومكان أحكام القواعد القانونية من رحم مجتمعه وما يؤمن به من معتقدات وأفكار وما يمارسه من أعراف وما يلتزم به من أخلاق، فتشكل القاعدة القانونية وقد ترجمت فيها تلك الأفكار والمبادئ السائدة بين أفراد المجتمع، إذ تأتي 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>(2)</sup>، فلكي تتحقق غاية القانون في الأمن وحماية التوقعات المشروعة للأفراد لا بد أن تسن القاعدة وقد تضمنت الأبعاد الموضوعية المحلية المتوافقة مع معتقدات وأفكار المخاطبين بالقاعدة ولن يتحقق ذلك فيما لو وضعت قاعدة قانونية لا تترجم حقيقة وواقع النظم السائدة في المجتمع<sup>(3)</sup>. ولما كان المجتمع الخاص الدولي من أخص خصوصياته أنه مجتمع فوق وطني غير محصور في جغرافية محلية معينة وأنه يضم أفراد ينتمون إلى مجتمعات محلية مختلفة في أنظمتها القانونية، وأن هذا المجتمع الفوق وطني في سبيل إتمام بنيته التشريعية يستعير من نظم المجتمعات المحلية، فرض كل ذلك على المشرع الخاص الدولي أن يكون عالمياً - إلى حد البراعة - بالمفاهيم

(1) نقصد بالمشرع الحقيقي ذلك المشرع الذي أعد وصاغ القاعدة في الصك الدولي، ويقابله المشرع الظاهري وهو في حالة الاتفاقية الدولية مجموعة الدول المصادقة عليها، ومؤسسة توحيد القانون الخاص في حال الصكوك الأخرى غير الاتفاقية الدولية.

(2) في تفاصيل ابعاد القاعد القانونية ينظر د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون للتوزيع والنشر، بيروت، 1992، ص 21 - 43.

(3) عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 15.



الأساسية السائدة في النظم القانونية المختلفة وما يوجد بينها من اختلافات في التقاليد القانونية، وما يتحقق هذا العلم إلا بأعمال جوهر المنهج المقارن في دراسة النظم القانونية المختلفة، فمن خلال هذه المنهجية المقارنة تتمكن الخبرات القانونية المساهمة في سن الصكوك الدولية من معرفة ما يلائم حاجات الأفراد المتعاملين على المستوى الدولي، ومن ثم الشروع بانتقاء القواعد والمبادئ الوطنية التي تصلح للتطبيق بعد تدويلها. كما قد تتبع مؤسسات تنسيق وتوحيد القانون الخاص أسلوب جمع الخبراء من جنسيات متعددة في فرق ولجان عمل تتولى دراسة الموضوع محل الصك الدولي في ضوء وجهات نظر جميع أعضاء الفريق وهو ما يوفر فرصة تلاقي الآراء المختلفة واتفاقها على ما يصلح للتدويل من القواعد والمبادئ القانونية، وهذا الأسلوب يعد تطبيقاً للنهج المقارن في دراسة المسائل وصياغة القواعد والمبادئ بشأنها.

تعزيراً لما سبق ذكره من تدويل الخبرة التشريعية التي تخدم في مؤسسات تنسيق وتوحيد القانون الخاص نسوق في ما يأتي مثالاً عن آلية العمل في الأونسيترال<sup>(1)</sup>: تتألف الأونسيترال من عدد من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، يبلغ عددها (60) دولة حسب التوسيع الذي جرى عام 2002 في عضوية اللجنة بعد ازدياد مشاركة ومساهمة الدول غير الأعضاء آنذاك، وعادة يتم هيكلية العضوية على نحو تكفل تمثيل مختلف المناطق الجغرافية وأهم النظم الاقتصادية والقانونية في العالم<sup>(2)</sup>، وإلى جانب الدول الأعضاء في الأونسيترال، تُدعى الدول الأخرى الأعضاء في الأمم المتحدة، وكذلك المنظمات الدولية والإقليمية الحكومية وغير حكومية التي لديها خبرة في المواضيع قيد المناقشة، إلى حضور دورات الأونسيترال السنوية ودورات فرقها العاملة بصفة مراقبين<sup>(3)</sup>. وتبدأ الخطوة الأولى في سن الصك التشريعي بإسناد الأعمال التحضيرية الموضوعية بشأن موضوع

(1) ما نذكره بشأن آلية العمل في الأونسيترال يسري على أحوالها وجميع المنظمات التي تعمل في مجال سن صكوك دولية تتناول العلاقات الخاصة الدولية.

(2) الأعضاء الستين في الأونسيترال موزعون على النحو الآتي: 14 دولة إفريقية، 14 دولة آسيوية، 8 دول من أوروبا الشرقية، 10 دول من أميركا اللاتينية والكاريبية، 14 دولة من دول أوروبا الغربية والدول الأخرى. نقلاً عن دليل الأونسيترال، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، 2013، ص2.

(3) نقلاً عن المرجع نفسه، ص6.

الصك لفريق من الفرق العاملة في الأونسيترال<sup>(1)</sup>. ومتى أسند موضوع ما إلى فريق عامل، يُترك ذلك للفريق عادة لكي ينجز مهمته الموضوعية دون تدخل من اللجنة، إلا إذا التمس منها توجيهات أو طلب إليها اتحاد قرارات معينة فيما يتعلق بأعماله<sup>(2)</sup>. ويعود للدول الأعضاء أمر البت في حجم وتكوين الوفود من الدول الأعضاء والدول غير الأعضاء المشاركة في الدورات السنوية وفي الفرق العاملة، وعادة ما تضم وفود الدول مسؤولين حكوميين أو أكاديميين أو خبراء أو محامين من القطاع الخاص، وبحسب الفقرة (ثانياً/4) من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2205/د - 21)، بشأن إنشاء لجنة القانون التجاري الدولي، على الدول الأعضاء تعيين ممثلها في اللجنة مراعية قدر الإمكان اختيارهم من بين المختصين البارزين في ميدان القانون التجاري الدولي<sup>(3)</sup>. كما تضم الوفود من المنظمات الحكومية الدولية المدعوة موظفين من تلك المنظمات، أما وفود المنظمات غير الحكومية المدعوة فتضم خمس ممثلين تضم أكاديميين أو محامين من القطاع الخاص أو خبراء آخرين<sup>(4)</sup>. وبعد أن يتم إعداد الصك الدولي من قبل الفريق العامل ينظر في أمر إصداره بحسب طبيعته، فإن كان الصك مشروع اتفاقية دولية تقوم الجمعية العامة بالدعوى إلى عقد مؤتمر دبلوماسي من أجل مصادقة الدول على الاتفاقية، أما إذا كان الصك الدولي عبارة عن قانون نموذجي أو أدلة وتوصيات تشريعية فإنها تصدر

(1) أنشأت الأونسيترال ست فرق عاملة لأداء العمل التحضيري الفني بشأن المواضيع المدرجة في برنامج عملها، ويتكون الفريق العامل من جميع الدول الأعضاء في الأونسيترال، وقد تم تقسيم الفرق حسب المواضيع قيد التنسيق والتوحيد من قبل الأونسيترال، وتسلسل الفرق العاملة هو حسب المواضيع الآتية: فريق المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة، فريق بتسوية المنازعات، فريق إصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، فريق التجارة الإلكترونية، فريق قانون الإعسار، فريق البيع القضائي للسفن. نقلاً عن الموقع الرسمي للأونسيترال على الرابط الآتي: <https://uncitral.un.org/ar/about/methods>

(2) نقلاً عن دليل الأونسيترال، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، مرجع سابق، ص7.

(3) إذا لاحظنا الخبرات التي تولت رئاسة الأونسيترال نجد أنهم من كبار الفقه التجاري الدولي، فعلى سبيل المثال تولى من الفقه المصري الأستاذ (محسن شفيق) رئاسة الأونسيترال لدورتين في عام (1973) و عام (1983)، ينظر المرجع نفسه، ص25.

(4) نقلاً عن المرجع نفسه، ص8.

عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. ما نود التركيز عليه في آلية عمل الأونسيترال هو أن الخبرة القانونية المساهمة في أداء مهامها هي خبرات قانونية تجارية دولية لها إطلاع واسع بالضرورة على النظم القانونية المختلفة وهو ما يعد أعمالاً للنهج المقارن في تدويل الخبرة القانونية هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية يراعى في تأليف الفرق العاملة على مشاريع الصكوك الدولية تمثيل خبراء ينتمون إلى جنسيات مختلفة تمثل النظم القانونية الرئيسية في العالم وهو ما يضمن تبادل الآراء المختلفة في صياغة الصك الدولي وهو ما يعبر عن أعمال للنهج المقارن في الدراسات القانونية.

## الفرع الثاني

### المحكم التجاري الدولي

يخبرنا التاريخ القضائي للإنسانية أن المحكم سبق القاضي في حسم المنازعات بين الأفراد، فما أن تحضرت الإنسانية وهجرت أساليب القوة والمحنة في حسم المنازعات حتى لجأت إلى أشخاص بصفة "محكمين" يتولون حسم المنازعات وفق أسس منطقية عادلة تستجيب للوجدان المجتمعي ونظرتة للحق والباطل<sup>(1)</sup>. وقديماً كان من يتولى التحكيم عادة من كبار القوم وأكثرهم خبرة ودراية بالقوانين والأعراف والتقاليد، فأول تحكيم مثبت في الكتب الإسرائيلية هو التحكيم الذي قام به الملك (سليمان) في قضية ادعت فيها امرأتان بأموتهما لطفل رضيع، فلما سمع الملك أقوال الخصوم أمر بإحضار سيف وشق الطفل إلى نصفين وإعطاء كل واحدة منهما نصف الطفل، فلما سمعت الأم

(1) لجأت المجتمعات الإنسانية إلى وسائل عدة في حسم المنازعات التي تحدث بين أفرادها كان أولها استخدام القوة، وهذا نظام بدائي مقتضاه ان الحقوق تأخذ بالقوة وبعتماد القوة لا يختلف المجتمع الإنساني عن مجتمع الغابة، في مرحلة لاحقة اعتمدت المجتمعات القديمة أسلوب المحنة أو الصدفة كالإلقاء في النهر الذي كان أسلوباً معروفاً في حضارات وادي الرافدين وهو ما يسمى بـ "التحكيم الإلهي"، وبعدها تم اعتماد مهارة الخصوم في حسم المنازعة كالمبارزة بالأسلحة أو بالشعر، وفي المرحلة الأخيرة اعتمدت المجتمعات اللجوء إلى شخص يفصل في المنازعات بصفة محكم، وعادة كان زعماء العشائر والقبائل يتولون مهمة التحكيم في الخصومات التي تنشأ بين الأفراد، ينظر في تاريخ التحكيم أحمد محمود شعبان، محمد أحمد مكي، نشأة التحكيم وتطوره التاريخي، بحث منشور في المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق فرع الخرطوم، المجلد 9، العدد 16، 2021، 5510 وما بعدها.

الحقيقية بالحكم خافت على طفلها من الموت وتنازلت عنه لخصيمتها، ولما حصل ذلك علم الملك أن من تنازلت عن الطفل هي الأم الحقيقة وأمر لها بالطفل<sup>(1)</sup>، وبهذا يؤكد التاريخ أن المحكمين كانوا ملوكا وزعماء وكهنة أو رجال قانون ارتقوا إلى القمة في مهنتهم القانونية الوطنية، لكنهم لم يتخصصوا في مجال التحكيم؛ فهم الرجال الذين جعلتهم خبرتهم القانونية والاجتماعية العامة منهم محكمين موثوقين بحيث تناولوا حسم المنازعات على مستوى عالٍ جداً<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك، تبقى المنازعات التجارية لها خصوصية من هذه الناحية فهي تتطلب من المحكم أن يكون مختصاً مهنيًا وعارفاً قانونياً، فحتى في العصور الوسطى امتازت المنازعات التجارية الدولية بأن من يتولى حسمها هم محكمون مهنيون وخبراء في الأعراف التجارية الدولية، فالمجتمعات الأوروبية في العصور الوسطى عرفت هذا القضاء الخاص بالتجار، وما يميز المحكم في هذا القضاء هو انتماءه لطائفة التجار الذين يرفعون إليه منازعاتهم، وبهذا ظهرت فكرة المحكم المهني والمتخصص في ذات موضوع المنازعة، والعبرة من هذا التخصص هو الركون إلى معرفة المحكم بتفاصيل المنازعة مما يمكنه من حسمها على نحو عادل وملائم. وظهر هذا القضاء الخاص على أنواع ثلاثة هي: قضاء الأسواق، والقضاء الطائفي، والقضاء القنصلي، حيث عرفت الأسواق الموسمية في أوروبا لاسيما التي كانت تعقد في فرنسا قضاء خاصاً كان يتكون من التجار أنفسهم، كما ظهر القضاء الطائفي للتجار في إطار أصحاب التجارة أو الحرفة الواحدة، تحديداً في فلورنسا الإيطالية، فكان التجار من أجل حسم منازعاتهم يلجؤون إلى القنصل الذي ينتمي إلى طائفة التجار، ومع اتحاد طوائف التجار تكون قضاء واحد للتجار يجاور القضاء الخاص بكل طائفة، ويعد قضاء القناصل تعبيراً عن المرحلة التي تم الاعتراف فيها برسمية القضاء الطائفي في أوروبا وعلى وجه الخصوص في إيطاليا وفرنسا فتحول بذلك إلى جزء من قضاء الدولة. وقد تميّز هذا القضاء بالسرعة في حسم المنازعات وبالإجراءات غير المعقدة، إضافة إلى تطبيق قواعد ومبادئ التجارة الدولية على المنازعات، حيث كان

(1) See Frank D. Emerson, History of Arbitration Practice and Law, 19 Clev. St. L. Rev. 155 (1970) available at <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol19/iss1/19>

(2) THOMAS SCHULTZ & ROBERT KOVACS, The Rise of a Third Generation of Arbitrators?, ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 28, No. 2 ©LCIA, 2012, p. 162. Available at: <https://doc.rero.ch/record/294787/files/arbint28-0161.pdf>

القضاء الطائفي يتبنى الأعراف التجارية الدولية التي انتشرت في أسواق أوروبا في القرون الوسطى<sup>(1)</sup>. ويرز البعد الدولي للمحكم في هذا النوع من القضاء الخاص في معرفته بأعراف تجارة معينة وهي أعراف عابرة للحدود الوطنية، هي أعراف الوسط التجاري الدولي، وهذه المعرفة لا تتحصل من دون سلوك نهج مقارن في سبيل الإلمام بتلك الأعراف.

وإذا انتقلنا إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي في العصر الحديث، سنجد أن خبرة المحكم المهنية إضافة إلى معرفته بالأنظمة القانونية من بين أهم الشروط التي تؤهله للتحكيم في المنازعات التجارية الدولية، فالمحكم التجاري الدولي يتعامل مع منازعات متصلة بأنظمة قانونية مختلفة مما يحتم عليه امتلاك معرفة كافية عن هذه الأنظمة، ففهم القانون الواجب التطبيق الذي هو من اختيار الخصوم وتفسير هذا القانون ومن ثم تطبيقه يفرض على المحكم درجة عالية من المعرفة القانونية المقارنة. وتأهيل المحكم من هذه الناحية عنصر أساسي في اختياره كمحكم إن من قبل أحد الخصوم أو الخصمان أو الجهة القضائية التي تتولى تعيين المحكم في الحالات التي يعجز فيها الخصوم عن تعيينه، وهذه المؤهل مشروط في تعيين الشخص محكماً في قوائم مؤسسات التحكيم، فعلى سبيل المثال، تشترط مراكز التحكيم من أجل التسجيل في قوائمها الخاصة بأسماء المحكمين أن يكون له قدرة على تقييم وتطبيق المبادئ القانونية التجارية<sup>(2)</sup>.

(1) خليل إبراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، 2012، ص 42.

(2) تشترط المادة (14) من اتفاقية واشنطن لعام 1965، بشأن تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى، في من يعين في هيئات التحكيم أن يتمتع بشخصية أخلاقية عالية وكفاءة معترف بها في مجالات القانون أو التجارة أو الصناعة أو التمويل، على نحو يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة عملية التحكيم، ويجب أن يكون للكفاءة في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص العاملين في فريق المحكمين. كما يجب عند تعيين الأشخاص للعمل في اللجان أن يولي الاعتبار لضمان التمثيل في لجان النظم القانونية الرئيسية في العالم والأشكال الرئيسية للنشاط الاقتصادي.

## الفرع الثالث المحامي الدولي

يقصد بالمحامي الدولي ذلك المحامي الذي يركز على الممارسة القانونية في عدة بلدان مختلفة، سواء كانت الممارسة متعلقة بقضايا تجارية أو جنائية دولية، وعادة يتخصص المحامي الدولي في مجال واحد، مثل العقود أو الشركات أو الجمارك أو الهجرة أو الضرائب أو حقوق الإنسان، ويتطلب من المحامي الدولي معرفة الأنظمة القانونية المختلفة وفهم القواعد والمبادئ الدولية، على سبيل المثال، يجب على محامي المنازعات التجارية الدولية العلم بأحكام القانون الواجب التطبيق على المنازعة من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، والذي في الغالب هو قانون أجنبي صادر عن دولة غير الدولة التي ينتمي إليها المحامي حتى يعلم المركز القانوني لموكله والنصوص التي تؤكد الحقوق العائد لموكله، إضافة إلى معرفة قواعد القانون المرن المتمثل بالأعراف التجارية الدولية والعقود النموذجية والمبادئ التوجيهية كون هيئات التحكيم تميل إلى تطبيق هذا النوع من القواعد بسبب انسجام طبيعتها الدولية مع طبيعة المنازعة التجارية الدولية على النحو الذي مر بنا سابقاً، إضافة إلى المامه بقواعد التحكيم الدولي ولوائح مراكز التحكيم. كما يفترض بالمحامي الدولي التحلي بالجدارة والمهارة في الدفاع عن مصالح موكله والإحاطة بكيفية تفاعل عدد لا يحصى من القوانين واللوائح معاً أمام هيئات التحكيم، وعليه أن يعرف كيفية استخدام هذه القواعد لمساعدة عملائه بشكل أفضل<sup>(1)</sup>.

على الرغم من أن لوائح هيئات التحكيم التجاري الدولي لا تشترط السير في إجراءات التحكيم بحضور محامي، إذ يجوز للخصوم تمثيل أنفسهم في الخصومة، ولكن التمثيل الذاتي قد يتسبب في عدد من المشكلات العملية أثناء إجراءات التحكيم، مما يؤدي إلى إنشاء عبء إضافي يقع على عاتق هيئات التحكيم إذ يتعين عليها التعامل مع لوائح أقل جودة وأخطاء إجرائية، وفي بعض الأحيان قد تضطر هيئة التحكيم إلى القيام بمهمة توضيح وجهات نظر الخصم الذي اختار التمثيل الذاتي في الدعوى. عليه، إذا كان

(1) The International Lawyer, What is an International Lawyer, and how to become on, on the following website: <https://www.theinternationallawyer.org/2020/05/what-is-an-international-lawyer-and-how-to-become-one/>

التمثيل الذاتي يؤدي إلى تقليل تكاليف التحكيم الدولي على المدى القصير بالنظر إلى عدم تحمل أجور المحاماة، إلا إن ذلك قد يكون له عواقب وخيمة على الخصم على المدى الطويل، لذلك من الأفضل الاستعانة بمحام دولي له خبرة في مجال التحكيم التجاري الدولي<sup>(1)</sup>.

ولا شك ان جدارة المحامي أمام هيئات التحكيم الدولية في الدفاع عن صالح موكله تعتمد على الاطلاع الواسع على المبادئ القانونية الأساسية في النظم القانونية المختلفة عبر إتباع النهج المقارن في دراستها، وأول ما يلزم لتحقيق ذلك هو الانتقال من حيز المبادئ القانونية السائدة في مجتمعه الوطني إلى الحيز الدولي المقارن يساعده في ذلك إتقان لغة دولية تكتب بها الصكوك الدولية والنظم القانونية الرئيسية في العالم.

(1) Acers Law, Do I Need a Lawyer to Represent Me in International Arbitration? On the following website:  
<https://www.acerislaw.com/do-i-need-a-lawyer-to-represent-me-in-international-arbitration/>

## الخاتمة

تبين لنا في هذا البحث وجود إرهاصات نحو ابتداع مجتمع خاص دولي، لذلك هو في حاجة ماسة إلى بناء منظومته التشريعية والقضائية على غرار بقية المجتمعات. وبما أنه مجتمع فوق وطني وبحاجة إلى مؤسسات تشريعية وقضائية فوق وطنية (دولية)، تطلب التأسيس لتلك المؤسسات الاستعارة من الأنظمة الوطنية بعد تدويلها بما يلاءم طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ولا شك إن الاستعارة من النظم الأجنبية ينبغي أن تكون عبر عملية علمية وواعية، ولا يتحقق هذا دون الاستعانة بالنهج المقارن في دراسة الأنظمة القانونية، وهو ما حصل بالفعل، فخلال عقود زمنية تطورت فيها البنية التحتية القانونية والقضائية للمجتمع الخاص الدولي. بهذه المثابة، كان القانون المقارن الوجه النشط والعملي للقانون الدولي الخاص على نحو انعكست أهداف الدراسات القانونية المقارنة في البنية التشريعية والقضائية للمجتمع الخاص الدولي، وقد تمثلت أهداف القانون المقارن في إطار القانون الدولي الخاص في تدويل المنظومة التشريعية والقضائية في المجتمع الخاص الدولي ويمكننا إيجاز أبعاد التدويل في النواحي الآتية:

1. تعد الأونسيترال واليونيدروا ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من أهم المؤسسات الدولية ذات الهدف المشترك وهو تنسيق وتوحيد القانون الخاص، تستخدم في أداء مهامها في تنسيق وتوحيد القانون الخاص بالمنهج المقارن.
2. في سبيل توحيد القانون الخاص تتبع مؤسسات توحيد القانون الخاص تشريع نوعين من القواعد القانونية هما القواعد الرسمية المتمثلة في الاتفاقيات الدولية التي تتناول علاقات قانونية خاصة، والقواعد القانونية المرنة التي تتمثل في القوانين النموذجية والمبادئ التوجيهية والعقود النموذجية، وجميع هذه القواعد ما تسن إلا بعد الدراسة المقارنة للأنظمة القانونية المقارنة واختيار الصالح والمشارك بينها كي يُضمن قبولها على المستوى الدولي.
3. تتعد أوجه النهج المقارن في عمل مؤسسات تنسيق وتوحيد القانون الخاص ومن هذه الأوجه عمل خبراء ينتمون إلى نظم قانونية مختلفة وكذلك التنسيق بين المؤسسات الدولية ذاتها حين الإعداد لصك دولي بشأن موضوع ما.
4. يعد التحكيم التجاري الدولي المؤسسة القضائية التي تتولى حسم المنازعات



التجارية الدولية، وتتعدد أوجه النهج المقارن في عمل هيئات التحكيم التجاري الدولي منها تطبيق القواعد والمبادئ الدولية على المنازعات وكذلك خبرة المحكم المدولة.

5. اقتضى العمل في المؤسسات التشريعية والقضائية وجود موارد بشرية ذات خبرة دولية لها اطلاع واسع على مبادئ الأنظمة القانونية المختلفة تتقن آليات النهج المقارن في دراسة القوانين، فكان الخبير التشريعي والمحكم التجاري والمحامي المترافع أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي موصوفون بالخبرة الدولية.

استنادا إلى ما ورد في متن هذا البحث وخاتمته توصلنا إلى جملة من التوصيات هي:  
1. نهيب بالمشروع الوطني وخاصة العراقي الاستفادة من النهج المقارن في تحديث قواعد القانون الدولي الخاص لاسيما قواعد الاختصاص التشريعي من حيث المكان (قواعد تنازع القوانين) وقواعد الاختصاص القضائي.

2. نقترح على الجهات المعنية تأسيس معاهد وطنية متخصصة في الدراسات المقارنة من أجل تأهيل الكفاءات القانونية والقضائية الوطنية وإعدادهم كمشرعين وقضاة ومحامين دوليين لتمثيل دولهم بكفاءة عالية في المؤسسات التشريعية والقضائية الدولية الخاصة لاسيما أن هذه المؤسسات تتطلب ممن يساهم في أعمالها الخبرة العميقة في القانون المقارن.

3. نوصي المشروع الوطني وخاصة العراقي الانضمام إلى الاتفاقيات والمواثيق المنشئة لمؤسسات توحيد القانون الخاص سواء كانت حكومية أو غير حكومية من أجل اعكاس القيم والمبادئ الوطنية في الصكوك الصادرة عن هذه المؤسسات.

4. نوصي المشروع الوطني وخاصة العراقي إنشاء وتطوير مراكز تحكيمية تهتم بحسم المنازعات التجارية الدولية بكفاءة ومهنية عالية على نحو تنافس المراكز التحكيمية المشهورة على المستوى الدولي.

5. نوصي الجهات المعنية بضرورة الاهتمام بتدريس مادة القانون المقارن في كليات القانون والحقوق ضمن مناهج مرحلة البكالوريوس، لما لتدريس هذه المادة من أهمية في صقل المعرفة القانونية المقارنة لدى الطالب والاستفادة منها مستقبلا في مجال التحكيم الدولي كمحكم أو محامي.

6. نوصي بضرورة تواصل مؤسسات القانون المقارن الوطنية كمعاهد القانون المقارن مع مؤسسات توحيد القانون الخاص على المستوى الدولي لما في ذلك من منفعة

متبادلة، فمن ناحية ستنتقل المؤسسات الوطنية بأمانة ومهنية عالية المبادئ والقواعد الوطنية إلى الميدان الدولي لإتاحتها للتدويل عبر النهج المقارن، ومن ناحية ثانية ستكون هذه المؤسسات الوطنية مساهما خبيرا في جهود مؤسسات توحيد القانون الخاص.



## المراجع

أولاً: الكتب

1. د. أحمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
2. د. حسن طالب موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
3. د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت، 1980.
4. د. محمد إبراهيم موسى، التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
5. د. محمد حسين منصور العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
6. د. محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
7. د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
8. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون للتوزيع والنشر، بيروت، 1992.
9. د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

ثانياً: البحوث والرسائل الأكاديمية

1. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم - محاذير وتوجيهات -، مقالة منشورة في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 64، 2008.
2. أحمد محمود شعبان، محمد أحمد مكين، نشأة التحكيم وتطوره التاريخي، بحث منشور في المجلة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق فرع الخرطوم، المجلد 9، العدد 16، 2021.

3. خليل إبراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، 2012.
4. عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس فاكليتي القانون والسياسة في جامعة السليمانية، 2013.
5. د. عبدالله فاضل حامد وياسين إسماعيل عبدالله، النظام القانوني للمجتمع الخاص الدولي، بحث منشور في المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، پ9، ژ3، 2019 - 2020.
6. زين صائب أحمد الزبياري، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011.

#### ثالثاً: المنشورات الصادرة عن المؤسسات الدولية

1. الأونسيترال (لجنة القانون التجاري الدولي)، الأونسيترال ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص واليونيدروا، الدليل القانوني إلى الصكوك الموحدة في مجال العقود التجارية الدولية مع التركيز على البيع، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2021.
2. دليل الأونسيترال، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، 2013.
3. يونيدروا، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية 2004، الترجمة العربية، روما، 2008، مقدمة الطبعة الأولى 1994، الصفحة (س). (الناشر دار النهضة العربية).
- رابعاً: الاتفاقيات الدولية والأنظمة الداخلية
  1. اتفاقية نيويورك لعام 1958، بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.
  2. اتفاقية واشنطن لعام 1965، بشأن تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى.
  3. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2205/د - 21)، بشأن إنشاء لجنة القانون التجاري الدولي.
  4. النظام الداخلي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.
  5. النظام الداخلي لمعهد توحيد القانون الخاص (اليونيدروا).

خامساً: المراجع الأجنبية

1. A Guide to UNCITRAL, Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law, UNITED NATIONS Vienna, 2013.
2. CARLO CROFF, Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem? INTERNATIONAL LAWYER, p. 615. Article available at the following link: <https://core.ac.uk/download/pdf/216912946.pdf>
3. Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, Private international law and comparative law: a relationship challenged international law and supranational law, Yearbook of Private International Law, Volume 11 (2009). Article available at the following link: [http://diegofernandezarroyo.net/articles/56 - Private - International - Law - and - Comparative - Law - A - Relationship - Challenged - by - International - and - Supranational - Law - DPFA - 2009.pdf](http://diegofernandezarroyo.net/articles/56-Private-International-Law-and-Comparative-Law-A-Relationship-Challenged-by-International-and-Supranational-Law-DPFA-2009.pdf)
4. Frank D. Emerson, History of Arbitration Practice and Law, 19 Clev. St. L. Rev. 155 (1970) available at <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol19/iss1/19>
5. Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance, Minnesota Law Review · June 2009. Article available at the following link: [file:///C:/Users/WAAR/Downloads/Hard\\_vs\\_Soft\\_Law\\_Alternatives\\_Complements\\_and\\_Anta.pdf](file:///C:/Users/WAAR/Downloads/Hard_vs_Soft_Law_Alternatives_Complements_and_Anta.pdf)
6. Henry Deeb Gabriel, The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UINDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, Brooklyn Journal of International Law, Volume 34, Issue 3, Brooklyn, NY, 2009. Article available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=bjil>
7. Joshua Karton, International Arbitration as Comparative Law in Action, 2020 J. Disp. Resol. Article available at: <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1865&context=jdr>
8. Report of the Secretary - General of the United Nations 1966 at the following link: <http://www.jus.uio.no/lm/un.sg.report.itl.development.1966/doc.html#13>
9. The International Lawyer, What is an International Lawyer, and how to become on, on the following website: <https://www.theinternationallawyer.org/2020/05/what-is-an-international-lawyer-and-how-to-become-one/>
10. THOMAS SCHULTZ & ROBERT KOVACS, The Rise of a Third Generation of Arbitrators?, ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 28, No. 2 ©LCIA, 2012. Available at: <https://doc.rero.ch/record/294787/files/arbint28-0161.pdf>
11. UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016, International Institute for the Unification of Private Law

(UNIDROIT), Rome, 2016,

12. Urs Peter Gruber, International Institute for The Unification of Private Law, Handbook of Transnational Economic Governance Regimes, E book. available at the following link: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004163300.i-1081.122>

سادساً: المواقع الإلكترونية

1. الموقع الرسمي للأونسيترال على الرابط الآتي: <https://uncitral.un.org/ar/about>
2. الموقع الرسمي للمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص على الرابط الآتي: <https://www.hcch.net/fr/about>
3. الموقع الرسمي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص على الرابط الآتي: <https://www.unidroit.org/about> - unidroit/

## الملخص

يتناول هذا البحث أبعاد التدويل في النهج المقارن للقانون الدولي الخاص، وهو يفترض أن القانون المقارن هو الوجه النشط والعملي للقانون الدولي الخاص، فالأخير استعان بالمنهج المقارن في تدويل مؤسسات التشريع الخاص الدولي وأهمها لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة (الأونسيترال) ومعهد توحيد القانون الخاص (اليونيدروا)، إضافة إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص. تعمل هذه المؤسسات على تنسيق وتوحيد القانون الخاص عبر وضع صكوك دولية مقبولة في النظم القانونية المختلفة كالاتفاقيات الدولية والمبادئ التوجيهية والقوانين والعقود النموذجية. كما طالت يد التدويل القضاء الخاص الدولي فكان التحكيم التجاري الدولي الجهة القضائية الرئيسة التي يلجأ إليها في حسم المنازعات التجارية الدولية، وفي مقابل هذه الأبعاد التدويلية اقتضى العمل في المؤسسات التشريعية والقضائية وجود موارد بشرية ذات خبرة دولية لها اطلاع واسع على مبادئ الأنظمة القانونية المختلفة تتقن آليات النهج المقارن في دراسة القوانين، فكان الخبير التشريعي والمحكم التجاري والمحامي المترافع أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي موصوفون بالخبرة الدولية.

### پوخته

ئهم توپژینهوهیه باس له ره هههندهکانی بهنیودهولتهتیکردنی یاسای نیودهولتهتی تاییهت دهکات له روانگهی ریپازی بهراوردکاری، وه گریمانهای نهوه دهکات که یاسای بهراوردکاری لایهنی چالاک و کردهیی یاسای نیودهولتهتی تاییهته.

وهئوهی کوتایی بهیارمهتی ریپازی بهراوردکاری کار بو بهنیودهولتهتیکردنی دامهزراوهکانی یاسادانانی نیودهولتهتی تاییهت دهکات له گرنگترینان لیژنهیی یاسای بازرگانی نهتهوه یهکگرتوووهکان (ئونیسترال) وپهیمانگای یهکخستنی یاسای تاییهت (یوندیورا)، سهرباری کۆنگرهیی لاهای بو یاسای نیودهولتهتی تاییهت.

ئهم دامهزراوانه کاردهکن بو ههماهنگی و یهکخستنی یاسای تاییهت به پهرهپیدانی ئامرازه نیودهولتهتییهکان که له سیستمه یاساییه جیاوازهکاندا وهرگیراون وهک رییکهوتننامه نیودهولتهتییهکان، بنهما ریینماییهکان، یاساکان و گرییهسته نمونهپیهکان. ههروهها فوانبوونی مهودای بهنیودهولتهتیکردن کاریگهری لهسه دهسهلاتی دادوهری تاییهتی نیودهولتهتیش ههجوو، بویه ناوبژیوانی بازرگانی نیودهولتهتی دهزگای دادوهری سههرکی بوو که پهناي بو دهبردريت بو چارهسههرکردنی ناوکوییه بازرگانیه نیودهولتهتییهکان، له بهرامبهر ئهم رهههنده بهنیودهولتهتیکردنانهدا، کارکردن له دامهزراوه یاسادانان و دادوهرییهکان پئوبیستی به ههجوونی سههرچاوه مرؤبیهکان خاوهن ئهمزموونی نیودهولتهتی ههیه لهگهل شارهزاییهکی بهرفراوان لهسهر بنهماکانی سیستمه یاساییه جیاوازهکان و شارهزابوون له میکانیزمهکانی ریپازی بهراوردکاری له توپژینهوهی یاساکاندا، که شارهزای یاسادانانی و دادوهری بازرگانی و پاریزهری ههستاو به دادبینی له بهردهم دهستهکانی ناوبژیوانی نیودهولتهتی به خاوهن شارهزایی نیودهولتهتی دهناسرینهوه.



### Abstract

This research deals with the dimensions of internationalization in the comparative approach of private international law. The research assumed that private international law is the active and practical aspect of private international law, used the comparative approach in internationalizing the institutions of international private legislation. The most important of which are the United Nations Commercial Law Commission (UNCITRAL) and the Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), in addition to the Hague Conference on Private International Law. These institutions work to coordinate and unify private law by developing international instruments accepted in different legal systems such as international agreements, directive principles, laws and model contracts. The hand of internationalization has also extended to the international private judiciary, and it has found international commercial arbitration as the main judicial body that resorted to in resolving international commercial disputes. Likewise, working in legislative and judicial institutions required the presence of human resources with international experience who have extensive knowledge of the principles of different legal systems and have extensive knowledge of the mechanisms of the comparative approach in the study of laws. Thus, the legislative expert, the commercial arbitrator, and the lawyer pleading before international commercial arbitration tribunals described as having international experience.



## الجرائم المعلوماتية دراسة مقارنة في القانونين السوري والمصري

الدكتورة ترتيل تركي الدرويش<sup>(\*)</sup>

أستاذ مشارك في قسم القانون الجزائي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بيروت العربية

تاوانه كانى زانيارى

ليكولينه وهيهكى بهراوردكارى له ياساكانى سوريا و ميسردا

دكتوراه تهريتيل توركى دهرويش

پروفيسورى ياريدهدر له بهشى ياساى تاوانكارى

فاكهلتى ياسا و زانستى سياسى

زانكوى عههه بهيروت

**Cyber crimes**

**Comparative study between Syrian and Egyptian Law**

**Dr. Tartil Turkish Al - Darwish**

Associate Professor in the Department of Criminal Law

Faculty of Law and Political Science

Beirut arabic University

(\*) [tarteel.darwish@gmail.com](mailto:tarteel.darwish@gmail.com)



## الجرائم المعلوماتية دراسة مقارنة في القانونين السوري والمصري

الدكتورة ترتيل تركي الدرويش

أستاذ مشارك في قسم القانون الجزائري

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بيروت العربية

### الكلمات المفتاحية:

(جرائم إلكترونية)، (تقنية المعلومات)، (أنظمة المعلومات)، (المعلومات والبيانات)، (وسائل إلكترونية).

### كليه ووشه:

تاوانه ئهليكترونييهكان، تهكنهلوژياى زانيارى، سيستهمى زانيارى، زانيارى و داتا، ئامرازى ئهليكترونى.

**Key words:** Cyber - crimes, information technology, information systems, information and data, electronic tools.

### المقدمة

اقتصرت السياسة الجنائية في الماضي على مواجهة الجريمة بسن التشريعات الجزائية وتشديد العقوبات كلما قضت الحاجة لذلك، وتعزيز قوى الشرطة والأمن العام وحث المحاكم على التشدد في أحكامها، أما السياسة الجنائية المعاصرة اتخذت الاتجاه في تطوير التشريعات الجزائية بصورة تتوافق مع متطلبات العصر، سواء أكان ذلك باتباع سياسة التجريم أو رفعه، أو سياسة تشديد العقاب أو الاستغناء عنه لتحل محله تدابير أخرى<sup>(1)</sup>.

(1) مصطفى العوجي، دروس في العلم الجنائي، الجزء الثاني، السياسة الجنائية والتصدي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص. 135 وما بعدها.

ولعل أهم ما أحدثته العولمة في عصرنا الحاضر: تكوّن الفضاء الإلكتروني ونظام الإعلام الكوني، وقيام ثورة المعلوماتية والاتصالات، وتعميق وحدة السوق المالية العالمية، وظهور التكتلات والمؤسسات الاقتصادية الدولية، ونمو الشركات الدولية العملاقة والشركات متعددة الجنسيات... الخ؛

فقد أدى التطور التقني والمعلوماتي إلى تقليص المسافات بين الأفراد، وإلى خلق مجتمع رقمي ساهم بصورة إيجابية في تطوير المجتمعات الحديثة وجعل العالم أكثر مرونة وبساطة، وبقدر ما انعكست العولمة<sup>(1)</sup> على الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية إيجاباً في جميع دول العالم، انعكست عليها سلباً بظهور جرائم جديدة ساعدت العولمة على انتشارها وزيادة خطورتها أهمها: جرائم المعلوماتية (جرائم الحاسوب والإنترنت...<sup>(2)</sup>)، وهذه الجرائم تمثل الوجه السلبي الذي يتمثل في الاستخدام الخاطئ لهذه التكنولوجيا، والتعدي على حقوق الأفراد المشمولة بالحماية من خلال القوانين المرعية الإجراء، فضلاً عن أن هذا التعدي يمكن أن يتحول إلى جريمة إلكترونية بعيداً عن المفهوم التقليدي للجريمة.

ومع تطور الجريمة وتجاوزها للمفهوم التقليدي، أصبحت النصوص القانونية المستمدة من قانون العقوبات غير كافية للإحاطة بجميع صور الجرائم المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات، خاصة مع عدم إمكانية التوسع في تفسير القوانين المتاحة تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والتدابير<sup>(3)</sup>؛ لا سيما وأن التقنيات الحديثة في ارتكاب الجريمة كان لها

(1) تستهدف ظاهرة العولمة تأمين كافة الظواهر العالمية المستقرة، سواء أكانت هذه الظواهر اقتصادية، أو اجتماعية، أو ثقافية، أو حتى سياسية، وذلك لصالح منظور محدد وواضح، لا يختلف باختلاف المكان أو الهوية، ويفرض ذاته بما له من مكنات لا تتوافر لغيره من الظواهر: هشام المصري، الأمن المعلوماتي أحد الأعمدة الرئيسية للأمن القومي، اختراقه - احتوائه، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2019، ص. 9.

(2) عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، 2014، ص 104.

(3) نصت المادة الأولى من قانون العقوبات السوري على أنه: "1. لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحية من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه؛ 2. لا تؤخذ على المدعى عليه الأفعال التي تؤلف الجرم وأعمال الاشتراك الأصلي والفرعي التي أتاها قبل أن ينص القانون على ←

دوراً نافذاً في صعوبة أو استحالة الحصول على دليل جنائي في هذه الجرائم، وهذا ما جعل القوانين التقليدية قاصرة عن الوفاء بمتطلبات الشرعية الإجرائية لهذه الجرائم<sup>(1)</sup>، وعليه، فقد دعت الحاجة إلى إصدار قوانين خاصة لتتناسب مع التطور الذي طرأ<sup>(2)</sup> على المعاملات التي تحولت من ورقية إلى رقمية، ولتضع حداً للجرائم التي قد تطرأ من جراء استعمال الشبكة العنكبوتية، فضلاً عن التحول في هوية ضحايا هذه الجرائم<sup>(3)</sup> لا سيما وأنها باتت تتعدى حدود الدولة، فضلاً عن استهدافها "للقيم الأخلاقية"<sup>(4)</sup> والأمن

←

هذا الجرم".

- (1) عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 2.
- (2) فنحن في عصر، لم يعد فيه القانون الجنائي أداة للقهر والانتقام وبثّ الرعب في النفوس، بل أنه على العكس من ذلك، أداة حماية اجتماعية، وعلاج وإصلاح وتهذيب، وهذا ما يتفق مع ضرورة وضع نظام قانوني اجتماعي، لمكافحة الجريمة، وعلاج السلوك الإجرامي، مُتفق مع حاجات المجتمع، ومصالح أفراد، فالجريمة قبل كل شيء هي ظاهرة إنسانية، تخضع لمتغيرات عديدة تتجاوز حدود النص القانوني المجرد، فالمجتمع الحديث يُعاني اليوم من أزمة جريمة وأزمة انحراف لا سيما بعد أن أخذت أنواع الجريمة والانحراف في الربع الثالث من القرن العشرين معنى جديداً، وأشكالاً جديدة، وشر ما هذه الجرائم هو صعوبة كشفها وإثباتها، لدقتها وتشعبها وتعقدها، كما أن المهارات الفقهية في تفسير القانون وتحليل نصوصه، ووقوف رجل القانون خلف النص، باحثاً عن مقاصد المشرع، ومعاني الألفاظ والعبارات، وعيوب الصياغة، لم يعد كافياً في عصر يتحرك ويتطور بسرعة خارقة: عبود السراج، الجريمة والقانون، جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، مجلة الحقوق والشريعة، المجلد الثاني، العدد الثاني، 1978، ص. 219 وما يليها.
- (3) في الواقع، لقد تحوّل الإنسان إلى هدف من أهداف مجرمي التقنية الحديثة، لا سيما بعد أن أتاحت الثورة الرقمية تحقيق أغلب صور الاعتداء على الأشخاص من جنح بسيطة إلى جنایات كبرى، وأصبح التوافق بين السياسة الجنائية وحق الأفراد في سلامة أبدانهم وحریتهم من أي خطر أو أذى قد يحيط بهم، مطلباً أساسياً لمواجهة الجرائم المعلوماتية التي لا يقتصر أثرها على الأفراد فحسب، وإنما يمتد ليطال الحكومات، أو بالأحرى المصلحة العامة بوجه عام، فضلاً عن دورها في النيل من أمن الدولة وتهديد السلامة العامة: علي جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2013، ص. 7.
- (4) يمكن للجرائم المعلوماتية أن تتجسد في المسّ بالكرامة الشخصية والذم والتحقير، فقد ورد في القرار رقم 2008/7 الصادر عن محكمة المطبوعات بتاريخ 2008/03/18 الغرفة التاسعة: "... وحيث

←

الاقتصادي<sup>(1)</sup> والاستقرار السياسي والأسواق المالية<sup>(2)</sup>، وهذا ما فرض الحاجة إلى إعادة النظر بعدد من النصوص القانونية الدولية والوطنية لتتكيف مع المستجدات، لا سيما وأن ظهور هذا النمط الإجرامي قد خلق العديد من التحديات لرجال القانون للوقوف على مدى ملاءمة النصوص الجزائية التقليدية في مواجهة الجرائم الإلكترونية المستحدثة. وعليه، فقد قامت بعض الدول بإصدار القوانين التي تحدد الجريمة الإلكترونية وتنص على عقوبتها، ونقف في هذه الدراسة على بحث قوانين مكافحة الجرائم الإلكترونية في كلٍّ من سوريا ومصر.

في الواقع، تُعدّ سوريا من الدول العربية السبّاقة في وضع الأسس القانونية والتنظيمية الخاصة بالجرائم المعلوماتية<sup>(3)</sup>، فقد صدر القانون الخاص بتنظيم التواصل على الشبكة

← أن الشخص الذي يتناوله الذم والتحقيق، وإن لم يكن معيّنًا بالاسم يكفي أن تكون العبارة الموجهة إليه من السهل معها فهم المقصود منها ومعرفة الشخص الذي يعنيه الفاعل.. وحيث أن القصد الجرمي يتوافر بنشر المقال وكل من الكاتب والناشر يعلم بأن فيه مساً بكرامة من يتناوله: "محمد يوسف ياسين، المطبوعات في اجتهاد محكمة التمييز الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص. 94 وما يليها.

(1) تُمثّل المخاطر الاقتصادية جانباً محورياً من مخاطر جرائم المعلوماتية، خاصةً في ظل تنامي استخدام تقنية المعلومات في مختلف الأنشطة الاقتصادية لا سيما في المجالات الصناعية والتجارية، مما أتاح للمجرمين الاقتصاديين للتسلل إلى هذا العالم وارتكاب ما يحلو لهم من جرائم بأساليب غير مألوفة، كاستغلال رواج حركة التجارة الإلكترونية لممارسة الاحتيال واصطياد الزبائن والتغريب بهم، والتلاعب في الحسابات الخاصة للزبائن في المصارف والمؤسسات المالية، فضلاً عن التلاعب في الأسهم المعروضة للبيع أو عرض أسهم وسندات مزوّرة أو وهمية، واللجوء إلى القرصنة والتجسس لسرقة واستغلال المبتكرات الإبداعية للشركات، وغير ذلك من المخاطر: عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2019، ص. 171 وما يليها.

(2) المؤتمر الأول لمكافحة الجرائم المعلوماتية الذي عقد في بيروت بتاريخ 2013/01/21، مداخلة رئيس مجلس القضاء الأعلى في لبنان القاضي فهد، تاريخ الإطلاع: 2021/09/16.

<https://www.ul.edu.lb/common/news.aspx?newsId=166&lang=1>

(3) تُعتبر دولة الإمارات العربية المتحدة من أولى الدول العربية التي وضعت نظاماً خاصاً لمكافحة الجرائم المعلوماتية، حيث أقرّ المشرع نظام مكافحة تقنية المعلومات الصادر بالرقم (2) لسنة 2006

←



ومكافحة الجريمة المعلوماتية المعلوماتية<sup>(1)</sup> بموجب بالمرسوم رقم 17 تاريخ 2012/2/8، الواقع في 36 مادة ضمن خمسة فصول، فضلاً عن إقرار القانون رقم 2022/20 الذي الغى المرسوم رقم 2012/17 وأعاد تأطير الجريمة المعلوماتية ليشمل بذلك أشكالاً عديدة من أشكال السلوك الإجرامي المرتبط بالمعلومات ونظم المعلومات في سوريا.

أما في مصر، التي انضمت إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الموقعة في القاهرة<sup>(2)</sup> بتاريخ 21 ديسمبر 2010، فقد كانت تُطبّق نصوص قانون العقوبات في صورتها التقليدية متى كانت صياغة النص تسمح باستيفاء هذه الجريمة الإلكترونية، حتى بدأت بعض القوانين بالصدور والنفوذ لمعالجة هذه الظاهرة<sup>(3)</sup>، ويتبين ذلك من بعض نصوص قانون الملكية الفكرية المصري رقم 2002/182، وقانون التوقيع الإلكتروني رقم 2004/15 الذي نظم أحكام التوقيع الإلكتروني والحماية الجنائية المقررة له.

وبعد أن تزايد الاهتمام باتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الاعتداء الرقمي المستجد على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، أسفرت الجهود القانونية عن صياغة القانون رقم 2018/175 الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات<sup>(4)</sup>، الواقع في 45 مادة ضمن أربعة أبواب.

←

قانون اتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، تليها المتحدة المملكة العربية السعودية حيث أقر المشروع السعودي نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية بالمرسوم الملكي رقم (م 17) تاريخ 1428/03/08 هـ (27 آذار/ مارس 2007): مروان بن مرزوق الروقي، القصد الجنائي في الجرائم المعلوماتية، دراسة تأصيلية مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 1434 هـ، 2013 م، ص. 13.

- (1) المرسوم التشريعي رقم 2012/17 الصادر بتاريخ 2012/02/08، المتعلق بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجرائم المعلوماتية، والذي أصبح نافذاً بتاريخ 2012/02/15.
- (2) قرار رئيس الجمهورية المصري المتعلق بالموافقة على الانضمام إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية عدد 46 الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2014.
- (3) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، دراسة معمقة في القانون المعلوماتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 34 - 35.
- (4) القانون رقم 2018/175 الصادر بتاريخ 2018/08/14، المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية عدد 32 مكرر (ج)، السنة الحادية والستون، تاريخ النشر 2018/08/14.

وحيث أن الجرائم المعلوماتية باتت واقعاً مستجداً يفرضه التوسع في وسائل ارتكابها والتبدل في هوية المجني عليه، وحيث أن مكافحتها يتطلب بيان مفهومها، وتوضيح أطر التصدي لها، وطرق ملاحقتها وتبيان العقوبة المقررة لها، لذلك سنقوم بتناول موضوع الجرائم المعلوماتية في سوريا ومصر عبر تسليط الضوء على الجهود المبذولة لمكافحتها وبيان نقاط التقارب والاختلاف بين القوانين المنظمة للجرائم المعلوماتية في كلا البلدين.

أهمية الدراسة

تتجلى أهمية هذه الدراسة في إلقاء الضوء على الجهود التي قام بها كلاً من المشرع المصري والسوري في الخروج عن النصوص التقليدية بغية ملاحقة التطور المتسارع للجرائم التي باتت تتم عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، والعمل على تقنين مكافحة الجرائم المعلوماتية، وبيان مدى كفاية القوانين المستحدثة في التجريم.

منهج الدراسة:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي، وذلك بهدف تحليل المعلومات الخاصة بمشكلة الدراسة، وذلك في إطار الإشارة إلى الواقع التشريعي في مصر وسوريا، والجهود التي بذلها المشرع في كلا البلدين لتقنين الجرائم المعلوماتية ومكافحتها.

كما استعنا بالمنهج المقارن بشكل أساسي وذلك لتحليل الاتجاه التشريعي الذي سلكه المشرع المصري ومقارنته بنظيره السوري، وتناول النصوص القانونية النافذة ودراسة مدى استيعابها للإشكالية والتساؤلات المنبثقة عنها، وكشف النقص الذي قد يعترها.

كما استخدمنا المنهج الاستقرائي لاستقراء الدراسات والأبحاث والمراجع التي ترتبط بأية جزئية من جزئيات الدراسة، فضلاً عن تأصيل وتحليل التشريعات التي تناولت مكافحة الجرائم المعلوماتية، وذلك بما يخدم أهداف هذه الدراسة.

الإشكالية:

من خلال ما سبق بيانه نطرح الإشكالية القانونية التالية:

ما مدى كفاية القواعد القانونية المنصوص عليها في التشريعين المصري والسوري في مكافحة الجرائم المعلوماتية؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات من أبرزها:

1. ما هي التدابير التي ساهمت في تعزيز الأطر القانونية الخاصة بمكافحة الجرائم

- المعلوماتية في ضوء القانونين السوري والمصري؟
2. هل يمكن تطبيق قواعد الاختصاص المكاني التقليدية المنصوص عليها في قانون العقوبات على الجرائم المعلوماتية العابرة للحدود؟
3. ما مدى ملاءمة نصوص قانون العقوبات في الانطباق على الجرائم المعلوماتية المستحدثة، وهل هي كافية لمواجهتها دون مخالفة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؟
4. كيف يمكن تحقيق التوازن بين اعتبارات الاستخدام المشروع للوسائل الإلكترونية من جهة وبين حماية النظام العام والاقتصاد المالي الوطني من جهة ثانية استناداً للقانونين المصري والسوري؟

نعالج هذه الإشكالية في مطلبين على الشكل الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الجرائم المعلوماتية

المطلب الثاني: الجرائم المعلوماتية الخاصة بأنظمة وتقنيات المعلومات

## المطلب الأول

### مفهوم الجرائم المعلوماتية

### ونطاق تطبيقها

تُعدّ الجرائم المعلوماتية بمثابة ظواهر جُرمية خطيرة نظراً لوقوعها في بيئة رقمية وفضاء معلوماتي واسع يصعب ضبطه والسيطرة عليه، خاصةً في ظل عدم كفاية التشريعات الجزائية التقليدية<sup>(1)</sup>، لا سيما فيما يتعلق بمواجهة المخاطر والتهديدات الناجمة عن استخدام تقنية المعلومات<sup>(2)</sup>، وعليه، فقد كان من الضروري استحداث قانون يكافح الاستخدام غير المشروع للوسائل الإلكترونية وما ينجم عنه من جرائم. وقد أكدت سوريا في معرض التقرير المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة<sup>(3)</sup>، والمتعلق بالتحديات التي تعترض الدول الأعضاء في مجال مكافحة استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للأغراض الإجرامية "أن تنامي استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من قِبل الشبكات الإجرامية والجماعات الإرهابية<sup>(4)</sup> لتحقيق أغراضها الإجرامية والإرهابية قد أثر في استقرار البلدان وفي بُناها

(1) فرضت الجرائم المعلوماتية نفسها بعد التقدم العلمي والتكنولوجي والاقتصادي، وبالنظر إلى حداثة هذا النوع من الجرائم وتطورها السريع، فضلاً عن اعتبارها من الجرائم الاستثنائية، فقد تمّت معالجتها بصورة استثنائية في بعض التشريعات، مما أدى إلى خروجها على مبدأ الشرعية من خلال تنظيم هذه الجرائم بأدوات قانونية لا تصل إلى درجة التشريع مثل القرارات اللائحية مثلاً، أو أن يُعقد الاختصاص بنظرها إلى بعض اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي وليس إلى القاضي الجنائي: عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، مرجع سابق، ص. 31.

(2) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، القانون رقم 175 لسنة 2018، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2019، ص. 6.

(3) القرار 130/74/A الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الرابعة والسبعون، البند 109 من جدول الأعمال المؤقت، مكافحة استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للأغراض الإجرامية، ص. 95.

(4) لم يتناول قانون التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية في سوريا الجريمة الإرهابية



التحتية ومؤسساتها، لا سيما فيما يتعلق في النسيج الاجتماعي والثقافي والتطور الاقتصادي والتنموي، وأن توسع الفجوة الرقمية بين الدول يقوض حتماً قدرة العديد من الدول على منع هذه الجرائم ومكافحتها وملاحقة مرتكبيها.

أما في مصر، فقد نصّت المادة 31 من الدستور الصادر عام 2014 على أن "أمن الفضاء المعلوماتي من منظومة الاقتصاد والأمن القومي، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه على النحو الذي يُنظمه القانون".

انطلاقاً من هنا، وللإحاطة بموضوع الجرائم المعلوماتية، سنتناول تعريف الجرائم المعلوماتية في اللغة والاصطلاح والقانون في الفرع الأول، ثم نلقي الضوء على نطاق تطبيق قوانين مكافحة الجرائم المعلوماتية

في الفرع الثاني من هذه الدراسة وذلك استناداً للقانون المتعلق بالجريمة المعلوماتية في سوريا، والقانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر.

## الفرع الأول

### الجرائم المعلوماتية في اللغة والاصطلاح والقانون

فرض التطور العلمي أشكالاً جديدة في ميدان النشاط الإجرامي، وأخذت معها



الإلكترونية مباشرة، إلا أنه نصّ من خلال المادة 30 منه ضمن الفصل الخامس على أنه: "تُشدد العقوبات وفق القواعد العامة للتشديد المنصوص عليها في قانون العقوبات النافذ في الحالات التالية: 1 - إذا كان موضوع الجريمة يمس الدولة أو السلامة العامة، 2 - إذا جرى ارتكاب الجريمة بواسطة عصابة منظمة..". وبالتالي فإن أبرز مثال على الجريمة التي تمس أمن الدولة أو السلامة العامة أو ترتكبها عصابة منظمة هو "جريمة الإرهاب". وفي حين لم يتضمن قانون مكافحة تقنية المعلومات في مصر، نصاً شبيهاً لنص المادة 30 من القانون السوري رقم 2012/17، إلا أن قانون مكافحة الإرهاب المصري قد نصّ من خلال المادة 15 منه على أنه: "يُعاقب.. كل من قام بأية طريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويقصد ارتكاب جريمة إرهابية في الداخل والخارج، بإعداد أو تدريب أفراد على صنع واستعمال الأسلحة التقليدية أو غير التقليدية، أو وسائل الاتصال السلوكية أو اللاسلوكية أو الإلكترونية، أو أية وسيلة تقنية أخرى.."، وبذلك يكون المشرع المصري قد لحظ إمكانية استخدام الإنترنت، وهو من الوسائل الإلكترونية، للقيام بعمل إرهابي: نجاة أبو شقرا، جرائم الإرهاب الإلكتروني في القانون اللبناني - دراسة مقارنة - المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى، 2021، ص. 22 - 23.

الجريمة أشكالاً أخرى تختلف عن تلك التقليدية، وذلك من خلال توظيف التقنيات الحديثة وإساءة استغلالها كآليات متقدمة في تنفيذ مختلف أنواع السلوك الإجرامي<sup>(1)</sup>. وانطلاقاً من ارتباطها بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فقد أحاط تعريف الجرائم المعلوماتية الكثير من الغموض، خاصةً مع اختلاف الاصطلاحات التي تتعلق بمفهومها، فلم يُجمع الفقه على وضع تعريف محدد لها، لا سيما وأن البعض قد اعتبر بأن هذا النوع من الجرائم ما هو إلا جرائم تقليدية تُرتكب بأسلوب إلكتروني<sup>(2)</sup>. وعليه، فستتناول تعريف الجرائم التقنية في اللغة والاصطلاح والقانون.

أولاً: الجرائم المعلوماتية في اللغة:

تعني الجريمة لغةً الذنب، كما ورد على لسان العرب، أي "جَزَمَ بمعنى جنى جريمة، وجَزَمَ إذا عَظَمَ جرمه أي أذنب"<sup>(3)</sup>، كما تعني اكتساب الإثم "ج. الجارم يعني الكاسب وأجرم فلان أي اكتسب الإثم"<sup>(4)</sup>، كما تعني الجريمة أيضاً "الجناية والذنب"<sup>(5)</sup>. ورغم حداثة الموضوع، إلا أن الشريعة الإسلامية استطاعت بمبادئها العامة وقواعدها الكلية أن تترك الباب مفتوحاً في وجه المجتهدين للقيام بتجريم كل عمل من شأنه إحداث الضرر للآخرين، وذلك استناداً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار وقاعدة سد الذرائع<sup>(6)</sup>. فقد عرّف الفقه الإسلامي الجريمة من منظور التحريم، فهي "فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه"<sup>(1)</sup>، كما يُمكن الإشارة إليها بمعنى الآتيان بما نهى الله عنه "هي

- (1) أحمد توفيق، النظرية العامة للإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، 2016، ص. 425.
- (2) محمود رجب فتح الله، شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 547.
- (3) ابن منظور، لسان العرب، الجزء 12، صادر للطباعة، بيروت، 1990، ص. 91.
- (4) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة، 1407 هـ - 1987 م، حققه أحمد عبد الغفور عطار، الجزء الخامس، ص. 1885.
- (5) بطرس البستاني، مُحيط المُحيط، قاموس مُطوّل للغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت 1983، ص. 104.
- (6) صدام حسين ياسين العبيدي، جرائم الإنترنت وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص. 8.
- (1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت، الجزء الأول، ص. 66.

عصيان ما أمر الله به بحكم الشرع"<sup>(1)</sup>.

أما المعلوماتية لغةً، فهي من اشتقاقات الفعل عَلِمَ بالشيء<sup>(2)</sup>، علماً أي عرفه، وأعلم الشيء أي جعل له علامة، وتعالَم الجميع الشيء بمعنى عرفوه، والمعلم يُراد به ما يُستدل به على الطريق من أثره<sup>(3)</sup>.

ومع اختلاف المفردات، فقد اعتمد البعض مصطلح "إلكترونية" كلفظ متوازن مع مصطلح المعلوماتية<sup>(4)</sup>، وقد تمّ تناول هذا المصطلح في معاجم المعلوماتية: فالكتروني جمعها إلكترونيات، ومصدرها منسوب إلى "إلكترون"<sup>(5)</sup>، وهذه العبارة تعني في اللغة ظهور العقل الإلكتروني في المكاتب، فهي عبارة عن آلة الحاسوب<sup>(6)</sup> التي تعتمد على مادة الإلكترون بغرض إجراء أدق العمليات الحسابية وبأسرع وقت ممكن. وأصل كلمة إلكترون يوناني، وهي تعني العنبر أو الكهرمان، وسبب تسمية ذلك أن

(1) الأمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة - دار الفكر العربي، غير مذكور تاريخ النشر، ص. 22.

(2) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مرجع سابق، ص. 31.

(3) محمد بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت 1982، ص. 452.

(4) من أكثر المصطلحات تداولاً في هذا المجال هو مصطلحي "الجريمة الإلكترونية" و"الجريمة المعلوماتية"، ويُعدّ استعمال المصطلح الأخير هو الأكثر اتساقاً مع اللغة العربية التي لا يُعدّ مصطلح "إلكترونية" من مُفرداتها، بل هي كلمة أجنبية مُعربة، فضلاً عن كون مصطلح "المعلوماتية" هو المصطلح الأكثر تداولاً في الأدبيات القانونية المعاصرة، هذا بالإضافة إلى أن التشريعات العربية التي عالجت هذا النوع من الجرائم، قد استخدمت هذه المفردة "كنظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي" رقم 97 تاريخ 1428/03/07 هـ، وقانون "جرائم المعلوماتية السوداني" الصادر سنة 2007، و"قانون مكافحة تقنية جرائم المعلومات الإماراتي الصادر 2007: عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والإنترنت، الجرائم المعلوماتية، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2017، ص. 36. ويراجع في تفصيل هذه التشريعات: عصام عبد الفتاح مطر، التشريعات الإلكترونية الدولية والعربية - جرائم الكمبيوتر والإنترنت - أمن المعلومات، الملكية الفكرية الرقمية - حماية المستهلك، دراسة تفصيلية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010، ص. 851 وما يليها.

(5) أ. و. حداد، قاموس مصطلحات المعلوماتية، مكتبة لبنان، 1987، ص. 109.

(6) وهو يسمى أيضاً كمبيوتر، وبالتالي فالأعمال الإلكترونية هي أعمال إلكترونية بطبيعة الحال: يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، قانون الكمبيوتر، منشورات اتحاد المصارف العربية، ط. 1، 2001، ص. 39.

الإغريق لاحظوا أن الكهرمان يجذب الأجسام الخفيفة عندما يُدلك، وهو لفظ أعجمي أقرّه مجمع اللغة العربية في مصر، وتمّ تعريفه على أنه: "دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة، شحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية"<sup>(1)</sup>.

ثانياً: تعريف الجرائم المعلوماتية في الاصطلاح والقانون:

يُعرّف البعض الجريمة المعلوماتية بأنه "أي نمط من أنماط الجريمة المعروفة في قانون العقوبات طالما كان الأمر كان مرتبطاً بتقنية المعلومات"<sup>(2)</sup>. "يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر الجريمة بتقنية المعلومات دون غيرها من الوسائل.

وعرّفها آخرون<sup>(3)</sup> بأنها: "سلوك إيجابي أو سلبي مُخالف للقانون، يقع بواسطة الحاسوب الإلكتروني، أو ما في حكمه، أو بواسطة شبكة الإنترنت، أو يكون السلوك فيه موجهاً إلى بيانات الحاسوب أو برامجه". هذا التعريف جعل لمعيار الجريمة المعلوماتية بُعداً فنياً وموضوعياً، وأشار إلى أن الجريمة المعلوماتية قد تقع بواسطة الحاسوب وما في حكمه، مما يعني أن أجهزة الهاتف التي تتيح الاتصال بشبكة الإنترنت وما شابهها في ذلك قد تكون وسيلة لارتكاب الجرائم المعلوماتية.

في حين عرّفها البعض الآخر<sup>(4)</sup> بأنها: "تلك الانتهاكات الخطرة التي يُحظرها القانون، وتُرتكب بواسطة نُظُم تكنولوجيا المعلومات، وتستهدف الأفراد أو المجموعات البشرية بأمنهم، أو رزقهم، أو أموالهم أو كرامتهم، وعادةً ما تُرتكب بواسطة أجهزة إلكترونية رقمية، وفي مقدمتها الحاسب الآلي، وأجهزة الهاتف الذكية، وغيرها، وغالباً ما يُستعان في ارتكابها بشبكات الاتصال الرقمية، وفي طليعتها شبكة الإنترنت، والتي وفّرت إمكانية ارتكابها عن بُعد، وتشمل هذه الانتهاكات الجرمية أي فعل ضار يُرتكب بواسطة نُظُم

(1) عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، دراسة تأصيلية مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، 1439 هـ - 2017 م، ص. 14 - 15.

(2) هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، 1992، ص. 31.

(3) عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والإنترنت - الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص. 43.

(4) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، مرجع سابق، ص. 223.



المعلومات، أو تكون تلك الأنظمة محلاً لارتكابها.. ويُضاف إليها أشكال من الجرائم التقليدية التي تُرتكب بواسطة نُظُم المعلومات".

ونحن نميل إلى الاتجاهين الأخيرين، لكونهما قد أشارا إلى الجريمة المعلوماتية، ومحلها، وآثارها، ووسائلها التي لا تقتصر على جهاز الحاسوب وحده، فضلاً عن أن الاتجاه الأخير قد شمل الجرائم التقليدية التي قد تتم من خلال نُظُم المعلومات.

ومن الناحية الشرعية، فقد عُرِّفَت الجرائم المعلوماتية بأنها: " جميع الأفعال المخالفة للشريعة الإسلامية والمرتكبة بواسطة الحاسب الآلي، من خلال شبكة الإنترنت"<sup>(1)</sup>.

وكان القانون المتعلق بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية في سوريا<sup>(2)</sup> قد عرّف الجريمة المعلوماتية استناداً إلى أنها: "جريمة ترتكب باستخدام الأجهزة الحاسوبية أو الشبكة أو تقع على المنظومات المعلوماتية أو الشبكة"، بحيث يتبين من التعريف أعلاه أن المشرع قد وضع معيارين لتقسيم الجرائم المعلوماتية وهو: تمييز الجريمة من حيث الوسيلة المرتكبة ومن حيث المجني عليه؛ فالوسائل هي: الأجهزة الحاسوبية أو الشبكة، أما المجني عليه: المنظومات المعلوماتية أو الشبكة.

وبعد إلغاء المرسوم التشريعي رقم 2012/17 الصادر بتاريخ 2012/02/08، المتعلق بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجرائم المعلوماتية، جاءت المادة الأولى من القانون رقم 2022/20 لتعرّف الجريمة المعلوماتية بأنها: "سلوك مجرّم وفقاً لأحكام هذا القانون يقترف بواسطة وسائل تقانة المعلومات"<sup>(3)</sup>، يستهدف المعلومات أو نظم المعلومات أو يرتبط بإضافة محتوى رقمي على الشبكة"<sup>(1)</sup>.

(1) صدام حسين ياسين العبيدي، جرائم الإنترنت وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص. 40.

(2) الفقرة 22 من المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 2012/17 الصادر بتاريخ 2012/02/08، المتعلق بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجرائم المعلوماتية.

(3) تقانة المعلومات تعني الأدوات التي تُستخدم في معالجة المعلومات وتوليدها ونقلها وتبادلها وحفظها: المادة الأولى من القانون رقم 2022/20. المتعلق بالجريمة المعلوماتية تاريخ 14/08/2022 الموافق لـ 17/03/2022

(1) المادة الأولى من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية تاريخ 14/08/2022 الموافق لـ 17/03/2022.

يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن المشرع السوري قد وسّع من وسائل وصور السلوك الإجرامي المرتبط بالمعلومات ونُظّم المعلومات بما يتوافق مع التطور التقني المتسارع لما في ذلك من حماية لمصالح المجني عليهم.

وعليه، فإن الجرائم المعلوماتية<sup>(1)</sup> بمقتضى القانون رقم 20/2022 باتت تشمل: تجاوز حدود الدخول المشروع، الدخول غير المشروع، شغل اسم موقع إلكتروني، انتحال الحساب الشخصي، إعاقة أو منع الوصول إلى الخدمة، تصميم أو ترويج أو استخدام البرمجيات الخبيثة، إرسال رسائل غير مرغوب بها، اعتراض المعلومات، الاحتيال المعلوماتي، إساءة الائتمان المعلوماتي، انتهاك الخصوصية، الجرائم المتعلقة بالبطاقة الإلكترونية، التسجيل غير المشروع، الذم الإلكتروني، القذح أو التحقير الإلكتروني، جرائم المساس بالحشمة أو الحياء، الجرائم الواقعة على الدستور، النيل من هبة الدولة، النيل من مكانة الدولة المالية، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية<sup>(2)</sup>، جرائم الإساءة إلى الأديان والمقدسات والشعائر الدينية.

أما فيما يتعلق بالقانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر، فهو لم يُعرّف الجريمة المعلوماتية، وإنما تمت الإشارة إلى الوسائل التي يمكن من خلالها ارتكاب هذه الجريمة، كالاعتراض<sup>(3)</sup> والاختراق<sup>(1)</sup> - على سبيل المثال لا الحصر -

(1) المواد من 11 إلى 31 من القانون رقم 20/2022 المتعلق بالجريمة المعلوماتية تاريخ 14/08/2022 الموافق لـ 17/03/2022.

(2) تجدر الإشارة إلى أن المادة 30 من القانون رقم 20/2022 المتعلق بالجريمة المعلوماتية قد عاقبت كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو صفحة إلكترونية أو نشر محتوى رقمياً على الشبكة بقصد الاتجار بالمخدرات أو المؤثرات العقلية أو الترويج لها المنصوص عليها في الجداول الملحقة بقانون المخدرات، بحيث تُعدّ هذه الجريمة من الجرائم المعلوماتية التي أضافها القانون المذكور.

(3) يعني الاعتراض مشاهدة البيانات أو المعلومات أو الحصول عليها، بغرض التنصت أو التعطيل، أو التخزين أو النسخ، أو التسجيل، أو تغيير المحتوى، أو إساءة الاستخدام أو تعديل المسار أو إعادة التوجيه وذلك لأسباب غير مشروعة ودون وجه حق: المادة الأولى من القانون رقم 175/2012 الصادر بتاريخ 14/08/2018، المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية عدد 32 مكرر (ج)، السنة الحادية والستون، تاريخ النشر 14/08/2018

(1) يعني الاختراق الدخول غير المرخص به، أو المخالف لأحكام الترخيص، أو الدخول بأي طريقة



وبالتالي، فقد ربط المشرع المصري جرائم تقنية المعلومات بتقنيات التكنولوجيا الحديثة. وفي المقابل، فقد عمّد المشرع المصري إلى تعريف تقنية المعلومات بأنها "أي وسيلة أو مجموعة وسائل مترابطة أو غير مترابطة، تُستخدم لتخزين، واسترجاع، وترتيب، وتنظيم، ومعالجة، وتطوير، وتبادل المعلومات أو البيانات، ويشمل ذلك كل ما يرتبط بالوسيلة أو الوسائل المُستخدمة سلكياً ولاسلكياً"<sup>(1)</sup>.

ويرى البعض<sup>(2)</sup> أن إغفال المشرع المصري عن وضع تعريف محدد للجرائم المعلوماتية لا يُعد قصوراً، خاصة وأن وضع التعاريف لا يُعدّ من عمل المشرع، كما أن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لا يستهدف أغراضاً علمية بقدر استهدافه ترتيب آثار قانونية معينة.

كما تمّ تحديد الجرائم المعلوماتية كما يلي<sup>(3)</sup>: الاعتداء على سلامة شبكات وأنظمة وتقنيات المعلومات جريمة الانتفاع بدون حق بخدمات الاتصالات والمعلومات وتقنياتها، جريمة الدخول غير المشروع، جريمة تجاوز حدود الحق في الدخول، جريمة الاعتراض غير المشروع، جريمة الاعتداء على سلامة البيانات والمعلومات والنظم المعلوماتية، جريمة الاعتداء على البريد الإلكتروني أو المواقع أو الحسابات الخاصة، جريمة الاعتداء على تصميم موقع، جريمة الاعتداء على الأنظمة المعلوماتية الخاصة بالدولة، جريمة الاعتداء على سلامة الشبكة المعلوماتية، لجرائم المرتكبة بواسطة أنظمة وتقنيات المعلومات جرائم الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكتروني، الجرائم المتعلقة باصطناع المواقع والحسابات الخاصة والبريد الإلكتروني، الجرائم المتعلقة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة<sup>(4)</sup> والمحتوى المعلوماتي غير

←

غير مشروعة، إلى نظام معلوماتي أو حاسب إلى أو شبكة معلوماتية، وما في حكمها: المادة الأولى من القانون رقم 2012/175 المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(1) المادة الأولى، الفقرة السابعة من القانون رقم 2012/175 المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(2) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 15.

(3) المواد من 13 حتى 29 من القانون رقم 2012/175 الصادر بتاريخ 2018/08/14، المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(4) ولا بد من الإشارة في هذا السياق إلى مشروع القانون الذي تمّ تقديمه إلى مجلس النواب المصري

←

المشروع، الجرائم المرتكبة من مدير الموقع. ويبدو انطلافاً مما سبق، أن القانون السوري الجديد المتعلق بالجريمة المعلوماتية بات أشمل من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر<sup>(1)</sup> من ناحية تعداد الجرائم وتفصيلها لتشمل أكبر عدد من الجرائم التي قد ترتكب عن طريق الوسائل الإلكترونية، هذا من جهة، أما من جهة ثانية، فتبرز الحاجة إلى توحيد المصطلحات القانونية بما يتلاءم والتطور الرقمي المتسارع الذي تتسع معه رقعة الأعمال الإجرامية التي قد تطل الدول والأفراد.

وبعد أن بينا الجرائم المعلوماتية في اللغة والاصطلاح والقانون، يتعين علينا إلقاء الضوء على النطاق المادي لتطبيق قوانين مكافحة الجرائم التقليدية، وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان: "نطاق تطبيق قوانين مكافحة الجرائم المعلوماتية".

←

بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 175 لسنة 2018، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، والذي يهدف إلى مكافحة الاستخدام غير المشروع لتقنيات المعلومات وما يرتبط بها من جرائم، مع التزام الدقة في تحديد الأفعال المعاقب عليها، وتجنب التعبيرات الغامضة بوضع تعاريف دقيقة لها، وتحديد عناصر الأفعال المجرمة بكثير من العناية، وكذا حماية البيانات والمعلومات الشخصية، من استغلالها استغلالاً يسيء إلى أصحابها، وخاصة في ظل عدم كفاية النصوص التجريبية التقليدية المتعلقة بحماية خصوصيات الأفراد وحرمة حياتهم الخاصة في مواجهة التهديدات والمخاطر المستحدثة باستخدام تقنية المعلومات، ويأتي ذلك في إطار ما نصت عليه المواد 31 و57، من دستور 2014 والتي أقرت مبادئ واضحة بشأن حماية الفضاء المعلوماتي وصون حرمة الحياة الخاصة.

(1) كان المرسوم التشريعي رقم 17/2012 الصادر بتاريخ 08/02/2012، المتعلق بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجرائم المعلوماتية ينص على الجرائم التالية قبل إلغائه: "الدخول غير المشروع إلى منظومة معلوماتية، شغل اسم موقع إلكتروني، إعاقة الوصول إلى الخدمة، اعتراض المعلومات، تصميم البرمجيات الخبيثة واستخدامها، إرسال البريد الواعل، الاحتيال عن طريق الشبكة، الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع، انتهاك حرمة الحياة الخاصة"، مما يعني أنه في فترة نفاذ هذا القانون كان القانون المصري أعم وأشمل من ناحية تعداد الجرائم وشموليتها، أما بعد إقرار قانون الجريمة المعلوماتية الجديد، فقد تم النص على العديد من الأشكال التي يمكن للجريمة المعلوماتية أن تأخذها وذلك بالنظر إلى تطور الوسائل والأساليب الإلكترونية وحاجة المجتمع إلى تشريع يتناسب والتطور المستمر لهذا النوع من الجرائم.

## الفرع الثاني

### نطاق تطبيق قوانين مكافحة الجرائم المعلوماتية

في الواقع، إن الفهم الحقيقي للصبغة العلمية التي تحيط بموضوع الجرائم الإلكترونية، ومحاولة ربطها مع الجوانب القانونية للجريمة لبناء إطار قانوني خاص بها، يُثير العديد من الصعوبات التقنية والقانونية التي تتمثل بحدثة الموضوع وافتقار التشريع إلى التطبيقات القضائية، خاصة وأن الثورة المعلوماتية والفضاء الإلكتروني باتا يُشكلان بيئة خصبة للجرائم المعلوماتية، مما يستلزم إدراك الإطار التقني للوسائل التكنولوجية الحديثة، والإضاءة على الجهود القانونية<sup>(1)</sup> التي أسفرت عن وضع القوانين الخاصة بهذا النوع من الجرائم، لا سيما في التشريعين السوري والمصري.

وتثير الجرائم المعلوماتية صعوبات عدة تتمثل بكونها تقع في الفضاء السيبراني، بعيداً عن الحدود الجغرافية والسياسية<sup>(2)</sup>، فهي إذا جرائم عابرة للحدود، وهذا ما يطرح مدى

(1) تُعتبر السويد أول دولة في العالم تعمل على وضع التشريعات المتعلقة بجرائم الإنترنت أو جرائم المعلوماتية، حيث تم إصدار قانون البيانات السويدي عام 1973، حيث عالج هذا القانون مسائل الدخول غير المشروع للبيانات الحاسوبية أو تزويرها، أو تجويلها، أو الحصول غير المشروع عليها. وتليها الدانمارك التي حددت العقوبات المتعلقة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت عام 1985، ثم بريطانيا التي قامت بإصدار قانون مكافحة التزوير والتزييف عام 1986 والذي تم النص من خلاله على أدوات التزوير التي يمكن أن تتم بالطرق التقليدية أو الإلكترونية، ثم فرنسا التي أصدرت عام 1988 القانون رقم 19 المتعلق بالتزوير المعلوماتي، وألمانيا التي أصدرت قانون مكافحة التزوير المعلوماتي عام 1986: منى جاسم الكواري، جريمة التزوير الإلكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، الطبعة الأولى، 2014، ص. 17 في الهامش.

(2) من أهم الخصائص التي تتميز بها الجرائم المعلوماتية بأنها جرائم عابرة لحدود الدول، ومن ثم فهي تكتسب صفة الجريمة الدولية، فالعالم الرقمي والفضاء الإلكتروني لا يعترفان بالحدود الجغرافية ولا يتقيدان بها، وهذه التقنية المعلوماتية تتيح لمستخدميها التنقل المعنوي أو الافتراضي بين الدول دون عوائق، انطلاقاً من سهولة حركة المعلومات وتبادلها، وهو ما جعل من السهل ارتكاب السلوك الإجرامي في دولة وتحقيق نتيجته في دولة أخرى: عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والإنترنت، الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص. 47. وعلى صعيد المخاطر الحالية المستقبلية والمحتملة، لم يعد الإجرام الاقتصادي والمنظم داخلياً بين دولتين أو ثلاث فحسب، بل امتد عبر الدول والقارات، وأصبح عالمياً ويشكل تهديداً رئيسياً للاستقرار والأمن الدوليين في القرن الحادي

←

إمكان تطبيق القانون الوطني<sup>(1)</sup>، إذا ما ارتكب العمل الإجرامي خارج حدود الدولة، أو إذا تحققت بعض عناصر هذا الفعل على إقليم الدولة<sup>(2)</sup>، خاصة وأن تكنولوجيا المعلومات

←

والعشرين: جنان فايز الخوري، الجرائم الاقتصادية الدولية والجرائم المنظمة العابرة للحدود، المنشورات الحقوقية صادر، 2009، ص. 16.

(1) رأت محكمة النقض المصرية أن القواعد المتعلقة باختصاص المحاكم الجنائية في المواد الجنائية تعد جميعاً من النظام العام بالنظر إلى أن الشارع في تقديره لها قد أقام ذلك على اعتبارات عامة تتعلق بحسن سير العدالة، ويجوز الدفع بمخالفتها لأول مرة أمام محكمة النقض، أو تقضي هي فيه من تلقاء نفسها بدون طلب، متى كان ذلك لمصلحة المحكوم عليه، وكانت عناصر المخالفة ثابتة في الحكم، وكان من المقرر أيضاً أن ولاية المحاكم العادية للحكم في الجرائم التي تقع هي ولاية عامة أصلية، وكل ما يحد من سلطتها في هذا الشأن جاء على سبيل الاستثناء، والاستثناء يجب أن يبقى في حدوده الضيقة ولا يصح التوسع فيه أو القياس عليه، فمتى رُفعت للمحاكم العادية قضية بوصف جنائي يدخل في اختصاصها العام، وجب عليها النظر فيها وعدم التخلي عن ولايتها، وعلى ذلك فلا يجوز للمحاكم العادية أن تحكم بعدم اختصاصها إلا إذا كان الوصف الجنائي الذي رُفع إليها يخرج عن ولايتها بموجب نص صريح خاص: منشور س 76، ص. 607، الطعن رقم 9721 لسنة 5، جلسة 2016/09/03، محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، ص. 28.

(2) من القضايا الهامة التي عُرضت في هذا الصدد، والتي لفتت الأنظار إلى البعد الدولي للجريمة المعلوماتية، القضية التي وقعت عام 1989، والتي تلخص في قيام أحد الأشخاص بتوزيع عدد كبير من النسخ الخاصة بأحد البرامج، والذي يهدف في ظاهره إلى إعطاء بعض النصائح الخاصة بمرض نقص المناعة المكتسبة "الإيدز"، ولكن حقيقة هذا البرنامج كانت تنطوي على فيروس "حصان طروادة" الذي يترتب على تشغيله تعطيل جهاز الحاسوب عن العمل، ثم تظهر بعد ذلك عبارة على الشاشة يقوم الفاعل من خلالها بطلب مبلغ مالي يُرسل على عنوان مُعيّن حتى يتمكن المجني عليه من الحصول على مضاد لهذا الفيروس، وفي الثالث من شباط/فبراير 1990، تم القبض على المتهم "جوزيف بوب" في مدينة أوهايو في الولايات المتحدة الأمريكية، وتقدمت المملكة المتحدة بطلب تسليمه لها لمحاكمته أمام القضاء الإنجليزي، كون إرسال البرنامج المذكور قد تم من داخل المملكة المتحدة، وبالفعل، فقد وافق القضاء الأميركي على تسليمه إلى المملكة المتحدة، وقد تم توجيه إحدى عشر تهمة ابتزاز إليه وقع معظمها في دول مختلفة، غير أن إجراءات المحاكمة لم تستمر بسبب حالة المتهم العقلية. وعلى العموم، هذه القضية توّشر إلى أمرين مهمين، أولهما أنها المرة الأولى التي يتم فيها تسليم متهم بجريمة معلوماتية، وثانيهما أنها المرة الأولى التي يُقدم فيها

←

بات تشكّل تحدياً للتنظيم القانوني القائم على المفاهيم الأساسية المتعلقة بالسيادة والولاية القضائية والحدود الإقليمية للدولة، إذ تُنظّم كل ولاية قضائية ذات سيادة الاتصالات التي تتم ضمن أراضيها، ويمثّل الاتصال عبر شبكة الإنترنت الذي يتجاوز الحدود الجغرافية والقيود القضائية مصدر قلق بالغ للقوانين الوطنية والإقليمية وحتى الدولية<sup>(1)</sup>، الأمر الذي جعل قواعد القانون<sup>(2)</sup> الدولي الإنساني أمام اختبار حقيقي يدور حول مدى إمكانية تطبيق تلك القواعد التي فُنتت قبل عقود من الزمن على الهجمات السيبرانية<sup>(3)</sup> التي لم يتجاوز عمرها أكثر من عقد من الزمن<sup>(1)</sup>.

←

- شخص للمحاكمة بتهمة إعداد برنامج خبيث "فايروس": أشار إليه: عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والإنترنت - الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص. 50 - 51. وتجدر الإشارة إلى أن برنامج "حصان طروادة" هو البرنامج الذي يقوم على توفير مدخل للمخترقين إلى أجهزة تحتوي معلومات غير مصرح لهم بالولوج إليها، ولا يتطلب استخدام هذا النوع من البرامج إلى خبرات تقنية لتحقيق الهدف، ويكثر استخدام هذا الأسلوب على مواقع الإنترنت، بحيث يقوم المخترق بتعديل أو تغيير المعلومات الموجودة في الموقع بما يخدم هدفه: علي عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص. 10.
- (1) كاميران عزيز حسن، الجهود الدولية في مواجهة الجرائم السيبرانية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2021، ص. 16.
- (2) تعني القواعد القانونية: "مجموع الأحكام التي تضعها السلطة، لتنظيم المجتمع، وتحديد سلوك أفراد، بغية تحقيق أهداف وقيم عليا، وذلك عن طريق ما تملكه من وسائل القهر": عبود السراج، الجريمة والقانون، مرجع سابق، ص. 227.
- (3) عرّف قانون مصطلحات الأمن المعلوماتي، مصطلح السيبرانية بأنه: "هجوم عبر الفضاء الإلكتروني يهدف إلى السيطرة على مواقع إلكترونية أو بنى تحتية محمية إلكترونياً لتعطيلها أو تدميرها أو الإضرار بها": التعريف مشار إليه في مرجع: أحمد عبّيس نعمة الفتلاوي، الهجمات السيبرانية، دراسة قانونية تحليلية بشأن تحديات تنظيمها المعاصر، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2018، ص. 12. وفي مواجهة الهجمات السيبرانية يظهر مفهوم السيبراني الذي يعني: "النشاط الذي يؤمن حماية الموارد البشرية والمالية، المرتبطة بتقنيات الاتصالات والمعلومات، ويضمن إمكانات الحدّ من الخسائر والأضرار، التي تترتب في حال تحقق المخاطر والتهديدات، كما يُتيح إعادة الوضع إلى ما كان عليه، بأسرع وقت ممكن": عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 48.

ومن دون شك، فإن صعوبة تحديد القوانين الواجبة التطبيق على الجرائم المعلوماتية، لا تتوقف على اعتماد بعض الدول لقوانين موضوعية خاصة بجرائم تقنية المعلومات، فالأمور أكثر صعوبة وتعقيداً من مجرد وضع قوانين، ويُعزى ذلك لطبيعة الجريمة العابرة للحدود، ولعدم وجود قوانين دولية مُلزِمة لجميع الدول في هذا الإطار، ولتصادم مُتطلبات الملاحقة مع مفهوم ومدلولات سيادة كل دولة على إقليمها، لا سيما وأن تداخل التشريعات من شأنه أن يُولِّد تنازاعاً إيجابياً في الصلاحيات بين الأجهزة القضائية المختصة بالنظر في الجريمة الواحدة، ومن الطبيعي أن تُثار في مثل هذه الأحوال، مسألة تنازع الصلاحية، وتحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(2)</sup>.

وقد عالج المشرع المصري هذه المسألة، ونص بصورة صريحة على سريان أحكام القانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات<sup>(3)</sup> وذلك في المادة الثالثة منه، والتي نصت على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام الباب الأول من الكتاب الأول من قانون العقوبات، تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب خارج جمهورية مصر العربية من غير المصريين جريمة من الجرائم المنصوص عليها من هذا القانون، متى كان الفعل معاقباً عليه في الدولة التي وقع فيها تحت أي وصف قانوني، وذلك في أي من الأحوال الآتية:

- 1 - إذا ارتكبت الجريمة على متن أي وسيلة من وسائل النقل الجوي أو البري أو المائي، وكانت مسجلة لدى جمهورية مصر العربية أو تحمل علمها.
- 2 - إذا كان المجنى عليهم أو أحدهم مصرياً
- 3 - إذا تم الإعداد للجريمة أو التخطيط أو التوجيه أو الإشراف عليها أو تمويلها في جمهورية مصر العربية.
- 4 - إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة إجرامية منظمة، تمارس أنشطة إجرامية في

←

(1) علي محمد كاظم الموسوي، المشاركة المباشرة في الهجمات السيبرانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2019، ص. 13.

(2) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، مرجع سابق، ص. 396 وما يليها.

(3) القانون رقم 175/2018 الصادر بتاريخ 2018/08/14، المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية عدد 32 مكرر (ج)، السنة الحادية والستون، تاريخ النشر 2018/08/14.



أكثر من دولة من بينها جمهورية مصر العربية.

5 - إذا كان من شأن الجريمة إلحاق ضرر بأي من مواطني جمهورية مصر العربية أو المقيمين فيها، أو بأمنها أو بأي من مصالحها، في الداخل أو الخارج.

6 - إذا وُجد مرتكب جريمة في جمهورية مصر العربية، بعد ارتكابها ولم يتم تسليمه".

واستناداً إلى المادة الثالثة السابق ذكرها، تخضع الأعمال الجرمية الواقعة في إقليم الدولة المصرية إلى أحكام قانون العقوبات والقوانين الجنائية الخاصة على حدٍ سواء، ويستوي في ذلك أن يكون الجاني مصرياً أو أجنبياً، وسواء كان الجاني موجوداً في إقليم الدولة المصرية وقت اقتراف الجرم أم كان في الخارج، وسواء كان فاعلاً أصلياً للجريمة أم كان مجرد شريك، مما يعني أن العبرة تكون لمكان وقوع الجرم، وليس لجنسية الجاني أو مكان إقامته ولا بالمكان الذي باشر فيه نشاطه الجرمي، ويكفي لاعتبار أن الجريمة وقعت في الدولة المصرية أن يتحقق جانب منها في الإقليم المصري، سواء في السلوك الجرمي - الذي يكفي وقوع بعضه - أو في النتيجة الإجرامية<sup>(1)</sup>.

في حين أن المشرع السوري قد استعان بالقوانين التقليدية في قانون العقوبات المتعلقة بمعالجة الاختصاص القضائي المكاني<sup>(2)</sup>، كما أحالت المادة 45 من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية إلى قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية في كل ما لم يرد عليه نص في الأحكام الموضوعية والإجرائية الواردة فيه.

وفيما يتعلق بوسائل النقل البري أو الجوي التي تُرتكب فيها الجريمة، فقد توسع المشرع المصري في نطاق السريان الإقليمي لقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وذلك فيما يتعلق بالجرائم التي تقع على متن وسائل النقل الجوي أو البري أو المائي متى كانت وسيلة النقل مسجلة لدى جمهورية مصر العربية، أو تحمل علم مصر، دون اعتبار

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 48 - 49.

(2) نصّت المادة 15 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 1949/06/22 على ما يلي: " يطبق القانون السوري على جميع الجرائم المقترفة في الأرض السورية. - تعد الجريمة مقترفة في الأرض السورية: أ) - إذا تم على هذه الأرض أحد العناصر التي تؤلف الجريمة، أو فعل من أفعال جريمة غير متجزئة، أو فعل اشتراك أصلي أو فرعي. ب) - إذا حصلت النتيجة في هذه الأرض أو كان متوقعاً حصولها فيه.

لأي مكان وُجدت فيه هذه الوسيلة<sup>(1)</sup>. في حين أن المشرع السوري قَصَرَ نطاق تطبيق القانون "على البحر الإقليمي إلى مسافة عشرين كيلو متراً من الشاطئ ابتداءً من أدنى مستوى الجزر، والمدى الجوي الذي يغطي البحر الإقليمي، والسفن والمركبات الهوائية السورية"<sup>(2)</sup>، وعليه، فإن القانون السوري لا يُطبق على الجرائم المرتكبة على متن المركبة الهوائية الأجنبية إذا لم تتجاوز الجريمة سفير المركبة، إلا إذا كان الفاعل أو المجنى عليه سورياً، أو إذا حطت المركبة الهوائية في سورية بعد اعتراف الجريمة، أما فيما يتعلق بالسفن الأجنبية، فلا تخضع للقانون السوري إلا إذا تجاوزت الجرائم المرتكبة سفير السفينة<sup>(3)</sup>، كما "يُعد النطاق الغلوي السوري في حكم الأرض السورية عند تطبيق الصلاحيات المنصوص عليها في قانون العقوبات"<sup>(4)</sup>.

وقد اشترطت المادة الثالثة من القانون رقم 2018/175 ازدواجية التجريم ما بين القانون المصري وقانون البلد الذي وقعت فيه الجريمة المعلوماتية، مما يعني أن إباحة الفعل في القانون الأجنبي تُسقط الشرط المتعلق بالازدواجية. هذا بالإضافة إلى أن القانون المذكور قد اشترط لسريانه خارج مصر أن يكون المجني عليهم أو أحدهم مصرياً، وتكون العبرة بجنسية المجني عليه وقت ارتكاب الجريمة لا بعدها، بمعنى أن الاستحصال على جنسية أخرى بعد وقوع الجريمة لا يحول دون سريان هذا القانون. أما فيما يتعلق بفاعل الجرم<sup>(5)</sup>، فيمكن أن يتكون من مجموعة من الأفراد تشكل "جماعة إجرامية" تمارس نشاطها في عدة دول على أن تكون مصر من بينها، وأن يكون من شأن العمل الجرمي أن

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، المرجع السابق، ص. 50.

(2) المادة 17 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 1949/06/22.

(3) المادة 18 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 1949/06/22.

(4) المادة 44 من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية.

(5) رأت محكمة النقض المصرية أن الإنسان لا يُسأل بصفته فاعلاً أو شريكاً إلا عما يكون له دخل في وقوعه من الأعمال التي نص القانون على تجريمها، سواء كان القيام بالفعل أو الامتناع الذي يحرمه القانون، ولا مجال للمسؤولية المفترضة في العقاب إلا استثناءً وفي الحدود التي نص عليها القانون، ويجب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل: الطعن رقم 2613 لسنة 83 ق جلسة 2016/02/20، محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، ص. 168.

يضر بمواطني جمهورية مصر العربية أو المقيمين فيها، إذا كان هذا العمل سيلحق ضرراً بأمن مصر أو مصالحها داخل الإقليم أو خارجه.

في المقابل، أشارت المادة 19 من قانون العقوبات السوري إلى تطبيق القانون السوري على كل فاعل أو محرّض أو متدخل أقدم على ارتكاب جنائية أو جنحة مخلة بأمن الدولة، سواء أكان الفاعل مواطناً سورياً أم أجنبياً، مع اشتراط ازدواجية التجريم ما بين القانون السوري والقانون الدولي لتطبيق هذه الأحكام على الأجنبي<sup>(1)</sup>، وفيما يتعلق بشرط الجنسية، فقد أكدت المادة 20 من قانون العقوبات السوري على تطبيق القانون على المواطن السوري حتى ولو فقد المدعى عليه الجنسية السورية أو اكتسبها بعد ارتكاب الجنائية أو الجنحة<sup>(2)</sup>.

وقد عرفت المادة الأولى من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة الجرمية المعلوماتية مقدم الخدمة على الشبكة بانه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يُقدم خدمة النفاذ أو الاستضافة أو التطبيقات مُنفردة أو مجتمعة وما في حكمها، والحاصل على ترخيص لتقديم الخدمة".

وكان المشرع السوري - بموجب المرسوم رقم 2012/17 - قد حدد الشروط التي يمكن بموجبها تطبيق القانون على مقدمي الخدمات على الشبكة دون غيرهم من الجنّة بتوضيح الأسس المتعلقة بإدانتهم، إلا أنه وبموجب قانون الجريمة المعلوماتية الجديد،

(1) نصّت المادة 19 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 1949/06/22 على ما يلي: " يطبق القانون السوري على كل سوري أو أجنبي، فاعلاً كان أو محرّضاً أو متدخللاً، أقدم خارج الأرض السورية على ارتكاب جنائية أو جنحة مخلة بأمن الدولة، أو قلد خاتم الدولة، أو قلد أو زور أوراق العملة أو السندات المصرفية السورية أو الأجنبية المتداولة شرعاً أو عرفاً في سورية. على أن هذه الأحكام لا تطبق على الأجنبي الذي لا يكون عمله مخالفاً لقواعد القانون الدولي".

(2) نصّت المادة 19 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 تاريخ 1949/06/22 على ما يلي: " يطبق القانون السوري على كل سوري، فاعلاً كان أو محرّضاً أو متدخللاً، أقدم خارج الأرض السورية، على ارتكاب جنائية أو جنحة يعاقب عليها القانون السوري. ويبقى الأمر كذلك ولو فقد المدعى عليه الجنسية السورية أو اكتسبها بعد ارتكاب الجنائية أو الجنحة".

فقد وَسَّعَ الدائرة لتشمل مقدّم الخدمة على الشبكة، ومقدّم خدمات الاستضافة، ومقدم خدمات التطبيقات على الشبكة.

ونحن نرى أنه كان من الأجدى على المشرع السوري أن يعالج مسألة الاختصاص الإقليمي في سريان أحكام القانون الخاص بالجريمة المعلوماتية بصورة خاصة، كما فعل نظيره المصري، وذلك نظراً لحدائثة هذه الجرائم وتطورها بتطور الوسائل التي ترتكب فيها، وضرورة أن تُستكمل أحكامها بوجود نصوص تعمل على سد النقص التشريعي وتعالج المسائل المتعلقة بالجرائم الإلكترونية بكافة جزئياتها.

وبعد أن قمنا بتحديد ماهية الجرائم المعلوماتية وبيان نطاق تطبيقها بالاستناد إلى القانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر، وقانون الجريمة المعلوماتية سوريا، يتعيّن علينا تناول الجرائم المعلوماتية عبر تمييزها وتحديد أركانها، بالاستناد إلى التشريعين المصري والسوري، وذلك في المطلب الثاني من هذه الدراسة، والذي سيكون تحت عنوان: "الجرائم المعلوماتية الخاصة بأنظمة وتقنيات المعلومات".

## المطلب الثاني

### الجرائم المعلوماتية الخاصة بأنظمة وتقنيات المعلومات

يعود تنامي الجرائم المعلوماتية إلى عدة أسباب خاصة بكل دولة، فبعضها ينطوي على نوايا آثمة لدى الجناة، فضلاً عن إصرارهم على ارتكاب الانتهاكات الجرمية، فيما يعزى بعضها الآخر إلى أخطاء أو تقصير من الضحايا، بحيث تساهم هذه الأسباب مُجمعة، في توفير الجوّ الملائم لارتكاب هذه الجرائم<sup>(1)</sup>.

في الواقع، تتألف الجرائم المعلوماتية من الأركان والعناصر التي تقوم عليها الجرائم التقليدية، إلا أن ما يُميز النوع الأول من الجرائم هو صعوبة السيطرة عليها وتحديد مصدرها والعمل على إيقافها والحد من مخاطرها، خاصةً وأنها تستخدم التقنيات الجديدة في ارتكابها، وتستهدف إلحاق الضرر بالأفراد والحكومات، وهي تتألف من ركنين مادي ومعنوي، بالإضافة إلى الركن القانوني.

(1) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، مرجع سابق، ص. 458.

وتُعدّ الجرائم المعلوماتية من الجرائم القصدية، فالقصد الجنائي هو صورة من صور الركن المعنوي للجريمة، ومطلباً أساسياً في الجرائم العمدية، وهو يعني إحاطة الفاعل بالعناصر المادية التي تتألف منها الجريمة كما حددها القانون، مع اتجاه هذه الإرادة الآتية إلى تحقيق هذا الفعل والوصول إلى النتيجة الإجرامية المطلوبة، ويرى الفقه الجنائي الإسلامي أن الركن المعنوي<sup>(1)</sup> للجريمة يكون في ثلاثة صور هي العمد، وشبه العمد والخطأ، أما جوهر هذا الركن فيتوقف تحديده على تحديد العناصر التي وضعها القانون لتكوين كل جريمة<sup>(2)</sup>. وتأسيساً على ذلك، فلا يكفي لتكوّن الجريمة أن يُقدم الجاني على فعل أو امتناع مُعاقب عليه بمقتضى القانون، وإنما لا بد من خطأ يُمكن معه القول أن هذا الفعل أو الامتناع كان نابعاً من حالة نفسية أو فكرية منبوذة أخلاقياً أو اجتماعياً<sup>(3)</sup>.

انطلاقاً مما سبق، وللتمييز بين الجرائم التي تُرتكب على أنظمة المعلومات أو عبرها، سنتناول "جرائم الاعتداء على أنظمة المعلومات" في الفرع الأول، ثم نتقل للبحث في "الجرائم المرتكبة عبر أنظمة المعلومات" في الفرع الثاني من هذه الدراسة.

## الفرع الأول

### جرائم الاعتداء على أنظمة المعلومات

يُمثّل العنصر المادي للجريمة، الفعل الخارجي الذي تتجسد به، وهو عنصر ضروري وأساسي لأن القانون الجنائي لا يهتم بما يضره الإنسان، بل بما يظهر منه، وبمعنى آخر، فإن القانون لا يُعاقب على الفكر الجرمي، وإنما على الفكر الذي تجسد في صورة عمل جرمي<sup>(1)</sup>، فعن طريقه يتمّ الاعتداء على المصلحة المحمية قانوناً<sup>(2)</sup>، انطلاقاً من هنا،

(1) العنصر المعنوي يعني أنه لا بد لوجود الجريمة من عنصر شرعي يرتكز عليه الوجود القانوني لها، سناً لمبدأ "لا جريمة ولا عقاب بدون نص"، وقد دخل هذا المبدأ في التشريع الفرنسي إبان ثورة 1789 واتبعته تشريعات أكثر الدول، كما كرسته المادة التاسعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

رزق، فؤاد، الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، 1998، ص. 9.

(2) مروان بن مرزوق الروقي، القصد الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص. 35 - 36.

(3) فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، مرجع سابق، ص. 29.

(1) مرجع سابق ذكره، ص. 25.

(2) سمير عالية، الجرائم الإلكترونية في القانون الجديد رقم 2018/81 والمقارن، جريمة التواصل الإلكتروني والقواعد العقابية والإجرامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2020، ص. 72.

ستتناول بعض الجرائم التي تمثل اعتداءً على أنظمة المعلومات في التشريعين المصري والسوري.

أولاً: الدخول غير المشروع إلى منظومة معلوماتية:

يتحقق فعل الدخول إلى النظام، متى دخل الجاني إلى النظام كله أو جزء منه، وذلك متى كان مسموحاً للجاني بالدخول إلى جزء معين من البرنامج حيث تجاوزه إلى جزء آخر غير مسموح له بالدخول فيه<sup>(1)</sup>.

في الواقع، يمكن للسلوك الجرمي في جرائم الاعتداء على أنظمة المعلومات أن يتأتى عن فعل إيجابي ضار كالدخول غير المشروع إلى منظومة معلوماتية<sup>(2)</sup>، علماً أنه لا يُعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة، لذلك فإن الجريمة تقوم بمجرد توفر القصد الجنائي<sup>(3)</sup>، وهذا الدخول يُعدّ بمثابة نشاط ذهني يقوم به الجاني<sup>(4)</sup> ويُطلق عليه الدخول المنطقي، وهو يتضمن كافة الأفعال التي تسمح بالولوج إلى النظام المعلوماتي، والسيطرة على المعطيات التي يتكون منها، أو الخدمات التي يُقدمها، سواء تمثلت الوسيلة المستخدمة لذلك عبر استخدام كلمة السر الحقيقية غير المخوّل للجاني استخدامها، أو عبر لجوء الجاني

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 357.

(2) نصت المادة 11 من قانون الجريمة المعلوماتية في سوريا رقم 2022/20 على جريمة الدخول غير المشروع إلى منظومة معلوماتية، تقابلها المادة 14 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم 175 لسنة 2018.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 366.

(4) يُطلق على الذين يدخلون إلى أنظمة الحاسبات الآلية بدون تصريح لقب "القراصنة" أو "المخترقون"، ويُمكن تصنيفهم إلى صنفين، المخترقون والهواة، فالمخترقون عادةً ما يحملون درجات علمية عليا في مجال الكمبيوتر، ويكونون على دراية ببرامج التشغيل، ولديهم معرفة عميقة بخباياها والثغرات التي تتضمنها، فضلاً عن معرفتهم الواسعة بالشبكات، أما الهواة، فقد يكون حالاً درجة علمية، أو لديه هواية شديدة في البرمجة ونُظُم التشغيل، فهو يستخدم البرامج والتطبيقات الجاهزة، إلا أنه يطورها حسبما تقتضي حاجته، وقد يتمكن من كسر شيفراتها وبرامجها ليتم نسخها وتوزيعها: هشام المصري، الأمن المعلوماتي أحد الأعمدة الرئيسية للأمن القومي، مرجع سابق، ص. 126 - 127.

لبرنامج مخصص للدخول إلى أنظمة المعلومات، أو من خلال استخدامه لحساب شخص آخر مرخص له بالدخول، ويستوي أن يحصل هذا الدخول باستخدام حاسب آلي أو هاتف ذكي، أو غيرها من أجهزة الحوسبة، وهذا ما يُشكّل تجسساً بالمعنى التقليدي<sup>(1)</sup>، خاصةً عندما يتمكن الجاني من الإطلاع على المعلومات التي ظهرت على الشاشة ونقله إلى مشغله<sup>(2)</sup>، وحتى يقوم النشاط أو السلوك الإجرامي في هذه الجريمة، فيجب أن لا يكون نظام معالجة البيانات مفتوحاً أمام الجمهور، ذلك أن هذه الجريمة تفترض أنه لا يجوز دخول النظام سوى لأشخاص محددين<sup>(3)</sup>، حيث تتأتى عدم المشروعية من عدم إباحة الدخول للجاني إلى النظام أو البقاء فيه<sup>(4)</sup>.

ووفقاً للمشرع المصري، يستوي أن يكون الدخول غير المشروع عمداً أو بطريق الخطأ غير العمدي<sup>(1)</sup>، كما يمكن أن يتأتى عن فعل سلبي كامتناع الجاني من الخروج من المنظومة المعلوماتية بعد دخوله خطأ إليها<sup>(2)</sup>، مما يعني أن المشرع المصري قد نصّ

(1) يُقصد بالتجسس التقليدي في التشريع الجنائي الفرنسي بأنه السعي للحصول على الأخبار أو الوثائق السرية أو الخرائط العسكرية دون سبب قانوني أو إذن الجهة المسؤولة، وتسليمها إلى دولة أجنبية أو إفشاء الأسرار الاقتصادية عمداً (قانون العقوبات الفرنسي لعام 1934 الملغى): ضرغام جابر عطوش آل مواش، جريمة التجسس المعلوماتي، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2017، ص. 88.

(2) راجع: نجاة أبو شقرا، جرائم الإرهاب الإلكتروني في القانون اللبناني، مرجع سابق، ص. 194 - 195.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 358 وما يليها.

(4) اشترط المشرع السوري الوصول إلى المعلومات عن طريق الدخول، حيث نصّت المادة 15 من قانون مكافحة الجريمة الإلكترونية على أن يُعاقب بالغرامة من 20 ألف إلى مئة ألف ليرة سورية، كل من دخل قسداً، بطريقة غير مشروعة إلى جهاز حاسوبي أو منظومة معلوماتية أو موقع إلكتروني على الإنترنت دون أن يكون له الحق، أو يملك الصلاحية أو التصريح بالقيام بذلك.

(1) نصّت المادة 14 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري على أنه: "كل من دخل عمداً، أو دخل بخطأ غير عمدي وبقي بدون وجه حق، على موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي محظور الدخول عليه".

(2) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 79.

صراحةً على صورتَي الخطأ<sup>(1)</sup> (العمدي وغير العمدي) في السلوك المؤدي إلى الدخول غير المشروع على موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي محظور الدخول إليه، ولا فرق بالتالي بين الدخول غير المشروع وبين البقاء غير المشروع داخل النظام المعلوماتي بعد الدخول إليه بطريق الخطأ، أو عن طريق الصدفة من ناحية وجوب التجريم، ذلك أن كلاهما يؤدي إلى نتيجة جرمية واحدة تتمثل بوصول الجاني إلى نظام معلوماتي غير مُصرَّح له بالدخول إليه، ولأن المصلحة المحمية هي واحدة في الحالتين، وهي النظام المعلوماتي، وما يشمله من معلومات لا يجوز الوصول إليها إلا من خلال أشخاص لهم الحق في ذلك<sup>(2)</sup>، خاصةً وأن الدخول يُعدّ جريمة وقتية، وإن تخلّفت عنها بعض الآثار التي تستمر حيزاً من الزمن<sup>(3)</sup>.

أما المشرّع السوري، فقد اعتبر أن العنصر المادي يتكون من دخول أي شخص دخولاً غير مشروع دون أن يكون له الأحقية أو الصلاحية بذلك، أو صُرح له بالدخول من صاحب الحق بالجهاز الحاسوبي أو المنظومة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني أو حساب شخصي، بحيث يقوم الفاعل بنسخ البيانات أو المعلومات<sup>(1)</sup> أو التصاميم وب حذف أو تغيير

(1) عندما يقوم المشرّع بوضع تشريع جزائي خاص بالجرائم، فإن النصّ يعتمد إلى تحديد عناصر الجريمة وصورتها وجزائها، ففي هذه الحالة يجب التحري عما إذا كانت الجريمة مقصودة أو حصلت عن خطأ، وذلك من خلال تفسير عبارة النص وروحه: سميير عالية، الجرائم الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 77.

ورأت محكمة النقض المصرية أن تقدير الخطأ المستوجب مسؤولية مرتكبه، وتقدير توافر العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافره هو من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب، ما دام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة لها أصلها في الأوراق: منشور س 64 ص. 59، الطعن رقم 4307 لسنة 81 ق جلسة 2013/01/09، محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، ص. 24.

(2) نجاة أبو شقرا، جرائم الإرهاب الإلكتروني في القانون اللبناني، مرجع سابق، ص. 197.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 355.

(1) في الواقع، هناك فارق بين البيانات والمعلومات، فالمعلومات هي بيانات تمت معالجتها، أما البيانات فهي تلك التي لم تُعالج بعد، وعليه، فإن عُمر الشخص أو تاريخ ميلاده أو دراسته أو حالته



أو تشويهه، أو بتزييف (تغيير الأصل الحقيقي) أو استخدام أو إفشاء (نشر) البيانات أو المعلومات أو التصاميم البيانات أو المعلومات أو التصاميم من جهاز الحاسوب أو المنظومة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني التي تم الوصول إليها بدخول غير مشروع. وتعدّ هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يتمثل الركن المعنوي فيها في القصد الجنائي<sup>(1)</sup> العام بعنصره العلم والإرادة، ووفقاً للتشريع المصري، يتعيّن أن لا يكون من حق الجنائي الولوج إلى الموقع أو الحساب الخاص أو النظام المعلوماتي، أو إنه دخل بطريق الخطأ ولكنه يرفض الخروج منه رغم علمه بدخوله خطأً<sup>(2)</sup>، بحيث تتجه إرادة الجنائي إلى الدخول أو البقاء بعد الدخول الخاطئ<sup>(1)</sup>، في حين يكتفي التشريع السوري بعلم مرتكب الجريمة بأن ما يقوم به من سلوك هو دخول غير مشروع على جهاز حاسوبي أو منظومة معلوماتية أو موقع إلكتروني، واتجاه إرادته الحرة إلى القيام بذلك الدخول رغم ذلك، وبالتالي فلا عبرة للدخول الخاطئ من عدمه.

←

الاجتماعية هي بيانات، ولكن حين تُدوّن في استمارة تعارف فهي تُصبح معلومات، نظراً لكونها باتت تُنبئ عن حالة الشخص، فهي بمثابة معلومة وليست بيانات، ولذلك يُقال عن أنظمة الحاسب الآلي أنها تُظم معلومات وليست تُظم بيانات: عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، مرجع سابق، ص. 50.

(1) رأت محكمة النقض المصرية أن القصد الجنائي في جريمة السب والقذف يتوافر إذا كانت المطاعن الصادرة من الساب أو القاذف محشوة بالعبارات الخادشة للشرف والألفاظ الماسّة بالاعتبار، فيكون علمه عندئذٍ مُفترضاً، ومتى تحقق القصد فلا يكون محل للتحديث عن النقد المباح الذي هو مجرد إبداء الرأي في أمر أو عمل دون أن يكون فيه مساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجب العقاب عليه باعتباره مكوناً لجريمة السب أو القذف: الطعن رقم 22531 لسنة 88 ق جلسة 2019/02/05، محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، ص. 108.

(2) يُمكن أن يكون البقاء لاحقاً على دخول غير مشروع، وذلك في الفرض الذي لا يكون فيه الجنائي له الحق في الدخول إلى النظام، ويدخل إليه فعلاً ضد إرادة من له حق السيطرة عليهن ثم يبقى في النظام بعد ذلك، ويتحقق في هذا الفرض، التعدد المادي بين الجريمتين: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 361.

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 83.

أما من حيث العقوبة المقررة على الدخول غير المشروع إلى منظومة معلوماتية، وقد عاقب المشرع السوري على تجاوز حدود الدخول المشروع<sup>(1)</sup> وعلى الدخول غير المشروع<sup>(1)</sup> بموجب القانون رقم 2022/20 الذي أعاد تنظيم القواعد القانونية الجزائية

(1) نصّت المادة 11 من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية في سوريا على جريمة

تجاوز حدود الدخول المشروع بما يلي:  
 "أ - يعاقب بغرامة من (300,000) ل. س ثلاثمئة ألف ليرة سورية إلى (400,000) ل. س أربعمئة ألف ليرة سورية كل من دخل إلى نظام معلومات، أو موقع إلكتروني أو حساب شخصي بشكل مشروع فتجاوز حدود هذا الدخول، وتشدد العقوبة لتصبح الحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وغرامة من (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (700,000) ل. س سبعمئة ألف ليرة سورية إذا وقع التجاوز على نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو حساب شخصي عائد لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة.

ب - يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (700,000) ل. س سبعمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية إذا قام الفاعل بنسخ المعلومات التي وصل إليها، أو استخدمها، أو أفشاها، أو حذفها، أو قام بتعديلها، وتشدد العقوبة لتصبح السجن المؤقت من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات، وغرامة من (2,000,000) ل. س مليوني ليرة سورية إلى (3,000,000) ل. س ثلاثة ملايين ليرة سورية إذا كانت المعلومات عائدة لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة.

ج - يُعاقب بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات وغرامة من (3,000,000) ل. س ثلاثة ملايين ليرة سورية إلى (4,000,000) ل. س أربعة ملايين ليرة سورية إذا قام الفاعل بنسخ المعلومات التي وصل إليها وحذفها، وتشدد العقوبة لتصبح السجن المؤقت من خمس سنوات إلى سبع سنوات وغرامة من (4,000,000) ل. س أربعة ملايين ليرة سورية إلى (5,000,000) خمسة ملايين ليرة سورية إذا كانت المعلومات عائدة لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة".

(1) نصّت المادة 12 من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية في سوريا على جريمة

الدخول غير المشروع بما يلي:

"أ - يُعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من (300,000) ل. س ثلاثمئة ألف ليرة سورية إلى (400,000) ل. س أربعمئة ألف ليرة سورية كل من دخل بطريقة غير مشروعة إلى نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو حساب شخصي، وتشدد العقوبة لتصبح الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (700,000) ل. س سبعمئة ألف ليرة سورية إذا وقع الدخول على نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو حساب شخصي عائد ←

للجريمة المعلوماتية التي تضمنها المرسوم التشريعي رقم 17 للعام 2012. في حين قرر المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات عقوبة "الحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه، ولا تُجاوز مئة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمداً، أو دخل بخطأ غير عمدي وبقي دون وجه حق، على موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي محظور الدخول إليه"، ولم يكتفِ المشرع المصري بذلك، وإنما نص من خلال المادة 15 من القانون نفسه على أنه: "يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تُجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل إلى موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي مُستخدمًا حقاً مخولاً له، فتعدى حدود هذا الحق من حيث الزمان أو مستوى الدخول"، كما أشار من خلال المادة 34 من هذا القانون إلى تشديد العقوبات المقررة على هذه الجرائم، وجعل الفعل جنائية فيما لو وقعت هذه الجرائم "بغرض الإخلال بالنظام العام، أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، أو الإضرار بالأمن القومي للبلاد، أو بمركزها الاقتصادي أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة لأعمالها، أو تعطيل الدستور أو القوانين أو اللوائح أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي". مما يعني أن المشرع المصري قد وسّع من نطاق

←

لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة.

ب - يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية إلى (2,000,000) ل. س مليوني ليرة سورية إذا قام الفاعل بنسخ المعلومات التي وصل إليها، أو استخدمها، أو أفساها، أو حذفها، أو قام بتعديلها، وتشدد العقوبة لتصبح السجن المؤقت من خمس سنوات إلى سبع سنوات، وغرامة من (3,000,000) ل. س ثلاثة ملايين ليرة سورية إلى (4,000,000) ل. س أربعة ملايين ليرة سورية إذا كانت المعلومات عائدة لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة.

ج - يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وغرامة من (5,000,000) ل. س خمسة ملايين ليرة سورية إلى (6,000,000) ل. س ستة ملايين ليرة سورية إذا قام الفاعل بنسخ المعلومات التي وصل إليها وحذفها، وتشدد العقوبة لتصبح السجن المؤقت من سبع سنوات إلى عشر سنوات وغرامة من (6,000,000) ستة ملايين ليرة سورية إلى (7,000,000) ل. س سبعة ملايين ليرة سورية إذا كانت المعلومات عائدة لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة".

الحماية الجنائية<sup>(1)</sup> للأنظمة المعلوماتية الخاصة بالدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية، خاصةً عندما ساوى بين أن تكون هذه الأنظمة مملوكة منها أو تُدار بمعرفتها، لا سيما عندما اعتبر الفعل جنحة إذا اقتصر الدخول غير المشروع فقط إلى هذه الأنظمة، ورفعته إلى جناية إذا كان بقصد الاعتراض، أو نجم عنه نسخ للمعلومات أو إعادة نشرها أي إذاعتها<sup>(2)</sup>.

ثانياً: الاعتداء على البريد الإلكتروني:

يُعدّ البريد الإلكتروني مصدراً هاماً للأدلة الرقمية، وهو يتميز بكونه من أكثر خدمات الإنترنت شيوعاً، وبالسرعة في توفير خدمة الاتصال أو الاستقبال أو نقل المعلومة، فضلاً عن أن هذه الخدمة لا تتطلب اعتماد عناوين ثابتة جغرافية<sup>(3)</sup>، ولكن أحياناً، قد يتم اختراق البريد الإلكتروني، فيقوم المُخترق بإرسال بريد من حساب شخص آخر، ومن الضروري الإشارة إلى أن معظم المعلومات في ترويسة البريد الإلكتروني يُمكن التلاعب بها، ذلك أن تُضاف من قِبَل مخدمات أو ملقّحات البريد الإلكتروني المختلفة، والتي قد لا تكون جديرة بالثقة، وهذا ما ينطبق على جميع المعلومات الموجودة أسفل عنوان البريد الإلكتروني، لأنها تأتي مباشرةً من مخدم البريد المُرسَل، الذي يُمكن أن يكون تحت سيطرة المتهم<sup>(1)</sup>.

تُمكن خطورة الدخول إلى البريد الإلكتروني<sup>(2)</sup> من قِبَل شخص غير صاحبه، بكونه

(1) يُقصد بالحماية الجنائية إعداد التشريعات التي تكفل حماية المستندات والبيانات الإلكترونية من عبث الغير: عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص. 50.

(2) نجاة أبو شقرا، جرائم الإرهاب الإلكتروني في القانون اللبناني، مرجع سابق، ص. 222.

(3) عادل مسموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، ص. 144.

(1) محمود رجب فتح الله، شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 1013.

(2) اعتبر البعض أن فكرة البريد الإلكتروني قائمة على مبدأ تبادل الوثائق والملفات والرسائل الإلكترونية التي يتم إرسالها من شخص يُسمى المرسل إلى المرسل إليه/إليهم وذلك عبر عنوان البريد الإلكتروني: عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 11.

وقد عرّفه البعض بأنه "عبارة عن خط مفتوح على كل أنحاء العالم يستطيع الفرد من خلاله إرسال



يؤدي إلى فضح أسرار هذا الأخير على نحو قد يُصيبه بضرر بالغ، لا سيما وأنه يُستخدم كمستودع لحفظ الأوراق والمستندات الخاصة في صندوق البريد الخاص بالمستخدم، شرط أن يتم تأمين هذا الصندوق عن طريق التشفير وكلمات المرور وما شابه ذلك من أنظمة الحماية<sup>(1)</sup>.

فالسلوك المادي الجرمي يتمثل، استناداً للمادة 18 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري<sup>(2)</sup>، إلى إتلاف<sup>(1)</sup> أو تعطيل أو إبطاء أو اختراق له، أياً كانت الوسيلة التكنولوجية المستخدمة في هذا الاعتداء، أما المشرع السوري فقد ذهب باتجاه أكثر

←

واستقبال كل ما يريد من رسائل بالكتابة أو الصوت أو الصورة.. فهو عبارة عن وثيقة معلوماتية يحددها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة الاتصال": أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني لاستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص. 23.

وقد تبني المشرع الفرنسي تعريفاً محدداً للبريد الإلكتروني، حيث نصّ عليه في المادة الأولى من القانون رقم 575 الصادر في 21 حزيران 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي بأنه: " كل رسالة أياً كان شكلها، نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في الإعدادات أي التجهيزات النهائية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها".

(1) وهو في ذلك يُشبه موزع البريد الذي يستولي على خطابات القراء، ويطلع على الأسرار التي تحتويها، ويقوم بإذاعتها مما يسبب الضرر لأصحاب الشأن: عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، مرجع سابق، ص. 52.

(2) المادة 18 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم 175 لسنة 2018 المتعلقة بجريمة الاعتداء على البريد الإلكتروني أو الموقع أو الحساب الخاصة.

(1) الإتلاف هو تخريب الشيء موضوع الجريمة، وذلك بجعله غير صالح للاستعمال أو الانتفاع به، أو التقليل من منفعة، والإتلاف لا يخرج عن كونه فناء للشيء، أو جعله بحالة غير الحالة التي هو عليها، بحيث لا يُمكن الاستفادة منه وفقاً للغرض الذي وُجد من أجله، مما يعني أن جوهر الإتلاف هو إفقار المال المُتلف في منفعة أو صلاحيته للاستعمال في الغرض الذي وُجد من أجله، أو هو التأثير على مادة الشيء على نحو يُذهب أو يقلل من قيمته الاقتصادية عن طريق الانتقاص من كفاءته لأوجه الاستعمال المُعد لها: محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص. 645.

تحديداً عندما نصّ في المادة 17 على إرسال رسائل غير مرغوب<sup>(1)</sup> فيها والمعاقبة على هذا الفعل بغرامة من (100,000) ل. س مئة ألف ليرة سورية إلى (200,000) ل. س مئتي ألف ليرة سورية لكل من يقوم بإرسال رسالة أو معلومات عبر الشبكة إلى الغير مهما كان محتواها بشكل متكرر دون رغبة المتلقي في استلامها، وكان غير قادر على إيقافها أو أن إيقاف وصولها مرتبط بتحملة نفقة إضافية. ويتمثل العنصر المادي هنا من إرسال بريد إلى الغير (المتلقي)، دون استطاعة المتلقي إيقاف وصول هكذا بريد أو كان الإيقاف يكلف المتلقي النفقات.

وتعدّ هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يتمثل ركنها المعنوي في القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، فيلزم أن يكون الجاني عالماً أنه يقوم بالإتلاف أو تعطيل أو إبطاء موقع أو حساب خاص أو بريد إلكتروني، أو أنه يتسلل إليه مخترقاً له بدون وجه حق، ثم تتجه إرادته بالرغم من ذلك إلى ارتكاب فعل الإتلاف أو التعطيل أو الإبطاء أو

(1) كانت تُسمى بالبريد الواغل في قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية، وهو ما يعني وفقاً للفقرة السادسة عشرة من المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية في سوريا: "أي شكل من أشكال الرسائل مهما كان محتواها التي ترسل على الشبكة إلى الغير دون رغبة المتلقي في وصولها إليه".

يُعرف أيضاً البريد الواغل على الصعيد العالمي بما يُسمى "ببرامج الدودة"، وهي تعني تلك البرامج التي تستغل أي فجوات في نظام تشغيل الحاسب الآلي لتنتقل من حاسب إلى آخر، فتعمل على تغطية الشبكة بأكملها، تُحدث في النهاية أثارها التخريبية، وهي أثناء عملية انتقالها تتكاثر كالبكتيريا بإنتاج نسخاً منها، ومن أهم أهدافها شغل أكبر قدر ممكن من سعة الشبكة، ومن ثم تقليل أو خفض كفاءتها، وقد تعدى أهدافها لتبدأ بعد التكاثر والانتشار بالتخريب الفعلي للملفات والبرامج ونُظّم التشغيل وبروتوكولات الاتصال: عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والإنترنت، مرجع سابق، ص. 145. فالدودة المعلوماتية هي عبارة عن برنامج له القدرة على تعطيل أو إيقاف نظام الحاسب الآلي بصورة كاملة، وهو يستنسخ نفسه عدة مرات، وينتشر من خلال الوصلات الإلكترونية، ويُظهر معلومات غير صحيحة، تؤدي في النهاية إلى إغلاق النظام ومن ثم تلفه، ويتم الفيروس المعلوماتي بخاصية الانتقال والانتشار والتدمير: عبد الفتاح بيومي حجازي، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، دراسة متعمقة ومقارنة في جرائم الهاتف المحمول، شبكات الإنترنت والاتصالات، كسر شفرات القنوات الفضائية المدفوعة مقدماً، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص. 509.

الاختراق.<sup>(1)</sup> وقد أشار المشرّع المصري إلى توفر الظرف المشدد فيما إذا وقعت هذه الجريمة بغرض الإخلال بالنظام العام، أو الإضرار بالأمن القومي<sup>(2)</sup> للبلاد، أو تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح، أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي<sup>(3)</sup>. فيما يتعلق بالتشريع السوري<sup>(4)</sup>، فتعتبر هذه الجريمة من الجرائم الشكلية (جريمة الخطر المفترض) التي لا يتطلب فيها نتيجة أو ضرر، فهذه الجريمة يعاقب عليها بمجرد وقوعها وتحقق أركانها<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: الاعتراض غير المشروع للمعلومات والبيانات:

تختلف المعلومات عن البيانات بأن هذه الأخيرة هي عبارة عن المواد الخام التي

- (1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 128.
- (2) الأمن القومي هو الأمن في شتى صورته، سواء تعلّق الأمر بالأفراد أو الهيئات أو الدولة ذاتها، من أرض وشعب وحكومة، ويتم ذلك من خلال كافة سُبل الحماية للمحافظة على ذلك الأمن في شقيه المادي والمعنوي، وذلك في وقت السلم والحرب، وهو يُعبّر عن قدرة الدولة على تأمين استمرارية قوتها الداخلية والخارجية والعسكرية والاقتصادية، لمواجهة الأخطار التي تُهددها في الداخل والخارج: هشام المصري، الأمن المعلوماتي أحد الأعمدة الرئيسية للأمن القومي، مرجع سابق، ص. 61 - 62.
- (3) نصّت المادة 34 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم 175 لسنة 2018. على ما يلي: "إذا وقعت أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بغرض الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، أو الإضرار بالأمن القومي للبلاد أو بمركزها الاقتصادي أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة لأعمالها، أو تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي تكون العقوبة السجن المشدد.
- (4) وفقاً للفقرة ب/ من المادة الثانية من القانون رقم 2018/09 الصادر بتاريخ 2018/03/18 المتعلق بإحداث محاكم متخصصة بقضايا جرائم المعلوماتية في سوريا، تكون هذه الجرائم من اختصاص المحاكم البدائية سواء أكانت هذه الجرائم وفقاً للقواعد العامة من اختصاص محاكم البداية أم الصلح بما لا يتعارض مع أحكام الفقرة ب/ من المادة الخامسة من هذا القانون، فقد نصت الفقرة ب/ من المادة الخامسة من القانون رقم 2018/09 على أن: "تبقى جرائم المعلوماتية المرتبطة بجرائم تموينية أو مالية أو إرهابية أو متعلقة بأمن الدولة من اختصاص المحاكم الناظرة بها موضوعاً" ..
- (1) يُطلق عليها أيضاً جريمة السلوك المجرد؛ راجع: سمير عالية، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص. 249 وما بعدها.

تُساهم في تكوين المعلومات، في حين أن المعلومات هي عبارة عن مجموعة من البيانات، ولا يُمكن للإنسان أن يستوعب البيانات، في حين أنه يستطيع أن يستوعب المعلومات<sup>(1)</sup>. كما يُمكن تعريف البيانات بأنها الوقائع الثابتة في مجال ما، والتي يتم تسجيلها عن طريق الملاحظة، وهي بذلك تُمثل أساس التحليل والدراسة للباحث، ليتمكن من الوصول إلى معلومة أو أكثر، ومن ثم مصدر وجودها، فالبيانات هي المرحلة الأولية التي يتلقاها جامع المعلومة، في حين أن المعلومات هي مجموعة من الحقائق التي يُمكن استنتاجها من البيانات، فهي نتيجة لاحقة ومتعاقبة مع البيانات، لا يُمكن الحصول عليها إلا بعد معالجة البيانات، وبالتالي، فالمعلومات هي بيانات بعد إدخالها عملية المعالجة<sup>(2)</sup>.

ويُعدّ اشتراط وجود نظام معالجة البيانات أو نظام المعالجة الآلية للمعطيات، بمثابة الشرط الأول الذي يلزم تحققه حتى يتم بحث ما إذا كان هناك اعتداء على نُظُم المعالجة الآلية للبيانات من عدمه<sup>(1)</sup>، وعليه، فإن السلوك المادّي في جريمة "الاعتراض غير المشروع للمعلومات والبيانات"<sup>(2)</sup> يقوم على فعل مادّي قوامه تصدّي الجاني للمعلومات أو البيانات المتداولة عبر شبكة المعلوماتية أو أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها، عبر استخدام وسائل فنية تُمكنّ الجاني من اعتراض أو تصدّي محتوى البيانات عبر التنصّت أو التحكم أو مراقبة ما هو متداول عبر تسجيل الأحاديث أو نسخها أو تسجيلها أو إعادة

(1) وقد تم استخدام مصطلح "معلومات" للمرة الأولى عام 1581 من قِبَل جوزيف هنري، السكرتير العام لمؤسسة سيميفيسونيا، وذلك بعد زيادة الإنتاج الفكري الإنساني من المعلومات، ولوصف حجم المعلومات المنشورة والتي سُنشِر. وفي عام 1948، أقامت الجمعية البريطانية أول مؤتمر علمي بخصوص علم المعلومات، وفي العام 1950 تم إدراج مادة علم المعلومات في الخطة العلمية كمنهج دراسي، وفي قسم المكتبات والجامعات الأميركية كمادة رئيسية: محمود رجب فتح الله، شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في ضوء القانون المصري 175 لسنة 2018 - دراسة تحليلية مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص. 574.

(2) هشام المصري، الأمن المعلوماتي أحد الأعمدة الرئيسية للأمن القومي، مرجع سابق، ص. 23.

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 347.

(2) المادة 16 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم 175 لسنة 2018 المتعلقة بالاعتراض غير المشروع للمعلومات والبيانات.



توجيهها، وبالتالي إساءة استخدامها<sup>(1)</sup>. وهو يتمثل وفقاً للمادة 18 من قانون الجريمة المعلوماتية من الاعتراض أو الالتقاط أو التنصت بطريق غير مشروع<sup>(2)</sup>؛ معلومات متداولة على منظومة معلوماتية أو الشبكة، أو استخدام الخداع للحصول على معلومات شخصية أو سرية من أي مستخدم على منظومة معلوماتية أو أي مستخدم على الشبكة، ويقصد بالخداع استعمال شخص طرفاً احتيالية بقصد إيقاع شخص (المستخدم للمنظومة المعلوماتية أو الشبكة) آخر في غلط يدفعه إلى تسليمه معلومات شخصية أو سرية وذلك بإحدى وسائل تقانة المعلومات<sup>(3)</sup>.

وتُعدّ هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يقوم ركنها المعنوي على القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، ولقيام هذا الركن، يجب أن يكون الجاني عالماً بأنه يعترض أو يتصدى بدون وجه حق لكل ما هو متداول عن طريق الشبكة المعلوماتية وما في حكمها<sup>(1)</sup>، ويجب أن يعلم أن ما يقوم به من سلوك هو مناورات احتيالية<sup>(2)</sup> موجهة إلى

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 99.

(2) نصّت المادة 18 من قانون الجريمة المعلوماتية رقم 2020/20 على ما يلي:

"أ - يُعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة من (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية كل من اعترض أو التقط بوجه غير مشروع المعلومات المتداولة على نظام معلومات أو الشبكة، أو تنصت عليها باستخدام إحدى وسائل تقانة المعلومات.

ب - تُشدد العقوبة لتصبح السّجن المؤقت من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وغرامة من (2,000,000) ل. س مليوني ليرة سورية إلى (4,000,000) أربعة ملايين ليرة سورية إذا كانت المعلومات عائدة لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة".

(3) استعرنا مفهوم الخداع المذكور من قانون الموجبات والعقود اللبناني، راجع في تفصيل الخداع أو التدليس: محمد حسن قاسم، القانون المدني المصادر (العقد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 228 وما بعدها.

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 100.

(2) نصّت المادة 19 من قانون الجريمة المعلوماتية على الاحتيال المعلوماتي على أنه:

"أ - يُعاقب بالسّجن المؤقت من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وغرامة من (3,000,000) ل. س ثلاثة ملايين ليرة سورية إلى (5,000,000) ل. س خمسة ملايين ليرة سورية كل من استخدم وسائل تقانة المعلومات للاستيلاء احتيالياً على معلومات أو برمجيات أو مال منقول أو عقار أو سند

المستخدم دفعته إلى تسليم معلومات شخصية أو سرية، ويجب أن يرتبط العلم أعلاه بالإرادة الحرة لارتكاب السلوك المادي المكوّن للجريمة. وبعد أن قمنا بالإضاءة على بعض الجرائم التي تمثّل تعدياً على أنظمة المعلومات بالاستناد إلى القانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر، وقانون الجريمة المعلوماتية في سوريا، سنقوم بتناول موضوع الجرائم التي تُرتكب عبر أنظمة المعلومات، وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة، والذي سيكون تحت عنوان: " الجرائم المرتكبة عبر أنظمة المعلومات".

## الفرع الثاني

### الجرائم المرتكبة عبر أنظمة المعلومات

تعدّ الجرائم المرتكبة عبر أنظمة وتقنيات المعلومات من أخطر الجرائم الإلكترونية، وقد أثبتت بأنها نوع مُستجدّ من الجرائم التي يصعب ترويضها، لا سيما وأنها تتميز بنمطها الإجرامي الذي يُفرز أساليب جرمية لم يتمّ النصّ عليها في القوانين التقليدية، وبسرعة تحوّلها نظراً لارتباطها الوثيق بتطور تكنولوجيا المعلومات.<sup>(1)</sup> وقد عالج المشرعين المصري والسوري الجرائم المرتكبة عبر أنظمة المعلومات، في القانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر، وقانون الجريمة المعلوماتية في سوريا.

في الواقع، تُعدّ جرائم الأموال من المخاطر الجسيمة التي تواجه نظام الحكومة الإلكترونية، وتُعتبر التجارة الإلكترونية من أهم تطبيقاتها. فجرائم الأموال يُمكن أن تتم

←

يتضمن تعهداً أو إبراءً أو أي امتياز مالي آخر مملوكاً أو عائداً للغير عن طريق الشبكة.

ب - تُشدد العقوبة لتصبح السّجن المؤقت من خمس سنوات إلى سبع سنوات وغرامة من (5,000,000) ل. س خمسة ملايين ليرة سورية إلى (7,000,000) سبعة ملايين ليرة سورية إذا وقع الاحتيال على جهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة".

(1) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، مرجع سابق، ص. 395.

عبر سرقة المعلومات والأموال عن طريق القرصنة واختراق الشبكات، حيث يُمكن العبث بالبطاقات الممغنطة<sup>(1)</sup> وإساءة استعمالها للاستيلاء على أموال الغير، فضلاً عن اختراق الحسابات المصرفية لعملاء البنوك، والتلاعب في حساباتهم، وإجراء تحويلات وهمية إلى حسابات المخترقين أنفسهم<sup>(2)</sup>.

أولاً: جريمة الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكترونية:

فيما يتعلق "بجريمة الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكترونية"<sup>(3)</sup>، يقوم الركن المادي من خلال أي سلوك مادي يأتيه الجاني مستعيناً بالشبكة المعلوماتية، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات للتمكن من الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أو بطاقات البنوك أو غيرها من أدوات الدفع الإلكترونية<sup>(4)</sup>، هذا بالإضافة إلى استخدام تقنية رقائق الراديو اللاسلكية خلسة بهدف قراءة بيانات البطاقات البنكية

(1) تُعدّ بطاقات الائتمان بطاقات السحب، وبطاقات الشيكات، وبطاقات الوفاء، أمن أنواع البطاقات البلاستيكية الممغنطة، التي تُستخدم في أعمال الصرافة الإلكترونية، والتي يُمكن أن تتم من خلالها الجريمة، وهذه البطاقات منها ما هو محلي لا يتجاوز استعماله حدود الدولة التي صدر فيها، ومنها ما هو عالمي يُستخدم في كل دول العالم: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 548 وما يليها.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، مرجع سابق، ص. 317.

(3) المادة 23 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري.

(4) تُعد البطاقة الذكية من أدوات الدفع الإلكتروني، تتسم هذه البطاقة بأنها قوية ومتينة ومقاومة لعوامل التلف، ولا يتطلب انتقال البيانات أو المعلومات منها أو إليها تلامساً معدنياً كالبطاقات الذكية الأخرى، ذلك أن التجهيزات الإلكترونية مثبتة على سطح البطاقة، بينما التلف وخطر التلوث بسبب الكهرباء الساكنة يقل عندما تكون تجهيزات البطاقة ومكوناتها مُخبأ داخل البطاقة ذاتها. ومن خطورة استخدام هذا الكارت الذكي أنه له خاصية الاحتفاظ بملايين الدولارات مخزنة على القرص الخاص به، ومن ثم يُمكن بسهولة نقل هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التلفون المُعدّ لذلك، وبدون تدخل من أي بنك من البنوك، وبذلك يكون نظام الكارت بمنأى عن تدخل أو إشراف أو مراقبة أي جهة: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 165

وتصفحها واستخدامها، وسرقتها من المواقع التي تطلبها عند التسوق، والتجسس الرقمي القائم على سرقة بيانات البطاقة البنكية وكلمة السر الخاصة بها، وطبعها على بطاقة مماثلة واستخدامها، فضلاً عن النصب<sup>(1)</sup> عن طريق انتحال شخصية أحد المسؤولين بالبنك، أو استخدام البرامج الضارة التي تقوم بجمع تفاصيل البطاقات البنكية وكلمات المرور والملفات، واستخدام الآلات التي تقوم باستنساخ بيانات البطاقة البنكية وسرقتها عبر المواقع الإلكترونية المزورة<sup>(2)</sup>.

وقد أفرد المشرع السوري "الجريمة الاحتيال عن طريق الشبكة" المنصوص عليها في المادة 21 من القانون نفسه، عقوبة مشددة تتمثل بالاعتقال وغرامة مالية تصل إلى مليوني ليرة سورية، مما يعني أن المشرع قد جعل العقوبة جنائية (الاعتقال المؤقت من ثلاث سنوات إلى خمسة عشرة سنة)، شرط أن تتم الجريمة بأحد الحالات الآتية: تعدد المجني عليهم، وهم ثلاثة أشخاص فأكثر؛ مبلغ الضرر، وهو المبلغ المتجاوز مليون ليرة سورية؛ صفة المجني عليه: وهو إما المصرف أو مؤسسة مالية غير المصرف.

ثانياً: الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع:

يتشابه الركن المادي المطلوب في "جريمة الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكترونية"<sup>(1)</sup> مع جريمة "الاستعمال غير المشروع لبطاقات

(1) أي قيام الجاني أو من يقوم مقامه بحيازة المال محل الجريمة سواء أكانت هذه الحيازة تامة أو ناقصة أو مادية كما في اليد العارضة، ما دام تسليم المجني عليه للمال قد حدث نتيجةً للاحتيال: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2007، ص. 173. أو أن يقوم الجاني بالاستيلاء على مال الغير عن طريق استخدامه وسائل تدليس أو احتيال تضر بالمجني عليه، فتوقعه في غلط يقوم تحت تأثيره بتسليم ماله إلى الجاني: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 461.

(2) للمزيد حول هذا الموضوع راجع: بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، المرجع السابق، ص. 193 وما يليها.

(1) عرّفت المادة الأولى من القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية في سوريا البطاقة الإلكترونية بأنها: "أداة يصدرها شخص اعتباري، تمنح صاحبها حق الوصول إلى حسابه أو إحدى الخدمات الإلكترونية".

الدفع " التي نصّت عليها المادة 22 من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية في سوريا، والتي يتطلب الركن المادي فيها من استخدام الأجهزة الحاسوبية أو الشبكة للحصول دون حق على بيانات أو أرقام بطاقات دفع<sup>(1)</sup>، فضلاً عن القيام بتزوير<sup>(2)</sup> بطاقة الدفع، أو استعمال بطاقة دفع مزورة<sup>(3)</sup> أو مسروقة أو مفقودة في الدفع أو سحب النقود، وعليه فإن ما يقوم به الفاعل هو تحريف مفتعل للحقيقة في بيانات أو معلومات بطاقة دفع ويمكن أن ينجم عن ذلك ضرر مادي أو معنوي أو اجتماعي. ووفقاً للتشريع المصري، تُعدّ هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يقوم ركنها المعنوي على القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فضلاً عن ضرورة توافر قصد خاص يتمثل بأنما حصل ما عليه من معلومات وبيانات خاصة بالبطاقات البنكية هو بهدف الحصول على أو ما تقدمه تلك البطاقات من خدمات، وأنه يعلم كذلك أنه يستولي من خلالها على مال الغير، سواء لنفسه أو لغيره، أو على الخدمات التي تتيحها تلك البطاقات، ثم تتجه إرادته إلى إتيان السلوك المادي المحقق لهذه النتيجة<sup>(1)</sup>. أما فيما يتعلق بالتشريع السوري، العنصر المعنوي من القصد العام المتكون من العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الفاعل أنه يقوم بتحريف متعمد ناتج عن تصميم لحقيقة بطاقة دفع، وأن تتجه إرادته الحرة لذلك التحريف، وأن يحيط بالعلم حول استعماله بطاقة دفع مزورة أو مسروقة أو مفقودة في الدفع أو سحب النقود، وأن تتجه إرادته الحرة لذلك الدفع أو السحب، وتُعدّ هذه

(1) يقصد بطاقة الدفع: بطاقة ذات أبعاد قياسية تصدرها عادة المصارف أو المؤسسات المالية وما بحكمها وتستخدم في عمليات الدفع أو الائتمان أو سحب الأموال أو تحويلها عن طريق حساب أو محفظة مصرفية: الفقرة الثامنة والعشرين من المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية.

(2) التزوير هو تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد إثباتها بصك أو مخطوط يحتاج بهما يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي أو اجتماعي: راجع نص المادة 443 من قانون العقوبات السوري.

(3) يرى البعض أنه في حالة قيام الغير بتزوير بطاقة الائتمان وقام باستغلالها في سحب مبالغ من أجهزة السحب الآلي للنقود، يُعتبر سرقة باستخدام مفتاح مصطنع: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، مرجع سابق، ص. 177.

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 197.

الجريمة من الجرائم الشكلية (جريمة الخطر المفترض) التي لا يتطلب فيها نتيجة أو ضرر، فهذه الجريمة يعاقب عليها بمجرد وقوعها وتحقق أركانها، وقد عاقب عليها المشرع السوري بالحبس والغرامة المالية<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: جريمة اصطناع ونسبة موقع أو بريد إلكتروني أو حساب خاص لشخص طبيعي أو اعتباري

يتصل بشبكة الإنترنت مجموعة من المُخدّمات التي بإمكانها حفظ كميات كبيرة من البيانات، وقد اختص بعض أصحاب تلك المُخدّمات في إنشاء مواقع<sup>(1)</sup> على تلك الشبكة،

(1) نصّت المادة 22 من القانون رقم 20/2022 المتعلق بالجريمة المعلوماتية على ما يلي:

"أ - يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (2,000,000) ل. س مليوني ليرة سورية إلى (3,000,000) ل. س ثلاثة ملايين ليرة سورية كل من حصل دون وجه حق باستخدام وسائل تقانة المعلومات أو الشبكة على معلومات بطاقة إلكترونية.

ب - يُعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من (3,000,000) ل. س ثلاثة ملايين ليرة سورية إلى (4,000,000) ل. س أربعة ملايين ليرة سورية كل من قلّد أو زيف أو زوّر بطاقة إلكترونية.

ج - يعاقب بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات وغرامة من (4,000,000) ل. س أربعة ملايين ليرة سورية إلى (5,000,000) ل. س خمسة ملايين ليرة سورية كل من استعمل بطاقة إلكترونية مقلّدة أو مزيفة أو مزورة إذا أفضى الاستعمال إلى تحقيق منفعة مادية.

د - يُعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية إلى (2,000,000) مليوني ليرة سورية كل من استعمل بطاقة إلكترونية مفقودة أو مسروقة أو سلمت له على سبيل الحياة الناقصة إذا أفضى الاستعمال إلى تحقيق منفعة مادية."

(1) عُرّف الموقع في القانون العربي النموذجي الموحد المتعلّق بإساءة استخدام تقنية الحاسب الآلي بأنه: "مكان افتراضي على شبكة الإنترنت يسجل وفقاً للأسبوعية مع شركة مختصة". ومن خلال هذا الموقع يُمكن لصاحبه بثّ المادة التي يُريدها، إلا أن إنشاء الموقع على شبكة الإنترنت يقف وراءه جنود مجهولين تتحدد مسؤوليتهم القانونية، ومن هؤلاء متعهدي الوصول، ومتعهدي الإيواء، والمنتج، وناقل المعلومات، ومتعهد الخدمات، ومورد المعلومات، ومؤلف الرسالة. وهؤلاء الأشخاص يُطلق عليهم اسم "مقدمو الخدمات الوسيطة" في شبكة الإنترنت، ذلك أن تشغيل هذه الشبكة يتطلب مجموعة من الأشخاص القائمين على تشغيل هذه الشبكة، وذلك لأن الإنترنت عبارة عن أنشطة وأدوار متعددة في تشغيل أجهزة تخزين المعلومات وبثها وعرضها: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص. 77.

وذلك عبر اعتماد برمجيات مخصصة لهذه الغاية، مُستفيدين من إمكانياتها الضخمة لإنشاء الكثير من المواقع، بحيث أصبح بمقدور أي شخص، طبيعي أو معنوي، أن يُنشئ له موقعاً على شبكة الإنترنت، يستغله لإغراض خاصة به، وتتنوع الأغراض والأهداف من إنشاء تلك المواقع، وفق مصالح واهتمامات كلٍّ منهم<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلّق بجريمة "اصطناع ونسبة موقع أو بريد إلكتروني أو حساب خاص لشخص طبيعي أو اعتباري"، فقد نصّت عليها المادة 24 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري، ويتمثل الركن المادي فيها من فعل الاصطناع<sup>(2)</sup>، ومحلّه بريد إلكتروني أو موقع أو حساب خاص<sup>(3)</sup>، ونسبته زوراً لشخص طبيعي أو اعتباري عام، وتزوير البريد الإلكتروني بشكل مماثل للبريد الخاص بشخص طبيعي أو معنوي عام

(1) عادل مسموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، مرجع سابق، ص. 145 - 146.

(2) يعني الاصطناع إظهار الشيء من العدم، أو أعد شيئاً لم يكن موجوداً: بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 206.

(3) رأت محكمة النقض المصرية أن الأوراق المجحودة لا ينطبق عليها الوصف القانوني للورقة العرفية الصادرة عن آحاد الناس، فهي لقطات مطبوعة لشاشة إلكترونية هي تطبيق واتساب للتواصل الاجتماعي على شبكة المعلومات الدولية، ناظرت النيابة العامة أصلها بالتحقيقات بالإطلاع على هاتف الشاكية وتفريغ محتواها، كما ناظرهما الخبير الذي تظمن المحكمة لتقريره وتأخذ به، مما يكون معه جحد تلك المستندات على غير محل وترفضه المحكمة: محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، ص. 58.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض، رأت المحكمة أن هاتف المتهم متصل بشبكة الإنترنت هوائياً عن طريق راوتر متصل بخط التلفون الأرضي.. وبفحص الهاتف تبين أنه يفتح تلقائياً على الحساب محل الواقعة.. وأقر المتهم بأنه خاص به وبأنه هو مُنشئ ذلك الحساب.. ويضحي الدليل المستمد من تلك الإجراءات صحيحاً وتعول عليه المحكمة بدليل صحيح في الدعوى مع باقي الأدلة فيها، إذ أن الأدلة في المواد الجنائية متساندة يُكَمّل بعضها بعضاً، ومنها مجتمعة تكوّن عقيدة القاضي، فلا يُنظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقي الأدلة، بل يكفي أن تكون الأدلة في مجموعها كوحدة مؤدية إلى ما قصده الحكم منها ومنتجة في اكتمال اقتناع المحكمة واطمئنانها إلى ما انتهت إليه: محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، ص. 59.

والعمل على إرسال رسائل مسيئة منه. وقد شدد المشرع العقاب على هذه الجريمة في صورة "الجنحة المشددة" في حالة استخدام الجاني للبريد الإلكتروني أو الحساب الخاص أو الموقع المزور في امر يُسيء إلى الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي نُسب إليه، كما شدد المشرع العقاب على هذه الجريمة في صورة "الجنائية" إذا ما وقعت الجريمة على أحد الأشخاص الاعتبارية العامة كالدولة<sup>(1)</sup>، وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يقوم ركنها المعنوي على القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، هذا بالإضافة إلى أن هذه الجريمة تتطلب قصداً في صورتها المشددة فيما لو وقع الاعتداء على شخص اعتباري عام.

أما المادة 13 من قانون الجريمة المعلوماتية في سوريا، فقد نصّت على جريمة "شغل اسم موقع إلكتروني" دون رضا صاحبه، ويتمثل العنصر المادي في هذه الجريمة من شغل (الاستفادة) اسم موقع إلكتروني دون علم صاحب الاسم، أو الحد من قدرة مالك نطاق على الإنترنت على التحكم به، ويقصد بالنطاق على الإنترنت: زمرة من أسماء المواقع الإلكترونية على الإنترنت تخضع لسلطة إدارية واحدة وتندرج تحت اسم واحد هو اسم النطاق. يتكون العنصر المعنوي من القصد العام المتكون من العلم والإرادة، فيجب أن يعلم مرتكب الجريمة أنه يشغل اسم موقع إلكتروني أو يحد من القدرة التحكيمية لمالك نطاق على الإنترنت للغير دون علمه أو إذنه، ويجب أن تتجه إرادته الحرة إلى القيام بهذا الفعل. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجريمة من الجرائم الشكلية (جريمة الخطر المفترض) التي لا يتطلب فيها نتيجة أو ضرر، فهذه الجريمة يعاقب عليها بمجرد وقوعها وتحقق أركانها، وقد عاقب عليها المشرع السوري بالحبس والغرامة المالية<sup>(1)</sup>.

(1) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، المرجع السابق، ص. 209

(1) نصّت المادة 13 من قانون الجريمة المعلوماتية 2022/20 على ما يلي:

" أ - يُعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وغرامة من (300,000) ل. س ثلاثمئة ألف ليرة سورية إلى (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية كل من شغل اسم موقع إلكتروني دون رضا صاحبه.

ب - تُشدد العقوبة لتصبح الحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية إلى (2,000,000) مليوني ليرة سورية إذا كان الموقع الإلكتروني عائداً لجهة عامة أو مصرف أو مؤسسة مالية مشتركة أو خاصة. "



وحيث أن التشريعات المتعلقة بمكافحة جرائم تقنية المعلومات قد جاءت في معظمها قاصرة عن احتواء كافة الجرائم التي يُمكن أن تتم عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، لذلك فقد اعتمدت بعض الدول النهج القائم على تطوير النصوص الخاصة بالجرائم التقليدية مع الجرائم الإلكترونية المستحدثة، عبر إجراء التعديلات على نصوص قانون العقوبات المطبق لديها، بحيث يُصبح قابلاً للتطبيق على الجرائم المستحدثة، وذلك بعد تحديث النصّ القائم. ويتميز هذا النهج بسرعة التعديل وإجراء ما يلزم من إضافات، وعدم تطلبه الكثير من الجهد والتكلفة، إذ يكفي أن تقوم المبادرة من جهة معينة، قضائية أم غير قضائية، لإعداد النصّ البديل عن النص المقترح تعديله، وعرضه على السلطة التشريعية، وتعديله دون سواه من نصوص قانون العقوبات، ويؤخذ على هذا النهج أنه يبقى قاصراً عن تحقيق المطلوب، وعدم استطاعته استيعاب كافة الجرائم الإلكترونية، وخلوّه من الإحاطة بكافة المستجدات والتحديات الماثلة في هذا النوع من الجرائم<sup>(1)</sup>.

وكانت سوريا قد بدأت، وبعد مرور ما يقارب العشر سنوات على إقرار القانون المتعلق بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية الصادر بالمرسوم رقم 17 تاريخ 2012/2/8، بتكييف نصوص قانون العقوبات على الأفعال الجرمية المستجدة باستعمال الوسائل المعلوماتية، وذلك قبل إقرار القانون رقم 2022/20 المتعلق بالجريمة المعلوماتية.

حيث كان يُعاقب كل من ينشر أخباراً كاذبة وملفقة تهدف إلى زعزعة الثقة بالعملة الوطنية والتي تمّ النص عليها بموجب المادة 309 من قانون العقوبات السوري<sup>(1)</sup> التي تعاقب بالحبس من 6 أشهر لثلاث سنوات وبالغرامة المالية، ويتكون العنصر المادي في هذه الجريمة من الوقائع الملفقة والمزاعم الكاذبة التي تهدف إلى زعزعة الثقة في متانة

(1) عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، مرجع سابق، ص. 384 - 385.

(1) نصت المادة 309 من قانون العقوبات السوري على ما يلي: "من أذاع بإحدى الوسائل المذكورة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الـ 208 وقائع ملفقة أو مزاعم كاذبة لإحداث التدني في أوراق النقد الوطنية أو لزعزعة الثقة في متانة نقد الدولة وسنداتها وجميع الأسناد ذات العلاقة بالثقة المالية العامة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من مائتين وخمسين ليرة إلى ألف ليرة.

نقد الدولة وأسنادها وسنداتها، وعليه يتمثل السلوك المادي في هذه الجريمة من الوقائع المملفة والمزاعم الكاذبة التي تهدف إلى زعزعة الثقة في متانة نقد الدولة وأسنادها وسنداتها، وعليه يتمثل السلوك المادي بنشر هذه الوقائع عبر مواقع التواصل الاجتماعي في زمن الحرب، في حين يتكون العنصر المعنوي من القصد العام المتكون من العلم والإرادة، فيجب أن يعلم مرتكب الجرم أنه يقوم ببث الوقائع المملفة، وأن من شأن بث هذه الأكاذيب أن تثير القلق والذعر في نفوس المواطنين.

وقد تنبه المشرع السوري إلى مدى خطورة نشر الأخبار الكاذبة التي تهدف إلى زعزعة الثقة بالعملة الوطنية، فاستحدث المادة 29 في قانون الجريمة المعلوماتية والتي باتت تعاقب بالسجن المؤقت من أربع سنوات إلى خمس عشرة سنة وغرامة من (5,000,000) ل. س خمسة ملايين ليرة سورية إلى (10,000,000) ل. س عشرة ملايين ليرة سورية كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو صفحة إلكترونية أو نشر محتوى رقمياً على الشبكة بقصد إحداث التدني أو عدم الاستقرار أو زعزعة الثقة في أوراق النقد الوطنية أو أسعار صرفها المحددة في النشرات الرسمية.

هذا بالإضافة إلى معاقبة إذاعة الأخبار الكاذبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي في زمن الحرب، وذلك بالاستناد إلى المادة 286 من قانون العقوبات السوري<sup>(1)</sup> والتي تنص على معاقبة كل من أذاع في سوريا زمن الحرب أنباء يعرف أنها كاذبة أو مبالغ فيها من شأنها أن توهن نفسية الأمة بالأشغال الشاقة المؤقتة، والمادة 287 من القانون نفسه<sup>(1)</sup> والتي تنص على عقوبة بالحس ستة أشهر على الأقل وبالغرامة على "كل سوري يذيع في

(1) نصت المادة 286 من قانون العقوبات السوري الصادر بموجب القانون رقم 148/1949، تاريخ 1949/01/01 والمنشور بالتاريخ ذاته، والمعدل بموجب المرسوم التشريعي رقم 1 لعام 2011 على ما يلي: " يستحق العقوبة نفسها (أي الاعتقال المؤقت) من نقل في سورية في الأحوال عينها (أي في زمن الحرب أو عند توقع نشوبها) أنباء يعرف أنها كاذبة أو مبالغ فيها من شأنها أن توهن نفسية الأمة، وإذا كان الفاعل يحسب هذه الأنباء صحيحة فعقوبته الحبس ثلاثة أشهر على الأقل".

(1) نصت المادة 287 من قانون العقوبات السوري على أن: " كل سوري يذيع في الخارج وهو على بينة من الأمر أنباء كاذبة أو مبالغ فيها من شأنها أن تنال من هيبة الدولة أو مكائنها المالية يعاقب بالحبس ستة أشهر على الأقل وبغرامة تتراوح بين مائة وخمسمائة ليرة، ويمكن المحكمة أن تقضي بنشر الحكم.

الخارج أنباء كاذبة من شأنها أن تنال من هيبة الدولة داخل البلاد أو خارجها"، وعليه، فإن العنصر المادي في هذه الجريمة يتكون من الأخبار الكاذبة أو المبالغ فيها التي توهن نفسية الأمة، وهو يتمثل بنشر هذه الأخبار الكاذبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي في زمن الحرب.

وقد تضمن قانون "الجريمة المعلوماتية" لعام 2022 مواداً من شأنها معاقبة كل ما ينال من هيبة الدولة<sup>(1)</sup>، فضلاً عن تناول جريمة الذم الإلكتروني<sup>(2)</sup>، والقدح أو التحقير الإلكتروني<sup>(1)</sup>، وانتهاك الخصوصية<sup>(1)</sup>، هذا بالإضافة إلى تناول مسألة "العلنية"<sup>(2)</sup> وغيرها

(1) نصّت المادة 22 من قانون الجريمة المعلوماتية في سوريا لعام 2021 على ما يلي: "يعاقب بالسجن المؤقت من 3 - 5 سنوات وغرامة من 2 - 4 ملايين ليرة، كل من قام بإحدى وسائل تقانة المعلومات بنشر أخبار كاذبة على الشبكة من شأنها النيل من هيبة الدولة أو المساس بالوحدة الوطنية وإثارة الرأي العام".

(2) نصّت المادة 24 من قانون الجريمة المعلوماتية على ما يلي:  
"أ - يُعاقب بغرامة من (200,000) ل. س مئتي ألف ليرة سورية إلى (300,000) ل. س ثلاثمئة ألف ليرة سورية كل من قام بإحدى وسائل تقانة المعلومات بدم أحد الناس بشكل غير علني باستخدام الشبكة.

ب - يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من (300,000) ل. س ثلاثمئة ألف ليرة سورية إلى (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية كل من قام بإحدى وسائل تقانة المعلومات بدم أحد الناس بشكل علني على الشبكة، وتشدد العقوبة لتصبح الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة من (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية إذا اقترف الذم بحق المكلف بعمل عام أثناء ممارسته لعمله أو بسببه.

(1) نصّت المادة 24 من قانون الجريمة المعلوماتية على ما يلي:  
أ - يعاقب بغرامة من (100,000) ل. س مئة ألف ليرة سورية إلى (200,000) ل. س مئتي ألف ليرة سورية كل من قام بإحدى وسائل تقانة المعلومات باقتراف القدح أو التحقير بأحد الناس بشكل غير علني باستخدام الشبكة.

ب - يعاقب بالحبس من عشرة أيام إلى شهرين وغرامة من (200,000) ل. س مئتي ألف ليرة سورية إلى (300,000) ل. س إلى ثلاثمئة ألف ليرة سورية كل من قام بإحدى وسائل تقانة المعلومات باقتراف القدح أو التحقير بأحد الناس بشكل علني على الشبكة، وتشدد العقوبة لتصبح الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من (300,000) ل. س ثلاثمئة ألف ليرة سورية إلى (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية إذا اقترف القدح أو التحقير بحق المكلف بعمل عام

←

من أشكال الجريمة المعلوماتية التي أحسن المشرع السوري بضمها إلى أشكال السلوك الإجرامي المرتبط بالمعلومات ونظم المعلومات.



←

أثناء ممارسته لعمله أو بسببه. "

- (1) نصّت المادة 21 من قانون الجريمة المعلوماتية على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من (500,000) ل. س خمسمئة ألف ليرة سورية إلى (1,000,000) ل. س مليون ليرة سورية كل من قام بواسطة إحدى وسائل تقانة المعلومات بنشر معلومات على الشبكة تتعلق بالخصوصية من دون رضا صاحبها حتى لو كانت صحيحة. "
- (2) اعتبرت المادة 30 من قانون الجريمة المعلوماتية في سوريا لعام 2021 أنه "يُعد من وسائل العلنية المنصوص عليها في قانون العقوبات ما يلي: أ - التواصل على الشبكة. ب - مجموعة المراسلات الجماعية عبر الشبكة التي تضم أكثر من شخصين. ج - الإرسال عبر الشبكة لشخصين أو أكثر".

## الخاتمة

الجرائم المعلوماتية هي جرائم هادئة لا تحتاج إلى ممارسة العنف لتحقيق أهدافها، وإنما هي عبارة عن بيانات وأرقام تتبدل أو تُمحى من سجلاتها الرقمية بفعل اعتداء لا يترك في الغالب أي أثر ملموس كما هو الحال في الجرائم التقليدية، الأمر الذي يجعل من مواجهتها أمراً معقداً وتكتفه العديد من الصعوبات.

في الواقع، لم يكن المشرع المصري والمشرع السوري بعيدان عن الثورة العلمية والتكنولوجية التي سادت في العالم، فعملاً على وضع القوانين المتعلقة بمكافحة الجرائم المعلوماتية واجتهدا في تحديدها وتفصيلها ووضع الجزاءات الخاصة بها.

ومن هنا لا بد من الإشارة إلى مجموعة من النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا هذه:

النتائج:

1. كشفت هذه الدراسة مدى الاختلاف بين الجرائم التي تتم في صورتها التقليدية، وبين الجرائم المعلوماتية سواء من ناحية الآلية أو الوسيلة التي تتم فيها، أو من ناحية التبدل في هوية المجرم عليه، وكذا من ناحية الاختصاص القضائي المكاني الذي يفرضه كون الجرائم المعلوماتية هي جرائم عابرة للحدود ولا تعترف بالحدود الإقليمية للدول.
2. إن النصوص التقليدية غير كافية لمنح الحماية القانونية في مجال الجرائم المعلوماتية، لا سيما وأن السلوكيات والوسائل المستخدمة في ارتكاب الجرائم في تطور مستمر، مما يفترض مواكبة مستمرة من المشرع لسدّ النقص التشريعي.
3. لقد اجتهد المشرعان المصري والسوري في تحسين قواعد مكافحة الجريمة المعلوماتية وملاحقة التطور التكنولوجي، ذلك إن اعتماد الوسائط الإلكترونية لم يعد خياراً بل أصبح واقعاً.
4. كشفت هذه الدراسة أن مكافحة الجريمة المعلوماتية تستمد أساسها التشريعي من قانون العقوبات الذي يتم الرجوع إليه في كل مرة يغيب فيها النص الخاص.
5. كشفت هذه الدراسة أن موضوع مكافحة الجريمة المعلوماتية لم يتم دفعة واحدة في سوريا وإنما أدخل بالتدرج، وذلك بدءاً من وضع القانون الخاص بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية في سوريا في العام 2012، ومروراً بالتحديثات المتعلقة بالقانون رقم 9 لعام 2018 تاريخ 2018/03/18 القاضي بإحداث

محاكم متخصصة بقضايا جرائم المعلوماتية والاتصالات، ووصولاً إلى تطويع بعض قوانين العقوبات لتتلاءم مع التطور المعلوماتي المتسارع ولتتوافق مع ظروف الحرب التي تعيشها سوريا، وأخيراً إقرار قانون الجريمة المعلوماتية لعام 2022 والذي يتوافق مع تطور الخدمات الإلكترونية وما يقابلها من ضرورة تطوير الحماية القانونية لها، والتي تمثلت بتشديد العقوبات المفروضة على مرتكبي الجرائم المعلوماتية، وزيادة أشكال السلوك الإجرامي المرتبط بالمعلومات ونظم المعلومات.

6. إن التشريعات التي سنّها المشرّع المصري والسوري، والمتعلقة بالجرائم المعلوماتية وكيفية مكافحتها، لا تستقيم دون تطبيق فعلي، خاصةً مع ندرة الاجتهادات القضائية الخاصة بهذه الجرائم.

#### التوصيات:

1. ندعو المشرّعين السوري والمصري إلى العمل على تطوير الخبرات التقنية الهادفة إلى الكشف عن الجرائم المعلوماتية واستخراج الأدلة الرقمية وتحليلها.
2. نوصي المشرّعين المصري والسوري بالعمل على تعزيز التعاون الإقليمي الهادف إلى تبادل المعلومات والكشف عن المجرمين وتسليمهم.
3. ندعو المشرع المصري إلى إقرار مشروع القانون الذي يهدف إلى تعديل بعض أحكام القانون رقم 175 لسنة 2018، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، لا سيما تلك المتعلقة بتحديد عناصر الأفعال المجرمة بكثير من العناية، وكذا حماية البيانات والمعلومات الشخصية، من استغلالها استغلالاً يسيء إلى أصحابها، وخاصة في ظل عدم كفاية النصوص التجريبية التقليدية المتعلقة بحماية خصوصيات الأفراد وحرمة حياتهم الخاصة في مواجهة التهديدات والمخاطر المستحدثة باستخدام تقنية المعلومات.
4. ندعو المشرّعين المصري والسوري إلى العمل على فرض الرقابة على استيراد الآلات والأدوات التي يُمكن الاستعانة بها لتنفيذ الجرائم المعلوماتية.
5. نوصي المشرّعين المصري والسوري بالعمل على تدريب القضاة والموظفين في المحاكم والمحامين وتأهيلهم ليتمكنوا من مواكبة هذا النظام المتطور.

## المراجع

أولاً: القواميس وكتب اللغة:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، الجزء 12، صادر للطباعة، بيروت، 1990.
  - 2- إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة، 1407 هـ - 1987 م، حققه أحمد عبد الغفور عطار، الجزء الخامس.
  - 3- أ. و. حداد، قاموس مصطلحات المعلوماتية، مكتبة لبنان، 1987.
  - 4- بطرس البستاني، مُحيط المُحيط، قاموس مُطوّل للغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت 1983.
  - 5- محمد بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت 1982.
- ثانياً: المراجع العامة:
- 1- أحمد توفيق، النظرية العامة للإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، 2016.
  - 2- الأمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة - دار الفكر العربي، غير مذكور تاريخ النشر.
  - 3- سمير عاليه، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2010.
  - 4- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مُقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت، الجزء الأول، غير مذكور سنة النشر.
  - 5- عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، دمشق، 2014.
  - 6- فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، 1998.
  - 7- محمد حسن قاسم، القانون المدني، المصادر (العقد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
  - 8- محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية -

القاهرة - الطبعة الرابعة، 1977.

9- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

ثالثاً: المراجع المتخصصة:

1. أحمد عيسى نعمة الفتلاوي، الهجمات السيبرانية، دراسة قانونية تحليلية بشأن تحديات تنظيمها المعاصر، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2018.
2. بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات، القانون رقم 175 لسنة 2018، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2019.
3. جنان فايز الخوري، الجرائم الاقتصادية الدولية والجرائم المنظمة العابرة للحدود، المنشورات الحقوقية صادر، 2009.
4. سمير عالية، الجرائم الإلكترونية في القانون الجديد رقم 2018/81 والمقارن، جريمة التواصل الإلكتروني والقواعد العقابية والإجرامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2020.
5. صدام حسين ياسين العبيدي، جرائم الإنترنت وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
6. ضرغام جابر عطوش آل مواش، جريمة التجسس المعلوماتي، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2017.
7. عادل مشموشي، جرائم المعلوماتية وتحديات مسارحها الافتراضية، أدواتها الإلكترونية، أساليبها التقنية، مقتضياتها التشريعية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2019.
8. عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية، دراسة تأصيلية مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، 1439 هـ - 2017 م.
9. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، دراسة معمقة في القانون المعلوماتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
10. عبد الفتاح بيومي حجازي، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، دراسة متعمقة ومقارنة في جرائم الهاتف المحمول، شبكات الإنترنت



- والاتصالات، كسر شفرات القنوات الفضائية المدفوعة مقدماً، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.
11. عبد الفتاح بيومي حجازي، نحو صياغة نظرية عامة في علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009.
12. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
13. عبود السراج، الجريمة والقانون، جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، مجلة الحقوق والشريعة، المجلد الثاني، العدد الثاني، 1978.
14. علي عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.
15. عصام عبد الفتاح مطر، التشريعات الإلكترونية الدولية والعربية - جرائم الكمبيوتر والإنترنت - أمن المعلومات، الملكية الفكرية الرقمية - حماية المستهلك، دراسة تفصيلية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010.
16. عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2007.
17. علي جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2013.
18. علي محمد كاظم الموسوي، المشاركة المباشرة في الهجمات السيبرانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2019.
19. كاميران عزيز حسن، الجهود الدولية في مواجهة الجرائم السيبرانية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2021.
20. مروان بن مرزوق الروقي، القصد الجنائي في الجرائم المعلوماتية، دراسة تأصيلية مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 1434 هـ، 2013 م.
21. محمود رجب فتح الله، شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في ضوء القانون المصري 175 لسنة 2018 - دراسة تحليلية مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
22. مصطفى العوجي، دروس في العلم الجنائي، الجزء الثاني، السياسة الجنائية

- والتصدي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017.
23. نجاة أبو شقرا، جرائم الإرهاب الإلكتروني في القانون اللبناني - دراسة مقارنة - المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى، 2021.
24. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، 1992.
25. هشام المصري، الأمن المعلوماتي أحد الأعمدة الرئيسية للأمن القومي، اختراقه - احتوائه، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2019.
26. يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، قانون الكمبيوتر، منشورات اتحاد المصارف العربية، ط. 1، 2001.
27. منى جاسم الكواري، جريمة التزوير الإلكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، الطبعة الأولى، 2014.
28. محكمة النقض المكتب الفني المجموعة الجنائية، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في جرائم الاتصالات، إعداد القاضي إبراهيم خليل الخولي والقاضي وليد كامل، مصر، 2021.
29. محمد يوسف ياسين، المطبوعات في اجتهاد محكمة التمييز الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:

1. <https://www.ul.edu.lb>

الفهرس:

- المطلب الأول: مفهوم الجرائم المعلوماتية ونطاق تطبيقها
- الفرع الأول: الجرائم المعلوماتية في اللغة والاصطلاح والقانون
- الفرع الثاني: نطاق تطبيق قوانين مكافحة الجرائم المعلوماتية
- المطلب الثاني: الجرائم المعلوماتية الخاصة بأنظمة وتقنيات المعلومات
- الفرع الأول: جرائم الاعتداء على أنظمة المعلومات
- الفرع الثاني: الجرائم المرتكبة عبر أنظمة المعلومات

## الملخص

أسفرت الثورة التكنولوجية المتسارعة في العالم إلى تطور الوسائل التي تتم من خلالها الجرائم، الأمر الذي أخرجها من إطارها التقليدي المتعارف عليه، وأظهرها في شكل جديد لم يكن معروفاً من قبل، وهذا التطور في استخدامات الفضاء الرقمي بات يرافقه سلوك غير مشروع مرتبط بغايات متعددة نتيجةً لعدم اعتراف الجرائم المعلوماتية بالقيود الجغرافية وانفتاحها على الأفق العالمي، مما يثير العديد من التحديات في مواجهة هذا السلوك غير المشروع.

في الواقع، إن الفهم الحقيقي للصبغة العلمية التي تحيط بموضوع الجرائم الإلكترونية، ومحاولة ربطها مع الجوانب القانونية للجريمة لبناء إطار قانوني خاص بها، يثير العديد من الصعوبات التقنية والقانونية التي تتمثل بحداثة الموضوع وافتقار التشريع إلى التطبيقات القضائية، خاصةً وأن الثورة المعلوماتية والفضاء الإلكتروني باتا يُشكلان بيئة خصبة للجرائم المعلوماتية، مما يستلزم إدراك الإطار التقني للوسائل التكنولوجية الحديثة وربطه بالقوانين العامة المتعلقة بمكافحة الجرائم المعلوماتية، خاصةً وأن هذه الجرائم باتت واقعاً مستجداً يفرضه التوسع في وسائل ارتكابها والتبدل في هوية المجني عليه، وحيث أن مكافحتها يتطلب بيان مفهومها، وتوضيح أطر التصدي لها، وطرق ملاحقتها وتبيان العقوبة المقررة لها، لذلك سنقوم بتناول موضوع الجرائم المعلوماتية في سوريا ومصر عبر تسليط الضوء على الجهود المبذولة لمكافحتها وبيان نقاط التقارب والاختلاف بين القانون الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر، وقانون الجريمة المعلوماتية في سوريا.

### پوخته

خیرابوونی شورشی تهکنهلوژی له جیهاندا بووته هوی پهرسهندنه هوی نامرانهی که له ریگهیانوهه تاوانهکان نهجام ددرین، که له چوارچیوهی تهقلیدی خوی دهریهیناوه، و به فورمیکی نوئ ئاشکرای کردوه که پیشتر پیی نهاسرابوو، هم پهرسهندنه له بهکارهینانهکانی فهزای دیجیتالیدا لهگهل رهفتاری نایاساییدا بهستراوتهوه به چند نامانجیکهوه له نهجامی دانپندانهانی تاوانه زانیاریبهکان به سنووردارکردنی جوگرافی و کرانهوهی بهره ئاسویی جیهانی، که بوته هوی وروژاندنی زوریک ئالنگاری له پروبهرووبونهوهی هم رهفتاره نا دروسته.

له راستیدا تیگهیشتنی راستهقینه لهو شیوازه زانستییهی که دوری که دوری بابهتی تاوانی ئهلیکترونی داوه، ههروهها ههولدان بو بهستنهوهی به لایهنه یاساییهکانی تاوانهکوه بو هوهی چوارچیوهیهکی یاسایی بو بنیت، چهندين گرفتی تهکنیکی و یاسایی دوروژینیت که تازهیی بابهتهکه و نهیوونی بهکارهینانی دادوهی له یاساداناندا نوینهرایهتی دهکن، بهتایبهتی که شورشی زانیاری و فهزای ئهلیکترونی بوته ژینگهیهکی بهپیت بو تاوانهکانی زانیاری، که پیویست به تیگهیشتن له تاوانهکانی زانیاری دهکات چوارچیوهی تهکنیکی نامراره تهکنهلوژییه مؤدیرنهکان و بهستنهوهی به یاسا گشتیهکانی پهیهست به بهرنگار بوونهوهی تاوانهکانی زانیاری، به تاییهت که هم تاوانانه بوونهته واقیعیکی نوئ، به فراوانکردنی نامرارهکانی نهجامدانی و گورینی ناسنامهی قوربانیهکه، بهجوریک که بهرنگار بوونهوهی پیویستی به پروونکردنهوهی چهکهکهی و پروونکردنهوهی چوارچیوهکانی چارهسهرکردنی؛ وشیوازهکانی لپیچینهوه و پروونکردنهوهی سزای دیاریکراو بو هم تاوانه ههیه، بویه ئیمه پرسی تاوانهکانی زانیاری له سوریا و میسر به تیشک خسته سهر هم هولانهی که بو بهرنگار بوونهوهی دراون و نامرهدان به خالهکانی لیکنزیکیبوونهوه و جیاوازی نیوان یاسای بهرنگار بوونهوهی تاوانهکانی تهکنهلوژیای زانیاری له میسر، لهگهل یاسای تاوانهکانی تهکنهلوژیای زانیاری له سوریا، چارهسهر دهکهن.

### Abstract

The development of technological revolution has changed the tools through which traditional crimes were committed, to a new form. This development in the usage of digital space was accompanied by illegal behavior linked to multiple goals as a result of the lack of recognition of geographical limitations and its openness to the global horizon, and this causes challenges in opposing this illegal behavior.

In fact, the real understanding of the issue of cybercrime, and the attempt to link it with the legal aspects of crime to build its own legal framework, raises many technical and legal difficulties represented by the novelty of the subject and the lack of legislation in judicial applications, especially since the information revolution and cyberspace are now forming a fertile environment for cybercrime, and this requires realizing the technical framework of modern technological means and linking it to the general laws related to combating cyber - crime.

Especially, since these crimes have become an emerging reality imposed by the expansion of the means of committing them and the change in the identity of the victim, and since combating them requires a definition of their concept, clarification of the frameworks to confront them, the ways of prosecuting them and clarifying the punishment prescribed for them, so we will address the issue of cyber - crimes in Syria and Egypt by shedding the light on the efforts done to combat it and to clarify the points of convergence and differences between the law on combating cyber - crimes in Egypt, and the law on organizing communication on the network and combating cyber - crime in Syria. In addition to discuss private cyber - crimes related to information techniques and technologies that can be carried out on and by these systems.



## مشروعية تأجير الأرحام - الأم البديلة - في ضوء التشريعات القانونية - دراسة مقارنة -

الدكتورة حنان علي إبراهيم<sup>(\*)</sup>

(رئيس قسم العلاقات الدولية / جامعة بيان / اربيل)

آلاء بهاء عمر<sup>(\*\*)</sup>

(تدرسية في كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك)

ياساي بووني بهكريداني مندالدان - دايكى جينگرهوه - لهثير روشنايى ريسا  
ياسايبهكان  
- تويژينهوهيهكى بهراوردكارى -

د. حنان علي نبيراهيم

(بهر پرسى بهشى پهيوهندييه نيودهولتهتيهكان/زانكوى بهيان/ههولير)

م. نالا بهها عومهر

(ماموستا له كوليزى ياسا و زانسته سياسيبهكان/زانكوى كهركوك)

(\*) hanan.altaey@bnu.edu.iq

(\*\*) alaa.bahaa.omar@gmail.com

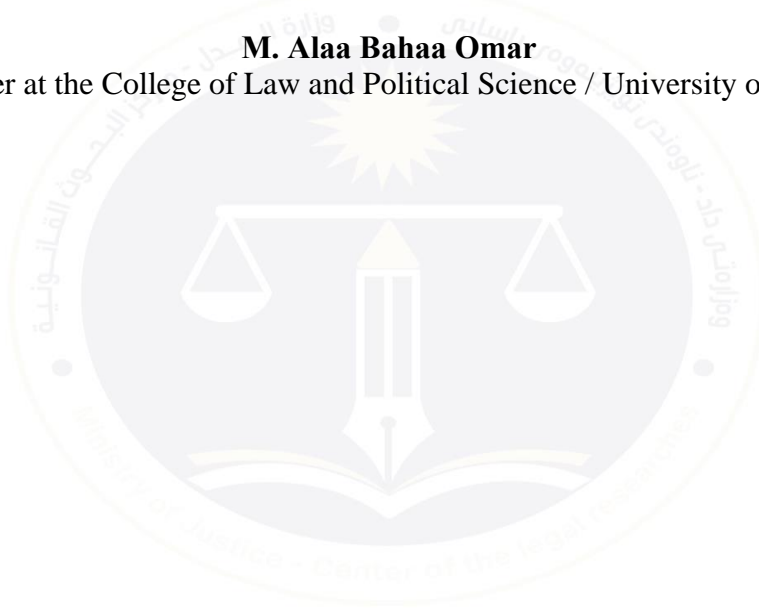
**The legality of surrogacy - the surrogate mother - in the light of  
legal legislation  
- A comparative study-**

**Dr.. Hanan Ali Ibrahim**

(Head of International Relations Department / Bayan University / Erbil)

**M. Alaa Bahaa Omar**

(Lecturer at the College of Law and Political Science / University of Kirkuk)





مشروعية تأجير الأرحام - الأم البديلة - في ضوء التشريعات القانونية  
- دراسة مقارنة -

الدكتورة حنان علي إبراهيم

(رئيس قسم العلاقات الدولية / جامعة بيان / اربيل)

آلاء بهاء عمر

(تدرسية في كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك)

الكلمات المفتاحية:

الأم البديلة، بويضة، الرحم، التلقيح الصناعي.

كليله ووشه:

دايكي جيگرهوه، هيلكه، هيلكه دان، بيتاندى دهستكرد.

**Key words:** surrogate mother, ovum, uterus, artificial insemination.

مقدمة

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث بعدة نقاط وهي:

- 1- مشروعية إيجار رحم المرأة وأبعاده القانونية أثار الجدل في الآونة الأخيرة كما أثار تساؤلات كثيرة حول صحة عقده من عدمه؟
  - 2- هل توافرت شروط وأركان العقد في (عقد إيجار الرحم) من حيث الرضى والمحل والسبب؟
  - 3- تعد عملية تأجير الأرحام من الطرق الطبية التي تم اللجوء إليها لمعالجة مشاكل العقم لدى الأزواج ويسمى (الإنجاب الصناعي أو التلقيح الصناعي).
  - 4- البحث في موقف التشريعات القانونية من ظاهرة تأجير الأرحام وموقف المشرع العراقي والكوردستاني من هذه الظاهرة.
- إشكالية البحث:

تنبع إشكالية البحث حول الطبيعة القانونية لعقد تأجير الأرحام هل هو مشروع وتوافرت فيه جميع أركان العقد ليكون عقداً صحيحاً من حين الرضا والمحل والسبب؟ ومن ناحية أخرى ماهي الآثار القانونية لهذا العقد؟ وهل يجوز التلاعب بأعضاء الجسد البشري تجارياً وما هو موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من ذلك؟ بالإضافة إن كل مجتمع محكوم بنظام عام وآداب عامة وأغلب تشريعاتنا مصدرها الشريعة الإسلامية التي بقي موقفها واضحاً تجاه الموضوع.

#### فرضية البحث:

ينطلق البحث من فرضية مفادها أن هناك مبادئ عامة مستقرة لدى فقهاء القانون وأهمها معصومية الجسد الإنساني وعدم خروجه من التعامل القانوني بمعنى لا يجوز أن يكون الجسد الإنساني محل للعقود التجارية لأن هذا المبدأ القانوني من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته. إذ لم تنظم النصوص القانونية لبعض الدول صراحة مسألة عقد إيجار الأرحام فتفاوتت مواقف القوانين بين مؤيد ومعارض ونصوص لم تتطرق للأمر مما القى بضلاله على الآثار القانونية لهذا العقد.

#### منهجية البحث:

لتحقيق الفرضية السابقة تم استخدام المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن للقواعد القانونية المستقرة من خلال دراسة ظاهرة تأجير الأرحام والمشاكل التي ستثيرها هذه الظاهرة من خلال الوصف من أجل التوصل إلى نتائج البحث وتحليل القواعد القانونية التي تطرقت لهذه الظاهرة.

#### هيكلية البحث:

استناداً إلى الإشكالية المطروحة والفرضيات الموضوعية، ووفقاً لمنهج البحث المتبع في الدراسة، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، تطرقنا في المبحث الأول، إلى المداخل المفاهيمية للبحث (مفاهيم نظرية لتأجير الأرحام)، والمبحث الثاني تم بحث موقف المشرع العراقي والكووردستاني والقوانين المقارنة، ونختم البحث بجملة من الاستنتاجات والتوصيات ثم مصادر البحث.

## المبحث الأول، مدخل مفاهيمي (مفاهيم نظرية لعقد تأجير الأرحام)

شكلت التطورات المذهلة في الأبحاث العلمية انتقالاً كبيرة في الدراسات العلمية والطبية لمواجهة الحالات المرضية والظروف الصعبة التي قد يتعرض لها الإنسان، مثل حالات الإنجاب والعقم الذي يعاني منه كلا من الرجل والمرأة<sup>(1)</sup>، ورغم أهمية هذه الأعمال فقد اختلفت الآراء الفقهية والقانونية في مدى تقبل هذه الوسائل من عدمها، ومن هذه المشكلات التي أفرزتها التقنيات الطبية الجديدة الإخصاب الصناعي خارج الجسم (تأجير الأرحام) أو ما يسمى (الأم البديلة) وهو ما سيتم تناوله من حيث المفهوم والمعنى وأهم خصائص وصور إيجار الرحم في هذه المبحث.

### أولاً: ماهية عقد تأجير الأرحام

عرف مصطلح تأجير الأرحام بالعديد من التعريفات التي توضح جوهر هذه الظاهرة باختلاف المدارس الفقهية والقانونية وتباينت الآراء بين مؤيد ومعارض لوجود هذه الظاهرة (الأم البديلة، الأم المستأجرة، مؤجرة الرحم، والأم المستعارة). وقبل اللجوء إلى توضيح ماهية عقد تأجير الأرحام لابد من التطرق إلى المعنى لغة واصطلاحاً. وعقد تأجير الأرحام ليس كغيره من العقود التي تبرم في تعاملاتنا الحياتية، وخصوصيته تنبع من كونه يتعلق بعضو من أعضاء الجسد البشري، فالإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى وجعل أعضائه وجسده غير قابلة أن تكون محلاً للتعاقد، ومن ضمنها (الرحم) العضو الذي جعله الله سبحانه وتعالى وسيلة لحمل الأجنة واستمرار الجنس البشري. وانطلاقاً من المبادئ الأخلاقية العامة فقها وقانوناً والتي من أهمها معصومية الجسد الإنساني، بمعنى لا يجوز للجسد الإنساني أن يكون محلاً للعقود التجارية وانطلاقاً من أن هذا المبدأ القانوني من النظام العام لا يجوز مخالفته.

وقبل التطرق لتعريف الإجارة لابد من التطرق لمعنى الرحم فهو لغويًا اسم والجمع منه أرحام، والمؤنث رُحِم والجمع المؤنث أرحام وهو موضع تكوين الجنين وذُكر في

(1) والعقم طبيًا يعني عدم قدرة الزوجة على الحمل بعد مرور سنة كاملة من العلاقة الزوجية القائمة بين زوجين بالغين وفي مرحلة الإخصاب مع استمرار الاتصال الجنسي ودون استخدام وسائل لمنع الحمل والعقم نوعين (عقم مطلق وعقم نسبي). لمزيد من التوضيح ينظر: عبدالله ابن زيد آل محمود: الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، مجلة المجمع الفقهي، العدد 8، 1998، ص 4.

القرآن الكريم لمكانته بقوله تعالى (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لَّيَّبِّنَ لَكُمْ وَنَقَرُ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا<sup>(1)</sup>). والإجارة في اللغة تعني الأجرة وهو مؤتجر معناه استؤجر على العمل<sup>(2)</sup>.

اما الإجارة في الاصطلاح، يعني العوض في مقابل منفعة كالثمن في مقابلة البيع، اما معنى الرحم فيطلق على القرابة فهو مصطلح يطلق على الأقارب وهم من بينه وبين الآخر نسب سواء كان يرثه أو لا<sup>(3)</sup>. والرحم هو تكوين عضوي يتألف من جدار عضلي سميك ببطنه غشاء رخو مخاطي ويحيط به من الخارج غطاء من الغشاء البريوني للبطن لحمايته ودرء الأخطار وهو مكان معد لاحتقان البيضة إذا لقحت، وفقها هو العضو الذي يتخلق فيه الولد وقد وصفه الله عز وجل بالقرار المكين في قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ \* ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ \* ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾<sup>(4)</sup>.

يشير معنى الأم البديلة أو الرحم المستأجر إلى استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة غالبا ما تكون للزوجة وتحمل صاحبة الرحم الجنين وتضعه وبعد ذلك يقوم الزوجان برعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما ويتم هذا الإجراء بعقد بين طرفين<sup>(5)</sup>، كما يعني القيام بزرع بويضة من امرأة ملقحة بحيوان منوي من زوجها في رحم امرأة أخرى حتى تلده مقابل مبلغ مادي أو دون مقابل مادي<sup>(6)</sup>، وقد بني هذا العقد وفقا لمبدأ الغاية تبرر الوسيلة بدعوى الحالات الإنسانية التي تبرر القيام بمثل

(1) القرآن الكريم: سورة الحج، الآية 5

(2) مختار الصحاح: باب الألف، القاهرة، دار النهضة، ت بلا، ص 6.

(3) مختار الصحاح: باب الراء، القاهرة، دار النهضة، ت بلا ص 238.

(4) القرآن الكريم: سورة المعارج، الآية 12 و13 و14

(5) علي عارف: الرحم المستأجر، سلسلة قضايا طبية، القاهرة، دار النفائس، ت بلا، ص 807

(6) سارة عيادي: استئجار الرحم بين الشريعة والقانون، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية،

العدد 4، ديسمبر 2017، الجزائر، ص 378

هذه العلاقة، وهذا المبدأ يخالف الشرع وذلك لاختلاط الأنساب في هذا التصرف إذا كانت الأم التي ستؤجر رحمها متزوجة أو قد يطمع بها الزوج الذي نقل نطفته إلى رحمها وفق العقد، لاسيما ان الشرع أكد على مسألة بقاء النسب وحصر العلاقة وما يتعلق بالأرحام في دائرة عقد الزواج الشرعي وكل ما يكون خارج إطار هذه الدائرة فهو لاشريعة له، ولذا فإن الخوض في مسألة استئجار الأرحام البشرية يتطلب الوقوف وعن كذب على هذه الظاهرة ودراستها بشكل دقيق<sup>(1)</sup>.

ترجع أصول مسألة استئجار الأرحام أو الفكرة أو التقنية لها - إن صح التعبير - إلى ثمانينيات القرن العشرين لكنها أخذت حيزا أكبر واتسعت بالتوافق مع التطور العلمي في مجال العلوم الطبية والبيولوجية فقد قام الأطباء في مجال الإخصاب الصناعي بمعالجة الحالات المستعصية عن طريق تلقيح البويضة الناتجة من مبيض المرأة في رحم امرأة أخرى تسمى الرحم البديل أو المستأجر<sup>(2)</sup>. وأنشأت شركات ووكالات متخصصة للترويج لتأجير الأرحام والمساعدة في إبرام تلك العقود ويمكن ملاحظة صفحات الوكالات تغزو شبكة الإنترنت حتى باتت عملية الغزو تطل فكر ووعي كثير من الشعوب وبشكل خاص في البلدان المتخلفة ففي الهند تستغل النساء في عمليات الرحم المستأجر لرخص الجور المدفوعة مقارنة مع تلك التي تتواجد في الدول الغربية<sup>(3)</sup>. قد يبدو الغرض من هذه العلمية علاجي وبشكل خاص لحالات الضرورة، لمساسها بكيان الإنسان الذي شرفه الله سبحانه وتعالى على سائر المخلوقات، الا ان الواقع العلمي يشير إلى سوء استخدام هذه المجالات لأغراض تجارية وجدت لها تسويقا واسعا عالميا ستكون له نتائج العكسية نتيجة جملة المشاكل التي قد تثار حاليا بسبب هذه التقنيات<sup>(4)</sup>. اذ تشير وكالات الإعلام الغربي إلى وجود أكثر من 15 مركز خاص باستئجار الأرحام والعدد في تزايد أنتجت تلك

(1) سعدي إسماعيل البرزنجي: المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 32.

(2) سارة عيادي: المصدر السابق، ص 373.

(3) حسني ممدوح عبد الدايم: عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، ط1، 2006، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ص 67.

(4) قارن مع.. المصدر نفسه، ص 32.

الوكالات مئآت المواليد بهذه الطريقة<sup>(1)</sup>.

إن تناول موضوع الأرحام البديلة بالبحث يقتضي الأخذ بعين الاعتبار محددات فرضتها طبيعة هذه الظاهرة ولعل من أبرز هذه المحددات ارتباط هذا الموضوع بالجانب الشرعي، ثم في خطورة الأثر المترتب على القول بعدم مشروعيته على إطلاقه. فضلا عن بعدين رئيسيين هما:

الأول: يشمل الجانب التقني والطبي في موضوع التعامل بالرحم.

الثاني: تجاوزه حدود إقليم الدولة من زاوية وجهة النظر العلمانية إضافة إلى وجهة النظر الإسلامية.

فالإسلام ابعده من أن يحصر في حدود إقليم معين ولهذا تشكل تجارب الدول الإسلامية في موضوع التعامل بمسألة إيجار الأرحام وعاء لا ينضب من المعرفة التي يمكن الاعتماد عليها في حظره أو جوازه.

#### ثانيا: تعريف إيجار الرحم

تعددت التعريفات الخاصة بمسألة إيجار الأرحام منها على سبيل الذكر لا الحصر (زرع بويضة من امرأة ملقحة بحيوان منوي من زوجها في رحم امرأة أخرى حتى تلده مقابل مبلغ من المال أو دون مقابل مادي)<sup>(2)</sup> كما يعرف عقد الإجارة بأنه (عقد تلتزم به امرأة بتأجير رحمها لرجل ليس زوجها لها والانتفاع به وذلك بعد أن يضع حيوانه المنوي عن طريق التلقيح الاصطناعي لقاء أجر متفق عليه على أن تسلم المولود لوالده بعد الولادة)<sup>(3)</sup>. وقد حكمت مجموعة من المبادئ العامة عقد إيجار الرحم فعند إبرام وتوقيع اتفاق بين الأم البديلة صاحبة الرحم والزوجين على الطرف الأخير الالتزام بتحمل كافة الأتعاب الطبية إلى جانب دفع المقابل المتفق عليه كأتعاب للطرف الأول والالتزام الأخير أي صاحبة الرحم بتسليم المولود لوالديه بمجرد ولادته، كما يجب أن تكون الأم البديلة

(1) كارم السيد غنيم: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط1، 1998، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 245.

(2) شوقي زكريا الصالحي: شوقي زكريا الصالحي: الرحم المستأجر وبنوك النطف والأجنة والحكم الفقهي لهما، القاهرة، دار العلم والإيمان للنشر، 2006، ص 15.

(3) المصدر نفس

شابة ذات صحة جيدة كما ويفضل أن تكون متزوجة حتى يكون لها تجربة في الحمل والإنجاب<sup>(1)</sup>.

ومن الضروري أن يتضمن الاتفاق التزامها بعدم تغيير رأيها في الاحتفاظ بالطفل، ويضاف لما تقدم، فقد يتضمن ذلك الاتفاق أيضاً شروطاً أخرى تقتضي منع زوج صاحبة الرحم المستأجر من الاقتراب منها لمدة ثلاثة أشهر أو شهرين قبل التأجير وشهر بعده للتأكد من خلو رحم الأم البديلة أي أجنة وفيما ولو كانت هنالك أية احتمالات أخرى كحدوث حمل قبل التأجير.

ان التعريفات السابقة وان حاولت إعطاء صورة لعقد إجارة الرحم الا انه اعترافاً بعض جوانب النقص وهي على سبيل المثال لا الحصر<sup>(2)</sup>:

1- حددت التعريفات ان الطرف الثاني في العقد هما الزوجان، وهذا هو الأعم الأغلب غير ان واقع الحال يكون خلافاً لذلك وخاصة في الدول الغربية إذ يمكن أن يتم الحمل لمصلحة رجل وامرأة لم يربطهما عقد زواج، وذهب الأمر إلى ابعد من ذلك في ولاية كاليفورنيا الأميركية حيث تعاقدت امرأة مع مؤجرة الرحم وسجلت نفسها كأب في آن واحد.

2- يعتبر شرط استحالة الإنجاب لفساد رحم الزوجة من شروط العقد، إلا ان استئجار الرحم قد يكون لأسباب متعددة سيتم توضيحها ضمن ثنايا البحث.

3- لم تتطرق التعريفات إلى الآثار المترتبة على العقد المبرم، وإنما ركزت على التزام المرأة المؤجرة بالحمل وحقها بالأجر وتسليم المولود، في حين أغفلت التزامات الطرف الآخر كالالتزام بتسليم البويضة المخصبة والالتزام بتسليم المولود. كثيرة هي الأسباب التي ساهمت في ظهور وتنامي ظاهرة تأجير الأرحام، غير انه يمكن إيجاز بعضها بالتالي<sup>(3)</sup>:

1- وجود موانع طبية يحول دون استقرار الحمل وثباته داخل الرحم. أو إصابة الرحم

(1) عبد المجيد الحكيم، الأستاذ بد الباقي البكري والأستاذ محمد1951. بشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، 1980، ص19.

(2) ينظر... حسني ممدوح عبد الدايم: مصدر سبق ذكره، ص 67.

(3) سحارة السعيد: الأحكام المرتبطة بعقود تأجير الأرحام، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، المجلد 18، 2019، ص 226.

- بتشوهات أو مرض يجعل الحمل مستحيلا فلا يمكن للرحم إكمال الحمل لحين الولادة.
- 2- خشية المرأة من حدوث مضاعفات خطيرة تهدد حياتها أو صحتها بسبب الحمل كأن تكون مصابة بفقر الدم المنجلي أو الحاد أو أي مرض يهدد حياتها.
- 3- أسباب اجتماعية تتمثل بانشغال الراغبة في الحصول على الطفل بأعمال وظيفية مرموقة لا تسمح لها التضحية بالوظيفة في مقابل مكابدة الحمل ومشاقه.
- 4- التأثير الثقافي الغربي من حيث زيادة اهتمام المرأة بجمال جسدها ورشاقته والحمل قد يسبب تغيير الجسم وينقص من صفاته الجمالية ناهيك عن الآثار الصحية التي تصاحب عملية الحمل والولادة وهذا سبب يعد دافعا لزيادة الراغبات في الحصول على أطفال توكل من تحمل عنها جنينها.
- 5- الحيلولة دون انتقال بعض الأمراض التي تنتقل عن طريق الحمل إلى المولود عن طريق دم الأم.
- 6- الخشية من مخاطر الحمل المتأخر لاسيما إذا كانت في سن متقدمة وتخشى التأثيرات السلبية على جسمها.

ثالثاً: خصائص عقد تأجير الأرحام: يتميز عقد تأجير الأرحام بالخصائص التالية<sup>(1)</sup>:

- 1- يعتبر عقد رضائي، لأنه ينعقد بمجرد تراضي المرأة صاحبة الرحم المستأجر مع الزوجين أو الطرف الآخر وما تقوم به المكاتب الخاصة بإيجار الرحم في الغرب من كتابة العقود هو للإثبات فقط وللمحافظة على حقوق الطرفين.
- 2- عقد ملزم للطرفين حيث يفرض التزامات متقابلة على كلا الطرفين فالمرأة صاحبة الرحم المستأجر تلتزم بالسماح بزراعة البويضة المخصبة في رحمها والعناية بالجنين خلال فترة الحمل وتسليم المولود عند الوضع مقابل التزام الطرف الآخر بما يلزم للحصول على البويضة المخصبة ودفع الأجر إن كان العقد بأجر ويتم تسليم المولود له عن الوضع.
- 3- يعتبر عقد مؤقت نظراً لالتزام المرأة صاحبة العقد بصورة مؤقتة إذ تبدأ تنفيذ التزامها من وقت زراعة البويضة المخصبة إلى حين إتمام العملية.
- 4- يكون عقد معاوضة، بمعنى ان المرأة صاحبة الرحم المستأجر تأخذ مقابل

(1) ينظر.. شوقي زكريا الصالحي: مصدر سبق ذكره، ص 15. وكذلك... سحارة السعيد: مصدر سبق ذكره، ص 222.



تجشمها عناء الحمل والوضع، وهذا لا يمنع من أن تكون متبرعة ولا تأخذ مقابل لقاء حمل الجنين.

5- عقد محدد للطرفين، بمعنى يعلمان وقت إبرام العقد والمقدار الذي يأخذه والمقدار الذي يعطي كلاً منهما، والأمر غير قابل للزيادة أو النقصان كما هو الحال في عقود المقامرة والرهان والتأمين وغيرها من العقود الاحتمالية.

6- عقد يرد على منفعة معلومة يتمثل بشغل رحم امرأة بجنين غيرها إلى حين الوضع والمنفعة وإن كانت ترد على جسم الإنسان أو جزء منه (الرحم) إلا أن ذلك هو الواقع بحيث يكون مرتكزا على استغلال جزء من جسم الإنسان لمدة معلومة.

#### رابعاً: صور عقد إيجار الرحم

إن إيجار الرحم يعتبر أحد صور التلقيح الصناعي الخارجي ولعقد إيجار الرحم صور متعددة، تتعدد باختلاف أطراف العقد وأساليب التلقيح وتمثل هذه الصور بالتالي:

1- يؤخذ الحيوان المنوي من الزوج وتؤخذ البويضة من الزوجة وتتم عملية التلقيح في مختبر ثم تزرع في رحم المرأة البديلة وبهذه الحالة لاتعاد البويضة الملقحة إلى الزوجة كونها غير قادرة على الحمل أو غير راغبة فيه<sup>(1)</sup>.

2- الصورة الثانية تكون بأخذ بويضة مخصبة من زوجين، وبعد عملية التلقيح تزرع في رحم امرأة هي زوجة ثانية للزوج، فتقبل المرأة حمل البويضة الملقحة وغالباً ما يكون ذلك تطوعاً من الزوجة الثانية، لعدم وجود فكرة اختلاط الأنساب كون الأب واحد<sup>(2)</sup>.

3- يجري إخصاب بويضة من المتبرعة، مع الحيوان المنوي للزوج ويتم الحمل والولادة من قبل المرأة المتبرعة (في هذه الحالة الزوجة تكون عاقراً) وهذه الصورة لا يعتبر صورة من صور إيجار الرحم، إذ أن الأخيرة هي صاحبة البويضة وعلى هذا فهي الأم الأصلية للجنين، أو يتم شراء البويضة من بنوك النطف والأجنة المنتشرة في الغرب أو من أي امرأة أخرى<sup>(3)</sup>.

(1) احمد محمد لطفي: التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء العلماء، ط1، 2006، الإسكندرية، الفكر الجامعي، ص247.

(2) بغدادي الجيلاني: الوسائل العلمية المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014، ص54.

(3) سارة عيادي: مصدر سبق ذكره، ص379.

- 4- الحالة الأخرى التي على أساسها يكون العقم من الرجل فيتم شراء حيامن من بنوك النطف والأجنة وتخصب بيضة الزوجة ثم تزرع في رحم امرأة مؤجرة للرحم.
- 5- قد تكون المرأة التي تؤجر رحمها غير متزوجة وهنا يحتاج العقد إلى رضاها فقط إذا توفرت فيها شروط الأهلية والبلوغ، أما إذا كانت متزوجة فيحتاج العقد حينها إلى قبول الزوج أيضاً حيث ان العقد بهذه الصورة يمس حقوقه الزوجية وعلاقته بزوجته<sup>(1)</sup>.



(1) بغدادي الجيلاني: مصدر سبق ذكره، ص 59.

## المبحث الثاني

## التنظيم القانوني لعقد تأجير الرحم وآثاره

كمبدأ عام إيجار الرحم كما تم تعريفه في المبحث الأول باعتباره زرع بويضة مخصصة لزوجين أي رحم امرأة أخرى أجنبية إذا ما تقرر طبيًا عدم قدرة الزوجة على الإنجاب لأي سبب من الأسباب، غير أن مبيضيها ينتجان بويضات صالحة للتخصيب، أي هو عقد تلتزم فيه امرأة بتأجير رحمها لرجل ليس زوجها والانتفاع به، عن طريق التلقيح الصناعي لمدة معينة أقصاها مدة الحمل وذلك لقاء أجر معين متفق عليه ويتم تسليم المولود لوالديه بعد ولادته، وبموجبه تتعهد المرأة المؤجرة عدم ممارستها للعلاقة الجنسية قبل العقد المبروم بفترة بموجب تقرير طبي أي تؤجل المعاشرة الجنسية مع زوجها<sup>(1)</sup>، ومن خلال ما تقدم يتضح لنا تكيف واقعة عقد استئجار الرحم لكون الأحكام جزء من فهم الواقعة، وكما يقول علماء المنطق الحكم على الشيء فرع عن تصوره ومن ثم إضفاء الشرعية عليه أو إبطاله<sup>(2)</sup>.

نحن كقانونيين نريد أن نتوصل لإجابات حول الطبيعة القانونية لهذا العقد ومشروعيته وتوافر أركان العقد ليكون صحيح من حيث الرضا والمحل والسبب. إن كل مجتمع محكوم بنظام عام وآداب عامة، وأغلب تشريعاتنا في الدول الإسلامية مصدرها الشريعة الإسلامية، ومن الناحية القانونية ابتداء يجب معرفة مشروعية وصحة عقد إيجار الرحم، إذ أن القانون المدني العراقي النافذ عرف عقد الإيجار في المادة (722) بأنه (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة به يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) نجد هناك عده آراء من قبل الفقهاء في القانون والشريعة الإسلامية حول التكييف وطبيعة عقد استئجار الرحم ومن هذه الآراء سنتكلم عليها في المطلب الأول وستتطرق في المطلب الثاني عن موقف القانون العراقي منه والقوانين الدول الأخرى.

(1) عباس زياد كامل السعدي: مدى مشروعية عقد استئجار الرحم وآثاره، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد الثاني والعشرون، ص 166.  
(2) المصدر أعلاه ذاته

## المطلب الأول

### (الطبيعة القانونية لعقد إيجار الرحم)

من المبادئ العامة المستقرة لدى فقهاء القانون وأهمها (معصومية الجسد الإنساني وعدم خروجه من التعامل القانوني) بمعنى لا يجوز أن يكون الجسد الإنساني محل للعقود التجارية لأن هذا المبدأ من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته وهو ما سيتم نتواه ضمن هذا المبحث.

## الفرع الأول

### (عقد إيجار الرحم عقد باطل)

ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد إيجار رحم المرأة عقد باطل ومحرم شرعا، وحجتهم في ذلك أن أركان العقد (الرضا والسبب والمحل) يجب أن تتوافق إرادتهما على الالتزام وفقا لما يأتي:

1 - يشترط بركن المحل التعيين والوجود وقابل للتعامل محل العقد بهذا العقود غير متوفر بالرغم من وجود ركن الرضا بين الطرفين، بما أن المحل غير معين قانونا ومخالف للنظام العام فهو يفتقد إلى عدة عناصر في المحل، إذا فعقد تأجير الرحم باطل بطلانا مطلقا.

2 - أن يكون ركن السبب مشروعاً وقانوني وغير مخالف لقواعد النظام العام والآداب العامة، إذ بخلاف هذه الضوابط يُعد العقد باطل، بالإضافة لبعض المشاكل القانونية التي قد ترتبط في حالة وفاة المرأة المؤجرة أو الزوجين أو ولادة طفل ميت أو مشوه<sup>(1)</sup>.

وفقا لما سبق، يرى بعض فقهاء الدين الإسلامي والقانون أمثال الدكتور حمدي عبد الرحمن والشيخ سعد الشويرخ وآخرون اشتراط مشروعية كل من (المحل والسبب) فالعقد من الناحية الشرعية والقانونية مخالف للنظام العام والآداب العامة وهو ما يعبر عن مخالفة قاعدة قانونية أمره فهذا العقد باطل فهو عقد على منفعة غير مشروعة لأن (الرحم)

(1) ساجدة طه علي: تأجير الأرحام وأثره في نظر الشريعة والطب والقانون، 2010 قسم علوم القرآن،

جزء من آدمية حرة لا تصلح للمعقود عليها، ولكون شرط الزواج من الأم البديلة لحين الإنجاب شرطاً باطلاً لأنه يحرم حلالاً ولا يلزم الوفاء به، والحجة في ذلك، في حالة رفض الأم البديلة تسليم المولود بعد الولادة واختصماً في المحاكم حول نسب المولود كيف سيتم إثبات نسبه إذا كان العقد باطل قانوناً، وبذلك يؤدي إلى خلط الأنساب خصوصاً إذا كانت الأم البديلة متزوجة ومارست العلاقة الحميمة مع الزوج، أو طمع الزوج الذي نقل نطفته إلى رحمها وفق العقد وهذا مخالف للأعراف والآداب العامة<sup>(1)</sup>.

ويستلزم ركن الرضا تمام أهلية من يصدر عنه التعبير عن الإرادة، مع خلوه من موانع الأهلية وعوارضها وهي (غلط وإكراه وتدليس واستغلال التي تجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرر لمصلحته البطلان. ولكن في حالة ما إذا افترضنا ان عملية تأجير الرحم هي عقد بأركانها، كيف سيتم إبطال هذا العقد إذا ثبت إبرامه بإرادة معيبة؟ فالإشكال لا يثور إذا كان البطلان في مرحلة ما قبل القيام بالعملية ولكن في حالة الشروع في تنفيذ عقد إجارة الرحم وزرع اللقيحة في رحم المرأة المؤجرة، واكتشف بعد ذلك ان عيباً قد أصاب إرادة أحد الأطراف أثناء الاتفاق على الحمل بالإناثة، فلا يمكن في هذه الحالة تطبيق نظرية البطلان لأننا حينذاك سوف نكون أمام جريمة الإجهاض المعاقب عليها في القوانين<sup>(2)</sup>.

أن تأجير الأرحام يتنافى مع فكرة الأمومة، فالأمومة مسؤولية كبيرة تبدأ منذ اللحظة الأولى للحمل وتستمر حتى الوضع والولادة، ثم انتهاءً بتربية الطفل ورعايته وتعليمه، وفي ظل المفهوم التقليدي للأمومة تبدو فكرة ترك الأم للطفل الذي ولدته لامرأة أخرى مرفوضة وغير منطقية وغريبة في نفس الوقت وهو عمل غير أخلاقي وغير مقبول تماماً ومخالف لمفهوم الأمومة لأنها مخالفة للسلوك الفطري والغريزي لكل كائن حي، أن تأجير الأرحام يؤدي إلى قطع العلاقة بين الأم والطفل بطريقة عمدية، فتصبح الأم الحامل كالموظفة مجبرة على ترك المولود بعد وضعه فهو وظيفة مؤقتة لإنجاب الطفل، كما أن نظرة المولود للطريقة أو الكيفية التي أنجب بواسطتها قد تؤثر سلباً على نفسيته فيكون

(1) عباس زياد كامل السعدي: مدى مشروعية عقد استئجار الرحم وأثاره، مصدر سابق، ص 167

(2) بلعباس أمال، بن عزيز حنان: التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 4، ص 190.

إنساناً منظوياً منعزلاً حاقداً على المجتمع الذي ينشأ فيه<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### عقد إيجار الرحم عقد صحيح

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن المرأة الحامل ترتبط مع المرأة صاحبة البويضة بعقد وهذا العقد صحيح قانوناً مستندياً في قولهم هذا إلى موقف بعض التشريعات والقوانين ومنها التشريع الأميركي، حيث تسمح قوانين بعض الولايات الأميركية بوجود عقود إجارة الرحم أو الحمل بحساب الغير وتنظم بنوده وأحكامه، ويتم ذلك من خلال تحرير عقد بين الأطراف المشاركة في العملية التعاقدية وهي في الغالب الزوجان صاحبي اللقيحة والأم البديلة التي تقبل استخدام رحمها لحمل الجنين، حيث يعد الزوجان المستأجران هما الوالدان الشرعيان لهذا الطفل أو المولود ويقع عليهما عبء تحمل كافة المصاريف والنفقات التي تتطلبها رعاية المولود<sup>(2)</sup>.

أصحاب هذا الرأي هم دعاة الحرية وهم وبشدة يؤيدون نظام تأجير الأرحام وذلك حرصاً منهم على مساعدة المرأة العقيم ومساندتها في تحقيق رغبتها في الحصول على الولد وان تكون أم، كما ويرون أن ذلك يمثل حرية فردية والتي يجب أن تظل بعيدة عن التجريم القانوني، بل وان منهم يحاول إيجاد حيلة قانونية لتأكيد الارتباط بين صاحبة البويضة والمرأة الحامل صاحبة الرحم، ويعززون هؤلاء رأيهم بكون عقد تأجير الأرحام أسلوب ونظام معروف في الإنجاب منذ آلاف السنين، فهي عملية تجد جذورها في أعماق التاريخ بل وفي تاريخ الأنبياء فقد ورد ان السيدة (سارة) زوج النبي (إبراهيم) عليه السلام حينما عجزت عن الإنجاب لشيخوختها وعقمها قدمت جاريتها (هاجر) للنبي ليتزوجها، فتزوجها النبي إبراهيم (عليه السلام) وأنجبت له النبي إسماعيل (عليه السلام)، فلو كانت الوسيلة محرمة أو فيها مخالفة للأداب والنظام العام لما قبلها الأنبياء لذلك فلا محل لتحريمها، أن مسألة تأجير الأرحام هي من المسائل الأخلاقية التي لا علاقة للقانون

(1) محمد بنان صالح: مدى مشروعية استخدام الرحم الطئر، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2015، ص 115.

(2) محمد بنان صالح: مدى مشروعية استخدام الرحم الطئر، المصدر السابق، ص 117.

بها<sup>(1)</sup>.

لو ناقشنا هذا الرأي لوجدنا أن حجج أصحاب هذا الرأي التي ذهبوا إليها فيها مغالطات كثيرة ومنها:

الأولى: القصة التي أشاروا إليها ليست عقد إيجار للرحم لأن السيدة (هاجر) أنجبت وكما هو ثابت بعد زواجها من النبي إبراهيم (عليه السلام) فهي أمه الشرعية، كما ان السيدة سارة لم تنازعها على المولود.

الثانية: الزعم بالقول بأن تأجير الأرحام مسألة أخلاق لا علاقة للقانون بها قول غير دقيق، لكون مسألة تأجير الأرحام أمر متعلق بحالة الأفراد، كما ان الدعاوى المتعلقة بحالة هؤلاء الأفراد من النظام العام، ولما كان فعل الزنا في الأساس غير أخلاقياً لذلك فقد تم تجريمه من قبل القانون، فضلاً عن كل هذا لا يوجد شيء خارج إطار التنظيم القانوني لكي لا تعم الفوضى والفساد في المجتمع، فكل مصلحة يراها القانون جديرة بالحماية والتنظيم لا يحول بينها وبين القانون هو إحدى الأطر التنظيمية للمجتمعات بجانب الإطار الأخلاقي والديني.

وبالرغم من اتفاق أنصار هذا الرأي على وجود العلاقة العقدية بين الزوجين صاحبي اللقيحة والأم البديلة، الا أنهم اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فيما إذا كان عقد بيع أو إيجار أو عقد عمل أو مقاوله أو حتى تنازلاً، وان كان يشترك مع كل هذه العقود في الكثير من خصائصه فهل يعد بيعاً، إيجاراً، عملاً أو مقاوله؟ أم ان له كيانه الخاص به الذي يميزه عن كل هذه العقود وبالتالي فهو عقد من نوع خاص.

### الفرع الثالث

#### الآثار القانونية المترتبة لعقد الأم البديلة

يترتب على عقد تأجير رحم الأم البديلة عدة آثار قانونية في ذمة الزوجين أصحاب البويضة الملقحة، والآثار المترتبة في ذمة المرأة المؤجر رحمها وهي كالاتي: -

1- الالتزام بتحمل النفقات كاملة من قبل أصحاب البويضة الملقحة (الزوجين) يترتب على ذمة الزوجين أصحاب البويضة الملقحة التزاماً يتحمل كافة النفقات، التي يتطلبها العقد وابتداءً من فترة الحصول على البيضة المخصبة واستدخالها رحم المرأة التي

(1) المصدر أعلاه ذاته.

وافقت الحمل لحسابها إلى حين الولادة من فحوصات طبية وكل المصروفات الأخرى.  
2- التزام الزوجين (أصحاب البويضة المخصبة) تسليم البويضة المخصبة عقد إيجار الرحم يستلزم توفير البويضات من الزوجة أو المرأة والنطف من الزوج لكي يمكن تخصيبها مختبرياً ومن ثم زرعها في رحم مؤجرة الرحم عن طريق أطباء متخصصين بذلك.

3- التزام الزوجين (أصحاب البويضة المخصبة) بتعويض الأم البديلة التي تم تأجير رحمها عن كل الأضرار التي تصيبها والمخاطر طيلة فترة الحمل وحين الوضع، أن موافقة الأم البديلة على قبول تلك المخاطر بدون تعويض وبالتالي إعفائهما من المسؤولية، لا يعفيها من التعويض عن المخاطر المحتملة للعملية لأن قبول تلك المخاطر ما هو الا شرط للإعفاء عن المسؤولية وشرط الإعفاء هنا يكون باطلاً إذا ما وقع.

4- الالتزام بعطاء الأجر للام البديلة مقابل تأجير رحمها.

5- التزام الأم البديلة بالمحافظة على الجنين طيلة فترة الحمل لحين الولادة.

6- التزام الأم البديلة بزرع البويضة الملحقة في رحمها.

7- تسليم المولود من قبل الأم البديلة بعد الولادة إلى الزوجين أصحاب البويضة الملحقة، ووفقاً للقواعد العامة في العقد يتم تسليم المولود إلى ذويه في المكان المتفق عليه في العقد<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### (موقف القانون العراقي والقوانين العربية والأجنبية من عقد إيجار الرحم)

غالبية التشريعات الدول العربية والإسلامية تشهد فراغاً قانونياً لتنظيم أحكام عقود إيجار الرحم أو ما يسمى (الأم البديلة) وعلى الرغم من هذا الفراغ القانوني لتنظيم إيجار الأرحام سواء بالحظر أو بالإباحة<sup>(2)</sup>، نجد القوانين التي نظمت مسألة تأجير الأرحام

(1) ينظر: د. سعيد مبارك، د. طه ملا حويش، د. صاحب عبيد، الموجز في العقود المدنية، طبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، 1992\_1993، ص 103.

(2) د. معمري إيمان ود. ميدون مفيدة: أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر والقوانين الوضعية، مقال منشور في المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية 0 جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2019/12/20، ص 153.



تختلف باختلاف طبيعة مجتمعات هذه الدول، بعضها يحظر أي نوع من أنواع تأجير الأرحام سواء بمقابل مادي أو بدون مقابل، مثل معظم الدول الإسلامية ماعدا إيران لكونها تعد الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون ومن ثم تركت مسألة حكم عقد إيجار الأرحام لحكم الشريعة الإسلامية حيث حرمت التصرف بالأمشاج الأدمية بأي نوع من أنواع التصرف كون هذا التصرف يؤدي إلى اختلاط الأنساب والتي تعدها من الكليات الخمس، وحكمه واضح محرم شرعا، وهناك دول أباحت تأجير الأرحام إذا كان بدون مقابل مادي مثل بريطانيا وإيرلندا والدنمارك وبلجيكا، وهناك دول تسمح بتأجير الأرحام لأغراض تجارية ومادية مثل روسيا وأمريكا وأوكرانيا وإيران، مواقف الأنظمة القانونية في مختلف الدول في مسألة تقنية الأم البديلة (إيجار الأرحام) مختلفة في منعه أو الاعتراف به قانونا؟ حيث أثارت الأم البديلة جدلا واسعا حتى بالنسبة للدول التي تجيز ذلك وتعترف بمشروعيتها، لكون فكرة عقد إيجار الرحم حديثة على المجتمعات فجاءت الآراء القانونية مختلفة ومتشابهة إزاء هذه الإشكالية لكونها فكرة غير مقبولة اجتماعيا، وهذا ما سيتم طرحه في هذا المطلب حول الموقف القانوني للدول العربية والأجنبية كما يلي:

## الفرع الأول

### موقف القانون العراقي

لم ينص قانون العقوبات العراقي رقم 11 لسنة 1969 صراحة على مسألة تأجير الأرحام ولم ينظم أحكام عقد إيجار الأرحام، ولكنه نص على سلامة الجسد من أي ضرب أو جرح أو ضرر أو اعتداء وفق نصوص خاصة بسلامة الجسد، ولكن قانون المسؤولية الطبية رقم (17) لسنة 1986 المسؤولية الطبية نصت في المادة (17) (لا يجوز التلقيح صناعيا أو زرع الجنين بالرحم الا عند الضرورة وبشرط أن يتم اللقاح في كلا الحالتين من الزوجين حصرا وبموافقتهم)، كما نص قانون المعهد العالي لتشخيص العقم رقم 19 لسنة 2011 في المادة (2/ف7) حرمت التلاعب والمتاجرة بالأجنة فالفقه الإسلامي منقسم بشأن جواز هذا العقد من عدمه، ومع عدم وجود التنظيم القانوني الخاص بحل الإشكالية لهذا الموضوع فإننا ملزمون بموجب أحكام القانون المدني (المادة 1/ف2) بشأن المسائل التي لا يوجد لها تنظيم قانوني باللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين) كما

ونصت المادة (31) من القانون المدني العراقي على إنه (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً)<sup>(1)</sup>، ومع اختلاف الآراء الفقهية حول الإباحة والتحریم تتعدد المشكلة من الناحية القانونية لذا فإننا ندعو إلى ضرورة حسم المسألة من الناحية القانونية وأن لا يترك الأمر على ما هو عليه الآن فلو أراد أشخاص إبرام عقد إجارة الرحم الآن فما هو الجواب الذي يمكن أن يعطى لهم من الناحية القانونية، وهذا الأمر وان لم يحصل لحد الآن في العراق إلا انه غير مستبعد خاصة مع وجود الإجازة لهذا العقد من بعض المراجع الفقهية وتطبيقه في دولة مجاورة وهي إيران<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف القانون المصري

ترك المشرع المصري مسألة تنظيم عقود إيجار الأرحام إلى القواعد العامة، فانطلاقاً من ان الرحم المؤجر حرام شرعاً، فإن أي عقد ينصب على رحم المرأة سواء كان استئجاراً أو مفاضلة فإنه باطلاً كونه يخالف النظام العام والآداب العامة، وبحكم المادة (135) من القانون المدني المصري، وأقرّ دار الإفتاء المصري بتحریم إيجار الرحم وفق مبدأ (درء المفاسد أولى من جلب المنافع)، وهناك مطالب من قبل نواب بإصدار تشريع يجرم استئجار الأرحام ومنهم النائب محمد سعيد حامد، الذي قدم مشروع قانون أمام البرلمان المصري والذي أحاله الدكتور أحمد فتحي سرور رئيس البرلمان المصري إلى اللجان البرلمانية المختصة لمناقشته وتضمن المشروع قراراً بمعاقبة كل من يساعد على زراعة البويضة المخصبة لأثنى في رحم امرأة أخرى ويمنع من مزاوله المهنة لذلك<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: للمواد (2 ف 7/ و 31)، القانون المدني العراقي، رقم 40 لسنة 1951.

(2) د. عقيل فاضل الدهان، د. رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إيجار الأرحام، بحث منشور في كلية القانون عبر الإنترنت - جامعة البصرة، على الرابط الآتي [www.iasj.net/iasj/](http://www.iasj.net/iasj/)، آخر زيارة 2023/2/12.

(3) د. معمري إيمان ود. ميدون مفيدة، المصدر السابق، ص 154.

## الفرع الثالث

### موقف قانون دولة الإمارات العربية المتحدة

لا يوجد قانون تأجير الأرحام في دولة الإمارات العربية المتحدة، ولا تسمح حكومة دولة الإمارات بأي عقد تأجير رحم البديل، ويُعد كل اتفاق أو عملية بهذا النوع جريمة، حيث نصت المادة (3569) من القانون الجنائي الاتحادي رقم (39) لسنة 1987 لا يسمح بأي نوع من عمليات التبني أو التأجير الأرحام بشكل مباشر أو غير مباشر ولكونها دولة تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في قوانينها<sup>(1)</sup>.

## الفرع الرابع

### موقف القانون الإيراني

تُعد إيران من الدول الإسلامية الوحيدة التي أجازت عقد تأجير الأرحام وذلك بالحصول على إذن قانوني وأجاز العقد عدد من المراجع في إيران وأهمهم المرشد الأعلى للثورة الإسلامية في إيران (علي خامنئي)، حيث أقر مجلس الشورى الإيراني قانوناً عام 2007 قن فيه الإجازة شرعاً لذلك العقد من الناحية القانونية.

## الفرع الخامس

### موقف القانون الجزائري

اعتمد المشرع الجزائري على التفريق بين التلقيح الصناعي كتقنية مباحة وشرعية قانوناً، وبين استئجار الأرحام الذي اعتبره غير مباح واكتفى بالنص على منع عملية إيجار الأرحام دون وضع وتبيان الجزاء المقرر على مخالف هذه القاعدة القانونية، حيث نص في المادة (419) من قانون الأسرة انه (ينسب الولد لأبيه إذا كان هناك زواج صحيح قائم بذاته، إضافة إلى وقوع الاتصال الجنسي للزوج بزوجه أو التقاء بويضة المرأة بماء زوجها لكي يثبت به النسب)، كما وجاء النص صريح في المادة (45) من قانون الأسرة على أنه (لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة)<sup>(2)</sup>، من خلال النصين أعلاه يتضح لنا موقف المشرع الجزائري من عملية إيجار الأرحام واعتبرت غير مشروعة في

(1) اخر زيارة للموقع 2023/2/13.

(2) ينظر: المواد (41، 45) قانون الأسرة الجزائري، رقم 84 لسنة 1984 المعدل.

الجزائر، وهو بذلك ساير أحكام الشريعة الإسلامية بتحريم إيجار الرحم لكونه اعتبرها وسيلة تسبب انتشار الفساد والشبهات وخط للأنسب ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

## الفرع السادس

### موقف القوانين الفرنسية والأميركية والبريطانية

في فرنسا شرعت قوانين الأخلاقيات الحياة سنة 1994 ووضعت عدة قيود على بعض العمليات، حيث نصت المادة (16/ف 1) على (عدم قابلية الجسم البشري بكافة عناصره ومشتقاته لأن يكون محلا لحق مالي)، أما في الولايات المتحدة الأميركية يختلف الحكم من ولاية إلى أخرى فهناك ولايات تسمح وتبيح إيجار الأرحام وتعدّها مشرعة قانونا، وأن من حق الزوجين استخدام تقنيات حديثة ومنها إيجار الرحم كحل مناسب لمشكلة الإنجاب ومن هذه الولايات (كتاكي، نيفادا، كاليفورنيا)، وهناك ولايات تحظر استخدام عمليات إيجار الأرحام وفق مبدأ احترام شخصية وكيان المرأة باعتبارها إنسان وليس وعاء للإنجاب، في حين بعض الولايات الأميركية تبيح الوسيلة فقط مع عدم تنفيذ العقد إيجار الرحم بمعنى يجوز للأم البديلة أن تحتفظ بالمولود دون وجود مانع قانوني يجبرها على تسليم المولود للأبوين البيولوجيين<sup>(1)</sup>.

أما في بريطانيا ينظم قانون رقم (16) لسنة 1985 المعدل ضوابط عقد إيجار الأرحام، الذي نص على جملة من الضوابط يجب توافرها لعقد إيجار الأرحام ومن ضمنها<sup>(2)</sup>:

- 1- أن يكون عقد استئجار الرحم حكرا على الأزواج فقط.
- 2- أن يكون أحد الزوجين على الأقل مقيم في بريطانيا بصفة دائمة.
- 3- يحمل الطفل جينات أحد الزوجين على الأقل.
- 4- الأم البديلة تلتزم بتسليم المولود للزوجين حين حال ولادته بتعهد خطي مصدق عليه.

(1) د. معمري إيمان ود. ميدون مفيدة، المصدر السابق، ص 151، 152.

(2) خاطره خيره: استئجار الأرحام بين القانون والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لكلية القانون جامعة محمد بن أحمد وهران، الجزائر، بدون سنة، ص 15 - 16.

- 5- ينسب الطفل إلى الأم البيولوجية والأم البديلة ولا يحذف اسم الأم البديلة من شهادة ميلاده إلا بقرار قضائي.
- 6 - يعد باطلا كل شرط يتعلق بالمال إلا ما دخل في إطار نفقات الحمل والولادة.



## الخاتمة

في نهاية ورقتنا البحثية لموضوع عقد استئجار الأرحام ومن خلال تطلعا على ماهيته وطبيعته القانونية وموقف التشريع العراقي والقوانين المقارنة له، وجدنا تباين في اختلاف أحكامه في إباحة العقد ومنعه، والفراغ القانوني لبعض الدول في تنظيم عقد إيجار الأرحام يُعد مثلبة اما هذه الظاهرة التي بدأت تهدد استقرار المجتمعات، ولا يوجد قانون صريح يجرم اللجوء لهذه التقنيات الحديثة في التلقيح ومن هنا توصلنا لجملة من الاستنتاجات والتوصيات.

### أولاً: الاستنتاجات

- 1- استئجار رحم الأم البديلة فكرة تخالف النظام العام والآداب العامة، ورحم المرأة له حرمة كبيرة وليس موضع تجارة ووعاء وآلة مهمتها الحمل والوضع لا أكثر.
- 2- بطلان عقد إيجار الرحم لكون معدومية المحل والسبب غير مشروع بالرغم من وجود ركن الرضا للطرفين في العقد.
- 3- خلافا لصور عقد إيجار الأرحام، هناك حلول شرعية ممكن أن نتفادى بها هذه الإشكالية في خلط الأنساب وهو تعدد الزوجات.
- 4- إيجار الرحم يعد أحد صور التلقيح الصناعي الخارجي ولعقد إجارة الرحم صور متعددة، تتعدد باختلاف أطراف العقد وأساليب التلقيح.
- 5- الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى وجعل أعضائه وجسده غير قابلة أن تكون محلا للتعاقد فالرحم من الأعضاء التي جعلها الله سبحانه وتعالى وسيلة لحمل الأجنة واستمرار الجنس البشري.
- 6- عقد إجارة الرحم عقد ملزم للطرفين ويرتب عليه آثار قانونية كما بينها في الورقة البحثية.
- 7- تفاوت واختلاف القوانين التي تجيز عقد إيجار الرحم بين الدول تعتبر واحدة من الطرق التي يمكن من خلالها لبعض الحالات الإفلات من عقوبة القيام بهذا العمل.

### ثانياً: التوصيات

- 1- تحريم عقد إيجار الأرحام لم يعد كافي لحماية القيم الإنسانية والأساسية في المجتمع فعلى جميع الدول إصدار قوانين ومنها العراق توأكب التطورات العلمية والطبية

- باكتشافات مستحدثة ومعالجة مسألة إجارة الأرحام حتى يكون الجميع على علم وبصيرة بما يحيط بهم خصوصا بعد انتشار العمل به خصوصا في دولة جارة مسلمة كإيران.
- 2- ضرورة إجراء تعديلات متكررة ومستمرة على قوانين الأحوال الشخصية في العراق وقوانين الأسرة لكل الدول العربية، لإيجاد ناحية من التكامل والانسجام لمواكبة المستجدات العلمية في الإنجاب وتفادي الفراغ القانوني.
- 3- ضرورة الأخذ بآراء الفقهاء من الشريعة والقانون والباحثين في المسائل المستحدثة في هذا المجال.
- 4- على القانون أن يحسم وعلى وجه السرعة مسألة تأجير الأرحام أما بإجازته من تضيق حدود تنظيمه لكل المشاكل المتعددة التي يثيرها هذا العقد من حيث النسب، أو بحظره وهذا ما نؤيده.

## المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب العامة

- 1- أحمد محمد لطفي: التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء العلماء، ط1، 2006، الإسكندرية، الفكر الجامعي.
- 2- حسني ممدوح عبد الدايم: عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، ط1، 2006، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- 3- ساجدة طه علي: تأجير الأرحام وأثره في نظر الشريعة والطب والقانون، 2010 قسم علوم القرآن.
- 4- سعدي إسماعيل البرزنجي: المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 5- سعيد مبارك، د. طه ملا حويش، د. صاحب عبيد، الموجز في العقود المدنية، طبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، 1992\_1993.
- 6- سحارة السعيد: الأحكام المرتبطة بعقود تأجير الأرحام، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، المجلد 18، 2019.
- 7- شوقي زكريا الصالحي: الرحم المستأجر وبنوك النطف والأجنة والحكم الفقهي لهما، القاهرة، دار العلم والإيمان للنشر، 2006.
- 8- علي عارف: الرحم المستأجر، سلسلة قضايا طبية، القاهرة، دار النفائس، ت بلا.
- 9- عبد المجيد الحكيم، الأستاذ بد الباقي البكري والأستاذ محمد1951. بشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، 1980.
- 10- كارم السيد غنيم: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط1، 1998، القاهرة، دار الفكر العربي.
- 11- مختار الصحاح: باب الألف، القاهرة، دار النهضة، ت بلا.
- 12- مختار الصحاح: باب الراء، القاهرة، دار النهضة، ت بلا.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح



1- بغداددي الجيلاني: الوسائل العلمية المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014.

#### رابعاً: البحوث والمقالات والمجلات الدورية

1- بلعباس أمال، بن عزيز حنان: التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 4، بلا.

2- خاطره خيره: استئجار الأرحام بين القانون والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لكلية القانون جامعة محمد بن أحمد وهران، الجزائر، بدون سنة.

3- سارة عيادي: استئجار الرحم بين الشريعة والقانون، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد 4، ديسمبر 2017، الجزائر.

4- عباس زياد كامل السعدي: مدى مشروعية عقد استئجار الرحم وأثاره، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد الثاني والعشرون.

5- عبدالله ابن زيد آل محمود: الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، مجلة المجمع الفقهي، العدد 8، 1998.

6- معمري إيمان ود. ميدون مفيدة: أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر والقوانين الوضعية، مقال منشور في المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية 0جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2019/12/20.

7- محمد بنان صالح: مدى مشروعية استخدام الرحم الطئر، بحث منشور في مجلة المحق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، 2015.

#### خامساً: الدساتير والقوانين

1- القانون المدني العراقي، رقم 40 لسنة 1951.

2- قانون الأسرة الجزائري، رقم 84 لسنة 1984 المعدل.

سادساً: المواقع الإلكترونية

1- عقيل فاضل الدهان، د. رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إيجار الأرحام، بحث منشور في كلية القانون عبر الإنترنت - جامعة البصرة، على الرابط الآتي [www.iasj.net/iasj/](http://www.iasj.net/iasj/).

### الملخص

من المواضيع التي أثارت ضجة في الآونة الأخيرة وذلك لكثرة الحديث والترويج لها في مجتمعاتنا من خلال الإعلانات والمسلسلات لخدمة زوجين يرغبان بالإنجاب ولكن هناك عائق صحي لدى الزوجة في الرحم رغم نشاط وصحة بويضتها فيحاول هؤلاء الزوجين بتأجير رحم من امرأة أخرى قد تكون متزوجة أو بنت بمقابل مادي أو تطوعا بالمجان من خلال عقد يبرم بين الزوجين والأم البديلة المستأجر رحمها، ويعد تأجير الرحم من عمليات التلقيح الصناعي وهي من الطرق الطبية الحديثة لمعالجة العقم حيث يتم تلقيح بويضة الزوجة الصحية ونطفة الزوج في أنبوب طبي ومن ثم يزرع في رحم المرأة الأخرى التي تطوعت بمقابل أو مجانا.

### پوخته

له نيو ئهو بابيه تانهى كه لهم دواييانهدا جهنجالى دروست كردووه، بههوى زور قسه كردن لهسهرى ورهواجدان پنى له كومهلگاكانماندا له ريگهه ريكلام و زنجيرهكانهوه بو خزمهتى ژن و ميرو كه دهيانهويت منداليان ههبيت، بهلام بهر بهستى تهندروستى ههيه بو ژنهكه له مندالدا نيدا سهرمراى چالاكى و تهندروستى هيلكهكهه، بويه ئهم هاوسهرانه ههولدهمن مندالدا نيك بهكرى بگرن له ژنيكى تر كه رهنگه هاوسهرگيرى كردببت يان كچيك له بهرام بهر پاره يان خوبهخشانه له ريگهه گرئيهستىكهوه كه له نيوان هاوسهرهكان ودايكى جيگرهوه كه مندالدا نى بهكرىداوه ئهجام دهدرت، بهكنگرتنى مندالدا نى يهكنكه له پرسهكانى پيتاندنى دهستكرد، وه يهكنكه له شيوازه پزىشكويه مؤديرنهكان بو چارهسهر كردنى نهزووى، كه هيلكهه ژنه تهندروستهكه و سپيرمهكانى ميروكه لهناو بورييهكى پزىشكيدا پيتن دهكرن، پاشان دهچنرينه ناو مندالدا نى ئهو ژنهى ديكه كه خوبهخشانه به پاره يان بهخوراى كارى كردووه.

### Abstract

This research paper seeks to shed light on a thorny contemporary juristic issue in the present age, age of scientific advancement.

One of the topics that caused a stir in recent times due to the large number of talk and promotion in our societies through advertisements and TV shows to serve a couple who want to have children, the contract of the lease of the uterus or surrogate mother, but there is a health obstacle for the wife in the womb despite the activity and health of her egg, so these spouses try to rent a uterus from another woman who may be married or a girl for a fee or voluntarily for free through a contract concluded between the spouses and the surrogate mother who rents her uterus, and the uterine rental is one of the artificial insemination operations, which is one of the modern medical methods For infertility treatment, where the wife's healthy egg and husband's sperm are fertilized in a medical tube and then implanted in the uterus of the other woman who volunteered for or free.

## الدراسات القانونية المقارنة بين الأنظمة القانونية – الأدوار والأهمية والآثار –

الدكتورة أمال قادري (\*)

دكتورة في القانون / أستاذة متعاقدة بجامعة سعيدة/ الجزائر

محمد نجيب ديابلو (\*\*)

طالب قاضي بالمدرسة العليا للقضاء/ الجزائر

تويژينهوه ياساييه بهراوردكاربيهكان له نيوان سيستمه ياساييهكاندا -  
رؤل، گرنگی و كارىگهرييهكان -

د. نامال قادري

دكتورا له ياسا / پروفيسورى گريهست له زانكوى سهعيده - جهزائير

موجهمد نهجيب ديبالو

خوينكارى قوتابخانهى بالآى دادوهرى - جهزائير

(\*) amelkadri805@gmail.com

(\*\*) nadjibdl31@gmail.com

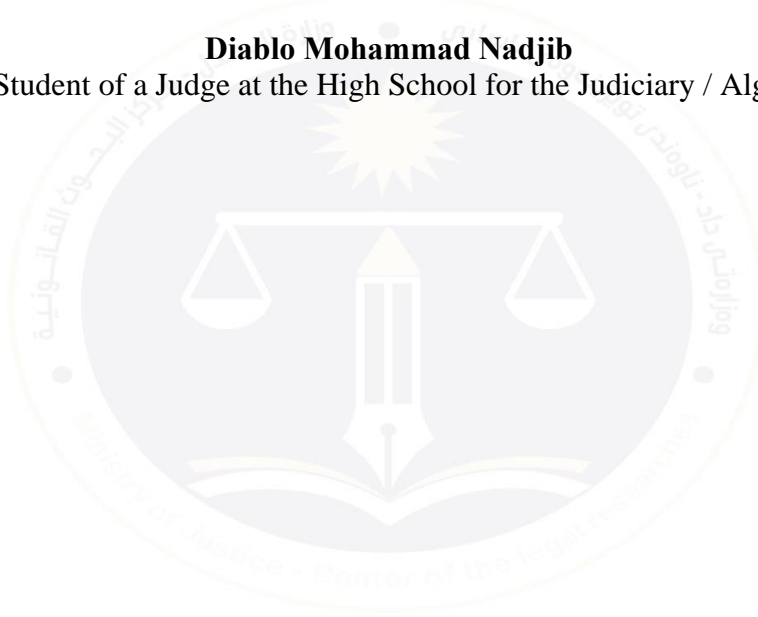
## **Comparative Legal Studies Between Legal Systems - Roles, Importance And Effects**

**Kadri Amel**

Doctor in the law Contracting professor  
Saida University / Algeria

**Diablo Mohammad Nadjib**

A Student of a Judge at the High School for the Judiciary / Algeria



## الدراسات القانونية المقارنة بين الأنظمة القانونية - الأدوار والأهمية والآثار -

## الدكتورة أمال قادري

دكتورة في القانون / أستاذة متعاقدة بجامعة سعيدة/ الجزائر

## محمد نجيب ديابلو

طالب قاضي بالمدرسة العليا للقضاء/ الجزائر

## الكلمات المفتاحية:

القانون المقارن، المنهج المقارن، الأنظمة المقارنة.

## كليه ووشه:

ياساى بهراوردكارى، ريبازى بهراوردكارى، سيستمه بهراوردكاريهكان.

**Key words:** comparative law, comparative approach, comparative systems.

## مقدمة

إن دراسة التشريعات والأنظمة القانونية ترتبط ارتباطا وثقا بالدراسات القانونية المقارنة والذي يعد القانون المقارن المجال الخصب لدراساتها من خلال التطرق للدراسات القانونية المقارنة والتي نتج عنها ظهور الأنظمة القانونية الكبرى، حيث لا يمكن التطرق إلى دراستها دون التطرق لعلاقة القانون المقارن بالدراسات القانونية المقارنة إن الهدف من هذه الدراسة هو التطرق إلى معرفة الأهمية التي حظيت بها الدراسات القانونية المقارنة ودورها في تسهيل عملية البحث والدراسات التي يقوم بها الباحثون، وذلك من خلال تجميع القوانين المتنوعة ضمن مجموعات، وعرضوا لكل مجموعة خصائص عامة تميزها عن غيرها، تكون القوانين المصنفة ضمن كل مجموعة متشابهة من حيث المبادئ الأساسية المرتبطة بشكل القانون ومضمونه، وتحدد بناء على ذلك الخصائص العامة للمنهج أو النظام القانوني، وتوصلوا على إثر ذلك إلى جمع القوانين في مجموعات كبرى هي مجموعة القوانين الرومانية الجرمانية، مجموعة القوانين

الانجلوسكسونية المعروف باسم الكومن لو، مناهج قانونية ذات طابع ديني كالشريعة الإسلامية.

وإذا كنا في الحاجة إلى حقول المعارف المختلفة تساهم في حل كثير من المشكلات المجتمعة، فإن ذلك يكون إلا من خلال الدراسات المقارنة لنستفيد منها في وضع أصول وقواعد أصيلة لعلاج أسس هذه المشكلات، خصوصا وأن المنهج المقارن يعد جزءا من بحوث الفقهاء والعلماء الفكرية في كتاباتهم ومؤتمراتهم وعليه الإشكال الذي يمكن طرحه ما هو دور وأهمية الدراسات القانونية المقارنة بين الأنظمة المقارنة؟ وكيف يتم توظيف القانون والمنهج المقارن في الدراسات القانونية المقارنة؟

وللإجابة على الإشكال المطروح أعلاه تم الاعتماد على المنهج المقارن والمنهج الوصفي لتوضيح كيف اتسع نطاق الدراسات القانونية المقارنة، فالواضح أنه بعد أن كانت تتم بين قوانين ذات الأصول مشتركة من حيث البنية والمفاهيم أصبحت تتم بين قوانين دول مختلفة من حيث البنية والمفاهيم لتعزيز التعاون الدولي، وقد أفضى التطور إلى سعي الدول لتوحيد القوانين وأنشأت لهذا الغرض معاهد وهيئات دولية مثل الأكاديمية الدولية للقانون المقارن التي تأسست في لاهاي سنة 1924 والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الذي أنشأته عصبة الأمم المتحدة سنة 1928 معهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص.

وبناءً على ذلك تم تقسيم هذه الدراسة إلى:

المحور الأول: توظيف القانون المقارن في الدراسات القانونية المقارنة

المحور الثاني: توظيف المنهج المقارن في الدراسات المقارنة

المحور الثالث: دور الدراسات القانونية المقارنة في الأنظمة القانونية المقارنة

## المحور الأول

### توظيف القانون المقارن في الدراسات القانونية المقارنة

إن أهمية القانون المقارن كانت وليدة الدراسات القانونية المقارنة والتي مرت بمراحل سنتطرق لها في هذه الدراسة من خلال عرض دور القانون المقارن في الدراسات القانونية المقارنة.



### أولاً: التطور التاريخي للدراسات القانونية المقارنة

إن الدراسات القانونية قديمة النشأة، غير أن القانون المقارن كعلم ومنهج حديث النشأة نسبياً، و يرجع السبب في ذلك إلى أنه بقي لمدة طويلة يهتم باستخلاص مبادئ وحلول مع احترام إرادة الله والطبيعة وعقل الإنسان فأهمية القانون المقارن كانت وليدة الدراسات القانونية المقارنة والتي مرت بمراحل كالآتي:

#### 1 - مرحلة نهضة حركة الجامعات في أوروبا:

تعتبر الدراسات القانونية من أقدم الحضارات حيث استخدمها أرسطو سنة 322 - 384 قبل الميلاد في كتابه المشهور عن السياسة، لما قام بمقارنة أزيد من 153 من الدساتير التي تحكم المدن اليونانية آنذاك، ولقد حذا حذوه كثير من الفلاسفة، غير أن الانطلاقة الأولى للدراسات القانونية المقارنة كان من جامعة بولونا بإيطاليا في الفترة 11 م لما اعتمدت عليها، وتجسد ذلك من خلال اقتباس الكثير من الأحكام والقواعد الخاصة في القانون المدني من مجموعات جون ستونيان، والتي تتمثل في النظم القانونية المدنية السائدة في الإمبراطورية الرومانية آنذاك، وكان الهدف الرئيسي محرقة الجامعة بإيطاليا هو استخلاص قانون نموذجي أطلقوا عليه العقل المكتوب.

#### 2 - مرحلة ركود الدراسات القانونية:

في هذه المرحلة تغير مفهوم الدراسة المقارنة نوعاً ما بداية القرن 19 م مما ساهم في ركود نسبي لدراسة القوانين المقارن ويرجع ذلك للعوامل التالية:

- ظهور المدرسة التاريخية في ألمانيا والتي تعتبر أن مصدر القانون يستمد من ماضي وتاريخ الأمة وأن اعتماد على أي قانون أجنبي من شأنه أن يسيء إلى عاداتها وتقاليدها، باستثناء القانون الروماني الذي كان يطبق على المجتمع الألماني
- المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية والتي ساهمت في ترسيخ أفكار المدرسة التاريخية الألمانية في أذهان المجتمع الفرنسي.
- المبادئ التي جاءت بها مدرسة القانون الطبيعي على أنه قانون عالمي ثابت أبدي قائم على العدل.
- إن الكنيسة لم تترك المجال لتطور الدراسات القانونية المقارنة لما تبنت مبادئ القانون الطبيعي معتبرة إياه قانوناً إلهياً.
- ظهور حركة التدوين والتقنين في بدايات القرن 19 عشر، والتي أثرت سلماً عمياً

تطور الدراسات المقارنة من خلال اهتمام الفقهاء بالتشريع كمصدر للقوانين<sup>(1)</sup>.

### 3 - مرحلة تأسيس وانتشار الدراسات القانونية:

تعد المراحل السالفة الذكر مرحلة تمهيدية لتأسيس القانون المقارن وحيث تعد الدراسات المقارنة جوهرها له، أما المرحلة التأسيسية له فقد بدأت في مطلع القرن 20 وذلك بانعقاد أول مؤتمر للقانون المقارن في فرنسا (باريس) في 1900/07/31، والذي يعد ميلادا تاريخيا للقانون المقارن، وكانت الفكرة الأولى للمؤتمر في وضع قانون مشترك للإنسانية المتحضرة.

وقد اتسع مجال الدراسات المقارنة بعد الحرب العالمية الأولى بفضل التغير السياسية والجغرافية، فلم تصبح القانونية تقتصر على القوانين اللاتينية والجرمانية بل تعدتها إلى قانون الكومن له، أي القانون المشترك والذي كان سائدا آنذاك في بريطانيا وأمريكا وأستراليا وغيرها، وتوجد جملة من العوامل ساهمت في انتشار وانتعاش الدراسات القانونية المقارنة في المجال الدولي من أجل النزاعات بين الدول أهمها:

- تأسيس محكمة العدل الدولية.

- إنشاء منظمات وتجمعات غايتها توحيد القوانين باستخدام الدراسات المقارنة كالأكاديميات الدولية للقانون المقارن، التجمع الأميركي، دراسة القوانين المقارنة، معبد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص

- عقد اللقاءات القانونية بين مختلف الدول مثلما تبنته جمعية القانون المقارن الفرنسية لتقريب بين مختلف قوانين أوروبا الشرقية وأوروبا الغربية<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: مفهوم القانون المقارن

في الواقع يرتبط القانون المقارن ارتباطاً وثيقاً بدراسة القوانين الأجنبية من ناحية ومقارنة القوانين من ناحية أخرى، حيث لا يمكن مقارنة عنصرين دون معرفة أحدهما دون الآخر بدرجة كافية.

(1) اعريجي هجيرة، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، أقيمت على طلبه سنة، جامعة جيجل السنة الجامعية 2019 - 2020/2021 - 2022 ص 01 منشور بتاريخ 2022/07/02 على

الموقع <https://www.univ-djelfa.dz>

(2) لعريجي هجيرة، مرجع سابق، ص 20.

## 1 - تعريف القانون المقارن:

إن القانون المقارن ليس مجموعة من قواعد القانون التي تنظم حياة المجتمع، ولا فرعاً من فروع القانون العام أو الخاص، ولكنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على أساس المقارنة بين قانونين أو أكثر، مهما كانت التسمية التي اختارها الباحثون له، سواء تسميته بالقانون المقارن، مقارنة القوانين، الطريقة المقارنة أو التشريع المقارن<sup>(1)</sup>.

فالقانون المقارن اصطلاح مترجم عن المصطلح الفرنسي "Droit comparé" والإنجليزي "Comparative law"، هذا الاصطلاح الذي أسال الكثير من الحبر، خصوصاً فيما تعلق بمسألة التسمية بداية ثم الطبيعة، باعتبار أن تسمية القانون المقارن هي تسمية مضللة، حيث ينصرف إلى الذهن أنه قانون كغيره من القوانين الوضعية، كالقانون المدني أو التجاري<sup>(2)</sup> الأمر الذي دفع بالفقهاء إلى البحث عن تسميات أخرى عليها تبعدنا عن هذا الغموض الاصطلاحي، فقد ذهب الفقهاء الألمان إلى تسميته "مقارنة القوانين Comparaison des lois"، واستعمل فقهاء آخرون عبارة "الطريقة المقارنة Méthode comparative"، بل أن البعض أثر تسمية إنجلترا في فيفضل قانون، كلمة استبعاد "المقارن الاجتهاد" Jurisprudence comparative، واختار الفقيه إدوارد لامبير تسمية التشريع المقارن La législation comparée، والتشريع عند هذا الأخير يقصد به النظام القانوني، غير أن اصطلاح "القانون المقارن" هو الذي هيمن في الأخير على كتابات الفقهاء في التسمية<sup>(3)</sup>.

بناءً على ما سبق يمكن تعريف القانون المقارن كعلم منهاجي بأنه دراسة النظم القانونية السائدة أو عبر العصور لأجل استخلاص الأصول العامة المشتركة، أو الكشف عن أوجه التشابه وأوجه الاختلاف لأجل إصلاح التشريع أو لتوحيد القوانين أو التقريب

(1) Alexandre OTETELISANU, Les conceptions de Edouard Lambert sur le droit comparé, cite dans « Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'étude en l'honneur d'EDOUARD LAMBERT » Recueil Sirey, Paris, 1938, page 39 et suites

(2) عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2011، ص 21

(3) عبد الحليم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مطبوعات المخبر، سبتمبر 2018، ص 35 - 36

بينها، و البحث في مصادرها وأصولها وانتشارها الجغرافي<sup>(1)</sup>.

## 2 - طبيعة القانون المقارن:

يرجع سبب اختلاف الفقه في مسألة تعريف القانون المقارن إلى اختلافه في تحديد طبيعته، إذ ثار الجدل حتمي بين الفقهاء بخصوص طبيعة القانون المقارن من يرى أنه علم قائم بذاته غايته توحيد الشرائع والنظم الحديثة وتحسينه<sup>(2)</sup>، وهناك طائفة من الفقهاء ترى أنه مجرد طريقة من طرق البحث العلمي ومن يراه ستخدم لتوضيح طريقة مقارنة الحلول الواردة في القوانين الوضعية<sup>(3)</sup>.

### 2.1 - القانون المقارن علم مستقل:

يذهب كل من الفقيهين ريموندسالي Raymond Saleilles وإدوارد لامبير Edouard Lambert إلى القول بأن القانون المقارن هو العلم الذي يبحث في القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم المختلفة<sup>(4)</sup>، وقد انتقد هذا المذهب الأول من حيث أنه لم يستطع أن يضع تعريفاً موحداً للقانون المقارن، يقبله جميع المشتغلين في مجال المقارنة حتى بعد مرور نصف قرن من استعمال المصطلح، كما أن الخلاف حول طبيعة القانون المقارن ووظيفته أدى إلى زيادة غموضه<sup>(5)</sup>.

### 2.2 - القانون المقارن مجرد منهج:

ذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى أن القانون المقارن مجرد منهج للبحث، فلا هو بالعلم ولا هو بالفرع القانوني، وإنما هو كما يقول الفقيه روني دافيد روني David مجرد طريقة للمقارنة في مجال العلوم القانونية، كما يذهب الفقيه قوتريج Gutterige إلى أنه الطريقة المقارنة في تطبيقها على الدراسات القانونية، وقد ساد هذا المذهب بعد الحرب العالمية

(1) زيتوني فاطيمة، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، أقيمت على طلبية السنة 3 حقوق،

قانون خاص، ص 7 منشورة على الموقع <https://www.elearn.univ-tlemcen.dz>

(2) Pfersmann Otto, Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 53 N° 2, Avril - Juin 2001. pp 275 - 288 (<http://www.persée.fr> , le 20/12/2017

(3) Etienne Picard, « L'état du droit comparé en France », In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 51 N°4, Octobre - Décembre 1999, pp 885 - 901 (<http://www.persée.fr> ,

- عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط 02، جامعة الكويت 1982، ص 18 - 19(4)

- عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق، ص 23 - 24(5)

الثانية.<sup>(1)</sup>

ويقوم هذا الاتجاه الثاني على أن القانون المقارن كمنهج للبحث يهدف إلى تحقيق ثلاثة مسائل، بداية من أن الدراسة المقارنة تحدد موضوعا لها ثم تتعمق فيه، وهذا الأمر يتطلب معرفة بالقوانين المقارنة محلية وأجنبية، ثم إن هذه الدراسة لا تتم إلا بمقارنة قواعد القانون الوطني بما يقابلها في القانون الأجنبي، بل أن الأمر أعمق من ذلك، إذ نجد أن المقارنة تتم مع المنهج العام للقانون الأجنبي في بنيته وهيكله ومصادره، كما أن الطريقة المقارنة تبعد الباحث عن المسائل الفلسفية المجردة، وتقربه أكثر من القوانين النافذة على أرض الواقع.<sup>(2)</sup>

نجد أنه حتى بالنسبة لهذا المذهب الانتقادي الجديد لم يسلم هو الآخر من النقد بسبب الوقوع في الغموض، حيث أنهم يرون بأن القانون المقارن لا يمكن أن يفهم أو أن يحدد بالغاية التي يهدف إلى تحقيقها سواء كانت التعرف على القانون الأجنبي أو حل مشكلة قانونية، أو تحديد الإطار القانوني لاتفاقية دولية أو توحيد القانون، وعلى ذلك يرى أصحاب هذا الرأي بأن القانون المقارن تعدد مفاهيمه ووظائفه بتعدد الغايات من ورائه.<sup>(3)</sup>

### 3.2 - الرأي الراجح القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة:

أما الرأي الراجح فإن القانون المقارن يأخذ سمة العلم أكثر من سمة المنهج، خصوصا بعدما تحددت موضوعاته، سواء ما تعلق بتطور الأنظمة القانونية واستخلاص العناصر الأساسية التي تقسم على ضوءها العائلات القانونية الكبرى، حيث تتميز كل واحدة منها بمنهجها وجغرافيتها القانونية Géographie juridique، فأصبح بذلك تحديد انتماء قانون ما إلى مجموعة دون أخرى يحتكم إلى علم القانون المقارن، فهذا هو مجال عمل هذا الأخير، وحتى وإن ظهر القانون المقارن كوسيلة للمقارنة بين قاعدتين قانونيتين في قانونين مختلفين، فإن هذه المقارنة سوف تؤدي لا محال إلى تحصيل معلومات جديدة، تجعل من القانون المقارن علما كذلك حتى في هذه الحالة.<sup>(4)</sup>

- عبد الحلیم بن مشري، مرجع نفسه، ص 38(1)

- عصام نجاح، مرجع سابق، ص 83(2)

(3) القانون المقارن والمنهج المقارن في الدراسات القانونية منشور على الموقع <https://www.mdrscenter.com> بدون ذكر السنة

- محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 05، عبد

←

### 3 - دور القانون المقارن وأهميته في الدراسات القانونية المقارنة:

لل قانون المقارن بصفة عامة وللدراسات القانونية المقارنة بصفة خاصة، أهمية ودور كبير في المجال القانوني سواء بالنسبة للأشخاص المختصة في القانون أو بالنسبة لفروع القانون.

#### 3.1 - أهمية القانون المقارن بالنسبة للأشخاص المختصة في القانون:

- دور القانون المقارن بالنسبة للمشرع:

يسعى المشرع دائما إلى أن يكون التشريع أكثر تطورا فإنه دائما ما يسعى إلى الإطلاع على تجارب الآخرين، لمعرفة ما في هذه القوانين من مزايا وعيوب عند سنه أو تعديله وتنقيحه للقانون الوطني، كما أن إن سعي المشرع للاطلاع على القوانين الأجنبية يكون بشكل مستمر، لانتقاء أحسن ما في تلك القوانين الأجنبية لإعداد أحسن تشريع وطني مع مراعاة الخصوصيات الوطنية لأجل إقامة النظام العام<sup>(1)</sup>.

ومن خلال إلمام المشرع واطلاعه على التشريعات المقارنة، يستطيع إصلاح التشريع الوطني وذلك بسد بعض النقائص والثغرات، واقتباس بعض الأنظمة التي تأكدت نجاعتها في الأنظمة المقارنة، وكذلك استخلاص القواعد القانونية المثلى وتكييفها وفق ما يتماشى مع مجتمعه<sup>(2)</sup>.

- دور للقانون المقارن بالنسبة للفقهاء:

يساهم الفقه والقضاء بدور هام عن طريق الدراسة المقارنة في إصلاح التشريع أو حسن تطبيقه فالفقه في ميدان القانون تبقى دراساته القانونية ناقصة، و لا تفي بما هو مطلوب من إصلاحات في التشريع إذا ما ابتعدت عن الدراسة المقارنة، فالفقيه لما يقارن بين قانونه الوطني وبين مختلف الأنظمة القانونية تبرز له عيوب وثغرات ونواقص قانونه الوطني، فيقدم اقتراحاته للمشرع فيساهم في وضع القوانين وفي تعديلات أخرى بما

←

السلام الترمائني، مرجع سابق، ص144(1)

- زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص 11(1)

- اعريجي هجيرة، مرجع سابق، ص 5(2)

يناسب توجهات المشرع<sup>(1)</sup>، لذلك تعد الدراسات المقارنة الفقهية المجال الخصب لدراسة القانون المقارن، و قد رأينا أن بداية التركيز على القانون المقارن كان من قبل الجامعات الغربية لا سيما الجامعات الفرنسية.

### - دور للقانون المقارن بالنسبة للقاضي:

لا يقل دور القضاء شيئاً عن دور الفقه في إصلاح عيوب التشريع واستكمال نقائصه عند بحثه الحلول العادلة في القضايا المطروحة أمامه، فالقاضي في تفسيره لإرادة المشرع قد يصعب عليه معرفة إرادة المشرع، ويكون النص مأخوذاً من القانون الأجنبي فيرجع إلى ذلك القانون لتفسير النص<sup>(2)</sup>.

وتساهم الدراسات القانونية المقارنة وفي إطار القواعد القانونية العامة والمجردة والتي تفتقر إلى الوضوح في استعانة القاضي بمناهج عديدة في التفسير، من بينا الرجوع إلى المصدر التاريخي، وذلك من خلال عودته إلى القانون الأجنبي الذي اقتبس منه المشرع الوطني نظامه القانوني حيث سمحت أغلب التشريعات المقارنة للقاضي إذا لم يجد حلاً للنزاع المطروح أمامه أن يلجأ إلى الحكم بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>(3)</sup>.

### 3.2 - أهمية القانون المقارن بالنسبة لفروع القانون:

#### - أهمية القانون المقارن في مجال النظرية العامة للقانون:

تبين لنا الدراسة المقارنة في هذا المجال الأصل التاريخي لتقسيمات القانون والخصائص التي تتميز بها، مفاهيمها، ومصادرها فبالنسبة لتقسيمات القانون فإن الدراسات المقارنة تبين لنا عدم اعتماد بعض الأنظمة على تقسيم القانون إلى عام وخاص، وكذلك فإن مصادر القانون تختلف من نظام قانوني إلى آخر، وكذا بيان خصائصه التي يتميز بها عن خصائص ومفاهيم القوانين المقارنة<sup>(4)</sup>.

#### - أهمية القانون المقارن في مجال فلسفة القانون:

إذا كان القانون المقارن يعنى بدراسة القوانين عيد المقارنة فإن الدراسة القانونية في

- اعريجي هجيرة، مرجع سابق، ص 5(1)

(2) زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص 11

(3) اعريجي هجيرة، مرجع نفسه، ص 5

(4) René David, Les grands systèmes de droit contemporain ,op. cit. page, page 3.

فلسفة القانون تختص بدراسة نظريات ومذاهب المفكرين في مختلف الأنظمة، مما يفسر العلاقة الوطيدة بين فلسفة القانون والقانون المقارن. لأن ما يتوصل إليه الباحث من استخلاص أوجه التشاور والاختلاف بين القوانين الوضعية يمكن أن يكون بداية فلسفة القانون والتي تتم بأصل القانون، وغايتها. والكشف عن كل ما يباعد أو يقارب بين الأنظمة القانونية بحسب التوجهات الفلسفية التي تغذيها<sup>(1)</sup>.

#### أهمية القانون المقارن في مجال تاريخ القانون:

تؤدي الدراسة القانونية في مجال تاريخ القانون إلى معرفة مفاهيم القانون من حيث أصولها ومدى ارتباطها بالمعتقدات المحلية، مما يساعد على التعمق في فهم بعض النظم والقواعد القانونية العتيقة<sup>(2)</sup>.

#### - أهمية القانون المقارن في مجال علم الاجتماع القانوني:

تبين الدراسة المقارنة في هذا المجال أثر الظروف الاجتماعية الخاصة بكل نظام قانوني، ومدى ارتباط حركة القانون والظاهرة الاجتماعية، وتكشف مدى إمكانية إحاطة القاعدة الظاهرة الاجتماعية أو إفلاتها منها بسبب قصور تلك القاعدة وعدم مراعاتها للجوانب المتطورة لتلك الظاهرة<sup>(3)</sup>.

#### 5 - وظيفة وأهداف القانون المقارن في الدراسات القانونية المقارنة:

إن السؤال المطروح في هذا الصدد هو ما الهدف من دراسة التشريعات الأجنبية، و لماذا تتم مقارنتها مع التشريع الوطني؟ و عليه للإجابة على هذا التساؤل ستكون كالاتي:

#### 5.1 - تحسين القوانين الوطنية:

إن المشرع لا يمكنه أن يتجاهل التطورات القانونية الجديدة عبر العالم والتي يهتم القانون المقارن بدراستها، وقد تبين أهمية القانون المقارن في سن التشريعات في مجال حماية البيئة، وقوانين حماية المستهلك وقوانين حماية الملكية الفكرية... إلخ هذا فدراسة القانون المقارن تكون نافعة حينما تقدم للمشرع مشاريع قوانين تتضمن

(1) Michel Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, Paris, 2013, page 5.

(2) René David, Les grands systèmes de droit contemporain, 11 édit. Dalloz, Paris, 2002, page 3.

(3) إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، سنة 1985، ص 42



قوانين موجودة في تقنيات أجنبية مع تبيان كيفية تطبيقها ومحاسنها، وما هو ملاحظ أنه كلما ازدهر نظام قانوني معين وتطور وبرز على المستوى الدولي إلا وفرض هيمنته على المجال القانوني وكان محل اهتمام باقي الدول.

وانطلاقاً من هذا السياق يمكن للمشرع أن يستفيد من تجارب الدول الأخرى من خلال الدراسة المقارنة لأنظمتها القانونية، فيتمكن من إصلاح عيوب مختلف فروع القانون الوطني وسد ما بها من ثغرات وإكمال ما بها من نقص، كما ويمكن للفقهاء من خلال الدراسات المقارنة التي يجربها أن يكون رائداً للمشرع في مجال إصلاح القانون الوطني، يمهد له سبل صنع القواعد القانونية الأصلاح للمجتمع<sup>(1)</sup>.

## 5.2 - توحيد القوانين:

إن فكرة التوحيد من أهم المسائل التي يعالجها القانون المقارن، فمن خلال الدراسات المقارنة يمكن التوصل إلى أنظمة قانونية دولية تحل محل القوانين الوطنية سيما في مجال القانون الخاص.

### التوحيد الداخلي:

ويقصد به توحيد القوانين داخل الدولة الواحدة. من ثم تظهر أهميته في القضاء على التفرقة والطائفية. كما أنه ضروري لتحقيق فكرة السيادة الوطنية. أيضا يسهل العلاقات داخل الدولة الواحدة، فيؤدي إلى نموها وازدهارها، حيث تحققت هذه الفكرة في فرنسا بصدور قانون نابليون عام 1808. إيطاليا وحدت قانونها المدني عام 1865، سويسرا عام 1881، ألمانيا عام 1896..

### - التوحيد الخارجي:

فهو توحيد قوانين دولتين أو أكثر فينصب التوحيد على فرع من فروع القانون كتوحيد القانون المدني أو التجاري، أو ينصب على مسألة معينة كتوحيد أحكام العقود وأحكام المسؤولية المدنية. والتوحيد الخارجي له أهمية في تحقيق السلامة القانونية سيما في التجارة الدولية، فتنوع الأنظمة القانونية وصعوبة تطبيق إحداها في وجود نزاع يشير إلى أهمية توحيد القوانين سيما في مجالات معينة كقانون الأعمال للتخفيف من العوائق التي قد تثور مثلا في مجال التجارة الدولية.

- زيتوني فاطيمة، مرجع سابق ص 08(1)

ويتحقق التوحيد الخارجي عن طريق الانضمام للاتفاقيات الدولية، ومن المواضيع التي كان لها السبق في مجال التوحيد القانوني لدى المجتمع الدولي عقد البيع الدولي للبضائع، بعد جهود قام بها معهد روما لتوحيد القانون الخاص وبمساعي من الأمم المتحدة، وأدى ذلك إلى إبرام اتفاقية الأمم المتحدة بعقود البيع الدولي للبضائع والمعروف باتفاقية فيينا سنة 1980<sup>(1)</sup>.

## 6 - الفائدة العملية للقانون المقارن في الدراسات القانونية:

### 6.1 - على المستوى الوطني:

تساهم الدراسات المقارنة في مجال القوانين الوضعية على المستوى الوطني في فهم أفضل للقانون الوطني، واكتشاف بعض ما قد يعتره من عيوب وثغرات، وإدراك أفكاره الكامنة، خاصة حينما يكون القانون الوطني مقتبسا من قوانين أخرى أكثر تطورا. وانطلاقا من هذا السياق، يمكن للمشرع أن يستفيد من تجارب الدول الأخرى من خلال الدراسة المقارنة لأنظمتها القانونية، فيتمكن من إصلاح عيوب مختلف فروع القانون الوطني وسد ما بها من ثغرات وإكمال ما بها من نقص. ويمكن للفقهاء من خلال الدراسات المقارنة التي يجريه أن يكون رائد للمشرع في مجال إصلاح القانون الوطني، يمهد له سبل صنع القواعد القانونية الأصلاح للمجتمع<sup>(2)</sup>.

### 6.2 - على المستوى الدولي:

يحقق القانون المقارن على المستوى الدولي فوائد مهمة تتجلى أساسا في مساهمته في التقريب بين الشعوب وحسن التفاهم والتعاون بينها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف دعا الفقيه الفرنسي لامبير في المحاضرة الافتتاحية للموسم الجامعي إلى جعل القانون المقارن وسيلة اتصال بين القوانين الوطنية لتكوين ضمير قانوني عالمي تؤدي إلى جعل القانون أداة تفاهم بين الشعوب لتتمكن من الاتفاق فيما بينها<sup>(3)</sup>، كما يقوم بتوثيق العلاقات بين الدول من خلال دوره الهام في إعداد المعاهدات، إبرامها وتفسيرها عن أهميته المتميزة في المفاوضات بين الدول، لأن معرفة القانون الأجنبي تساهم فمعرفة وإدراك وجهة نظر

(1) زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص 8 - 9

(2) René David, Les grands systèmes du droit comparé, op. cit. page 10

(3) Edouard Lambert, Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique, Revue de l'université de Lyon, 1929, pp 441 - 463

الطرف الآخر وإعداد الحجج التي تكل نجاح التفاوض<sup>(1)</sup>.

### 7. - طرق المقارنة في الدراسات القانونية المقارنة:

من أجل فهم وتقدير القانون الوطني بطريقة صحيحة، يجب ألا تقتصر المقارنة القانونية بينه وبين القوانين القريبة منه فحسب، وإنما يجب أن تمتد إلى القوانين التي لا صلة له بها، أي التي تخالفه من حيث عناصره الأساسية<sup>(2)</sup>.

#### 7.1 - طريقة المقابلة:

ويطلق عليها تسمية المقارنة بالمجانبة Juxtaposition، ومفادها أن يضع الباحث الأحكام التي تعالج، موضوعا واحدا في قوانين مختلفة جنبا إلى جنب، فيقابل بعضها بعضا ليتمكن الباحث من معرفة مواضع التشابه والاختلاف بين هذه النصوص، وهذه الطريقة كانت متبعة في نهاية القرن التاسع عشر وما قبله، فكان الباحث إذا أراد أن يدرس موضوعا معيناً في عدة قوانين، فإنه يأخذ منها الأحكام التي تتعلق بهذا الموضوع ويضعها إلى جانب بعضها البعض ليتعرف على ما بينها وبين قانونه الوطني من اتفاق واختلاف<sup>(3)</sup>، فلو أراد أن يدرس موضوع مصادر قانون العقوبات مثلاً، ما عليه إلى أن يأخذ المادة الأولى من قانون العقوبات في كل من القانون الجزائري والفرنسي والمصري<sup>(4)</sup>.

#### 7.2 - طريقة المقاربة:

سميت هذه الطريقة بالمقاربة Rapprochement تعويلاً على عنصر القرب أو التشابه الكبير بين القوانين محل المقارنة، ومفادها أن يدرس الباحث وجوه التقارب بين القوانين القابلة للمقارنة، وهي القوانين المتشابهة في البنية وفي الخصائص كالقوانين الرومانية الجرمانية بالنظر إلى أنها مستمدة من مصادر قانونية مشتركة تخضع لمنهج قانوني موحد، يجعلها قابلة للمقارنة فيما بينها، فهذه الطريقة إذن تصلح أثناء المقارنة بين قانونين بينهما أوجه تشابه كثيرة وفروق قليلة، كقوانين الدول التي تنتمي إلى مجموعات قانونية أو عائلة

(1) حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أقيمت على طلبه السنة الثالثة ل م د قانون عام،

كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، سنة 2017 - 2018، ص 9

(2) محمد نصر محمد، علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،

2013 ص 08

- عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 97(3)

(4) عبد الحليم مشري، مرجع سابق، ص 43

واحدة<sup>(1)</sup> تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية وتجزئتها، أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة، سمي بالمقارنة الجزئية، وتهتم دراسة النظام الذي يحتويها، وأخيراً تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة، كدراسة قواعد البنية في نظام الأسرة التي يحتويها المنهج اللاتيني، سمي بالمقارنة الكلية<sup>(2)</sup>.

### 7.3 - المضاهاة:

تقوم هذه الطريقة على بيان أوجه الاختلاف والتباين بين القوانين النابعة من بنية اقتصادية مختلفة كالمقارنة بين قوانين المنهج الروماني الجرمانى والقوانين الاشتراكية<sup>(3)</sup>، ويبدو أنها لا تصلح عند المقارنة بين عدد كبير من المواد، فهي تستعمل عند المقارنة بين نصوص قليلة تتضمن مواضيع محددة، كالمقارنة التي تجرى مثلاً في موضوع الملكية أو العقود بين قوانين دولتين إحداهما اشتراكية والأخرى رأسمالية<sup>(4)</sup>.

بالإضافة إلى البحث والتحري عن مختلف العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي، ومن مقدمتها العوامل التاريخية التي تؤثر في بنية القانون، والعوامل الاجتماعية التي تؤثر في مجال تطبيقها، والعوامل السياسية التي لها التأثير الفعال في تحديد المفاهيم القانونية وأخير العوامل الاقتصادية التي يختلف تأثيرها على القانون باختلاف مدى تدخل الدولة في تقييد الحرية الاقتصادية<sup>(5)</sup>.

### 8 - مكانة القانون الوطني بين القوانين المقارنة:

يمكن القانون المقارن رجل القانون من معرفة عيوب وثغرات قانونه الوطني لما يستعمل الدراسات القانونية المقارنة فيقترح على المشرع تعديل النصوص القانونية أو إلغائها، مع مراعاة خصوصية المجتمع والظروف الخاصة بكل تشريع فيحافظ رجل القانون على مكانة قانونه الوطني بين القوانين المقارنة. وعلى الرغم من أن غم من أن

- عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 98(1)

- حميد شاوش مرجع سابق، ص 08(2)

(3) زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص

(4) عبد الحليم مشري، مرجع نفسه، ص 46

(5) عبد الرزاق، بوضياف محاضرات الأنظمة القانونية المقارنة أقيت على طلبه السنة الثالثة حقوق

(عام + خاص)، كلية الحقوق، جامعة سطيف ص 14

النظام القانوني الجز تأثر بالأنظمة القانونية المقارنة، لكن دائما يحرص المشرع في المحافظة على مكانة القانون الوطني بين القوانين المقارنة<sup>(1)</sup>.

### 9 - تأثر المنظومة القانونية الجزائرية بالقانون المقارن

تأثر النظام القانوني الجزائري إلى حد بعيد بالقانون الفرنسي بدءا بقانون نابليون مروراً بالقانون التجاري نظام الاستهلاك المنافسة نظام التأمين القرض، والنقد كما أنه أخذ من المدرسة الألمانية وتبنى أحكام السجل التجاري والشركة ذات المسؤولية المحدودة ومؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، هذا وأخذت من الأنظمة الانجلوسكسونية الاعتماد الإجاري وعقد تحويل الفاتورة وعقد التسيير<sup>(2)</sup>.

كما يجب التذكير أن المشرع الجزائري اقتبس من المدرسة الألمانية التي تنتمي إلى نظام الروماني الجرمانى بعض الأنظمة منيا أحكام السجل التجاري، كذلك شركة ذات المسؤولية المحدودة ومؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، ولا ننسى أن الجزائر كانت تبني النظام الاشتراكي كنظام اقتصادي في الماضي مما جعل قوانينها تتماشى مع الأيديولوجية آنذاك ولكنها تحولت عن النظام الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق وطبقت منظومتها القانونية مع النظام الاقتصادي الجديد<sup>(3)</sup>.

## المحور الثاني

### توظيف المنهج المقارن في الدراسات المقارنة

#### أولاً: المقصود بالمنهج المقارن:

عرف المنهج المقارن كذلك بأنه: "المنهج الذي يعتمد الباحث للقيام بالمقارنة بين قانونه الوطني وقانون أو عدة قوانين أجنبية أو أي نظام قانوني آخر، كالشريعة الإسلامية، وذلك لبيان أوجه الاختلاف والاتفاق بينهما فيما يتعلق بالمسائل القانونية محل البحث، بهدف التوصل إلى أفضل حل لهذه المسألة"<sup>(4)</sup>

(1) اعريجي هجيرة، مرجع سابق، ص 9

(2) زيتوني فاطمة، مرجع سابق، ص 24

- حميد شاوش، مرجع سابق، ص 9(3)

- براء منذر كمال عبد اللطيف، أصول البحث القانوني التقليدي والإلكتروني، جامعة الموصل، دار ابن

الأثير للطباعة، 2011 ص 21(4)

وتستفيد الدراسات القانونية بشكل مكثف من المقارنة، حيث تساعد في وضع قواعد وملخصات هامة، سواء من خلال مقارنة المؤسسات والوقائع والأنساق والنظم القانونية في مجتمع محدد أو في مجتمعات مختلفة.

والقانون المقارن على الرغم الجدل القائم حوله، إلا أن هذه النقاشات حول القانون المقارن ألهمت حتى من يعارضها من رجال القانون، فالمحامون مقارنون بتلقائية عندما يجرون المقارنات بين أحكام المحاكم ويبحثون فيها أن أوجه التشابه والاختلاف، والمقارنة بين الأحكام والنصوص والاجتهادات السابقة، وعلى ذلك يشكل القانون المقارن ما هو امتداد للطبيعة البشرية<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: متطلبات المقارنة المنهجية

لكي يستطيع الباحث القانوني تحقيق الاستفادة القصوى من الدراسات المقارنة باستعمال المنهج المقارن، يشترط فيه توفر مجموعة من المعارف المسبقة وهي ما يعبر عنه بمقومات المقارنة المنهجية، ولعل أهم هذه المقومات مسألة الإحاطة العلمية بالقانون الأجنبي، والعوامل المؤثرة في تكوين هذا الأخير.

#### 1 - القانون المقارن ومقدمة القوانين الأجنبية:

القانون المقارن له كيانان مقارنة القوانين ودراسة القوانين الأجنبية وتحمل دراسة القوانين الأجنبية مكاناً ثانوياً، إن لم يكن هامشياً في النظم التعليمية والجامعات التي تضم كليات الحقوق والتي يهيمن عليها اهتمام منح الشهادات التي تمنح حق الوصول إلى المهن القانونية والقضائية التي هي أساساً وطنية إذ أنه يتكامل مع القانون المقارن، كما تلعب دراسة القوانين الأجنبية دوراً مهماً في تحسين التفاهم الدولي في الصداقة بين الشعوب توضح لنا هذه الدراسة أيضاً ظواهر تنافسية أحيانا بين القوانين وظواهر تنافسية أحيانا بين الشعوب.<sup>(2)</sup>

- عبد الحليم مشري، مرجع سابق، ص 42(1)

(2) بن مسعود احمد، محاضرات مقياس الأنظمة المقارنة أقيت على طلبة السنة 3 حقوق، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، 2020 - 2021، .. ص 39 منشورة على الموقع <https://www.fdsp.univ-djelfa.dz>

## 2 - علم الباحث المقارن بالقانون الأجنبي:

إن أغلب الدراسات المقارنة في الوقت الراهن هي دراسات مقارنة أفقية حيث يقارن الباحث في العادة بين قانون بلده وقانون دولة أجنبية، ولأن كانت الدراسات العمودية أو الرأسية لا تثير الكثير من الإشكالات العملية على اعتبار أنها دراسات تقع بين قوانين محلية في العادة، فإننا نجد في المقابل بأن الدراسات المقارنة الأفقية تثير مشكلة أساسية تدور حول معرفة القانون الأجنبي، بحيث يختلف منطلقات هذا الأخير وكذا مصادره وفلسفته وغاياته بالانتقال من دولة إلى أخرى والمقارنة المنهجية لا تحقق غايتها إلا بمعرفة القانون الأجنبي معرفة موضوعية كاملة.

والملاحظ أن الدراسات القانونية المقارنة العملية تتوقف عند حدود ما جاء في النصوص القانونية، وهذا الأمر بلا شك فيه تقصير كبير في فهم قانون الأجنبي، والأحكام القضائية للقانون الأجنبي، كما أن الدراسات المقارنة التي تعقد بخصوص قوانين متحدة أو مختلفة مع لغة الباحث، تزداد فيها صعوبة الدراسة المقارنة بالضرورة إذا ما اختلفت بها اللغة التي كتب بها القانون الأجنبي، وحتى على مستوى المقارنة بين القوانين المتحدة في اللغة، كالمقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي أو المصري مثلا المغربي، التونسي وغيرها، يجب أن ينتبه الباحث إلى معاني المفردات فيها، فقد تميزت الدلالات الاصطلاحية عند التنقل من قانون إلى آخر حتى والمتعارف عليه بمدلول واحد، وأن لا يتوقف في بحثه عند حدود دراسة النصوص، بل يجب أن يعرف بنية القانون الأجنبي محل المقارنة، وهذا من حيث تقسيماته ومصادره وكيفية تطبيقه<sup>(1)</sup>.

## 3 - معرفة العوامل التاريخية المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي:

إن أهمية هذا العامل تزيد أكثر في الدراسات المقارنة الرأسية، حيث يركز الباحث بشكل كبير على الأسباب التاريخية المصاحبة لوضع قانون ما، والأسباب التي دفعت إلى التعديل أو الإلغاء<sup>(2)</sup>.

أما على مستوى الدراسات المقارنة الأفقية فإن معرفة الأسباب التاريخية المحيطة

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، القاهرة: دار الفكر العربي، 2007 ص 46

(2) عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 102

بوضع نص قانوني أو قانون ما تمكنا من فهم أسباب الاتفاق والاختلاف بين القوانين، وهناك من النصوص ما لا يمكن فهمه إلا بالرجوع للأحداث التاريخية المصاحبة لصدورها<sup>(1)</sup>، فإذا أردنا أن نفهم مثلاً سبب استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي، لا بد أن نرجع إلى المصدر التاريخي لهذا القضاء المتخصص، فنرجع إلى فرنسا تحديداً كونها مهد القضاء الإداري<sup>(2)</sup>.

#### 4 - طريقة المقارنة المنهجية:

تقوم هذه الطريقة على تحليل القاعدة القانونية في النصوص الأجنبية وتجزئتها أي بحث العلاقة بين العناصر الجزئية في القوانين المختلفة تسمى بالمقارنة الجزئية وتهتم دراسة النظام الذي يحتويها، وأخيراً تحديد موقعها من المنهج بصفة عامة كدراسة قواعد البنية في نظام الأسرة التي يحتويه المنهج اللاتيني تسمى بالمقارنة الكلية<sup>(3)</sup>. غير أن هذه الطريقة لا تقوم بصورة ناجحة إلا بتوافر مقوماتها الأساسية المتمثلة أساساً في ضرورة معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة معرفة موضوعية كاملة، والإحاطة بأحكامه ولغته ومصطلحاته بدقة، ويعرف بالإضافة إلى ذلك بنيته وتقسيماته ومصادره<sup>(4)</sup>.

- معرفة القانون الأجنبي محل المقارنة: فيجب على الباحث أن يكون له معرفة جيدة وكاملة بالقانون الأجنبي محل المقارنة، ولا يقتصر الأمر على معرفة أحكامه بل لا بد لاكتمال هذه المعرفة للإلمام الكامل بهذا القانون والإحاطة بجميع جوانبه ولا يتأتى ذلك إلا من خلال:

- تحديد مجال الدراسة المقارنة وموضوعها والغايات المرجوة منها.
- دراسة القانون الأجنبي محل المقارنة بالرجوع إلى مصادره الأصلية، فدراسة القانون الإنجليزي كموضوع بحث مقارن تستدعي الرجوع إلى الأحكام القضائية كمصدر أساس ي لهذا القانون. - ينبغي على الباحث المقارن أن يكون واسع الإطلاع في اللغة

(1) عصام نجاح، مرجع سابق، ص 32

(2) زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص 13

(3) Jaluzot Béatrice, op, cit. pp 29

(4) حميد شاوش، مرجع سابق، ص 10



القانونية، فالترجمة قد تعجز أحيانا عن إبراز المضمون والمصطلحات التي قد يتفاوت مفهومها من نظام قانوني لآخر، بل أن نفس المصطلح قد يعبر عن معنى مغاير تماما لنظيره في القانون الآخر.

- معرفة العوامل المؤثرة في تكوين القانون الأجنبي إذ لا بد للباحث الإلمام بالظروف الكامنة وراء النظام القانوني محل المقارنة: العوامل التاريخية التي ساهمت في تكوين القانون الأجنبي. فقد يرجع الاختلاف بين القوانين المقارنة محل الدراسة إلى تاريخ نشأتها العوامل السياسية إذ على الباحث معرفة النظم السياسية المقارنة والنظم السائدة، مثل النظام الاشتراكي في الشرق والنظام الليبرالي في الغرب وبعض الأنظمة السياسية كالانتخابات والأنظمة السياسية وحقوق الإنسان، إضافة إلى لعوامل الاقتصادية التي يختلف تأثيرها على القانون باختلاف مدى تدخل الدولة في تقييد الحرية الاقتصادية. والعوامل الاجتماعية كون المجتمع يؤثر ويتأثر بالقاعدة القانونية ناهيك عن تأثر هذه الأخيرة بالدين والعادات والتقاليد واللغة.<sup>(1)</sup>

#### 5 - صفات وواجبات الباحث المقارن:

1 - أن يكون الباحث المقارن واسع الإطلاع بجانب كبير من القوانين الوطنية والأجنبية، والعام بالقواعد القانونية لكل نظام ليعلم واقع الأنظمة القانونية ومن ثم معرفة الأسباب المهمة التي أدت إلى الاختلاف والائتلاف.

2 - أن يكون المقارن أميناً في نقله عن المصادر الموثوقة وصادقاً في نسبتها إلى أصحابها، وذلك باختيار أقوى الآراء مقروناً بأقوى الأدلة، حتى يبعد الآراء المسبقة التي يحاول أصحابها فرضها وعدّها من المسلمات دون التأكد منها، كما هو الحال لدى الاختلاف.

3 - أن يكون المقارن موضوعياً منصفاً متجرداً عن جميع المؤثرات السلبية، وأن يكون ترجيحه على وفق الضوابط العلمية<sup>(2)</sup>.

(1) زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص 13 - 14

(2) عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 1 - 2

## المحور الثالث

### دور الدراسات القانونية المقارنة في الأنظمة القانونية المقارنة

تتمثل الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية في المرحلة الحالية، وتشمل أهم النظم القانونية الحديثة، بالإضافة إلى أهم المبادئ القانونية على غرار دولة القانون، غير أننا سنكتفي في هذا المحور بالتطرق إلى أهم ثلاث نظم قانونية حديثة وهي على التوالي: النظام القانوني الأنجلوسكسوني، النظام القانوني الروماني الجرمانى، النظام القانوني الإسلامي.

#### أولاً: الثابت والمتغير في الأنظمة القانونية

تعدد القوانين في عالمنا بتعدد الدول وقد تعدد في الدولة الواحدة ففي الدول الموحدة تخضع لقانون واحد، وفي الدول الاتحادية تخضع الدولة لعدة قوانين تطبق في داخلها، وإلى جانب هذه القوانين الوضعية توجد شرائع سماوية وقوانين دينية، كالشريعة الإسلامية والشريعة اليهودية، وكالقانون الهندوسي والقانون الكنسي، ثم هناك قانون دولي ينظم العلاقات السياسية والتجارية بين الدول على المستوى الدولي أو الإقليمي.

#### 1 - العناصر المتغيرة:

ففي القانون عناصر تتبدل مع الزمن تحل محل عناصر أخرى تجرى مع التطور لمعالجة ما يستجد من الأمور، ونرى من ذلك الشيء الكثير فيما يجرى من تعديل وتبديل مستمر في القوانين من أجل ذلك لا تعتبر العناصر المتغيرة هي ذات الشأن في الدراسة القانونية، فليس يعني على الطالب أن يحفظ مجموعة من القواعد يعلم أن المشرع يستطيع أن يلغيها بجرة قلم، وإنما يعينه أن يعرف الإطار الذي ينظم هذه القواعد ويحتضنها على أساس مبادئ عامة مستمدة من تقاليد الأمة وأعرافها ويعرف أيضاً معاني التعبير والمصطلحات المستعملة فيها والأساليب المتخذة لتحديد مدلولاتها والتنسيق بينها.

#### 2 - العناصر الثابتة:

هي ذات الشأن في الدراسة القانونية لأنها مرتبطة بحضارة الأمة وطريقة تفكيرها وهي كاللغة والفكر ليس للمشرع عليها من سلطان، ومن هذه العناصر الثابتة ينبثق شعورنا باستمرار المسيرة التاريخية لقانوننا عبر التبدل والتعديل الذي يطرأ على قواعده، وهي التي تجعل القانون علماً وتيسر السبيل

لدراسته<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: النظام القانوني للشريعة الإسلامية:

تعتبر الشريعة الإسلامية شريعة متكاملة ومرنة قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان، فقد عكف الباحثون في مجال القانون المقارن على تسليط الضوء على هذا النظام، و الأخذ من كثير من أحكامها.

ويصنف الباحثون في مجال القانون المقارن النظام الإسلامي ضمن عائلة القوانين الدينية والاجتماعية، وقد استهوى هذا النظام الكثير من الباحثين الغربيين الذين اقتنع المنصفون منهم أن الشريعة الإسلامية اعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام، وأنها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وأنها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها<sup>(2)</sup>.

#### 1 - تأثير القوانين الوضعية بأحكام نظام الشريعة الإسلامية:

هذا وقد تأثرت جل تشريعات وقوانين الدول العربية بأحكام الشريعة الإسلامية، وإن كانت بعض الدول العربية تجعل من الشريعة مصدرا ثانيا للتشريع كالجزائر إذ تعد مصدرا ثانيا في القانون المدني بينما هي مصدر ثالث في القانون التجاري بعد التشريع والعرف. نجد أن دول أخرى أخذت بها كمصدر أول للتشريع كالمملكة العربية السعودية. غير أن أحكام الشريعة أدخلت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن قصد أو عن غير قصد ضمن أحكام قوانينها فتضمن القانون المدني وقانون الأسرة أحكاما مستمدة من الشريعة الإسلامية نذكر منها لاعتراف بالشخصية المعنوية نزع الملكية للمنفعة العامة، تعويض الدولة عن الخطأ المرفقي والقضائي التفويض ويعني تفويض بعض الاختصاصات والصلاحيات لموظف آخر<sup>(3)</sup>.

#### 2 - تأثير المنظومة القانونية الجزائرية بأحكام نظام الشريعة الإسلامية:

وفد أخذ المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية الظروف الطارئة الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع

(1) عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 10.

(2) قرار صادر عن مؤتمر المحامين الدولي المنعقد بلاهاي سنة 1948، مُشار إليه في عبد الكريم زيدان، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2 2004 ص 129

(3) زيتوني فاطيمة، مرجع سابق، ص 24

على عاتق البائع خيار رؤية المبيع حكم تصرفات المريض مرض الموت، الشفاعة معيار الغبن في بيع العقار. دعوى استرداد الحيازة لأن الحيازة قرينة على الملكية. نظرية العقد الناقل للملكية، إذ أن الفقه الإسلامي أشار إلى أن العقد ينقل الملكي بمجرد تبادل التعبير عن الإرادة أي تبادل الإيجاب والقبول، أما حقوق العقد فهي آثار بين المتعاقدين.<sup>(1)</sup>

### ثالثاً: النظام الروماني الجرماني (النظام اللاتيني)

يسمى بمنهج العائلة الرومانية الجرمانية، نسبة إلى القانون الروماني الذي تركت مبادئه بعض بصماتها على قواعد القانون سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.<sup>(2)</sup>

ويسمى هذا النظام أو الشريعة، بالعائلة الرومانية الجرمانية، لأنها تضم مجموعتين من القوانين: المجموعة اللاتينية الرومانية وتتمثل في القانون المدني الفرنسي وغيره من القوانين والأنظمة المستمدة منه كما هو الشأن في إسبانيا والبرتغال وإيطاليا ومستعمراتها وغيرها من الدول كالصين واليابان وبعض دول أمريكا اللاتينية.

والمجموعة الجرمانية وتتمثل في القانون الألماني والأنظمة المستمدة منه كما هو الشأن في النمسا والمجر<sup>(3)</sup> وكلاهما يقوم على أساس واحد من المبادئ العامة والقواعد الكلية، تشترك وتتفق كل قوانين الدول المستمدة من هذا النظام في تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، ويقابل هذا التقسيم الثنائي للقوانين وجود نوعين من المحاكم عادية وإدارية كما وتشترك قوانين هذه العائلة في المبادئ كالنظرية العامة للالتزامات وحقوق التقاضي.<sup>(4)</sup>

### 1 - البناء القانوني للنظام الروماني الجرماني:

يعد هذا النظام القانوني الكبير الأكثر انتشاراً من بين الأنظمة القانونية الكبرى لمميزاته من حيث تكوينه التاريخي وبنائه القانوني، حيث أن التأسيس العملي للقانون الروماني الجرماني كان بظهور حركة نهضة الجامعات التي حاولت إحياءه معتمدة على طريقة الشرع على المتون والتي طورت فيما بعد من قبل المدرسة التي تعتمد طريقة الحواشي، وتهتم

(1) زيتوني فاطيمة، مرجع نفسه، ص 24

(2) René David, op cit. page 26

(3) حميد شاوش، مرجع سابق، ص 30

(4) زيتوني فاطيمة، مرجع نفسه، ص 15

هذه الطريقة بتفسير المعنى الأساسي لينص عن طريق وضع هوامش (حواشي)، ثم أضيفت دراسات جديدة كالقانون التجاري والقانون الدولي الخاص حيث تأثر القانون الروماني بالقانون الكنيسي، ومن بين الأحكام التي استمدها هذا النظام من قانون الكنيسة حكم الأخذ بالظروف المستجدة التي تجيز تعديل العقد، ثم ظهرت مدرسة القانون الطبيعي في القرن السابع عشر والتي نادت إلى قانون عالمي مشترك مما مهد إلى ظهور تشريع من خلال الدعوى إلى تقنين القانون النموذجي العقلي للجامعات وبه بدأت مرحلة التشريع<sup>(1)</sup>.

#### رابعا: النظام الأنجلوسكسوني (الكومن لو البريطاني والكومن لو الأميركي)

وتضم هذه الشريعة كل من النظام القانوني البريطاني والنظام القانوني الأميركي، وعلى الرغم من أنهما يشتركان في المبادئ الأساسية والبناء القانوني لهذا النظام غير أنهما يختلفان في بعض المسائل، ويقصد بالكومن القانون المشترك، وبالنسبة للنظام القانوني البريطاني الإنجليزي هو نفسه النظام الأنجلوساكسوني ويسمى أيضاً مجموعة القانون العام الإنجليزي، وهو المدرسة القانونية التي تستمد جذورها وأصولها من التراث القانون الإنجليزي والذي ما لبث النظام القانوني الأميركي أن تأثر به<sup>(2)</sup>.

وقد لعبت المحاكم المملكة دورا كبيرا في تكوين القانون الإنجليزي بالنظر إلى توسع اختصاصاتها حتى أصبحت تسمى بمحاكم القانون العادي، وظهرت معها محاكم أخرى تسمى محاكم العدالة أو الضمير ولقد ظل تطور النظام القانوني الإنجليزي مرهونا بالاجتهاد القضائي<sup>(3)</sup>.

#### 1 - البناء القانوني للنظام القانوني البريطاني (الأنجلوسكسوني):

- لا يفرق هذا النظام بين القانون العام والقانون الخاص غير أن التفرقة المعمول بها تقوم على القانون العام الإنجليزي من جهة، وقواعد العدالة من جهة أخرى لا وجود للتمييز الشكلي بين فروع القانون العام والخاص فكلاهما مدمج في مجموعة واحدة هي المجموعة المدنية.

(1) اعريجي هجيرة، مرجع سابق، ص 1

- اعريجي هجيرة، مرجع سابق، ص 1(2)

(3) حميد شاوش، كرجع نفسه، ص 20

- تركيز القانون الإنجليزي عمى الجوانب العملية خاصة الإجرائية بصورة كبيرة مع الاهتمام بالجوانب النظرية
- يعتمد عمى السابقة القضائية كمصدر أول من مصادر القانون وهي ملزمة لكل الجهات القضائية الأخرى.
- يتميز بنظام لا مثل لو في النظم الكبرى إلا الأخرى والمعروف بنظام تروست وا لذي يتكون من الأمين الذي يستسلم أموالا لإدارتها وتسييرها والمستأمن وهو صاحب الأموال والمستفيد الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.
- فكرة القاعدة القانونية المعمول بها في النظام الروماني الجرمانى لا مثل ليا في النظام الأنجلوسكسونى حيث تقوم مقامها السابقة القضائية والتي تعد جوهر القانون في هذا النظام<sup>(1)</sup>.

---

(1) اعريجي هجيرة، مرجع نفسه، ص 3

## خاتمة

من خلال ما سبق دراسته يمكن القول أن الدراسات القانونية تستفيد بشكل مكثف من المقارنة، حيث تساعد في وضع قواعد وملخصات هامة سواء من خلال مقارنة المؤسسات والوقائع والأنساق والنظم القانونية في مجتمع محدد أو في مجتمعات مختلفة، تتحدد بناء على ذلك الخصائص العامة للمنهج أو النظام القانوني المقارن والتوصل على إثر ذلك إلى جمع القوانين في مجموعات كبرى التي تتجسد في مجموعة القوانين الرومانية الجرمانية، مجموعة القوانين الانجلوسكسونية المعروف باسم الكومن لو، والمنهج قانونية ذات طابع ديني كالشريعة الإسلامية.

وبناءً على ذلك توصلنا إلى بعض الاستنتاجات أهمها:

- 1 - أنه يتم اللجوء إلى الدراسة القانونية المقارنة سيما عندما يكون القانون الأجنبي مصدرا تاريخيا للقانون الوطني، كالقانون المصري بالنسبة للقانون المدني الجزائري، و القانون التجاري الفرنسي بالنسبة للمشرع الجزائري، فيتمكن الفقه بها ويستشهد بهما القضاء الجزائري مما يمكنه من حسن تطبيق القانون الجزائري وإثراءه بالاجتهاد القضائي.
- 2 - أن الدراسات المقارنة تساهم في مجال القوانين الوضعية على المستوى الوطني في فهم أفضل للقانون الوطني مقتبسا من قوانين أخرى أكثر تطورا.
- 3 - أن الدراسة المقارنة تحدد موضوعا لها ثم تتعمق فيه، وهذا الأمر يتطلب معرفة بالقوانين المقارنة محلية وأجنبية، ثم إن هذه الدراسة لا تتم إلا بمقارنة قواعد القانون الوطني بما يقابلها في القانون الأجنبي.
- 4 - أن المنهج المقارن في الدراسات القانونية هو المنهج الوحيد الذي يتميز بدراسة ظاهرتين معا أو أكثر، وذلك من خلال إجراء عملية مقارنة بينهما بقصد إيجاد أو تحديد عامل امتياز عن الثاني، أو محاولة التنسيق بينهما لإيجاد أو استخراج ما هو أفضل بينهما.
- 5 - أن التوحيد من أهم المسائل التي يعالجها القانون المقارن، فمن خلال الدراسات المقارنة يمكن التوصل إلى أنظمة قانونية دولية تحل محل القوانين الوطنية سيما في مجال القانون الخاص.
- 6 - أن المنهج المقارن هو أحد مناهج البحث العلمي الذي يكشف عن الظواهر باستخدام أدوات ومناهج البحث العلمي غير أنه يوجد صعوبات تواجه الباحث في أي إجراء دراسات قانونية مما يصعب توظيف المنهج المقارن لدى الباحث في دراساته.

- و بناءً على هذه الاستنتاجات يمكن اقتراح بعض المقترحات أهمها:
- 1 - نقترح أن تتوج الدراسات المقارنة بنتائج عملية، وعلى الباحث المقارن استفراغ نتائج الدراسة المقارنة في توجيهات مباشرة، للمشرع أو القاضي أو الإدارة، في شكل نصوص مقترحة، أو اقتراح تفسير منطقي مؤسس، أو استحداث مركز قانوني، أو تعديل أو إلغاء نص، أو غيرها من النتائج التي يمكن الاستفادة منها.
  - 2 - نقترح ضرورة التركيز في الدراسات القانونية المقارنة على المنهج المقارن التطبيقي القائم على عمليتين كبيرتين التحليل والاستنباط، و تحليل دقيق للتشريعات موضوع المقارنة واستنباط النتائج من هذا التحليل.
  - 3 - أن المشرع يمكن أن يستفيد من تجارب الدول الأخرى من خلال الدراسة المقارنة لأنظمتها القانونية، فيتمكن من إصلاح عيوب مختلف فروع القانون الوطني وسد ما بها من ثغرات وإكمال ما بها من نقص
  - 4 - نقترح على الباحث العمل على التحديد الدقيق للموضوع محل المقارنة، حيث أنه يفضل في المقارنات الجزئية المتعلقة بنصين أو قانونين على الأكثر، فكلما زادت عدد النصوص وصلنا إلى نفس النتيجة السابقة.
  - 5 - على الباحث عند إعداد أي بحث علمي يتطلب أن يكون وفق منهجية دقيقة متسلسلة، تراعى فيها كل الضوابط وتحترم فيها كل الشكليات الإجرائية وتعتمد فيها على أحد مناهج البحث العلمي أو أكثر. إن أي بحث علمي يقوم على دراسات سابقة ولا بد من تحديد الإطار الزمني والمكاني للدراسة.
  - 6 - إن أي بحث علمي يقوم على دراسات سابقة ولا بد من تحديد الإطار الزمني والمكاني للدراسة فلا بد من تجسيد الأمانة العلمية من خلال الاعتماد على مصادر ومراجع توثيقها.



## المراجع

قائمة المراجع المعتمدة باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- 1 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، القاهرة: دار الفكر العربي، 2007
- 2 - إبراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، سنة 1985.
- 3 - براء منذر كمال عبد اللطيف، أصول البحث القانوني التقليدي والإلكتروني، جامعة الموصل، دار ابن الأثير للطباعة، 2011.
- 4 - عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2011،
- 5 - عبد السلام الترميني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط 02، جامعة الكويت 1982،
- 6 - محمود إبراهيم الوالي، دروس في القانون المقارن ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،
- 7 - محمد نصر محمد، علم القانون المقارن وتطبيقاته القضائية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2013

- قرار صادر عن مؤتمر المحامين الدولي المنعقد بلاهاي سنة 1948، مُشار إليه في عبد الكريم زيدان، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2 2004

ثانياً: المنشورات العلمية

1 - المقالات:

- عبد الحلیم بن مشري، توظيف المنهج المقارن في الدراسات القانونية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مطبوعات المخبر، سبتمبر 2018،

ثالثاً: المحاضرات المنشورة على المواقع الإلكترونية

- 1 - اعريجي هجيرة، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، ألفت على طلبه سنة، جامعة جيجل السنة الجامعية 2019 - 2020، منشور على الموقع <https://www.univ-djelfa.dz>
- 2 - بن مسعود أحمد، محاضرات مقياس الأنظمة المقارنة ألفت على طلبه السنة 3 حقوق، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجلفة، 2020 - 2021، منشورة على الموقع <https://www.fdsp.univ-djelfa.dz>
- 3 - حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات ألفت على طلبه السنة الثالثة ل م د قانون عام، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، سنة 2017 - 2018،
- 4 - عبد الرزاق، بوضياف محاضرات الأنظمة القانونية المقارنة ألفت على طلبه السنة الثالثة حقوق (عام + خاص)، كلية الحقوق، جامعة سطيف
- 5 - زيتوني فاطيمة، محاضرات في مقياس مقارنة الأنظمة القانونية، ألفت على طلبه السنة 3 حقوق، قانون خاص، منشورة على الموقع <https://www.elearn.univ-tlemcen.dz>
- 6 - القانون المقارن والمنهج المقارن في الدراسات القانونية منشور على الموقع <https://www.mdrscenter.com> بدون ذكر السنة

#### Les ouvrages en français:

- 1 - Alexandre OTETELISANU, Les conceptions de Edouard Lambert sur le droit comparé, cite dans « Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'étude en l'honneur d'EDOUARD LAMBERT » Recueil Sirey, Paris, 1938,
- 3 - Edouard Lambert, Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique, Revue de l'université de Lyon, 1929,
- 4 - Etienne Picard, « L'état du droit comparé en France », In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 51 N°4, Octobre - Décembre 1999 (<http://www.persée.fr>, le 20/12/2017
- 5 - Michel Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, Paris, 2013,
- 6 - Pfersmann Otto, Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 53 N° 2, Avril - Juin 2001. pp 275 - 288 (<http://www.persée.fr>, site visité le 20/12/2017
- 7 - René David, Les grands systèmes de droit contemporain, 11 édit. Dalloz, Paris,

## الملخص

تساهم الدراسة القانونية المقارنة بين الأنظمة القانونية بلا شك في فهم أفضل للقانون الوطني، واكتشاف ما قد يعتريه من عيوب وثغرات وإدراك أفكاره الكامنة ثم تطويره وإصلاحه، على أساس أن الإحاطة بإيجابيات النظام القانوني أو القضائي الداخلي ودعمها أو اكتشاف سلبياته وإصلاحها، لا تتحقق بشكل مكتمل إلا من خلال مقارنته بأنظمة وقوانين الدول الرائدة في هذا المجال.

ومن ثم تظهر أهمية الدراسة القانونية المقارنة بين الأنظمة القانونية في أننا نهتدي بها إلى مصدر القاعدة القانونية لإعطاء تفسير للقانون وأيضاً إلى إصلاح التشريع الذي عادة ما يكون عن طريق معرفة محاسن ومساوئ القانون الوطني مقارنة بالقانون الأجنبي، سيما عندما يكون هذا الأخير مصدراً تاريخياً للقانون الوطني فيقتبس منه المشرع الوطني نظامه القانوني، ويستعين القضاء الوطني إلى أحكامه والدراسات الفقهية والنصوص الأجنبية المستمد منها القانون الوطني، مما يمكنه من إصلاح عيوب التشريع واستكمال نقائصه وإثراءه بالاجتهاد القضائي لتمكينه من إيجاد حل مناسب للنزاع المعروض أمامه.

### پوخته

لېكولینهوهی یاسایی بهروردکاری سیستمه یاساییهکان بی گومان یارمهتیدهوه بو تیگه‌یشتنکی باستر له یاسای نیشتمانی، دوزینهوهی عیب و کهلینهکانی، به‌دیپنای بیروکه شاروهکانی، پاشان پهره‌پیدان و چاکسازیکردن، له‌سهر ئه‌و بنه‌مایه‌ی که تیگه‌یشتن و پشتیوانیکردن له لایه‌نه نهرینه‌ییه‌کانی سیستمه یاسایی یان دادوهی ناوځوی یان دوزینهوهی لایه‌نه نهرینه‌ییه‌کانی و چاکسازیکردن تپیدا؛ به‌ته‌واوی به‌دی نایه‌ت جگه له بهروردکردنی له‌گه‌ل سیستمه و یاساکانی ولاتانی پینشه‌نگ له‌م بواره‌دا. پاشان گرنگی لېكولینهوهی یاسایی بهروردکاری نیوان سیستمه یاساییهکان له‌وه‌دا دهرده‌که‌ویت که نیمه رینمایی ده‌کات بو سهرچاوه‌ی رینسای یاسایی بو ئه‌وه‌ی لیکدانه‌وه‌یه‌ک بو یاساکه بکات و هه‌روه‌ها چاکسازي له یاساکه‌دا بکات، که به‌زوری به زانینی سوود و زیانه‌کانی یاسای نیشتمانی به بهرورد به یاسای بیانی، به‌تایه‌تی کاتیک ئه‌مه‌ی دوهمیان سهرچاوه‌یه‌کی میژوویی یاسای نیشتمانی و یاسادانه‌ری نیشتمانی سیستمه یاسایی خوی لی و هه‌رده‌گریت، وه ده‌سه‌لاتی دادوهی نیشتمانی بو بریاره‌کانی خوی توپزینه‌وه و ده‌قه بیانیه‌کان که یاسای نیشتمانی لیه‌وه و هه‌رگیراوه به‌کارده‌هینیت، ئه‌مه‌ش واده‌کات که موکوریه‌کانی یاساکه چاک بکاته‌وه و ته‌واوی و بکات و به کوشانی فیهی ده‌وله‌مندی بکات بو ئه‌وه‌ی بتوانیت چاره‌سهریکی گونجاو بو ئه‌و کیشیه‌ی له‌به‌رده‌میدا خراوه‌تروو بدوزیته‌وه.

### Abstract

The comparative legal study of legal systems undoubtedly contributes to a better understanding of national law, discovering its defects and gaps, realizing its latent ideas, and then developing and reforming it, on the basis that understanding and supporting the positives of the internal legal or judicial system, or discovering its negatives and fixing them, is not achieved in a comprehensive manner. Completed only by comparing it with the systems and laws of the leading countries in this field.

Hence, the importance of comparative legal study between legal systems appears in that we are guided by it to the source of the legal rule to give an interpretation of the law and also to reform legislation, which is usually done by knowing the advantages and disadvantages of national law compared to foreign law, especially when the latter is a historical source. National law, from which the national legislator borrows its legal system, and the national judiciary uses its rulings, jurisprudence studies and foreign texts from which the national law is derived, which enables it to repair the defects of the legislation, complete its shortcomings, and enrich it with judicial jurisprudence to enable it to find an appropriate solution to the dispute before it.



## تأثير القانون الأنجلو أميركي على اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع

الدكتورة تالا زين (\*)

أستاذ مشارك في كلية الحقوق والعلوم والسياسية

جامعة بيروت العربية

كاريگهري ياساى ئەنگلۆ - ئەمريكى لەسەر ريككهوتتنامەى فينا بۆ  
فروشتنى نيودهولتهى كالا

د. تالا زين

پروفيسۆرى ياريددهر له كۆلئيزى ياسا و زانست و سياسهت  
زانكۆى عه ره بى بهيروت

**The impact of Anglo - American law on the Vienna Convention  
on the international sale of goods**

**Dr. Tala Zein**

Associate Professor at Beirut Arab university - commercial law department

(\*) tala.zein@bau.edu.lb





## تأثير القانون الأنجلو أميركي على اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع

الدكتورة تالا زين

أستاذ مشارك في كلية الحقوق والعلوم والسياسية

جامعة بيروت العربية

## الكلمات المفتاحية:

النظام الانكلوأميركي - المرونة - التطور - الثمن - الضرر.

## كليه ووشه:

سيستهى ئهنگلو-ئهمرىكى - نهرمى - گهشهپيدان - نرځ - زيان.

**Key words:** Anglo American - Precedents - Flexibility - Price - Damages.

## المقدمة

تشكل التجارة الدولية حلقة جوهرية في النمو الاقتصادي العالمي. وتبعاً لذلك، تسهم في ترسيخ الاستقرار السياسي بين مختلف الدول المتعاملة فيما بينها اقتصادياً. ومع ازدياد حركة التجارة الدولية تزداد معها الحاجة إلى بيئة قانونية أكثر تجانساً وقواعد قانونية أكثر ملاءمة للواقع الاقتصادي.

فرضت حركة التجارة الدولية، مُدعمة بالتطور التكنولوجي وتقنيات التواصل عن بعد، على المشرعين مواكبة قانونية مستجدة لتلك التطورات. وقد تعددت الاتفاقيات التي كان الهدف منها توحيد قواعد التجارة الدولية<sup>(1)</sup>. تلك الاتفاقيات، لم تكن إلا نتيجة لتأثير "العولمة الاقتصادية" والتطور التكنولوجي على البيئة القانونية.

وقد استتبع وجود العولمة الاقتصادية وجود ما يسمى بـ"العولمة القانونية". ويقصد

(1) Ex: United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes (1988); UNCITRAL Legal Guide on Electronic Funds Transfers (1987); UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992); United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand - by Letters of Credit (1995); Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (1974); International Countertrade Transactions (1992); United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (1978, the Hamburg Rules); United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade (1992).

بالعبارة الأخيرة، توحيد مجموعة من القواعد القانونية أو وملاءمتها أو التقريب فيما بينها أو حتى تفسيرها، ولا يتم ذلك الا من خلال الاتفاقيات الدولية<sup>(1)</sup>. الا ان الهدف المتوخى من تلك العولمة قد ينحرف أحياناً عن مساره ويمكن أن يؤدي، بطريقة غير مباشرة، إلى هيمنة القانون الأقوى وبشكل خاص هيمنة القانون الانكلو أميركي<sup>(2)</sup> على بقية القوانين<sup>(3)</sup>. وفي محاولة للحد من هيمنة هذا القانون، نادى جانب من الفقه الفرنسي المنتمي إلى النظام القانوني الرومانو جرمانى<sup>(4)</sup>، بضرورة فصل القانون عن الاقتصاد؛ فالقانون هو قيمة مستقلة عن الاقتصاد ولا يجب تطويع القواعد القانونية لتتوافق مع التطورات الاقتصادية<sup>(5)</sup>.

وتجلت مظاهر الهيمنة و"عولمة القانون" على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980<sup>(6)</sup> والتي تعتبر مثلاً واضحاً لتأثير البيئة الاقتصادية على التشريع القانوني. بعبارة أخرى، ان الاتفاقية المذكورة هي مثال واضح على أهمية منهج التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية<sup>(7)</sup>، وهو مستلهم من القانون الانكلو أميركي الذي ينظر إلى

(1) Michel Paquette, « La mondialisation des règles de droit: coercion ou liberté ? » In XIe Conférence des juristes de l'Etat, Québec, p. 183 (en ligne).

(2) سوف يتم اعتماد مصطلح القانون الانكلو اميريكي للتعبير عن مصطلح "common law" أو القانون الذي يعتمد على السوابق الاجتهادية. إذ ان القانون الإنكليزي تاريخياً قد تشكل من الأعراف ومن السوابق الاجتهادية وانتشرت هذه المدرسة القانونية في أمريكا وفي باقي البلدان مثل أستراليا ونيو زيلندا وغيرها. الا ان القانون الإنكليزي والأميركي يعتبران الأقوى في عائلة البلدان التي تنتمي إلى هذا النظام القانوني (commonwealth).

(3) Ibid, p. 184 (en ligne).

(4) ان النظام القانوني الرومانو جرمانى هو الذي يضم البلدان الذي تعتمد القانون المكتوب وأبرزها فرنسا وألمانيا وكافة البلدان التي تأثرت بهذا النهج

(5) Guy CANNIVET, « Le débat Common Law Civil Law sur la performance économique du droit est - il pertinent ? », *Revue d'économie financière* 2018, no 129, p. 33

(6) E. Allan FARNSWORTH, « L'américanisation du droit — Mythes ou réalités ? », *Arch. Ph. Droit*, 2001, no 45, p. 22 ; Michel Paquette, « La mondialisation des règles de droit: coercion ou liberté ? » art. préc. , pp. 181 et 182 (en ligne).

(7) نشأت تلك النظرية للمرة الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية أواسط القرن الماضي ومنها بدأ العمل بها رويداً رويداً في دول أخرى، وتهدف إلى تطبيق المفاهيم الاقتصادية على دراسة القاعدة القانونية والتركيز على الآثار الاقتصادية للقاعدة القانونية؛ حول هذا الموضوع راجع:

MUIR - WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, pp. 512 - 513 ; DESCAMPS (O.), « Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie

الحلول التي يبلورها القضاء من خلال جدواها الاقتصادية وليس فقط مطابقتها للسوابق القضائية أو النظريات القانونية.

وترجع مراحل نشأة اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع إلى العام 1930 حينما بدأ التحضير لقانون موحد للبيع الدولي للبضائع<sup>(1)</sup>. ففي العام 1964 تم إعداد اتفاقيتين، من قبل مركز القانون الدولي الموحد في لاهاي: الأولى بشأن البيع الدولي والثانية متعلقة بتكوين عقود البيع الدولي للبضائع، وقد استلهمت أحكام الاتفاقيتين أنفاً من الأعراف القانونية والواقع الاقتصادي لأوروبا الغربية (آنذاك)<sup>(2)</sup>.

وفي 11 نيسان 1980 قامت لجنة الأمم المتحدة للبيع الدولي (اونيسترال) بإعداد مؤتمر دبلوماسي دولي حول أحكام الاتفاقيتين المذكورتين أعلاه وتبنت الاتفاقية كما هي معروفة حالياً<sup>(3)</sup>.

ومن أهم الأهداف التي شجعت على إبرام الاتفاقية كانت توحيد القواعد القانونية لمواكبة واقع التجارة الدولية<sup>(4)</sup> المحكوم بالأعراف التجارية أو قواعد *Lex mercatoria*<sup>(5)</sup>. فبالإضافة إلى مصدرها، تتميز قواعد *Lex mercatoria* بخصائص خمس: هي عابرة للحدود، تُطبق بين التجار أنفسهم دون حاجة إلى قضاء دولة، مرنة، سريعة وترتكز على

←  
par le droit », in *L'efficacité économique en droit*, Economica, Études juridiques 2010, p. 24 ; MACKAAY (É.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, LGDJ 2002, n° 23, p. 7 ; CANIVET (G.), « Économie, droit et justice » in *L'analyse économique du droit des contrats: outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, (sous la dir.) de BURY (B.), *Gaz. Pal.* mars 2005, p. 717.

(1) المذكرة التفسيرية من أمانة الاونيسترال حول اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ص. 35؛ ليندا جابر، جزاء الإخلال بعقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع 1980، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2023، ص. 7 وما يليها.

(2) المرجع نفسه.

(3) المذكرة التفسيرية من أمانة الاونيسترال حول اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ص. 35؛ ليندا جابر، جزاء الإخلال بعقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق.

(4) H. - V. HOUTTE et P. WAUTELET, « Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM », *RDAl/IBLJ*, 2001, no 34, p. 293

(5) F. FERRAI, « Interprétation uniforme de la convention de vienne 1980 sur la vente internationale », *RIDC*, 1996, no 4, p. 815.

الإينصاف<sup>(1)</sup>.

وقد كُرس دور العرف التجاري الدولي، أي البيئة التجارية، في صلب اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع. فالمادة 6 والمادة 9، فقرة ثانية من الاتفاقية، كلتاهما تسمحان للمتعاقدین بتطبيق أعراف التجارة التي يعلم بها الطرفان أو كان يمكنهما أن يعلمها بها نظراً لتطبيقها بشكل مطرد وعلى نطاق واسع بما انها تراعي الحاجات التجارية.

وأيضاً، شكلت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع<sup>(2)</sup>، محلاً لتنسيق أنظمة قانون الانكلو أميركي مع الرومانو جرمانى فضلاً عن أن الاتفاقيات التجارية الدولية عادة ما تكون مركز تقاطع بين الأنظمة القانونية<sup>(3)</sup>. الا انه من المسلم به ان قواعد القانون الانكلو أميركي طغت في هذه الاتفاقية على غيرها من قواعد النظام القانوني الرومانو جرمانى وذلك لأسباب عدة. أولاً أن القانون الانكلو أميركي يهيمن على تنظيم العلاقات التعاقدية في إطار التجارة الدولية، نظراً للطابع الواقعي "البراغماتي" لقواعده. ويمكن تعريف "الواقعية في القانون"<sup>(4)</sup> بأنه المنهج الذي يركز على الغاية من النص وعلى فعاليته بدلاً من التركيز على مقارنته نظرياً وتأصيلياً كمفهوم قائم بذاته. فالواقعية في القانون هي بحسب بعض الرأي " فقه النتيجة والفعالية"<sup>(5)</sup>.

وصفة الواقعية مقرونة بالمرونة إذ ان القانون الانجلو أميركي هو قانون من صنع السوابق الاجتهادية أي ان صياغة القاعدة ليست جامدة إنما معبر عنها بألفاظ واسعة المعنى تسمح بتطويع تلك القاعدة مع الظروف المحيطة. وهذا النوع من القواعد يسد العجز الذي من الممكن أن تقع فيه القاعدة الجامدة لا سيما في تناول حالات واقعية

(1) Harold J. BERMAN et Colin KAUFMAN, « The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria) », 19 Harvard International Law Journal, 1978, pp. 221 - 225

(2) B. MERCADAL, « Des différences entre la Commun Law et la Civil Law », Conférence association droit et commerce, Tribunal de commerce de Paris, 24 Janv. 2000, *RJC*, p. 3.

(3) جانوس مارتوني، خمسة وثلاثون عاماً على قانون البيع الموحد: الاتجاهات والمنظورات، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مداولات حلقة النقاش الرفيعة المستوى المعقودة أثناء الدورة الثانية والأربعين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا 6 تموز 2015، ص. 5.

(4) محمد حسن قاسم، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي، مجلة الدراسات القانونية/ جامعة بيروت العربية، 2018، ص. 10.

(5) PORTUESE (A.), *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, thèse Paris II 2012, p. 67

يصعب حصرها كالتعويض عن الأضرار<sup>(1)</sup>. فالقانون الانجلو أميركي ينشأ عن قواعد مرنة بخلاف القانونين اللبناني والفرنسي اللذين يتضمننا قواعد قانونية جامدة<sup>(2)</sup>.

ثانياً، اللغة هي " وعاء الأفكار القانونية وأداة التعبير عنها"<sup>(3)</sup> يحتاج إليها أصحاب المهن القانونية من قضاة ومحامين. وطالما أن الولايات المتحدة الأميركية هي أكبر نفوذ اقتصادي في العالم، استطاعت هذه الدولة أن تفرض هيمنتها على بقية اللغات. فلم تقتصر أهمية اللغة الإنكليزية على صياغة التشريعات الدولية إنما أضحت على عقود التجارة الدولية. فأغلب تلك العقود تبرم باللغة الإنكليزية ويطبق عليها القانون الانجلو أميركي، دون عناء تفسيره إلى لغة أخرى سواء في مراحل تكوينه أو تنفيذه أو عند حدوث نزاع (قضائي أو غير قضائي) بين المتعاقدين<sup>(4)</sup>.

ثالثاً - يتميز القانون الانجلو أميركي للعقود عن نظام القانون الرومانو جرمانى في محاور عدة لا سيما على مستوى تنفيذ العقد، وسائل الإثبات ووسائل التعويض<sup>(5)</sup>. فتميزت هذه القواعد بالسهولة والبرغماتية مما جعلها عامل جذب للمستثمرين على الصعيد الدولي، بحيث يتم الاتفاق على تطبيق هذا القانون على اتفاقياتهم في حال نشوء نزاع بين الأطراف<sup>(6)</sup>. فالقانون الأنجلو أميركي يهدف إلى البحث عن الحل العملي والملائم<sup>(7)</sup> لكل نزاع وليس إلى تكريس قاعدة سلوكية عامة ومجردة<sup>(1)</sup>. إذن، يتكيف هذا

(1) ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون - أداة للإصلاح والتطوير)، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، العدد 2، الجزء الأول، 2017، ص. 393.

(2) على سبيل المثال؛ قانون الموجبات والعقود صدر في العام 1939 ولم يخضع إلا إلى تعديلات جزئية لغاية تاريخه. كذا، القانون المدني الفرنسي (قانون نابوليون) خضع لإعادة صياغة في العام 2016 ومن ثم تعديل 2018.

(3) علي أحمد حسن اللهيبي، قواعد صياغة النص التشريعي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول 2019، ص. 48.

(4) Guy CANNIVET, « Le débat Common Law Civil Law sur la performance économique du droit est - il pertinent ? », art. préc. , no 129, p. 42.

(5) Ibid, p. 38.

(6) كعقود "الليزنج" و"الفاكتورينغ" و"الفرانشيزي" وعقود "الفيديك".

(7) MONZER (R.), *La négociation des contrats internationaux, une harmonisation des régimes juridiques romano - germaniques et anglo - saxons*, thèse, soutenue à Montpellier, 2006, p. 14

القانون مع المتغيرات الاقتصادية في البيئة التي يُطبق عليها<sup>(2)</sup>.  
وأخيراً - ان أهم وأغلب المؤسسات المالية والنقدية الضخمة تتواجد في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(3)</sup> وإنكلترا، بالإضافة إلى ما سبق تتميز الولايات المتحدة وإنكلترا بوجود مكاتب محاماة عالمية متخصصة في النزاعات التجارية الدولية<sup>(4)</sup> ذات قدرات بشرية وكفاءة عالية.

إذاً تكمن أهمية الدراسة في إبراز أهم التأثيرات التي خلفها القانون الانكلو أميركي على المستوى الدولي أي على مستوى الاتفاقيات الدولية وخاصةً اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية، إذ يطغى نوع من الغموض على قواعد القانون الانجلو أميركي بما ان معظم الدول العربية تأثرت بالقانون الرومانو جرمانى. فهل ان قواعد هذا القانون الذي يعتمد على السوابق الاجتهادية تتلاءم أكثر مع احتياجات التجارة الدولية، وما هي أبرز مظاهر التأثير وأهمها على اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية؟  
لرد على هذه الإشكالية سوف يتم اتباع المنهج التحليلي لدراسة تأثير مبدئين أساسيين في قانون العقود الإنكليزي على اتفاقية فيينا وهما "العقد غير محدد الثمن" في المطلب الأول و"الالتزام بتقليص الأضرار" في المطلب الثاني.

←

(1) كما هي الحال في القوانين التي تأثرت بالمدرسة الرومانو - جرمانية، لا سيما القانون الفرنسي والقانون اللبناني والمصري.

(2) HOUTCIEFF (D.), « L'influence du droit anglo - saxon sur le droit français des contrats », Chronique sur le site: [http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/blog\\_-\\_droit\\_anglosaxons.pdf](http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/blog_-_droit_anglosaxons.pdf), p. 3.

(3) كالبورصة العالمية في نيويورك والمصرف الفيدرالي الأميركي ومصرف "غولدمان ساكس" وغيرها من المصارف ومؤسسات التسليف.

(4) Guy CANNIVET, « Le débat Common Law Civil Law sur la performance économique du droit est - il pertinent ? », art. préc. ,p. 43.

## المطلب الأول

### العقد غير محدد الثمن " Open price contract

يعرف الثمن على أنه شرط لصحة عقد البيع، فهو ركن من أركانه إلى جانب التراضي وتحديد المبيع. ان الثمن هو قيمة نقدية قابلة للتقدير بالمال لتحديد المقابل، وبالتالي استخدام مصطلح الثمن يعبر عن التكلفة أو القيمة التي يجب دفعها للحصول على سلعة أو خدمة معينة. وقد سمحت معظم القوانين العربية، ومنها القانون العراقي<sup>(1)</sup> على سبيل المثال، بوضع الأسس التي يمكن اعتمادها لتحديد الثمن وأكدت على صحة عقد البيع إذا تم تحديد هذه الأسس بشكل واضح وصریح ضمن إطار العقد.

الأصل في القانون، أنه في عقود البيع إذا اتفق الطرفان على كل المسائل إلا الثمن ولم يتحدد الأسس التي يمكن تقديره على أساسها، فإن هذا العقد يصبح ناقصاً وباطلاً لعدم توافر ركن من أركانه. لكن تطبيق هذه القاعدة بصرامتها قد يؤدي إلى انتهاء العلاقة التعاقدية، مما يثير مشكلات عديدة في الواقع العملي عامة، وفي واقع المعاملات التجارية على وجه الخصوص.

إذا تفادياً لإبطال العقود وما يترتب عنه من آثار سلبية على الأطراف والغير، وعلى استقرار معاملات التجارة الدولية، وبهدف إنقاذ هذا العقد الذي توجهت إرادة الأطراف لإبرامه وتنفيذه ما ينشأ عنه من التزامات، اضحى العقد صحيح حتى وان كان غير محدد الثمن وهذا ما يعرف " Open price contract "؛ هذا الموقف الذي استحدثه القانون الأنجلو أميركي (الفرع الأول) وتم تكريسه في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع (الفرع الثاني).

(1) نصت المادة 527 من قانون المدني العراقي: " 1 - في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد. 2 - وإذا اتفق على ان الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية".

## الفرع الأول

### صحة العقد غير محدد الثمن في القانون الانكلو أميركي

#### (open price contract)

إن فكرة إنقاذ العقود تشكل ركيزة المعاملات التجارية الدولية وتعزيز "فعاليتها الاقتصادية"، ويترتب على ذلك توسيع سلطة القاضي لجهة تمكينه من إكمال العقود غير المنجزة. هذه القاعدة التي مصدرها الاجتهاد الإنكليزي والتي تم تكريسها بالتشريع لاحقاً، تبناها كل من القانون الدولي والأوروبي الذين استبدلوا ثغرة غياب الثمن في عقد البيع بمفهوم " الثمن المناسب أو المعقول"<sup>(1)</sup>.

بدايةً، تبلورت هذه القاعدة عبر التاريخ، ففي القرن السابع عشر كان للمتعاقدين الحرية والالتزام بتحديد مضمون العقد، كما أن المحكمة لم تكن مخولة الاعتراف بصحة العقد إذا كان يفتقر لأحد أركانه، أي لم يكن للقاضي سلطة التدخل بالعقد واستكمال ما كان يجب على الأطراف ذكره في العقد عملاً بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

أما التطور البارز للاجتهاد الإنكليزي ظهر من خلال دعوى "assumpsit"<sup>(2)</sup> واستنباط البنود العقدية الضمنية. فمن جهة، سمح هذا النوع من الدعاوى للبائع أن يطالب المشتري بالثمن المعقول مقابل البضائع أو الخدمة المقدمة له. ومن جهة أخرى، استطاع القضاة تكريس فئة من البنود التي يتم استنباطها من البنود العقدية الصريحة ومن ما اتجهت إليه إرادة الفرقاء وهي البنود الضمنية أي الغير مكتوبة صراحةً في العقد. إذ يكون من الضروري تقدير وجود هذه البنود من أجل تكريس إرادة الفرقاء في الواقع العملي. وتقسم هذه البنود الضمنية في العقد إلى: بنود ضمنية يفرضها الواقع<sup>(3)</sup>، وبنود ضمنية

(1) حاتم محمد عبدالرحمن، بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري، مركز المحمود، مصر، 2022، ص. 20 وما يليها.

(2) TREITEL, The law of contract, 13<sup>th</sup> edition, Sweet and Maxwell 2014, p. 379. "Assumpsit refers to a promise made that induces someone to undertake some action, or to get them to pay money to the party making the promise. It is the basis for a contract, whether the promise was made verbally, or put into writing. An action of assumpsit is a legal action – or civil lawsuit– in which the party who performed the action asks the court to force the promising party to uphold his part of the deal.

(3) هو البند الضمني الذي تفرضه المحكمة على الأطراف لافتراضها أن الأطراف كانوا سيتفقون عليه



يفرضها القانون<sup>(1)</sup>، كما ويضيف البعض الآخر على هذا التقسيم، البنود الضمنية التي يفرضها العرف. لذلك، أن تقرير صحة العقود غير محددة الثمن فيها هو نتيجة منطقية توصل إليها اجتهاد المحاكم الإنكليزية وكرسها فيما بعد المشرع.

فقد حدد قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام 1979 على أنه إذا لم يتفق الفرقاء صراحةً على المقابل في عقد بيع البضائع (والذي لا بد أن يكون نقدياً وفقاً للمادة 1/2 من قانون 1979) يستعاض عنه بالثمن المناسب كما جاء في المادة 8 من قانون بيع البضائع الإنكليزي<sup>(2)</sup> " 1 - الثمن في عقد البيع يجوز أن يتحدد وفقاً للعقد، ويمكن أن يترك ليتحدد بطريقة يتفق عليها في العقد أو يتحدد وفقاً للمعاملات بين الأطراف فإذا لم يتحدد الثمن كما ذكر في الفقرة أعلاه فيجب على المشتري أن يدفع ثمناً مناسباً. 2 - وما يعتبر ثمناً مناسباً هو مسألة واقع تتوقف على ظروف كل حالة".

ووفقاً للمادة 9 من قانون بيع البضائع الإنكليزي<sup>(3)</sup> يمكن أن يترك تحديد الثمن لكي يتم تقديره من طرف ثالث، ولن يكون العقد ملزماً إذا لم يستطع الطرف الثالث أو لم يتم بعملية التحديد (إلا إذا كان قد منع من إجراء التقييم بسبب خطأ أحد الأطراف)، لكن إذا كانت البضاعة قد سلمت إلى المشتري وتم الاستيلاء عليها من قبل المشتري (أي تصرف عليها بوصفه المالك)، فإن عليه أن يدفع ثمناً عادلاً.

أيضاً، استلهم القانون التجاري الأميركي الموحد الحل الذي اعتمده القانون الإنكليزي وأشار إلى مفهوم " المعقولة " لإكمال العقد. حيث اعتبرت المادة 204 - 2 أن

←

لو فكروا فيه.

- (1) هو البند الذي تفرضه المحكمة على الأطراف سواء اتفق عليها الأطراف أم لا.
- (2) Article 8 of the Sales of Good Act stipulates: "(1) The price in a contract of sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the contract, or may be determined by the course of dealing between the parties. (2) Where the price is not determined as mentioned in sub - section (1) above the buyer must pay a reasonable price. (3) What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case.
- (3) Article 9 of the Sales of Good Act stipulates: " 1) Where there is an agreement to sell goods on the terms that the price is to be fixed by the valuation of a third party, and he cannot or does not make the valuation, the agreement is avoided; but if the goods or any part of them have been delivered to and appropriated by the buyer he must pay a reasonable price for them. (2) Where the third party is prevented from making the valuation by the fault of the seller or buyer, the party not at fault may maintain an action for damages against the party at fault.

العقد يتكون إذا كان هنالك نية للأطراف بإبرامه وكان هناك " أساس معقول " لإكمال العقد. اما فيما يخص الثمن، ينص القسم 305 - 2 (1) من القانون التجاري الأميركي الموحد<sup>(1)</sup> على ما يلي: يجوز للأطراف، إذا اختاروا ذلك، الدخول في عقد بيع دون تحديد الثمن. في هذه الحالة، سيكون الثمن هو الثمن المعقول المناسب وقت التسليم". وفي مطلق الأحوال، أن تدخل القضاة في العقد هو حتمي لاستنتاج النية المفترضة للأطراف ولإعطاء البنود التعاقدية كل الفعالية اللازمة؛ هذه الأحكام مكرسة أيضاً في اتفاقية فيينا.

## الفرع الثاني

### تكريس اتفاقية فيينا لفكرة صحة العقود غير محددة الثمن

تبت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع هذا التوجه لما يتضمنه من مرونة تتطلبها حركة التجارة الدولية. إذ وضعت المادة 55<sup>(2)</sup> من الاتفاقية حلاً لسد ثغرة عدم تحديد الثمن حفاظاً على العلاقة التعاقدية وتفادياً للآثار السلبية على العلاقات التجارية الدولية.

ولقد أكدت الفقرة الأولى من المادة 55 من الاتفاقية على اعتماد الثمن المتداول في التجارة لبضاعة من النوع نفسه، عند عدم الاتفاق على الثمن أو على الأسس لتحديده. أما الفقرة الثانية من المادة 55 افترضت اتجاه قصد الطرفين ضمناً إلى اعتماد "الثن المعقول"، ما لم يتبين من التعاقد ما يخالف ذلك.<sup>(3)</sup>

ولقد حاول واضعو اتفاقية فيينا التنسيق بين القانون الرومانو جرمانو والقانون الانكلو

(1) Article 2 - 305 of the UCC stipulates: (1) The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if (a) nothing is said as to price; or (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded.

(2) Article 55 of the Vienna Convention stipulates: "Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned"

(3) هشام فضلي، الاتجاهات الحديثة في تنظيم العقود التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص. 10 وما يليها.

أميركي، الأول متمسك بفكرة تحديد الثمن لصحة العقد<sup>(1)</sup> و الثاني الذي أقر بصحة هذا العقد دون تحديد الثمن عبر الإبقاء على المادة<sup>(2)</sup> 14 من الاتفاقية التي تشير إلى ضرورة تحديد الثمن صراحة أو ضمناً لتقرير صحة العرض. ولقد نصت هذه المادة على انه: "يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين وكان محدداً بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض محدداً بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحةً أو ضمناً تحديداً للكمية أو الثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما".

لذلك اعتبر بعض الفقهاء ان هنالك غموضاً يحيط بمسألة تبني اتفاقية فيينا لمبدأ صحة العقود غير محددة الثمن من خلال التعارض بين صياغة نص المادة 55 والمادة 14. وقد عمل فقهاء القانون على تدليل الشكوك الواردة حول مدلول العبارة الواردة في المادة 14 لمصلحة المادة 55<sup>(3)</sup>.

اما نصوص مبادئ اليونيدروا، وخاصة المادة 5. 1. 7 في فقرتها الأولى<sup>(4)</sup>، أتت أوضح

(1) En France, cette position est atténuée après l'entrée en vigueur de la loi du 10 Oct. 2016 « contrat cadre ». Avant 2016: V. Cass. com. , 18 novembre 1986, *Bull. Joly* 1987, p. 1147; Cass. civ. 3°, 3 mars 1993, *Bull. civ.* III, n°28; *Def.* 1993, p. 927, note DAGORNE - LABBE (Y.) ; *RTD Civ.* 1994, obs. GAUTIER (P. - Y) ; *RTD. Com.* 1993, p. 665, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) ; *JCP* 1994. I. 3744, obs. FABRE - MAGNAN (M.). Sur le rapport entre la notion de prix et la vente à un franc, v. FREYRIA (CH.), « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, chron. 5. V. également, Cass. civ. , 9 décembre 1986, *Bull. civ.* III, n° 177 ; *Def.* 1987, p. 1187, obs. VERMELLE (G.). Sur la notion de prix, v. plus généralement, RACINE (J. - B), « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDC* 1999, p. 77. ; LARRIBAU - TERNEYRE (V.), « L'exigence d'une notion de prix (problématique) », *JCP E, Les cahiers du droit de l'entreprise*, supplément n°7, 1997, p. 25, spéc. p. 26.

(2) Article 14 of the Vienna Convention stipulates: " (1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price. (2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal"

(3) الياس ناصيف، العقود التجارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت، 2019، ص. 88 وما يليها.

(4) Article 5. 1. 7 Unidroit Principles stipulates: " (1) **Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to**

بشأن تكريس صحة العقود التي تفتقر لتحديد الثمن ونصت على الآتي: " إذا لم يحدد المقابل في العقد أو لم يرد به ما يسمح بتحديدته، يعتبر ذلك، ما لم يوجد ما يشير إلى غيره، بمثابة إحالة من الأطراف إلى المقابل الجاري التعامل به في تاريخ إبرام العقد بالنسبة لمثل هذا الالتزام في الظروف المماثلة في مجال التجارة المعنى. فإذا لم يكن، فيتحدد المقابل بالمقابل المعقول."

يتضح لنا ان قواعد القانون الانكلو أميركي تهدف بالدرجة الأولى إلى إنقاذ العملية التعاقدية وتحقيق التوقعات المشروعة للفرقاء عند إبرامه. لذلك تتميز هذه القواعد بالفعالية الاقتصادية، أي بتأثيرها الإيجابي على العجلة الاقتصادية بشكل عام. وهذا أيضاً تجلى من خلال "الالتزام بتقليص الأضرار" الذي يفرض على الدائن اتخاذ موقف إيجابي جراء إخلال المدين بتنفيذ العقد.

## المطلب الثاني

### الالتزام بتقليص الأضرار "mitigation of damages"

ان العقد الملزم للجانبين إذا استوفى أركانه وشروطه يكتسب قوة إلزامية، تلزم قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات، فلا يستطيع أحدهم الانفراد بنقضه أو تعديله. الا انه قد يقوم أحد أطراف العقد بالإخلال بالتزاماته مما يستدعي مطالبة المدين عن كافة الأضرار التي ترتبت والذي يعبر عنه بمبدأ التناسب بين التعويض والضرر<sup>(1)</sup>. أمام التعارض والتنافر في المصالح بين الأطراف المتعاقدة، سار التوجه القانوني نحو

←

"a reasonable price".

(1) محمد حسن قاسم ونبيل مصطفى سعد، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت، 2010، ص. 105.

كرست معظم القوانين المدنية المبدأ القائل بالتناسب بين التعويض والضرر ولم تتطرق لواجب الدائن بأن يقوم من جانبه بالخطوات المعقولة لتقليص الأضرار. ولكن أجازت بعض القوانين المدنية نصوصاً صريحة، ومنها القانون العراقي بموجب المادة 210 من القانون المدني، للمحكمة انقاص مقدار التعويض في حال مساهمة الدائن في احداث الضرر أو بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه.

تكريس مبدأ التعاون والتضامن في العلاقات التعاقدية التي تفرض على كل طرف من الأطراف المتعاقدة أن يأخذ في الاعتبار مصالح المتعاقد الآخر من خلال القبول بتضحيات معينة من أجل تعزيز الحفاظ على العقد وتحقيق الغاية العقدية التي أنشئ لأجلها. ويعد الالتزام بتخفيف الأضرار من أبرز صور التعاون في مرحلة تنفيذ العقد، كرسه بداية القانون الانكلو أميركي (الفرع الأول) ثم تلقفته معظم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الالتزام بتقليص الأضرار في القانون الانكلو أميركي

يعتبر واجب الدائن بتخفيف الضرر من المبادئ الأساسية التي تضمنها القانون الانكلو أميركي في منظومته القانونية، حيث يعود الفضل في برونه إلى القضاء الإنكليزي الذي دأب على ترسيخه كأحد الركائز القانونية الواجبة لتقدير التعويض الناجم عن الضرر التعاقدية. تم استحداث فكرة تخفيف الضرر من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وضمان التوازن الاقتصادي للعقد ولو كان ذلك على حساب المصلحة الشخصية للمتعاقد. فقد تم تكريس هذا المبدأ في قضية *Staniford v. Lyall* عام 1830<sup>(1)</sup>. ولحق هذا القرار العديد من الاجتهادات التي أكدت على ان المتعاقد ضحية عدم التنفيذ يحرم من التعويض عن الأضرار التي كان بوسعه تجنبها. وخاصةً في قضية *Frost v. Knight*<sup>(2)</sup>، فلقد أعلنت المحكمة انه عند تقدير التعويض الناتج عن الإخلال بالموجبات العقدية، أنه يؤخذ بعين الاعتبار إذا ما كان المستدعي قد اتخذ كافة التدابير المعقولة وتصرف مثل الشخص الحرص من أجل التقليل من الأضرار<sup>(3)</sup>.

هذا ويعود الفضل إلى السوابق القضائية في ترسيخ مبدأ تخفيف الضرر في قانون بيع البضائع الإنكليزي لسنة 1979، حيث ويامعان النظر في نص المادتين 50 و51 من هذا

(1) *Stanford v. Lyall*, (1830) 7 Bing 169.

(2) *Frost v. Knight* (1872) 7 Ex. 111.

(3) En droit anglais, BEALE (H.), *Remedies for Breach of contract*, London, Sweet&Maxwell 1980, p. 127; HARRIS (D.), CAMPBELL (D.) et HALSON (R.), *Remedies in Contracts & Torts*, London, Butterworths 2002, 2<sup>nd</sup> ed. , p. 167; FURMSTON (M. P.), *The law of Contract*, London. , LexisNexis 2003, 2<sup>nd</sup> ed. , §8. 164 et s

القانون<sup>(1)</sup>، نجد انه في حالة عدم تنفيذ الطرف المتعاقد معه لالتزامه، يفترض على الطرف الآخر - المشتري أو البائع - أن يخفف من الضرر الواقع على عاتقه، وذلك من خلال السعي لإبرام عقد بديل - على سبيل المثال، وفي حال عدم السعي وراء إبرام عقد بديل، فإن الدائن المهمل يخاطر بحصوله على تعويض مخفض.

والأمر ذاته بالنسبة للقانون الأميركي، إذ انتهج نفس نهج القانون الإنكليزي في تقرير مبدأ تخفيف الضرر بدءاً من السوابق القضائية وصولاً إلى سن نصوص قانونية تنظم بشكل صريح واجب تخفيف الضرر. وخاصة المواد 2 - 708 و 2 - 713<sup>(2)</sup> من القانون التجاري الأميركي الموحد التي أكدت على أن المدعي لا يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن أن يتجنبها إذا اتخذ خطوات معقولة لتجنب تلك الأضرار<sup>(3)</sup>.

ويرتكز هذا المبدأ على قاعدتين أساسيتين: أولاً أن الدائن ليس له الحق بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها باتخاذ التدابير المعقولة وانه يمكن المطالبة بكافة المصاريف التي أنفقها من أجل تقليص الأضرار. ثانياً التزام الدائن بالسرعة في

- 
- (1) Article 50 of the Sales of Good Act stipulates: ” (1) When, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer, and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against the buyer for the price of the goods. (2) When, under a contract of sale, the price is payable on a day certain irrespective of delivery, and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay such price, the seller may maintain an action for the price, although the property in the goods has not passed, and the goods have not been appropriated to the contract. **And Article 51 of the same Act stipulates:** ”(1) Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non - delivery. (2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller’s breach of contract. (3) Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver.
- (2) Article 2 - 708 of the UCC stipulates: ” (1) Subject to subsection (2) and to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2 - 723), the measure of damages for non - acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages provided in this Article (Section 2 - 710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach”. Article 2 - 713 of the UCC stipulates: “(2) Market price is to be determined as of the place for tender or, in cases of rejection after arrival or revocation of acceptances, as of the place of arrival.
- (3) « Une négligence contributive ». V. *Revill v. Newbery*, (1996) 2 WLR 239, *Nettleship v. wetson*, (1971) 3 WLR 370.

اتخاذ تدابير تخفيف الضرر".

فمن ناحية أولى، إن اتخاذ التدابير المعقولة من قبل الدائن المتضرر لتخفيف الضرر الناشئ عن إخلال المدين، يعد الركن الأساسي للالتزام بتخفيف الأضرار، فلا يمكن أن يكون الالتزام بتخفيف الأضرار متحققاً إذا لم يتصرف الدائن على نحو معقول. وتتنوع التدابير المتخذة من قبل الدائن المتضرر لتخفيف الضرر الذي لحق به جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية من عقد لآخر ومن واقعة لأخرى وفقاً لملاسات الضرر الحاصل. فمثلاً في حالة عدم قيام المشتري بتسليم البضاعة المباعة فعلى البائع الدائن أن يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على البضاعة التي لم تسلم على أن ترد المحكمة إليه مصاريف الحفظ.

ومن ناحية أخرى، ان الوقت اللازم لاتخاذ الخطوات المعقولة لتخفيف الأضرار على المدعي - الدائن - يعتمد على علمه أو ما يجب عليه أن يعلم بأن المدعي عليه قد أخل بالتزامه العقدي، لذا فإنه يتوجب على المدعي بشكل فوري المبادرة باستباق الأحداث والحد بشكل فعال من الضرر بالبحث عن البديل إذا كان متوفر.

إن هذا المبدأ يعتبر من أبرز صور التعاون المفترض بين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد، وآلية لضمان استمراره وتطبيق من تطبيقات حسن النية. وقد حظي هذا المبدأ بعناية كبيرة من قبل واضعي الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية وخاصة في اتفاقية فيينا وذلك بحكم ان التجارة الدولية قائمة على الثقة والائتمان واستقرار العلاقات التعاقدية.

## الفرع الثاني

### تكريس موجب تقليص الأضرار في اتفاقية فيينا

نصت المادة 77<sup>(1)</sup> من اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولي للبضائع على أن "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".

(1) Article 77 of the Vienna Convention stipulates: " A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated"

إن هذا الحكم يأتي كاستثناء على المبدأ العام في التعويض المكرس بنص الاتفاقية عينها؛ إذ تنص المادة<sup>(1)</sup> 74 " يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة للمخالفة. ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد".

ولا يقتصر تكريس هذا الموجب على أحكام اتفاقية فيينا بل يعمل به ضمن مبادئ العقود التجارية الدولية<sup>(2)</sup> وكذلك مبادئ قانون العقود الأوروبي<sup>(3)</sup>.

غير أن موجب تقليص الضرر، بما يمثل من استثناء على المبدأ العام بوجوب التعويض عن كامل الضرر، إنما هو استثناء نسبي ومحدود. بعض الفقهاء اعتبروا أن الفقرة الأخيرة من المادة 77 أجازت للطرف المُخل (بالتنفيذ) أن يتمسك بحقه في المطالبة بتخفيض التعويض ولم تلزم الطرف الآخر (الذي لم يتخذ التدابير المعقولة لتقليص الضرر) بتخفيض التعويض. وعليه، فهو يمكن أن يكون غير ملزم. أما البعض الآخر يتجه إلى القول أن هذا الموجب لا يجب توصيفه على أساس الإلزامية من عدمها، إنما يجب ربطه بمعيار التوقع " (...). هذا التوقع لا يمكن أن يضيفي على واجب الدائن بتقليص الأضرار في العقود الإلزامية، وذلك لأن واجب تقليص الأضرار، ما هو الاقيد يرد على حق الدائن عند مطالبة المدين بالتعويض"<sup>(4)</sup>، ليخلص بعدها إلى القول بعدم إلزاميته

(1) Article 74 of the Vienna Convention stipulates: " Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract

(2) المادة 7 - 4 - 8 - 1

(3) المادة 505/9 من مبادئ قانون العقود الأوروبي

(4) وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الاضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الانكلوسكسونية والمدنية وعقود البيع الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، منشورات الحلبي، بيروت 2015، ص. 39.



تبعاً لكونه قيماً على حق<sup>(1)</sup>.

انطلاقاً مما تقدم، يصبح من المشروع التساؤل حول طبيعته. بعبارة أخرى، هل "موجب" تقليص الضرر في عقد البيع، وفقاً لاتفاقية فيينا، هو موجب حقيقي أم رخصة قانونية؟

ان الإجابة على السؤال أعلاه تستوجب مقارنة المسألة من جهات متعددة؛ فمن جهة أولى، ان الفقرة الأخيرة من المادة 77 من اتفاقية فيينا أجازت للطرف الملتزم بالتعويض مطالبة الآخر بتخفيض الضرر. هذه "الإجازة" يترتب عليها أثر قانوني ملزم بمجرد استعمالها (وجوب تخفيض التعويض).

ومن جهة ثانية، لقد ربطت الاتفاقية تلك المطالبة بـ "إهمال" الطرف الآخر، والإهمال ما هو الا صورة من صور الخطأ الشخصي الذي يترتب تعويضاً. أي هو واقعة قانونية منشأة للموجب.

ومن جهة ثالثة، فالموجب، أي موجب، يفترض توافر عناصر مكونة له وهي بالتحديد عنصري المسؤولية والمديونية. في حالة تخفيض الضرر وفقاً لاتفاقية فيينا تتوافر عناصر "الموجب" كرابطة قانونية؛ فالمديونية هي واقعة الإهمال والمسؤولية تتمثل بوجوب تخفيض مقدار التعويض.

وطالما ان اتفاقية فيينا نظمت عقد بيع البضائع الدولي، فيكمن تصور أعمال موجب تقليص الضرر أنه الموجب الملقى على عاتق كل من البائع والمشتري باتخاذ التدابير المعقولة بهدف الحد من الأضرار التي من الممكن أن تصيبه في الإخلال بتنفيذ العقد من جهة المدين<sup>(2)</sup>.

يشكل موجب تقليص الضرر إحدى نتائج التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية<sup>(3)</sup> ولا سيما الجدوى الاقتصادية للمسؤولية المدنية، فهو وسيلة تتعارض مع المبادئ التقليدية

(1) المرجع نفسه.

(2) Stephan REIFEGERSTE, Pour une obligation de minimiser le dommage, Thèse, Aix - en - Provence, PUF, 2002, no 5.

(3) A. T. KRONMAN et R. A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, 1979 ; comp; W. Z. HIRSCH, *Law and Economics: An Introductory Analysis*, Academie Press, 1979, p. 105 s. ; F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, 2<sup>e</sup> éd. , Butterworths, 1981, p. 67 ; M. FABRE - MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, L. G. D. J. , 1992, pref. J. Ghestin, n° 57 s.

المعروفة في قانون العقود والمسؤولية، كالقوة الملزمة والخطأ الشخصي، لصالح هاجس التعويض على الضحية<sup>(1)</sup>. لكن تلك الفكرة الأخيرة لم تخلو من الانتقاد من وجهة نظر جانب من الفقه<sup>(2)</sup>.

انطلاقاً من هاجس التعويض، يُطرح السؤال عن الأساس القانوني الذي يركز عليه موجب تقليص الضرر في ظل اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع؟  
للوهلة الأولى، يمكن الإجابة بطريقة مباشرة والقول ان الأساس القانوني لموجب تقليص الضرر في الاتفاقية يكمن في نص الفقرة الثانية من المادة 77. غير ان مقارنة أحكام التعويض المنصوص عنها في الاتفاقية ذاتها تسمح بطرح السؤال حول دور مبدأ حسن النية في تبرير وجود هذا الموجب.

والواقع ان مبدأ حسن النية ورد النص عليه في المادة 7، فقرة أولى، إذ نصت "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها. كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية"<sup>(3)</sup>.

يرى البعض أن مبدأ حسن النية لا يصلح كأساس قانوني لموجب تقليص الضرر في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لأن حسن النية يقتصر على تفسير الاتفاقية فقط<sup>(4)</sup>. في حين يتجه رأي آخر إلى اعتبار أن حسن النية، هو مبدأ عام في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، ويطبق على كافة المراحل العقدية ومن ضمنها مرحلة تنفيذ العقد<sup>(5)</sup>.

(1) Stéphan REIFEGERSTE, Pour une obligation de minimiser le dommage. Op. cit, no 18.

(2) حول هذا الرأي، انظر وليد خالد عطية، المرجع السابق، ص. 24، هامش رقم 1.

(3) Article 7 of the Vienne Convention stipulates: " (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law".

(4) وليد خالد عطية، مرجع السابق، ص. 28 و29 والمراجع المشار إليها.

(5) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص. 30؛ ليندا جابر، جزاء الإخلال بعقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع 1980، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت 2023، ص. 46 وما يليها.

والواقع انه بالعودة إلى نص المادة 7، فقرة أولى من الاتفاقية يتضح أنها وردت تحت الفصل الثاني بعنوان "أحكام عامة". وأكثر من ذلك، ان العبارة الأخيرة من المادة عينها كانت واضحة في صياغتها لجهة القول " كما يُراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية". وعليه، لم تشترط تلك العبارة ضمان حسن النية في أي مرحلة من مراحل العقد كما لم تحصر ضمان حسن النية في الاتفاقية نفسها إنما في " التجارة الدولية" وليست اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع الا تنظيمياً قانونياً لوجه من وجوه التجارة الدولية. وبالعودة إلى النصوص القانونية التي نظمت التجارة الدولية، يتضح أن الطبيعة الآمرة لمبدأ حسن النية موجود في المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية<sup>(1)</sup> وكذلك، مبادئ القانون الأوروبي للعقود<sup>(2)</sup> وتضمنت مبادئ اليونيدروا أيضاً واجباً عاماً يقتضي بالتصرف وفقاً لمبدأ حسن النية في العقد.

وفي تكريس لهذا التوجه، اعتبرت هيئة التحكيم في غرفة التجارة في ستوكهولم أن الحكم الوارد في المادة 7 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع يتضمن موجب حسن النية بشكل صريح<sup>(3)</sup>.

وفي مطلق الأحوال، يقع على الطرف الذي يطالب تخفيض التعويض اتخاذ "التدابير المعقولة" لتقليص الضرر. ومعيار المعقولة مستوحى من القوانين الأنجلو أميركية وهو مظهر واضح من مظاهر تأثير هذا القانون على اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع. الا ان الاتفاقية لم تحدد المقصود بالتدابير المعقولة ولم توضح المعايير التي يمكن الاستناد اليها. الا انه وبحسب الاجتهادات الانكلو أميركية يعود تقدير معيار معقولة التدابير والوسائل إلى القاضي بحسب ظروف وملابسات كل قضية<sup>(4)</sup>.

(1) المادة (1 - 7) نصت على أن "1 - يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية. 2 - لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده".

(2) المادة (1 - 201) نصت " 1 - على كل طرف أن يتصرف وفقاً لحسن النية والتعامل العادل. 2 - لا يجوز للطرفين استبعاد أو تقييد هذا الموجب"

(3) قرار صادر عن معهد التحكيم التابع لغرفة التجارة في ستوكهولم، السويد، تاريخ 1998/6/5، منشور على موقع اليونسترال، السوابق القضائية - كلاوت.

(4) وليد خالد عطية، المرجع السابق، ص. 125.

## الخاتمة

تولي الدول اهتماماً كبيراً لاحتياجات الشركات التجارية التي تُعتبر اللاعب الرئيسي في التجارة الدولية. فقد نجحت هذه الشركات، لما لها من تأثير على اقتصاديات الدول، على مر الزمان، في التأثير على القانون بطرق مباشرة أو غير مباشرة. إذ إنها تقوم بممارسة "الضغط السياسي" على السلطات المختصة لتكريس القواعد القانونية التي تناسبها بشكل أفضل لإتمام العمليات التجارية التي تعتمزم تنفيذها. وعادةً ما تنجذب هذه الشركات إلى القواعد القانونية الأكثر تحفيزاً ومرونة.

وتوصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

1. ان النظام القانوني الانجلو أميركي يستجيب بشكل أفضل لمتطلبات نجاح العمليات التجارية، حيث يُمثل نموذجاً للقانون الاقتصادي الأكثر تحراً. لقد تم تشكيل قواعد القانون الأنجلو أميركي بطريقة برغماتية، مما منحها قوة جذب للمستثمرين الدوليين الذين يبحثون عن حلول مرضية لنزاعاتهم.
2. ان توسيع انتشار قواعد القانون الأنجلو أميركي في الاتفاقيات الدولية والقانون المرن والممارسات التعاقدية أتى نتيجة تعزيزه بشكل أساسي لمبادئ حرية العقد والولاء التعاقدية.
3. ان المبادئ الأكثر تأثيراً على المستوى الدولي هي: تقليص الأضرار، العقود غير محددة الثمن، والإلغاء الاستباقي للعقد لأنها تتلاءم واحتياجات التجار على المستوى الدولي.
4. لم تعد القواعد القانونية الجامدة هي الوسيلة المناسبة للعولمة القانونية التي فرضتها العولمة الاقتصادية وهذا ما دفع إلى إعادة إحياء فكرة اعتماد "المعيار" في صياغة النصوص القانونية الجديدة.

### التوصيات:

1. نقترح على المشرعين في الدول العربية استنباط القواعد الملائمة لمتطلبات التجارة الدولية وتحديث قواعدها بما يؤمن وجودهم على الساحة الدولية. وهذا لا يعني أن يتبنوا نظاماً مماثلاً لأي دولة لأنه لا يمكن اعتبار نظام قانوني معين ملائماً تماماً وبشكل كامل لمصلحة التجارة الدولية أو احتياجات التجار. فالقانون الدولي والقانون

- الأوروبي ليسا سوى امتداد للقوانين الوطنية. بل الاسترشاد بالقواعد التي وضعت ضمن إطار اتفاقية فيينا، مبادئ اليونيدروا والمبادئ الأوروبية للعقود.
2. لا بد من تغيير بعض المفاهيم التي تم تكريسها منذ عقود في القوانين العربية ومنها مبدأ تناسب التعويض مع الضرر وما يرافق هذا المبدأ من إجحاف، في بعض الأحيان، على عاتق المدين. بل يجب أن يكون هنالك إمكانية للانقاص والزيادة بحسب ظروف كل قضية وبحسب مدى التزام الدائن بمبدأ التعاون. كذلك لا بد من إعطاء حرية أكبر للمتعاقدین عند إنشاء العقد بحيث يمكن أن يكون العقد غير محدد الثمن.
3. اعتماد فكرة المعيارية وإدخال مبدأ المعقول في إطار النصوص القانونية بحيث ان القاضي يستطيع أن يستعين بهذا المعيار من أجل مثلاً تحديد الثمن المعقول أو الوسائل المعقولة وبالتالي نكون أعطينا حرية أكبر للمتعاقدین تحت رقابة القضاء.
4. فإن تطبيق هذه القوانين على المستوى الدولي يمنحها طابعاً فريداً حيث يتم تقديمها من منظور جديد لتداخل العديد من القوانين الوطنية. في مثال اتفاقية فيينا، يهيمن النمط الرومانو - جرمانى في المرحلة قبل التعاقدية مع مبدأ حسن النية وواجب الإفصاح والسرية، بينما حققت القواعد الانجلو أميركية المتعلقة بتنفيذ وعدم تنفيذ نجاحاً أكبر على المستوى الدولي وتخدم بشكل أفضل مصالح التجارة.
5. نقترح أن تعزز فكرة إنقاذ العقود وإعادة توازنها، لأن الإرادة اتجهت إلى إحداث آثار قانونية معينة ومحاولة الإبقاء على العقد ما هو إلا تنفيذ لإرادة المتعاقدین حسني النية وتثبيت فكرة الفائدة الاقتصادية من العقد". وتكريس مبدأي تقليص الأضرار والعقد غير محدد الثمن ما هو إلا انعكاس أو امتداد لمبدأ حرية التعاقد وحسن النية في التنفيذ التي تكرسه معظم القوانين العربية.

## المراجع

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

1. الياس ناصيف، العقود التجارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت، 2019.
2. ليندا جابر، جزاء الإخلال بعقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع 1980، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت 2023
3. محمد حسن قاسم ونبيل مصطفى سعد، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت، 2010.
4. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988
5. هشام فضلي، الاتجاهات الحديثة في تنظيم العقود التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2013.
6. وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود (دراسة مقارنة بين القوانين الانكلوساكسونية والمدنية وعقود البيع الدولي، الحلبي، بيروت، 2015.

المقالات والدراسات:

1. جانوس مارتوني، خمسة وثلاثون عاماً على قانون البيع الموحد: الاتجاهات والمنظورات، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مداورات حلقة النقاش الرفيعة المستوى المعقودة أثناء الدورة الثانية والأربعين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا 6 تموز 2015.
2. حاتم محمد عبدالرحمن، بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الإنجليزي مقارنة بالقانون المصري، مركز المحمود، مصر، 2022.
3. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون - أداة للإصلاح والتطوير)، مجلة

كلية الحقوق الكويتية العالمية، العدد 2، الجزء الأول، 2017.  
 4. محمد حسن قاسم، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي،  
 مجلة الدراسات القانونية/ جامعة بيروت العربية، 2018.  
 المراجع باللغة الأجنبية:

#### Books and Theses

1. BEALE (H. G), Remedies for Breach of contract, London, Sweet & Maxwell, 1980.
2. FABRE - MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, pref. J. Ghestin. L. G. D. J. , 1992.
3. FARNSWORTH (E - A), « L'américanisation du droit — Mythes ou réalités ? », Arch. Ph. Droit, 2001, no 45, p. 22
4. FURMSTON (M - P.), The law of Contract, London. , 2<sup>nd</sup> ed. , LexisNexis 2003.
5. HARRIS (D.), CAMPBELL (D.) et HALSON (R.), Remedies in Contracts & Torts, London, 2<sup>nd</sup> ed. , Butterworths 2002.
6. LAWSON (F - H), Remedies of English Law, 2<sup>e</sup> éd. , Butterworths, 1981.
7. MONZER (R.), La négociation des contrats internationaux, une harmonisation des régimes juridiques romano - germaniques et anglo - saxons, thèse, soutenue à Montpellier, 2006.
8. PORTUESE (A.), Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, thèse Paris II 2012.
9. TREITEL, The law of contract, 13<sup>th</sup> edition, Sweet & Maxwell 2014.

#### Articles:

1. Guy CANNIVET, « Le débat Common Law Civil Law sur la performance économique du droit est - il pertinent ? », Revue d'économie financière 2018, no 129, p. 38.
2. LARRIBAU - TERNEYRE (V.), « L'exigence d'une notion de prix (problématique) », JCP E, Les cahiers du droit de l'entreprise, supplément n°7, 1997, p. 25, spéc. p. 26.
3. RACINE (J. - B), « La notion de prix en droit contemporain des contrats », RIDC, 1999, p. 77.
4. HOUTTE (H - V) et WAUTELET (P), « Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM », *RDAl/IBLJ*, 2001, no 34, p. 293.
5. FERRAI (F.), « Interprétation uniforme de la convention de vienne 1980 sur la vente internationale », *RIDC*, 1996, no 4, p. 815.
6. BERMAN (H - J.) et KAUFMAN (C.), « The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*) », *Harvard International Law Journal*, 1978, pp. 221 - 225

## الملخص

يتم تكريس العديد من المبادئ القانونية الانكلوأمريكية التي ترعى العقود في مختلف مراحلها في مشاريع توحيد قانون العقود الدولية. تنقل هذه المبادئ فلسفة هذا النظام القانوني التي تتمحور على وجه الخصوص، حول ثلاثة نقاط أساسية وهي توسيع نطاق حرية المتعاقدين أثناء إبرام العقد من خلال تحريرهم على سبيل المثال من التزام "تحديد الثمن"، وتكريس فكرة التحلل الاستباقي من العقد في حالات معينة وترتيب التزام إضافي على عاتق الدائن بتقليل الأضرار.

إن علمنة القانون والوزن الاقتصادي والسياسي للولايات المتحدة لعبا دورًا هامًا في انتشار القانون الأنكلو أمريكي على المستوى العالمي؛ يتجلى هذا الوزن الفاعل من خلال دورها في منظمة التجارة العالمية وصندوق النقد الدولي. فضلاً عن ذلك، أن النظام القانوني الانجلوأمريكي يتمتع أيضاً بقيم وخصائص تعطيه ميزة عن الأنظمة الأخرى ومنها النظام الرومانوجرمانى ومن بين هذه الميزات، يمكن ذكر:

- السوابق القضائية: يستند النظام القانوني الانجلوأمريكي على مبدأ السابقة القضائية، وتعتبر قرارات المحاكم مصادر قانونية ملزمة.
- المرونة والتطور: يتميز القانون الأنكلوأمريكي بقدرته على التكيف مع الظروف الجديدة والتطور وفقاً للاحتياجات المتغيرة للمجتمع.
- حرية التعاقد: يمنح النظام العرفي للعقود حرية أكبر للأطراف في تنظيم شروط العقد وصياغتها وفقاً لمصالحهم. هذا يعزز المرونة في العلاقات التجارية ويتيح التفاوض بحرية بين الأطراف.



### پوخته

زوریک له بنهما یاساییهکانی نهنگلۆ -ئهمریکی که گریهستهکان له قوناغه جیاوازهکانیاندا بهرپوهدهبن، له رهشنووسهکانی یهکخستنی یاسای گریهسته نیودهولتهتییهکاندا جیگیرکراون. ئەم بنه‌مایانه فلهسهفه‌ی ئەم سیستمه یاساییه دهگهیهنن، که به تایبته‌ی له دهوری سێ خالی بنه‌رتیدا دهسوریتهوه: فراوانکردنی بازنه‌ی ئازادی لایه‌نه گریهستهکاره‌کان له کاتی نه‌جامدانی گریهسته‌که‌دا به رزگارکردنیان، بۆ نمونه له پابه‌ندبوون به "جیگیرکردنی نرخ"، و ته‌رخانکردنی بیروکه‌ی هه‌لوه‌شانده‌وه‌ی پیشومه‌خته له گریهسته‌که له هه‌ندیک حاله‌تا و ریکخستنی پابه‌ندبوونیکه زیاده له‌سه‌ر قهرزده‌ر بۆ که‌مه‌کردنه‌وه‌ی زیانه‌کان.

به جیهانگیریکردنی یاسا و قورسای نایووری و سیاسی ئهمریکا رۆلێکی گرنگی هه‌بوو له بلا‌وبوونه‌وه‌ی یاسای نهنگلۆ -ئهمریکی له‌سه‌ر ئاستی جیهانی. ئەم قورساییه کاریگه‌ره له رینگه‌ی رۆلی له ریکخراوی بازرگانی جیهانی و سندوقی دراوی نیوده‌ولته‌تیدا ده‌رده‌که‌وت.

جگه له‌وه‌ش سیستمی یاسایی نهنگلۆ -ئهمریکی به‌ها و تایبته‌مه‌ندی هه‌یه که سوود بێده‌به‌خشیت به به‌راورد به سیستمه‌کانی دیکه، له‌وانه‌ش سیستمی رۆمانۆ-ئهلمانی، له نێو ئەم سوودانه‌دا ده‌توانین ناماژه به‌وه بکه‌ین:

- پیشینه‌ی دادوهری، و بریاره‌کانی دادگا سه‌رچاوه‌ی یاسایی پابه‌ندکهرن.
- نه‌رمی و گه‌شه‌سه‌ندن: یاسای نهنگلۆ -ئهمریکی تایبته‌مه‌نده به توانای خو‌گونجاندن له‌گه‌ڵ بارودۆخی نوێ و په‌رسه‌ندن به‌پێی گۆرانی بێداویستییه‌کانی کۆمه‌لگا.

ئازادی گریه‌ست: سیستمی نه‌ریتی گریه‌سته‌کان ئازادی زیاتر به لایه‌نه‌کان ده‌دات له ریکخستن و دارشتنی مه‌رجه‌کانی گریه‌ست به‌پێی به‌رژه‌وه‌ندییه‌کانیان. ئەم‌ه‌ش نه‌رمی له په‌یوه‌ندییه‌ بازرگانیه‌کاندا به‌رز ده‌کاته‌وه و رینگه به دانوستانیکی ئازاد له نێوان لایه‌نه‌کاندا ده‌دات.

### Abstract

Many Anglo-American legal principles that govern contracts at their various stages are enshrined in projects to unify international contract law. These principles convey the philosophy of this legal system, which revolves, in particular, around three basic points, which are expanding the scope of the freedom of contractors during the conclusion of the contract by freeing them, for example, from the obligation to “specify the price,” and enshrining the idea of pre-emptive termination of the contract in certain cases. Arranging an additional obligation on the creditor to reduce damages.

The secularization of law and the economic and political weight of the United States played an important role in the spread of Anglo-American law at the global level; This effective weight is evident through its role in the World Trade Organization and the International Monetary Fund. In addition, the Anglo-American legal system also has values and characteristics that give it an advantage over other systems, including the Romano-Germanic system. Among these features, it can be mentioned:

- Judicial precedent: The Anglo-American legal system is based on the principle of judicial precedent, and court decisions are considered binding legal sources.
- Flexibility and development: Anglo-American law is characterized by its ability to adapt to new circumstances and develop according to the changing needs of society.
- Freedom of contract: The customary system of contracts gives greater freedom to parties to regulate and formulate the terms of the contract according to their interests. This enhances flexibility in business relationships and allows negotiation freely between parties.

## عقد التلقيح الاصطناعي المساعد على الإنجاب دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والجزائري

الأستاذ المساعد الدكتورة ايناس مكى عبد نصار<sup>(\*)</sup>

كلية القانون - جامعة بابل

گرېبهستى پیتاندنى دهستکردى یارمهتیدهر بو زوزى  
لیکولینه وهیهکی بهراوردکاری نیوان یاساکانی عیراق و جهزائیر

پ.ی. د. نیناس مهکی عبدال نزار

کولیزى یاسا - زانکوی بابل

**Assisted reproductive artificial insemination contract  
A comparative study between Iraqi and Algerian legislation**

**INAS Makki ABED Nasser**  
College of Law, University of Babylon, Iraq

(\*) law.enas.maki@uobabylonedu.iq



عقد التلقيح الاصطناعي المساعد على الإنجاب  
دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والجزائري  
الأستاذ المساعد الدكتور ايناس مكى عبد نصار

كلية القانون - جامعة بابل

الكلمات المفتاحية:

التلقيح - الاصطناعي - العقد - الزواج - الإنجاب.

كليه ووشه:

بيناندين - دهستكرد - گرييهست - هاوسه رگيرى - ومچه خستنه وه.

**Key words:** artificial insemination - contract - marriage - childbearing.

المقدمة

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث من خلال أهمية عمليات التلقيح الاصطناعي لغرض الذرية فلا بد من العناية بهذا التنظيم تكمن في كون الزواج ثمرته النسل والبنون وأصل نظام الأسرة إن الله جعل من البشر ذكراً وأنثى وجمع بينهما في هذا النظام، والحصول على الذرية هو ثمرة الزواج لذا فتكمن أهمية البحث في كون عملية التلقيح الطبيعي يكون غير مجدي للحصول على الأطفال فبرزت تقنية حديثة وهي التلقيح الاصطناعي.

أهداف البحث:

- 1 - بيان مفهوم وشروط التلقيح الاصطناعي ومن ثم الوقوف على أنواعه.
- 2 - الوقوف على النصوص التشريعية ذات الصلة بالبحث، وبيان القصور الذي يعترها.

إشكالية البحث:

إن الحاجة إلى القواعد القانونية المنظمة للتلقيح الاصطناعي تعد من المرتكزات ذات الأهمية كون هذه العمليات أصبحت البديل عن التلقيح الطبيعي للإنجاب فلا بد من وضع

معايير وشروط محددة تتوفر حتى يتمكن الزوجان من اللجوء إلى عمليات التلقيح الاصطناعي وتكون شرعية وقانونية حتى نبعث في نفوسهم الاستقرار والطمأنينة في إثبات نسب الطفل المولود من هذه التقنية التي أولتها بعض الدول بالتنظيم سواء في نصوص خاصة أو قواعد عامة كمثل التشريع الجزائري وعليه فلا بد من إيلاء الموضوع في العراق الالتفات لأن القواعد أو النصوص المتعلقة بالصحة في بلدنا تُعاني من بعض القصور في معالجة موضوع التلقيح الاصطناعي، ولهذا لا بُد من الوقوف على معالم النصوص القانونية الخاصة بالتلقيح في بعض القوانين ومحاولة تقديم المعالجات المناسبة لسد تلك الثغرات لاسيما في مجال النصوص المدنية.

#### منهجية البحث:

سنتناول في هذا البحث دراسة عقد التلقيح الاصطناعي، مستندين في ذلك إلى عرض وتحليل النصوص ذات الصلة الموزعة ضمن منظومة التشريع العراقي والجزائري.

#### خطة البحث:

يقتضي إيفاء هذا الموضوع حقه تقسيمه على مبحثين، حيث سيكون عنوان المبحث الأول (مفهوم التلقيح الاصطناعي) والذي يتضمن ثلاث مطالب سنتناول في المطلب الأول تعريف التلقيح الاصطناعي وسيتم تخصيص المطلب الثاني لشروط التلقيح الاصطناعي، ونفرد المطلب الثالث لأنواع التلقيح الاصطناعي، بينما خصصنا المبحث الثاني لأحكام التلقيح الاصطناعي ونبحثه في مطلبين سنتناول في المطلب الأول أركان المسؤولية المدنية الناشئة من عمليات التلقيح الاصطناعي، وسنخصص المطلب الثاني للأثر المترتب على الإخلال بعمليات التلقيح الاصطناعي وإذا انتهينا من ذلك سنعقب ذلك بخاتمة نضمها النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### مفهوم التلقيح الاصطناعي

عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 عقد الزواج في المادة (3/ ف1) بأنه "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل " من هنا فإن غاية الزواج هو تكوين أسرة وإنجاب الأبناء لكن نلاحظ ان عملية الإنجاب قد تجابها بعض الإشكاليات قد تكون من الزوج أو الزوجة كالعقم مثلاً أو كبر سن الزوجة مما يكون مخزن البيوض لديها قليل فيتم الالتجاء في هذه الحالة إلى وضع التلقيح الاصطناعي وتكون بكل تأكيد تحت إشراف لجنة طبية مختصة مع توفر بعض الشروط التي بتحققها تكون عملية التلقيح صحيحة وقانونية دون إثارة أي إشكاليات ومن هنا سوف نقسم في هذا المبحث على ثلاث مطالب سنتناول في المطلب الأول تعريف التلقيح الاصطناعي وسنخصص المطلب الثاني لشروط التلقيح الاصطناعي واما المطلب الثالث سنتناول فيه أنواع التلقيح الاصطناعي.

## المطلب الأول

### تعريف التلقيح الاصطناعي

للتلقيح الاصطناعي مفهوم يختلف عن مفهوم التلقيح الطبيعي وهو عملية تلقيح صناعي بغير عملية الاتصال الجنسي بصورة طبيعية. وحينما نتجه إلى الموقف التشريعي من تعريفه فنجد ان التشريع العراقي لم يتطرق بصورة صريحة إلى التلقيح الاصطناعي فلم نجد تعريف على صعيد التشريع لهذا الأسلوب من الإنجاب ولم يبين أحكامه مما دفع السالكين لهذا الأسلوب اللجوء للقواعد العامة وهذا يعد نقص تشريعي يجب تلافيه.

أما على مستوى التشريع الجزائري فنجد هناك مادة جديدة أضافت تتعلق بالتلقيح الاصطناعي أضافها الأمر وهي المادة (45) وذلك مواكبة للتطورات الطبية والتكنولوجية الحاصلة في ميدان التلقيح الاصطناعي، حيث أصبح بمقدور الزوجين الاستفادة من هذه التقنية وتحقيق أحد المقاصد السامية للزواج والتمثلة في الإنجاب. ونتيجة لما أضافه هذا التعديل فإن المشرع الجزائري عُد في صدارة التشريعات العربية الأخرى القليلة التي اهتمت بهذا الموضوع. لقد أجازت المادة 45 مكرر بصفة صريحة اللجوء إلى استعمال

تقنية الإنجاب الاصطناعي، حيث جاء فيها ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وكذلك التشريع الجزائري نص عليه وفقا لقانون الصحة الجديد رقم 18 - 11 - 2018 وتحديدا في نص المادة 370 منه عرف العمليات المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيًا واستدرك في الفقرة الثانية من نفس المادة "وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب "

المقصود بالتلقيح الصناعي وحسب ما عرفه المجمع الفقهي الإسلامي بأنه "إنجاب الأولاد بغير الطريق الطبيعي (الاتصال الجنسي بين الزوجين) وإنما يكون إنجاب الأولاد بما يعرف الآن "بالتلقيح الصناعي" والأولاد الذي يولدون بهذا الطريق يعرفون أو يسمون "أطفال الأنابيب" باعتبار أن تلقيح بويضة الأثنى بمنى الرجل يتم داخل الأنابيب"<sup>(1)</sup>.

أما على الصعيد الفقهي فقد عرف التلقيح الصناعي علميا بأنه "عملية نقل الحيامن المنوي للرجل بطريقة صناعية إلى مهبل المرأة من أجل تلقيح. بويضتها وحدث الإخصاب"<sup>(2)</sup> وعرف بعض الفقه بأنه "إخصاب بيضة الزوجة بغير الطريق الطبيعي من خلال إدخال الحيوان المنوي للزوج في المهبل لغرض تلقيح البويضة داخل الرحم أو بزرع البويضة الملقحة والموجودة داخل أنبوب الاختبار داخل رحم الزوجة التي ترغب بذلك لغرض تمكينها من الإنجاب"<sup>(3)</sup>.

وعبر بعض الفقه عن التلقيح الاصطناعي بأنه عبارة عن عملية تساعد على الإنجاب دون حدوث أي تلاقي أو حصول أي اتصال جنسي بين الزوجين، حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج إلى رحم الزوجة أو عن طريق زرع بويضة ملقحة في

- 
- (1) قرار المجمع الفقهي الإسلامي منشور على الموقع الإلكتروني <https://fiqh.islamonline.net>
- (2) د. محمود سعد شاهين، أطفال الانابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010 - ص 86 وما بعدها
- (3) د. نافع تكليف مجيد دقار العماري - الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية - العدد 37، 2018 - ص 388.



رحمها<sup>(1)</sup>.

وثمة تعريف للتلقيح بأنه " عبارة عين تقنية طبية تساعد الزوجين على الإنجاب بالرغم من عدم حصول أي تلاقي جنسي بينهما، ويدخل هذا ضمن تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب<sup>(2)</sup>.

ومن الجدير بالذكر انه تم إجراء أول تلقيح اصطناعي عام 1786 من قبل الكاهن الإيطالي " لازداد سبالا ن ا زلي" وقد وقعت هذه التجربة على أنثى الكلب، وفي سنة 1781 تم إجراء أول " Hunter " عملية تلقيح اصطناعي على المرأة. غير أن جانب آخر من الفقه يرى بأن هو من أجرى أول عملية تلقيح اصطناعي في سنة 1799 تتعلق بزواجين عقيمين<sup>(3)</sup>.

يتضح مما ذكر من تعريفات للتلقيح الاصطناعي ان هذه العملية هي بديلة عن التلقيح الطبيعي ومساعدة على الحمل والإنجاب وتتضمن كذلك علاجات عيادية طبية لتنشيط التبويض للزوجة للحصول عليها وتلقيحها بمني الزوج للتخصيب وبعد ذلك يتم إرجاع الأجنة إلى رحم الزوجة.

## المطلب الثاني

### شروط عقد التلقيح الاصطناعي

من خلال ما بينا في المطلب الأول من تعريف للتلقيح الاصطناعي لذا فإنه هناك شروط ينبغي توافرها ليكون التلقيح شرعياً قانونياً ويشت فمع نسب الطفل إلى أبيه: -  
أولاً: أن تكون هناك ضرورة

إن الفقه الإسلامي لا يجذب اللجوء إلى هذه الوسيلة من الإنجاب الا إذا كان هناك ضرورة قد وجدت بالزوجين وادى بهم الأمر إلى تقنية التلقيح الاصطناعي والله سبحانه

(1) د. يوسف مسعودي - التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري - بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 1, العدد 1 - 2016 - ص 109.

(2) زناقي محمد رضا. دلال يزيد - الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18 - 11 - بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون - المجلد 12, العدد 2, - 2020 - ص 3

(3) نقلا من د. يوسف مسعودي - المرجع السابق - ص 109.

يقول في كتابه العزيز " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"<sup>(1)</sup> هذه الوسيلة أصبحت مشروعة إذا أصبح الاتصال الجنسي بين الزوجين عسيرا أي يكون من الاستحالة للمرأة أن تحمّل من ماء زوجها بالطريق الطبيعي<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: أن يكون بين الزوجين عقد زواج شرعي

وهذا الشرط نرى من الضروري لابد من يكون بين الزوجين رباط شرعي حتى يكون النسب شرعياً وهذا بخلاف نجد أن التشريعات الغربية التي تجيز استعمال هذه التقنية بالنسبة لغير المتزوجين خاصة وأن القانون المدني الفرنسي لا يحظر المعاشرة غير الشرعية، كما أن قانون العقوبات الفرنسي، أيضاً، لا يعاقب عليها رغم المخاطر الناجمة عنها، وهذا لمخالفتها مصلحة المعاشرين أنفسهم ومصلحة المجتمع<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: أن يكون التلقيح تحت إشراف جهة طبية: هذا الشرط من البديهي لا بد إن تكون هذه التقنية تحت إشراف أطباء مختصين في الطب النسائي وزرع البويضات وإرجاع الأجنة وأيضاً تكون متابعة الزوجة لزرع الأجنة لهذه الجهة الطبية التي أشرفت على الزرع والإرجاع ومتابعة حالة الزوج حتى يتم متابعة تطور كبر الجنين وما تحتاج إليه الزوجة من عناية واهتمام ورعاية طبية.

رابعاً: أن يكون التلقيح عن رضا صادر من كلا الزوجين وأثناء حياتهما: فلا يجوز أن يتم التلقيح بعد إيقاع الطلاق أو التفريق أو الفسخ بين الزوجين أو بعد وفاة الزوج فيشترط قيام العلاقة الزوجية بينهما وان يكونا أهلاً لذلك في بادئ الأمر فيكون قد بلغا الثامنة عشر من العمر أو أصبح أهلاً للزواج بموجب الأهلية القضائية<sup>(4)</sup> ويجب أن تكون إرادة

(1) سورة البقرة الآية 185

(2) زناقي محمد رضا ودلال يزيد - المرجع السابق - ص 16

(3) علي مصباح إبراهيم، المعاشرة غير الشرعية في فرنسا والزواج المنقطع في لبنان، مائتي، عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005 ص 411 - نقلاً من د. يوسف مسعودي - المرجع السابق - ص 6

(4) نصت المادة (7) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه " 1 - يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة 2 - للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير على أن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً". اما في التشريع الجزائري يشترط لرضا الزوجين أن يكون الزوجان بالغان تسعة عشر سنة

الزوجين سليمة وغير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup> وهذا ما أورده أيضاً المجمع الفقهي الإسلامي بقوله "التلقيح الصناعي يكون جائزاً إذا كان الماء الذي تم به التلقيح هو ماء الزوج والزوجة، سواء تم التلقيح خارجياً ثم زرعت اللقيحة في رحم الزوجة، أو تم حقن مني الزوج في مهبل الزوجة لتلقح تلقيحاً داخلياً، وثمة شرط آخر هو أن يتم التلقيح حال حياة الزوج، فلا يجوز أن تلقح الزوجة بماء الزوج بعد وفاته؛ لأنه يشترط أن يكون المني الذي تلقح به المرأة هو مني زوجها وبالموت تنتهي الحياة الزوجية<sup>(2)</sup>.

خامساً: - أن يقدم الزوجان التلقيح الاصطناعي بشكل كتابي: نصت على هذا الشرط الفقرة (2) من المادة 371 من قانون الصحة الجديد للتشريع الجزائري فقد أكدت على أن يقدم الزوج والزوجة طلب كتابي وهم على قيد الحياة وهو ما يسمى بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده فقيده أكدت على أن يقدم الزوج والزوجة على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من المؤسسة المعنية بهذا الخصوص<sup>(3)</sup> ولا نجد هكذا شرط في التشريع العراقي.

### المطلب الثالث

#### أنواع التلقيح الاصطناعي

عند تتبع عمليات التلقيح الاصطناعي نلاحظ أنه على نوعين قد يكون بدون تدخل الغير أي يكون بين الزوج والزوجة حصراً، والنوع الثاني يكون بتدخل الغير تبرعاً بالبويضة أو النطفة أو يتم إجازة الرحم وعليه سوف نتناول هذين النوعين في الفرعين الآتين: -

←

كاملة وذلك حسب نص المادة (40) من القانون المدني العراقي.

(1) انظر نصوص المواد من 81 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

(2) وهذا ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث في عمان من 1208

صفر سنة 1407 هـ منشور على الموقع الإلكتروني <https://fiqh.islamonline.net>

(3) زناقي محمد رضا ودلال يزيد - المرجع السابق - ص 9.

## الفرع الأول

### التلقيح الصناعي بدون تدخل الغير

الفرض هنا إن التلقيح الصناعي قد تم بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة كما بينا، والأصل إن هذا الفرض لا يُشير صعوبة تذكر سواء تم التلقيح داخلياً أي داخل رحم الزوجة، أم خارجياً أي في أنبوب اختبار ثم تُزرع البويضة الملقحة بعد ذلك في رحم المرأة التي ترغب في الحمل (الزوجة)، حيث يستفيد المولود حينئذٍ من قرينة الأبوة التي تقضي باعتبار الزوج (أباً) له، ولكن الصعوبة تكمن في حالة تجميد البويضة الملقحة والذي يؤدي إلى تجزئة فترة الحمل إلى مدتين: إحداهما قبل زرع البويضة الملقحة، والثانية بعد عملية الزرع<sup>(1)</sup>، إذ قد تُستجد بعض الظروف التي قد تُؤثر على نسب المولود خلال فترة تجميد البويضة، فقد يتوفى الزوج في هذه الفترة أو تنتهي العلاقة الزوجية بينهما بالطلاق، ما الحكم في هذه الحالة؟

انقسم الفقه في هذا المجال إلى وجهتين هامتين: -

**الوجهة الأولى:** يذهب إلى مشروعية مثل هذه الصورة ومن ثم القول بثبوت نسب المولود من الزوج المطلق أو المتوفى بشرط أن تتم هذه العملية أثناء العدة.

**الوجهة الثانية:** تعارض هذه الوجهة مسألة التلقيح الحاصل بعد وفاة الزوج أو الانفصال بين الزوجين، وحثهم في ذلك هو ما يترتب على عملية التلقيح الصناعي بعد الوفاة أو الانفصال من آثار سلبية تنتج عن الواقع العملي، منها مسألة الميراث حيث يشترط لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وموت المورث حقيقة أو حكماً<sup>(2)</sup>.

أما المشرع العراقي فلم يُبين موقفه من هذه المسألة، واكتفى بالقول في قانون الأحوال الشخصية في المادة (51) على: " يُنسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين: 1 - أن يمضي على عقد الزواج أقل من مدة الحمل. 2 - أن يكون التلاقي بين

(1) د. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - جامعة الكويت - الكويت - 1992 - ص 333.

(2) د. حيدر حسين كاظم الشمري - إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي - بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العدد الثاني - 2010 - ص 136.

الزوجين ممكناً"

وسبقهما شرط افتراضي وهو وجود عقد زواج، غير إن هذا النص لا يُمكن الاستناد إليه في الركون إلى الجواز أو عدمه في المسائل المتعلقة بعملية تجميد البويضة المخصبة وزرعها بعد الوفاة أو الطلاق.

## الفرع الثاني

### التلقيح الصناعي بتدخل الغير

وهذا النوع يتم على ثلاثة أشكال وهي:

أولاً: التبرع بالنطفة: يحصل في بعض الحالات أن تكون نطفة الرجل غير مخصبة، فإن حدوث الحمل بواسطة نطفته يكون مستحيلاً، إذ يتم اللجوء في هذا الفرض إلى الحصول على نطفة رجل أجنبي ثم تلقيح بويضة الزوجة بها، ويسمى صاحب النطفة في هذه الحالة متبرعاً.

ثانياً: التبرع بالبويضة: في هذا الفرض يرجع العقم إلى الزوجة مع قدرة الزوج على الإنجاب، ويُمكن في هذه الحالة الحصول على بويضة من امرأة أخرى مخصبة ليتم تلقيحها بنطفة الرجل ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة التي تعاني من عدم القدرة على الإنجاب، ويلجأ الزوجان إلى هذه الوسيلة من التلقيح إذا كان مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً، لكن رحمها سليم يقبل زرع البويضة الملقحة وحملها، وهنا تكون المرأة قد تبرعت ببويضتها فقط.

ثالثاً: التبرع بالرحم أو إجارته: فقد تبرع المرأة بالحمل فقط وذلك بأن يجري تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج في أنبوب اختبار، ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها، ويلجأ الزوجان إلى هذه الطريقة إذا كانت الزوجة مبيضها سليماً منتجاً لكنها غير قادرة على الحمل لمرض أو عيب في رحمها<sup>(1)</sup>.

ولا شك إن التلقيح الصناعي بتدخل الغير سينعكس بالسلب على نسب المولود وينجم عنه نتائج عملية خطيرة تؤدي إلى اختلاط الأنساب، فضلاً عن إن هذا الأمر سيؤدي إلى المساس بحرمة وسلامة جسم الإنسان.

(1) د. محمد المرسي زهرة - المرجع السابق - ص 337.

خلاصة القول إن التلقيح الصناعي هو استثناء من القاعدة ولا يمكن التوسع فيه، بمعنى إنه لا بُد من وضع قيود وشروط للاستفادة من هذه التقنية على الوجه الأكمل لكي تُحقق الفائدة المرجوة منها وفي الوقت ذاته يتم المحافظة على خصوصية الأنساب، وهذه القيود يجب أن تتمثل بالآتي:

- 1 - أن يكون أصحاب البويضة المخصبة زوجين شرعيين.
- 2 - أن تتم عملية التلقيح برضاء الزوجين.
- 3 - أن تتم عملية الإخصاب وزرع البويضة المخصبة أثناء حياتهما.



## المبحث الثاني أحكام التلقيح الاصطناعي

في هذا المبحث سوف نبين أركان المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ في تقنية التلقيح الاصطناعي وفي المطلب الثاني سوف نخصصه للأثر المترتب على الخطأ في التلقيح الاصطناعي وكالاتي: -

### المطلب الأول

#### أركان المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ في تقنية التلقيح الاصطناعي

ترتكز المسؤولية المدنية بصورتها التقصيرية والعقدية على ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث أن أي فعل يسبب ضرراً للغير يعد خطأً يوجب المسؤولية على مرتكبه فإذا كان هذا الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني هو عدم الإضرار بالغير كان الخطأ تقصيرياً، أما إذا كان إخلال بالتزام مصدره العقد كان خطأً عقدياً، ونظراً لعدم وجود تشريع خاص ينظم عمليات التلقيح الاصطناعي سوف نقوم ببحثها وفق القواعد العامة في القانون المدني العراقي والقانون المقارن وسوف نقوم ببحث هذه الأركان كلاً على حدة ودوره في قيام المسؤولية التقصيرية أو العقدية للطبيب في تحقق المسؤولية الطبية وكالاتي: -

### الفرع الأول الخطأ الطبي

يعرف الخطأ بشكل عام بأنه " العمل الضار المخالف للقانون " وهناك من يقول بأنه الإخلال بواجب قانوني بعدم الإضرار بالغير، وهذا الواجب هو الذي يفرضه القانون على كل فرد بعدم الإضرار بالآخرين<sup>(1)</sup> ويقول بعض الفقه في تعريفه للخطأ بأنه "انحراف عن السلوك المألوف المتعارف عليه اجتماعياً والذي من شأنه إلحاق الضرر بالآخرين عند حصوله"<sup>(2)</sup> ويعرف الخطأ المهني "كل خطأ يتعلق بمهنة الشخص أثناء مزاولته إياها،

(1) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - المكتبة القانونية - بغداد - 2007 - ص 489.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - ج 1 -

←

متمثلاً في انحرافه أو خروجه في القواعد والأمور المستقرة لهذه المهنة<sup>(1)</sup>.  
 ويعد التزام الطبيب في نجاح عملية التلقيح الاصطناعي التزام ببذل عناية فإنه غير ملزم بتحقيق النتيجة من عملية التلقيح لكنه ملزم باتباع التعليمات والأصول الطبية قدر الإمكان ولا ينحرف عن مسلك الطبيب العادي وقد سار القضاء العراقي على الأخذ برأي ذوي الخبرة في تحديد الأخطاء الطبية وكون الطبيب أخل بهذه الأصول الطبية وانحرف عن المسلك المألوف<sup>(2)</sup>، فيقترب التزام الطبيب شيئاً فشيئاً من الالتزام بتحقيق نتيجة أو ما يطلق عليه ببذل عناية مضاعفة، وذلك لأن التحاليل الطبية التي يجريها المريض للتأكد من نجاح عملية التلقيح تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً ومن هنا يعد التزام الطبيب بالنسبة للتحاليل العادية التي يجريه للمريض التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحليل ودقته التي تبين نجاح عملية التلقيح من عدمه، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب عند فشل عملية التلقيح ولا يستطيع الطبيب أن يدفع مسؤوليته إلا إذا أثبت أن فشل عملية التلقيح حدث بسبب غير إرادي كالقوة القاهرة.

## الفرع الثاني ركن الضرر

ويعرف الضرر بأنه "الأذى الذي يصيب الشخص في جسده أو ماله أو عرضه أو عاطفته، وبمعنى آخر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بمصلحة مشروعة له أو المساس بحق من حقوقه هو الأذى الذي يلحق الشخص في جسده أو ماله"<sup>(3)</sup>. ولم يبين المشرع العراقي تعريف محدد للضرر، إلا أنه أشار إليه دون بيان تعريفه

←

الطبعة الثالثة الجديدة - نهضة مصر، 2011 - ص 777.

(1) مراد بن صغير - أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة، ط - دار

حامد النشر والتوزيع - الأردن، 2010 - ص ص 15

(2) مهدي نعيم حسن الحلفي - مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية - بحث منشور في مجلة

العلوم القانونية والسياسية - الصادرة عن جامعة ديالى - مجلد 3 عدد 1 - 2014 - ص 415.

(3) د. يعقوب بن محمد الحارثي - المسؤولية المدنية الناشئة عن النشر الإلكتروني - ط 1 - دار وائل

للنشر - 2015 - ص 70.



وذلك في نص المادة (186) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه على "إذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرةً أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحدائه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى" فالضرر هو الركن الأساسي لقيام المسؤولية الطبية، فبدونه لا يمكن تعويض المريض حتى لو كان هناك خطأ، إذ لا بد من إثبات الضرر وإنه ناشئ عن الخطأ الطبي. ومن هنا يعد الضرر معياراً لقيام مسؤولية الطبيب، فلا تترتب ثمة مسؤولية على الطبيب مالم ينشأ ضرر حال أو مستقبلي محقق الوقوع<sup>(1)</sup>، ويجب أن ينطوي الضرر سواء كان مادي أو أدبي على إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمريض، كفرض أعباء مالية عليه بسبب إعادة عملية التلقيح الاصطناعي بعد فشلها ويشترط في الضرر في أي من صورتيه أن يكون محققاً ومباشراً<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية توافر ركني الخطأ والضرر بل لا بد من توافر ركن آخر وهو العلاقة السببية بينهما، وتعني العلاقة السببية في المسؤولية العقدية أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين (الطبيب) بتنفيذ التزامه<sup>(3)</sup> يشترط لحصول الزوجين على تعويض عن الفشل في عملية التلقيح أن يثبت أن الطبيب أحل بواجبه مما أدى إلى الفشل وأصابتهم ببعض الأضرار الناجمة عن إهماله. وبالتالي ستظهر علاقة السببية واضحة بين الضرر عن عملية الفشل والخطأ والإهمال المرتكب من قبل الطبيب. فعملية الفشل في زرع الأجنة وإهمال الطبيب هو الذي أدى إلى حدوث هذه النتيجة وعليه أنه إذا انتفت العلاقة السببية انتفت معها مسؤولية الطبيب حتى ولو ارتكب هذا

- (1) د. عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد - المسؤولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة" - بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الرابع - السنة الثالثة عشر - 2021 - ص 2489.
- (2) قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بأنه " لا يصح افتراض الضرر بل يجب التحقق عن الضرر فعلاً بالمدعي " قرار محكمة التمييز الاتحادية - 455 / حقوقية / في 13 - 6 - 1963 - إبراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - بغداد - 1988 - ص 252.
- (3) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - 1980 - ص 239.

الأخير خطأ ما، فمسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا توافر الخطأ الطبي والضرر وعلاقة السببية بينهما، ويجب على المريض إثبات الخطأ من جانب الطبيب حتى يحقق الأثر المترتب ويستحق التعويض.

وتكون الوسيلة في دعوى المسؤولية طبقاً للقواعد العامة هي أن الطبيب ارتكب خطأ عقدياً أو تقصيرياً، سواء كان هذا الخطأ واجب الإثبات أو مفترض. وعلى ذلك يمكن للمدعى المريض الزوجة والزوج أن يرفع دعواه على أساس الخطأ التقصيري الثابت أو الخطأ العقدي. وإذا كان هذا لا يمنع من الاستناد إلى الخطأ التقصيري المفترض في مرحلة الاستئناف، دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً. كما يكون للقاضي الحق في أن يصدر حكماً استناداً إلى الخطأ التقصيري الثابت حتى لو كانت الدعوى قد رفعت على أساس هذا الخطأ التقصيري المفترض، دون أن يعد ذلك قضاء بما لا يطلبه الخصوم. أما إذا رقت الدعوى على أساس المسؤولية العقدية فرفضت، فلا يجوز رفعها مرة أخرى على أساس الخطأ التقصيري، والعكس صحيح<sup>(1)</sup>.

وتتقدم دعوى المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه على ألا يجاوز ذلك خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع<sup>(2)</sup>، أما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية قد حدد الأطراف مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية عن إدراك وإرادة غير مكرهة، ومن ثم لا تتقدم المسؤولية العقدية إلا بمضي خمسة عشرة سنة<sup>(3)</sup>.

(1) د. عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد - المرجع السابق - ص 2490

(2) وهذا ما نصت عليه المادة (232) من القانون المدني العراقي "لا تسمح دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمح الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع" تقابلها نص المادة (133) من القانون المدني الجزائري.

(3) وهذا ما نصت عليه المادة 429 من القانون المدني العراقي "الدعوى بالالتزام اياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة"

## المطلب الثاني

### الأثر المترتب على الإخلال بعمليات التلقيح الاصطناعي

عند تحقق الفشل في زرع الأجنة في رحم الزوجة أو عدم اتباع الطبيب الإرشادات والتعليمات المناسبة فهنا قد تثار المسؤولية التقصيرية أو العقدية للشخص الذي سبب ذلك لأن كل شخص ملزم بعدم الإضرار بالغير، وقد بين القانون المدني العراقي في المادة (204) على انه "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض" فكل ضرر سببه الخطأ لا بد من تعويضه واما إذا كان الضرر سببه مجهول أو ليس سببه الطبيب بل إهمال الزوجة نفسها في عدم اتباع إرشادات الطبيب فهنا هي تتحمل المسؤولية

ومع ذلك فلا بد من بيان أثر ذلك بعد حصول الإضرار بالزوجة والزوج بطريقة غير مباشرة من جراء عدم الالتزام بالقوانين والقواعد العامة الطبية المتعلقة بالمهنة أن الأثر يتمثل بالتعويض الذي يطالب به المتضرر والغاية من التعويض هو محو الضرر كلما كان ذلك ممكناً والتعويض يكون عينياً وقد يكون التعويض نقدياً وسوف نبين هذه النوعين في فرعين: -

## الفرع الأول

### التعويض العيني

أجاز القانون للقاضي أن يقوم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر لكن للمحكمة لها تقدير جوازي في الحكم بالتعويض العيني وحسب الظروف ويشترط أن يطلبه المتضرر، ومع ذلك فإن هذا التعويض عن الضرر يكون على سبيل الاستثناء في المسؤولية التقصيرية في حالة الضرر الأدبي، وهو إزالة ألم أصاب من نفس الزوجة نتيجة الفشل أو الألم الذي يصيب الغير من الأقارب نتيجة هذا الإخلال من قبل الطبيب وهذا ما نصت عليه مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها " إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ، وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما هو عليه، إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في

المسؤولية التقصيرية والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال<sup>(1)</sup> لكن نلاحظ أن من المستحيل أن يعيد التعويض العيني الحال، أو الحياة، لذا فإنه هذا النوع من التعويض يجد له تطبيقاً عند حصول ضرر مادي<sup>(2)</sup> مثلاً لذا فأنا نأمل من المشرع العراقي أن يعطي للقاضي السلطة التقديرية في اختيار طريقة التعويض التي يراها مناسبة لمحو الضرر دون أن يتقيد بطلب المضرور وبطبيعة الحال ان طريقة التعويض العيني لا يمكن أن تكون ناجحة في كل حالات جبر الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية والعقدية<sup>(3)</sup> في عمليات التلقيح الاصطناعي.

## الفرع الثاني التعويض النقدي

يعرف التعويض النقدي بأنه "عبارة عن مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس"<sup>(4)</sup> هو الأساس في المسؤولية التقصيرية لأن معظم الإضرار المادية أو المعنوية يمكن تقويمها بالمال وهذا ما نصت عليه المادة (209) من القانون المدني العراقي<sup>(5)</sup> إذا استحال على القاضي الحكم بالتعويض العيني، نظراً لما ينطوي عليه هذا الأخير، من صعوبات في مجال المسؤولية الطبية، فله الحق في اللجوء إلى التقدير النقدي للتعويض وحسب ما تقتضيه أحكام القانون المدني العراقي.

- (1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج 2 - ص 396
- (2) د. حسن عكوش - المسؤولية المدنية في القانون الجديد - مكتبة القاهرة الحديثة - ط 1 - 1957 - ص 187.
- (3) حسن محمد الكرعاني - التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية - ط 1 - دار مصر للنشر والتوزيع - القاهرة - 2020 - ص 85.
- (4) د. منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة - ج 1 - مصادر الالتزام - ط 1 - بغداد - 1991 - ص 374.
- (5) وقد نصت الفقرة الثانية منها على أنه "2- ويقدر التعويض بالنقد...." وقد أشار المشرع الجزائري إلى التعويض النقدي في نص المادة (2/132) من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه ".... يقدر التعويض بالنقد....."

وفي ذلك يعدّ التعويض النقدي ضماناً أكيداً لكل مضرور في أن يحصل على تعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء فشل عملية التلقيح الاصطناعي دون أن تغفل المحكمة عنصر من عناصر الضرر الذي أصابها. أما مبلغ التعويض يقدر بما لحق المضرور (الزوجة) من خسارة وما فاتها من كسب وتمثل الخسارة ما بذلته الزوجة من نفقات علاجية وأدوية والعملية نفسها وأيضاً نفقات النقل للطبيب لغرض المتابعة لحالتها ويلجأ القاضي إلى التقارير الطبية والمستندات الصادرة من الجهات المختصة لغرض التأكد من هذه النفقات<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالتعويض عن الفرصة الفائتة يعني التعويض للزوجة عن ضرر محتمل وغير مؤكد في وجوده إذا أثبتت الزوجة أن الطبيب ضيع عليها فرصة التداوي أو زرع أجنة ناجحة لو قام بالمسؤولية الطبية فيكون هنا التعويض بشكل مبلغ مالي يقدره القاضي والمشرع أعطاه دور إيجابي في تقديره وحسب الأدلة المعروضة عليه وعليه فقد استقرت أغلب آراء الفقهاء بأن التعويض النقدي يعدّ من أكثر الطرق ملائمةً لجبر الضرر المترتب على العمل غير المشروع بالإضافة إلى ذلك فإنه ينبغي للمحكمة في جميع الظروف التي يتعذر عليها التعويض العيني ولا تجد حلاً أمامها سوى التعويض النقدي يكون التعويض بمبلغ من النقود<sup>(2)</sup>.

- (1) رمول شيماء ويأحي هزار - المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير - جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2021 - ص 49
- (2) د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - بغداد - 1981 - ص 153.

## الخاتمة

في نهاية بحثنا الموسوم بـ " عقد التلقيح الاصطناعي المساعد على الإنجاب - دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والجزائري " ندرج أهم النتائج والمقترحات التي استخلصت من هذا البحث: -

### أولاً: النتائج

- 1 - إن التلقيح الاصطناعي هو تقنية علمية يتم من خلالها تلقيح نطفة الزوج ببويضة الزوجة وزرعها ملقحة في رحم الزوجة.
- 2 - من أهم شروط التلقيح الاصطناعي أن يكون عقد زواج قانوني شرعي بينهما مستوفي لجميع الشروط التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية فضلاً عن ذلك أن يكون هناك ضرورة ألجأت إلى هذه التقنية وهي تعد استثناء والأخير لا يجوز التوسع فيه.
- 3 - بينا ان عمليات التلقيح الاصطناعي قد يكون بدون تدخل الغير ببويضة الزوجة ومني الزوج وان تزرع في رحم الزوجة نفسها، كما ان هذا التلقيح قد يكون بتدخل من الغير كما قد تكون الزوجة مخزون البويض فيها ضعيف أو ضئيل بسبب مرض أو العمر فيتم التبرع من امرأة أخرى ببويضة وكذلك حال الزوج قد يكون بمنيه أو بغيره أو يتم زرع بويضة الزوجة المخصبة في رحم امرأة أخرى وهذا النوع الأخير فيه من التحذير والخطورة لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب.
- 4 - ان عملية التلقيح الاصطناعي وجدنا تناوله من قبل التشريعات بشكل مربك أو غير منظم أصلاً كما هو الحال في التشريع العراقي ترك أحكامه للقواعد العامة في القانون المدني والشريعة الإسلامية اما فيما يتعلق بالتشريع الجزائري فالتفت إلى هذه التقنية الحديثة فنص عليها في قانون الصحة الجديد.
- 5 - إن الإخلال بعملية التلقيح الاصطناعي يترتب مسؤولية عقدية كونه عقد بين الطبيب والزوج والزوجة فإن أي اثر سلبي أو عدم التزام الطبيب بنود العقد المبرم بينهما سوف يتحمل الطبيب مسؤولية فضلاً عن تحمله المسؤولية التقصيرية عن أي إخلال بالتزام قانوني تفرضه مهنة الطب وأخلاقياتها.

### ثانياً: المقترحات

- 1 - وضع نصوص قانونية صريحة وواضحة تعالج تقنيات التلقيح الاصطناعي في

التشريع العراقي كونه أصبح وسيلة شائعة يلجأ إليها الأزواج للحصول على الذرية لتعدد أسباب العقم أو عدم نجاح عملية التلقيح الطبيعي.

2 - تشريع قانون خاص بالتأمين من المسؤولية الطبية بالتشريع العراقي نظرا لكثرة حالات الأخطاء الطبية والتي يذهب ضحيتها الكثير من الناس دون تبصر وتحذير من الطبيب أو قد يكون عدم دقة تشخيص المرض وما يحتاجه المريض ومن ضمنها الزوجة لتلجأ إلى عملية التلقيح، لأنه قد تكون هذه العمليات غير ناجحة منذ البداية والطبيب لا يبصر الزوجين بذلك فيدفعها إلى الزرع وتحمل الخسارة والوقت.



## المراجع

## أولاً - الكتب القانونية

- 1- إبراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - بغداد - 1988.
- 2 - د. حسن عكوش - المسؤولية المدنية في القانون الجديد - مكتبة القاهرة الحديثة - ط1 - 1957 - ص. 187.
- 3 - حسن محمد الكرعاني - التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية - ط1 - دار مصر للنشر والتوزيع - القاهرة - 2020 - ص. 85.
- 4 - د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - بغداد - 1981 - ص. 153.
- 5 - د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - ج1 - الطبعة الثالثة الجديدة - نهضة مصر، 2011.
- 6 - د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - المكتبة القانونية - بغداد - 2007.
- 7 - د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - 1980 - ص. 239.
- 8 - د. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - جامعة الكويت - الكويت - 1992.
- 9 - د. محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 10 - مراد بن صغير - أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة، ط - دار حامد النشر والتوزيع - الأردن، 2010.
- 11 - د. منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة - ج1 - مصادر الالتزام - ط1 - بغداد - 1991 - ص. 374.
- 12 - د. يعقوب بن محمد الحارثي - المسؤولية المدنية الناشئة عن النشر الإلكتروني - ط1 - دار وائل للنشر - 2015.



## ثانياً: البحوث

- 1 - د. حيدر حسين كاظم الشمري - إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي - بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العدد الثاني - 2010.
- 2 - زناقي محمد رضا. دلال يزيد - الإطار القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الصحة الجزائري 18 - 11 - بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون - المجلد 12، العدد 2، - 2020.
- 3 - د. عبد الرازق وهبه سيد أحمد محمد - المسؤولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة" - بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الرابع - السنة الثالثة عشر - 2021.
- 4 - مهدي نعيم حسن الحلفي - مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - الصادرة عن جامعة ديالى - مجلد 3 عدد 1 - 2014.
- 5 - د. نافع تكليف مجيد دقّار العماري - الحماية الجزائية الموضوعية للتلقيح الصناعي البشري - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية - العدد 37 - 2018.
- 6 - د. يوسف مسعودي - التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري - بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 1، العدد 1 - 2016 - ص 109.

## ثالثاً: الرسائل الجامعية

- 1 - رمول شيماء ويّاحي هزار - المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير - جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2021

## رابعاً: مصادر الإنترنت

- 1 - المجمع الفقهي الإسلامي منشور على الموقع الإلكتروني <https://fiqh.islamonline.net>

## خامساً: القوانين والأعمال التحضيرية

- 1 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

- 2 - القانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975 المعدل
- 3 - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل
- 4 - قانون الصحة الجديد الجزائري رقم 18 - 11 - 2018.
- 5 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري -ج2- ص396



## المخلص

يعد التلقيح الاصطناعي واحد من العمليات الطبية المطبقة على البشر لغرض الإنجاب والحصول على الذرية عن طريق الرابطة الزوجية والتي يعد من أهم غايتها الحصول على النسل والتكاثر ومما أنتجه التقدم العلمي المستمر فقد أوجد المختصون العلاج البديل للإخصاب والحصول على الذرية وهو التلقيح الاصطناعي ونظرا لأهمية الموضوع لتعلقه بالإنسان ووجوده لاسيما للذين يعانون من العقم فمن الممكن أن يستعين بهذه الوسيلة للحصول على الذرية وعدم اليأس، لكن حتى يصبح هذا التلقيح صحيحًا ومشروعًا ينبغي أن يكون من مني الزوج وبويضة الزوجة دون الاختلاط بالأخريات لأنه يؤدي إلى تهديد النسب وعدم صحته فنجد أن تشريعات قد تطرقت إليه وحددت أحكامه وشروطه من الناحية الموضوعية والإجرائية كمثال التشريع الجزائري الذي كان ينظمه في قانون الأسرة وتدارك الثغرات الموجودة في هذا القانون فيما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي ونص في قانون خاص لهذا الموضوع فضلًا عن تناوله بعض متعلقاته في قانون الصحة لذا فنحتاج من مشرعنا العراقي مواكبة التطورات الآنية والتي أخذت مدى واسع بسبب تعدد حالات عسر الإنجاب والتي من الممكن معالجتها بهذا التلقيح الاصطناعي.

### پوخته

پیتاندنی دستکرد یهکیکه لهو نهشتهرگهرییه پزیشکییانهی که بو مروّف بهمهیهستی زاوژیکردن و بهدهستهینانی نهوه لهریگهی پهیهوندی هاوسهگریرییهوه دهکریت، که یهکیکه له ئامانجه گرنگهکانی بهدهستهینانی نهوه و زاوژی، لهو شتانهی که بههوی پیشکوتنی بهردوامی زانستییهوه بهرههم هاتوووه، پسپوران چارهسهریکی بهدیلیان بو پیتاندن و بهدهستهینانی نهوه دۆزیوهتهوه، که بریتهیه له پیتاندنی دستکرد، بهلام بو نهوهی ئهم پیتاندنه رهوا و شهرعی بیت، دهبیت له سپیرمی میرد و هیلکهی ژنهوه بیت بهبی نهوهی تیکهل به کهسانی تر بیت، چونکه دهبیته هوی ههههشهی رهچهلک و پووچهلبوونهوهی، بۆمان دهردکهوئیت که یاسا بهرهو باسکردن لهم بابهته چوووه له لایهن بابهتی و ریکاریهوه برگه و مهرجهکانی پیناسه کردوووه، وهک یاسای جهزائیری که له یاسای خیزاندا ریکخستنی بو کردوووه و بو شاییه یاساییهکانی سهبارهت به پیتاندنی دهسکردی چارهسهرکردوووه وه له یاسایهکی تاییهتدا دهقی لهسهر هیناوه، ههروهها ماملهی لهگهل بهشیک له پهیهوندیدارکانی کردوووه له یاسای تهندروستیدا، بویه پیویستمان به یاسادانهری عیراقیمان ههیه ناگاداری پینشاتهکان بیت ئیستا که مهودای فراوانی گرتهبهر بههوی فرهیی حالهتهکانی نهزۆکی، که دهوانریت بهم پیتاندنه دستکرده چارهسهر بکریت.

### Abstract

Artificial insemination is one of the innovative processes applied to humans for the purpose of procreation and obtaining offspring through the marital bond, which is one of the most important goals of obtaining offspring and reproduction. What has been produced by continuous scientific progress, specialists have devised the alternative treatment for fertilization and obtaining offspring, which is artificial insemination, and given the importance of the subject because of its attachment to humans And its existence, especially for those who suffer from infertility, it is possible to use this method to obtain offspring and not despair, but in order for this vaccination to become correct and legitimate, it must be from the husband's sperm and the wife's egg without mixing with others because it leads to the threat of lineage and its invalidity, so we find that legislation has touched on it and specified Its provisions and conditions in terms of objective and procedural aspects, such as the Algerian legislation, which was regulating it in the Family Law, and remedial gaps in this law with regard to artificial insemination, and a text in a special law for this subject, as well as dealing with some of its belongings in the Health Law. Widely due to the multiplicity of cases of infertility, which can be treated with this artificial insemination.



## إشكالات تحديد معيار الخطورة في نظام المحكمة الجنائية الدولية

### إحالة «ما في مرمرة» لجزر القمر - كدراسة حالة -

الدكتور لحبيب النعيمي<sup>(\*)</sup>

دكتور متخصص في العدالة الجنائية الدولية ومهتم بالقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان - المغرب

كيشه كاني دياريكردني ستانداردي مهترسي له سيستهمي دادگاي تاوانه كاني  
نيوده و له تيديا  
رهوانه كردني "ما له مهرمارا" ي دوورگه كاني كوموروس - وهك كهيسي  
تويژينه وه -

د. لحبيب نعيمي -

دكتورى پسيوري دادپهروهرى تاوانكارى نيوده و له تي و گرينگيدهر به ياساي مروبي  
نيوده و له تي و ياساي نيوده و له تي بو مافه كاني مروثف - مغرب

(\*) naaimi.lahbib@gmail.com

**Problems of determining the standard of severity in the  
International Criminal Court system  
Referral of "Ma in Marmara" to the Comoros Islands - as a  
case study -**

**Dr. Lahabib Al - Nuaimi - Doctor specializing in international criminal  
justice and interested in international humanitarian law and international  
human rights law**





## إشكالات تحديد معيار الخطورة في نظام المحكمة الجنائية الدولية إحالة «ما في مرمرة» لجزر القمر - كدراسة حالة -

الدكتور لحبيب النعيمي

دكتور متخصص في العدالة الجنائية الدولية ومهتم بالقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي  
لحقوق الإنسان - المغرب

### الكلمات المفتاحية:

- المحكمة الجنائية الدولية - نظام روما الأساسي - قضية ما في مرمرة -
- الجرائم الدولية الخطيرة - المقبولية أمام المحكمة الجنائية الدولية -
- معيار عتبة الخطورة.

### كليه ووشه:

دادگای تاوانی نیوده ولهتی، سیستمی بنهرهتی روما، دوسییهی ما له مهر  
مارا، تاوانه نیوده ولهتییه مهترسیدار مگان، پهسه ندییهتی له بهردهم دادگای  
تاوانی نیوده ولهتی، پیوه ری ئاستی مهترسی.

**Key words:** The International Criminal Court - The Rome Statute - A case in  
Marmara - Serious international crimes - Admissibility before the  
International Criminal Court - Criterion of the threshold of  
seriousness.

### تمهید

القانون الدولي الجنائي حديث التكوين نسبيا، ولا زالت المحكمة الجنائية الدولية  
كخلاصة لمسار شاق من النضال والتفاوض، تتلمس الخطى بتؤدة كي تؤدي ولايتها على  
أكمل وجه، في بيئة دولية يهيمن عليها بشكل جلي حق القوة بدل قوة الحق، ومن المسلم  
به في هذا الحقل المعرفي أن مفهوم "عتبة الخطورة" لم يحظى بالقدر الكافي من النقاش  
والأبحاث العلمية من قبل الدارسين والمهتمين بالقانون الدولي الجنائي.  
تقوم فلسفة المحكمة الجنائية الدولية على وضع حد لثقافة الإفلات من العقاب على

المستوى الدولي، والتي تضعنا أمام مفارقة فجوة وغير منطقية، حيث أنه يكون من السهل تقديم شخصا ما إلى العدالة بسبب قتله فردا واحدا، بينما يصعب ذلك عندما يتعلق الأمر بشخص آخر قتل الآلاف من البشر.

صلة بموضوع المحكمة الجنائية الدولية الدائمة فقد عرفت المناقشات المرافقة لإعداد مشروع المحكمة عام 1992، أول ظهور لمفهوم "عتبة الخطورة"، بعدما كان الاختصاص الموضوعي لمشروع المحكمة أكثر اتساعا مقارنة مع النص النهائي لنظام روما الأساسي، مخافة إثقال المحكمة بأعباء إضافية، على حساب فعاليتها وموارده المتاحة. لذلك استرشد محررو مشروع المحكمة إلى معيار "درجة الخطورة" ما يتيح سلطة تقديرية لرفض ممارسة الاختصاص على أساس الخطورة غير الكافية.

في حين يرى الفقيهان Mohamed M. El Zeidy و William A. Schabas بأنه لا توجد قاعدة صارمة يجب اتباعها، خاصة إذ الحالة / القضية لا تنطوي على عدد لا جدال فيه من الضحايا، مثل المئات من الضحايا، فهذا يجعل فحص عتبة الخطورة أكثر صعوبة للسيطرة عليه من فحص التكامل<sup>(1)</sup>. مع العلم بأن طبيعة المفهوم في سياق القضاء الجنائي الدولي يأتي كوصف عام، وليس مصطلحا مقننا بدقة عالية، وهو ما يتنافى مع مبدأ الشرعية كأحد أهم مبادئ القانون الجنائي المقارن.

باختصار، لا يوجد أي اتفاق بشأن تعريف "الخطورة" قبل بدء نفاذ الاتفاقية نظام روما الأساسي. وفي المحصلة، لا يوفر تاريخ صياغة نظام روما الأساسي على مستوى لجنة القانون الدولي أو أثناء مؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين نظرة ثابتة حول معنى "معياري الخطورة"<sup>(2)</sup>.

نتساءل هنا اذا، كيف يمكن صياغة تعريف واضح لمفهوم الجسامية، بما يتوافق مع تفسيرات المهتمين والممارسين، وماهي عناصر الاتفاق والاختلاف على ضوء الخصائص العامة للجريمة الدولية في نظام روما الأساسي، مع تداعيات ذلك على عمل المحكمة انطلاقا من إحالة "ما في ممرمة" لدولة جزر القمر كدراسة حالة؟

(1) Otto Triffterer and Kai Ambos (eds) (2016) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (3rd edition), C. H. Beck, Hart, Nomos, p. 816.

(2) Stuart Ford (2017) "What Investigative Resources Does the International Criminal Court Need to Succeed? A Gravity - Based Approach", Washington University Global Studies Law Review, Vol. 16, No. 1, p. 10.

## المحور الأول

### المحددات القانونية والعملية "لمعيار عتبة الخطورة" في نظام روما الأساسي

يشير تحديد مفهوم "عتبة الخطورة" تحدياً علمياً في غاية الصعوبة، ويتعلق بعسر تصنيف أو قياس المعاناة الإنسانية الشديدة. فعلى الأقل ومن وجهة القانون الدولي كيف يمكن للباحث أن يميز بين "الفظائع الجماعية" أو "الانتهاك الجسيم؟" فمثلاً اعتمدت اتفاقيات جنيف الأربع مصطلح "انتهاكات جسيمة"، على خلاف ذلك جاءت اتفاقية منع الإبادة الجماعية، واتفاقية القضاء على الإخفاء القسري، بمفهوم "أشد الفظائع الخطيرة".

#### أولاً: أهمية المعيار وحدوده

أدرج معيار الخطورة في مشروع لجنة القانون الدولي بالأمم المتحدة والتي دارت بها المناقشات لإنشاء محكمة جنائية دولية في عام 1992، حيث حددت اللجنة اختصاص المحكمة على بعض الجرائم المحددة في القانون لا كلها<sup>(1)</sup>.

يصف النظام الأساسي هذه الجرائم بأنها "فظائع لا يمكن تصورها"، "جرائم خطيرة"، "تصدّم ضمير الإنسانية بشدة"<sup>(2)</sup>، يقتصر أيضاً اختصاص المحكمة على "أشد الجرائم خطورة وعلى القضاة أن يرفضوا اعتبارها جرائم" ليست ذات خطورة كافية<sup>(3)</sup>.

طبقاً للمادة 17 (1) (د) من نظام روما الأساسي تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة، حيث تكون القضية ليست بالخطورة الكافية لتبرير اتخاذ المحكمة لمزيد من الإجراءات، لهذا لعب ما يسمى "عتبة الخطورة" دوراً حاسماً في توجيه اختيار المدعي العام لكل من الحالات والقضايا.

نظام المحكمة جعل من اختبار عتبة الجسامة رهن كل مرحلة من مرحلتي الفحوصات الأولية ومرحلة التحقيق، وفق ما جاء به منطوق المواد 53 (1) (ب) و53 (2) (ب)، وهو ما يمنح المدعي العام سلطات تقديرية أوسع في تقرير عتبة الجسامة المطلوبة لاستكمال باقي مراحل العملية القضائية.

(1) عبد الحميد محمد عبد الحميد (2010) المحكمة الجنائية الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، ص147.

(2) انظر ديباجة اتفاقية نظام روما الأساسي

(3) راجع المادة 17 من نظام روما الأساسي

معيار الخطورة عنصر شخصي وليس موضوعي للجرائم، فعلى عكس الخصائص الفيزيائية مثل الكتلة، المحيط، الارتفاع، فإن الجريمة الخطيرة لا يمكن قياسها بسهولة، الا من خلال النظر إلى كيفية رؤية الناس لتلك الجريمة<sup>(1)</sup>.

رأت لجنة القانون الدولي بأن هناك إجماعاً حول معيار الخطورة، فالأمر يتعلق بجرائم تمس أساس المجتمع البشري نفسه. ويمكن استخلاص الخطورة اما من طابع الفعل المجرم (القسوة، الفظاعة، الوحشية، الخ)، واما من اتساع آثاره (الضخامة، عندما يكون الضحايا عبارة عن شعوب أو سكان أو إثنيات). واما ما الدافع لدى الفاعل (إبادة الأجناس مثلاً)<sup>(2)</sup>.

وما يعزز درجة خطورة تلك الأفعال، انها تحظى بتدبير قانوني مخالف لما هو مستقر في القوانين الجنائية الداخلية، حيث قضت المادة (29) من نظام روما الأساسي بعدم سقوط الجرائم المنصوص عليها فيه والداخله في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالتقادم. اذ، لا يجوز أن تسقط بالتقادم لأي سبب، ولكي لا يتخذ منها المتهمون أسباباً للتواري عن الأنظار خلال مدتها للحصول على هذا العذر بعدم المساءلة الجنائية وتفادي العقاب<sup>(3)</sup>.

وجب التمييز مقدماً بين خطورة الأفعال إبان دراسة "حالة / حالات" حيث يتعلق الأمر بوضعية محددة جغرافية وزمنية، تستتبعها إجراءات الفحص والتحقيقات الجنائية. وخطورة الأفعال المرتبطة "بقضية" أي أن ترتكب في إطارها جريمة واحدة أو أكثر تدخل ضمن اختصاص المحكمة، بينما الخطوات القضائية اللاحقة للمدعي العام من طلبات الحضور أو أوامر إلقاء القبض ترتبط بقضية جنائية ضد الفرد المشتبه به. لا يفوتنا أيضاً التذكير، بأسببية مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، في تحديد معيار خطورة وجسامه الجريمة، حيث أصدر هذا الأخير في فبراير 2006 قراراً

(1) Ford Stuart (2018) "The meaning of gravity at the international criminal court: A survey of attitudes about the seriousness of mass atrocities", 24 UC Davis Journal of International Law and Policy, p. 209

(2) Report of the International Law Commission on the work of its thirty - ninth session, UN. DOC. (A/42/10) Annex 10.

(3) ضاري خليل محمود وباسيل يوسف (2003) المحكمة الجنائية الدولية: هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، بغداد: بيت الحكمة، ص 171.

يتبنى معيارين لجسامة الجريمة، يتمثلان في علاقة السلوك المرتكب من قبل الجاني بإطار منظم ومنهجية متبعة، وكذلك اعتبارات أخرى مرتبطة بحجم الضرر الاجتماعي أو الدولي، وعند النظر إلى هذه الحالات كلا على حدة نجد أن معيار الخطورة يتضح من خلال عدد القتلى وأعداد الضحايا وكثرة الجرائم ضد الإنسانية، وكذلك الجسامة المتبعة في تنفيذ هذه الجرائم ودرجة ومنهجية تنفيذه<sup>(1)</sup>. نهج أخذت على يده المحكمة الجنائية الدولية لما ركزت على معيار الخطورة لأهمية هذا المفهوم في القانون الجنائي الدولي بشكل عام<sup>(2)</sup>.

علاوة على ذلك، تقييم الجسامة ينطبق على الحالة (الحالات) بأكملها أو الحالات المحتملة الناشئة عن حالة ما، بدلا من كل جريمة فردية أو جريمة محتملة قيد التدقيق.

#### ثانيا: معيار "عتبة الخطورة" في الخبرة العملية للمحكمة الجنائية الدولية

معيار "عتبة الخطورة" عنصر أساسي وحاسم في توجيه عمل المحكمة الجنائية الدولية وتفعيل اختصاصها إزاء أشد الفظائع جسامة، إلا أن نظام روما الأساسي جاء صامتا بخصوص تقديم تفسير أو شرح مفصل لمنهجية إثارة معيار الخطورة وشروط انعقاده، نفس الملاحظة تمتد إلى قواعد الإجراءات والإثبات.

من ناحية أخرى، لازالت السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية ذات الصلة بمعيار الجسامة قليلة للغاية. لكن التطبيق القضائي الهام لمعيار الجسامة هو في قرار الدائرة التمهيدية بإلغاء قرار المدعي العام للشروع في التحقيق فيما يسمى بأسطول غزة<sup>(3)</sup>. لذلك سنخصص هذا المحور لدراسة كيفية تعاطي مكتب الادعاء العام وكذا بقية دوائر المحكمة مع معيار عتبة الخطورة من خلال قضايا مختارة.

#### 1 \_ على مستوى مكتب المدعي العام

ما دام نظام روما الأساسي قد جاء صامتا في توصيف معيار الخطورة، وبالتالي ترك تلك المهمة للمحكمة عبر ممارستها العملية والقضائية. الأمر الذي انتبه إليه مكتب الادعاء العام حيث تمكن من التوصل إلى بعض المعايير التي تنطبق على اختيار الحالات؛

(1) أشرف عبد العزيز الزيات، المسؤولية الدولية لرؤساء الدول، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 144.

(2) Margaret M. de Guzman (2008) "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", Fordham International Law Journal, V32, Issue 5, p. 1400.

(3) M. Cherif Bassiouni & William A. Schabas (2016) The Legislative History of the International Criminal Court, Volume 1, Leiden: Brill, p. 154.

كما هو مذكور في لائحة مكتب المدعي العام التي دخلت حيز النفاذ في 23 نيسان / أبريل 2009. وتحوي القاعدة 29 (2) بعض المعايير لتقييم "درجة الخطورة" بالنص على أن المدعي العام "ينظر في مختلف العوامل بما في ذلك حجمها وطبيعتها وطريقتها، وحجم التأثير"<sup>(1)</sup>. مع ذلك، بقيت مهمة تقييم "درجة الجسامة" عملية شاقة على هيئة الادعاء العام بالمحكمة.

وتطبيقاً لذلك، استخدم المدعي العام موريس اوكامبو هذا المعيار لاستبعاد جرائم ارتكبت في العراق إبان احتلاله من الأميركيين وقوات التحالف وتحديدًا من القوات البريطانية. حيث قال بأنه تلقى أكثر من 240 اتصال فيما يخص حالة العراق، وقد طلب من حكومة المملكة المتحدة شرحاً لسلوك قواتها بالعراق، وبعد تحليل هذه المعلومات توصل إلى وجود أساس معقول للاعتقاد بأن هناك جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، وهي القتل الذي خلف ضحايا ما بين 4 إلى 12 ضحية، والمعاملة اللاإنسانية ضد عدد محدود، وبصفة عامة فإن ضحايا الجريمتين لا يتجاوز 20 ضحية، وأن معيار الخطورة غير كاف لتحريك الدعوى<sup>(2)</sup>. وتأكيداً لما سبق قرر نفس المدعي العام فتح تحقيق في الوضع بجمهورية كينيا، بعد أعمال العنف التي أسفرت بكينيا عن مقتل حوالي 1220 شخصاً و3561 إصابة خطيرة في ست مقاطعات من أصل ثماني مقاطعات كينية، بعد أعمال العنف التي رافقت الانتخابات الراسية لسنة 2008<sup>(3)</sup>.

لنتلقف بعد ذلك المدعية العامة الغامبية فاتو بنسودا الوضع، وتعد ورقة سياسات للدراسات الأولية للاسترشاد بها. جاء في تلك الورقة بأن مكتب المدعي العام يركز جهوده بموضوعية، على أولئك الذين يتحملون أكبر قدر من المسؤولية عن أخطر الجرائم داخل الوضع بشكل متسق، بغض النظر عن الدول أو الأطراف المعنية أو الشخص أو المجموعة المعنية<sup>(4)</sup>. وتضمنت جملة معايير استرشادية:

(1) Regulations of the Office of the Prosecutor (ICC - BD/05 - 01 - 09), Date of entry into force: 23th April 2009, p. 17.

(2) 12: ملاك تامر ميخائيل (2016) إجراءات القبض والتقديم أمام المحكمة الجنائية الدولية، عمان: مركز الكتاب الأكاديمي، ص 66 - 67.

(3) Partly dissenting opinion of judge Péter Kovacs, para. 19, ICC - 01/13 - 34 - Anx 16 - 07 - 2015. Available at: [www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015\\_13140.PDF](http://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2015_13140.PDF)

(4) Policy Paper on Preliminary Examinations 2013, para. 66. Available at: [www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otppolicy\\_paper\\_preliminary\\_examinations\\_2013-eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otppolicy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf)

\_ معيار حجم الجرائم: ويشمل أعداد الضحايا المباشرين وغير المباشرين، بسبب أضرار الجريمة عليهم، بخاصة الألم الجسماني والنفسي على الضحايا وعائلاتهم، علاوة على مدى الانتشار الجغرافي أو التواتر الزمني للجرائم المرتكبة.

\_ معيار طبيعة الجرائم: تشير إلى أركان الجرائم بحد ذاتها، الجرائم القتل، التعذيب، الاغتصاب، العنف الجنسي، الإبادة....

\_ معيار طريقة التنفيذ: يتعلق بالأسلوب المستخدم في ارتكاب الجرائم، سواء من حيث درجة المشاركة ونوايا المجرمين، أيضاً يندرج تحت هذا المعيار هل ارتكبت تلك الجرائم بشكل ممنهج، أو جاءت في سياق خطة عامة أو سياسة منظمة، أو كنتيجة لسوء استخدام الرؤساء لصلاحيتهم.

\_ معيار النتيجة: يمكن تقييم تأثير الجرائم على أساس المعاناة التي تحملها الضحايا والزيادة العالية في التأثير، أو الأضرار الاقتصادية، الاجتماعية، البيئية التي لحقت بالمجتمعات المتضررة<sup>(1)</sup>.

هناك من يضيف معياراً خامساً إلى هذه المعايير التي تسترشد بها هيئة الادعاء العام للمحكمة، أثناء مرحلة الدراسات الأولية أي قبل تكوين قناعة ملموسة وجدية تدفع بإحالة القضية قيد الدراسة إلى مرحلة التحقيق وتوجيه الاتهامات وأوامر القبض والتقديم. الأمر يتعلق بمعيار "خطورة الفاعل"، فالرئيس المدني أو القائد العسكري، وبموجب سلطته التقريرية والإشرافية، مع ما تحت يديه من إمكانات مادية، تجعل من قدرته على ارتكاب الفظائع الأشد جسامة أو التغاضي عنها، والتي تتطلب انخراطاً واسعاً لمقدرات الدولة أو المنظمة سواء البشرية أو المادية أو التنظيمية، وهي أمور لا تحتاج سوى خطة وأوامر فوقية لاجرئتها على الميدان.

## 2\_ على مستوى دوائر المحكمة

### 1- قضيتي Lubanga وNtaganda

في وقت مبكر من عمل المحكمة، أقرت الدائرة التمهيدية بها عام 2006 بأن معيار عتبة الخطورة يتحقق بناءً على أمرين: أولهما، يجب أن يكون السلوك ذي الصلة إما منهجياً أو على نطاق واسع، وثانياً: يجب إيلاء الاعتبار الواجب "لجس الإنذار

(1) Policy paper on Preliminary Examinations 2013, paras. 62 - 63 - 64 - 65. Available at: [www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp\\_policy\\_paper\\_preliminary\\_examinations\\_2013\\_eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp_policy_paper_preliminary_examinations_2013_eng.pdf)

الاجتماعي" الذي قد يكون هذا السلوك قد سببه للمجتمع الدولي. علاوة على ذلك، قررت الدائرة أن الجاني صاحب السلوك يجب أن يكون من كبار القادة المشتبه في كونه المسؤول الأكبر عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة<sup>(1)</sup>.

على ضوء ذلك، أصدرت الدائرة التمهيدية أمراً بالقبض على لوبانغا، وليس ضد تانغاندا، على أساس أنه لم يكن من بين كبار القادة المسؤولين عن الجرائم المرتكبة في جمهورية الكونغو الديمقراطية.

غير أن دائرة الاستئناف رأت أن كلا المعيارين غير مناسبين، حيث ذكرت أن معيار الإنذار الاجتماعي "ينطوي على عنصر ذاتي وليس على الجدية الموضوعية المطلوبة. فاختصاص المحكمة وفق المواد 1 و5 ينصب أساساً على "أشد الجرائم ذات الاهتمام الدولي"، ولذلك فهو معيار غير مناسب<sup>(2)</sup>. ومن ناحية أخرى، فإن قيد أن يكون المشتبه به من "كبار القادة" أمر مشكوك فيه، ويعوق بشدة دور المحكمة الوقائي أو الرادع، ما استتبعه رفض حكم الدائرة التمهيدية المستأنف ضده<sup>(3)</sup>.

في رأينا المتواضع، توجه الدائرة الاستئنافية يتماهى إلى حد كبير مع مفهوم مسؤولية القيادة بحكم الواقع، فالقيادة أيضاً لا تتطلب فقط تنفيذاً مادياً لأركان الجريمة أو حضوراً شخصياً بالميدان. بل يكفي توافر عنصر المشاركة سواء بالتخطيط أو التحريض على ارتكاب الجرائم الدولية، تماشياً مع منطوق المادة 25 من نظام المحكمة. من جهة أخرى، وعكس التراتبية التقليدية لسلم القيادة نسجل تملك أفراد في سلم أدنى من القيادة سلطات مهمة بحكم الواقع، تشمل إعطاء الأوامر والإشراف على موارد بشرية ولوجستية ضخمة، تسهل ارتكاب الفظائع على نطاق واسع ومنظم، لاسيما في حالة الحركات المسلحة.

وهكذا، فإن مفهوم "عتبة الخطورة" في النظام الأساسي وكما أقرته الدوائر يجب أن

(1) Pre - Trial Chamber I, "Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest (Lubanga case). Article 58", 10 February 2006, ICC - 01/04 - 01/06 - 8 - Corr, para. 41.

(2) Gbagbo, Laurent (ICC - 02/11 - 01/11), Decision on the 'Requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des Articles 19 et 17 du Statut', 11 June 2013, paras. 23-4.

(3) Situation in the Democratic Republic of the Congo (ICC - 01/04), Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre - Trial Chamber I Entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', 13 July 2006, para. 73. Available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183559.pdf>.



تعمل المحكمة بطريقة تحقق الهدف النهائي لإدراجه، أي التركيز على تلك الحالة/الحالات الخطيرة بلا منازع وتستحق اهتمام المجتمع الدولي<sup>(1)</sup>. في قضيتي Lubanga و Ntaganda اعتمدت المحكمة الجنائية الدولية عتبة خطورة عالية للقضية، وعكس ذلك وجدت دائرة الاستئناف أن مثل هذه العتبة من شأنها أن تتعارض مع أحكام اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وتهدد بتقويض مهمتها الوقائية<sup>(2)</sup>.

في نفس السياق، انتقد قطاع من المجتمعات المحلية استراتيجية الادعاء التي اعتمدها المحكمة الجنائية الدولية في كوت ديفوار ذات الصلة "بمعيار الجسامة"، بعد تركيز قضايا المحكمة على الشخصيات الرئيسية في النظام الساقط (Simone Gbagbo). حيث تصور البعض بأن العدالة لم تستهدف سوى جانب واحد من أطراف النزاع. موقف سبق أن عبر عنه الصرب أيضاً، بسبب التطبيق القضائي غير المتكافئ لمبادئ العمل الإجرامي المشترك من طرف ICTY. خاصة بعد وفاة ميلوسيفيتش رهن الاحتجاز دون حكم، ما غذى نظريات المؤامرة حول كون المحكمة مناهضة للصرب، الأمر الذي من شأنه أن يقوض الدور الرادع للمحكمة عبر إنصاف الضحايا وبناء المصالحة الوطنية<sup>(3)</sup>.

#### ب - الحالة بميانمار وبكينيا

في إشارة إلى حجم الجرائم المزعومة وعدد الضحايا المزعوم تورطهم، اعتبرت الدائرة التمهيدية بالمحكمة الجنائية الدولية، أن الوضع وصل بوضوح إلى عتبة الخطورة. ووفقاً للمواد الداعمة، إذ تم تهجير ما يقدر بنحو 600.000 إلى مليون من الروهينجا قسراً من ميانمار إلى بنغلاديش المجاورة نتيجة للأعمال القسرية المزعومة. وبالإشارة إلى آراء الضحايا، اتفقت الدائرة مع المدعي العام على عدم وجود أسباب جوهرية للاعتقاد بأن التحقيق في الحالة لن يكون في مصلحة العدالة<sup>(4)</sup>.

وقد استندت الدائرة التمهيدية في إذنها بالتحقيق بعد استيفاء شرط "عتبة الجسامة"

(1) Partly dissenting opinion of judge Péter Kovacs, op. cit, para. 20.

(2) Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC - 01/04, op. cit, Available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183559.pdf>.

(3) For more details see, Jennifer Schense and Linda Carter (eds) (2017) Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals, Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, p. 444.

(4) Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar, (ICC - 01/19 - 27), Pre - Trial Chamber III / Decision, 14 November 2019. Available at: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019\\_06955.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_06955.PDF)

بشكل واضح، على عدد كبير من التقارير الخاصة بالمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، رصدت مختلف الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي والأفعال المجرمة بموجب نظام روما الأساسي، بالإضافة إلى شهادات الشهود والضحايا.

في قضية الجنرال محمد حسين علي المتمخضة عن حالة كينيا، اعتبر دفاع المتهم بأن شرط الخطورة المنصوص عليه في المادة 17 صارم، في تحديد ما إذا كانت حالة ما وليس جريمة محددة من الخطورة بحيث لا يمكن قبولها. واستشهد نفس الدفاع، بحكم سابق لذات المحكمة في قضية لوبانغا جاء فيه "حقيقة أن قضية ما تتناول واحدة من أخطر الجرائم بالنسبة للمجتمع الدولي ككل، لا يكفي لقبوله أمام المحكمة"<sup>(1)</sup>.

لاحقاً رفض قضاة المحكمة تأكيد التهم ضد المتهم محمد حسن علي، في تجسيد للتمايز بين تقييم درجة الجسامة على مستوى الدراسات الأولية ومرحلة التحقيقات ثم اعتماد التهم، بحيث تشكل هذه الأخيرة رقابة بعدية لفلتره القضايا ذات الأهمية القصوى من حيث شدة الجسامة عن غيرها، ثم كقيد موضوعي على صلاحيات المدعي العام خلال مرحلتي الدراسات الأولية والتحقيق.

## المحور الثاني

### قضية "ما في مرمرة" أمام المحكمة الجنائية الدولية والتعاطي القضائي مع "عتبة الخطورة"

أولاً: سياق إحالة "ما في مرمرة"

انطلقت سفينة "ما في مرمرة" المؤجرة من طرف منظمة تركية غير حكومية، والمسجلة بجمهورية جزر القمر الطرف بنظام روما الأساسي، اتجاه قطاع غزة المحاصر سنة 2010، حاملة مساعدات إنسانية، ليعترض طريقها كوندو من البحرية الإسرائيلية في هجوم مسلح أسفر عن مقتل 10 أتراك وعديد الجرحى.

كانت ثلاث سفن فقط من أصل سفن أسطول الحرية الثماني مسجلة في دول أطراف.

(1) Defence for General Mohammed Hussein Ali, 'Situation in the Republic of Kenya, Defence Challenge to Jurisdiction, Admissibility and Prosecution's Failure to Meet the Requirements of Article 54' ICC - 01/09 - 02/11 (19 September 2011) para. 58. Available at: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011\\_16024.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_16024.PDF)

وتتمتع المحكمة باختصاص الإقليمي بموجب المادة 12(2)(أ) من نظام روما الأساسي (دولة تسجيل السفينة المعنية) على الجرائم التي ارتكبت على متن هذه السفن الثلاث المسجلة تباعا في: جزر القمر (السفينة مافي مرمرة)، وكمبوديا (السفينة ريتشيل كوري) واليونان (السفينة إلفثيري ميسوغوس /صوفيا).

تعد كمبوديا واليونان دولتان طرف في المحكمة منذ 11 نيسان/أبريل 2002 و15 أيار/مايو 2002 على التوالي. وقد بدأت الحالة التي تشكل موضوع الإحالة في 31 أيار/مايو 2010، وتتضمن كل الجرائم المزعومة الناشئة عن اعتراض القوات الإسرائيلية للأسطول، بما في ذلك الاعتراض الآخر ذا الصلة للسفينة ريتشيل كوري في 5 حزيران/يونيو 2010<sup>(1)</sup>.

كدولة طرف في نظام روما الأساسي، أحالت جزر القمر في 14 مايو 2013 حادثة أسطول الحرية إلى المحكمة الجنائية الدولية. بعد هذه الإحالة، بدأ مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية دراسة أولية، مع الأخذ في الاعتبار احتمال ارتكاب القوات العسكرية الإسرائيلية لجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية في أعالي البحار خلال الحادث المذكور<sup>(2)</sup>.

#### ثانيا: المعالجة القضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية لقضية "مافي مرمرة"

في 6 نونبر 2014 أعلنت المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية فاتو بنسودة عن قرارها بخصوص الدراسات الأولية التي قام بها مكتبها بخصوص الإحالة من جزر القمر في موضوع "حادثة أسطول الحرية"، الذي تضمن ما يلي: "قام مكتب المدعي العام بتقييم الإحالة من منظور الاختصاص القضائي للمحكمة ونوع وكثافة الجرائم المزعومة. وفي 6 نوفمبر 2014، أنهى مكتب المدعي العام فحصه الأولي وأصدر تقريراً. وكان المدعي العام يرى أن هناك أساساً معقولاً للاعتقاد بأن جرائم حرب تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت في سياق اعتراض جنود (جيش الدفاع الإسرائيلي) واستيلائهم على مافي مرمرة في 31 مايو 2010.

في هذا الإطار، لاحظ المدعي العام أن القتل العمد بموجب المادة 8 (2) (أ) (ط)؛

(1) See, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-06-11-2014&ln=Arabic>

(2) Omer Bbedir (2020) "The Flotilla incident from the perspective of international law and the judicial rights of the victims", the Age of human rights journal, No 15, pp. 56 - 57.

التسبب عمداً في معاناة شديدة أو إصابة خطيرة بالجسد والصحة بموجب المادة 8 (2) (أ) (3)؛ ارتكاب الاعتداء على الكرامة الشخصية بموجب المادة 8 (2) (ب) (21)؛ وإذا كان الحصار المفروض على غزة من قبل إسرائيل يعتبر غير قانوني، فإن توجيه هجوم متعمد ضد أهداف مدنية بموجب المادة 8 (2) (ب) (2) من نظام روما الأساسي قد انتهك (تقرير مكتب المدعي العام للمحكمة، 6 نونبر 2014 الفقرة 19). مع ذلك، ووفقاً للمدعي العام، فإن القضية (القضايا) المحتملة التي يرجح أن تنشأ عن التحقيق في الحالة لن تكون ذات خطورة كافية لتبرير مزيد من الإجراءات من جانب المحكمة، وبالتالي لن تكون مقبولة بموجب المادة 17 (1) د) و53 (1) ب) من النظام الأساسي، وبالتالي اعتبر مكتب المدعي العام طلب جزر القمر غير مقبول وقرر إغلاق الملف<sup>(1)</sup>.

وصلة بحجم الجرائم وعدد الضحايا، فإن المدعي العام اعتبر مقتل ما مجموعه 10 ركاب من أصل 500 وأن إصابة ما بين 50 إلى 55 راكبا لم تكن كافية لاجتياز اختبار الخطورة، كما لم يعتبر المدعي العام "سوء معاملة ومضايقة الركاب" من قبل قوات الدفاع الإسرائيلية كافية لتلبية عامل "طبيعة" الارتكاب، بالنظر إلى أن سلوك "جيش الدفاع الإسرائيلي" لا يرقى إلى مستوى "التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية"<sup>(2)</sup>.

طعنت جمهورية جزر القمر في قرار المدعي العام القاضي بعدم استيفاء عتبة الخطورة، وفي 16 يوليو 2015، أصدرت الدائرة التمهيدية<sup>(\*)</sup> قراراً يطلب من المدعية العامة إعادة النظر في رفضها للتحقيق وفقاً للفقرة 3 من المادة 53<sup>(3)</sup>. وبتطبيق معيار "الرقابة

(1) See, Ibid, p. 60. And, <https://www.iccpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-06-11-2014&ln=Arabic>

(2) Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia: Article 53(1) Report, 6 November 2014, para. 138.

(\*) الدائرة التمهيدية ادمجت في نظام روما الأساسي بعد اقتراح فرنسي/بلجيكي، لتعبر عن مختلف الأنظمة القضائية الدولية، هي الدائرة المختصة باعتماد التهم، وتختص أيضاً بتقرير إحالة القضية إلى الدائرة الابتدائية، والإذن للمدعي العام بافتتاح التحقيق. كما تمارس دوراً رقابياً وتكميلياً لمهام المدعي العام للمحكمة، خشية تسييس أدوار هذا الأخير، مما يمثل ضماناً قوية لحقوق المتهمين بارتكاب إحدى الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

: Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic, and the Kingdom of Cambodia, Case No. ICC - 01/13, Decision on the Request of the Union of the Comoros to Review the Prosecutor's Decision not to Initiate an Investigation (Para. 13. 14. 15. 16), (July 16, 2015).

Available at: <http://www.iccpi.int/iccdocs/doc/doc2015869.pdf>

القضائية المستقلة"، وجدت الدائرة التمهيدية بأغلبية قضاتها (تشكل من ثلاث قضاة لكل قاض رأي يعادل صوت) أن المدعي العام قد نظر في العوامل المناسبة في تحديد خطورة الموقف، لكنه طبقها بشكل غير صحيح.

اختلف القاضي Kovacs مع أغلبية القضاة لأسباب عدة (الآراء القضائية المخالفة بمثابة فقه قانوني له حجج). وفي رأيه، يتمتع المدعي العام بهامش من السلطة التقديرية في تقرير القضايا التي تستحق اهتمام المحكمة. في الواقع، شدد على أن هيئة الادعاء العام ليست مجبرة على إجراء مراجعة على الإطلاق. ورأى أيضاً أنه كان ينبغي أن تستخدم الدائرة التمهيدية معيار السلطة التقديرية بدلا من إساءة استخدام "مراجعة صارمة"، والتي تتعارض بوضوح مع هامش سلطة المدعي العام. وجد القاضي Kovacs أيضاً أن النتائج التي توصل إليها المدعي العام بشأن الخطورة معقولة. وبالتركيز بشكل خاص على عدد الضحايا بالمقارنة مع أولئك الموجودين في مواقف أخرى أمام المحكمة، خلص إلى أن "عتبة الخطورة لم تتحقق بعد"<sup>(1)</sup>.

بينما لم تعد المدعية العامة النظر في قرارها كما طلبت منها المحكمة مرتان في 2015 و2017، وبعد طعن آخر من دولة جزر القمر في 2018 بإعادة دراسة القضية من جديد، أعلن قضاة دائرة ما قبل المحاكمة في سبتمبر 2020، بأن الصلاحيات التي يتمتعون بها للطلب من المدعية تصحيح هذه الأخطاء "غير واضحة"، وأنهم لم يتمكنوا بالتالي من أن يطلبوا منها مراجعة الملف، ليغلق الملف بعد هذا القرار الأخير نهائياً. ليسدل الستار على قضية استغرقت سنوات من البحث وموارد كبيرة، دون أن تصل إلى مرحلة التحقيق، وهو ما اعتبره الإسرائيليون انسجاماً مع صلاحيات المحكمة القانونية، حيث هي معنية أساساً بمتابعة مرتكبي الفظائع الجسيمة حصرياً، في حين استنكر ضحايا الحادثة وأسرههم والمتتبعون قرار المحكمة، وألقوا اللوم في ذلك على الضغوط الإسرائيلية والأميركية اتجاه المحكمة.

قرار الدائرة التمهيدية (18 نونبر 2018) الذي استأنفه المدعي العام، هو أحد أهم القرارات التي تصدر من المحكمة الجنائية الدولية لأنه يعالج سؤالين في صميم دور

(1) Margaret M. De Guzman (2015) "What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre - Trial Chamber Decision in the Comoros Situation", The American Society of International Law, Volume: 19, issue 19, p. 3.

المحكمة الجنائية الدولية في تعزيز العدالة العالمية: (1) ما مدى حرية المدعي العام في تحديد أي الحالات تعرض على المحكمة؛ و(2) ما هو نطاق تفويض المحكمة الجنائية الدولية. تم ترك كلا السؤالين دون حل عندما تم التفاوض على قانون روما الأساسي، حيث كان لدى الدول المشاركة في المفاوضات وجهات نظر مختلفة حول هذه القضايا. حيث جادل البعض من أجل مدع عام مستقل بقوة وولاية مؤسسية واسعة، بينما فضل البعض الآخر دورا محدودا للمدعي العام والمحكمة ككل. وكانت النتيجة لغة تشريعية غامضة مثل "الخطورة غير الكافية" و"مصالح العدالة" التي يجب أن تفسرها المحكمة الآن.

وبالفعل، خلصت دائرة الاستئناف (بالأغلبية) إلى أن ليس للدائرة التمهيدية أن توجه المدعي العام إلى كيفية تقييم المعلومات والوقائع التي ينبغي أن يتوصل إليها. وبناء على ذلك، أكدت الدائرة الاستئنافية أن (القرار النهائي) بشأن ما إذا كان ينبغي الشروع أم لا في التحقيق، يرجع للمدعي العام أساسا<sup>(1)</sup>.

تقر بعض المواقف النقدية لمسيرة المحكمة الجنائية، بأنه لا يمكن دائما الفصل بين القانون الجنائي الدولي والسياسة الدولية، لأن القرارات الجنائية قد تنتج عن غير قصد قرارات سياسية قوية الآثار، (...) لاسيما في سياق الصراعات الأكثر تسييسا وحساسية والتي شابها مشاركة الدول القوية، مثل الولايات المتحدة والمملكة المتحدة وروسيا<sup>(2)</sup>.

أبانت "قضية ما في مرمرة" أمام المحكمة الجنائية بعد استهلاكها لزمان قضائي ونقاش قانوني ليس باليسير، عن محورية معيار "عتبة الجسامة" كمدخل حاسم لبداية الفحوصات من طرف مكتب الادعاء العام، أو بالإذن بفتح التحقيقات الجنائية من طرف دائرة ما قبل المحاكمة. إلا أن هذا الدور بقي مؤطرا بلغة غارقة في العمومية ضمن اتفاقية نظام روما الأساسي. وفيما بعد لم تستطع المحكمة عبر ورقة سياسات وممارسات مكتب المدعي العام ذات الصلة، أو حتى عبر أحكامها القضائية، أن تقدم جوابا مقنعا ومقننا بدقة عالية

(1) Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre - Trial Chamber I's Decision on the Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros, ICC - 01/13 - 98, Appeals Chamber, 2 September 2019.  
Available at: [https://www.iccpi.int/CourtRecords/CR2019\\_04886.PDF](https://www.iccpi.int/CourtRecords/CR2019_04886.PDF)

(2) See, Pavel Šturma (2009) The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary: Achievements and Perspective, Leiden: Prill, pp. 127 - 141.

"لعتبة الجسامة"، لاسيما وأن الأمر يتعلق بمجال يقدر الشرعية إلى أبعد حد، ويلازم خطوط حمراء خطيرة مرتبطة بالسيادة الوطنية وبالسلام والاستقرار السياسي للمجتمعات المعنية بالعدالة الجنائية الدولية.

### النتائج

- رغم الصياغة الدقيقة إلى حد كبير لأركان جرائم المادة الخامسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية، إلا أن ذلك لا يعني بالمطلق أن أي قضية تتضمن إحدى أخطر الجرائم على المستوى الدولي، سيكون ذلك كافياً لتكون مقبولة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

- يحد معيار عتبة الخطورة من نطاق توسيع القانون الدولي الجنائي، وغموض المفهوم يزيد من حدة الاختلاف حوله، خاصة عندما يتم تبريره للفصل في القضايا الحدودية التي تمت التضحية ببعضها أحياناً.

- توسيع نطاق اختصاص المحكمة وفق معيار عتبة الخطورة يمس بمصالح الدول في الحفاظ على سيادتها القضائية الإقليمية، كما أن توسيع المعيار بناء على أشكال المسؤولية يضر بمصالح المتهمين ذات الصلة بالإجراءات القانونية (معيار الطاعة العمياء مثلاً).

- الجرائم التي تحقق فيها المحكمة الجنائية الدولية عادة تحدث في أماكن متعددة وعلى مدى فترة زمنية أطول. إنها تشمل المزيد من الضحايا من جميع الأنواع، بما في ذلك عدد أكبر من ضحايا القتل وأفعال القسوة الاستثنائية، مع تأثير أكبر على المجتمعات ما بعد النزاع.

- يستدل من وراء إدخال معيار خطورة الفعل الجرمي حتى يتسنى للمدعي العام البدئ في التحقيق، وعدم إغراق أجهزة المحكمة بكم هائل من أنواع الجرائم، حفاظاً على الوقت وقدراتها البشرية والمادية. علاوة على أن الكثير من الجرائم يصعب حصر نطاقها الموضوعي والمكاني، مما يتعذر معه على المحكمة أن تبث فيها بشكل دقيق ومفصل، وهو ما يتنافى مع مصالح العدالة أيضاً.

- ورقة سياسة مكتب المدعي العام بشأن اختبار القضايا وتحديد الأولويات وفق معيار "عتبة الجسامة"، بمثابة تقدم هام في الشفافية المحيطة بمعايير السياسة التي يتم تبنيها

في اختيار القضايا، ومن يجب مقاضاته. رغم نواقصها فيما يخص عدم الدقة وعمومية بعض المحددات.

### التوصيات

- اقترح بإعادة النظر في معايير اختيار الحالة، أي إنشاء "تسلسل هرمي" للمعايير ذات الأهمية القصوى.
- تحتاج المحكمة إلى موارد إضافية مادية وبشرية مهمة، لتغطي تحقيقاتها التي تتطلب قدرات عالية، للوصول إلى نتائج متناسبة وليس معيبة.
- عندما يقرر مكتب المدعي العام أن بعض القضايا ليست على درجة كافية من الخطورة في سياق الوضع العام. فمن الضروري أن يحدد كيفية التوصل إلى هذا القرار، والا فالنتيجة ستكون نفور الضحايا وتشويه سمعة المحكمة.
- تستمر المحكمة في مواجهة قيود الموارد الصعبة نظرا للعدد الكبير من الحالات المفتوحة. لقد أصبح هذا موضوعا رئيسيا يتكرر بمناسبة اجتماعات جمعية الدول الأطراف السنوية، حيث أثار مكتب المدعي العام مرارا وتكرارا مسألة قيود الميزانية. هذا الوضع يجعل تحديد الأولويات بين الحالات مسألة ذات ضرورة ملحة.
- نشر ثقافة القانون الدولي الجنائي بالجامعات العربية وبمراكز صناعة وتنفيذ القرار، فمسؤولية القيادة والإشراف المدنية والعسكرية، ليست محصنة من العقاب عن الجرائم الدولية الأساسية.
- دعوة الدول العربية غير الأطراف بنظام المحكمة الجنائية الدولية، إلى التصديق أو الانضمام لعضوية المحكمة، تكريسا لمبدأ سيادة القانون ولحق المواطن العربي في أمنه القانوني والقضائي من بوابة الحماية من أشد الفظاعات جسامة.
- مراجعة قوانين العقوبات العربية حتى تتلاءم مع منظومة القانون الدولي الجنائي تجريما وعقابا، حفاظا على السيادة القضائية الوطنية وفق مبدأ التكامل.



## المراجع

\*الكتب العربية:

- عبد الحميد محمد عبد الحميد (2010) المحكمة الجنائية الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية.
  - ضاري خليل محمود وباسيل يوسف (2003) المحكمة الجنائية الدولية: هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، بغداد: بيت الحكمة.
  - أشرف عبد العزيز الزيات، المسؤولية الدولية لرؤساء الدول، القاهرة: دار النهضة العربية.
  - ملاك تامر ميخائيل (2016) إجراءات القبض والتقديم أمام المحكمة الجنائية الدولية، عمان: مركز الكتاب الأكاديمي.
- \* الكتب والدوريات الإنجليزية:

- Otto Triffterer and Kai Ambos (eds) (2016) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (3rd edition), C. H. Beck, Hart, Nomos.
- Ford Stuart (2017) "What Investigative Resources Does the International Criminal Court Need to Succeed? A Gravity - Based Approach", Washington University Global Studies Law Review, Vol. 16, No. 1.
- Ford Stuart (2018) "The meaning of gravity at the international criminal court: A survey of attitudes about the seriousness of mass atrocities", 24 UC Davis Journal of International Law and Policy.
- M. Cherif Bassiouni & William A. Schabas (2016) The Legislative History of the International Criminal Court, Volume 1, Leiden: Brill.
- Margaret M. de Guzman (2008) "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", Fordham International Law Journal, Vol. 32, Issue 5.
- Margaret M. De Guzman (2015) "What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre - Trial Chamber Decision in the Comoros Situation", The American Society of International Law, Vol. 19, Issue 19.
- Jennifer Schense and Linda Carter (eds) (2017) Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals, Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Omer Bbedir (2020) "The Flottilla incident from the perspective of international law and the judicial rights of the victims", the Age of human rights journal, No 15.

## \* وثائق وقرارات قضائية:

- Report of the International Law Commission on the work of its thirty - ninth session, UN. DOC. (A/42/10) Annex 10.
- Regulations of the Office of the Prosecutor (ICC - BD/05 - 01 - 09), Date of entry into force: 23th April 2009.
- Partly dissenting opinion of judge Péter Kovacs, para. 19, ICC - 01/13 - 34 - Anx 16 - 07 - 2015.
- Policy Paper on Preliminary Examinations 2013.
- Pre - Trial Chamber I, "Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest (Lubanga case). Article 58", 10 February 2006, ICC - 01/04 - 01/06 - 8 - Corr.
- Gbagbo, Laurent (ICC - 02/11 - 01/11), Decision on the 'Requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des Articles 19 et 17 du Statut', 11 June 2013.
- Situation in the Democratic Republic of the Congo (ICC - 01/04), Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre - Trial Chamber I Entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest', 13 July 2006.
- Situation in the Democratic Republic of Congo, (ICC - 01/04).
- Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar, (ICC - 01/19 - 27), Pre - Trial Chamber III / Decision, 14 November 2019.
- Defence for General Mohammed Hussein Ali, 'Situation in the Republic of Kenya, Defence Challenge to Jurisdiction, Admissibility and Prosecution's Failure to Meet the Requirements of Article 54' ICC - 01/09 - 02/11 (19 September 2011).
- Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia: Article 53(1) Report, 6 November 2014.
- Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic, and the Kingdom of Cambodia, Case No. ICC - 01/13, Decision on the Request of the Union of the Comoros to Review the Prosecutor's Decision not to initiate an Investigation, (July 16, 2015).

## \* المواقع الإلكترونية:

- <http://www.iccpi.int>

## الملخص

تعتبر آلية المحكمة الجنائية الدولية عن نهضة حقوقية وقانونية، وبالتالي فرصة تاريخية لرد الاعتبار للقانون الدولي، ومحاولة إصباح الطابع الزجري على قواعده التي في غالبيتها أدبية، فالفرد كمواطن عالمي، يستحق الانتصاف بعيدا عن قضاءه الوطني العاجز أو المتخاذل في فرض سيادة القانون واحترام حقوق الفرد الأساسية.

نظام روما الأساسي جاء مثقلا بلغة التوافق في حقل معرفي يقدر الشرعية إلى أبعد حد، مما أثر وعقد عمل المحكمة الفتية أكثر، في خضم ذلك يأتي معيار "عتبة الخطورة" الواسع التحديد على الأقل نظريا، كشرط حاسم لتطبيق اختصاص المحكمة، كموضوع لهذه الورقة البحثية لتحليله انطلاقا من الخبرة العملية للمحكمة من خلال دراسة حالة "مافي مرمرة".

### پوخته

میکانیزمی دادگای تاوانه نیوده وله تییه کان گوزارشت له ریئیسانسیتیکی مافهکانی مرقف و یاسایی دهکات، و بهم پییهش دهر فتهتیکی میژووییه بو گهراندنهوهی ریژگرتن له یاسا نیوده وله تییه کان، و ههولیکه بو چه سپاندنی موری قهده غهکردن له سهه ریساکانی که زور بهیان ریسیای رهوشتنین.

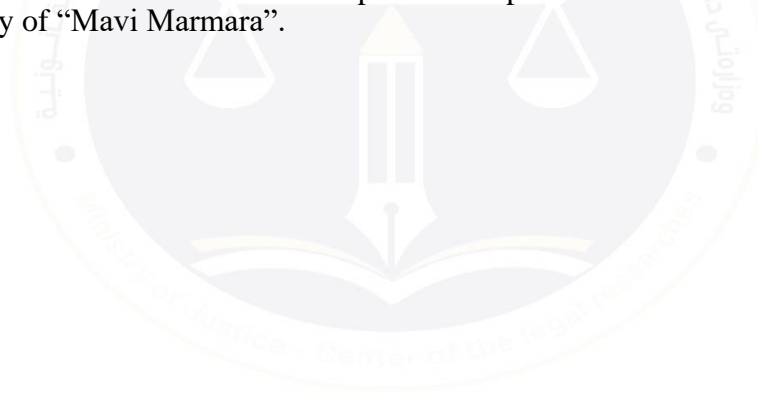
وهتاک وهک هاوولاتییهکی جیهانی، شایهنی چاره سهه ریه دوور له دهسه لاتی دادوهی نیشتمانیه کهی که بیتوانایه یان که متهر خمه له چه سپاندنی سهروهی یاسا و ریژگرتن له مافه سهه تاییهکانی تاک.

پهیرهوی ناوخوی روما گرنگ بوو بو زمانی کۆدهنگی له بواریکی مهعریفیدا زانستدا که رهوایهتی تا نهوپهیری راده پیروژ دهکات، نه مهش کاریگیری له سهه کاری دادگای گهنج هه بوو و ئالوزتری کرد. لهو ناوهنده شدا "ئاستی توندی" که به شیوهیهکی بهر فراوان پیناسه کراوه، لانیکهم له پرووی تیورییهوه، وهک مهرجیکی یهکلاکه رهوه بو جییه جیکردنی دهسه لاتی دادوهی دادگا دیته ئاراهه، وهک بابتهتیک بو نه م توژیینهوهیه که به پشتبهستن به نه مونی پراکتیکی دادگا له ریگهی لیکولینهوه له دوسییهی "مافی مه مره" شیکاری دهکات.

### Abstract

The mechanism of the International Criminal Court expresses a human and legal renaissance, and thus a historic opportunity to restore respect for international law, and to try to impose a restraining character on its rules, which are mostly literary, so the individual as a global citizen deserves a remedy far from his impotent or weak national judiciary in imposing the rule of law and respecting the basic rights of the individual.

The Rome Statute was burdened with the language of consensus in a right of knowledge sanctifying legitimacy further, which enriched the work contract of the young court even more. In the midst of this comes the broadly defined "Gravity threshold" criterion, at least in theory, as a crucial condition for the application of the court's jurisdiction, as a topic for this research paper to be analyzed on the basis of it. From the practical experience of the court through a case study of "Mavi Marmara".





## جزاءات الإخلال بالعقد (دراسة مقارنة)

الدكتورة سارة مصطفى زين<sup>(\*)</sup>

أستاذ مساعد في قسم القانون المدني  
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بيروت العربية

سزاكاني پيشيلكردنى گريبهست  
(تويژينهوهى بهراوردكارى)

دكتور سارا مستهفا زين  
پروفيسورى ياريدهدر له بهشى ياساى مهدهنى  
فاكهلتى ياسا و زانستى سياسى - بهيروت زانكوى عه رهبى

### Penalties for breach of contract (comparative study)

**Dr. Sarah Mustafa Zein**

Assistant Professor in the Department of Civil Law  
Faculty of Law and Political Science - Beirut Arab University

(\*) s.zein@bau.edu.lb





## جزاءات الإخلال بالعقد (دراسة مقارنة)

الدكتورة سارة مصطفى زين

أستاذ مساعد في قسم القانون المدني

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بيروت العربية

### الكلمات المفتاحية:

تعديل القانون المدني الفرنسي (2016) - الإلغاء القضائي - الإلغاء  
بالإرادة المنفردة - الدفع بعدم التنفيذ - الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي -  
قانون الموجبات والعقود

### كليه ووشه:

هموار كردنهوى ياساى شارستانى فهره نسى (2016) - هه لوه شاندينهوى  
دادوهرى - هه لوه شاندينهوى به ويستى تاكلايهنه - داواى جئيه جئيه كردن -  
داواى جئيه جئيه كردنى پئشوخته - ياساى پابه نديبون و گرييه سته كان.

**Key words:** Amendments of the French Civil Code (2016) - Judicial resolution  
- Unilateral resolution - *Exceptio non adimpleti Contractus* - Code  
of Obligations and Contracts.

### المقدمة

العقد وسيلة تبادل بين أطرافه يحددون فيه التزامات كل منهم والمنافع التي يتطلعون عليها من جراء تنفيذه. قد تنشأ عقبات بعد إبرام العقد تحول دون هذا التنفيذ. فلقد وضع قانون الموجبات والعقود أحكاماً ترعى كلاً من وجهي التنفيذ بحيث يتأمن للدائن بالموجب أن يستوفي حقه على الشكل الذي أراده وقد أثبتته في العقد. فإذا كانت هذه العقبات ذات طابع مؤقت، أمكن للمتعاقدين اللجوء إلى إحدى الوسائل التي تحافظ على سلامة العقد وتحفظ حقوق من لم تنفذ الموجبات تجاهه. فيمكن للدائن مثلاً الامتناع عن التنفيذ طالما ان المدين لم ينفذ موجباته تجاهه أو أن يتفق مع هذا الأخير على تعليق

التنفيذ ريثما تزول العقبات. أما إذا لم تسفر الوسائل الوقائية عن نتيجة، حق للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بما تضمنه من موجبات واما إلغائه أي التحرر منه.

فلقد لحظ المشرع اللبناني والفرنسي الطوارئ على تنفيذ العقد فوضع لها نظاماً يحكمها ومنها الدفع بعدم التنفيذ والإلغاء والفسخ. الا ان المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 131/2016 الصادر في 10 فبراير 2016 بخصوص تعديل بعض نصوص لقانون المدني الفرنسي ادخل جزاءات جديدة كانت مكرسة اجتهادياً. ولقد كان الهدف المعلن للحكومة في وقت إصدار القرار هو دعم الأمن القانوني من خلال استرجاع سهولة القراءة والتعامل في قانون العقود وللتغلب على بعض المشكلات التعاقدية وعدم التوازن وللدعم وتشجيع جاذبية القانون الفرنسي على المستوى السياسي والثقافي والاقتصادي. فما هي أبرز التعديلات التي إدخالها المشرع الفرنسي على جزاءات الإخلال بالعقد ضمن القانون المدني بالمقارنة مع الوضع التشريعي في لبنان؟

أبرز التعديلات على جزاءات الإخلال في تعديل القانون المدني الفرنسي هما مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة والدفع بعدم التنفيذ. فمن ناحية أولى، كرس مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة في نصوص القانون المدني أي الإلغاء الذي يوقعه الدائن في حال إخلال المدين بالتزامه، دون أن يلجأ إلى القضاء لطلب إيقاف هذا الجزاء، ودون أن يتضمن العقد بند إلغاء صريح يخول الدائن إلغاء العقد عند إخلال المدين بالتزامه.

ومن ناحية ثانية، كرس إمكانية الدفع بعدم التنفيذ صراحة" والدفع بعدم التنفيذ الاستباقي درءاً لخطر عدم التنفيذ المتوقع. فللمتعاقد أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين له، بعد إبرام العقد، ان المتعاقد الآخر لن يقوم بتنفيذ جزء أساسي من التزامه نتيجة عجز خطير في قدرته على التنفيذ أو إعساره أو نتيجة طريقته في الإعداد لتنفيذ العقد أو في تنفيذه.

سوف نعالج هذه النقاط القانونية مستخدمين المنهج التحليلي المقارن بحيث سنتطرق إلى مبدأ إلغاء العقد وعلى وجه الخصوص الإلغاء بالإرادة المنفردة في التشريع الفرنسي الجديد (المبحث الأول). لتناول بعد ذلك الحالات التي يسمح بها المشرع لأحد الأطراف الامتناع عن تنفيذ ما هو مترتب عليه، أي الدفع بعدم التنفيذ والتطرق لمفهوم الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي الذي كرسه المشرع الفرنسي في نصوص القانون المدني الجديدة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### الإلغاء بالإرادة المنفردة

ان الإلغاء هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد ملزم للجانبين. ففي هذه العقود، إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى إلغاء هذا العقد حتى يتحلل هو من التزامه المقابل.

وفي الأصل، يؤكد الفقه والاجتهاد على الطابع القضائي للإلغاء بمعنى ان الإلغاء لا يكون أصلاً الا من خلال حكم يصدر عن القضاء. ولقد أعطى المشرع في كثير من البلدان<sup>(1)</sup> الحق للدائن بإلغاء العقد بالإرادة المنفردة أي يكون للدائن أن يلغي العقد دون طلب من القضاء، والفرض ان العقد لا يتضمن شرطاً فاسخاً. أي هو ليس إلغاءً قضائياً وكذلك ليس اتفاقياً وإنما هو إلغاء للعقد بإرادة الدائن المنفردة.

ففي الشريعة الإسلامية، يذهب البعض إلى ان الأصل في الإلغاء انه يقع بالإرادة

(1) في القانون الإنكليزي: انظر

TREITEL (G. H.), *The law of contract*, London, Sweet & Maxwell 2003, 11<sup>e</sup> éd, p. 79.  
« (...) *The actually or potentially serious effects of breach are still taken into account in deciding, in cases of first impression, whether the term broken is to be classified as a condition (...) Thus the fact that the breach is not likely to cause serious prejudice can support the fact that the term is not a condition* ».

TREITEL (G. H.), *Remedies for breach of Contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press 2002, n°279.

*Bunge Corporation v. Tradax*, (1981) 1 W. L. R. , p. 711 à 717

في القانون الأميركي: انظر

*Restatement Second of Contracts* § 241: « *In determining whether a failure to render or to offer performance is material, the following circumstances are significant, (a) the extend to which the injured party will be deprived of the benefit which he reasonably expected; (b) the extend to which the injured party can be adequately compensated for the part of that benefit which he will be deprived, (c) the extend to which the party failing to perform or to offer to perform will suffer forfeiture; (d) the likelihood that the party failing to perform or to offer to perform will cure his failure, taking account of all the circumstances including any reasonable assurances; (e) the extend to which the behavior of the party failing to perform or to offer to perform comports with standards of good faith and fair dealing* ».

المبادئ الأوروبية للعقود: انظر

*Principes du droit européen du contrat (Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 2, 2003), du Cadre commun de référence (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*)

المادة 49 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي، و المادة 7. 3. 1. 1 من مبادئ اليونيدروا

المنفردة للدائن ولا يكون قضائياً إلا في حالات خفاء سبب الإلغاء<sup>(1)</sup>. وفي التشريعات الحديثة، يكفي أن يعلن الدائن إلغاء العقد بإرادته المنفردة متى توافرت الشروط الأزمة لذلك، ليكون تدخل القاضي تالياً لهذا الإعلان المنفرد ليراقب مدى صحة الإلغاء. وأيضاً على المستوى الدولي والإقليمي، فلقد تم تكريس مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة في كل من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية، مبادئ اليونيدروا والمبادئ الأوروبية وأيضاً في قرارات المحكمين في القضايا الدولية.

ففي القانون الإنكليزي والأميركي وبشكل عام في القوانين التي تعتمد على السوابق الاجتهادية، تخلى المشرع عن الطابع القضائي للإلغاء لصالح الإلغاء بالإرادة المنفردة. إضافة إلى ذلك، تكرر هذا المبدأ بموجب المادة 7.3.3 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع والمعروفة باتفاقية فيينا<sup>(2)</sup> 1980. كما تضمنت المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية (يونيدروا) في المادة 3/7 منه حكماً يسمح للدائن أن يلغي بواسطة إخطار موجه إلى المدين<sup>(3)</sup>. وأيضاً تضمنت مبادئ القانون الأوروبي للعقود على حكماً مماثلاً<sup>(4)</sup>. وأخيراً كرس التحكيم الدولي مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة كمبدأ عام يطبق عند قيام أحد المتعاقدين بالإخلال الجسيم بتنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>(5)</sup>.

فما هو موقف المشرع اللبناني من الإلغاء بالإرادة المنفردة وما هي أبرز التعديلات التي ادخلها المشرع الفرنسي عام 2016 على القانون المدني الفرنسي؟ لقد تمسك المشرع اللبناني والمشرع الفرنسي (قبل تعديل القانون المدني عام 2016) بالإلغاء القضائي مع إدراج بعض الاستثناءات التي من خلالها يمكن الإلغاء بالإرادة المنفردة (المطلب الأول).

(1) حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه جامعة فؤاد الأول، مطبعة النهضة مصر 1946، ص 9 و ص 241 وما بعدها

(2) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن بيع البضائع الدولي، دار النهضة العربية 1988، ص 182  
 (3) "La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur"

(4) المادة 9 - 301 من المبادئ الأوروبية والتي تنص على انه "يجوز لاحد الأطراف أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد الآخر" وأيضاً المادة 9 - 1/303 التي نصت "فسخ العقد يتم من خلال إخطار يوجه إلى المدين"

(5) Sentence CCI, n°8365 de 1996, JDI 1997, p. 1078, obs. ARNALDEZ (J. - J). parmi les « règles applicable de la lexmercatoria, le principe selon lequel une partie est en droit de se considérer comme déchargée de ses obligations si l'autre partie a commis une violation du contrat mais si seulement celle - ci est substantielle ».

ولكن تعديلات الجديدة في القانون المدني قد كرست مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة كمبدأ منافس للإلغاء القضائي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الموقف التقليدي

#### رفض تكريس الإلغاء بالإرادة المنفردة في القانون اللبناني والفرنسي

الإلغاء هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته الناشئة عن عقد ملزم للجانبين، يترتب عليه حل الرابطة العقدية وزوالها. وهذا المبدأ الذي تم تكريسه في القانون اللبناني<sup>(1)</sup> و الفرنسي (قبل التعديل)<sup>(2)</sup> هو الإلغاء القضائي، أي الذي لا يقع الا بموجب حكم صادر عن القاضي الذي توجه إليه المدين بطلب الإلغاء. بمعنى ان الإلغاء لا يكون أصلاً الا بحكم وان الدائن لا يمكن - في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه - أن يعتبر العقد ملغى وإنما عليه أن يلجأ إلى القضاء لطلبه (الفرع الأول). الا ان القضاء (اللبناني والفرنسي) وافق في بعض الحالات واستثنائياً على الإجراء المتخذ من قبل أحد الفرقاء بإلغاء العقد بإرادته المنفردة (الفرع الثاني).

(1) المادة 241 من قانون الموجبات والعقود والتي تنص على "يقدر وجود شرط الإلغاء في جميع العقود المتبادلة إذا لم يتم احد المتعاقدين بإيفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه أن يحتج باستحالة التنفيذ ما لم يكن ثمة استثناء منصوص عليه في القانون. على ان العقد لا يلغى حتما في هذه الحالة. فإن الفريق الذي لم تنفذ حقوقه يكون مخيراً بين التنفيذ الإجباري على وجه من الوجوه، وإلغاء العقد مع طلب التعويض. وفي الأساس لا يكون هذا الإلغاء الا بحكم من القاضي فهو يبحث عند التنفيذ الجزئي عما إذا كان النقص في هذا التنفيذ له من الشأن والأهمية ما يصوب إلغاء العقد. ويجوز للقاضي حتى في حالة عدم التنفيذ، أن يمنح المدين مهلة تلو مهلة بحسب ما يراه من حسن نيته ويحق للمتعاقدين أن يتفقوا فيما بينهم على ان العقد، عند عدم التنفيذ، يلغى حتما بدون واسطة القضاء. وهذا الشرط لا يعني عن إنذار يقصد به إثبات عدم التنفيذ على وجه رسمي. ويمكن أيضاً الاتفاق على عدم وجوب تلك المعاملة وحيث يتحتم أن يكون البند الذي يعفي من التدخل القضائي ومن الإنذار مصوغاً بعبارة جازمة صريح

(2) L'ancien article 1184 du Code civil disposait que « la résolution doit être demandée en justice »

## الفرع الأول الأصل الإلغاء القضائي

إن كافة التشريعات المعاصرة قد كرست الإلغاء كالجزاء يطال المدين الذي أخل بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد. فالملاحظ ان هذا الجزاء لم يكن معروفاً في القانون الروماني، إلى حين ظهور البيع الرضائي. إذ توصل الرومان إلى فكرة الإلغاء ولكن ليس على النحو الذي تعرفه القوانين الحديثة، وإنما إلى الاعتياد على أن يدرج في عقد البيع شرط إلغاء والذي أصبح من الشروط المألوفة في عقد البيع. وكان بمقتضى هذا الشرط يتم فسخ العقد إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الأجل المحدد.

بل أن نظام الإلغاء ظهر في القانون الكنسي واعتبر قاعدة عامة في العقود التبادلية<sup>(1)</sup> و قد تم تكريس هذه القاعدة في القانون المدني الفرنسي - قانون نابليون - بموجب المادة 1184 (القديمة)<sup>(2)</sup> و التي أسست نظام الإلغاء على الشرط الإلغاء الضمني والذي يعد موضوعه عدم تنفيذ الالتزام. فعدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين يجعل للمتعاقد الآخر الحق في إلغاء العقد استناداً إلى هذا الشرط الضمني الذي يفترض دائماً في كل عقد تبادلي. وقد حرص المشرع اللبناني في المادة 239 من قانون الموجبات والعقود على إظهار دور إرادة الفرقاء في العقد كمصدر لشرط الإلغاء بقوله "ان إلغاء يحدث اما بسبب شرط إلغاء مدرج فيه واما بمقتضى مشيئة مقدرة عند المتعاقدين واما بسبب سقوط موجب

(1) " ان القانون الكنسي هو مصدر قاعدة الفسخ في العقد التبادلي، حيث عنى فقهاء القانون الكنسي بفكرة التقابل بين التزامات المتعاقدين في العقد التبادلي وخلصوا من هذه الفكرة إلى ان المتعاقد الذي لم ينفذ تعهده لا يكون له المطالبة بتنفيذ التعهد المقابل المقطوع لصالحه، لتكون القاعدة في هذا القانون ان المتعاقد الذي لم يستطع أن يحصل من المتعاقد الآخر على تنفيذ الأداء المستحق له فقط الامتناع عن تنفيذ أدائه بل أيضاً المطالبة بفسخ العقد، وفي هذه الحالة يقدر القاضي، في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها، أن يحكم بالفسخ أو أن يرفض الحكم به، فللقاضي السلطة التقديرية إزاء طلب الفسخ، فله أن يقضي بالفسخ أو يرفضه تبعاً للظروف". انظر محمد حسن قاسم الالتزامات - العقد، الجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية 2018، ص. 374

(2) المذكورة سابقاً

أو موجبات لاستحالة تنفيذها".

ولقد اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر بتاريخ 1992/5/26 انه بالنظر إلى صريح النص الوارد في المادة 241 من قانون الموجبات والعقود، فإن وجود شرط الإلغاء في جميع العقود المتبادلة مقدر إذا لم يتم أحد الفرقاء بإيفاء ما يجب عليه، وبالتالي لا مجال للقول بأن خلو العقد من بند خاص بالإيفاء يعني عدم إمكانية الإلغاء بالاستناد إلى أحكام القانون وان لم يلحظ الفريقان إمكانية الإلغاء في العقد<sup>(1)</sup>.

إلا ان فكرة شرط الإلغاء الضمني لم تلقى صداً إيجابياً لدى الفقهاء، لذلك حاول البعض منهم إيجاد أساس قانوني للإلغاء في كونه جزاء للتخلف عن إنفاذ موجباته، أو لأن الاستقامة في التعامل تفرض التقيد بالموجبات تحت طائلة حل العقد. إذ يرى غستان<sup>(2)</sup> أن تخلف أحد طرفي العقد عن تنفيذ موجباته يؤدي إلى زوال الفائدة الاجتماعية من العقد المتمثلة بتبادل المنفعة مما يؤدي إلى حله عملاً بمبدأ عدالة العقد. أما مارتى ورينو، اعتبروا ان الإلغاء يبنى على مبدأ حسن النية في التعامل، فلا يصح أن يطالب الفرد بتنفيذ الموجبات العائدة له إذا امتنع هو عن تنفيذ ما هو مرتب عليه. ويعود للقاضي من خلال رقابته على تنفيذ العقد توفير الضمانة الأخلاقية المرافقة له<sup>(3)</sup>.

فالإلغاء العقد يكون من حيث الأصل قضائياً، مما يعطي للقاضي صلاحية إجراء رقابته على الأسباب المتذرع بها طلباً للإلغاء وعلى موقف الفرقاء من العقد ومدى حسن نيتهم وتوجه إرادتهم نحو تنفيذها والتحرر منه. وحق القاضي في ممارسة رقابته على طلب الإلغاء استنسابي من ظروف كل قضية ووضع أطراف العقد. فللقاضي سلطة تقديرية واسعة إزاء طلب الإلغاء، فله رفض هذا الطلب، منح المدين مهلة للوفاء، وله الحكم بالإلغاء الجزئي للعقد، وله الحكم بما طلبه الدائن أي الإلغاء مع تعويض أو دون تعويض. الا ان القضاء أكد وفي حالاً معينة على صحة الإلغاء الذي قام به الدائن بإرادته المنفردة عند إخلال مدينه بالالتزامات.

(1) محكمة التمييز اللبنانية، 1992/5/26 رقم 92/27، غير منشور

(2) GHESTIN (J.), Traité de Droit Civil. Le contrat. La formation. LGDJ 1988, p. 189

(3) MARTY et RAYNAUD, Droit Civil, Tome 2, Vol 1, p. 312. " Il serait contraire à la bonne foi d'exiger paiement sans offrir soi - même l'exécution et plus généralement de prétendre bénéficier des avantages d'une opération synallagmatique en se libérant des engagements qu'elle implique. Le rôle reconnu au juge dans la résolution du contrat synallagmatique permet à ce juge d'assurer la moralisation du contrat ».

## الفرع الثاني

### الاستثناء

#### الإلغاء بالإرادة المنفردة

إن العقد شريعة المتعاقدين فهو ملزم لهما ولا يستطيعان التحرر منه الا عن طريق القضاء بالنظر إلى أهميته في التعامل وكوسيلة لتبادل المنافع. الا ان الدائن يستطيع التخلص من العلاقة العقدية التي تربطه بالمدين سواء بالاتفاق، في حالة الضرورة أو إذا نص عليه القانون.

أولاً - أن بند الإلغاء الحكمي أو الفسخ الاتفاقي هو الذي يدرج ضمن العقد ويكسر حق كل من طرفي العقد على اعتبار العقد ملغى حتماً في حال عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته الناشئة عن هذا العقد أو تلك التي يحددها الاتفاق بحيث يكون للمتعاقد ضحية عدم التنفيذ إلغاء العقد دون تدخل القاضي بحسب الفقرة الرابعة من المادة 241 من قانون الموجبات والعقود والمادة 1/1134 من القانون المدني الفرنسي (قبل التعديل). وهذا الشرط لا يغني عن إنذار يقصد به إثبات عدم التنفيذ على وجه رسمي. ويمكن أيضاً الاتفاق على عدم وجوب تلك المعاملة، وحيث يَحتم أن يكون البند الذي يعفى من التدخل القضائي ومن الإنذار مصوغاً بعبارات جازمة صريحة". وبالتالي عندما يتخلف أحد طرفي العقد عن إنفاذ موجباته يحق للفريق الآخر إلغاء العقد بصورة حكمية دون مراجعة القضاء فيعتبر نفسه بحل من التزامه.

ولقد حددت محكمة الاستئناف بيروت انه " عندما يرد شرط صريح في العقد يلغي هذا العقد حكماً عند نكول أحد الفريقين عن تنفيذه بدون حاجة لتدخل القضاء وبدون إنذار مسبق فتتحول يد المستثمر على العقار إلى يد غاصب بحيث يعود لقضاء الأمور المستعجلة رفع يد الغاصب"<sup>(1)</sup>. وما الإنذار سوى لإعلام الفريق المتخلف بالإلغاء نتيجة تقاعسه<sup>(2)</sup>.

(1) استئناف بيروت، قرار 1996/3/7، النشرة القضائية 1996 ص 152

(2) و لكن ما يجب الإشارة إليه وفقاً لما جاء في قرار مبدئي لمحكمة التمييز اللبنانية تاريخ 19 آذار 1992 رقم 11 " انه يفترض لإعمال الإلغاء الحكمي للعقد أن يكزن الفريق الذي يتذرع به في





الا ان للقاضي يجري رقابته على هذا البند وهي تكون غالباً لاحقة على أعماله وليست سابقة له. وتكون وسيلة القاضي للرقابة على بند الإلغاء الحكمي في أحكام المادة 221 من قانون الموجبات والعقود والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي القديم التي توجب فهم وتفسير العقود وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف. ولقد اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية في قرارها الصادر في 21 حزيران 1971 ان إنذار المؤجر للمستأجر أثناء العطلة الصيفية حين تكون المصانع مغلقة، بإجراء إصلاحات في المأجور بمهلة شهر تحت طائلة أعمال البند الحكمي صادر عن سوء نية<sup>(1)</sup>.

ثانياً - في حال غياب الإلغاء الحكمي في العقد، فإن إلغاؤه يفترض قيام من يدعي عدم إنفاذ موجباته بتقديم دعوى أمام القضاء المختص طالباً إثبات تخلف المدين عن القيام بالتزاماته وبالتالي إصدار حكم بإلغاء العقد وتحميل هذا الأخير مسؤولية الإلغاء. ولكن الواقع يفرض أحياناً اتخاذ المبادرة بإلغاء العقد درءاً لمخاطر استمراره وللأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء تصرفات الطرف الآخر في العقد، كما هو الحال في عقد العمل أو في التجارة حيث يمكن أن يكون وضع البضاعة معرضاً للتلف مما يوجب تصريفها الفوري. في كل هذه الحالات يحق للمتضرر من عدم إنفاذ الموجب المقابل المبادرة إلى إلغاء العقد بصورة منفردة درءاً للأخطار والأضرار المترتبة على استمرار العقد. فطابع العجلة<sup>(2)</sup> يحتم اتخاذ هذا التدبير.

ولقد اعتبر الدكتور مصطفى العوجي<sup>(3)</sup> ان المادة 241 من قانون الموجبات والعقود في فقرتها الثالثة أوجبت ان الإلغاء لا يكون، ومن حيث الأساس، الا بحكم من القاضي. وهذا يعني أن المبدأ يحمل استثناءات طالما ان المنع ليس مطلقاً. وبالتالي حالة الضرورة

←

موضوع يسمح لع العقد بإعلان هذا الإلغاء دون أن يكون هو مقصر في تنفيذ موجباته أو رافضاً لهذا التنفيذ، وان يكون الفريق الآخر المطلوب إعلان الإلغاء بوجهه ممتنعاً دون وجه حق عن إنفاذ موجباته العقدية"

(1) Cass. Civ 21 juin 1971, RTDC 1971, p. 495

(2) Civ. 1<sup>er</sup> fév. 1999, JCP 1999, IV. 1579. La jurisprudence a admis que l'impossibilité définitive d'exécuter justifie que les parties se dispensent de recourir au juge pour résoudre le contrat, v. Cass. Com 28 avril 1982, Beltoise, Bull. civ. IV, n°145, p. 128 ; Déf1983, p. 334, obs. AUBERT (J. - L).

(3) مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد، منشورات الحلبي الحقوقية 2011، ص 500

والعجلة تعتبر مبرراً للخروج عن الأصل واتخاذ مبادرة بإلغاء العقد الذي يهدد استمراره بحصول أضرار لا يمكن الوقاية منها.

ولكن يبقى للقضاء دور رقابي إذ يستطيع من اتخذ تدبير ضده وأحياناً بمبادرة ممن الغى العقد إثباتاً لحقه في الإلغاء، فإن وظيفة القاضي تنحصر في التأكد مما إذا كان من مبرر مشروع للتصرف الحاصل. فإذا وجد الإلغاء مبرر أثبت ذلك وانتج الإلغاء آثاره. أما إذا وجد من الغى العقد أساء التصرف، فإما يبقى على العقد وأما يلغيه على مسؤولية من الغى العقد ويحمله التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر الذي كان ضحية الإلغاء<sup>(1)</sup>.

أخيراً - بالإضافة إلى حالة الضرورة والعجلة هنالك بعض القواعد الخاصة<sup>(2)</sup> عن الإلغاء أو الفسخ<sup>(3)</sup> من طرف واحد. فالمادة 50 من قانون العمل مثلاً نصت على الصرف التعسفي وأعطت العامل الذي صرف من العمل حق المطالبة بتعويض مادي مضافاً إليه تعويض عن الصرف التعسفي. أما في عقد الوكالة فقد نصت المادة 808 من قانون الموجبات والعقود على انتهاء الوكالة في حالات عددها ومنها عزل الموكل للوكيل أو عدول الوكيل عن الوكالة. كما حدد القانون حالات أخرى يمكن فيها لأحد الأشخاص إنهاء العقد كما هو الحال في شراكة الأشخاص (910 موجبات وعقود).

إضافة إلى الحالات المذكورة سابقاً، أضف الاجتهاد الفرنسي سبب آخر يمكن التعويل عليه من أجل إلغاء العقد بالإرادة المنفردة. فلقد أكدت محكمة التمييز الفرنسية ان

(1) محكمة استئناف بيروت قرار 27 آذار 1969 النشرة القضائية 1970 ص 490. في قضية فسخ صاحب مشروع مسرحية العقد مع المخرج الذي تقاعس في عمله في تمرين الممثلين. وكان العقد قد حدد مهلة شهرين لإنجاز العمل وتقديم المسرحية. كما وضع هذا القرار القاعدة التي تفيد انه ينظر في العمل الذي أداه المخرج قبل فسخ عقده حتى إذا تبين ان صاحب المشروع استفاد منه عوض على المخرج لقاء هذه الإفادة حتى لا يكون صاحب المشروع قد اثرى دون سبب مشروع. ولكن هذا لا يمنع من الحكم على المخرج ببطل عطل وضرر صاحب المشروع في حال ثبوته.

(2) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 fév. 1985, *RTD civ.*, 1986, p. 105, obs. MESTRE (J.). V. aussi AZÉMA (J.), *La durée des contrats successifs*, LGDJ 1969, T. 102, p. 139.

(3) ما قيل عن الإلغاء يصح أيضاً في الفسخ في حال بدء بتنفيذ العقد ومن ثم تبين ان المدينين بالموجب أخذ يتقاعس في متابعة التنفيذ بالرغم من العجلة المطلوبة أو من قصر المهلة المجددة للتنفيذ

المسلك الخطير لأحد المتعاقدين يبرر قيام المتعاقد الآخر بإلغاء العقد على مسؤوليته<sup>(1)</sup>. ولقد أعادت محكمة التمييز الفرنسية التأكيد على هذا القرار مرات عدة<sup>(2)</sup>. وقد استلهم المشرع الفرنسي من هذا القرار لصياغة النص الجديد للإلغاء بإرادة منفردة ضمن إطار تعديل بعض نصوص القانون المدني الفرنسي الجديد (2016).

## المطلب الثاني

### التوجه الحديث

#### تكريس الإلغاء بالإرادة المنفردة في تعديل القانون المدني الفرنسي

ان الإلغاء بالإرادة المنفردة يساهم في معالجة بطء إجراءات التقاضي كما يبدو أكثر عدالة بالنسبة للدائن وأخيراً يحقق فعالية اقتصادية أكبر من الفسخ القضائي. فمن جهة أولى، يعتبر الإلغاء بالإرادة المنفردة من المبادئ المكرسة في القانون الانكلو أميركي منذ زمن طويل نظراً لما يوفر من وقت ومال على المتعاقدين. من ناحية ثانية، فما ينافي العدالة أن يلقي على الدائن وهو ضحية عدم التنفيذ عبء اللجوء إلى القضاء بطلب الإلغاء وانتظار صدور حكم به وتراكم الأضرار عليه. وأخيراً، يمنح الدائن بموجب هذا المبدأ أن يتخذ قراره فوراً ومن هذه اللحظة يكون له أن يتعاقد مع آخر يحقق له الأهداف الاقتصادية التي أخفق في تحقيقها من خلال العقد الذي ألغاه بإرادته.

ولتلك الأسباب كرس المشرع الفرنسي مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة بموجب نص المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي<sup>(3)</sup>. وقد جاء في هذا النص انه يمكن للدائن، على

- (1) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, *JCP* 1998. IV. 3321; *D.* 1999, p. 197, note JAMIN (CH.) et *Som. com.* p. 115, obs. DELEBECQUE (P.) ; *Def* 1999, p. 374, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.* 1999, p. 374, obs. MESTRE (J.): « Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls... ». Dans le même sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, *D.* 2001, p. 1568, 28 octobre 2003, *JCP* 2004. II. 10108 et 13 mars 2007, *JCP* 2007. I. 161.
- (2) Cass. Civ 28 oct. 2003, *JCP G*2004, II, 10 108, note LACHZIERE (C.). Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 sept 2009, *RDC* 2010, p. 690, note PELLETIER (C.).
- (3) « (1) Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à ses engagements dans un délai raisonnable. (2) « La mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat ». (3) Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. (4) Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

مسؤوليته أن يلغي العقد عن طريق الإخطار. وفيما عدا الاستعجال، يجب عليه أولاً إعدار المدين المتخلف عن التنفيذ بأن يوفي بتعهدة خلال مهلة معقولة. كما أوجب على الدائن أن يذكر صراحة بالإعذار انه في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يحق للدائن إلغاء العقد. وعندما يستمر عدم التنفيذ يخطر الدائن المدين بإلغاء العقد والأسباب التي تبرره (الفرع الأول). وأخيراً يمكن للدائن في كل لحظة اللجوء إلى القاضي للاعتراض على الإلغاء وفي هذه الحالة يجب على الدائن إثبات جسامته عدم التنفيذ (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### شروط تطبيق الإلغاء بالإرادة المنفردة

قد يفتح الإلغاء بإرادة منفردة باباً واسعاً أمام الدائن للتعسف في اتخاذ قراره بالفسخ مستنداً في ذلك بأي إخلال من قبل المدين مهما كان ضئيلاً أو قليل الأهمية وما يترتب على ذلك من إضرار بمصالح المدين. لذلك لا بد من أن يكون هنالك ضوابط لأعمال الإلغاء بالإرادة المنفردة والتي من خلالها يمكن التوفيق بين المصالح المتعارضة، مصالح الدائن في التخلص من عقد لم يحقق له ما كان يرغب فيه من ناحية، ومصصلحة المدين في الإبقاء على العقد واستمرار الرابطة العقدية من ناحية أخرى. ولقد تم تحقيق ذلك من خلال فرض شرط موضوعي (أولاً) وشروط إجرائية (ثانياً).

#### أولاً - الشروط الموضوعية

ان القضاء الفرنسي الذي اعتمد مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة سنة<sup>(1)</sup> 1998 اشترط لأعماله أن يكون هنالك مسلك جسيم من قبل المدين. ولكن على الرغم من الأهمية القانونية لمصطلح المسلك الجسيم ورقابة محكمة النقض لمدى توافره فملاحظ ان هذا المصطلح أثار تساؤلاً هاماً حول كيفية تقديره، فهل يتم تقدير هذا المسلك تقديراً شخصياً أم موضوعياً؟

استبعد الفقه الفرنسي التقدير الشخصي للمسلك الجسيم للمدين لأنه بداية" يجعل الإلغاء أو الفسخ مستنداً إلى اعتبارات لا شأن لها بالعلاقة التعاقدية كالاقتبارات المتعلقة بحياة المدين الخاصة<sup>(2)</sup>. فمسلك المدين بذاته بحسب الفقه لا يمكن أن يكون مبرراً

(1) المشار إليه سابقاً

(2) STOFFEL MUNCK (PH), Le contrôle à posteriori de la résiliation unilatérale, Dr et Pat ←

لإلغاء العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن لهذا المسلك تأثير على العقد والالتزامات الناشئة عنه<sup>(1)</sup>. بالإضافة إلى ذلك فإذا تم اعتماد التقدير الشخصي لجسامة مسلك المدين فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى الابتعاد عن الهدف المنشود وبصفة أساسية على السماح للدائن بسرعة التصرف باستخدام تلك الأموال دون انتظار قرار من القاضي بالإلغاء بحيث يكون للدائن أن ينسحب فوراً من العلاقة التعاقدية التي بات مصيرها الفشل. لذلك أكد الفقه الغالب في فرنسا على ان الشرط الموضوعي للإلغاء بالإرادة المنفردة يستند إلى معايير موضوعية قوامها عدم التنفيذ الذي يبلغ حداً من الجسامة والذي يعتبر الشرط اللازم توافره لإمكان إيقاع للإلغاء بالإرادة المنفردة<sup>(2)</sup>.

وهذا في الواقع ما اعتمده أيضاً نص المادة 1226 (الجديدة من القانون المدني الفرنسي) الذي أوضح ان عند اعتراض المدين على قرار الدائن بإلغاء العقد بإرادته المنفردة يكون على الأخير إثبات جسامة عدم التنفيذ الذي دفعه إلى اتخاذ قراره. الا ان هذا مصطلح " جسامة الإخلال بالالتزامات"، أثار أيضاً تساؤلات حول المعايير التي يمكن التعويل عليها من أجل التحقق من هذه الجسامة.

من خلال قراءة اجتهادات المحاكم الفرنسية والقرارات التحكيمية التي طبقت نصوص الاتفاقيات الدولية والمبادئ الدولية التي كرست الإلغاء بالإرادة المنفردة قبل المشرع الفرنسي بوقت طويل والتي أشارت إلى جسامة الإخلال بالالتزامات من أجل السماح للمتعاقد بإلغاء العقد، فلقد تم تحديد هذه المعايير والتي يمكن تلخيصها اما بعدم تنفيذ للموجب الأساسي في العقد أو في حال ترتيب الإخلال بالعقد لأضرار جسيمة.

أولاً - ان مصطلح "الموجب الأساسي" للعقد هو مصطلح معتمد في القانون الإنكليزي الذي يقسم بين الموجبات الأساسية والموجبات الثانوية. وعادة يقوم المحكم أو القاضي بتحديد تلك الالتزامات من معطيات القضية والبنود العقدية<sup>(3)</sup>. ففي بعض

←

2004, n 126 ; p. 73 ; J. MESTRE et B. FAGES, obs. RTD civ 2001 ; p364 ; SAVAUX (E.), note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. , 20 fév 2001, préc. , spéc. p. 705.

(1) STOFFEL MUNCK (PH.), précité

(2) CASSIN (R.), Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats en droit français, RTD civ 1945, p. 159

(3) Sentence CCI n°9466 du 1999, *Yearbook Commercial Arbitration* 2002, p. 170. le tribunal arbitral a considéré que le fait pour l'affréteur du navire de ne pas pouvoir en disposer de façon ininterrompue pendant la durée du contrat constitue une inexécution d'une obligation essentielle et cela en application des dispositions contractuelles et des principes

←

القرارات التحكيمية اعتبرت هيئة التحكيم ان التأخير في تسليم البضائع يعتبر إخلالاً جسيماً بالالتزامات<sup>(1)</sup> لأن التسليم كان محددًا في العقد كشرط أساسي. وفي قضية أخرى اعتبر المحكم أن تسليم وتركيب المكونات يوضحان الإخلال الجسيم بالالتزامات بحيث لم يكونا على المستوى والفائدة المتوقعة من العقد<sup>(2)</sup>. وأخيراً اعتبرت هيئة التحكيم ان عدم تحديد التاريخ في سند الشحن يعتبر إخلالاً جسيماً لأن التاريخ يعتبر من البنود الأساسية وفقاً للاتفاقيات الدولية الخاصة بالنقل البحري والجوي<sup>(3)</sup>.

ثانياً - يكون الإخلال جسيم إذا رتب أضرار جسيمة ومن ضمنها حرمان المتعاقد من الفائدة الاقتصادية في العقد. وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الفرنسية<sup>(4)</sup> وأيضاً القرارات التحكيمية. ففي قرار التحكيم صادر في 1996<sup>(5)</sup>، اعتبرت هيئة التحكيم ان التأخير في التسليم لا يشكل بحد ذاته إخلالاً جسيماً في الالتزامات الا أن تجاوز المهل المحددة في العقد بشكل مبالغ فيه يؤدي إلى إفراغ العقد من غايته وأهميته الاقتصادية. ولا شك ان اشتراط هذه الجسامة لحماية مصالح المدين من جهة والمحافظة على الاستقرار اللازم للروابط العقدية من ناحية أخرى. هذه الحماية لا تتحقق فقط من خلال الشرط الموضوع، وإنما أيضاً من خلال الشروط الإجرائية المفروضة على ممارسة الدائن حقه في الإلغاء بالإرادة المنفردة.

### ثانياً - الشروط الإجرائية

إن هذه الشروط الشكلية تم إدراجها من أجل وضع إلغاء موضع التنفيذ حماية لكل

←

généraux du droit.

- (1) Sentence CCI n° 8786 du 1997, *Bull. de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI* 2000, Vol. 11, n°2, p. 71.
- (2) Sentence CCI n° 8782 du 1997, *Yearbook Commercial Arbitration* 2003, p. 39. « *The arbitrator comes to the conclusion that the machine, as delivered and installed, did not perform on essential points as the claimant could reasonably expect under the contract. To such an extent, and to such detriment, that the claimant can be considered to be substantially deprived of what it was entitled to expect under the contract* ».
- (3) Sentence CCI n° 7645 du 1995, *Yearbook Commercial Arbitration* 2001, p. 130 et *Bull. de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI* 2000, v. 11, n°2.
- (4) Cass. 1<sup>re</sup> civ. , 20 fév 2001, D. 2001, p. 1568, note JAMIN (C.) ; *Déf* 2001, p. 705, note SAVAUX (E.), *RTD civ.* 2001, p. 363, note MESTRE (J.) et FAGES (B.). En 2001, elle a énoncé que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit déterminé ou non* »
- (5) Sentence CCI, n°8365 de 1996, *JDI* 1997, p. 1078, obs. ARNALDEZ (J. - J).

من المدین والدائن. هذه العناصر تتمثل في ضرورة إعدار المدین من ناحية ثم إخطاره بالإلغاء وتسبب قرار الإلغاء

### 1 - الإعدار

إن الإعدار هو الالتزام الأخلاقي الذي يهدف إلى تسجيل تقصير المدین ودعوته للتنفيذ خلال مهلة معينة. ان هذا الإجراء متطلب في حالة الإلغاء القضائي بل وفي بعض الأحيان عند الاتفاق على شرط فاسخ صريح وبالتالي يكون ومن باب أولى متطلباً في حالة الإلغاء بالإرادة المنفردة ليعوض الرقابة القضائية السابقة على إلغاء العقد ولدفع المدین لتنفيذ التزاماته وأيضاً تحد من الاستعمال المتعسف للحقوق التي تمارس من جانب واحد<sup>(1)</sup>. لكنه يمكن الإعفاء من هذا الإجراء في بعض الحالات ومنها إذا كان هنالك إعفاء صريح في العقد، عندما يصبح التنفيذ مستحيل أو إذا صرح المدین برفضه للقيام بتنفيذ التزاماته.

والمواقع ان هذا القيد الإجرائي على ممارسة الدائن حقه بالإلغاء بإرادته المنفردة متمثلاً بالإعدار هو ما اعتمده التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والمبادئ الأوروبية. وتحديداً المادة 26 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية والتي نصت على انه "لا يحدث إعلان إلغاء العقد الا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر" وأيضاً المادة 7. 3. 2 من مبادئ اليونيدروا والمادة 9: 303 من المبادئ الأوروبية للعقود أكدت أن يجب إخطاره المدین في مهلة معقولة تحت طائلة سقوط حقه بالإلغاء.

وقد نص على هذا القيد الإجرائي المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي والتي أوجبت في فقرتها الأولى على الدائن قبل إنجاز قراره بإلغاء العقد بإرادته المنفردة إعدار المدین المتخلف عن التنفيذ بأن يقوم بتنفيذ تعهده خلال مهلة معقولة وذلك في غير حالات الاستعجال. ولكن هذا المتطلب لا يكفي بحد ذاته لأعمال الإلغاء بالإرادة المنفردة بل اشترط المشرع الفرنسي أن يقوم الدائن بإخطار المدین بقراره بإلغاء العقد.

### 2 - الإخطار وتسبب

إن انتهاء المدة المحددة بمقتضى الإعدار لا يعني ان العقد قد تم إلغاؤه بل يبقى العقد قائماً إلى أن يتم إخطار المدین من قبل الدائن إلغاء العقد ليبقى بالتالي مصير العقد

(1) LAITHIER (Y - M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. MUIR - WATT (H.), LGDJ 2007, T. 419, p. 287

بيد الدائن. والإخطار بصفة عامة هو " الإجراء الذي يهدف إلى إبلاغ امر إلى شخص معين أي إبلاغ إرادة فسخ العقد من الدائن إلى المدين"<sup>(1)</sup>. بمعنى ان الإلغاء ينتج اثره من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه. ولا شك بأن هذا الإجراء مقرر لمصلحة المدين وذلك بتجنيبه مصروفات تنفيذ أداء أصبح من حق الدائن رفضه. وهو من ناحية أخرى يمنع الدائن من المضاربة على ارتفاع أو انخفاض قيمة التنفيذ إضراراً بالمدين<sup>(2)</sup>.

ان القواعد العامة بشأن التصرف القانوني من جانب واحد توجب إخطار المدين بقرار الدائن إلغاء العقد بإرادته المنفردة وهذا ما أكدته النصوص المقترحة لتعديل القانون الفرنسي ومنها المادة 1158 من مشروع كاتالا، المادة 168 من مشروع وزارة العدل وبهذا أخذ أيضاً نص المادة 3/1226 من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي.

وفي سبيل إضفاء حماية إضافية، اشترط المشرع الفرنسي تسبب قرار الإلغاء أي على الدائن أن يبين الأسباب التي دفعته إلى اتخاذ القرار ومبرراته وذلك من خلال الإضفاء على مواطن تقاعس المدين في تنفيذ التزاماته العقدية. وتسبب قرار الفسخ له أهمية من عدة نواح: أولاً بتبيان أسباب قراره بالإلغاء يعني إلزامه بالتروي في اتخاذ هذا القرار والبحث في جدية الأسباب<sup>(3)</sup>، ثانياً تسهيل الرقابة القضائية اللاحقة حيث يقتصر دور القاضي على تقدير جسامته الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد من خلال المبررات المقدمة من قبل الدائن<sup>(4)</sup>. وأخيراً هو حماية المدين من خلال تقييد حق الدائن في إجراء الإلغاء بإرادته وحده، فلا يكون حقاً مطلقاً وإنما مقيد بتوافر أسباب معينة يجب بيانها. وفي كافة الأحوال ان قيام الدائن باستعمال حقه بإلغاء العقد بإرادته المنفردة لا يستبعد إمكانية تدخل القاضي بشأن هذا الإلغاء الذي وقع دون تدخل منه.

(1) عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1960 ص 17

(2) خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الأولى، مكتبة الاشعاع الفنية 2002، ص 320

(3) AYNÈS (L.), Le droit de rompre unilatéralement fondement et perspective, Drt et Pat 2004, p 64

(4) GORGAS - BERNARD, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminé, PUAM 2006, p357



## الفرع الثاني

### الرقابة القضائية اللاحقة على الإلغاء بالإرادة المنفردة

أكدت المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي الجديدة ان استخدام الإلغاء بالإرادة المنفردة يكون على مسؤولية الدائن وللمدين في كل لحظة الرجوع إلى القاضي للمنازعة في الإلغاء الذي أوقعه الدائن. والقاضي في ممارسته للرقابة اما أن يبين صحة الإلغاء الذي حصل وأعمال آثار الإلغاء أو أن يتأكد ان الإلغاء الذي حصل لم يكن صحيحاً أو مبرراً لعدم توفر شروطه.

ففي الحالة الأولى، يعلن القاضي ان العقد قد الغي ويؤيده بما انه وقع على نحو صحيح. إذا القاضي لا يحكم بالإلغاء و" الحكم الذي يصدره ليس الا حكماً مقررًا وليس منشأً للإلغاء فهو لا يفعل أكثر من تكريس للإلغاء النافذ بذاته"<sup>(1)</sup>. اما في الحالة الثانية فإذا اتضح للقاضي ان الإلغاء لم يكن متناسباً مع جسامته الإخلال بالعقد فهل يكتفي بالحكم بالتعويض أم أن بإمكانه اعتبار الإلغاء الذي تم كأنه لم يكن؟

اتجه القضاء الحديث والسابق على تكريس الإلغاء بالإرادة المنفردة إلى الأخذ برأي الأغلبية الفقه مؤكداً انه ليس ما يمنع من أن يحكم القاضي، عند ممارسة رقابته اللاحقة على الإلغاء بالإرادة المنفردة وحين يظهر له ان الإلغاء غير مبرر بإلزام الدائن بالاستمرار في تنفيذ العقد<sup>(2)</sup>. وهذا الاتجاه يبرره، من جهة، الاحترام الواجب للتوقعات المشروعة لأطراف العلاقة التعاقدية وضرورات استقرار المعاملات القانونية. ومن جهة ثانية، ان القواعد العامة بما تتضمنه من وسائل لمواجهة مثل هذا الامتناع ويأتي في مقدمة هذه الوسائل إزامه بتنفيذ التزامه عيناً. وبالتالي ان القاضي يمارس سلطته التي تخولها له القواعد العامة، وذلك باعتبار ان التنفيذ العيني هو الأصل، الذي لا يتم العدول عنه الا إذا لم تتوافر شروط أعماله.

وتجدر الإشارة ان الاجتهاد الإنكليزي الذي كرس الإلغاء بإرادة منفردة وجعله الجزاء الأصلي للإخلال بتنفيذ العقد وذلك قبل المشرع الفرنسي بزمن طويل، لم يعطي الحق

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 551

(2) CHABAS, L'inexécution licite du contrat, LGDJ 2002, p. 133 ; PH. STOFFEL - MUNCK, précité, p. 75

للقاضي أن يحكم بالاستمرار في تنفيذ العقد بل يحكم فقط بتعويضات إضافية<sup>(1)</sup>. وهذا الموقف يعود لعدة أسباب مرتبطة بالتطور التاريخي للقانون الإنكليزي. فمن ناحية أولى يعتبر التنفيذ العيني (Specific performance) جزءاً استثنائياً أما الجزء الأصلي فهو التنفيذ البدلي أي الحكم بالتعويضات. ثانياً إن مبدأ التناسب بين الأضرار والتعويضات هو ليس من المبادئ العامة في القانون الإنكليزي وبالتالي إذا اتضح للقاضي أن الدائن كان متعسفاً باستعمال حقة بإلغاء العقد ففي هذه الحالة يمكن أن يحكم بالتعويضات التي تفوق أضعاف الأضرار الحاصلة. وأخيراً تتمحور مبادئ القانون الإنكليزي لقانون العقود على تحقيق الفائدة الاقتصادية وبالتالي يمكن للدائن أن يكون قد أبرم عقد مع شخص آخر لتنفيذ الالتزامات التي تقاسم المدين عن تنفيذها مما يساهم في العملية الاقتصادية بشكل عام. إذاً وبنظر الاجتهاد الإنكليزي، ليس هنالك من جدوى للإزام المدين بتنفيذ التزامات العقدية.

يفترض الإلغاء قيام أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بتنفيذ التزامه أو استعداده للقيام به وامتناع الطرف الآخر عن التنفيذ مما يكون معه للمتعاقد الأول أن يقابل هذا الامتناع بحل العقد. وأيضاً إذا لم يتم التنفيذ من جانب أي من المتعاقدين فيستطيع كل منهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه وهذا ما يعرف "بالدفع بعدم التنفيذ".

(1) FURMSTON (M. P), Cheschire, Fifoot&Furmston's Law of Contract, Oxford 2007, 15<sup>th</sup>ed p. 605.

## المبحث الثاني الدفع بعدم التنفيذ

في العقود ذات الموجبات المتبادلة، يحق لأحد المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ موجباته إذا امتنع المتعاقد الآخر عن إنفاذ ما هو مترتب عليه. إذ ليس من العدل ان أحد طرفي العقد عن القيام بإنفاذ موجباته ويطلب من المتعاقد الآخر تنفيذ ما رتبته العقد عليه من التزامات. وهو ما يفرضه مبدأ التعامل بالممثل أي هذا الحق يفرضه المنطق وحسن التعامل وطبيعة العلاقات بين الناس.

فالفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي نفس الفكرة التي بني عليها إلغاء العقد: الارتباط فيما بين الالتزامات مما يجعل التنفيذ من جهة مقابل للتنفيذ من جهة أخرى<sup>(1)</sup>. وان كان هنالك رأي آخر يذهب إلى ان الفكرة التي يبني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي فكرة السبب باعتبار ان سبب موجب كل متعاقد هو في الواقع الحصول على موجب الآخر، ومتى نكل هذا الأخير عن التنفيذ تلاشى سبب موجب الآخر. ولهذا يكون زوال السبب على هذا الشكل حجة مشروعة لوقف تنفيذ العقد من جانب الفريق غير الناكل<sup>(2)</sup>. وأيضاً ان الدفع بعدم التنفيذ يمكن إسناده إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ذلك لأن مقتضيات هذا المبدأ الا يطالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ التزامه دون أن يعرض هو تنفيذ ما يجب عليه<sup>(3)</sup>.

لم يتضمن القانون المدني الفرنسي القديم نصاً يقرر به الدفع بعدم التنفيذ اما قانون الموجبات والعقود تضمن نصاً خلط فيه الدفع بعدم التنفيذ مع حق الحبس. وعلى الرغم من ذلك، اعتبر القضاء الفرنسي<sup>(4)</sup> و اللبناني ان النصوص النادرة في القانون بشأن الدفع بعدم التنفيذ هي تطبيقاً لقاعدة عامة هي قاعدة الدفع بعدم التنفيذ (المطلب الأول). الا ان المشرع الفرنسي وفي تعديل 2016 كرس هذا المبدأ موضحاً شروطه كما ذهب ابعده من ذلك بإدخال فكرة الدفع بعدم التنفيذ الوقائي، فوفقاً له يجوز للمتعاقد وقف تنفيذ التزامه

(1) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع 1997، ص 1006

(2) CAPITANT (H.), De la cause des obligations, des obligations, Librairie Dalloz 1927, 3eme éd, parag 124

(3) حسام الاهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1995، ص 360

(4) LEQUETTE, SIMLER ET TERRÉ, Droit civil, Les obligations, Dalloz 2018, p. 650

قبل حلول موعد تنفيذ الالتزام المقابل الذي يقع على عاتق المتعاقد معه، وذلك متى تبين من ظروف الحال أنه من الواضح أن المتعاقد لن يتمكن من الوفاء بالتزامه إلى حين استحقاقه (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تطور الدفع بعدم التنفيذ في القانون اللبناني والقانون الفرنسي

أول من أوجد قاعدة "الدفع بعدم التنفيذ" هم فقهاء الكنيسة الذي صاغوه بقولهم "لا يرمى عهد من لا عهد له". ولم يعرف القانون الروماني هذا المبدأ وإنما كان للمدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم بما يترتب عليه من التزامات أن يدفع الطلب "بالدفع بالغش" الذي كان يطبق في كل العقود المبنية على حسن النية. ويعتبر أساسه نظرية السبب التي تقيم ارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين. وهو الأساس ذاته الذي يقوم عليه الفسخ. فإذا كان كل من الالتزامين المتقابلين مستحق الأداء كان مقتضى فكرة الارتباط بينهما أن يتعاصر تنفيذهما. فما هو موقف المشرع الفرنسي (الفرع الأول) (قبل وبعد التعديل) والمشرع اللبناني (الفرع الثاني) من اعتبار هذا الحق قاعدة عامة؟

## الفرع الأول

### في القانون الفرنسي

لم يتضمن القانون المدني الفرنسي قبل تعديله نصاً عاماً يقرر قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، وإنما بين بعض التطبيقات أو الحالات التي يوجد بشأنها نص. ففي عقد البيع أعطت المادة 1612 مدني فرنسي القديم للبائع الحق بوقف تسليم البضاعة للمشتري إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن، ثم جاءت المادة 1613 مدني فرنسي قديم فأعطت البائع الذي كان قد التزم بتسليم البضاعة قبل الحصول على الثمن (البيع بثمن مؤجل) من تسليمها إذا كان هناك مخاطر باحتمال عدم الحصول على الثمن؛ نظراً لإفلاس المشتري أو إعساره، ما لم يقيم المشتري بتقديم ضمان على استطاعته أداء الثمن، كما أن المادة 1653 مدني فرنسي قديم أعطت المشتري الحق في الامتناع عن دفع الثمن إذا كان هناك مخاطر من دعوى استحقاق أو رهن البضاعة محل العقد، وهذا ما لم تزل هذه المخاطر أو

يقوم البائع بتقديم ضمان.

كما ان الحق الوحيد الذي أعطته كل من المواد 1912 و 1913 و 1953 مدني فرنسي قديم المتعلقة بعقد البيع هو وقف التنفيذ من قبل الدائن لالتزاماته، والحقيقة أن مثل هذا الوقف هو وقف مؤقت بطبيعته، لذلك فإن حقوق الطرفين والتزاماتهما العقدية تبقى قائمة، كما أن الطرف الذي يلجا إلى الدفع بعدم التنفيذ يبقى ملزما بجاهزيته للتنفيذ طالما يقوم المدين بتنفيذ التزامه.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن إمكانية اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ أو الحبس ليحمل المدين بدين طبيعي على الوفاء به، فذهب رأي إلى القول: يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى فكرة العدالة التي تستوجب الوفاء بالالتزامات المتقابلة سواء كانت مدنية أم طبيعية، وعدم وجود نص يقرر خلاف ذلك. في حين ذهب رأي آخر - بحق - إلى القول بعدم جواز اللجوء للدائن بدين طبيعي إلى هذه الوسيلة؛ لكون الدفع بعدم التنفيذ ينطوي على إكراه أو إجبار غير مباشر على الوفاء بالدين المقابل، وهو دين طبيعي لمدين المتعاقد المتمسك بالدفع، وهو ما يستتبع القول بعدم جواز اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ لحمل المدين بالدين الطبيعي على الوفاء به<sup>(1)</sup>.

الا ان التطورات الاجتهادية التي عممت فكرة الدفع بعدم التنفيذ في العقود المتبادلة دفعت المشرع الفرنسي إلى تكريس هذا المبدأ بشكل صريح. بحيث أصبح ينص بشكل صريح على فكرة الدفع بعدم التنفيذ في القسم الخامس «عدم تنفيذ العقد»، وقد نصت المادة 1217 (الجديدة) منه على أنه: «يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص، أن: يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه، يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني للالتزام، يطلب تخفيض الثمن، يطلب فسخ العقد، يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عن عدم التنفيذ. يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز إضافة التعويض إليها دائما.

في حين تضمن الفرع الأول الدفع بعدم التنفيذ" مادتين صريحتين في النص على هذه

(1) رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري في القانون المدني المصري، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة 2000، ص 85 وجمال إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 2012، ص 90

الفكرة، وهما: المادة 1219، والمادة 1220، حيث نصت المادة 1219 مدني فرنسي على أنه: «يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ التزامه، على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، وكان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة». وأخيراً لم يكتفي المشرع الفرنسي بتكريس الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة وتبيان شروطه بل أيضاً أعطى الحق للدائن أن يدفع بعدم التنفيذ الاستباقي أي قبل حلول أجل تنفيذ الالتزامات، إذ نصت المادة 1220 مدني فرنسي (الجديدة) على أنه: «يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند استحقاقه، وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون على قدر كاف من الجسامة بالنسبة إليه، ويجب أن يتم الإخطار بهذا الوقف في أقرب وقت». أما المشرع اللبناني فلا زال بعيداً عن تكريس الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي.

## الفرع الثاني في القانون اللبناني

اتبع المشرع اللبناني نهج المشرع الفرنسي (قانون نابوليون) إذ لم يتطرق بصورة مباشرة وصريحة للدفع بعدم التنفيذ كنظام قانوني قائم بحد ذاته وكدفع يمارسه متعاقد تجاه المتعاقد الآخر الذي لم يقيم بدوره بإنفاذ موجباته العقدية. وقد اعتبر الاجتهاد اللبناني بأنه إذا امتنع فريق عن التنفيذ لعله ان الفريق الآخر قد تخلف عن تنفيذ موجباته فإن امتناعه يشكل وسيلة إكراه يحمل الفريق الثاني على إنفاذ موجباته ولا يتعداها إلى حدود إلغاء العقد أو فسخه<sup>(1)</sup>. فالمحكمة اعتبرت ان الدفع بعدم التنفيذ يشكل من جهة وسيلة ضغط على الفريق المتخلف عن التنفيذ للقيام بإنفاذ موجباته ولا تشكل إنهاء للعلاقة التعاقدية ولا تمس بالعقد بل يبقى كل طرف فيه ملزماً بالموجبات الملقاة على عاتقه إنما يحق له أن يمتنع عن تنفيذها طالما ان الطرف الآخر لم يقم بذلك. ومن جهة أخرى، "هي وسيلة دفاع متمثلة بموقف سلبي من قبل من يتذرع بها بحيث إذا طلب الدائن بموجب إنفاذه حق للمدين به الامتناع عن التنفيذ طالما بقي الدائن ممتنعاً عن إنفاذ

(1) محكمة التمييز اللبنانية، 1991/5/9، حاتم 2010، ص 387

موجباته"<sup>(1)</sup>

ولكن وبالرغم من عدم ذكر مصطلح " الدفع بعدم التنفيذ" في قانون الموجبات والعقود بصورة صريحة، هذا لا يعني انصراف المشرع عنها. اذ يمكن استخراج حكمها من نص المادة 271 من قانون الموجبات والعقود التي نصت على ان "حق الحبس هو أي حق كل شخص دائن ومديون معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض للقيام بما يجب عليه". ويرى البعض الآخر أساساً للدفع بعدم التنفيذ في المادة 241 من قانون الموجبات والعقود لأن من له طلب إلغاء العقد لتخلف الفريق الآخر عن تنفيذ موجباته له أيضاً أن يكتفي بعدم تنفيذ ما عليه من موجبات إذ يتقي بذلك نتائج الإلغاء ومخاطر عجز المدين.

إذاً يتبين ان المشرع مزج بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس عندما أعطى لحق الحبس التعريف المشار أعلاه بينما تختلف طبيعة كل منهما عن الآخر. فالتعريف الذي أعطته المادة 271 لحق الحبس ينطبق بالأحرى على الدفع بعدم التنفيذ ويختلف عن حق الحبس الذي يمكن للدائن أن يمارسه على شيء بين يديه لقاء دين على هذا الشيء فلا يتخلى عنه الا عندما يستوفي حقوقه ممن يعود له هذا الشيء أو ممن عهد إليه القيام بعمل معين كالصناعة والوديعة. شرط أن يكون الدين الذي يمارس حق الحبس بشأنه متعلقاً بهذا الشيء وليس ناتجاً عن معاملة أخرى.

إذاً يتبين ان فكرة الارتباط بين الالتزامات والسماح للدائن برفض تنفيذ التزامه تجاه مدينه ما دام هذا الأخير لم ينفذ ما تعهد به هي التي تجمع بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ. الا انه وبحسب الأستاذ السنهوري ان مجال أعمال الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة، " فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هو الدفع بعدم التنفيذ. فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم التنفيذ"<sup>(2)</sup>. وبالتالي يعتبر ان المشرع اللبناني قد تطرق إلى الدفع بعدم التنفيذ كتطبيق فرعي لنظرية الحبس الواردة ضمن إطار المادة 271 من قانون الموجبات والعقود.

(1) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 608

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 578

إذاً ان الدفع بعدم التنفيذ يقتصر أعماله على العقد الملزم للجانبين. إضافة إلى ذلك هنالك أحكام أخرى تميز بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس وخاصة " على مستوى شروط أعمال كل منهما.

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بعدم التنفيذ

ان شروط الدفع بعدم التنفيذ التي حددها الاجتهاد اللبناني والفرنسي والتي أعاد صياغتها المشرع الفرنسي في تعديل القانون المدني 2016 تتمثل باستعمال هذا الحق أي الامتناع عن تنفيذ الالتزامات في العقود التبادلية (الفرع الأول)، أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء وهذا الشرط غير ضروري في حال أعمال الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي وفقاً للتعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي (الفرع الثاني) وأخيراً يجب على الطرف الذي يتمسك بهذا الدفع أن يمارسه وفقاً لمقتضيات حسن النية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين

يشترط للتمسك بهذا الدفع أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع مثلاً، لأن العقد الملزم للجانبين يستند إلى فكرة السبب التي تقيم ارتباطاً بين الالتزامات المتقابلة. فالدفع يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة التي نص عليها القانون اللبناني في المادة 271 من قانون الموجبات والعقود. ففي العقود الملزمة للجانبين يتجلى هذا الحق في صورة الدفع بعدم التنفيذ وفي غير العقود نكون بصدد حق في الحبس. فيكون هذا الأخير في العقود الملزمة لجانب واحد، كما في حال عقد الوديعة بغير أجر حين ينفق المودع لديه مصروفات ضرورية ونافعة على الشيء المودع، إذ يحق له أن يحبس هذا الشيء حتى يستوفي هذه المصروفات. كما يكون في الحالات التي لا يوجد فيها عقد، كما في حالة زوال العقد بالإبطال أو الفسخ حيث يجب كل من الطرفين أن يرد ما أخذه، فيجوز لكل منهما أن يحبس ما أخذه حتى يرد الآخر ما تسلمه منه.

بالإضافة إلى كون العقد ملزم للجانبين، يجب أن يكون هنالك تقابلاً بين الالتزام الذي لم ينفذ والالتزام الذي يقع على عاتق المتمسك بالدفع ويمتنع عن تنفيذه. أي يجب



أن يكون هنالك تقابلاً بين دين المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في ذمة المتعاقد الآخر والالتزام الذي يقع على عاتق خصمه. وهذا يستخلص من وحدة العقد الذي نشأت عنه هذه الالتزامات وبالتالي إذا كانت الالتزامات التي تشغل ذمة ذات الأطراف ناشئة عن عقود مستقلة فهنا لا توجد الالتزامات متقابلة. كما قضى بهذا المعنى، انه إذا كان بموجب عقدين مستقلين حق شركة من أخرى على حق استغلال العلامة التجارية ووسائل التصنيع من ناحية، والمخزون السلعي السابق تصنيعه من ناحية أخرى، فلا يجوز للشركة الاحتجاج بعدم تنفيذ الشركة البائعة للالتزامات بشأن المخزون السلعي لوقف تنفيذ التزامها بمقابل استغلال العلامة التجارية ووسائل التصنيع<sup>(1)</sup>.

وأخيراً وعلى الرغم مما سبق، يمكن لإرادة الفرقاء أن تلعب دور في هذا الصدد، فنشأة الالتزامات بين الطرفين عن عقود مختلفة لا يحول دون اتفاق الأطراف جعلها مترابطة ومتلازمة. بموجب هذا الارتباط والتقابل الاتفاقي يصبح بإمكان أحد المتعاقدين التدرع بالدفع بعدم التنفيذ في حال قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه الوارد بالعقد الآخر<sup>(2)</sup>. يعود لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كان بنية الطرفين المشتركة خلق مثل هذا الارتباط والتقابل في التنفيذ بين الالتزامات الناشئة عن الاتفاقات المستقلة<sup>(3)</sup>. وتصدر الإشارة إلى ان القانون لم يشر للتمسك بقاعدة الدفع بالتنفيذ أن تكون هناك دعوى قضائية<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### الالتزامات ناشئة عن هذا العقد مستحقة الأداء

لاشك ان هذا الشرط يفرضه منطق وفلسفة الدفع بعدم التنفيذ، لأن هذا الدفع يعتبر وسيلة لحمل المدين على الوفاء بالالتزام، وبالتالي ان حمل المدين على الوفاء بالتزامه، يقتضي أن يكون هذا الالتزام مستحق الأداء، أي واجب الوفاء حالاً. لذلك فإذا كان أحد الالتزامين المتقابلين قد أصبح التزاماً طبيعياً كما لو سقط بالتقادم، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز، لأنه غير واجب الأداء. بحيث ان الالتزام الطبيعي لا يمكن إجبار مدينه على

(1) Cass. Com 26/1/1973, Bull Civ 1973, n 340

(2) LEQUETTE, SIMLER ET TERRÉ, op. cit, p 646

(3) Cass. com, 26/1/1973 Def 1975, p. 383 obs AUBERT

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي 1997، ص 210

الوفاء بهذا الالتزام وإنما يبقى المدين حراً في الوفاء أو عدم الوفاء بهذا الالتزام. وبالتالي فإن تمسك الدائن في مواجهة المدين بالدفع بعدم التنفيذ وامتناعه عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المدين بتنفيذ ما عليه من "التزام طبيعي" يعني ممارسة ضغط على إرادته لإجباره على الوفاء وهذا يتنافى ومفهوم الالتزام الطبيعي الذي لا إجبار على الوفاء به<sup>(1)</sup>. وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بالتنفيذ قبل المتعاقد الآخر فلا يحق له أن يتمسك بهذا الدفع، إنما يجب عليه أن ينفذ دون أن ينتظر تنفيذ الآخر.

وأيضاً لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ كلي، فالقضاء والفقهاء مستقران على أن عدم التنفيذ الجزئي، يجيز للدائن التمسك بهذا الدفع فيمتنع عن تنفيذ التزامه لحين قيام المدين بالتنفيذ، شريطة أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية<sup>(2)</sup>. وإن كان القضاء يفرض هذا التناسب بين استعمال الدفع وأهمية عدم التنفيذ، فإن هذه الأهمية يجب أن تقدر بطريقة نسبية أي بالنظر إلى أهمية الالتزام الذي يمتنع عن تنفيذه المتمسك بالدفع<sup>(3)</sup>. ويعود لقاضي الموضوع سلطة تقدير مدى التناسب بين عدم التنفيذ الجزئي من ناحية ووقف التنفيذ الالتزام المقابل من ناحية أخرى وبذلك يمارس رقابة لاحقة على مشروعية ممارسة الدفع بعدم التنفيذ. إذاً وكما يقول بعض الفقهاء لا يجوز أن يصبح الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ابتزاز<sup>(4)</sup>.

لا شك في أن هذا الشرط يفرضه منطق الدفع بعدم التنفيذ لأنه يعتبر وسيلة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه وبالتالي يجب أن يكون هذا الالتزام مستحق الأداء وعدم توافر هذا الشرط يعني إجبار المدين على الوفاء بالتزامه قبل حلول الأجل. فالبائع لا يحق له أن يحبس العين المبيعة إذا كان الثمن مؤجلاً والأجل في هذه الحالة هو الأجل الاتفاقي وليس القضائي<sup>(5)</sup>.

إلا أن المشرع الفرنسي خرج عن هذا الحكم ووضع استثناءً في التعديل الجديد وأبرز مفهوم الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي. فلقد نصت المادة 1220 (الجديدة) من القانون

(1) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 612

(2) Cass. Civ 1995 JCP 1995, IV - 2296

(3) Cass Civ 19/10/1999, Juris - Data n 1999 - 003958

(4) LEQUETTE, SIMLER ET TERRÉ, op. cit, p. 649

(5) السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق.

الفرنسي على انه " يمكن لأحد أطراف العقد وقف تنفيذ التزامه متى كان واضحاً ان المتعاقد معه لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وكانت نتائج عدم التنفيذ على قدر كاف من الخطورة بالنسبة لهذا الطرف. وقف التنفيذ هذا يجب إخطاره في أقرب وقت". ووفقاً لهذا النص الجديد يجوز للمتعاقد وقف تنفيذ التزامه قبل حلول موعد تنفيذ الالتزام المقابل الذي يقع على عاتق المتعاقد معه، وذلك متى تبين من ظروف الحال ان هذا المتعاقد لن يتمكن من الوفاء بالتزامه حين استحقاقه. وهذا الدفع مشروط بأن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة والخطورة بالنسبة للدائن وعلى هذا الأخير أن يخطر المدين بقراره في أقرب وقت.

ولقد أجاز القضاء الفرنسي قبل تعديل العام 2016 في بعض أحكامه بفكرة الدفع لدرء خطر عدم التنفيذ أو الدفع الاستباقي. وعلى سبيل المثال "أيدت محكمة التمييز الفرنسية حكم الاستئناف الذي أقر المقترض في وقفه لتسديد الأقساط المتوجبة عليه لما تبينه من تصرفات خاطئة من قبل البنك مانح القرض، حين أبرم العقد وأثناء تنفيذه، على نحو بات معه استمراره في دفع الأقساط يهدده بأضرار لا يمكن تداركها"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### مراعاة مبدأ حسن النية<sup>(2)</sup>

وأخيراً ان الطرف الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يجب أن يمارس هذا الحق وفقاً لمقتضيات حسن النية، فلا يجوز التمسك بهذا الدفع على نحو يتعارض مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف وأمانة وحسن نية<sup>(3)</sup>. ويعد من قبيل الإساءة في استعمال الحق في الدفع، ويتنافى مع مبدأ حسن النية فلا يجوز التمسك بالدفع إذا كان ما بقي من الالتزام

(1) Cass. com, 1/12/1998, RDJ 1999,n 210

(2) إن مبدأ حسن النية من المبادئ الرئيسية في القوانين المدنية، ويستلزم حسن النية الأمانة والإخلاص والتعاون في كل مراحل العقد وعلى وجه الخصوص مرحلة تنفيذ العقد حيث ان وجود هذا المبادئ يضمن لكل المتعاقدين الوصول إلى المنفعة المرجوة من العقد. وأخيراً كرسه المشرع الفرنسي في المادة 1104 من القانون المدني واعتبره يتعلق بالانتظام العام. انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص 701

(3) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 613

المقابل دون تنفيذ جزءاً يسير بالنسبة إلى ما تم تنفيذه. ويستطيع المتعاقد في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه يقابل الجزء الذي لم ينفذ، وذلك إذا كان من الممكن تجزئة الالتزام. وتطبيقاً لهذه الفكرة أيضاً لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الأساسي في العقد حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام الثانوي يكون قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام الأول. وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار المتعاقد متعسفاً في استعمال حقه في الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الجزء الذي لم ينفذ من التزام خصمه قليل الأهمية فقد قضت بعدم أحقية المستأجر في الامتناع عن دفع بدلات الإيجار لعدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالضمان<sup>(1)</sup>.

(1) Cass. Com 18 avril 1989, JCP. 1989, Bull Civ 1989 p 232

## الخاتمة

قد ظل الممارسين للقانون ومنذ فترة طويلة يطالبون بتعديل القانون المدني الفرنسي لغرض تحديث القوانين منذ عهد قانون نابليون. وقد صدر القرار رقم 2016/131 بتاريخ 10 فبراير 2016 بخصوص تعديل قانون العقود والذي أتى متوافقاً في محتوياته مع الحقائق الاقتصادية الجديدة. أما المشرع اللبناني فلقد ابقى على المبادئ المتوارثة منذ عهد نابليون والمكرسة في نصوص قانون الموجبات والعقود. وكانت أبرز التعديلات التي ادخلها المشرع الفرنسي في القانون المدني تلك الخاصة بجزاءات الإخلال في العقد. ولقد تم تسليط الضوء على جزأين مهمين وهما الإلغاء بالإرادة المنفردة والدفع بعدم التنفيذ الاستباقي.

## النتائج

- ان الإلغاء القضائي لا زال مكرساً في قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة 241) باستثناء بعض الحالات الاجتهادية التي أكدت على أحقية أحد أطراف العقد بإلغائه بإرادته المنفردة
- ادخل المشرع الفرنسي في تعديل القانون المدني عام 2016 الإلغاء بالإرادة المنفردة كمبدأ منافس للإلغاء القضائي بحيث يتم أعماله في حال توافرت شروطه وهي الإخلال الجسيم بتنفيذ الالتزامات والإعذار، الإخطار والتسبب.
- أيضاً تم إدخال نصوص جديدة إلى القانون المدني الفرنسي فيما يختص بجواز الدفع بعدم التنفيذ وذلك بموجب المادة 1219 و1220 بحيث يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ التزامه، على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، وكان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة". أما في القانون اللبناني، فليس هنالك من مادة واضحة تناولت الدفع بعدم التنفيذ ويميل الاجتهاد في هذه الحالة إلى تطبيق المادة التي تتكلم عن حق الحبس.
- وأخيراً لم يكتفي المشرع الفرنسي بتكريس الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة وتبيان شروطه بل أيضاً أعطى الحق للدائن أن يدفع بعدم التنفيذ الاستباقي أي قبل حلول أجل تنفيذ الالتزامات متى كان واضحاً ان المتعاقد معه لن ينفذ التزامه عند الاستحقاق.

## التوصيات

- إن نصوص قانون الموجبات والعقود لا تتلاءم والمستجدات والتطورات القانونية والتي تحتمها التغييرات الاقتصادية التي تتطلب السرعة وعدم عرقلة تنفيذ العقود واستكمال المشاريع. فحبذا لو سار المشرع اللبناني على نفس نهج المشرع الفرنسي وادخل إلى قانون الموجبات والعقود نصوصاً مماثلة لتلك الموجودة في القانون المدني الفرنسي الجديد وخاصة" في خضم الأزمات المالية والاقتصادية التي يعاني منها البلد. إذ هنالك حاجة ملحة لتكريس مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة لتحقيق نوع من الانسجام مع التوجهات التشريعية الحديثة، نصوص الاتفاقيات الدولية، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية (يونيدروا) وأيضاً مبادئ القانون الأوروبي للعقود.
- إن الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي هو من التعديلات الجديدة نوعاً ما على منظومة القانون الرومانو جرمانو لأنه عادة" يجب أن تكون استحققت الالتزامات لكي يسمح للدائن باتخاذ إجراءات لحث المدين على التنفيذ أو إيقاع أي جزاءات أخرى. وهنا أيضاً يحقق هذا الجزاء نوعاً من العدالة الاقتصادية أي يحرر الدائن من علاقة تعاقدية لا فائدة اقتصادية محققة منها. ويمكن الاقتداء بهذا التعديل سواء في القانون اللبناني أو في القوانين العربية الأخرى.

## المراجع

### المراجع باللغة العربية:

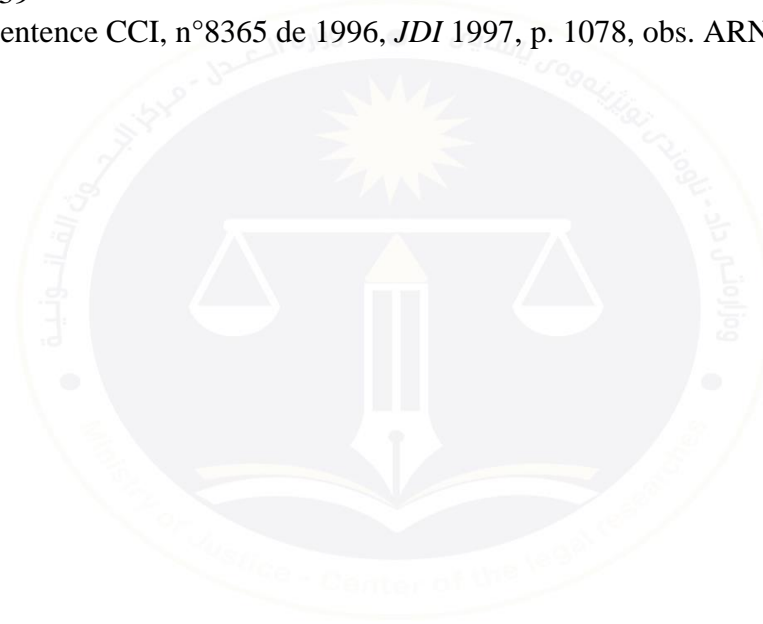
- السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع 1997، ص 1006
- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي 1997، ص 210
- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص 701
- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الأولى، مكتبة الاشعاع الفنية 2002، ص 320
- حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1995، ص 360
- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه جامعة فؤاد الأول، مطبعة النهضة مصر 1946
- جمال إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 2012، ص 90
- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1960 ص 17
- محمد حسن قاسم الالتزامات - العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية 2018، ص 374
- مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد، منشورات الحلبي الحقوقية 2011، ص 500
- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن بيع البضائع الدولي، دار النهضة العربية 1988

- رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري في القانون المدني المصري، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة 2000، ص 85
  - محكمة استئناف بيروت قرار 27 آذار 1969 النشرة القضائية 1970 ص 490
  - محكمة التمييز اللبنانية، 1991/5/9، حاتم 2010، ص 387
  - محكمة التمييز اللبنانية، 1992/5/26 رقم 92/27، غير منشور
  - استئناف بيروت، قرار 1996/3/7، النشرة القضائية 1996 ص 152
- المراجع باللغة الفرنسية والإنجليزية:

- AYNÈS (L.), Le droit de rompre unilatéralement fondement et perspective, Drt et Pat 2004, p 64
- CAPITANT (H.), De la cause des obligations, des obligations, Librairie Dalloz 1927, 3eme éd, parg 124
- CASSIN (R.), Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats en droit français, RTD civ 1945, p. 1
- CHABAS, L'inexécution licite du contrat, LGDJ 2002, p. 133
- FURMSTON (M. P), Cheshire, Fifoot&Furmston's Law of Contract, Oxford 2007, 15<sup>th</sup>ed p. 605
- GHESTIN (J.), Traité de Droit Civil. Le contrat. La formation. LGDJ 1988, p. 18
- GORGAS - BERNARD, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminé, PUAM 2006, p357
- LAITHIER (Y - M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. MUIR - WATT (H.), LGDJ 2007, T. 419, p. 287
- LEQUETTE, SIMLER ET TERRÉ, Droit civil, Les obligations, Dalloz 2018, p. 650
- MARTY et RAYNAUD, Droit Civil, Tome 2, Vol 1, p. 312.
- STOFFEL MUNCK PH, Le contrôle à posteriori de la résiliation unilatérale, Dr et Pat 2004, n 126
- TREITEL (G. H), *The law of contract*, London, Sweet & Maxwell 2003, 11<sup>e</sup> éd, p. 79
- TREITEL (G. H.), *Remedies for breach of Contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press 2002, n°279.
- Civ. 1<sup>re</sup> 21 juin 1971, RTDC 1971, p. 49
- Civ. 1<sup>re</sup> fév. 1999, JCP 1999, IV. 15
- Civ. 5 fév. 1985, RTD civ. , 1986, p. 105, obs. MESTRE (J.)



- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, *JCP* 1998. IV. 3321
- Sentence CCI n°9466 du 1999, *Yearbook Commercial Arbitration* 2002, p. 170
- Sentence CCI n° 8786 du 1997, *Bull. de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI* 2000, Vol. 11, n°2, p. 71
- Sentence CCI n° 8782 du 1997, *Yearbook Commercial Arbitration* 2003, p. 39
- Sentence CCI, n°8365 de 1996, *JDI* 1997, p. 1078, obs. ARNALDEZ (J. - J).



## الملخص

القاعدة العامة ان العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه وبالتالي لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. ومع ذلك قد تنشأ عقبات بعد إبرام العقد تحول دون هذا التنفيذ. فإذا كانت هذه العقبات ذات طابع مؤقت، أمكن للمتعاقدين اللجوء إلى إحدى الوسائل التي تحافظ على سلامة العقد وتحفظ حقوق من لم تنفذ الموجبات تجاهه. أما إذا لم تسفر الوسائل الوقائية عن نتيجة، حق للدائن أن يطلب من القضاء إما تنفيذ العقد بما تضمنه من موجبات واما إلغاءه أي التحرر منه. وهذه القواعد بقيت مطبقة لحين قيام المشرع الفرنسي عام 2016 بإدخال بعض النصوص في القانون المدني التي تناولت جزاءات جديدة، اما المشرع اللبناني فلقد ابقى على المبادئ المتوارثة منذ عهد نابليون والمكرسة في نصوص قانون الموجبات والعقود.

أبرز التعديلات على جزاءات الإخلال في تعديل القانون المدني الفرنسي هما مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة والدفع بعدم التنفيذ. أولاً، كرس المشرع الفرنسي مبدأ الإلغاء بالإرادة المنفردة في نصوص القانون المدني أي الإلغاء الذي يوقعه الدائن في حال إخلال المدين بالتزامه، دون أن يلجأ إلى القضاء لطلب إيقاع هذا الجزاء، ودون أن يتضمن العقد بند إلغاء صريح يخول الدائن إلغاء العقد عند إخلال المدين بالتزامه. ثانياً، كرس إمكانية الدفع بعدم التنفيذ صراحة" والدفع بعدم التنفيذ الاستباقي درءاً لخطر عدم التنفيذ المتوقع. فللمتعاقد أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين له، بعد إبرام العقد، ان المتعاقد الآخر لن يقوم بتنفيذ جزء أساسي من التزامه نتيجة عجز خطير في قدرته على التنفيذ أو إعساره أو نتيجة طريقته في الإعداد لتنفيذ العقد أو في تنفيذه.

### پوخته

ريښاي گشتي نهو به كه گريهست ياساي لايه نه گريهستكاره كانه، بويه دهبيت گريهسته كه به هممو نهو شتانه ي كه لهخوي دهگريت جيبهجي بگريت، هر بويه ريگه پيدراو نيه ههلبوه شينريتهوه يان هموار بگريتهوه مهگر به ريگه هوتي ههردوو لايه يان به هوکاري ديار يکراوي بريا دراو له ياسادا نهبيت. به لام لهوانه به له دواي نهجامداني گريهسته كه ناستهنگ دروست بيت كه ريگري لهم جيبهجي کرده بکات. نهگر نه ناستهنگه سروشتي کاتي بن، لايه نه گريهستکاره کان دهوانن پهنا بو يهکيک لهو نامرانه بين كه يهکيار چهي گريهسته كه دهپاريزيت و مافي نهو كه سانه بپاريزيت كه پابه ندبو نه کانيان بهرام بهر به جيبهجي نهکراوه. به لام نهگر ريوشوينه خو پاريزيه کان نهجامي کيان نهبوو، نهوا قهرزدر مافي نهوي ههيه داوا له دادگا بکات گريهسته كه به نه که کانيهوه جيبهجي بکات، يان ههلبوه شينريتهوه، واته رزگاري بيت لئي. نهم ريښايانه به بهرکاري مانهوه تا نهو کاته ي ياسادانهري فهرنسي له سالي 2016 دا ههنديک برگهي له ياساي مهديندا خستهروو كه تايهت بوو به سزاي نو، سهارهت به ياسادانهري لوبنان نهو بنه مایانه ي پاراست كه له سهردهمي ناپلونهوه بويان ماوهتهوه و له برگه کاني ياساي پابه ندبوون و گريهسته کاند چه سينراون.

ديارترين هموار کرده کاني سزا کاني سهريچي له هموار کردهوه ي ياساي مهدي فهرنسي دا برينين له بنه مای ههلبوه شاندهوه به نيراده ي تاکلايه نه و بهرگري کرده له جيبهجي نه کردن. يهکه م: ياسادانهري فهرنسي بنه مای ههلبوه شاندهوه ي به ويستي تاکلايه نه له برگه کاني ياساي مهديندا چه سپاند، واته نهو ههلبوه شاندهوه يهيه كه قهرزدر دهيسه پينيت له نهگري پيشيل کرده ي پابه ندبوني قهرزدار، بهي نهوي پهنا بو دادگان بيات بو داواي سه پاندي نه سزايه، و بهي نهوي گريهسته كه برگه يهكي ههلبوه شاندهوه ي ناسکراي تيدابيت كه ريگه به قهرزدر بدات گريهسته كه ههلبوه شينريتهوه له کاتي پيشيل کرده ي پابه ندبونه که ي قهرزدر. دووم: نهگري داواي جيبهجي نه کردن به راشکوي وبهرووني و داواي جيبهجي نه کردن پيشوخته ي بو دوورخسته نهوه ي مهترسي جيبهجي نه کردن چاوهروانکراو چه سپاند. وه لايهني گريهستکار دهوانيت جيبهجي نه کردن نه که که ي بوه ستينيت نهگر دواي نهجامداني گريهسته كه دهرکهوت كه لايهني گريهستکاري بهرام بهر به شيكي سه رهي له نه که که ي جيبهجي ناکات له نهجامي که موکوريه که ي جدي له تواناي جيبهجي نه کردن يان ني فلاسکر دني يان له نهجامي شيوازي ناماده کردن يان جيبهجي نه کردن گريهسته که.

### Abstract

A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law. Therefore, it is obligatory to fulfill the contract in all its terms, and thus it is not permissible to breach or modify it except by the agreement of both parties or for reasons determined by the law. However, obstacles may arise after the conclusion of the contract that prevent its implementation. If these obstacles are temporary in nature, the parties involved may resort to one of the means that preserve the integrity of the contract and safeguard the rights of the party who has not fulfilled their obligations. If preventive measures do not produce results, the creditor has the right to seek from the judiciary either the enforcement of the contract as stipulated or its cancellation, which means being released from it. These rules remained in effect until the French legislator introduced some provisions into the Civil Code in 2016 that address new penalties. As for the Lebanese legislator, it has maintained the inherited principles since the time of Napoleon, as enshrined in the texts of the Obligations and Contracts Law.

The most notable amendments to penalties for breach in the amendment of the French Civil Code are two principles: the principle of unilateral resolution and the anticipatory repudiation. Firstly, the French legislator established the principle of unilateral resolution in the provisions of the Civil Code, which means that the creditor cancels the contract in case the debtor breaches their obligations, without resorting to the judiciary to request the imposition of this penalty, and without the contract including an explicit cancellation clause that allows the creditor to cancel the contract in case of the debtor's breach. Secondly, the possibility of an anticipatory repudiation was explicitly established, which serves as a preemptive measure to avert the expected non-performance. Thus, the contracting party has the right to suspend the performance of their obligation if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent to them that the other contracting party will not fulfill a significant part of their obligation due to a serious inability to perform.

## المعالجات التشريعية للارث الإلكتروني (دراسة مقارنة)

سانا كمال عبدالله<sup>(\*)</sup>

مدرس مساعد وباحثة دكتوراه

قسم القانون - كلية كويژه الجامعة - السليمانية - كردستان العراق

چارهسهره ياساييه كاني ميراتي نهليكتروني  
(تويژينه وهيهكي بهراوردكاري)

سهنا كهمال عهبدوللا

ياريدهدهري وانهبير و تويژهري دكتورا

بهشي ياسا - كوليزي زانكوي كويژه - سليمانية - كردستاني عيراق

### Legislative treatments of electronic inheritance (A comparative study)

Sana Kamal Abdullah

Assistant Lecturer and PhD Researcher

Department of Law - Koizha University College - Sulaymaniyah - Iraqi  
Kurdistan

(\*) sanakamal135@gmail.com



## المعالجات التشريعية للإرث الإلكتروني

(دراسة مقارنة)

سانا كمال عبدالله

مدرس مساعد وباحثة دكتوراه

قسم القانون - كلية كويته الجامعة - السليمانية - كردستان العراق

### الكلمات المفتاحية:

الإرث الإلكتروني، حق المستخدم، التطبيقات واتفاقات الشروط والأحكام الإلكترونية، حق خصوصية المتوفى.

### كليه ووشه:

ميراتي ئهليكترونى، مافى بهكار هينهر، بهرنامه و ريكيكهوتنى مهرج و ريساي ئهليكترونى، مافى پاراستنى نهينى مردوو.

**Key words:** electronic inheritance, user right, applications and electronic terms and conditions agreements, the right to privacy of the deceased.

### المقدمة

إذا كان لنا أن نصف ما يحصل في هذا العصر فيمكننا أن نصفه بالثورة الإلكترونية، إذ أصبح كل حياتنا الواقعية موجود نسخة أخرى منها في البيئة الإلكترونية ويمكن وصفها بالحياة الإلكترونية، وهذا الأمر أدى إلى ظهور أفكار حديثة في مفاهيم الحياة عموماً، والمفاهيم القانونية خصوصاً، ومن بين هذه المفاهيم مفهوم "الإرث الإلكتروني"، إذ تعد فكرة الإرث الإلكتروني من المسائل الحديثة في القانون، وتكمن جوهر هذه الفكرة في مآل الحسابات والتطبيقات والأشياء الإلكترونية التي يتركها الإنسان بعد وفاته، فهناك حسابات يتم إنشاؤها وتطويرها وتخزينها عبر الإنترنت، كما هو الحال في حسابات البريد الإلكتروني وحسابات الـ Google و Facebook و Instagram و Twitter و Apple و you tube و viber و whatsapp و snap chat، وغيرها، فضلاً عن محتويات هذه الحسابات من الصور والفيديوهات والرسائل، والحسابات الإلكترونية لشراء السلع أو المواد أو

الخدمات أو التطبيقات والنقود الإلكترونية، وغيرها من الحسابات في عوالم الأجهزة والتطبيقات الإلكترونية، وتظهر أهمية هذه الحسابات في ما تحتويها من معلومات وصور وبيانات ونقود إلكترونية وعدد المتابعين الذي كلما زاد معه العائد المالي للحساب، فعندما يموت المستخدم يظهر العديد من الأسئلة بخصوص مآل الإرث الإلكتروني.

وبما أن التوصل إلى معالجات مفيدة في موضوع البحث يحتاج منا إتباع دراسة مقارنة للمعالجات التشريعية التي شرعت بهذا الخصوص في الدول الأخرى ككندا وأمريكا وغيرها من الدول الغربية، وذلك في سبيل الوصول إلى أفضل معالجة، رأينا ضرورة التعرض إلى مسألة الإرث الإلكتروني الذي يشكل واقعاً قانونياً يتعين على المشرع العراقي التصدي لها وتنظيمها.

هذا وتتجسد مشكلة البحث في مجموعة من التساؤلات والنقاط التي تحتاج إلى شرح وتوضيح كالآتي:

1. ما هو المفهوم القانوني للإرث الإلكتروني؟ وما نوع الحق الذي يكون للمستخدم المتوفى على الحسابات والتطبيقات والأشياء الإلكترونية؟.
2. من هم الأشخاص المستحقين للإرث الإلكتروني؟ وهل يقتصر المستحقين على الورثة فقط؟ وما هو دور الوصية في الاستحقاق؟
3. من أهم التحديات القانونية التي تواجه الإرث الإلكتروني وانتقاله، هي مسألة التعارض بين مسألة الإرث الإلكتروني والحق في الخصوصية، فما هو موقف القوانين المقارنة في هذا الخصوص؟.

4. مدى إمكانية وصول أفراد عائلة المتوفى إلى الحسابات الإلكترونية للمتوفى؟ هل مزود الخدمة مُلزم بتمكين العائلة والأقرباء من الاطلاع على هذه الحسابات؟.

وسيكون منهجنا في هذا البحث قائماً على المنهج المقارن في سبيل معرفة أوجه الشبه والاختلاف للمعالجات التشريعية التي وردت بخصوص موضوع البحث بهدف الوصول إلى معالجة مفيدة وملائمة لهذا الموضوع في العراق، ولا شك أن هذا الأمر يحتاج منا الرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 وتعديلاته، وقانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012، والإطلاع على المعالجات التشريعية المقارنة في كل من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والمعدل بالمرسوم المرقم(131 - 2016) لسنة 2016، والقانون



المدني الألماني لسنة 1900 المعدل، وقانون الخصوصية الكندي لسنة 1985 المعدل، وقانون الوصول الآمن للحسابات والأصول الإلكترونية لسنة 2014 والصادر في ولاية ديلاوير الأميركية كونه يعتبر من أقدم وأوسع القوانين الأميركية في صدد الإرث الإلكتروني، وقانون الوصول الائتماني الموحد إلى الأصول الإلكترونية لسنة 2015، بالإضافة إلى قانون الوصول الموحد إلى الأصول الإلكترونية لسنة 2016 الكندي، وقانون الجمهورية الإلكترونية رقم (1321) لسنة 2016 الفرنسي، كلما دعت الحاجة إلى ذلك. كما سندعم آرائنا بالأحكام والمواقف القضائية.

وستكون خطة البحث موزعة حسب ما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم الإرث الإلكتروني في القانون والقضاء المقارن.

المطلب الأول: المقصود من الإرث الإلكتروني في القانون المقارن.

المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من التكييف القانوني لحق المستخدم للتطبيقات واتفاقات الشروط والأحكام الإلكترونية.

المبحث الثاني: التعارض بين انتقال الإرث الإلكتروني وحق خصوصية المتوفى في القانون المقارن.

المطلب الأول: الاتجاهات العامة للقانون المقارن في مسألة التعارض.

المطلب الثاني: معالجة مسألة الإرث الإلكتروني في القانون المقارن.

ونحاول أن نختتم هذا البحث بالاستنتاجات والاقتراحات التي نتوصل إليها.

## المبحث الأول

### مفهوم الإرث الإلكتروني في القانون والقضاء المقارن

للتعرف على مفهوم الإرث الإلكتروني، والوقوف على حقيقته، لابد لنا بادئ ذي بدء من فهم المقصود منه ولو بشيء من الإيجاز وبقدر ما يفيد بحثنا، ومن ثم بيان التكيف القانوني لحق المستخدم والاتفاقات الخاصة بكيفية الاستفادة من الخدمات والتطبيقات في العالم الإلكتروني، وعليه سنقسم هذا المبحث كآتي:

المطلب الأول: المقصود من الإرث الإلكتروني في القانون المقارن.

المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من التكيف القانوني لحق المستخدم للتطبيقات واتفاقات الشروط والأحكام الإلكترونية.

## المطلب الأول

### المقصود من الإرث الإلكتروني في القانون المقارن

قبل التصدي لموضوع الإرث الإلكتروني في القانون المقارن لابد لنا من التصدي له من الناحية الفقهية ولو بشيء من الإيجاز، إذ يعرف البعض<sup>(1)</sup> الإرث الإلكتروني بأنه: "الطرق أو الآليات القانونية التي تعرف من خلالها مصير أو مآل الحسابات والصفحات والصور والنصوص التي يخلفها المتوفى".

كما عرفه آخر<sup>(2)</sup> بأنه: "المآل القانوني للأصول والحسابات الإلكترونية للشخص بعد وفاته، أو إصابته بعارض بدني أو عقلي يمنعه من استخدام حساباته وتطبيقاته الإلكترونية، وفيما إذا كانت هذه الحسابات والأصول تؤول هي ومحتوياتها لورثة المستخدم، أو يجري إلغاؤها من قبل مزودي الخدمات الإلكترونية، أو يُصار إلى السماح لورثة المستخدم أو لشخص أو جهة معينة بالوصول إليها وإدارتها مع الإبقاء عليها كما هي أو بعد تعطيل بعض خصائصها، أو استنساخ محتوياتها قبل إلغائها".

(1) Cristiano Maciel Pereira and Vinicius Carvalho, Digital Lwgcacy and Interaction, Post - Mortem Issue, 1<sup>st</sup> edition, Spring Science paper& Business Media,2016,p. 115.

(2) عبد الناصر زياد هياجنه، الميراث الرقمي: المفهوم والتحديات القانونية، مقال منشور في المجلة الدولية للقانون، مجلة دورية عالمية محكمة تصدر من كلية القانون في جامعة قطر، كانون الثاني 2016، ص4.

وهناك من عرفه<sup>(1)</sup> بأنه: "الأشياء الإلكترونية التي يتكون محتواها من قيم يغلب فيها الجانب المعنوي على الجانب المالي، كما في صفحات التواصل الاجتماعي وما تحتويه من تعليقات ومنشورات وإعجابات، والبريد الإلكتروني، ومقاطع الفيديو، والصور، والكتب، والملفات، والرسائل، ومحتويات الهاتف النقال، وجميع النشاطات الفكرية والاجتماعية للشخص في الفضاء الإلكتروني، وغيرها من الأشكال الأخرى سواء كان مصدرها دافع عاطفي أو ذوق الشخص الخاص، أو متطلبات الوظيفة أو المنصب الحكومي أو السياسي أو الإداري وغيرها".

وقد عرفه آخر<sup>(2)</sup> بأنه: "المعلومات الإلكترونية المتوفرة حول شخص ما بعد وفاته، وغالباً ما تنشأ تركته في حالتي الترك أو التخلي عن الإنترنت لمدة من الزمن، وتتضمن التركة مواقع الويب أو القوائم أو المستندات أو ملفات تعريف الشخص المتوفى على الشبكات الاجتماعية كالصور ومقاطع الفيديو وملفات تعريف الألعاب والتفاعلات التي كان لديهم عبر الإنترنت"

ويلاحظ بصدد التعريفات الفقهية الواردة الاختلاف في بيان نطاق الإرث الإلكتروني، إذ اختلفت التعريفات الفقهية في هذا الشأن وجاءت بصور مختلفة، فتارةً يُعرف على أنه ما يخلفه الشخص بعد وفاته، وتارةً أخرى يُعرف بأنه لا يقتصر على ما يخلفه الشخص بعد وفاته بل يشمل أيضاً حالة إصابة الشخص بعارض بدني أو عقلي يمنعه من استخدام حساباته أو تطبيقاته الإلكترونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بعض التعريفات ألفت الضوء على الجانب الشخصي والمعنوي للإرث الإلكتروني وأهملوا الجانب المالي له، وبمعنى آخر بعض التعريفات المشاركة إليها لم تكن جامعة ومانعة بما فيه الكفاية لإعطاء التصور الكامل والصحيح عن فكرة الإرث الإلكتروني.

وأما عن تعريف الإرث الإلكتروني في القانون المقارن فبالرغم من أن تشريعات الولايات المتحدة الأميركية لم تعرف الإرث الإلكتروني بصورة مباشرة، إلا أنها وضحت بعض المفاهيم الجوهرية التي يمكن من خلالها رسم حدود وبيان محتوى الإرث

- (1) Elske Derks, Digital assets after death (The inheritance of digital music under Dutch law, Master Thesis in LLM Law & Technology, Tilburg Law School - Tilburg University, Tilburg, 2016, p. 10.
- (2) Francesca Bartolini, Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform, Boccioni Legal Studies Research Paper Series, Published: 2019, p. 1 - 2.

الإلكتروني، إذ عند الاطلاع على قانون الوصول الآمن للحسابات الإلكترونية والأصول الإلكترونية لسنة 2014 والصادر في ولاية ديلاوير الأمريكية<sup>(1)</sup> فقد عرف المشرع الأمريكي مصطلح الحسابات الإلكترونية في الفقرة (6) من الفصل (50) في القانون المشار إليه والأصول الإلكترونية في الفقرة (7) من الفصل (50) من ذات القانون، كالآتي:

أولاً: الحسابات الإلكترونية: يُقصد بها نظام إلكتروني لإنشاء أو إرسال أو مشاركة أو توصيل أو استلام أو تخزين أو عرض أو تجهيز المعلومات التي تمكن من الوصول إلى

(1) ذهبت مجموعة من الولايات إلى تشريع قوانين على غرار ولاية ديلاوير، وبنفس العنوان التشريعي (أي قانون الوصول الآمن للحسابات الإلكترونية والأصول الإلكترونية)، ولنفس الغرض التشريعي وهو السماح للممثل الشخصي للمتوفي أو الوصي الشرعي بالوصول إلى الأصول الإلكترونية والاتصالات الإلكترونية الأخرى وإدارتها وتملكها وتحديد مصيرها". وهذه القوانين هي " قانون ولاية ألاباما الرقم التشريعي هو HB 138 صدر في 1 يناير 2018"، " ولاية ميشيغان القانون: HB 5034 صدر في 27 حزيران عام 2016"، " ولاية مينيسوتا A521 صدر في 1 آب 2016"، " ولاية ألاسكا HB 108 صدر في 31 أكتوبر 2017"، " ولاية أريزونا القانون: SB 1413 صدر في 11 مايو 2016"، " ولاية كولورادو SB 16 في أبريل 2016"، " ولاية أريزونا: في تموز عام 2016"، " ولاية هاواي: القانون: SB 2298 صدر تموز 2016"، " ولاية أيداهو القانون: SB 1303 صدر في تموز أيضاً"، " ولاية إيلينوي القانون: HB 4648 صدر في 12 - آب 2016"، " ولاية انديانا - القانون: SB 253 صدر في 23 آذار 2016"، " ولاية مين قانون LD 1177: صدر في 10 مارس 2016"، " ولاية ماريلاند القانون: SB 239 صدر في 1 من تشرين الأول 2016"، " ولاية مينيسوتا القانون: A521 صدر في 1 آب 2016"، " ولاية نبراسكا القانون: LB 829 صدر في 1 كانون الثاني 2017"، " فلوريدا: SB 49 صدر في 2016"، " ولاية شمال كارولينا القانون: SB 805 صدر في 30 حزيران 2016"، " ولاية أوريغون قانون: SB 1554 صدر في 1 كانون الثاني 2017"، " ولاية كارولينا الجنوبية: صدر في 3 يونيو 2016"، " ولاية جنوب داكوتا القانون: HB 1080 صدر في 1 تموز 2017"، " ولاية تينيسي القانون: صدر في 1 تموز 2016، ولاية تكساس القانون: SB 1193 صدر في 1 سبتمبر 2017"، " ولاية واشنطن القانون: صدر في 9 حزيران 2016"، " ولاية ويسكونسن القانون: AB 695 صدر في 1 أبريل 2016"، " ولاية وايومنغ القانون: SF 0034 صدر في 1 تموز 2016"، " ولاية نيوجيرسي القانون: SB 2527 صدر في 12 سبتمبر 2016).

جميعها متوفرة على الموقع الإلكتروني الآتي

NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, Access to Digital assets, Available at: <https://rb.gov/egnse> last visited (30/6/2020).

أصل إلكتروني موجود حالياً أو قد يكون موجوداً مع تطور التكنولوجيا وتخزينها على أي نوع من أنواع الأجهزة الإلكترونية، بغض النظر عن ملكية الجهاز الذي يتم تخزين الأصول الإلكترونية عليه، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، حسابات البريد الإلكتروني، وحسابات شبكة التواصل الاجتماعي، وحسابات وسائل الإعلام الاجتماعية، وحسابات مشاركة الملفات، وحسابات التأمين الصحي، وحسابات الرعاية الصحية، وحسابات الإدارة المالية، وحسابات تسجيل المواقع، وحسابات خدمة اسم الموقع، وحسابات المشاركة في الويب، وحسابات خدمات إعداد الضرائب، وحسابات المتاجر عبر الإنترنت، والبرامج التابعة لها، وحسابات أخرى عبر الإنترنت موجودة حالياً أو قد تتواجد مع تطور التكنولوجيا.

ثانياً: الأصول الإلكترونية: ويُقصد بها البيانات والنصوص والرسائل الإلكترونية والمستندات والوسائل السمعية كالصوت، والمرئية كالفيديو، ومحتوى الوسائط الاجتماعية ومحتوى الشبكات الاجتماعية والرموز وسجلات الرعاية الصحية الإلكترونية وسجلات التأمين الصحي ورموز مصدر الكمبيوتر وبرامج الكمبيوتر وتراخيص البرامج أو قواعد البيانات أو ما شابه، بما في ذلك أسماء المستخدمين وكلمات المرور، التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو نقلها أو مشاركتها أو

استلامها أو تخزينها بالوسائل الإلكترونية على الجهاز.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فبالرغم من أنه لم يضع قانوناً خاصاً بالإرث الإلكتروني، لكن شرع قانون الجمهورية الإلكترونية رقم (1321) لسنة 2016، وقد جاء هذا القانون معدلاً لقانون حماية التكنولوجيا الفرنسي لسنة 1978، إذ جاءت في الفصل المختص بـ "حماية الحقوق في المجتمع الإلكتروني" في المادة (40) وما بعدها ما يفيد إلزام الشركات بحذف الحسابات والمحتويات الإلكترونية في حالة وفاة المستخدم أو إصابته بعاهة جسدية أو عقلية، ووضع المشرع بعض الاستثناءات كمنع من الحذف بالرغم من طلب الورثة هذا الحذف أو الإلغاء، كما حددت الحالات التي يجوز فيها أن تنتقل الحسابات أو المحتويات للورثة أو الوصي أو الموصى له<sup>(1)</sup>.

واما القانون العراقي، فقد نصت المادة (1106) من القانون المدني العراقي رقم (40)

(1) Loin° 2016 - 1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Available at: <https://urlzs.com/Ap45s> last visited(18/11/2020).

لسنة 1951 وتعديلاته على أنه: " 1. يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة. 2. وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة، تسري على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها".

وهذا النص يوافق التعريف الواسع للتركة من قبل الجمهور في الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>، إذ يقصد بالتركة كل ما يتركه المورث من مال أو حق، وعليه تشمل كافة ما يخلفه المتوفى من النقود أياً كان نوعها أو جنسها، وتشمل العقارات والمنقولات التي يمتلكها المتوفى عند وفاته، بالإضافة إلى ديونه لدى الغير كالقرض أو المهر وغيرها، كما تمتد التركة لتشمل كافة الحقوق العينية التي للمتوفى على الغير كحق الرهن، وحق الشرب، ويقاس على ذلك كافة الحقوق العينية الأخرى، فالتركة تشمل كل ما للمورث طالما لم يكن متعلقاً بشخصه، كمن أباح لشخص سكنى داره<sup>(2)</sup>.

وقد نصت المادة (1) من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012 على أنه: " يُقصد بالمصطلحات التالية لأغراض هذا القانون المعاني المبينة إزاءها: ... ثالثاً: المعلومات: هي البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وما شابه ذلك التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تعالج أو ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية.... ". وهذا النص يشبه فكرة الأصول الإلكترونية في قانون الوصول الآمن للحسابات الإلكترونية والأصول الإلكترونية الأميركي لسنة 2014.

كما أن المشرع العراقي في ذات القانون قد أعطى أهمية وقيمة قانونية للمعلومات والمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية إذ أعطتها ذات الحجية القانونية التي تمتلكها مثيلتها الورقية<sup>(3)</sup>.

(1) صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، الإرث الرقمي، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلة عراقية محكمة، عدد خاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، تصدر من كلية القانون - جامعة بغداد، كانون الثاني - 2020، ص 71.

(2) د. عبد الحسيب سند عطية، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، بدون مكان النشر، 2008، ص 7 - 8.

(3) إذ نصت المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي على: " أولاً: تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها

وأن هذه النصوص نابعة من إدراك المشرع العراقي لأهمية الفضاء الإلكتروني إذ أصبح الأشخاص عائمين في بحر التكنولوجيا المتطورة، إلا أن هذه النصوص لا تسري على الموضوع محل البحث لأن القانون المشار إليه قد أخرج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق تطبيقه وبالتالي قد عد القانون موضوع الإرث الإلكتروني موضعاً خارجاً من نطاق تطبيقه على اعتبار أن المشرع عد مسألة الإرث ضمن مسائل الأحوال الشخصية المستبعدة صراحة من نطاق تطبيق القانون، حيث نصت المادة (3) من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والتي حُددت فيها نطاق سريان القانون على: "... ثانياً لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:

أ - المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية. ب إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما....". وعليه يمكن القول بعدم وجود قانون خاص في التشريع العراقي لمعالجة مآل الإرث الإلكتروني.

ويلاحظ أن تعريف الإرث الإلكتروني لم يرد في القانون الأميركي والفرنسي بالرغم من أن القانون الأميركي قام بتعريف الحسابات والأصول الإلكترونية التي تعتبر محل القضية الإرثية، بخلاف القانون الفرنسي الذي نظم مآل هذه الأخيرة بعد وفاة المستخدم أو إصابته بعاهة مستديمة وذلك بوضعه التزاماً على عاتق الشركة لحذف الحسابات

←

الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

- أ - أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت.
- ب - إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها أو تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف.
- ج - أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.
- ثانياً: لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند) أ) (من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل إرسالها وتسلمها.
- ثالثاً: يجوز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً.

والأصول الإلكترونية، أما القانون العراقي فقد قام بتنظيم موضوع الإرث بصورة عامة مستنداً لشريعة الإسلامية، ومما تقدم يمكننا تعريف الإرث الإلكتروني بأنه: " ما يخلفه الإنسان بعد وفاته، في الفضاء الإلكتروني، وقد يكون إرثاً شخصياً أو تجارياً أو فكرياً أو وظيفياً أو عملياً أو مختلطاً".

ويلاحظ على هذا التعريف:

أولاً: قام الباحث بحصر الإرث الإلكتروني بحالة الوفاة، إذ كما بينا سابقاً قد كان هناك خلطاً في بعض التعاريف بين مسألة الإرث والتي ترتبط ارتباطاً جوهرياً بالوفاة، ومسألة الإصابة بعاهة بدنية أو عقلية.

ثانياً: قسم الباحث الإرث الإلكتروني إلى خمسة أنواع<sup>(1)</sup>، ألا وهي: "الإرث الإلكتروني الشخصي" ويشمل الحسابات والأصول التي تغلب عليها الطابع الشخصي وتغلب القيمة المعنوية لهذا النوع من الإرث الإلكتروني على القيمة المالية، ويقوى في هذا النوع من الإرث "حق الخصوصية"، أما النوع الثاني فهو "الإرث الإلكتروني التجاري" ويتضمن الحسابات والأصول التي تكون ذات طابع تجاري ويضعف في هذا النوع الطابع الشخصي بخلاف الأول كالاقتراكات في المواقع التجارية والصفحات الخاصة بالمحلات والشركات التجارية والأرصدة المالية والعملات النقدية الحديثة كالبتكوين، وأما النوع الثالث فهو "الإرث الإلكتروني الفكري" ويقصد به التركة التي يتضمن محتواها المصنفات الكتابية أو برامج الكمبيوتر أو المصنفات الموسيقية أو السينمائية وغير ذلك مما يعتبر نتاجاً فكرياً لذهن المتوفى وخلاصة جهده الذاتي، وأما النوع الرابع فهو "الإرث الإلكتروني الوظيفي أو العملي" ويتضمن الحسابات والأصول التي كان يستخدمها المتوفى بحكم وظيفته أو عمله، والنوع الخامس والأخير هو "الإرث الإلكتروني المختلط" ويقصد به الحسابات والأصول التي تكون ذات طابع مختلط، بمعنى يختلط في

(1) قسم أحد الباحثين الأصول والحسابات الإلكترونية بالاعتماد على معيار القيمة أو المنفعة المتحققة من قبل المستخدم المتوفى وراء استخدامه للحساب أو الأصل، وأضاف إلى هذا المعيار معيار حقيقة الأصل أو الحساب الإلكتروني وقسم التركة الإلكترونية إلى: التركة الإلكترونية ذات القيم الاقتصادية (إذا كان الدافع من وراء الاستخدام دافعاً تجارياً أو ربحياً)، والتركة الإلكترونية ذات القيم غير الاقتصادية (إذا كان الدافع من وراء الاستخدام دافعاً عاطفياً أو ثقافياً أو اجتماعياً).

Elske Derks, op. cit, p. 9 - 10.



هذا النوع الأخير الطابع الشخصي مع التجاري أو الوظيفي أو العملي، كون المتوفى استخدم الحسابات والأصول الإلكترونية للغرض الشخصي والتجاري أو الوظيفي أو العملي في ذات الوقت، أو إنشاء المتوفى لحسابات وأصول إلكترونية تحتوي على عنصر الابتكار والإبداع كاستخدام علامة تجارية من ابتكاره ووضعها في الحساب التجاري أو الشخصي أو الوظيفي أو العملي للمتوفى، والأمر ذاته في حال ابتكار تصميم خاص بموقع إلكتروني أو فيديوها وما إلى ذلك من الأمثلة.

وبما أن الإرث الإلكتروني هو أرث متنوع تظهر الحاجة للأخذ بمعيار معين لتصنيف الإرث تحت أحد الأنواع الخمسة التي سبق الإشارة إليها، وبأدنى ذي بدء لابد لنا أن ننوه إلى أن الشخص المتوفى قد يتوفى ويترك نوعاً واحداً من الإرث الإلكتروني كأن يكون كل ما يتركه تجارياً، وقد يحدث أن يتوفى الشخص ويترك أكثر من نوع كأن يكون له حال حياته حسابات شخصية (الإرث الإلكتروني الشخصي) وأخرى تجارية (الإرث الإلكتروني التجاري)، ولاشك أن هذا الأمر يختلف عن "الإرث الإلكتروني المختلط" إذ في هذا الأخير المتوفى يكون قد ترك نوعاً واحداً من الإرث ألا وهو الإرث الإلكتروني المختلط بخلاف الفرضية التي نحن بصددنا ويكون فيها المستخدم المتوفى تاركاً لنوعين أو أكثر من الإرث الإلكتروني، كما هو الحال في حالة المستخدم الذي يتوفى ويترك وراءه إرثاً إلكترونيًا مختلطاً (شخصي وتجاري في ذات الوقت) مع إرث إلكتروني وظيفي أو عملي. وإذا أردنا تمييز الأنواع المختلفة للإرث الإلكتروني لابد لنا من الاعتماد على "المعيار القسدي"، ونقصد بهذا المعيار الاعتداد بقصد المستخدم المتوفى، أي الوصول إلى حقيقة القصد من وراء استخدام المتوفى للحساب أو الأصل أو البرنامج وغيره من الأشياء الإلكترونية، فهل كان قصد المتوفى قصداً شخصياً كأن يكون قصداً اجتماعياً أو ثقافياً أو عاطفياً لاعتبار الإرث إرثاً إلكترونيًا شخصياً، أم كان القصد تجارياً وكان يستخدمه لشراء الأسهم في الشركات الإلكترونية، أم فكرياً أم وظيفياً أم عملياً أم مختلطاً؟، وبما أن مسألة القصد هو أمر داخل المستخدم المتوفى ومتغير من مستخدم لآخر لذلك لابد من وجود ضابط لدلالة على القصد وهذا الضابط يتمثل بالمحتوى التي يتضمنه الحساب أو البرنامج أو التطبيق وغير ذلك، إذ لابد لنا أن نستسلم لحقيقة مفادها أن "الداخل يؤثر على الخارج" في الموضوع مدار البحث، بمعنى أن ما يحتويه الحساب أو التطبيق أو البرنامج أو الموقع أو غيره يؤثر على تصنيفه الإرثي من حيث اعتباره إرثاً

شخصياً أو تجارياً أو غير ذلك من الأنواع السابق الإشارة إليها، عليه يكون من الضروري أن نميز بين "الإرث الإلكتروني أحادي المحتوى" و"الإرث الإلكتروني متعدد المحتوى"، ونقصد بالأول الإرث الإلكتروني الذي يحتوي على الأشياء الإلكترونية الشخصية أو التجارية أو الفكرية أو الوظيفية أو العملية فقط، أما الثاني فنقصد به الإرث الإلكتروني الذي يحتوي مجموعة أشياء إلكترونية، كما هو الحال إذا كان المتوفى ينشر صوراً وفيديوهات شخصية بين حين وآخر في حسابه الخاص بشركته التجارية، أو العكس، أي يمكننا القول أن الإرث الإلكتروني متعدد المحتوى هو الإرث الإلكتروني المختلط، صفوة القول إذا كان الحساب أو البرنامج أو غيرهما من الأشياء الإلكترونية المراد تصنيفها يتضمن محتوى شخصياً محضاً وتبرز فيها حق الخصوصية اعتبر الإرث إراثاً إلكترونياً شخصياً ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك، أما إذا كان المحتوى يبرز فيه الجانب التجاري والربحي أو الفكري أو الوظيفي أو العملي اعتبر إراثاً تجارياً أو فكرياً أو وظيفياً أو عملياً على حسب الأحوال، أما إذا لم يُستطاع التدبر في حقيقة الحساب أو البرنامج أو الشيء الإلكتروني بسبب التعدد في المحتوى وعدم غلبة عنصر شخصي أو تجاري أو فكري أو وظيفي أو عملي على عنصر آخر بسبب اختلاط عنصرين أو أكثر مع بعضهما اعتبر الإرث في هذا الفرض إراثاً إلكترونياً مختلطاً.

## المطلب الثاني

### موقف القضاء المقارن من التكييف القانوني لحق المستخدم للتطبيقات

#### واتفاقات الشروط والأحكام الإلكترونية

أثير الخلاف بشأن حق المستخدم على التطبيقات الإلكترونية المختلفة فهل يعتبر هذا الحق حق ملكية، أم حق انتفاع إذ لا يكون للمستخدم إلا الانتفاع بها واستعمالها مع وجوب المحافظة عليها كونها غير مملوكة له؟.

هناك من يرى<sup>(1)</sup> أن حق المستخدم على محتويات البريد الإلكتروني هو حق ملكية بالمعنى القانوني خاصةً عندما يتعلق الأمر بالتطبيقات التي يدفع المستخدم مالا نظير الاستفادة منها، كما يمكن مقارنة حق المستخدم على التطبيقات الإلكترونية والبيانات

(1) عبدالناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص 6.

المتعلقة بها بحقوق الملكية الفكرية، إلا أن الأمر يحتاج إلى دعم تشريعي وقضائي وفقهي خاصة في ظل وجود اتفاقية الشروط والأحكام التي قد تقضي بتعطيل الحساب وإلغاء محتوياته بعد مرور فترة زمنية دون نشاط معين.

وفيما يخص موقف القضاء المقارن من التكييف القانوني لهذا الحق، ففي القضاء الأميركي حكمت محكمة ولاية ميتشيجان للوصايا The Probate Michigan Court<sup>1</sup> في عام 2005، في قضية فحواها مطالبة أسرة جندي أميركي متوفى في معركة الفلوجة في العراق في سنة 2004 الحصول على المحتوى الإلكتروني للبريد الإلكتروني لجندي المتوفى، ولكن رفضت شركة "Yahoo" هذا الطلب بحجة أن اتفاقية الشروط والأحكام الخاصة بتقديم الخدمة بين شركة "Yahoo" والجندي المتوفى تمنع ذلك<sup>(1)</sup>، كون هذه الاتفاقية خالية من أي بند يقضي بانتقال أي حقوق متعلقة بالبريد الإلكتروني لذوي المستخدم بعد وفاته، كما جاء فيها أن حساب البريد الإلكتروني ومحتواه سيحذف في حالة الوفاة<sup>(2)</sup>، إلا أن الشركة امتثلت للأمر القضائي الصادر لمنح أسرة المتوفى نسخة من محتوى البريد الإلكتروني، وكان ذلك تطبيقاً لإحدى بنود الاتفاق المبرمة بين الشركة والشخص المتوفى والتي تقضي بالإفصاح عن محتوى البريد الإلكتروني في حالات خاصة منها تنفيذ أمر قضائي<sup>(3)</sup>.

(1) Caudine wong, Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection To His Children? Inheribility of Digital Media in the Face of EULAs, p. 712 - 713, article published at: <https://urlzs.com/7hHAX> last visited (20/11/2020).

(2) في حال وجود حساب فعال لدى AOL أو Yahoo يجب الموافقة على سياسة الخصوصية التي تطرحها شركة Verizon media، وذلك اعتباراً من 25 مايو/ 2018

(3) فإذا لم توافق وترضى على سياسة الخصوصية لهذه الشركة فإن سياسة الخصوصية السابقة الخاصة بYahoo وسياسة الخصوصية السابقة الخاصة ب AOL ستظل سارية على حسابك.

وجاء في إحدى البنود الآتية: "يجب عليك أن تتأكد من أن تبقى معلومات حسابك (وهي المعلومات التي قمت بتقديمها وقت تسجيلك في الخدمات أو اشتراكك بها) محدثة ومكتملة وصحيحة وحقيقية. وباستثناء حسابات إل (AOL Accounts)، فإن جميع حسابات فيريزون ميديا (Verizon Media) تعتبر غير قابلة للنقل، وتنتهي أي حقوق بوفاة صاحب الحساب". للمزيد لاحظ: <https://urlzs.com/Z8cPw> (21/11/2020) Last visited.

(3) وتكرر هذا البند في سياسة الخصوصية الجديدة التي تتبعها شركة "yahoo"، بالصيغة الآتية: "للأغراض القانونية. يجوز لنا الوصول إلى المعلومات والاحتفاظ بها والإفصاح عنها بهدف إجراء

وفي قضية أخرى بين شركة "Face book" وأسرة الشاب المنتحر بنجامين، حكمت المحكمة لصالح أسرة الشاب المنتحر وسمحت لهم بالحصول على محتويات الحساب الخاص به، إلا أن الشركة لم تمثل لأمر المحكمة محتجة بقوانين حماية الخصوصية واتفاقية الشروط والأحكام، وهذا بخلاف شركة "Google" التي منحت أسرة الشاب بنجامين محتوى "G - mail" الخاص به<sup>(1)</sup>.

إلا أن محكمة الولايات المتحدة للمنطقة الشمالية من ولاية كاليفورنيا في قضية ذوي المستخدم المتوفى مع شركة "Apple" قررت عدم إمكانية إجبار الشركات المزودة للخدمة في شمال كاليفورنيا (شركة Apple) على الكشف عن الاتصالات الخاصة حتى مع وجود أمر من المحكمة في الإجراءات المدنية، بسبب الحظر المنصوص عليها في قانون خصوصية الاتصالات الإلكترونية في الولايات المتحدة لعام 1986<sup>(2)</sup>.

هذا وفي أكثر من قضية قرر القضاء الأميركي أن موظف الشركة بعد تركه العمل فيها ليس له حق الوصول إلى حسابات الشركة الإلكترونية، والمستنتج من هذا الحكم هو أن القضاء اعتبر حق الشركة على هذه الحسابات حق ملكية، ورغم الخلاف الدائر حول هذا الأمر إلا أن الراجح هو اعتبار الحسابات الإلكترونية من موجودات الشركة<sup>(3)</sup>.

أما فيما يخص موقف القضاء الفرنسي بهذا الخصوص فقد صادقت المحكمة الفرنسية العليا على رفض الوصول إلى البيانات الشخصية للمتوفى على أساس أن الشخص لا يمكنه الوصول إلا إلى بياناته الشخصية فقط<sup>(4)</sup>.

←

تحقيق أو منع إجراء أو اتخاذه فيما يتعلق بما يلي: (i) الإجراءات القانونية وطلبات الهيئات القانونية والحكومية؛ أو (ii) تطبيق الشروط؛ أو (iii) الادعاءات بانتهاك أي محتوى لحقوق الأطراف الأخرى؛ أو...".

للمزيد لاحظ: <https://urlzs.com/Z8cPw> (21/11/2020) Last visited.

(1) Caudine wong, Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection To His Children? Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs, p. 714, article published at: <https://bit.ly/2ZYqVCy> last visited (23/11/2020).

(2) International: Digital inheritance and post - mortem privacy in Europe, article, available at: <https://urlzs.com/z2tkZ> last visited (23/11/2020).

(3) للمزيد بشأن هذه القضايا لاحظ: عبد الناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص 7.

(4) للمزيد لاحظ: Digital assets in French, article, available at:

<https://urlzs.com/fWgMP> last visited (23/11/2020).

وأما القضاء في ألمانيا ففي قضية فحواها رفض شركة "Face book" منح حق الوصول إلى حساب فتاة ألمانية متوفاة لوالديها، بحجة أن عليهم التزامات ثقة تدين الشركة بها للفتاة دون والديها، وأيدت محكمة الاستئناف في برلين موقف شركة Face book "، لكن محكمة العدل العليا الفيدرالية نقضت هذا القرار، مستندة إلى أن القانون المدني الألماني ومبدأ الخلافة العامة يعطي الحق للورثة لإحلال محل مورثهم في الحقوق والواجبات<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ التشابه بين موقف القضاءين الأميركي بصورة عامة والألماني في مسألة السماح للوارث فيما يخص الوصول إلى الحسابات والأصول الإلكترونية بعد وفاة المستخدم، وهذا بخلاف موقف القضاء الفرنسي الذي رفض إعطاء هذا الحق لذوي المتوفى بسبب الصفة الشخصية الطاغية على البيانات الإلكترونية محل الإرث. وفي رأينا إن إعطاء التكييف القانوني السليم لحق المستخدم على التطبيقات الإلكترونية مرهون بالإجابة على سؤال ذات شقين، الشق الأول: هل يمتلك المستخدم التطبيقات الإلكترونية ويكون له عليها حق ملكية بالمعنى القانوني المتعارف عليه؟، والشق الثاني: مهما كانت تسمية هذا الحق فهل يسمح لورثة المستخدم بعد وفاته الاطلاع على خصوصياته في الفرض الذي يكون الإرث الإلكتروني فيه إرثاً إلكترونياً شخصياً بحتاً أو إحدى الأنواع الأربعة الأخرى للإرث الإلكتروني والذي يوجد فيه جانب شخصي متمثل بكلمة المرور والعنوان الإلكتروني والبصمة وغيرها من المعلومات والبيانات الشخصية السرية؟ وبما أن جواب هذا الشق الأخير ستتعرض له في المبحث الثاني من هذا البحث، عليه نحاول إيجاد جواب قانوني لشق الأول.

قد يشير المستخدمون إلى امتلاك حساباتهم على Face book أو رسائل البريد الإلكتروني أو مكتبة iTunes أو Spotify أو قناة YouTube وغيرها من الحسابات والتطبيقات والبرامج والأشياء الإلكترونية الأخرى، ولكن يلاحظ أن هذه الحسابات هي ممتلكات غير مادية، فهي ليست كملكية الأشياء المادية كالبيوت والسيارات والمجوهرات وما إلى ذلك، فلا يمكننا القول بأن حق المستخدم هو حق ملكية بالمعنى التقليدي، إذ نص المشرع على المفهوم القانوني لحق الملكية في المادة(1048) من القانون المدني

(1) International: Digital inheritance and post - mortem privacy in Europe, article, available at: <https://urlzs.com/z2tkZ> last visited(26/11/2020).

العراقي بأنه: "المالك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعةً واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة"، إذ أن المستخدم الإلكتروني في كثير من الأحيان يسلب منه حرية التصرف المطلق بالتطبيقات الإلكترونية بموجب اتفاقية الشروط والأحكام المبرمة بينه وبين الشركة المزودة للتطبيق<sup>(1)</sup>، ولا يمكن اعتبار هذا القيد كقيد إرادي (شرط المنع من التصرف) الذي قد يرد على حق الملكية إذ أن صحة هذا الشرط مقيد بأمرين، الأول: أن يكون هناك مصلحة جدية تدعو إلى هذا الشرط ويكون الباعث منه مشروعاً، الثاني: أن يكون المنع لمدة معقولة<sup>(2)</sup>، هذا بالإضافة إلى أن الملكية ترد بمفهومها المتعارف عليه على الأشياء المادية فقط وبالتالي يخرج من نطاقها كل ما هو غير مادي كحقوق الملكية الفكرية<sup>(3)</sup>.

وعليه نرى بأن الحق الذي يكون للمستخدم على التطبيقات والخدمات الإلكترونية هو حق من نوع خاص اقتضته ضرورات التطور التكنولوجي الذي يسري بسرعة البرق، ومن مفرزات هذا التطور الحاجة إلى مرونة القانون لاستيعابه وتنظيمه وإحقاق الحق في القضاء بشأنه، فهذا الحق يختلف عن المفهوم التقليدي لحق الملكية التي ترد على الأشياء المادية، وكذلك عن حق الملكية التي ترد على الأشياء غير المادية والتي تسمى بحق الملكية الفكرية، لخلوه من عنصر الابتكار والإبداع في أغلب الأحوال. عليه يكون حق المستخدم حق من نوع خاص يمكن تسميته بـ "حق الملكية الإلكترونية".

(1) إذ جاءت في اتفاقية الشروط والأحكام في الحقل الخاص بالاستفادة من خدمات شركة "Verizon media" الآتي: " لا يجوز لك إعادة إنتاج الخدمات أو تعديلها أو تأجيرها أو بيعها أو تداولها أو توزيعها أو نقلها أو نشرها أو إتاحتها للعامة أو إنشاء أعمال أخرى بناء عليها أو الاستفادة منها لأي أغراض تجارية سواء بشكل كامل أو جزئي (بما في ذلك المحتوى والإعلانات وواجهة برمجة التطبيقات (API) والبرمجيات". متوفر على:

<https://urlzs.com/Z8cPw> Last visited(28/11/2020).

(2) للمزيد عن شرط المنع من التصرف لاحظ: محمد طه بشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية، ج1، شركة عاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر، ص 90.

(3) محمد طه بشير، د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص 8 - 9.

وأن حق الملكية الإلكترونية بهذا المفهوم يتأثر بالطابع الذي تتخذه التطبيقات الإلكترونية ومن ضمنها الحسابات الإلكترونية والذي يتحدد بكيفية استخدامه من قبل المستخدم الإلكتروني، بمعنى إذا كان التطبيق أو الحساب الإلكتروني ذات طابع شخصي فهنا حق الملكية الإلكترونية المقررة على ذلك التطبيق أو الحساب هو حق يغلب فيه العنصر المعنوي، أما إذا كان التطبيق أو الحساب الإلكتروني ذات طابع تجاري بمعنى تم استخدامه لأغراض تجارية بحتة فهنا حق الملكية الإلكترونية يغلب فيه العنصر المالي، أما إذا كان التطبيق أو الحساب الإلكتروني يتسم بالإبداع والابتكار ويظهر الإسهام الذاتي لشخص المتوفى بصورة جلية فيه فهنا يغلب في حق الملكية الإلكترونية العنصر المعنوي، وأما إذا كان التطبيق أو الحساب يستخدم لأغراض الوظيفة أو العمل فحق الملكية الإلكترونية يغلب فيه العنصر المالي المقترن بالوظيفة أو العمل، وأخيراً التطبيق أو الحساب المستخدم للغرض الشخصي والتجاري أو الفكري أو الوظيفي أو العملي معاً ففي هذه الحالة ينطوي حق الملكية الإلكترونية على عنصرين أحدهما مالي والآخر معنوي. عليه يتبين لنا أن خصوصية الملكية الإلكترونية تظهر في مسألة أخرى ألا وهي، مسألة قصد المستخدم، والقصد الموجه نحو اختيار عناصر الملكية الإلكترونية، فمثلاً إذا كان لشخص حرية استخدام التطبيق أو الحساب الإلكتروني على النحو الذي يريده فهنا قصد هذا الشخص يؤثر على عناصر الملكية الإلكترونية. ومما تقدم يمكننا تعريف حق الملكية الإلكترونية بأنه: "الملك التام الذي يمنح المستخدم المالك القيام بجميع التصرفات الجائزة في الحسابات والتطبيقات والأشياء الإلكترونية التي يملكها"، - ولن نتعمق في هذا الموضوع أكثر من هذا في سبيل البقاء في إطار البحث المحدد بعنوانه -.

هذا ولا بد لنا من التعرض لاتفاقية الشروط والأحكام التي يشترط الموافقة عليها من قبل المستخدم كشرط للتسجيل والدخول إلى التطبيق أو الحساب والاستفادة من مزاياها، باعتبارها الاتفاقية التي ينص فيها على مدى إمكانية انتقال الإرث الإلكتروني - كما رأينا في التطبيقات القضائية - ففي الكثير من الأحيان تكون هذه الاتفاقية مقررة مسبقاً من قبل مزود التطبيق الإلكتروني، وليس للمستخدم خياراً في وضع شروط أو أحكام أو التفاوض بشأنها<sup>(1)</sup>.

والسؤال الذي يثار في هذا الشأن يكون بخصوص التكييف القانوني لاتفاقيات الشروط والأحكام، فهل تتسم هذه الاتفاقيات بسمة الإذعان؟

الإجابة على هذا السؤال يحتاج منا التعرض لعقد الإذعان ولو بشيء من الإيجاز وبقدر ما يفيد بحثنا.

يعرف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"<sup>(1)</sup>.

ومن سمات هذه العقود: أولاً: أن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي قوي، ويكون متفوق اقتصادياً بسبب ما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي. ثانياً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين بها. ثالثاً: أن يكون الإيجاب عاماً ودائماً، يوجه لأشخاص غير محدودين ولمدة غير محددة أو لزمان معين. رابعاً: صدور الإيجاب في قالب نموذجي<sup>(2)</sup>، وهو يعرض ككل يقبل جملة أو يرفض.

أما عقد الإذعان وفقاً للمفهوم الفقهي الحديث وهو مفهوم أكثر رحابة، فيعتبر العقد من عقود الإذعان كلما كان مضمونه - كلاً أو جزءاً - مُعد من قبل أحد الأطراف قبل التعاقد، بنحو عام ومجرد بحيث لا يملك الطرف الآخر مناقشته<sup>(3)</sup>، وبهذا المعنى وردت في الفقرة الثانية من المادة (1110) من القانون المدني الفرنسي مفهوم عقد الإذعان بأنه: " هو العقد الذي تكون شروطه العامة، غير القابلة للتفاوض، محددة سلفاً من قبل أحد الأطراف". ولاشك أن هذا المفهوم لعقود الإذعان يستجيب إلى الهدف الحقيقي من وراء تدخل المشرع لتحويل القاضي سلطة خاصة في هذه العقود، ويكمن الهدف في حماية المستهلك الفردي، في مواجهة مؤسسات وشبكات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات، وإلى

(1) عبدالناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص 7.

(1) للمزيد عن عقد الإذعان لاحظ: د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946، ص 77. لاحظ كذلك: سانا كمال عبدالله، دور - الصياغات النموذجية في إبرام العقد النهائي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2019، ص 23.

(2) للمزيد لاحظ: سانا كمال عبدالله، مرجع سابق، ص 24.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد وسلطان الإرادة، المفاوضات العقدية وآليات التعاقد: آلية الإيجاب والقبول وآلية الاتفاقات المتتالية - المفاوضات العقدية



التطبيقات المتلاحقة لظاهرة إذعان أحد الطرفين لشروط مفروضة من قبل الطرف الآخر<sup>(1)</sup>. ونرى ضرورة الأخذ بهذا المفهوم الحديث لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، باعتباره المفهوم القادر على تحقيق الحماية التي أراد المشرع توفيرها للطرف المدعّن<sup>(2)</sup>.

وبما أن المجال الرحب لعقود الإذعان هي البيئة الإلكترونية بسبب اقتصار دور الأشخاص الذي يريدون فتح الحساب أو الاشتراك في المواقع والتطبيقات الإلكترونية على إبداء الموافقة بخصوص شروط النموذج المتسم بالإذعان والمُعد سلفاً من قبل صاحب المواقع والتطبيقات الإلكترونية عليه تقترب عقود الإذعان بمفهومها الحديث من اتفاقات الشروط والأحكام من حيث أسلوب تنظيمها وصدورها بصيغ معدة سلفاً من قبل مزود التطبيقات الإلكترونية، إذ أن هذا المفهوم لا يشترط أن يكون مزود الخدمة محتكراً - كما هو الحال في المفهوم التقليدي - وهو الشرط الذي قد لا يتحقق في البيئة الإلكترونية، إذ قد يكون هناك أكثر من مزود لبعض التطبيقات والأشياء الإلكترونية.

صفوة القول أن بنود اتفاقات الشروط والأحكام يمكن تعطيل بعضها، كالبنود المتعلقة بسياسة الخصوصية، وذلك بطلب موجه إلى القضاء لتدخل وتعطيل هذه البنود، كون هذه البنود يمكن النظر إليها بأنها بنود تعسفية في عقود الإذعان، ولا يخفى الميزة التي يتمتع بها الطرف المدعّن(المستخدم) في هذه الاتفاق باعتبارها متسمة بسمة الإذعان، فالشك يفسر لمصلحته كما له الحق في مطالبة القضاء بتعديل البنود التعسفية في الاتفاق أو إعفائه منها بما يحقق العدالة<sup>(1)</sup>.

(1) خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، المجلد 6، العدد 1، 2014، ص 382.

(2) حيث نصت الفقرتين الأولى والثانية من المادة(167) من القانون المدني العراقي على أنه: "1. القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة. 2. إذا تم - العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تُعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعّن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

إلا أن السؤال الذي يثار عندنا هو مدى اعتبار البند المانع لانتقال الإرث الإلكتروني في اتفاقات الشروط والأحكام بنداً تعسفياً؟

نرى بأن الإجابة على هذا السؤال يحتاج منا التمعن في أنواع الإرث الإلكتروني على أساس الطابع الذي يتخذه، فإسباغ صفة التعسف على البند المانع للانتقال في اتفاقات الشروط والأحكام يختلف باختلاف الطابع الذي تتخذه التطبيقات محل الاتفاقات، وعليه فالأمر يؤثر على الإرث الإلكتروني ومطالبة ورثة المتوفى بالإرث، فإذا كان الإرث هو أرث إلكتروني شخصي فهنا قد يظهر للوهلة الأولى عدم إمكانية إسباغ هذا البند بالتعسف كون جوهر البند هو قد يكون لحماية خصوصية المتوفى وخصوصاً أن هذا الأخير قد لا يرغب في الإطلاع على محتويات أصوله وحساباته الإلكترونية بعد وفاته لأنها تتضمن أشياء تحط من سمعته وهيبته أمام أسرته أو أصدقائه أو المجتمع أو لأسباب أخرى، إلا أننا نرى أن إرادة المستخدم المتوفى في عدم انتقال كل أو بعض أرثه إلى الورثة من بعده لا بد أن يكون بكامل حريته وإرادته المستقلة أي بمعنى أن يكون بعمل إيجابي منفصل عن اتفاقات الشروط والأحكام وإلا يسبغ البند بالتعسف ويعتبر معدوماً<sup>(1)</sup>، أما فيما يخص الإرث الإلكتروني التجاري فيمكننا القول بأن هذا البند يكون بنداً تعسفياً ويحرم ورثة المورث من خلافته في ذمته المالية كون الطابع التجاري لهذا الإرث يدخله ضمن الذمة المالية للمتوفى فكثير من النشاطات التجارية تمارس في يومنا هذا في العالم الإلكتروني، والحال كذلك في الإرث الإلكتروني الفكري، وأما فيما يخص الإرث الإلكتروني الذي كان يستخدمه المورث بحكم وظيفته أو عمله فنرى ضرورة اعتبار البند المدرج بهذا

(1) نصت المادة (5004) من قانون ولاية ديلاوير الأمريكية على أن كل شرط يمنع من خلاله انتقال التركة الإلكترونية إلى الورثة ولا يكون صادراً من المستخدم بإرادة حرة ومستقلة ويعمل إيجابي يعتبر باطلاً.

للمزيد لاحظ النص الأصلي:

" If a provision in an end user license agreement limits a fiduciary access to or control over a digital asset or digital account of an account holder, the provision is void as against the strong public policy of this state, unless the account holder has agreed to the provision by an affirmative act separate from the account holder assent to other provisions of the end user license agreement".

الخصوص في اتفاق الشروط والأحكام بنداً تعسفياً، كون الخدمات والتطبيقات الإلكترونية كان يستخدمها الموظف أو العامل لأغراض سير الوظيفة أو العمل، وبالتالي وجود بند كهذا قد يضر مادياً ومعنوياً بالوظيفة أو العمل، بل وقد يؤدي إلى عرقلة سير الوظيفة أو العمل في المجرى الطبيعي له.



## المبحث الثاني

### التعارض بين انتقال الإرث الإلكتروني وحق خصوصية المتوفي في القانون المقارن

رغم حداثة فكرة الإرث الإلكتروني في الواقع القانوني إذ لم تظهر الا خلال هذا العقد من الزمن، إلا أن هناك اتجاهات متباينة فيما يخص انتقال الإرث الإلكتروني وتعارضه مع حق خصوصية المتوفى، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:  
المطلب الأول: الاتجاهات العامة للقانون المقارن في مسألة التعارض.  
المطلب الثاني: معالجة مسألة الإرث الإلكتروني في القانون المقارن.

#### المطلب الأول

#### الاتجاهات العامة للقانون المقارن في مسألة التعارض

يتشدد القوانين في حماية الحياة الخاصة للإنسان، وبالأخص في العالم الإلكتروني، إذ شاع في هذا العالم التعدي على الحياة الخاصة والحرية الشخصية، والشركات المزودة للخدمات والتطبيقات الإلكترونية سعت لمنع الاعتداء على البيانات الشخصية للمستخدم، ولا شك أن هذا الأمر يتطلب منا بيان نطاق حق الخصوصية، والذي يعرف بأنه "ممارسة الإنسان وحده أو مع من يريد، لسلوكيات غير معلنة، ولا يريد اطلاع المجتمع أو الرأي العام عليها، ومنها المراسلات والمكالمات الهاتفية وغيرها"<sup>(1)</sup>.

ولابد لنا قبل التعرض لموقف القانون المقارن في هذا الصدد معرفة معنى انتهاك الخصوصية في المجال الإلكتروني، فيعرف هذا الأخير بأنه: "التعدي على المعلومات والبيانات الشخصية والحياة الخاصة للإنسان، مما يسبب ذلك ضرراً مادياً أو أدبياً له، ومن صور الانتهاك، الاطلاع على الرسائل الخاصة أو على الصور والفيديوهات التي لا يتم نشرها أو الاطلاع على البيانات الشخصية الحساسة وغيرها من مظاهر التعدي على الممتلكات المعلوماتية للإنسان"<sup>(2)</sup>.

(1) صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، مرجع سابق، ص 73.

(2) موريس نخلة، الحريات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص 168.

تبرز انتهاك حق خصوصية المتوفى عند انتقال الإرث الإلكتروني، في أن هذا الإرث يتسم بالطابع الشخصي، إذ يتميز الإرث الإلكتروني عن الإرث المتعارف عليه، في أنه يتضمن عدد كبير من المعلومات والأصول الإلكترونية الشخصية وأسرار خاصة تتعلق بالمتوفى، إذ لا يمكن تصور انتفاع الشخص من التكنولوجيا الا بعد الإفصاح عن جملة من البيانات أو المعلومات السرية والحساسة، التي قد لا يرغب الكثير منهم اطلاع الآخرين عليها<sup>(1)</sup>.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هو هل ينتقل الإرث الإلكتروني إلى ورثة المتوفى(المستخدم)؟ وبمعنى آخر هل انتقال الإرث الإلكتروني يتعارض مع حق خصوصية المتوفى؟

للإجابة على هذا السؤال سنتعرض لموقف القانون المقارن في هذا الشأن، كالآتي:  
الاتجاه الأول: (انتقال الإرث الإلكتروني)

أن قانون الخصوصية الكندي لسنة 1985 المعدل ورد في ديباجة الباب المتعلق بجمع المعلومات الشخصية الآتي: "يسعى قانون الخصوصية الحفاظ على خصوصية الفرد، وفي ذات الوقت الاعتراف بالاحتياجات المشروعة للحكومة، كما أن كل فرد يجب أن يكون له حق السيطرة إلى حد ما على المعلومات الخاصة به، وعلى الحكومة أن تحافظ على ذلك وتمنع أي إفصاح للمعلومات دون موافقة الشخص نفسه"<sup>(2)</sup>، ويلاحظ من النص المذكور أن صلاحية الشخص لسيطرة على بياناته الشخصية قاصرة على حال حياته دون الإشارة إلى الحال بعد الوفاة، ويمكن أن نستنتج ضمناً أن حق الخصوصية للشخص ينتهي بالوفاة وبالتالي لن يحصل تعارض بين انتقال الإرث الإلكتروني وهذا الحق.

كما أن تشريعات الولايات المتحدة والمتعلقة بانتقال الحسابات والأصول الإلكترونية إلى الخلف في ولاية ديلاوير، نصت على انتقال كافة صور الإرث الإلكتروني إلى ذوي المتوفى، ما يعني أنها أهملت حق الخصوصية بعد وفاة الشخص، وقد أقر القضاء الأميركي صراحة هذا الأمر في قضية أرملة "جيسي جيمس" مع شركة "سكرين جيمز"

(1) Lilian Edwards and Edina Harbinja, What happens to my Facebook profile when Idie?, Legal Issue Around Transmission of Digital assets on Death Author, Create working paper by University of Strathclyde Glasgow,UK, Edition5(May2013),p. 21.

نقلاً عن: صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، مرجع سابق، ص 74.

(2) Privacy Act,R. S. C. ,1985, available at: <https://urlzs.com/Z8cPw> last visited(5/12/2020).

والتي طالبت فيها بإيقاف بث الفلم الذي يشوه سمعة زوجته، إلا أن المحكمة قضت بعدم أحقيتها في هذا الطلب لأن حق الخصوصية ينتهي بالوفاة، والميت لا خصوصية له<sup>(1)</sup>. وبموجب موقف القانون الكندي والأميركي في هذا الشأن لا يؤدي الانتقال إلى انتهاك حق الخصوصية للمتوفى، إذ إن الإبقاء على البيانات أو المعلومات التي يحتويه الإرث قد يكون مفيداً لإجراء الدراسات والأبحاث خاصة في مجال الآثار وعلم الاجتماع. وهناك من يتفق اتجاهه مع هذا الموقف ويرى أن التطبيقات والأصول الإلكترونية التي يتم الحصول عليها بمقابل مادي ينبغي ضمان تمريرها لورثة المتوفى باعتبارها جزءاً من الذمة المالية للمورث، كما هو الحال في الأعيان والأصول المادية التي تتضمنها التركة من عقارات ومنقولات وغيرها<sup>(2)</sup>.

#### الاتجاه الثاني: (عدم انتقال الإرث الإلكتروني)

على خلاف الموقف السابق يرى قانون الجمهورية الإلكترونية الفرنسي، أن حق الخصوصية تبقى ما بعد الوفاة، ولا يجوز أن تبقى التطبيقات الإلكترونية بعد وفاة المستخدم، إذ جاءت في الفصل المختص بـ "حماية الحقوق في المجتمع الإلكتروني" في المادة (40) وما بعدها - والتي سبقت الإشارة إليها - ما يفيد إلزام الشركات بحذف الحسابات والمحتويات الإلكترونية في حالة وفاة المستخدم أو إصابته بعاهة جسدية أو عقلية، ووضع المشرع بعض الاستثناءات كمنع من الحذف بالرغم من طلب الورثة هذا الحذف أو الإلغاء، كما حددت الحالات التي يجوز فيها أن تنتقل الحسابات أو المحتويات للورثة أو الوصي أو الموصى له<sup>(3)</sup>. وعليه فإن موقف المشرع الفرنسي هو عدم انتهاء حق الخصوصية بالوفاة، ومن ثم لا يمكن نقل الإرث الإلكتروني التي تتسم بالخصوصية والحساسية للورثة، وهذا بالرغم من أن القضاء قد سلك مسلكاً مختلفاً قبل صدور القانون المشار إليه، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية تتجسد وقائعها بمطالبة ورثة المتوفى "فرانسوا متراند" بالتعويض جراء انتهاك الحياة الخاصة لمورثهم من خلال نشر كتاب عنه، ولكن المحكمة رفضت ذلك بحجة انتهاء الحق في الخصوصية

(1) صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، مرجع سابق، ص 76.

(2) للمزيد عن هذا الرأي لاحظ: عبد الناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص 7 - 8.

(3) Loin° 2016 - 1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Available at: <https://urlzs.com/Ap45s> last visited(7/12/2020).

بالوفاة<sup>(1)</sup>.

وعليه لا يعتد القانون الفرنسي بفكرة انتقال الإرث الإلكتروني للورثة، وذلك تطبيقاً للحق المقرر لكل إنسان وهو أن يكون منسياً، وتماشياً مع هذا الرأي كثيراً ما يدرج بند لإلغاء حساب المستخدم في اتفاقات الشروط والأحكام في حال عدم استخدامه لفترة معينة، ولا شك ان هذا الأمر يشكل عائقاً أمام فكرة انتقال الإرث الإلكتروني<sup>(2)</sup>.

الاتجاه الثالث: (انتقال الإرث الإلكتروني المقيد بعدم انتهاك حقوق الآخرين) فيما يخص موقف المشرع العراقي، فلم يشرع إلى الآن قانوناً خاصاً لتنظيم أحكام حق الخصوصية، بيد نصت الفقرة الأولى من المادة(17) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على: " لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة". وبالرغم من أن موقف المشرع العراقي ليس واضحاً في شأن الإرث الإلكتروني، إلا أننا نرى أن هذا النص من الدستور يُظهر لنا أمرين، الأول: أن المشرع العراقي موقفه قريب جداً من موقف الفقه الإسلامي<sup>(3)</sup>، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة

(1) صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، مرجع سابق، ص78.

(2) للمزيد عن هذا الرأي لاحظ: د. علي أحمد الزعبي، الإنترنت وآثاره الاجتماعية في الوطن العربي، مطبعة الحارث، بيروت، 200، ص328. ولاحظ كذلك: عبد الناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص8.

(3) ففيما يخص موقف الفقه الإسلامي في شأن انتقال الإرث إلى الورثة، قالوا بعض الفقهاء بجواز انتقال الأشياء ذات الطابع الشخصي للمتوفى، ويتلمس هذا الحكم عند الفقه الإمامي الذي أوجد ما يصطلح "بالحبوة" وهو جواز انتقال أشياء الميت الشخصية كالملابس والسيف والمذكرات وغيرها من الأشياء إلى الابن الأكبر.

وبما ان هناك قاعدة أجمعت عليها المذاهب الإسلامية وهي "الأصل بالأشياء الإباحة"، ومقتضى هذه القاعدة هي أن كل واقعة لم يرد نص قطعي في تحريمها تبقى مباحة، ومن ثم عدم ورود نص في تحريم انتقال الإرث الشخصي بشكل عام، والإرث الإلكتروني بشكل خاص، عليه يمكن القول بجواز انتقال الإرث الإلكتروني في الفقه الإسلامي، ولكن هذا الانتقال لا يكون مطلقاً بل هو مقيد بأن لا يكون محتوى الإرث الإلكتروني أو بعض موجوداتها تحتوي على أشياء تحط أو تهتك كرامة المتوفى، كالرسائل والأفلام والمعاملات الربوية وغيرها من الأشياء المحرمة والمخلة بالآداب.

للمزيد انظر: الفقيه أحمد بن محمد النراقي، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، تحقيق: مؤسسة آل بيت لإحياء التراث، ج19، مؤسسة آل بيت لإحياء التراث، دون سنة نشر، ص201. وانظر كذلك:

←

(2) من الدستور على: " الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع... ".  
وعليه انتقال الإرث الإلكتروني يكون مقيداً بعدم الحط من سمعة المتوفى أو هتك حرمة،  
والثاني: هو نص المشرع في الدستور على الحق في الخصوصية<sup>(1)</sup> وأهم صور هذا الحق  
هو الحق في الصورة، والحق في حرمة المسكن، والحق في سرية المراسلات<sup>(2)</sup>.

وبالاستناد إلى ما تقدم نرى أن انتقال الإرث الإلكتروني في القانون العراقي هو انتقال  
مقيد بقيدتين، الأول: هو أن لا يؤدي هذا الانتقال إلى الحط من سمعة المتوفى أو هتك  
حرمة، والثاني: أن لا يشكل الانتقال تعدياً على الحق في الخصوصية. وفيما يخص مسألة  
الإساءة إلى سمعة شخص أو التعدي على الحق في الخصوصية، جاء في قرار لمحكمة  
جنايات منطقة السليمانية/1 بصفتها التمييزية "... أن الشخص المدعو (م. ي) قد قام بنشر  
صورة في حسابه الشخصي على موقع التواصل الاجتماعي (فيسبوك) ومسألة نشر الصور  
تدخل في نطاق حق الخصوصية ولكن بما أن الصورة قد تم التقاطها في مكان عام  
والمشتكين لم يتقدموا بشكوى تجاه من قام بنشر الصورة على مواقع التواصل الاجتماعي  
للمرة الأولى لذلك لن تبقى لهم أية مصلحة في حماية خصوصية الصورة، هذا فضلاً عن  
أن الصورة لا تحتوي على أية إساءة تجاه المشتكين، لأن معيار الإساءة المتمثل بالأضرار  
التي تصيب الشخص في الجانب الاجتماعي أو الوظيفي لحياته هي غير متحققة في  
الواقعة المعروضة أمامنا. لكل ذلك الشكوى تكون خالية من العنصر الجزائي....."<sup>(3)</sup>.

←

صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، مرجع سابق، ص 79 - 80.

(1) إذ نصت الفقرة الثانية من المادة(17) من الدستور العراقي على أنه: " حرمة المساكن مصونة، ولا  
يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها الا بقرار قضائي، ووفقاً للقانون"، والمادة(38) من ذات  
الدستور على: " حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية وغيرها  
مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورة قانونية وأمنية، وبقرار  
قضائي". وعليه نص المشرع على الحق في حرمة المسكن والحق في سرية المواصلات في  
الدستور العراقي.

(2) (الحق في الصورة) مقتضاه عدم إمكانية التقاط الصورة للشخص أو حتى نشره دون موافقته  
الصريحة أو الضمنية لصاحب الصورة، أما (الحق في حرمة المسكن) فمضمونه هو عدم انتهاك  
حرمة مسكن الغير على نحو غير مشروع

(3) ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أخذ بحسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد، ومرحلة إبرام

←



وعليه حتى وان كان الإرث الإلكتروني المراد نقله للورثة لا يحط من سمعة المورث ولا يهتك حرمة، فيبقى الأمر مقيداً بقيد الخصوصية، ومدى انتقال الصور أو المراسلات الإلكترونية لذوي الميت هو امر في السلطة التقديرية للقاضي للحكم بمدى حصول التعدي على هذا الحق الدستوري للمتوفى<sup>(1)</sup>.

ونستنتج مما سبق أن القانون الكندي والأميركي اعتد بانتقال الإرث الإلكتروني، بخلاف القانون الفرنسي الذي لم يعتد بمسألة الانتقال، أما فيما يخص موقف القانون العراقي فقد قيد انتقال الإرث بعدم انتهاك حقوق الآخرين وموقفه هذا قريب من موقف الفقه الإسلامي الذي قيد انتقال الإرث بعدم الحط من سمعة المتوفى أو هتك عرضه.

ولكننا نرى أن مسألة انتقال الإرث الإلكتروني وتعارض هذا الانتقال مع حق الخصوصية يختلف باختلاف أنواع الإرث الإلكتروني، ففيما يخص الإرث الإلكتروني الشخصي فالانتقال في هذه الصورة يجب أن يكون مقيداً بقيد الأهل: هو أن لا يؤدي هذا الانتقال إلى الحط من سمعة المتوفى أو هتك حرمة، والثاني: أن لا يشكل الانتقال تعدياً على الحق في الخصوصية، أي في هذا الشأن نوافق القانون العراقي.

أما انتقال الإرث الإلكتروني التجاري الذي يشكل النقود الإلكترونية جانباً مهماً منه فبالرغم من وضع مجلس الوزراء العراقي لنظام خدمات الدفع الإلكتروني للأموال رقم (3) لسنة 2004، والذي نظم فيه المدفوعات الإلكترونية ومن ضمنها مسألة النقود الإلكترونية من حيث آلية تداولها وشروط الترخيص لمزود الدفع الإلكتروني وحقوق والتزامات المزود والذبون، إلا أنه لم يبين مصير المدفوعات والنقود الإلكترونية بعد وفاة مالكيها، إلا أننا نرى أن الانتقال في هذا النوع من الإرث يجب أن يكون انتقالاً مطلقاً، كون محل الانتقال شيء تجاري بحت ولا علاقة له بالمسائل والأمور الشخصية للمورث، وفي

←

العقد، ومرحلة تنفيذ العقد، بخلاف المشرعين العراقي والمصري اللذين أخذوا بهذه الفكرة في المرحلة الأخيرة دون المرحلتين الأوليتين.

(3) قرار محكمة جنايات السلبيمانية بصفتها التمييزية رقم 532/ب/2015 في 2015/8/3، غير منشور.

(1) والتعدي الذي يصيب الحق في الخصوصية يستند للمادة (204) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: " كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض".

هذا الشأن نوافق القانون الكندي والأميركي، ونرى انطباق ذات الحكم فيما يخص الإرث الإلكتروني الوظيفي أو العملي، كون الشخص المتوفى استخدم الحسابات والأصول الإلكترونية بحكم وظيفته أو عمله.

وأما انتقال الإرث الإلكتروني الفكري باعتباره حقوق المستخدم المتوفى على ممتلكاته الإلكترونية المتضمنة حقوقاً مالية وأخرى معنوية، ففيما يخص القواعد التي تسري على الأموال المتحصلة من الإرث الفكري التقليدي هي ذات القواعد التي تسري على الأموال المتحصلة من الإرث الإلكتروني الفكري، نستنتج مما تقدم أن انتقال الإرث الإلكتروني الفكري يحتاج منا الرجوع إلى القواعد الواردة في قانون حماية حق المؤلف رقم (3) لسنة 1971 المعدل بأمر سلطة الائتلاف رقم (83) لسنة 2004، وقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق رقم (17) لسنة 2012، وقد نصت المادة (19) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه: "لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الانتفاع المالي الواردة في المواد السابعة والثامنة والعاشرة من هذا القانون، وإذا كان المصنف مشتركاً ومات أحد المؤلفين دون أن يترك وارثاً أو موصى له فإن نصيبه يؤول إلى شركائه في التأليف أو خلفهم ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"، وتقابلها المادة (8) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق والتي تنص على أنه: "الحقوق المالية للمؤلف قابلة للتنازل عنها وانتقالها كلياً أو جزئياً، سواء كان بمقابل أو من دونه، ويتمتع المؤلف وحده أو خلفه العام من بعده، بحق الانتفاع المالي لمصنفه....."، ويتبين لنا مما تقدم أن المشرع العراقي والكوردستاني قاما بحصر الانتفاع المالي بورثة المستخدم المتوفى أي أن الحقوق المالية لهذا الأخير تدخل في التركة وتخضع لأحكام تصفية التركة وتوزيعها وفقاً لقواعد الحصص الإرثية. وأما فيما يخص القواعد التي تسري على الحقوق المعنوية للمستخدم المتوفى كحق النشر والأبوة وغيرهما من الحقوق الخاصة بشخص المستخدم المتوفى فيلاحظ صعوبة انتقال هذا النوع من الحقوق وذلك لعدم وجود تنظيم مفصل لانتقالها، بالإضافة إلى الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق والمتمثلة بعدم القابلية لتجزئة، ولكن بالرغم من هذه الصعوبات توجد مجموعة مبادئ يمكن الاستعانة بها لتنظيم انتقال الإرث المعنوي بصورة عامة ألا وهي: أولاً: الأفضلية تكون للوصية، ثانياً: اختيار أحد الورثة دون

غيره من قبل القاضي عند عدم وجود الوصية، ثالثاً: عدم تضرر المتوفى من الانتقال<sup>(1)</sup>. وعليه انتقال الحقوق المعنوية في الإرث الإلكتروني الفكري يتم من خلال الوصية بها أو اختيار القاضي لأحد الورثة عند عدم وجود الوصية. وأخيراً فيما يخص انتقال الإرث الإلكتروني المختلط، ينتقل الجانب الشخصي بالقيدين السابق بيانهما (القيد الأول: أن لا يؤدي هذا الانتقال إلى الحط من سمعة المتوفى أو هتك حرمة، القيد الثاني: أن لا يشكل الانتقال تعدياً على الحق في الخصوصية)، أما الجانب التجاري أو الوظيفي أو العملي له فينتقل دون أي قيد يذكر، والجانب الفكري فيما يخص الحقوق المالية ينتقل للورثة وفقاً لقواعد الإرث، أما الحقوق المعنوية فهي أيضاً قابلة للانتقال مع مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق.

### المطلب الثاني

#### معالجة مسألة الإرث الإلكتروني في القانون المقارن

إن الإرث الإلكتروني وطريقة معالجته في القانون المقارن تختلف باختلاف القانون، ففيما يخص القانون الكندي فقد ورد في قانون الوصول الموحد إلى الأصول الإلكترونية بواسطة قانون المؤتمنين لعام 2016 "UADAF". ما يفيد منح حق للوكيل باختيار أحد الأشخاص للوصول إلى حساباته الإلكترونية في وصية محررة من قبله، وفي حال قيام الشخص المتوفى "المورث الإلكتروني" بترشيح شخص آخر للوصول إلى حسابه على وسائل التواصل الاجتماعي، سيكون لآخر فعل اتخذه المورث الإلكتروني الأولوية، فالأولوية للفعل اللاحق<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة إلى القانون الألماني فينص هذا القانون على انتقال الإرث مباشرة إلى الورثة عند الوفاة، ولكن الأمر متوقف على ترك الوصية من قبل المتوفى من عدمه، ففي حال ترك الوصية ففي معظم الحالات لا يكون ذوي المتوفى إلا وارثاً لنصيب محدد، فالقانون الألماني يمنح الوارث حصة معينة حتى لو حاول المتوفى استبعاده من الإرث عن

(1) للمزيد عن المبادئ التي تحكم انتقال الإرث المعنوي لاحظ: د. أكرم فاضل قصير، انتقال الحقوق والالتزامات الشخصية في الأشياء غير المادية، دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار السنهوري للطباعة والنشر، بيروت، 2016، ص 383 - 385.

(2) International: Digital inheritance and post - mortem privacy in the US and Canada, available at: <https://urlzs.com/vzg9x> Last visited(10/12/2020).

طريق الوصية، وفي الوقت الذي يعلم فيه الوارث بموت المورث أو هو موصى له بموجب وصية والموصي قد توفى يكون أمامه 6 أسابيع لفرض الإرث إذا لم يكن قد قبله قولاً أو فعلاً، أما إذا كان الوارث أو الموصى له مقيماً في الولايات المتحدة فيكون أمامه 6 أشهر، وفي حال قبول الإرث فيكون الشخص مسؤولاً عن ديون المتوفى بذمته المالية الشخصية<sup>(1)</sup>.

وأما فيما يخص قانون الوصول الآمن للحسابات والأصول الإلكترونية في ولاية ديلاوير فقد جاء فيه ما يقضي بوجوب تمكين الشخص المفوض (ممثل الشخص المعين من قبل مسجل الوصايا، أو الوصي أو مستشار للشخص معين وفقاً لأحكام القانون) بناءً على طلب خطي مقدم من قبله إلى المزود للوصول إلى الحسابات والتطبيقات الإلكترونية للمتوفى، وتمكينه من نقل أو نسخ أي أصول أو محتويات إلكترونية أو حذفها خلال ثلاثين يوماً من تأريخ استلام المزود طلباً رسمياً بهذا الخصوص، وفي حال عدم استجابة المزود يحق للشخص المفوض أن يطلب من القضاء إصدار أمر بهذا الشأن، ويستثنى من ذلك الحسابات والأصول الإلكترونية التي يستخدمها الشخص في عمله<sup>(2)</sup>.

هذا ولا بد لنا من الإشارة إلى قانون الوصول الائتماني الموحد إلى الأصول الإلكترونية "RUFADA" في أمريكا التي تمت الموافقة عليه في عام 2015 من قبل لجنة القانون الموحد، تم تصميم "RUFADA" لمعالجة مشكلة متنامية ناجمة عن الاستخدام المتزايد للوثائق والحسابات والصور والتذكارات والاتصالات الإلكترونية وما إلى ذلك، تستخدم RUFADA مصطلح "الأصول الإلكترونية" للملكية الإلكترونية، ومصطلح "أمين الحفظ" للشركات التي تخزن تلك الأصول.

ويعطي هذا القانون حق الوصول للحسابات والتطبيقات الإلكترونية للمتوفى، ولكن قصر هذا الحق على أربعة أنواع من الوكلاء وهم: الممثل الشخصي لممتلكات المتوفى، والوصي، والأمين الذي عينته المحكمة، والمحامي، ويجب على الوكيل إرسال طلب الكشف عن الأصول الإلكترونية إلى أمين الحفظ، مع نسخة مصدقة من الوثيقة التي تمنح

(1) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch [Introductory Code to the Civil Code 1900], translation of current version available at: <https://urlzs.com/a2xGM> Last visited (10/12/2020).

(2) عبد الناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص 11.

السلطة الائتمانية، كما أعطى القانون الأولوية لتعليمات الذي يضعها المستخدم قبل وفاته بخصوص حساباته الإلكترونية، وفي حال عدم وجود هذه التعليمات سوف تطبق اتفاقية الشروط والأحكام المبرمة بين المزود والمستخدم، باعتبارها الاتفاقية المعبرة عن إرادة المستخدم، هذا ويمنح القانون مزود الخدمة الخيار في الكشف عن الإرث الإلكتروني إلى وكيل معتمد بإعطاء هذا الأخير حق الوصول الكامل أو الجزئي للإرث، كما يمنح الحق للممثلين الشخصيين في الوصول لكتالوج الاتصالات والأصول الإلكترونية، إذا لم تدخل هذه الأخيرة تحت الحماية المقررة للاتصالات والأصول بموجب قانون الاتصالات الخاصة لسنة 1986<sup>(1)</sup>.

وفيما يخص موقف القانون الفرنسي فقد جاء في قانون الجمهورية الإلكترونية الفرنسية لعام 2016، ما يفيد السماح لأي شخص بوضع توجيهات عامة أو محددة للحفاظ على بياناته الشخصية وحذفها والكشف عنها بعد الوفاة، ويجب تسجيل هذه التوجيهات لدى جهة خارجية معتمدة أو مع مزود الخدمة الذي يحتفظ بالبيانات (مثل Facebook أو Google)<sup>(2)</sup>.

ونستنتج من كل ما تقدم التشابه في موقف القوانين المقارنة مدار البحث فيما يخص معالجة مسألة الإرث الإلكتروني في نطاق الاعتراف بالتعليمات التي يتركها المتوفى والذي يحدد فيها مآل الحسابات والأصول الإلكترونية، إلا أنهم يختلفون في أن القانون الأمريكي ألزم مزود الخدمة في حال عدم وجود تعليمات بخصوص مآل الحسابات والأصول الإلكترونية بالكشف عن كتالوج الإرث الإلكتروني دون المحتوى كلما كان ذلك ممكناً، بخلاف القوانين الأخرى مدار البحث.

ونحن نرى أن الحل الأمريكي لمعالجة مسألة الإرث الإلكتروني ملائم للإرث الإلكتروني الشخصي، والإرث الإلكتروني المختلط فيما يخص الشق الشخصي فيه، كون هذا النوع من الإرث الإلكتروني مرتبط ارتباطاً جوهرياً بالمتوفى بخلاف الأنواع الأخرى. هذا وقد أشرنا إلى أن العلاقة بين مزودي الخدمات والتطبيقات الإلكترونية

(1) Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. General comments, available at: <https://rb.gy/oy9rmw> last visited(11/12/2020).

(2) For more see Castex, L, Harbinja, L. & Rossi, J. (2018), Défendre les vivants ou - les morts? Controverses sous - jacentes au droit des données post - mortem à travers une perspective comparée franco - américaine, Réseaux, 4, 210, 117 - 148.

والمستخدم هي علاقة تنشأ على أساس اتفاقات الشروط والأحكام، وبالتالي فهي رابطة عقدية، ولا يخفى أهمية مبدأ حسن النية التي تظهر جلياً في هذه الرابطة، وأن مبدأ حسن النية يكون واجب الأعمال عند إبرام هذه الاتفاقات وتنفيذها وتفسيرها وإنهائها<sup>(1)</sup>، وقد يكون من مقتضيات حسن النية أن يورد مزود الخدمات والتطبيقات الإلكترونية بنوداً صريحة وخالية من الغموض بشأن مصير الحسابات والأصول الإلكترونية بعد وفاة المستخدم، وأن يسمح له باختيار الإبقاء على المحتويات الإلكترونية وتميرها للأشخاص الذي يحددهم في الوصية الإلكترونية أو للورثة، أو إنهاء الحساب وحذفه، ويجب السماح له بتعديل خياراته إلى ما قبل الموت، وأما في حالة عدم وجود مثل هذه البنود في اتفاقات الشروط والأحكام فإن مبدأ حسن النية يقتضي تجاوز المزود مع مطالبة ورثة المتوفى بالوصول إلى الحساب أو تزويدهم بنسخة منه، هذا فضلاً عن التجاوب مع الطلبات القضائية في هذا الشأن<sup>(2)</sup>.

وظهرت بعض المعالجات التقنية للارث الإلكتروني كالوصية الإلكترونية وصندوق تخزين كلمات المرور، إذ أصبحت بعض الشركات المزودة للخدمات والتطبيقات الإلكترونية تعرض على المستخدم كتابة وصيته الإلكترونية لسماح للموصى له بالوصول إلى الحسابات والأصول الإلكترونية للموصي، وفي شركة "Google" يتم تنفيذ هذه الوصية بعد توقف نشاط المستخدم في مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن اثنا عشر شهراً<sup>(3)</sup>.

كما أن شركة "Facebook" تتيح خاصية إلغاء الحساب بعد موت المستخدم أو إبقائه، وذلك من خلال وصية رقمية يمكن لكل مستخدم كتابته في قسم Settings وتحديداً في الحقل الخاص بMemorialization Settings، وبموجب هذه الخدمة يكون من حق المستخدم أن يختار شخصاً معيناً لإدارة حسابه بعد وفاته، ولكن لا يسمح لهذا الشخص

(1) حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسن النية".

(2) عبد الناصر زياد هياجنه، مرجع سابق، ص 10.

(3) FRED MILGRIM, Google Creates Digital Will and Testament, article published on - fast company website, available at: <https://urlzs.com/a2xGM> last visited (15/12/2020).

بالاطلاع على الرسائل الخاصة بالموصي، أو إلغاء صداقة قديمة، وقد يتم إضافة خيارات أخرى لهذه الخدمة<sup>(1)</sup>.

وقد ظهرت مواقع إلكترونية تقدم خدمة "صندوق تخزين كلمات المرور"، ويتم بموجب هذه الخدمة تخزين كلمات المرور الخاصة بالحسابات والتطبيقات الإلكترونية، كما هو الحال في موقع "Legacy locker" إذ يُمكن هذا الموقع مستخدمي التطبيقات الإلكترونية من الاحتفاظ بكلمات المرور دون الحاجة لطباعتها عند كل دخول للتطبيق، كما يُمكن المستخدم من تمرير كلمات المرور للورثة أو الموصى له الذي يحدده في وصيته الإلكترونية<sup>(2)</sup>.



(1) Facebook, legacy contact, available at: <https://urlzs.com/RKP1D> last visited (15/12/2020).

(2) للمزيد عن مضمون هذه الخدمة لاحظ:

Legacy locker, available at, <https://urlzs.com/BW1N2> Last visited(15/12/2020).

## الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع " المعالجات التشريعية للإرث الإلكتروني - دراسة مقارنة - "، توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات نقرن بها الاقتراحات المدونة من جانبنا، وتلك الاستنتاجات والاقتراحات ندرجها كآتي:

أولاً: الاستنتاجات

إن أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها هي:

1. تبين لنا إمكانية تقسيم الإرث الإلكتروني إلى خمسة أنواع، ألا وهي: "الإرث الإلكتروني الشخصي"، "الإرث الإلكتروني التجاري"، "الإرث الإلكتروني الفكري"، "الإرث الإلكتروني الوظيفي أو العملي" وأخيراً "الإرث الإلكتروني المختلط".
2. اتضح لنا تشابه موقف القضاة بين الأمريكي والألماني في مسألة السماح للوارث الإلكتروني بالوصول إلى الحسابات والأصول الإلكترونية بعد وفاة المستخدم، وهذا بخلاف موقف القضاء الفرنسي الذي رفض إعطاء هذا الحق لذوي المتوفى بسبب الصفة الشخصية الطاغية على البيانات الإلكترونية محل الإرث.
3. أن الحق الذي يكون للمستخدم على التطبيقات والخدمات الإلكترونية هو حق من نوع خاص اقتضته ضرورات التطور التكنولوجي الذي يسري بسرعة البرق، ومن مفرزات هذا التطور الحاجة إلى مرونة القانون لاستيعابه وتنظيمه وإحقاق الحق في القضاء بشأنه، فهذا الحق يختلف عن المفهوم التقليدي لحق الملكية التي ترد على الأشياء المادية، وكذلك عن حق الملكية التي ترد على الأشياء غير المادية والتي تسمى بحق الملكية الفكرية، فهو حق من نوع خاص يمكن تسميتها بـ "حق الملكية الإلكترونية".
4. أن القانون الكندي والأميركي اعتد بانتقال الإرث الإلكتروني، بخلاف القانون الفرنسي الذي لم يعتد بمسألة الانتقال، أما فيما يخص موقف القانون العراقي فقد قيد انتقال الإرث بعدم انتهاك حقوق الآخرين وموقفه هذا قريب من موقف الفقه الإسلامي الذي قيد انتقال الإرث بعدم الحط من سمعة المتوفى أو هتك عرضه.
5. يقترح معالجة القانون الفرنسي للإرث الإلكتروني من المعالجة التي اتبعها كل من القانون الكندي والأميركي، إذ نص القانون الفرنسي على أنه يمكن لأي شخص وضع توجيهات عامة أو محددة للحفاظ على بياناته الشخصية وحذفها والكشف عنها بعد الوفاة،



ويجب تسجيل هذه التوجيهات لدى جهة خارجية معتمدة أو مع مزود الخدمة الذي يحتفظ بالبيانات (مثل Facebook أو Google). وهذا التوجه قريب من التوجه الذي سلكه القانون الألماني ففي حال وجود وصية بشأن الإرث الإلكتروني تطبق الوصية باعتبارها التصرف المعبر عن رغبة "المورث الإلكتروني".

ثانياً: التوصيات والاقتراحات

1. نقترح على المشرع العراقي تشريع قانون خاص بمآل الحسابات والأصول الإلكترونية، وينظم فيه حق الخصوصية والمسائل الأخرى المتعلقة بالإرث الإلكتروني.
2. نرى ضرورة وجود نص مادة في القانون المقترح بخصوص الحسابات والأصول التي تدرج تحت (الإرث الإلكتروني الشخصي) يسمح فيها لشخص معين من قبل المستخدم الإلكتروني (المنفذ أو الوكيل الإلكتروني) من الوصول إلى الحسابات والأصول الإلكترونية بعد وفاته لتعديلها أو حذفها أو منع بعض الأشخاص من الوصول إليها وما إلى ذلك، ويجب على هذا المنفذ أو الوكيل الإلكتروني إثبات حقه في الوصول للإرث الإلكتروني من خلال توفر أداة عبر الإنترنت للسماح للمستخدم بتعيين المنفذ أو الوكيل الإلكتروني، أو من خلال دليل كتابي.
3. نوصي بالإبقاء على القواعد القانونية المنظمة لمسألة الإرث والوصية وتطبيقها على (الإرث الإلكتروني التجاري) و(الإرث الإلكتروني الفكري) كلما كان ذلك ممكناً.
4. نرى ضرورة وجود نص مادة في القانون المقترح بخصوص الحسابات والأصول التي تدرج تحت (الإرث الإلكتروني الوظيفي أو العملي) لتمكين مدير الموظف أو صاحب العمل من الوصول إليها كون تملك المستخدم المتوفى لهذه الحسابات والأصول كان بحكم وظيفته أو عمله.
5. نظراً لأن الحسابات والأصول التي تدرج تحت (الإرث الإلكتروني المختلط) هي حسابات ذات شقين لذلك لا بد من تحديد شخص معين (منفذ أو وكيل إلكتروني) من قبل المستخدم لفصل الشق الشخصي أو التجاري أو الوظيفي أو العملي مع الشق الآخر والتعامل مع كل شق حسب التفصيل الوارد في المقترحات السابقة أو على مزود الخدمة السماح لأحد ورثة المستخدم القيام بهذا الفصل في حال عدم تعيين شخص محدد من قبل المستخدم.
6. نوصي بزيادة الوعي القانوني لدى الأفراد المستخدمين للحسابات والخدمات

الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق بمسألة الوصية الإلكترونية.  
7. نرى ضرورة تعديل نص المادة (3) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية النافذ، والسماح بإنشاء الوصية الإلكترونية، أو تشريع قانون خاص بهذا الخصوص.



## المراجع

- أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب

- 1- أحمد بن محمد النراقي، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، تحقيق: مؤسسة آل بيت لإحياء التراث، ج19، مؤسسة آل بيت لإحياء التراث، دون سنة نشر، ص201.
  - 2- د. أكرم فاضل قصير، انتقال الحقوق والالتزامات الشخصية في الأشياء غير المادية، دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار السنهوري للطباعة والنشر، بيروت، 2016.
  - 3- د. عبد الحسيب سند عطية، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، بدون مكان النشر، 2008.
  - 4- د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946.
  - 5 - د. علي أحمد الزعبي، الإنترنت وآثاره الاجتماعية في الوطن العربي، مطبعة الحارث، بيروت، 200.
  - 6- محمد طه بشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية - الحقوق العينية التبعية، ج1، شركة عاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة نشر.
  - 7- د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد وسلطان الإرادة، المفاوضات العقدية وآليات التعاقد: آلية الإيجاب والقبول وآلية الاتفاقات المتوالية - المفاوضات العقدية.
  - 8 - موريس نخلة، الحريات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999.
- ب - الرسائل الجامعية
- 1- سانا كمال عبدالله، دور الصياغات النموذجية في إبرام العقد النهائي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2019.
- ج - البحوث القانونية
- 1- خوله كاظم محمد راضي، الإيجاب في عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، المجلد 6، العدد 1، 2014.

2- صفاء متعب الخزاعي، د. حيدر حسين الشمري، الإرث الرقمي، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلة عراقية محكمة، عدد خاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، تصدر من كلية القانون - جامعة بغداد، كانون الثاني - 2020.

3- عبدالناصر زياد هياجنه، الميراث الرقمي: المفهوم والتحديات القانونية، مقال منشور في المجلة الدولية للقانون، مجلة دورية عالمية محكمة تصدر من كلية القانون في جامعة قطر، كانون الثاني 2016.

- ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

1 - Cristiano Maciel Pereira and Vinicius Carvalho, Digital Lwgacy and Interaction, Post - Mortem Issue, 1<sup>st</sup> edition, Spring Science paper& Business Media, 2016.

2 - Elske Derks, Digital assets after death (The inheritance of digital music under Dutch law, Master Thesis in LLM Law & Technology, Tilburg Law School - Tilburg University, Tilburg, 2016.

3 - Francesca Bartolini, Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform, Boccioni Legal Studies Research Paper Series, Published: 2019.

4 - For more see Castex, L, Harbinja, L. & Rossi, J. (2018), Défendre les vivants ou les morts? Controverses sous - jacentes au droit des données post - mortem à travers une perspective comparée franco - américaine, Réseaux, 4, 210.

- ثالثاً: القرارات القضائية غير المنشورة

● قرار محكمة جنايات السلیمانیة بصفتها التیمیزیة رقم 532/ب/2015 في 2015/8/3، غير منشور.

- رابعاً: الدساتير والقوانين العراقية

1- الدستور العراقي لسنة 2005.

2 - القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل.

- 2- قانون حماية حق المؤلف رقم(3) لسنة 1971 المعدل بأمر سلطة الائتلاف رقم (83) لسنة 2004.
- 3- قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق رقم (17) لسنة 2012.
- 4- قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012. خامساً: القوانين الأجنبية
- 1 - القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والمعدل بالمرسوم المرقم(131 - 2016) لسنة 2016.
- 5- والقانون المدني الألماني لسنة 1900 المعدل.
- 6- وقانون الخصوصية الكندي لسنة 1985 المعدل.
- 7- وقانون الوصول الآمن للحسابات والأصول الإلكترونية لسنة 2014 في ولاية ديلاوير الأميركية.
- 8- قانون الوصول الائتماني الموحد إلى الأصول الإلكترونية لسنة 2015.
- 9- قانون الوصول الموحد إلى الأصول الإلكترونية لسنة 2016 الكندي.
- 10- وقانون الجمهورية الإلكترونية رقم (1321) لسنة 2016 الفرنسي.
- سادساً: المواقع على الإنترنت
- الموقع الرسمي ل (verizon media): <https://tinyurl.com/5n8yy3sf>
  - Caudine wong, Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection To His Children?Inheritabilityof Digital Media in the Face of EULAs,p. 712 - 713, article published at: <https://cutt.ly/k3ZsEHg>.
  - Caudine wong, Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection To His Children?Inheritabilityof Digital Media in the Face of EULAs,p. 714, article published at: <https://bit.ly/2ZYqVCy>
  - Digital assets in French, article, available at: <https://rb.gy/yxj7b8>.
  - Digital inheritance and post - mortem privacy in Europe, article, available at: <https://rb.gy/zucgl0>.
  - Digital inheritance and post - mortem privacy in the US and Canada, available at: <https://tinyurl.com/yp7ybmcp>.
  - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch [Introductory Code to the Civil Code1900], translation of current version available at:

<https://tinyurl.com/ys2jx9sx>.

- Facebook, legacy contact, available at: <https://tinyurl.com/57k2wrsu>.
- FRED MILGRIM, Google Creates Digital Will and Testament, article published on fast company website, available at: <https://tinyurl.com/35t4sa8u>.
- International: Digital inheritance and post - mortem privacy in Europe, article, available at: [https://t.ly/pLQ\\_](https://t.ly/pLQ_).
- Legacy locker, available at: <https://tinyurl.com/z3erb6yh>.
- Loi n° 2016 - 1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Available at: <https://cutt.ly/u3Zsrnj>.
- Loin° 2016 - 1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Available at: <https://tinyurl.com/3x5dxur8>.
- NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, Access to Digital assets, Available at: <https://cutt.ly/e3ZaR7o>.
- Privacy Act,R. S. C. ,1985, available at: <https://tinyurl.com/2p8crbrn>.
- Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. General comments, available at: <https://tinyurl.com/ce78vfx2>.

## الملخص

يعتبر الإرث الإلكتروني من أبرز مفرزات البيئة الإلكترونية في يومنا هذا، حيث أن استخدام الحسابات والتطبيقات والأشياء الإلكترونية في تزايد مستمر وهي ذات صلة وثيقة بالحياة اليومية لأفراد المجتمع، ونمط معيشتهم، فمسألة الإرث الإلكتروني هي وليدة التحولات والتطورات التي شهدتها ويشهدها العالم في كافة مجالات الحياة، ومن ضمنها التطورات التي شهدتها القضايا المعروضة في ساحات قضاء الدول، ونتيجة لكل ذلك ظهرت إلى حيز الوجود القانوني مسألة مآل الحسابات والتطبيقات والأشياء الإلكترونية بعد وفاة المستخدم، وتكشف هذه الدراسة حقيقة هذا الموضوع وتضع الآليات المناسبة لمعالجته، وذلك من خلال اتباع المنهج المقارن في سبيل الوصول للنتائج والتوصيات المطلوبة.

### پوخته

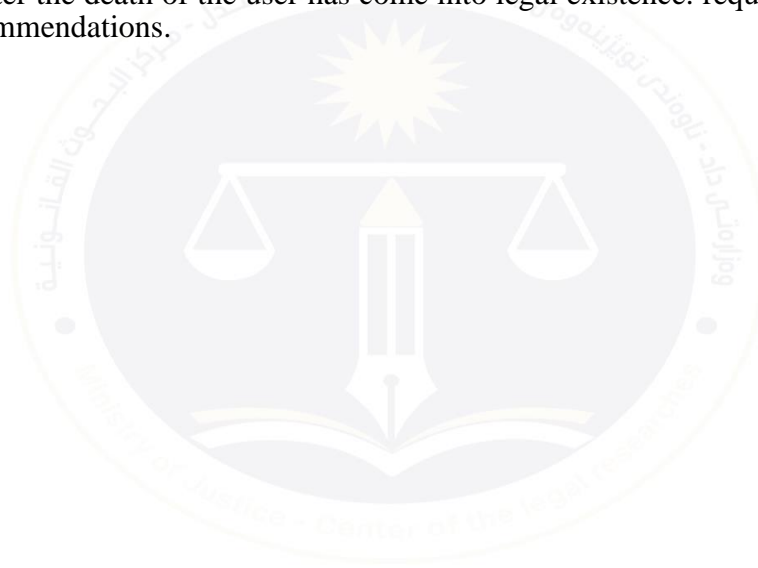
میراتی ئهلیکترۆنی به یهکیک له لیکهوته ههره دیارهکانی ژینگهی ئهلیکترۆنی ئهمڕۆ دادهنریت، بهو پنییهی بهکارهینانی ئهکاونت و ئهپلیکیشن و شته ئهلیکترۆنیهکان بهردهوام له زیادبووندایه و پهیههندییهکی نزیککی به ژيانی رۆژانهی ئهندامانی کۆمهلهگا و شیوازی ژيانانهوه ههیه، بههۆی ئهو کهپسانهی له دادگاکانی ولاتاندا خراوتهپروو، و له ئهجامی ههموو ئهمانهشدا، پرسی چارهنووسی ئهکاونت و ئهپلیکیشن و شته ئهلیکترۆنییهکان دواى مردنی بهکارهینهر هاتوته دنیای یاساوه.





### Abstract

The electronic inheritance is considered one of the most prominent phenomenon of the electronic environment today, as the use of accounts, applications and electronic things is constantly increasing and is closely related to the daily life of members of society and their lifestyle. Including the developments witnessed by the cases presented in the courts of states, and as a result of all this, the issue of the fate of accounts, applications and electronic things after the death of the user has come into legal existence. required results and recommendations.





## مدى تكيف الاتفاقيات الدولية في الدساتير الوطنية لحماية حقوق الإنسان - العراق أنموذجا -

عمر عبدالله محمد الكروش<sup>(\*)</sup>

الأكاديمية الدولية للحقوق والتنمية  
طالب دكتوراه علوم سياسية جامعة سوسة - تونس

رادى كونجاني ريكهوتنامه نيودهولتهيهكان له دهستوره نيشتيمائيهكاندا  
بو پاراستنى مافهكانى مرؤف  
" عيراق وهك مؤديل "

عومهر عهبدوئلا محمد نهلكهروش  
ئهكاديمياى نيودهولتهى بو ياسا و گهشهپيدان  
خويندكارى دكتورا له زانسته سياسييهكان له زانكوى سوسه له تونس

**The extent to which international conventions are adapted into  
national constitutions to protect human rights  
"Iraq as a model"**

**Omar Abdullah Muhammad Al - Karosh**  
International Academy for Law and Development  
PhD student in political science, Sousse University, Tunisia

(\*) omaraizobae80@gmail.com



## مدى تكييف الاتفاقيات الدولية في الدساتير الوطنية لحماية حقوق الإنسان - العراق أنموذجا -

عمر عبدالله محمد الكروش

الأكاديمية الدولية للحقوق والتنمية

طالب دكتوراه علوم سياسية جامعة سوسة - تونس

### الكلمات المفتاحية:

الاتفاقيات الدولية، الدساتير الوطنية، حقوق الإنسان، العراق، الحماية.

كليله ووشه:

ريككهوتننامه نيودهولتهتييهكان، دهستوره نيشتمانبييهكان، مافهكانى  
مروّف، عيراق، پاراستن.

**key words:** international conventions, national constitutions, human rights, Iraq, protection.

### مقدمة

#### أهمية الدراسة:

تكمّن أهمية الدراسة من خلال تسليط الضوء على هذه الاتفاقيات التي وجدت لخدمة الإنسان ومصلحه وبيان أهميتها من حيث إذا تعارضت هذه الاتفاقيات مع التشريعات الداخلية وكيفية تطبيقها، والتعرف على الآليات التشريعية العراقية في تكييف هذه الاتفاقيات في الدستور.

#### مشكلة الدراسة:

كيفية تعامل المشرع العراقي مع الاتفاقيات الدولية التي تثير من الناحية العملية مشاكل كثيرة، حيث إن الفقه الدولي يرى بضرورة التزام الدول بالقانون الدولي، وتنفيذ التزاماتها الدولية وعلى وجه الخصوص من خلال التزاماتها بتنفيذ نصوص المعاهدات الدولية وتشريعها في القانون الداخلي، في حين أن أغلب الدول تحرص على سيادتها من

التدخل الخارجي في أي مستوى من مستويات تنظيم شؤونها، ويعد عدم تطبيق الاتفاقيات الدولية جزء من الحفاظ على سيادتها، وعلى هذا الأساس تثار المشكلة فيما لو وجد تعارض بين نصوص القانون الداخلي للدولة والمعاهدة الدولية التي التزمت بها تلك الدولة، لذلك جاءت هذه الدراسة لبيان آليات تكييف المعاهدات الدولية في القانون الوطني وبشكل خاص في التشريع العراقي.

#### أسئلة الدراسة:

تسعى الدراسة للإجابة على الأسئلة التالية:

- 1 - ما هو موقف الفقه فيما يخص العلاقة ما بين التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولي؟
- 2 - ما هو موقف المشرع العراقي من الاتفاقيات الدولية في التشريعات الوطنية؟
- 3 - ماهي الآليات الوطنية في موائمة الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان في الدستور العراقي؟

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى بيان ما يأتي:

- 1- بيان العلاقة بين أحكام الاتفاقيات كمصدر من القانون الدولي والقانون الداخلي.
- 2- بيان المشرع العراقي حول العلاقة ما بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية.
- 3- بيان الآليات الوطنية في تكييف المعاهدات الدولية في القانون الوطني في حماية حقوق الإنسان.

## المبحث الأول الحماية الدولية لحقوق الإنسان في ضوء الاتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية

أخذت مبادئ حقوق الإنسان بتطوير نفسها عبر الزمن وتطورت مفاهيمها وتعددت وكان من لزام هذا التطور أن تأخذ شكلا دوليا خاصة في ظهور التنظيم الدولي والذي أقر مجموعة كبيرة من القواعد القانونية الدولية التي تعترف بحقوق الإنسان وتنظمها بشكل أساس في العلاقات الدولية وبين الفرد والدولة وبين الأفراد، وقد تعرضت هذه الحقوق والمبادئ لانتهاكات عدة نتيجة الحروب الدولية والداخلية وتعسفت الدول باستعمال السلطة ضد مواطنيها فمورست انتهاكات عديدة ضد حقوقهم وحررياتهم تحت ذرائع مختلفة.

ونتيجة لهذه الانتهاكات عمل النظام الدولي في تعزيز حماية حقوق الإنسان من خلال سن اتفاقيات دولية من شأنها الحد من هذه الانتهاكات ووقفها بصورة كلية، وأخذ على عاتقه النظام الدولي - من خلال مجلس الأمن في تعزيز وحماية هذه القوانين طبقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة من أجل حماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي وعلى المستوى الوطني. وعقدت اتفاقيات مواثيق وإعلانات دولية عدة ساهمت في حماية هذه الحقوق على الرغم من أنها ارتبطت بشكل ما بالسياسة؛ إلا أنها في قالبها الأساس تعد قواعد قانونية ذات أهداف إنسانية حقيقية.

وتعرف الحماية الدولية على أنها: "الإجراءات التي تتخذها الهيئات الدولية إزاء دولة ما، للتأكد من مدى التزامها بتنفيذ ما تعهدت والتزمت به في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، والكشف عن انتهاكاتهما ووضع مقترحات أو اتخاذ إجراءات لمنع هذه الانتهاكات"<sup>(1)</sup>.

(1) باسيل يوسف، حماية حقوق الإنسان، المؤتمر الثامن عشر لاتحاد المحامين العرب، المغرب، 1993م، ص 30.

## المطلب الأول

### حماية حقوق الإنسان في الاتفاقيات الدولية والإقليمية

تشكل هذه الاتفاقيات الدولية التي تعد عالمية المنشأ والتطبيق الأساس القانوني للحماية الدولية لحقوق الإنسان، وتنقسم هذه الاتفاقيات والمواثيق إلى اتفاقيات ومواثيق عامة وخاصة، فالمواثيق العامة تكفل كل أو معظم حقوق الإنسان مثل ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدان الدوليان لحقوق الإنسان؛ أما المواثيق الخاصة فهي تختص بحق معين أو بدول معينة كاتفاقية حقوق المرأة والطفل أو المواثيق التي تخص الدول مثل الميثاق العربي لحقوق الإنسان وغيرهما.

#### أولاً: ميثاق الأمم المتحدة

تأسست الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية لتعمل في المقام الأول كحارس للسلم والأمن الدوليين، ومنذ البداية أدرك مؤسسو الهيئة العلاقة الوثيقة بين السلام وحقوق الإنسان، بعبارة أخرى، لا يمكن للبشر التمتع الكامل بحقوقهم إلا في الظروف السلمية. ويجب ألا يعاني الناس مرة أخرى من الفظائع الجماعية. ولذلك، يوضح ميثاق الأمم المتحدة في ديباجته أن أحد أهداف المنظمة العالمية هو "إعادة تأكيد الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وكرامة الفرد وحقوقه المتساوية". ووردت بنود أخرى في نص الميثاق ففي نص المادة (1) الفقرة (3) على أن إحدى وظائفها هي "تعزيز وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع الناس دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين"<sup>(1)</sup>.

واتسم ميثاق الأمم المتحدة في البداية ببعض الغموض. كان الخوف من الإبادة الجماعية في أوروبا هو الدافع لإدراج حقوق الإنسان في نظامهم لكن الميثاق لا يزال غامضاً بشأن أساليب ووسائل التنفيذ الفعلي على المستوى الوطني. ويوجه الأمم المتحدة لإنشاء لجنة "لتعزيز حقوق الإنسان". لكن المادة (2) الفقرة (7) تتطلب من الأمم المتحدة عدم التدخل في الأمور "المدرجة بالضرورة في القانون المحلي لأي بلد". ولأكثر من

(1) كريستيان توموشات، حماية حقوق الإنسان بموجب القانون الدولي العام، مقال منشور على الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ تموز 2016م، على الرابط التالي:  
<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20069>



عقد، كان الرأي السائد المدعوم بقوة من قبل مجموعة من البلدان الاشتراكية، هو أن الممارسة العملية لتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها هي مسألة تخضع بالضرورة للقانون الوطني بعد التصديق على العهدين الدوليين لعام 1966م.

ثانياً: العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

يحدد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعايير الدولية الدنيا لسلوك جميع الدول الأطراف وينص على تقرير المصير، وسبل الانتصاف القانونية، والمساواة، والحياة، والحرية، وحرية التنقل، والإنصاف، والمسؤولية العامة والجنايئة. والخصوصية والحرية التعبير، وحرية الفكر، والضمير، والدين، والتجمع السلمي، وحرية تكوين الجمعيات (بما في ذلك حقوق النقابات العمالية والأحزاب السياسية)، والأسرة، والمشاركة في الشؤون العامة، وتحظر التعذيب، والمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة، والعبودية، والاحتجاز التعسفي، والمحاكمة عن نفس الجرائم؛ والحبس بسبب عدم سداد الديون.

ويعد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الحد الأدنى من المعايير الدولية للدول التي تصدق على هذه المادة لاتخاذ تدابير لاحترام الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وحمايتها وإنفاذها. ويتطلب هذا العهد من الدول الأطراف الالتزام بأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة بأكثر الطرق فعالية وسرعة من أجل ضمان الأعمال الكامل وربما التدريجي للحقوق التي تعترف بها. وتشمل الحقوق الواردة في العهد حقاً لأفراد في كسب لقمة العيش في العمل، وفي ظروف عمل آمنة وصحية، والتمتع بالحقوق النقابية، والحصول على الضمان الاجتماعي، وحماية أسرهم، والحصول على سكن وملبس مناسبين. ويشمل ذلك: التحرر من الجوع والرعاية الصحية والحصول على التعليم العام المجاني والمشاركة في الحياة الثقافية والنشاط الإبداعي والبحث العلمي. كما يحظر العهد بشكل صارم التمييز فيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ويضمن المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بهذه الحقوق.

ثالثاً: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950م

اعتمد مجلس أوروبا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في عام 1950م، والتي

دخلت حيز التنفيذ في 3 أيلول/سبتمبر 1953م<sup>(1)</sup> وحتى تاريخ 29 نيسان/أبريل 2002م بلغ عدد الدول الأطراف فيها 43 دولة<sup>(2)</sup>. وأنشأت الاتفاقية في البداية المفوضية الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أوكلت إليها مهمة الإشراف على التزامات الدول الأطراف في الاتفاقية. لكن ومع بدء نفاذ البروتوكول رقم 11<sup>(3)</sup> الملحق بالاتفاقية في 1 تشرين الثاني/نوفمبر 1998م أعيد تنظيم آلية الرصد بطريقة أصبحت معها كل الادعاءات تحال الآن مباشرة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تتخذ من ستراسبورغ في فرنسا مقراً لها. وهذه المحكمة هي المحكمة الدائمة لحقوق الإنسان الأولى والوحيدة التي تعقد دوراتها على أساس دائم.

على عكس العديد من القوانين الوطنية التي تتميز بالتدوين بانسجام وتجانس كبيرين؛ فإن القانون الأوروبي يذهل بأحكامه غير المتجانسة وغير المتسقة. فيما يتعلق ببعض الحقوق المناسبة للتقييد؛ أي أن المقصود هنا هو المنطق القانوني الجديد، والذي يمكن أن يحير علماء القانون الكلاسيكيين، ولكن له مزايا متعددة واقعتها وجوهرها هشاشة الدول والاختلافات الثقافية والاجتماعية.

تنبع الضمانات الأوروبية لحقوق الإنسان من منطق كفاية الإجابات القانونية التي تركز على احترام الاختلافات، وبالتالي، يجب أن تكون تقديمية حتى يتم احترامها وأكثر صرامة. في هذا الصدد، يعتبر الهامش أيضاً أداة فعالة لتقييم البلدان، حيث يتم أخذ المصالح المختلفة الموجودة في الاعتبار في الهدف المشترك. إن المناشدة بالمبادئ العامة هي الوسيلة الرئيسية التي يتم من خلالها هيكلية القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، ويفرض عدم تجانس القانون والسياق السياسي فيما يتعلق بالسيادة الوطنية طريقة العمل هذه<sup>(4)</sup>.

(1) الاسم الرسمي لهذه المعاهدة هو: اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، انظر سلسلة المعاهدات الأوروبية (ETS)، رقم 5.

(2) للاطلاع على التصديقات على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبروتوكولاتها انظر الموقع <http://conventions.coe.int>

(3) ينظر سلسلة المعاهدات الأوروبية رقم 155.

(4) صلاح الدين معماش، القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير منشورة، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق - بن عكنون - 2007م، ص 101.

### رابعاً: الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان 1969م.

يستند نظام حماية حقوق الإنسان في الولايات المتحدة إلى اتفاقيتين دوليتين، وهما ميثاق منظمة الدول الأميركية لعام 1948م والاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان لعام 1978م. وإن آليات الحماية مماثلة لتلك الموجودة في النظام الأوروبي مثل مجلس أوروبا والمفوضية الأميركية لحقوق الإنسان والمحكمة الأميركية لحقوق الإنسان التي تأسست عام 1979م بموجب الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

وتأسست عام 1889م كمنظمة جديدة لها. بالإضافة إلى الاتفاقيات الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان مثل اتفاقية البلدان الأميركية لمنع التعذيب في عام 1987م واتفاقية البلدان الأميركية بشأن الاختفاء القسري للأشخاص في عام 1994م، واتفاقية البلدان الأميركية لمنع التعذيب، وقانون القضاء على العنف ضد المرأة والمعاقبة عليه في عام 1995م والاتفاقية الخاصة لعام 1999م بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد الأشخاص ذوي الإعاقة، وضع نظام الولايات المتحدة الضمانات والآليات اللازمة لحماية حقوق الإنسان.

وبعد مضي عقد من الزمن على ولادة الإعلان الأميركي لحقوق الإنسان الذي صدر عام 1984م، عملوا على إنشاء لجنة الدول الأميركية لحقوق الإنسان بموجب قرار صادر عن المؤتمر الاستشاري الخاص لوزراء خارجية الدول الأميركية في عام 1959م، وأسند إلى هذه اللجنة مهمة تعزيز احترام حقوق الإنسان، كما أنشأت محكمة أميركية لحقوق الإنسان استناداً إلى الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان لعام 1969م وباشرت أعمالها الرسمية في عام 1976م<sup>(2)</sup>. وتشتترط الاتفاقية في أعضاء اللجنة الأميركية لحقوق الإنسان أن يكونوا من الممتين لإحدى الدول الأعضاء في منظمة الدول الأميركية، ولا يشترط أن تكون الدولة التي ينتمون إليها طرفاً في الاتفاقية لحقوق الإنسان<sup>(3)</sup>. ويقع على عاتق هذه

(1) D Juliane Kokott. L. M –Le système interaméricain de protection des droits de l' homme – revue égyptienne de droit international – volume 42 – 1986 , p 283, 284.

(2) محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2005م، ص311.

(3) مصطفى عبد الغفار، ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2003م، ص315.

اللجنة النظر في العرائض والشكوى التي يتقدم بها الأفراد أو مجموعة من الأفراد أو الهيئات غير الحكومية كما تقوم بالنظر في البلاغات التي تقدمها الدول الأطراف في الاتفاقية<sup>(1)</sup>.

### خامساً: الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان 1981م.

يعد الميثاق الإفريقي الذي أنشأ عام 1981م بداية عهد جديد في ميدان حقوق الإنسان في القارة الإفريقية<sup>(2)</sup>، وبدأ نفاذ الاتفاقية في 21 تشرين الأول/ أكتوبر عام 1986م؛ وعلى الرغم من أن الميثاق يستلهم معظم مواده من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهديين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان والاتفاقيات الإقليمية؛ إلا أنه يتسم بدرجة عالية من الخصوصية التي تكتنف القارة الإفريقية لعبارة "حق" والمكانة التي يوليها للمسؤوليات التي يتحملها الأفراد<sup>(3)</sup> ويحوي الميثاق قائمة طويلة من الحقوق تغطي مجموعة عريضة من الحقوق المدنية والسياسية بجانب الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وفضلاً عن ذلك إن الميثاق الإفريقي أوجد لنفسه لجنة مختصة لحقوق الإنسان والشعوب الإفريقية مهمتها "تعزيز حقوق الإنسان والشعوب وتأمين حمايتها في إفريقيا كما جاء في المادة (30). واعتمد في عام 1998م البروتوكول الملحق بالميثاق والمعني بإنشاء محكمة إفريقية لحقوق الإنسان. وأخيراً يجري العمل على قدم وساق في سبيل صياغة بروتوكول إضافي يتعلق بحقوق المرأة في إفريقيا وذلك في إطار اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب وتساعد هذه اللجنة في مهمتها هذه مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان<sup>(4)</sup>. واعتمد البروتوكول بشأن إنشاء محكمة إفريقية لحقوق الإنسان

(1) ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2004م، ص 229.

(2) Fatsah Ougergouz, La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples - Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité (Paris, Presses Universitaires de France, 1993 (Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève)), P. xxv.

(3) انظر. Keba Mbaye, Les droits de l'homme en Afrique (Paris, Editions A. Pedone/Commission Internationale de Juristes, 1992), p. 161

(4) انظر Mutoy Mubiala, "Le Projet du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique", in Human Rights, Spring 2000 (OUNHCHR review), pp. 23 - 27

والشعوب في واغادوغو، بوركينا فاسو، في 9 حزيران/يونيو 1988م ودخل حيز النفاذ في 25 كانون الثاني/يناير 2004م.

سادسا: الميثاق العربي لحقوق الإنسان 2004م.

جاء الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعدل الصادر عام 2004م ليعكس التطور الحاصل في القانون الدولي لحقوق الإنسان وفي المنطقة العربية، وذلك من خلال شموليته لحقوق الإنسان التي تناولها سواء كانت حقوق مدنية أم سياسية أم اقتصادية واجتماعية والفئات الأخرى مثل حقوق الطفل والمرأة واللاجئ والعمالة الوافدة وكبار السن وحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة والنفسية والحق في التنمية. كما تناول الميثاق بعض الحقوق على نحو مفصل ومستفيض مستفيدا من فقه لجنة حقوق الإنسان في الأمم المتحدة كالحقوق غير القابلة للانتقاص خلال فرض التدابير الاستثنائية في أوقات الطوارئ<sup>(1)</sup>.

وهناك أربع قضايا مهمة أدت إلى التشكيك في فاعلية الميثاق العربي تتمثل القضية الأولى بإمكانية تقييد نطاق الحقوق الواردة فيه، والثانية في افتقار صياغة النصوص لبعض الحقوق من مكوناتها الأساسية، والثالثة تتعلق بتعارض بعض النصوص مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والأخيرة طبيعة العلاقة بين نصوصه والقانون الدولي الإنساني.

وقد أشار الميثاق العربي في العديد من مواده إلى التشريعات الوطنية السارية في الدول الأطراف بوصفها نظاما ومحددا لممارسة الكثير من الحقوق<sup>(2)</sup>، وهذه الإشارات وجدت في المواد المتعلقة بالقيود على تطبيق نظام محدد أو ممارسة كثير من الحقوق كعقوبة الإعدام في المادتين (6 و7) منه وضوابط إجراء الضوابط الطبية أو العلمية واستغلال الأعضاء المادة (9)، والحقوق السياسية المادة (24)، وحقوق الأقليات المادة (25)، وحرية التنقل واختيار مكان الإقامة المادتان (26 و27)، والحق في التمتع بجنسية المادة (29)، وحرية الفكر والعقيدة والدين المادة (30)، وحق الملكية المادة (31)، والحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير المادة (32)، وحقوق الرجل والمرأة وواجباتهم في

(1) Rishmawi, "The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward," pp. 364 - 366.

(2) انظر Paroula Naskou - Perraki, "Arab Charter on Human Rights: A New Start for the Protection of Human Rights in the Arab World," Revue Hellenique de Droit International, .vol. 26, no. 1 (2009), p. 122

والزواج المادة (33)، وحماية العمال الوافدين المادة (34)، الفقرة (5)، والحق في تكوين الجمعيات أو النقابات المهنية والحق في الإضراب المادة (35). ولكن يبقى ذلك رهن عملية تفسير الميثاق لهذه المواد. فهذه الضوابط والمحددات متعارف عليها في جميع الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان والدساتير الوطنية، والغرض منها يكون مراعاة بعض المتغيرات المحلية في تطبيق الحقوق وينبغي تفسيرها في نطاق ضيق ومبرر ومتسق مع الأهداف العامة للوثيقة إجمالاً<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### الحماية الوطنية لحقوق الإنسان في الدستور العراقي

باختلاف الأنظمة في العالم سواء النظام السياسي أم القضائي إلا أنه لا يخلو بلد في العالم من الآليات الوطنية لحماية حقوق الإنسان وتختلف هذه الآليات باختلاف الوسيلة والكيفية التي تعمل بها هذه الدول والأنظمة، كما أن هذه الدول لا تخلو أيضاً من هيكل أولي للجان حكومية مهمتها حماية حقوق الإنسان، فثمة بلدان تتوفر فيها هذه الهيئات واللجان على مستويات متعددة ومنها تقتصر على هيكلية واحد ولجنة واحدة على مستوى الدولة.

#### أولاً: آليات حماية حقوق الإنسان في الدساتير الوطنية

هناك العديد من الآليات الوطنية من حيث أسمائها تعمل الدول عليها في حماية حقوق الإنسان، فبعضها على شكل مؤسسات، وبعضها على شكل لجان، لكن التسمية الرئيسية هي المؤسسة. وتعرف هذه المؤسسات باسم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، والمؤسسات المستقلة المنشأة بموجب القانون أو الدستور، والتي تم إنشاؤها لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في بلدها ويتم إدارتها وتشغيلها بشكل مستقل عن الحكومة، كما أنها تعمل بشكل منفصل عن المنظمات غير الحكومية. ومع ذلك، يمكن لمؤسسات الدولة هذه بناء علاقات بناءة مع المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية والعمل معاً لحماية حقوق الإنسان. يمكن للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان الفعالة أن تساعد في

(1) Mohamed Y. Mattar, "Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards," Harvard Human Rights Journal, vol. 26 (2013), pp. 115 - 116

تعزير "الفجوة الوقائية" بين الحقوق الفردية ومسؤولية الدول:  
 - رصد حالة حقوق الإنسان في البلد وتصرفات الدولة;  
 - تقديم المشورة للدولة حتى يمكنها الوفاء بالتزاماتها الدولية والمحلية المتعلقة بحقوق الإنسان.

- تلقي الشكاوى المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان والتحقيق فيها وحلها.  
 - المشاركة مع المجتمع الدولي في إثارة القضايا الملحة بحقوق الإنسان والدعوة إلى التوصيات التي يمكن تقديمها إلى الدولة<sup>(1)</sup>.

وعملت الدول النازمة للاتفاقيات على إدراج بنود في صفحاتها لحض وإرغام الدول المصدقة عليها ووضع ضمانات أساسية في دساتيرها لعملية احترام وحماية حقوق الإنسان، وقد أخذت هذه الضمانات عدة صور منها سيادة المواد المقررة لحقوق الإنسان على القوانين الداخلية بسبب عالمية هذه الحقوق وعدم تجزئتها أو إهمالها، وبدأت الدول بالاعتراف بهذه الحقوق وقيمتها الإلزامية على الرغم من نكران الفقهاء الدستوريين على علوية هذه الحقوق على الدساتير الداخلية.

ويأتي موضوعه في ميثاق الأمم المتحدة تحت رقم (E/1999/22) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الدورة التاسعة عشرة (1998) التعليق العام رقم (10) دور مؤسسات حقوق الإنسان الوطنية في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

1- تلزم الفقرة (1) من المادة (2) من العهد كل دولة طرف بأن "تتخذ ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في العهد سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة". وتلاحظ اللجنة أن أحد هذه السبل، التي يمكن اتخاذ خطوات هامة من خلالها، هو عمل المؤسسات الوطنية لتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها. وفي السنوات الأخيرة تكاثرت هذه المؤسسات ولقي هذا الاتجاه تشجيعاً قوياً من الجمعية العامة ولجنة حقوق الإنسان. ووضعت مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان برنامجاً رئيسياً لمساعدة الدول وتشجيعها فيما يخص المؤسسات الوطنية.

(1) جيليان تريجز، رئيس اللجنة الاسترالية لحقوق الإنسان متوفر على الرابط التالي:

[/www.asiapacificforum.net/ar/members/what-are-nhris/what-are-nhris](http://www.asiapacificforum.net/ar/members/what-are-nhris/what-are-nhris)

2- وتجمع هذه المؤسسات بين لجان وطنية لحقوق الإنسان ومكاتب أمناء مظالم و"دعاة" المصلحة العامة أو غيرها من حقوق الإنسان ومدافعين عن الشعب. وفي حالات كثيرة، أنشأت هذه المؤسسات على يد الحكومة، وهي تتمتع بدرجة كبيرة من الاستقلال عن السلطتين التنفيذية والتشريعية، وتأخذ في الاعتبار التام معايير حقوق الإنسان الدولية التي تنطبق على البلد المعني، وقد كلفت بأنشطة متنوعة ترمي إلى النهوض بحقوق الإنسان وحمايتها. وأنشأت هذه المؤسسات في دول ذات ثقافات قانونية متباينة جداً، وبغض النظر عن وضعها الاقتصادي.

3- وتلاحظ اللجنة أن للمؤسسات الوطنية دوراً قد يكون بالغ الأهمية في تعزيز كافة حقوق الإنسان وضمان عدم قابليتها للتجزئة وترابطها.

وتبين القائمة التالية أنواع الأنشطة التي يمكن أن تضطلع بها المؤسسات الوطنية فيما يخص هذه الحقوق، والتي سبق أن اضطلعت بها في بعض الحالات:

(أ) ترويج البرامج التعليمية والإعلامية الرامية إلى زيادة الوعي بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتفهمها، بين السكان عموماً وفي أوساط مجموعات خاصة مثل الموظفين الحكوميين وأعضاء السلطة القضائية والقطاع الخاص والحركة النقابية.

(ب) إمعان النظر في القوانين والإجراءات الإدارية الموجودة، فضلاً عن مشاريع القوانين وغير ذلك من المقترحات لضمان تماشيها مع مقتضيات العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

(ج) إسداء المشورة التقنية أو الاضطلاع بدراسات استقصائية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك بناء على طلب السلطات العامة أو الوكالات المختصة الأخرى.

(د) تحديد معايير على الصعيد الوطني يمكن استخدامها لقياس مدى الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في العهد.

(هـ) إجراء بحوث وتحقيقات للتأكد من أعمال بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إما داخل الدولة ككل أو في أقاليم منها أو فيما يخص المجموعات الضعيفة بصورة خاصة.

(و) رصد أعمال حقوق محددة معترف بها في العهد، وتقديم تقارير عن ذلك إلى السلطات العامة والمجتمع المدني.



(ز) النظر في الشكاوى المتعلقة بمخالفات مزعومة لمعايير الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية السارية داخل البلد.

4 - وتدعو اللجنة الدول الأطراف إلى العمل على أن تشمل الولايات الممنوحة لكافة مؤسسات حقوق الإنسان اهتماما مناسباً بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتطلب إلى الدول الأطراف أن تضمن التقارير التي تقدمها إلى اللجنة تفاصيل بشأن كل من ولايات هذه المؤسسات وأنشطتها الرئيسية ذات الصلة.

وكمثال على ذلك فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين المواد الواردة في إعلانات حقوق الإنسان وفي مقدمة الدستور والتي اعتبرها في مرتبة القوانين العادية وبين المواد الواردة في صلب الدستور والتي اعتبرها في مرتبة القوانين الدستورية.

وبذلك يمكن القول أن الصور التي تبلورت فيها ضمانات حقوق الإنسان هي<sup>(1)</sup>:

- الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.  
- الرقابة الدستورية لضمان أن تكون القوانين في نطاق الدستور، وتكون وقائية سياسية أو قضائية.

- رقابة المشروعية لضمان أن تكون اللوائح والقرارات التنظيمية والفردية في نطاق الدستور والقوانين.

- إحداث نظام المفوض البرلماني أو المدعي العام المختص بحقوق الإنسان أو الوسيط أو أي مؤسسة وطنية أو لجنة تعنى بحقوق الإنسان.

- رقابة الشعب المباشرة في نظم الديمقراطية المباشرة بوسائل الاستفتاء والاعتراض وعزل النواب ورئيس الدولة وحل المجالس النيابية مباشرة بواسطة الشعب.

- رقابة الشعب غير المباشرة من خلال وسائل الإعلام والأحزاب والنقابات والجمعيات.

- إنشاء محاكم خاصة بحقوق الإنسان تنظر في الدعاوى المقدمة إليها من قبل الأفراد الذين تنتهك حقوقهم المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والدساتير الوطنية.

إن حقوق الإنسان تعتبر ضمانات قانونية عالمية تحمي الأفراد والجماعات من أي

(1) صبري محمد، رئيس قسم مساعدة الضحايا بالمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان: <https://www.cndh.ma/ar/bulletin-d-information/ttwr-hqwq-lnsn-l-lmstwyy-nldwly-wlwtwny>

تصرف أو إهمال يمس الحريات الأساسية والكرامة البشرية<sup>(1)</sup>. وإن حقوق الإنسان كلها على قدم المساواة بالغة في الأهمية، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م ينص بوضوح على أن حقوق الإنسان بكافة أنواعها الاقتصادية والسياسية والمدنية والثقافية والاجتماعية متساوية في الأهمية والصلاحية، وقد أكد المجتمع الدولي هذه الحقيقة مرارا ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر إعلان الحق في التنمية لعام 1986م وإعلان وبرنامج عمل فيينا لعام 1993م واتفاقية حقوق الطفل التي حظيت بمصادقة شبه عالمية<sup>(2)</sup>. ومن أهم خصائص حقوق الإنسان ما يلي:

- أنها ذات طابع عالمي، وأنها حق يتمتع به أفراد الجنس البشري منذ الولادة.  
- أنها تفرض التزامات فيما يتعلق بالتصرف والإهمال خاصة على الدول والجهات الحكومية.

- أنها مضمونة دوليا.

- أنها تحظى بحماية قانونية.

كما أن حقوق الإنسان مترابطة وغير قابلة للتجزئة، ويقرر مبدأ عدم قابلية التجزئة أنه ليس هناك إنسان أقل درجة من إنسان آخر بصورة متأصلة كما ينبغي حماية واحترام الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على قدم المساواة مع الحقوق المدنية والسياسية، ومبدأ الترابط بين هذه الحقوق يقر ويسلم بصعوبة ممارسة أي من حقوق الإنسان بمعزل عن بقية الحقوق.

ثانيا: الحماية الوطنية لحقوق الإنسان في ضوء دستور العراق 2005م.

يحتوي الدستور على التوجيهات الفلسفية والأحكام القانونية والقواعد العامة لاحترام وحقوق وحرية الإنسان، ويبين أيضاً مدى التزامه بمبادئ القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان وهذا ما تجسد في ديباجة دستور العراق لعام

(1) جمال الدين عطية، تطور حقوق الإنسان في النظم الوضعية، منشور على الموقع [www.cdhrap.net](http://www.cdhrap.net).

(2) محمد مصطفى الريسوني، "دور المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان في حماية وتطوير حقوق الإنسان"، مداخلة في الدورة التكوينية لفائدة الصحفيين بعنوان الصحافة وحقوق الإنسان، نظمها المجلس الاستشاري والنقابة الوطنية للصحافة المغربية بالرباط، بتاريخ 13 - 14 - مارس 1998م، مطبعة الأمنية، الرباط 1999م، ص 178.

2005م النافذ، وبهذه الديباجة تكون بمثابة المقدمة التي تقرر فيها عقيدة أو فلسفة النظام الذي ينشأ القانون الدستوري في ظلها، وأسباب سن الدستور وطريقته، وبيان الإطار السياسي المحدد للديباجة ذات الصيغة القانونية<sup>(1)</sup>.

ويعد العراق من الأوائل الذين انضموا إلى ميثاق الأمم المتحدة وأحد مؤسسيه بعد أن ساهم في مؤتمر سان فرانسيسكو وإنه يلتزم بما التزمت به شعوب الأمم المتحدة في مادتها الأولى الفقرة الثالثة والرابعة من تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وعملت السلطة التشريعية العراقية في عام 2005م على تعديل القوانين بما يتفق مع الاتجاهات الجديدة فيما يتعلق بحقوق الإنسان وتضمينها في الدستور. وللعراق تاريخ طويل وعريق في انضمامه إلى الاتفاقيات الدولية ومع ذلك فإنه لم يهتم كثيراً في تطبيق الاتفاقيات في دستوره.

ويتم تناول حقوق الإنسان في العراق إلى حد كبير في الفصل الثاني من الدستور العراقي الدائم، وتتضمن المواد من (14 إلى 36)؛ ويتمتع العراقيون بحقوق متساوية بغض النظر عن العرق أو الدين أو غيرهم من الأشخاص. كما يؤكد الحق في الحياة والأمن والحرية وتكافؤ الفرص والمحاكمة العادلة والحق في العمل والتملك. وإضافة إلى ما سبق، نص الدستور أيضاً على الحق في التعليم والصحة والسكن والعمل والضمان الاجتماعي لقيادة الناس لعيش حياة كريمة.

وتضمنت المواد (37 - 46) من الفصل الثاني (الحرية) حيث نصت على تحظر جميع أشكال التعذيب الجسدي والنفسي والمعاملة اللاإنسانية. علاوة على ذلك، يحرم الدستور أي عمل من أعمال الإكراه أو التهديد أو التعذيب لانتزاع الاعتراف. كما تضمن الدولة حماية الأفراد من الإكراه الفكري والسياسي والديني. السخرة والاستعباد وتجارة الرقيق والاتجار بالنساء والأطفال والاتجار بالبشر. وتضمن الدولة حرية الكلام والصحافة والتظاهر السلمي وتكوين الجمعيات والأحزاب السياسية، وكذلك حرية الفكر والوجدان

(1) علي هادي حميد الشكراوي، المبادئ العامة في ديباجة الدستور وقيمتها القانونية والسياسية، دراسة مقارنة مع دستور العراق لسنة 2005م، مجلة العدالة، العدد 2183، في 15 حزيران 2011م، ص 15. وانظر: سعدي عبد الله عبد العجيلي: التجربة الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية العراق، دراسة مقارنة، الدنمارك 2011م، ص 64.

والمعتقد.

على الرغم من أن الدستور العراقي يعترف بالحقوق والحريات المذكورة في المواد (14 - 46) من الفصل الثاني، إلا أنه لا يتضمن الالتزامات بالاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها العراق وانضم إليها، ولا ينص بوضوح على أن هذه الحقوق تمثل الحد الأدنى من حقوق الإنسان الطبيعية، ولا يسمح بأي انتقاص من هذه الحقوق عن طريق التشريع أو اللوائح أو القرار، كما لا ينص الدستور على عقوبات لمخالفتي هذه الحقوق. ولا ينص الدستور والقسم الخاص بالسلطة القضائية في الفصل الثالث من المواد (87 - 101) على أن القضاء العراقي يجب أن يقرر دستورية المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمها العراق بموجب القانون المادتان (4 و73)، والمواد (2 و81)، والمواد (6 و110) الخاصة بنص الدستور، ويجب أن تخضع القوانين الصادرة لتكملة الدستور لنظر المحكمة الدستورية لبيان درجة دستورتها وما إذا كانت تنتهك الأحكام من الدستور والنظام العام<sup>(1)</sup>.

كما أقر الحقوق المدنية والسياسية وأهم ما جاء فيه هو المساواة أمام القانون في تحمل الأعباء العامة، وأن الأفراد في المجتمع العراقي حقوقهم مصنونة وحقهم في حياة كريمة وحمائتها من أي اعتداء ولهم الحق في الحرية والتعبير عن آرائهم، كما أنه أكد على استقلال القضاء وأن حق التقاضي مكفول للجميع<sup>(2)</sup>، أما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فمن أبرزها حق العمل وضمان الظروف المناسبة للعمل، وأن الملكية مصنونة ولا يجوز الاعتداء عليها أو تقييدها وغيره من الحقوق الأساسية والأصيلة التي أفردتها الدستور في مواده وهو ما يشكل دعامة وضمانة أساسية لحقوق الإنسان في العراق.

ورأى المشرع العراقي أن هناك حاجة ملحة إلى تشيع قانون خاص بإنشاء مفوضية عليا تقوم بمهامها الرئيسة لضمان حقوق الإنسان وحمائتها، فقد جاء في الديباجة (من أجل إشاعة ثقافة حقوق الإنسان في العراق وحمائتها وتعزيزها وضمانتها ومراقبة

(1) رزاق حمد العوادي، نظرة قانونية على الدساتير العراقية مقارنة مع الدساتير الأجنبية والدستور العراقي لعام 2005م، دراسة منشورة على موقع الحوار المتمدن بتاريخ 2014/2/20م، على الموقع التالي: <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=401688>

(2) ينظر مواد الدستور من المادة 14 إلى 21.

انتهاكاتها وتقويمها ولغرض تشكيل مفوضية عليا لحقوق الإنسان تتولى تنفيذ المهام.. شرع هذا القانون، فجاء تشريعها في العراق تحت رقم (53) لعام 2008م المعدل، وجاء في المادة (2) من القانون أن هذه المفوضية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري وأن يكون مقرها في بغداد، وأن ترتبط بمجلس النواب وأن تكون مسؤولة أمامه، وعلى المفوضية أن تفتح فروعها في باقي المحافظات ومن أهم أهداف هذه المفوضية هي<sup>(1)</sup>:

- ضمان تعزيز حماية حقوق الإنسان واحترامها.
  - حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور وفي غيرها من القوانين والمعاهدات.
  - ترسيخ قيم حقوق الإنسان لدى الشعب وإشاعة ثقافتها.
  - وبموجب هذا القانون فوضت المفوضية العليا لحقوق الإنسان بأداء مهماتها المنوطة إليها وهي:
  - تلقي شكاوى انتهاكات حقوق الإنسان.
  - تحريك دعوى قضائية ضد ممارسي الانتهاكات.
  - القيام بزيارات تفقدية للسجون وأماكن الاعتقال.
  - إصدار التقارير السنوية عن أوضاع حقوق الإنسان في العراق.
- إن الدستور العراقي لعام 2005م والمفوضية العليا لحقوق الإنسان يعدان من أبرز ضمانات حقوق الإنسان وحمياته في العراق لكونهما يتسمان بالعلو القانوني والتشريعي، وإلى جانب هاتين المؤسستين توجد مؤسسات وجهات أخرى تمارس دورا فاعلا في هذا الاتجاه فرقابة مجلس النواب متمثلة في لجنة الدفاع عن حقوق الإنسان، وهناك جمعيات ومؤسسات ونقابات ووسائل إعلام أيضاً تشكل دورا مهما على ضوء الصلاحيات التي أعطيت لها من الدستور.

(1) ينظر قانون المفوضية العليا لحقوق الإنسان رقم 53 لسنة 2008م المعدل.

## المبحث الثاني

### الآليات والضمانات الدستورية لحماية حقوق الإنسان في القانون العراقي

تعرف الضمانات بأنها: "الوسائل والأساليب المتنوعة التي يمكن بواسطتها ضمانة الحقوق والحريات من أن يعتدى عليها"<sup>(1)</sup>. ويعد الدستور خير ضامن لحقوق الأفراد وحرياتهم وجاء به من مواد وتضمنه في صفحاته من نصوص تؤكد على هذه الحقوق من خلال صياغتها في مجموعة من المبادئ الدستورية التي على الدولة القانونية الالتزام بها، وإلا لا فائدة من وجود نصوص دستورية غير ملزمة وغير قابلة للتنفيذ؛ ومن أجل ضمان احترام الدستور لابد من توافر مجموعة من الضمانات المتمثلة بمجموعة من الضوابط القانونية الحامية للنصوص الدستورية من الانتهاك.

## المطلب الأول

### الآليات والضمانات الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان

عملت الأمم المتحدة من خلال هيئاتها إلى إيجاد طرق ووسائل منع وردع ومعاقبة الدول والأفراد الذين يرتكبون جرائم دولية وأسفرت هذه الجهود عن إبرام مبادئ نورمبرج وإبرام اتفاقيات دولية تضمن الحد الأدنى من حقوق الإنسان الجنائية، وإقامة عدد من المحاكم المختصة، وإصدار الآراء الاستشارية وتؤكد على وجود ضمانات قانونية دولية

أولاً: الضمانات في هيئة الأمم المتحدة

تضمنت اتفاقيات الأمم المتحدة على مواد ضامنة في بنودها لحماية هذه الحقوق في الاتفاقيات الدولية وأنشأت لجان مختصة لهذه الاتفاقيات تقوم بمراقبة ومحاسبة كل دولة طرف على انتهاكات هذه الاتفاقيات فنرى في القسم الرابع من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المواد (28 - 45)<sup>(2)</sup>، ووضعت آليات تتضمن امتثال الدول الأطراف لهذا العهد؛ حيث نصت المواد على إنشاء لجنة تسمى لجنة حقوق الإنسان وبينت هيئتها ووظائفها وطريقة عملها. وقد أشارت المادة (14) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إلى تعهد الدولي على تأمين التعليم الإلزامي للجميع وحق الفرد في

(1) نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1965م، ص 247.

(2) ينظر: وثيقة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

المشاركة في الحياة الثقافية والتمتع بالتقدم العلمي وغيرها من الحقوق التي نص عليها العهد.

ومجلس الأمن هو الجهاز التنفيذي للأمم المتحدة والضامن الرئيسي للنظام الدولي، وتمثل مهمته في حماية حقوق المدنيين، وصون السلم والأمن الدوليين، واتخاذ تدابير قمعية أو قسرية ضد المسؤولين، ويلتزم أعضاء الأمم المتحدة بتنفيذ وحماية معاهدات حقوق الإنسان المعروضة على مجلس الأمن وعلى المستوى الداخلي.

وتوجد هذه الضمانات في جميع المعاهدات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، وكل معاهدة هي ضمان، وهو شرط يقوم بموجبه كل طرف متعاقد بأداء عمله وفقاً للاتفاقية، ومؤخراً ظهر مذهب فقهي واتفاق دولي يقول: أن حتى الدول غير الأطراف في الاتفاقية هي مسؤولة عن الانتهاكات لأي اتفاقية دولية حتى وإن لم تنظم إليها لأن ذلك يهدد السلم والأمن الدوليين، وهذا ما تضمنته بعض الاتفاقيات الدولية فجاء في اتفاقية فينا للمعاهدات المادة 35: المعاهدات التي تنشئ التزامات على الدول الغير: "ينشأ التزام على الدولة الغير من نص في المعاهدة إذا قصد الطرف فيها أن يكون هذا النص وسيلة لإنشاء الالتزام وقبلت الدولة الغير ذلك صراحة وكتابة".

#### ثانياً: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

تعتمد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أنشأت وفقاً لميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان على التقييمات الوطنية للمشرعين الوطنيين في دول الاتحاد الأوروبي للهيئات القضائية وذلك استناداً على من قرار "هاندي سايد" "Handyside"<sup>(1)</sup>. وكان ذلك في إطار مبدأ التكامل الذي ينبغي ربطه بهذا المفهوم<sup>(2)</sup>. ويأتي ذلك وقال لمبدأ احترام الاتفاقيات ويجب أن يكون بداية مضمونا بفضل الوسائل القانونية الداخلية، وفي الوقت نفسه يمكن لكل دولة أن تتصرف ببعض الحرية في اختيار التدابير المتخذة من أجل التطبيق الملموس للاتفاقيات.

ويقوم مبدأ احترام الاتفاقيات في نظام المحكمة الأوروبية على ميزة التسامح محاولة

(1) Affaire Handyside du 7 septembre 1976. par 42 et 57

(2) Franz Matscher « les contraintes de l'interprétation juridictionnelle les méthodes d'interprétation de la convention européenne», op, cit, p. 32.

منها للتوفيق مع مقتضيات البناء الأوروبي وحماية التعددية القانونية<sup>(1)</sup>؛ وهذا المبدأ يروونه ضروريا لوجود بعض المرونة من أجل دخول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حيز التنفيذ. والمساعدة على تبنيتها في الواقع الثقافي والاقتصادي والقانوني والاجتماعي الذي يختلف من دولة إلى أخرى. ومع هذا فإننا نجد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد استعانت بالعوامل التاريخية والسياسية الخاصة بكل دولة، وهذا ما كرسته في حكمها في قضية "بدهولزاند" "Pdholzind"<sup>(2)</sup> والمتعلقة بالحق في الانتخاب المكرس في المادة (3) من البروتوكول الأول.

ولكن هذه المرونة يثور بشأنها بعض التفاصيل في إطار نظام قانوني محدد من شأنها أن تشكل خطرا على تحويل هذه الحقوق المضمونة إلى حقوق قابلة للتغيير؛ وبالتالي يتحول هامش التقييم للدول من مبدأ معدل في إلهامه إلى مبدأ مدمر ومخرب في تطبيقه لنظام الحماية المكرس من قبل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

### ثالثا: المحكمة الأميركية لحقوق الإنسان.

تعد المحكمة الأميركية من المحاكم التي لها خصوصيتها المنفردة في التعامل مع حقوق الإنسان والضمانات التي تقدمها من أجل حماية هذه الحقوق ولها خصوصية في الإجراءات والضمانات الحقوقية كل من تليغات الدول وعرائض أو شكاوى الأفراد ثم نتطرق إلى شروط كل منهما ثم نتطرق إلى الإجراءات المتبعة.

#### أ - تليغات الدول:

حيث أوضحت المادة 45 من اتفاقية الدول الأميركية لحقوق الإنسان أن لجنة الدول الأميركية لحقوق الإنسان تختص باستقبال تليغات الدول بشروط معينة لا بد من توافرها أهمها: وجوب قيام الدولة الطرف في اتفاقية الدول الأميركية لحقوق الإنسان، في أي وقت من الأوقات بإعلان قبولها اختصاص اللجنة للنظر في هذا النوع من التليغات، وقد يكون إعلان الدولة الصادر استنادا لنص المادة (3/45) من الاتفاقية مطلق المدة أو محدد

- (1) Pierre Lambert «marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité» in SUDRE Fr. (dir.), Interprétation de la convention européenne des droits de l'homme (actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme) UMR. CNRS. 5815) – Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 85.
- (2) Affaire Padholzind du 9 avril 2002.



المدة أو محددًا بحالة معينة<sup>(1)</sup>.

ب - عرائض أو شكاوى الأفراد:

تتلقى اللجنة العرائض الفردية ضد الدول الأطراف في اتفاقية الدول الأميركية وكذلك العرائض الموجهة ضد دول أعضاء في منظمة الدول الأميركية لكنها ليست طرفاً في الاتفاقية<sup>(2)</sup>. وهذا ما تبينه نص المادة (51) من لائحة الدول الأميركية لحقوق الإنسان الموجودة تحت الفصل الثالث المعنون بالالتماسات التي تتعلق بالدول غير الأطراف في الاتفاقية الأميركية بشأن حقوق الإنسان وهذه الالتماسات التي تتعلق بالدول غير الأطراف في الاتفاقية الأميركية بشأن حقوق الإنسان.

ج - شروط التبليغات والعرائض:

فوفقاً للمادة (46) من الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان يخضع قبول التبليغات والعرائض إلى شروط معينة هي:

- أن تكون طرق المراجعة التي يوفرها القانون المحلي قد اتبعت واستنفدت طبقاً لمبادئ القانون الدولي المعترف بها اعترافاً عاماً.
- ألا يكون موضوع العريضة أو التبليغ عالقاً أمام هيئة إجرائية دولية أخرى للبت فيه.

ثالثاً: الضمانات الدستورية في التشريع العراقي

هنالك مجموعة من الضمانات أو المبادئ الدستورية المتعارف عليها في جميع الدول ذات الأنظمة الديمقراطية، والتي نص عليها الدستور العراقي لعام 2005م، منها:

1 - مبدأ سيادة القانون.

2 - مبدأ الفصل بين السلطات.

3 - مبدأ استقلال القضاء.

ولمعرفة هذه المبادئ سنتطرق إليها بشكل من الإيجاز كما وردت في الدستور

العراقي:

1- مبدأ سيادة القانون: يقصد به خضوع الجميع للقانون سواء كانوا حكاماً أم

(1) محمد يوسف علوان؛ محمد خليل الموسى: القانون الدولي لحقوق الإنسان: المصادر ووسائل الرقابة، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009م. ص 312.

(2) محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، المرجع نفسه، ص 313.

محكومين، بحيث يسمو القانون ويعلو على كل إرادة في الدولة، فخضوع الدولة للقانون أو مبدأ المشروعية يهدف إلى جعل جميع السلطات والهيئات في الدولة تخضع لقواعد ملزمة لها كما هي ملزمة للأفراد العاديين<sup>(1)</sup>. ولقد أكد الدستور العراقي على ذلك في المادة (5) منه على أن: (السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية). ويؤكد أيضاً في ما ورد بالمادة (46) من الدستور التي حرمت تقييد أي حق من الحقوق أو الحريات الواردة في الدستور إلا بناءً على قانون يصدر بالخصوص، على أن لا يمس هذا التقييد جوهر الحق أو الحرية.

2- مبدأ الفصل بين السلطات: وهذا المبدأ يعد من المبادئ المهمة التي نص عليها دساتير الدول التي تعنى بحقوق الإنسان، ويقصد به: توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة، بحيث كل سلطة تمارس مهامها وفق الحدود التي عينها لها الدستور ومن دون تجاوز على اختصاصات السلطات الأخرى. فمبدأ الفصل بين السلطات لا يعني الفصل المطلق بين سلطات الدولة وإنما عدم تركيز جميع وظائف الدولة بيد سلطة واحدة أو هيئة واحدة وهو ما يعرف بالفصل المرن، لأن الواقع العملي أثبت عدم إمكانية الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه<sup>(2)</sup>.

3- مبدأ استقلال القضاء: يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي نصت عليها أغلب دساتير الدول المعاصرة لأنه لا معنى من المناداة بسيادة القانون والفصل بين السلطات دون وجود قضاء مستقل يعمل بمنأى عن أي تدخلات من قبل باقي سلطات الدولة، فالقضاء هو حامي الحقوق وميزان العدالة في الدولة، لذا فمن أجل أن يمارس مهامه لا بد أن يكون مستقلاً في عمله عن السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>(3)</sup>. وهنا يقصد باستقلال القضاء: إنه وحده الذي يختص بالفصل في المنازعات وبالحكم

(1) منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، الكتاب الأول (النظرية العامة للدولة)، 2009م، ط1، ليبيا، ص300.

(2) وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لعام 2005م، كلية المستقبل الجامعة/ قسم القانون، مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد3، لسنة 2013م، ص660.

(3) المصدر نفسه ص661.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الاستقلال يعني أن القضاة وهم يؤدون أعمالهم لا يخضعون في ذلك إلا للقانون وحده، ولا يتلقون في هذا الشأن توجيهات من أحد كائناً من كان<sup>(1)</sup>. ويقاس أيضاً بالنظر إلى مدى توافر مجموعة من العوامل أبرزها:

- انفرادة بالفصل في المنازعات الناشئة بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة واستقلاله بإصدار أحكامه القاضية بالإدانة أو البراءة.

- وحظر تحصين أي عمل من رقابة القضاء (أعمال السيادة)<sup>(2)</sup>. وبهذا نص في الدستور العراقي لعام 2005م في المادة (87) منه والتي أشارت إلى أن السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، كما ورد أيضاً في المادة (88) من الدستور، بأن القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.

#### رابعاً: معوقات تطبيق قوانين الدستور العراقي وانتهاك الاتفاقيات الدولية

إن "الضمانات القانونية للحريات العامة والحقوق الأساسية تنصرف إلى مجموعة الوسائل التي يقرها التنظيم القانوني في الدولة بتقرير مبادئها دستورياً من أجل كفالة الاحترام الواجب لهذه الحريات ووضعها موضع التطبيق ونظراً لأهمية الوثائق الدستورية وعلو منزلتها فإن الشعوب تحرص على أن تسجل مكاسبها وحقوقها وحرياتنا كثمرة من ثمرات كفاحها الطويل ضد السلطات المستبدة في الدول غير الديمقراطية"<sup>(3)</sup>. ويتوجب على الحكومات أن تحترم تلك المبادئ والقواعد الدستورية وأن تضمن حمايتها من الخروج عليها من جانب السلطة التشريعية فيما تصدره من تشريعات ومن السلطتين التنفيذية والقضائية عند التطبيق.

وفي العراق حدثت بعض المشاكل القانونية والاجتماعية وأوجد عدم الاستقرار السياسي والقانوني نقيضان من الأحكام التي أودت بعدم تطبيق الدستور كفالة حماياته

(1) يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م، ص 237-238.

(2) حسين جميل، حقوق الإنسان في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط2، 2001م، ص 141، وكذلك ينظر علي الشكري، مصدر سابق، ص 196.

(3) مكي ناجي الانتهاكات الدستورية في ظل المادة (130) من الدستور، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، للمزيد ينظر الرابط التالي: <https://www.sjc.iq/view.2326>

بشكل يتوافق ويتلاءم مع الاتفاقيات لدولية، وهذان النقيضان هما: القانون المدني، والثاني فهي الأعراف السائدة في المجتمع، التي أصبحت تهيمن على المشهد القانوني في العراق، مما أحدثت كما هائلا من المشاكل. ومن وجهة نظر القانوني طارق حرب: "إن القانون لا يمكن أن يحدد وجوده إذا لم تكن هنالك "مشاكل"، فهو صدر لإيقاع العقوبة على من ارتكب الجريمة، ومعاقبة من تورط بفساد مالي وإداري، والمخالفات، والاعتداءات، وغيرها من الأحكام، فالقانون هنا يجب أن يطبق وإذا لم يطبق فهذه مسألة لا يمكن قبولها بتاتا. وتتجسد هذه المشكلات تطبيق القانون ومعوقاته والعبرة هي ليست في القانون ولا بأحكامه، وإنما بتطبيق القانون"<sup>(1)</sup>.

وهذه المعوقات التي باتت تفرض نفسها شيئاً فشيئاً على القانون أحدثت ازدواجية بالحكم، وعاقبت تطبيقه مما أحدثت ضعفا واضحا بانسيابية القانون بسبب هيمنتها على المشهد القانوني في العراق؛ حيث ذكر تقرير دولي أن القضاة أدانوا المتهمين وحكموا عليهم بالإعدام بالاعتماد حصراً أو بشكل أساسي على وزن دليل الاعتراف المشكوك في صحته أو شهادة المخبر السري. علماً بأن أغلب المتهمين، وفقاً للتقرير، مثلوا أمام المحاكم بدون تمثيل قانوني، "وفي الحالات التي عينت فيها المحكمة محامين لهم فإن المتهمين لم يمنحوا وقتاً كافياً لإعداد دفاعهم على نحو ملائم". وبناءً على ذلك، فقد عبر الطرفان (OHCHR و UNAMI) عن قلقهما لنقاط الضعف في النظام القضائي العراقي، وعلى أن التحقيقات الجنائية والإجراءات القضائية لا تلتزم بالضمانات الدولية أو الدستورية الخاصة بالأصول المرعية ومعايير المحاكمات العادلة في حالات الأحكام بالإعدام، ولم تستثنى المؤسسات الأمنية والعسكرية من الاتهامات المباشرة في التعرض للمواطن العراقي وسلبهم حقوقهم المدنية، وانتهاك حرياتهم من خلال التعذيب الوحشي والمعاملة غير الإنسانية أو المهينة، والاختطاف القسري"<sup>(2)</sup>.

وفي مركز مكافحة الإرهاب في الأنبار، الذي زاره سليل شيتي، وهو الأمين العام

(1) طارق حرب، في حديث صحفي لموقع الأخبار: ينظر الموقع التالي:  
<https://akhbaar.org/home/2017/3/225136.html>

(2) حقوق الإنسان في العراق عندما لا يكون الدستور كافياً، تقرير منشور على الموقع التالي:  
<https://fanack.com/ar/iraq/human-rights-in-iraq/when-a-constitution-is-not-enough>

الثامن لمنظمة العفو الدولية، ضمن وفد في 30 أبريل 2016م، حيث يحتجز (683) رجلاً بدون توجيه تهم، حيث يتكدس المعتقلون في عدة غرف داخل مجمع المستودعات المهجورة التي تستخدم بمثابة مرفق للاحتجاز والاستجواب. وكان "سليل" قد صرح بأنه "كان مشهداً مروعاً حقاً" حيث أن البعض منهم معتقل لأسابيع أو شهور بدون توجيه تهم. ولم تنجو السيدات العراقيات من عنف المؤسسات الأمنية العراقية، فقد وثقت هيومن رايتس ووتش في تقرير "لا أحد آمن" إساءات تعرضت لها السيدات العراقيات أثناء الاحتجاز، استناداً إلى مقابلات مع سيدات وفتيات من السنة والشيعية في السجون؛ ومع عائلاتهن ومحاميهن؛ ومع مقدمين للخدمات الطبية في السجون. ووثق التقرير قيام السلطات العراقية باحتجاز آلاف السيدات العراقيات دون وجه حق وتخضع الكثيرات منهن للتعذيب وإساءة المعاملة، بما في ذلك الانتهاك الجنسي. وأفادت سيدتان بأن الاعتداء الجنسي من حراس السجن أدى إلى حملهما، بحسب نفس التقرير<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي

تعد العلاقة بين القانون الداخلي والدولي علاقة لها أهميتها من خلال تناول دراسة عناصرهما المهمة وتثري عدة إشكاليات على المستوى الوطني والدولي، لأن معظم الدول ارتبطت فيما بينها بمواثيق ومعاهدات دولية تحوي على قواعد قانونية قد تكون مخالفة للقواعد القانونية الموجودة في داخل الدولة. لاسيما إن تداخل العلاقات الدولية واتساع نطاقها في العصر الحديث، أدى إلى تطور القانون الدولي وتقديمه بشكل أصبحت معه موضوعاته تشمل تلك التي كانت تعد من صميم الاختصاص الداخلي للدولة.

#### أولاً: نظرية وحدة القانون وازدواج القانون

1- يذهب أصحاب نظرية وحدة القانون إلى أن القانون بجميع فروعِهِ سواء كان دولياً أو داخلياً فإنه يشكل نظاماً قانونياً واحداً لا يمكن تجزئته فهو يمثل وحدة متكاملة من القواعد القانونية؛ حيث أن قواعد هذه النظرية تتدرج بشكل دقيق وتسلسلي، وهذا ما قد

(1) حقوق الإنسان في العراق عندما لا يكون الدستور كافياً، تقرير منشور على الموقع التالي:  
/https://fanack.com/ar/iraq/human-rights-in-iraq/when-a-constitution-is-not-enough

يسبب أحياناً التنازع بين تلك القواعد، غير أن مسألة التدرج؛ أحدثت تيارين تتباين آراؤهما حول تحديد أي القانونين يعلو على الآخر؛ أحدهما تبنى فكرة سيطرة وعلو القانون الدولي على القانون الداخلي، أما الآخر فأخذ بفكرة اشتقاق القانون الدولي من القانون الداخلي أي علو وسمو القانون الداخلي على القانون الدولي. وفيما يلي بيان لكل من هذين التيارين<sup>(1)</sup>.

**التيار الأول:** وحدة القانون مع سمو القانون الدولي على القانون الداخلي المنطق القانوني يحتم خضوع الدولة للقانون الدولي كما في ذلك (القرية تخضع للمدينة والمدينة للمحافظة والمحافظة تخضع إلى قوانين الدولة وتخضع مجموعة من الدول إلى القانون الدولي العام) وبذلك يكون القانون الدولي أعلى من قانون الدولة الداخلي؛ حيث يرى أصحاب هذا التيار أن القانون الداخلي مشتق من القانون الدولي حيث أن القانون الدولي هو الأصل والقانون الداخلي هو الاستثناء والقاعدة العامة هي أن الأصل يسمو ويعلو على الاستثناء.

**التيار الثاني:** وحدة القانون مع سمو القانون الداخلي على القانون الدولي هذا المذهب يتزعمه فريق من الفقهاء وهما "كوفمان - فريانديري" والفقهاء السوفييت "kotliarevsky" ويذهب أصحابه إلى القول بأن القاعدة الأساسية فيه تعد أساساً للقانون ومثبتة في القانون الداخلي، وفي دستور الدولة، وذلك لأن الدولة هي من تحدد بإرادتها التزاماتها الدولية؛ وذهبوا بالقول أنه لا توجد سلطة عليا فوق الدولة تحدد هذه الالتزامات، وأن دستور الدولة هو يحدد السلطات المختصة في إبرام المعاهدات باسم الدولة، وعلى ذلك، فإن القانون الدولي العام يتفرع عن القانون الداخلي، أي أن أنصار وحدة القانون يعتمدون على ركنين أساسيين هما: (عدم وجود سلطة عليا فوق الدولة)

(1) لينا الصمادي، ماهي علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، دراسة منشورة على الرابط التالي:

<https://e3arabi.com/law/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%8A-%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84>

و(تستمد الدولة حريتها من خلال سند دستوري، وهو مستمد من القانون الداخلي)<sup>(1)</sup>.  
 2- إن مذهب ازدواجية أو ثنائية القانون يقوم على أساس اعتبار القانون الدولي قانون تنسيق لا يقوم إلا رضا الدول، فالقانون الدولي والقانون الداخلي يعدان - بحسب أصحاب هذا المذهب- نظامان قانونيان منفصلان ومستقلان تماما عن بعضهما البعض. ويتزعم هذا المذهب الألماني ترييبيل والفيقيه الإيطالي أنزيلوتي، وهما يذهبان إلى أن القانونين ينظمان علاقات اجتماعية مختلفة<sup>(2)</sup>.

إن أهم ما تقوم عليه نظرية ازدواجية القانون هو انفصال القانون الداخلي عن القانون الدولي مما يحتم استحالة تطبيق محاكم أحد القانونين على القانون الآخر، ويترتب عنه استحالة قيام التنازع بينهما فلا يكون إلا من خلال القانون الواحد، ولما كانت كل من قواعد القانون الدولي والقانون الداخلي منفصلة عن بعضها من حيث الأهداف والعلاقة الاجتماعية التي تنظمها، فإن المنظومة القضائية داخل الدولة ملزمة بتنفيذ قواعد القانون الداخلي بغض النظر سواء أكانت مطابقة لقواعد القانون الدولي أو معارضة له<sup>(3)</sup>.

أما من حيث استقلال القانونين عن بعضهما فمن حيث الموضوع فإن الدولة هي من تقوم بإنشاء القانون الدولي بالاتفاق مع باقي الدول، وتنشئ القانون الداخلي بإرادتها المنفردة، وعند تعديل أو إلغاء قاعدة من قواعد القانون الدولي العام فإن الدولة لا تملك صلاحية ذلك إلا في إلغاء أو تعديل قانونها الداخلي ولو أخل ذلك بإحدى واجباتها أو إزاماتها الدولية، ولا يترتب عن ذلك بطلان القانون؛ بل ينفذ القانون في داخل الدولة، وتكون مسؤولة دوليا في مواجهة الدول الأخرى لمخالفتها ما التزمت به دوليا. ومن حيث الشكل فإن القواعد القانونية الدولية لا تكتسب صفة الإلزام في دائرة القانون الداخلي إلا إذا تحولت إلى قاعدة قانونية داخلية، كما لا يمكنها أن تكتسب صفة الإلزام الدولي إلا إذا تحولت إلى قاعدة دولية<sup>(4)</sup>.

فضلا عن ذلك هناك موضوع المحاكم المختصة والنظر في الدعاوى والشكاوى فعدم

(1) أبو الخير أحمد عطية عمر، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003م، ص34.

(2) حسينة شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث العدد 2007/5م، ص31 - 32.

(3) إبراهيم العناني، القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999م، ص71.

(4) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة 17، القاهرة، 1992م، ص92.

اختصاص المحاكم الوطنية بتطبيق القانون الدولي فهي تقوم بتطبيق وتفسير القانون الداخلي؛ أما القواعد القانونية الدولية فلا يمكن تطبيقها أو تفسيرها إلا إذا تحولت إلى قوانين داخلية<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: مبدأ سمو وعلو القانون الدولي في نظر القضاء الدولي والوطني.

إن علو القانون الدولي وسموه على الدساتير الداخلية يعد من عناصر الدولة القانونية، ومن المظاهر الأساسية مبدأ سيادة القانون عنصراً للدولة الحديثة، ويتجسد بخضوع كل سلطة من سلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) لمبادئ القانون، وكذلك التزام الأفراد لحكم القانون كما يلتزم كل فرد في المجتمع بمراعاة بحدود القواعد القانونية، فلا يجوز ممارسة أي عمل إلا وفقاً بحقوق الآخرين<sup>(2)</sup>، ولهذا فإن أعمال الهيئات العامة وقراراتها لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية ولا ملزمة للأفراد إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون التي تحكمها<sup>(3)</sup> والخضوع للقانون لا تقصد به القانون بمعناه الذي يشمل القواعد القانونية كافة بدء الضيق الصادر عن السلطة التشريعية؛ بل تقصد به القانون بمعناه الواسع من الدستور وانتهاء بالقرار الإداري الفردي<sup>(4)</sup>.

كما أن الارتباط الوثيق بين قوانين حقوق الإنسان ومبدأ سمو الاتفاقيات الدولية وعلوها يجسد قمة الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان الذي يفترض أن يكون القانون ذاته يهدف إلى احترام تلك الحقوق والحريات وكفالتها، بمعنى أن لا قيمة عملية لمبدأ سيادة القانون إذا كان القانون نفسه لا يحترم حقوق الإنسان وحرياته، وهذا المبدأ هو الذي يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية أو الاستبدادية وذلك لأن الدولة لا تكون قانونية إلا عندما تخضع فيها جميع الهيئات العامة لقواعد القانون في جميع مظاهر

(1) بعاج محمد، العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية العدد 1، جامعة الأغواط، ص 304 - 305.

(2) ميشم حسين الشافعي، الوسائل القانونية لحماية حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد 2، 2016م، ص 139.

(3) علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية، دار واسط، لندن، 1985م، ص 18.

(4) مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، ط 1، بيت الحكمة، بغداد، 2009م، ص 36.



نشاطها<sup>(1)</sup>

## ثالثاً: التنازع بين القانون الدولي والتشريع الداخلي العراقي.

نص الدستور العراقي النافذ على مبدأ سيادة القانون في المادة (5) منه على أن السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها، ويمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية. وأكد كذلك على مبدأ سمو الدستور الذي نص عليه في المادة (13):

أولاً: يعد هذا الدستور القانون الأعلى والأعلى في أنحاءه كافة وبدون استثناء. ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويكون ملزماً باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه. ولقد وضعت المادة (13) من الدستور مبدأ دستورياً عاماً تقره جميع دساتير العالم كما يقره ويحترمه القضاء والفقهاء الدستوريين، وهو مبدأ علوية وسمو الدستور الذي يجعل الدستور أعلى وأسمى من جميع القوانين وبناء على هذا المبدأ تترتب النتائج القانونية التالية:

1 - عدم جواز تشريع أي قانون يتعارض مع هذا الدستور سواء كان هذا التشريع مركزياً (اتحادياً) أو محلياً (إقليمياً). ويحكم القضاء المختص بعدم دستورية التشريع الذي يخالف هذه القاعدة.

2 - تكون قواعد هذا الدستور ملزمة في جميع أنحاء الوطن وبدون استثناء.

3 - يعد باطلاً كل دستور إقليمي أو أي نص قانوني آخر إذا تعارض مع أحكام الدستور العراقي.

وعلى أساس هذا المبدأ الدستوري العام وجد وتأسس مبدأ التدرج القانوني الذي يجعل من القاعدة القانونية الأدنى خاضعة إلى القاعدة القانونية الأعلى، وأن الأولوية تكون للقانون الأعلى، وفي حالة التناقض والاختلاف مع القانون الأدنى وبموجب هذا التدرج يتم حماية النظام القانوني العام واستقراره وبدونه تحل الفوضى وخراب أسس وكيان الدولة والمجتمع وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية وكارثية على كافة الميادين.

(1) كاظم مطهر الزبيدي، حقوق الإنسان في العراق بين الخطاب والممارسة، ط1، قرايطيس للطباعة والنشر، النجف الأشرف، 2019م، ص85.

إن المبادئ الدستورية العامة يجب أن لا تتعارض مع الدستور العراقي كما يجب الوقت نفسه أن لا تتعارض هذه التشريعات الوطنية المحلية الصادرة عن الأقاليم أو المحافظات مع القوانين الاتحادية في النظام العراقي الفيدرالي، وفي حالة وجود مثل هذا التعارض والاختلاف فإن المنطق القانوني السليم يتطلب أن تكون الأولوية في التطبيق للدستور العراقي والقانون الاتحادي. غير أن الدستور العراقي قد شذت قواعده عمّا اعتادت عليه كل دساتير العالم وقفز على المبادئ الدستورية المتعارف عليها؛ بحيث منح القاعدة القانونية الأدنى قوة قانونية تجعلها أعلى من القاعدة القانونية الأعلى وسيكون لها الأولوية في حالة وجود اختلاف أو تعارض بين القاعدتين<sup>(1)</sup>.

ومن أجل هذا التعارض وغيره فقد أنشأت المحكمة الاتحادية العليا (المحكمة الدستورية) لأن إنشاؤها من مبادئ الديمقراطية باعتبارها الجهة القضائية الحارسة لدستورية القوانين عن طريق الطعن في أي تشريع يصدر لا متضمناً مخالفة أحكام الحقوق والحريات المقررة دستورياً، وعلى وفق ذلك تصدر المحكمة قراراً بإلغاء التشريع المذكور، وما تطبيق المبدأ الدستوري الذي يحجب الحصانة عن أي عمل أو قرار تصدره الحكومة بحيث يكون خاضعاً للدعاوي أمام إحدى المحاكم إلا محافظة على حقوق المواطن وحرياته من تعسف الإدارة أو الحكومة أو الموظفين مهما علت درجاتهم وهذا المبدأ من مبادئ الديمقراطية<sup>(2)</sup>.

(1) رياض عبد عيسى الزهيري، تناقضات الدستور العراقي ومشكلة اختصاص الأقاليم والمحافظات، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، للمزيد ينظر الرابط التالي: [/https://www.sjc.iq/view.2375](https://www.sjc.iq/view.2375)

(2) المحامي طارق حرب، فلسفة الحقوق الدستورية، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، للمزيد ينظر الرابط التالي: [/https://www.sjc.iq/view.2327](https://www.sjc.iq/view.2327)

## الخاتمة

نجد أن الدستور العراقي لعام 2005م وضع المعاهدات الدولي جميعها في موقع قوة واحدة جنباً إلى جنب مع القوانين الداخلية من حيث القوة والإلزام، فجميع الاتفاقيات الدولية تعامل معاملة واحدة وهي أنه لا بد من إقرارها من خلال المجلس التشريعي بقانون لتصبح المعاهدة الدولية عبارة عن تشريع وطني؛ ومن هنا لا نجد في هذا الدستور ما يمكن تصوره من تعارض صريح لبنود الاتفاقيات الدولي لكون المعاهدة أصبحت قانوناً وطنياً، أما من ناحية التطبيق فهناك خلال كبير في تطبيق القانون الداخلي والاتفاقيات الدولية.

إن الأهمية البالغة للمعاهدات الدولية يفرض على الدول أن تلتزم تغيير قوانينها لكي تصبح قادرة على استيعاب ما أبرمته من معاهدات وذلك لأن المعاهدة مهما كانت القواعد والمبادئ الواردة فيها لو لم تنفذ فهي ميتة ولا تترتب عليها أي التزامات وحقوق على الأطراف. وبعد أن تستوفي المعاهدة شروطها الشكلية والموضوعية تصبح نافذة في دائرة العلاقات القانونية الدولية، ومن ثم تصبح أحكامها ملزمة للدول الأطراف فيها ومن الطبيعي أن هذه المعاهدة بعد دخولها حيز التنفيذ تصبح واحدة من مجموعة القواعد القانونية الداخلية، وأن ذلك يستتبع ظهور مشكلة عند تطبيق المحاكم لتلك المعاهدة فتطبيق المعاهدة يفترض معرفة المحاكم لنصوص المعاهدة.

ونظراً لما مرّ به العراق من أحداث مأساوية منذ عام 2003م وإلى يومنا هذا من نزاعات داخلية وأوضاع أمنية متردية عوّقت القانون وتطبيقه بشكل مباشر وحقيقي خاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان. كما أن ضعف الروح القانونية لدى أصحاب القرار السياسي والاحتكام إلى القانون وتطبيقه بشكل مجرد عن الانتماءات والطائفية والقومية انعكس سلباً على تطبيق الحقوق السياسية والاجتماعية. ونتج عن هذه الظروف انتهاكات جمة للدستور والاتفاقيات الدولية.

## النتائج

من خلال ما تقدم في هذا البحث، نستنتج ما يلي:

1- يعد الدستور العراقي الدائم لعام (2005م) من الدساتير المهمة في تاريخ العراق والذي تناول بالتفصيل المبادئ المتعلقة بحقوق الإنسان جميعها، فضلا عن الإعلانات والمواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وفي مقدمتها الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وفي ظل أحكام هذا الدستور يجب أن ينعم المواطن العراقي بقدر لا بأس به من الحقوق التي كفلها له وأحاطها بمجموعة من الضمانات التي تم النص عليها صراحة.

2- يكتنف الدستور العراقي النافذ بعض النقص والقصور فيما يتعلق بموضوع الحقوق والحريات وإفال بعض الآليات الوطنية وعدم وجود نصوص تشريعية بهذا الشأن، فبعض نصوصه جاءت عامة غير محددة أو قد أحالت تنظيم موضوع معين له علاقة بحقوق الأفراد إلى قوانين تصدر لاحقاً، الأمر الذي يجعل مسألة تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم بيد السلطة التشريعية.

3- لقد أحاط المشرع العراقي النصوص الدستورية بمجموعة من الضمانات القانونية بهدف حماية الحقوق والحريات الفردية من الاعتداء أو التجاوز عليها من باقي سلطات الدولة، ولذلك فهو تبنى مجموعة مبادئ ديمقراطية تعتبر من الركائز الأساسية للدولة الدستورية. ولكن هذه الضمانات والحماية لم تكف أبداً لحماية الإنسان العراقي من تعسف السلطات باستعمال الحق.

4- يتطلب من المشرع العراقي ضمان تطبيق الآليات الوطنية بشكل أوسع ودقيق ومن دون أي تقصير في حماية هذه الحقوق ويجب أن تسري الضمانات والحماية على الجميع من دون استثناء.

## التوصيات

1- يجب على المشرع الدستوري أن يراعي التطورات الحاصلة في حقوق الإنسان والتي فيها تحقيقاً للصالح العام ما دامت هذه المطالب لا تتعارض مع أحكام الدستور وأن تكون من ضمن الحدود المسموح بها دستورياً.

- 2- ضرورة تفعيل الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان في العراق، وفي مقدمتها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة 1966م.
- 3- إنشاء محكمة خاصة بحقوق الإنسان تتبع المعايير الدولية في تطبيق القوانين والأحكام الخاصة فيما يتعلق بانتهاك حقوق الإنسان.



## المراجع

- 1- إبراهيم العناني، القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999م.
- 2- أبو الخير أحمد عطية عمر، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003م.
- 3- باسيل يوسف، حماية حقوق الإنسان، المؤتمر الثامن عشر لاتحاد المحامين العرب، بدون عدد الطبعة، المغرب، 1993م.
- 4- بعاج محمد، العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية العدد 1، جامعة الأغواط.
- 5- حسين جميل، حقوق الإنسان في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط2، 2001م.
- 6- حسينة شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث العدد 2007/5م.
- 7- الدستور العراقي لعام 2005م.
- 8- ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2004م.
- 9- سعدي عبد الله عبد العجيلي: التجربة الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية العراق، دراسة مقارنة، الدنمارك 2011م.
- 10- صلاح الدين معماش، القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير منشورة، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق - بن عكنون - 2007م.
- 11- علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية، دار واسط، لندن، 1985م.
- 12- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة 17، القاهرة، 1992م.
- 13- علي هادي حميد الشكراوي، المبادئ العامة في ديباجة الدستور وقيمتها القانونية والسياسية، دراسة مقارنة مع دستور العراق لسنة 2005م، مجلة العدالة، العدد 2183، في 15 حزيران 2011م، ص 15.

- 14- قانون المفوضية العليا لحقوق الإنسان رقم 53 لسنة 2008م المعدل.
- 15- كاظم مطشر الزبيدي، حقوق الإنسان في العراق بين الخطاب والممارسة، ط1، قراطيس للطباعة والنشر، النجف الأشرف، 2019م.
- 16- محمد مصطفى الريسوني، "دور المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان في حماية وتطوير حقوق الإنسان"، مداخلة في الدورة التكوينية لفائدة الصحفيين بعنوان الصحافة وحقوق الإنسان، نظمها المجلس الاستشاري والنقابة الوطنية للصحافة المغربية بالرباط، بتاريخ 13 - 14 - مارس 1998م، مطبعة الأمنية، الرباط 1999م.
- 17- محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2005م.
- 18- مصطفى عبد الغفار، ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2003م.
- 19- المعاهدات الأوروبية رقم 155.
- 20- منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، الكتاب الأول (النظرية العامة للدولة)، 2009م، ط1، ليبيا.
- 21- مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2009م.
- 22- ميثم حسين الشافعي، الوسائل القانونية لحماية حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد2، 2016م.
- 23- نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1965م.
- 24- وثيقة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.
- 25- وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لعام 2005م، كلية المستقبل الجامعة/ قسم القانون، مجلة جامعة بابل/ العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد3، لسنة 2013م.
- 26- يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م.

## المراجع الإنكليزية

D Juliane Kokott. L. M –Le système interaméricain de protection des droits de l' homme – revue égyptienne de droit international – volume 42 – 1986.

Fatsah Ougergouz, La Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples - Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité (Paris, Presses Universitaires de France, 1993 (Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève)).

Keba Mbaye, Les droits de l'homme en Afrique (Paris, Editions A. Pedone/Commission Internationale de Juristes, 1992).

Mutoy Mubiala, "Le Projet du Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique", in Human Rights, Spring 2000 (OUNHCHR review).

Rishmawi, "The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward,".

Paroula Naskou - Perraki, "Arab Charter on Human Rights: A New Start for the Protection of Human Rights in the Arab World," Revue Hellenique de Droit International, vol. 26, no. 1 (2009).

Mohamed Y. Mattar, "Article 43 of the Arab Charter on Human Rights: Reconciling National, Regional, and International Standards," Harvard Human Rights Journal, vol. 26 (2013).

Affaire Handysidé du 7 septembre 1976.

## المواقع الإلكترونية

1- جيليان تريجز، رئيس اللجنة الاسترالية لحقوق الإنسان متوفر على الرابط التالي:

[/https://www.asiapacificforum.net/ar/members/what-are-nhris/what-are-nhris](https://www.asiapacificforum.net/ar/members/what-are-nhris/what-are-nhris)

2- صبري محمد، رئيس قسم مساعدة الضحايا بالمجلس الاستشاري لحقوق

الإنسان: <https://www.cndh.ma/ar/bulletin-d-information/ttwr-hqwq-lnsn-l->

lmstwyyn-ldwly-wlwtny

3- جمال الدين عطية، تطور حقوق الإنسان في النظم الوضعية، منشور على الموقع

[www.cdhrap.net](http://www.cdhrap.net)

4- مكي ناجي الانتهاكات الدستورية في ظل المادة (130) من الدستور، مقال منشور

على موقع مجلس القضاء الأعلى، للمزيد ينظر الرابط التالي:



[/https://www.sjc.iq/view.2326](https://www.sjc.iq/view.2326)

5- طارق حرب، في حديث صحفي لموقع الأخبار: ينظر الموقع التالي:  
<https://akhbaar.org/home/2017/3/225136.html>

6- حقوق الإنسان في العراق عندما لا يكون الدستور كافياً، تقرير منشور على الموقع  
 التالي: <https://fanack.com/ar/iraq/human-rights-in-iraq/when-a-constitution-is-not-enough>

7- حقوق الإنسان في العراق عندما لا يكون الدستور كافياً، تقرير منشور على الموقع  
 التالي: <https://fanack.com/ar/iraq/human-rights-in-iraq/when-a-constitution-is-not-enough>

8- حقوق الإنسان في العراق عندما لا يكون الدستور كافياً، تقرير منشور على الموقع  
 التالي: <https://fanack.com/ar/iraq/human-rights-in-iraq/when-a-constitution-is-not-enough>

9- لينا الصمادي، ماهي علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، دراسة منشورة على  
 الرابط التالي: <https://e3arabi.com/law/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%8A-%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86/-D8%A7%D9%84>

10- رياض عبد عيسى الزهيري، تناقضات الدستور العراقي ومشكلة اختصاص الأقاليم والمحافظات، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، للمزيد ينظر الرابط  
 التالي: [/https://www.sjc.iq/view.2375](https://www.sjc.iq/view.2375)

11- المحامي طارق حرب، فلسفة الحقوق الدستورية، مقال منشور على موقع مجلس  
 القضاء الأعلى، للمزيد ينظر الرابط التالي: [/https://www.sjc.iq/view.2327](https://www.sjc.iq/view.2327)

12- رزاق حمد العوادي، نظرة قانونية على الدساتير العراقية مقارنة مع الدساتير الأجنبية والدستور العراقي لعام 2005م، دراسة منشورة على

موقع الحوار المتمدن بتاريخ 20/2/2014م، على الموقع التالي:  
<https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=401688>

13- كريستيان توموشات، حماية حقوق الإنسان بموجب القانون الدولي العام، مقال منشور على الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ تموز 2016م، على الرابط التالي:  
<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20069>

14- التصديقات على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ومختلف بروتوكولاتها  
الموقع <http://conventions.coe.int>



## الملخص

تأتي أهمية الاتفاقيات الدولية من ضرورة حتمية لتنظيم أحوال الأشخاص العاديين والأشخاص الدولية، ولمكانة هذه الاتفاقيات يجب أن يكون تنفيذها على المستوى الدولي والداخلي، وألزم الاتفاقيات الدول المنضمة إليها والمصادقة عليها بتغيير قوانينها الداخلية لكي تصبح قادرة على التأثير والتفاعل في محيطها الدولي والداخلي، وإلا فإن إبرام الاتفاقيات من دون تنفيذها أو إدراجها في الدساتير الوطنية تصبح رهينة الفعل الدولي فقط ولا تعدوا لتصبح ذا نفع للأفراد التي يصب مصلحة القانون الدولي في مصلحتهم. ومن طبيعة هذه الاتفاقيات أنها ملزمة لأطرافها وتصبح واحدة من أهم مصادر القانون الداخلي للدول وهذه الطبيعة الإلزامية أتت من موافقة الدول الأطراف في جعلها أحد القوانين التي تحتكم فيه الدول على المستوى الداخلي والخارجي.

ونجد أن التصديق وحده لا يكفي لتنفيذ المعاهدات؛ بل يفترض معرفة المحاكم لنصوص المعاهدة ونشرها في الجرائد الرسمية للدولة لكي تكون ملزمة لكافة المحاكم الوطنية، ويعدّ هذا النشر والمعرفة وسيلة لإعلام المحاكم الوطنية والجمهور بأحكام المعاهدة وبها دخلت المرحلة الأخيرة من اكتساب الاتفاقية تنفيذها على المستوى القانون الداخلي واكتساب القاعدة القانونية قوة القانون. وفي العراق كان الاتجاه السابق يهمل تطبيق الاتفاقيات الدولي إذا تعارضت مع النصوص القانونية المحلية على اعتبار أن هذه القوانين هي أجنبية ولا تلي خصوصية المجتمع العراقي؛ حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية: "إن المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية قد حددت المصادر التي تعتمد عليها في قضايا الأحوال الشخصية، وليس من بينها الاتفاقيات الدولية التي أشارت إليها محكمة الموضوع في حكمها المميز".

وبعد عام 2003م اتجه القضاء العراقي إلى قبول الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بوصفها جزء من المنظومة التشريعية، وذلك بحسب دستور عام 2005م فأصبحت الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل العراق جزء من القانون الداخلي والمنظومة

التشريعية الوطنية، وعند التعارض لا يختلف قانون المعاهدة أو الاتفاقية عن غيره من القوانين الوطنية إلا بموجب قواعد التفسير عند التعارض بين قانونين وطنيين، وعلى وفق قاعدة الخاص يقيد العام واللاحق ينسخ السابق وغيرها من القواعد القانونية التي تتعلق بالتفسير والترجيح، وهذا الاتجاه شجع القضاة للتعامل مع نصوص تلك الاتفاقيات على أنها قانوناً وطنياً وليس أجنبياً.



### پوخته

گرنگی ریکهوتنه نیودهولتهیهکان له پیوستیهکی حتمیهوه سهرچاوه دهگریت بو ریکهوتنه بارودوخی خهکی ئاسایی و کهسانی نیودهولتهی، ههروهها بو پیگهی ئهم ریکهوتنه دهبیت لهسهر ئاستی نیودهولتهی و ناوحو جیهجی بکرین، وه ریکهوتنهکان ئهو ولاتانهی پابهنبوون و پهسندکردنیان پابهند کردوه به گوری نیی یاسا ناوحویهکانیان بو ئهوهی بتوانن کاریگریان ههیت و کارلیک بکن له ژینگهی نیودهولتهی و ناوحویی خویندا، به پیچهوانهوه ئهجامدانی ریکهوتنهکان بهی جیهجیکردنیان یان بهشداریکردنیان له دستووری نیشتمانی تهها دهبیته بارمتهی کردوهی نیودهولتهی و لهوه زیاتر نا بیه سوووبهخش بو ئهو کهسانهی که بهرژهوهندی یاسای نیودهولتهی له بهرژهوهندی ئهواندایه. ئهوه سروشتی ئهو ریکهوتنه که پابهندکهرن بو لایهنهکانیان و دهبنه یهکیک له گرنگترین سهرچاوهکانی یاسای ناوحو بو دهولتهان، ئهم سروشته خوسهپینه له ریکهوتنی دهولتهانی لایهنه له ریکهوتننامهکهوه هاتوه بو ئهوهی بیه یهکیک له یاسایانهی که دهولتهان لهسهر ئاستی ناوحوی و دهرهکی جیهجیی دهکن.

بۆمان دهرهکهوتت که پهسندکردن به تهنا بهس نییه بو جیهجیکردنی پهیماننامهکان؛ بهکو واکریمانه دهگریت که دادگاگان دهقهکانی پهیماننامهکه بزائن و له رۆژنامه فهرمیهکانی دهولتهدا بلایان بکنهوه بو ئهوهی پابهندکهر بن بو ههموو دادگا نیشتمانییهکان. رهوتی پیشوو له عیراقد، بریتی بوو له پشتگوپهستن له جیهجیکردنی ریکهوتننامه نیودهولتهیهکان ئهگهر لهگهل دهقه یاساییه ناوحویهکان ناوکیبیان ههبوو به پاساوی ئهوهی ئهو یاسایانه بیانین و لهگهل تاییهتمهندی کومهلگهی عیراقدیا ناگونجین. له کاتیکدا له بریاریکی دادگای پیداجوونهوهی عیراقد هاتوه: "له مادهی یهکهمی یاسای باری کهسیدا ئهو سهرچاوانهی دیاریکردوه که پشتی پیدهبهستیت له دوسیهکانی باری کهسیدا، بهی ئهوهی ئهو ریکهوتنه نیودهولتهیانه بگریتهوه که دادگای تاییهتمهند له بریارهکهی که داوای پیداجوونهوهی کراوه ئماژهی پیکردوه".

لهوای سالی 2003ی زایینی، دهسهلاتی دادوهری عیراق مهیلی ئهوهی ههبوو ریکهوتن و پهیماننامه نیودهولتهیهکان وهک بهشیک له سیستمی یاسادانان قبول بکات، بهپی دستووری سالی 2005ی زایینی، بویه ئهو ریکهوتنه نیودهولتهیانهی که لهلایهن عیراقهوه پهسندکراوون، بوونه بهشیک لهیاسای ناوحو و سیستمی یاسادانانی نیشتمانی، ههروهها لههگهری ناوکیشدا یاسای پهیماننامه یان ریکهوتنهکه جیاوازی نییه لهگهل یاسا نیشتمانییهکانی دیکدا تهها بهپی ریساکانی شروقهکردن له کاتی

ناكوكيدا نهبيت، بهو پنيهي دهقي تاييهت دهقي گشتي سنوردار دهكات وه ريسا ياساييهكاني پيشوو و ياساكاني ديكيه پيهوهست به ليكدانهوه و سهنگردن جيگهي دهگرنهوه و نهم رموته هاني دادوهرهكاني دهدا كه دهقهكاني نهو ريكيكهوتتانه وهك ياساي نيشتماني مامهلهيان لهگهآدا بكم نهوهك دهقي بياني بياني.



### Abstract

The importance of international conventions comes from the imperative necessity to regulate the conditions of ordinary persons and international persons, and the status of these agreements must be implemented at the international and internal levels, and the conventions oblige the countries that accede to and ratify them to change their internal laws in order to be able to influence and interact in their international and internal environment, otherwise the conclusion of agreements without their implementation or inclusion in national constitutions becomes hostage to international action only and is no longer useful to individuals whose interest is in the interest of international law. It is the nature of these conventions that they are binding on their parties and become one of the most important sources of internal law of States, and this mandatory nature came from the consent of States parties to make them one of the laws in which States judge at the internal and external levels.

We find that ratification alone is not sufficient for the implementation of treaties; rather, it assumes that the courts know the provisions of the treaty and publish them in the official gazettes of the State in order to be binding on all national courts. In Iraq, the previous trend neglected the application of international conventions if they contradicted local legal texts, on the grounds that these laws are foreign and do not meet the specificity of Iraqi society.

After 2003, the Iraqi judiciary tended to accept international conventions and treaties as part of the legislative system, according to the 2005 Constitution, so the international conventions ratified by Iraq became part of the internal law and the national legislative system, and in the event of conflict, the law of the treaty or convention does not differ from other national laws except under the rules of interpretation when there is a conflict between two national laws, and according to the rule of the special restricts the general and subsequent copies the previous and other legal rules related to interpretation and weighting, This trend encouraged judges to treat the provisions of those conventions as national rather than foreign law.

