

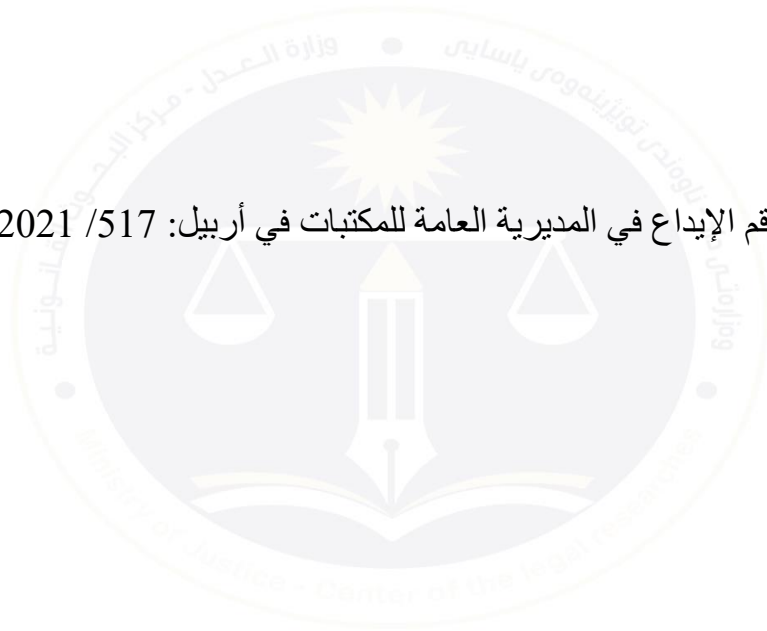


مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کومه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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



مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْأَخْتَابِيِّ

" گۆقاری گریبه ستی کۆمه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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

" گۆقاریکی زانستی نیو سالی یه، له لایه ن ناوه ندی توێژینه وهی یاسایی له وه زاره تی دادی حکومه تی ههریمی کوردستان – عێراق ده رده چیت، که تاییه ته به بلاو کورده وهی توێژینه وه و لیکۆلینه وهی یاسایی، به ههر سێ زمانه کانی عه ره بی، کوردی، ئینگلیزی "

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

العدد السادس / السنة الثالثة / تشرين الأول (أكتوبر) 2023

ژماره ی شهم / سالی سیم / نوکتوبری 2023

Six issue/ Third year/ October 2023



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

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

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

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 كردستان - العراق - أربيل - شارع 60م / تقاطع فرانسوا
ميتران -وزارة العدل -مركز البحوث القانونية "مجلة العقد
الاجتماعي"

عنوان البريد الإلكتروني.

E-mail: clr.kurtdistan@gmail.com

prof.alahmed@gmail.com

prof.alahmed@clr.gov.krd

ترسل جميع المراسلات إلى السيد رئيس التحرير

تطلب منشوراتنا خارج العراق من منشورات زين الحقوقية في بيروت - لبنان



الإدارة العامة:

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

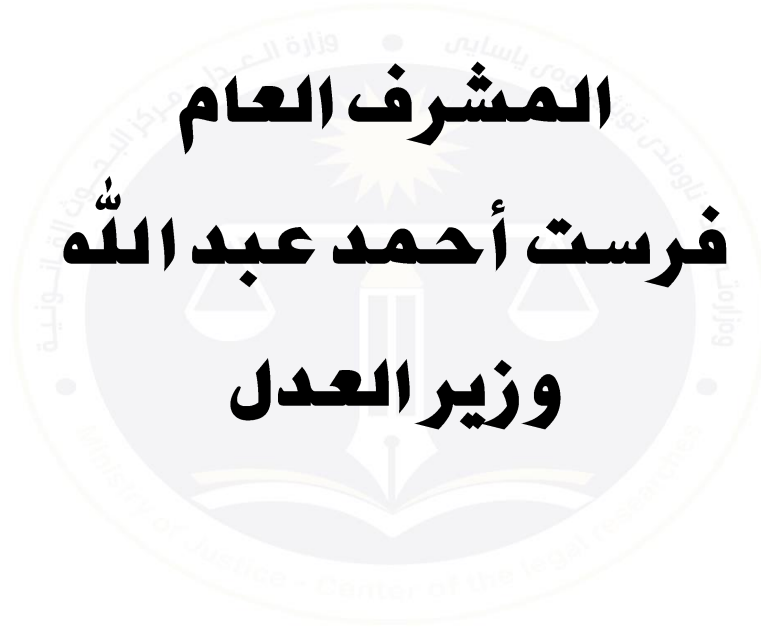
www.zeinjuridique.com

00961 1 391 391

Email: wassim@zeinjuridique.com

00961 3 433 733







الهيئة الاستشارية للمجلة

1. الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أستاذ القانون المدني، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت.
2. الأستاذ الدكتور أكرم يا ملكي، أستاذ القانون التجاري في جامعة بغداد سابقاً - العراق.
3. الأستاذ الدكتور الشهابي الشراوي، 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 منيروzman، أستاذ القانون الدولي والأعمال، جامعة بورتسموت- المملكة المتحدة.
18. الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة، أستاذ القانون المدني، جامعة الملك عبد العزيز - السعودية.
19. الأستاذ الدكتور وليد الشناوي، أستاذ القانون العام، جامعة المنصورة - مصر.
20. الأستاذ الدكتور يان دي غروف، أستاذ القانون الدولي العام، كلية القانون، جامعة أنتفيرب، بلجيكا.

هيئة التحرير

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الأحمد

كلية القانون - جامعة السليمانية/ رئيس مركز البحوث القانونية

سكرتير التحرير

الدكتور هادي مسلم يونس

المستشار الأقدم لمجلس شورى الإقليم

أعضاء هيئة التحرير

الأستاذ الدكتور

أميد صباح عثمان

رئيس ديوان مجلس وزراء الإقليم

الأستاذ الدكتور

عدنان إبراهيم سرحان

كلية القانون - جامعة الشارقة - الإمارات

الأستاذ الدكتور دانا عبد الكريم سعيد

عميد كلية القانون - جامعة السليمانية

الدكتور

خالد إبراهيم السليم

كلية القانون - جامعة سوران

الأستاذ الدكتور

عبد الكريم صالح عبد الكريم

كلية القانون - جامعة دهوك

إدارة التحرير:

الدكتور حسيب صالح إسماعيل

مدير الشؤون العلمية في وزارة التعليم العالي

كرهانج يونس عثمان

مستشار في وزارة العدل في الإقليم

الإشراف الفني:

توانا سامي عبد الرحمن

سكرتير مجلس مركز البحوث القانونية



قواعد النشر في مجلة العقد الاجتماعي

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

أ- البحوث والدراسات العلمية:

- قواعد عامة:

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

7. ترسل البحوث مطبوعة، بصيغة وورد إلى إيميل رئيس تحرير المجلة، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في النسخة المرسلة.
8. أن يرفق الباحث سيرته الذاتية.
9. أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغات العربية والكوردية والإنجليزية.
10. المواد التي تتضمنها البحوث المنشورة تعبر عن آراء أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
11. ترسل البحوث إلى عنوان رئيس تحرير مجلة العقد الاجتماعي أو إيميل المجلة.

ب-قواعد خاصة:

1. تخصص قائمة بالمراجع في آخر البحث، تتضمن جميع المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحات مستقلة، على أن ترتب المصادر - والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم المراجع الأجنبية.
2. يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة حسب صفحات البحث، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
3. يمنح كل باحث نسخة من العدد المنشور فيه بحثه مع خمسة مستلات من بحثه المنشور.
4. تحتفظ المجلة بجميع حقوق النشر- ورقياً وإلكترونياً- للبحث المجاز.
5. يخضع ترتيب البحوث المنشورة في المجلة لاعتبارات علمية وفنية.
6. يراعي- ما أمكن- في أولوية النشر:
 - أ- البحوث الواردة من أعضاء الهيئة الاستشارية وهيئة التحرير والباحثين في المجلة.
 - ب- البحوث والدراسات التي تعني بالقوانين الكوردستانية والعراقية أو المقارنة بالقوانين العراقية أو الكوردستانية.

ج- تاريخ تسلم رئيس التحرير للبحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها.
د- تنوع البحوث من حيث التخصص ومن حيث المنشأ كلما أمكن ذلك.

ج- التعليق على الأحكام القضائية:

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

- أن يكون معد التعليق متخصصاً في القانون.

- أن يتناول التعليق حكماً نهائياً استنفدت طرق الطعن عليه.

- ألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي أقام عليها الحكم دعائمه.

- عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدره.

د- عرض ملخصات الرسائل الجامعية:

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

- مقدمة لبيان أهمية موضوع الرسالة.

- ملخصاً لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.

- ملخصاً لمنهج الرسالة وفروضها وأدواتها.

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

هـ- تقارير اللقاءات العلمية:

تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل بموضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثاً في داخل إقليم كردستان أو العراق وخارجهما، ويراعى فيها:

- أن يغطي التقرير فعاليات الندوة أو المؤتمر مركزاً على الأبحاث العلمية وأوراق

العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها.
- ألا يزيد التقرير عن (5) صفحات.

و- عرض الكتب ومراجعتها:

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

- أن يكون الكتاب متميزاً ومشتماً 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 ما لياً 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 الهيئة الاستشارية. ✍
- 27 كلمة هيئة التحرير. ✍
- البحوث باللغة العربية
- 31 التأطير القانوني لولاية الفيفا العدلية دراسة تحليلية
الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد وإبراهيم عمر إبراهيم
- 91 الانحراف التشريعي في الدساتير الفيدرالية دراسة في القانون الأساسي الألماني 1949
الأستاذ الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار وبه ريز عبدالله علي
- 139 التنظيم القانوني لمبدأ العدالة الاجتماعية وضمائنه
الأستاذ الدكتور خاموش عمر عبدالله والدكتور محي الدين حسن يوسف
- 181 الأمن القانوني الانضباطي للموظف العام في القانون العراقي
الأستاذ الدكتور سهنگر داود محمد والدكتور كاوه ياسين سليم
- 235 الامتناع عن تطبيق القواعد الدستورية ومدى الرقابة عليه
الدكتور شالوا صباح عبدالرحمن و ساهر علي جاسم
الإشكاليات الناشئة عن إدخال الموظف الدبلوماسي بالتزاماته في إطار القانون الدولي
- 281 الدبلوماسي
الدكتور صداع دحام والدكتور سولاف عبدالله
- 325 ضوابط مبدأ التناسب في التجريم
الدكتور خليل يوسف جندي وتغريد سامي إبراهيم
- 361 أثر جائحة كورونا على المسؤولية المدنية
الدكتور حمادي عبد النور
- 395 الموارد المالية للإدارات المحلية
إسراء مراد محمد مصطفى ونيجيرفان صدقي عمر عبدالله
- 455 الحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية
الدكتور مهدي نورالدين محمد

المقالات

- 487..... آفاق نظام العدالة الجنائية الأستاذة الدكتورة واثبه داود السعدي
.....
511..... المادة 353 عقوبات بحريني بين الإبقاء والإلغاء زياد علي عبدالغفار
.....

التعليق على الأحكام القضائية

- 519..... تسجيل عقد المساطحة للتوثيق الأستاذ الدكتور هيو إبراهيم قادر الحيدري
.....
525..... أعمال حق التنفيذ وأثره في حق الدعوى الدكتور سيروان رؤوف علي
.....
541..... النتيجة المحتملة في ميزان محكمة التمييز مصطفى حامد إسماعيل
.....

ملخصات

الرسائل والأطاريح الجامعية المجازة

- 551..... شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة في القانون العراقي هيو إبراهيم قادر الحيدري
.....
557..... التنظيم القانوني لتمويل مشاريع البنى الأساسية المنفذة عن طريق القطاع الخاص نواف علي خليف الطائي
.....
569..... عقد الوكالة الرياضية إبراهيم عمر إبراهيم خوشناو
.....
577..... شرط التعديل التلقائي للعقد آمنة ياسين مرزوق العارضي
.....
581..... جرائم الإغواء في التشريع العراقي أسامة فريد جاسم
.....

عرض موجز لكتاب

- 595..... جرائم الدم (الجرائم الواقعة على الأشخاص) - عرض كتاب - الدكتور عبد الستار الجميلي / عرض: مصطفى حامد إسماعيل
.....

البحوث والمقالات باللغة الإنكليزية

EVOLUTION OF COMPANIES LAW IN IRAQ	17
Prof. Dr. Akram Yamulki	
Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves in the Kurdistan Region - Iraq	29
Dr. Anwer Omar Qader.....	





الافتتاحية

كلمة الهيئة الاستشارية

بمبادرة حكيمة من الأستاذ فرست أحمد عبدالله وزير العدل في إقليم كردستان العراق تم تأسيس مركز البحوث القانونية وأنيطت رئاسته بالأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد أستاذ القانون المدني في جامعة السليمانية الذي كان من أهم أنشطته المتعددة إصدار مجلة العقد الاجتماعي وهي مجلة نصف سنوية تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية باللغات العربية والكردية والإنكليزية، صدر العدد الأول منها في شهر نيسان سنة 2021 وتوالى إصدار الأعداد اللاحقة في مواعيدها.

وتتميز هذه المجلة بجمال إخراجها الفني ورصانة بحوثها فضلاً عن اهتمامها بنشر التعليقات على الأحكام القضائية وعرض ملخصات لرسائل الماجستير وإطاريح الدكتوراه في مختلف فروع القانون.

ولم يقتصر نشاط المركز على إصدار المجلة وإنما اهتم بعقد المؤتمرات والندوات والطاولات المستديرة المتداول فيما يستجد من أوضاع أو لإعادة النظر في التشريعات القديمة التي لم تعد قادرة على مواكبة التطور الذي يعيشه المجتمع. ولعل أهم ما تم بهذا الصدد هو الطاولة المستديرة التي عقدت في أربيل لمدة ثلاثة أيام في شهر تشرين الأول من العام الماضي بمشاركة نخبة من أساتذة القانون المدني في العراق وفي بعض الدول العربية لوضع الخطوط

العريضة والأسس العامة لقانون مدني يقوم على التجديد والتجريد، ولتحقيق هذا الغرض تم استعراض موضوعات القانون المدني والنصوص التي تحكمها في القانون المدني العراقي النافذ وبعد مناقشات مكثفة لتلك الأحكام طرح المشاركون اقتراحاتهم لما يجب أن يعدل أو يغيّر منها.

د. سعدون العامري

2023 /5 /21



كلمة هيئة التحرير

يمضي مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، وبخطى واثقة، في إصدار مجلته العقد الاجتماعي في عددها السادس لشهر أكتوبر من عام 2023. وقد حرصت هيئة تحرير المجلة على إصدار الأعداد قبل موعدها، كي تصل القارئ الكريم، وتكون متاحة للمطالعة في موعدها المحدد. ويتميز هذا العدد، كما تميزت الأعداد السابقة، بصفة التنوع في الموضوعات، لكن خصيصة هذا العدد أن موضوعاته، في أغلبها، اتصلت بميدان القانون الدستوري والقانون العام، كما أن هذا العدد أضحى أول عدد تنشر فيه هيئة التحرير عرض موجز لكتاب، وستستمر المجلة على هذا المنوال في الأعداد القادمة إن شاء الله.

لقد تضمّن هذا العدد أبحاث ومقالات تناولت موضوعات عدة، كما احتوى العدد على ثلاثة تعليقات على أحكام قضائية، وعرض موجز لرسائل وإطاريح جامعية مجازة من جامعات عراقية متنوعة، وبحثين باللغة الإنكليزية، وعرض موجز لكتاب جرائم الدم للدكتور عبد الستار الجميلي. وقد بلغت عدد الأبحاث باللغة العربية عشرة، ثمانية منها في تخصصات القانون العام، استحوذ القانون الدستوري على أغلبها، حيث عالجت هذه الأبحاث موضوعات في غاية الأهمية كالانحراف التشريعي في الدساتير الفيدرالية، والتنظيم القانوني لمبدأ العدالة الاجتماعية وضمائنه، والأمن القانوني الانضباطي للموظف العام في القانون العراقي، والامتناع عن تطبيق القواعد الدستورية ومدى الرقابة عليه، والإشكاليات الناشئة عن إخلال الموظف الدبلوماسي بالتزاماته في إطار القانون الدولي الدبلوماسي، وضوابط مبدأ التناسب في التجريم، والموارد المالية للإدارات المحلية، والحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية، وبحثاً باللغة الإنكليزية تناول فاعلية الإجراءات القانونية القائمة لإنشاء وحماية المحميات الطبيعية في

إقليم كوردستان - العراق. من جهة أخرى تضمن العدد موضوعات في القانون الخاص، منها مقال بالإنكليزية عن تطور قانون الشركات في العراق، كما استهل هذا العدد ببحث عن التأطير القانوني لولاية الفيفا العدلية، كأول بحث بالعربية يتناول هذا الموضوع الشيق، ويبحث آخر عن أزمة قانونية في الإبقاء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، تناول فيها الباحث نظرية مخاطر التطور. كما احتوى العدد على مقال لفقيهه القانون الجنائي الأستاذة الدكتورة واثبة السعدي، عن آفاق نظام العدالة الجنائية.

إن هذا العدد، بما تضمّنه من أبحاث ومقالات ومشاركات عدة، لأسماء لامعة في القانون، كالأستاذ الدكتور أكرم ياملكي والأستاذ الدكتور شيرزاد النجار وغيرهما، وجميع الأسماء المساهمة في هذا العدد، هو إضافة نوعية متميزة لعالم المعرفة القانونية، وهذه هي جلّ غايتنا في مركز البحوث القانونية، تنفيذاً لسياسات مجلس المركز في توشي الدقة في اختيار الموضوعات التي تنشرها المجلة، على وفق معايير علمية وطبقاً لضوابط التحكيم العلمي المحايدة القائمة على التجرد والموضوعية.

لقد بلورت المجلة، على طيلة ثلاثة سنوات من إصدارها، غايات مجلس المركز في أن تتفوق المجلة لتحقيق المبتغى العلمي التجريدي الذي يخلو من أية منافع سوا المنفعة العلمية، التي نرجو من القارئ والمختصون في القانون على كافة الأصعدة والمستويات، استحصالها والاستفادة منها، ليبقى حكمهم على علميتها هو المسطرة التي نقيس بها مبدأ ارتضائنا عن الإنتاج العلمي وتطويره بما يلائم تظزر الفكر القانوني العالمي، وما التوفيق إلا من عند الله.

البروفيسور الدكتور

محمد سليمان الأحمد

رئيس التحرير

البحوث باللغة العربية
تؤيِّزُنيْنِهْ وَهْ كَانَ بَهْ زَمَانِي عَهْرَهْ بِي

Researches in Arabic





التأطير القانوني لولاية فيفا العديّة^(*) دراسة تحليلية

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد^(**)

أستاذ القانون المدني، كلية القانون جامعة السليمانية

م.م. إبراهيم عمر إبراهيم^(***)

مدرس مساعد كلية العلوم الإنسانية قسم القانون جامعة رابرين

لايهنى ياساى ولايهتى دادى فيفا
تويژينه وهيهكى شيكارى بهر اور دكاريه

پروفيسور دكتور محمد سليمان نهحمهد

پروفيسور له ياساى شارستانى، كوليجى ياسا له زانكوى سلیمانى.

م.ى. ابراهيم عمر ابراهيم

ماموستاى ياريدهدر له كوليجى زانسته مروقايه تيهكان له زانكوى راپارين

Legal framing of FIFA's judicial mandate Comparative Analytical Study

Prof. dr. Mohammed Sulaiman Al Ahmed

professor of Civil law at college of Law at university of Suleimani

Assist. Lecture Ibrahim Omer Ibrahim

Assistant lecture at law department- college of humanities science at Raparin university

تاريخ قبول النشر: 2022/12/11.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/10/15.

(**) prof.alahmed@gmail.com

(***) ibrahim.omer@uor.edu.krd



التأطير القانوني لولاية الفيفا العديّة

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني، كلية القانون جامعة السليمانية

م.م. إبراهيم عمر إبراهيم

مدرس مساعد كلية العلوم الإنسانية قسم القانون جامعة رابرةين

الكلمات المفتاحية:

الفيفا، الولاية العديّة، التحكيم، الاتحادات الكونفدرالية، الاتحادات الوطنية، محكمة كرة القدم، محكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة المعروفة بـ(CAS).

كليه ووشه:

فيفا، ولايهى دادى، ناوبزويوانيكردن، يهكيهتيهكيشوهريهكان، يهكيهتيه نيشتيهكيشوهريهكان، دادگاي تويبيي، دادگاي ناوبزويوانى وهرزشي نيودهولتهى سهربهخو ناسراو به(CAS).

key words: FIFA, jurisdiction, arbitration, confederations, national federations, football court, independent International Court of Arbitration for Sport (CAS).

مقدمة

أولاً: مدخل تعريفى لموضوع البحث:

نظراً للتطورات التي طرأت على الرياضة بصورة عامة ولعبة كرة القدم على وجه خاص في القرن العشرين، ظهرت ظاهرة الاحتراف في كرة القدم. وأدت هذه الظاهرة إلى ظهور مصالح متعارضة في عالم كرة القدم نظراً لكثرة المعاملات المالية الهائلة والمتعلقة بها، ومنها ما يخص عقود توظيف اللاعبين، كعقود احتراف اللاعبين وانتقالهم وإعارتهم، وآخر يتعلق بعقود الرعاية وبيع البث التلفزيوني والتأمين الرياضي وغيرها. وبما أن الفيفا هي الهيئة الحاكمة لإدارة كرة القدم عبر العالم على شكل جمعية فعليها تنظيم أمورها على الوجه الذي يقتضيه القانون لأية جمعية. وبالتالي فلها هيئات عدلية بجانب الهيئتين التشريعية والتنفيذية بغاية المحافظة على استقرار لعبة كرة القدم وتطويرها في شتى

جوانبها، وتخص هيئاتها العدلية بفض المنازعات المتعلقة بكرة القدم والمعاملات المرتبطة بها والتي قد تظهر بين اللاعبين و/أو وكلاء كرة القدم و/أو الأندية الرياضية و/أو الاتحادات الرياضية و/أو الاتحادات الكونفدرالية و/أو الفيفا و/أو المسؤولين. وبما أن الفيفا هي جمعة دولية غير حكومية تتكون من إرادات أشخاص القانون الخاص، وعليه فإن النظام الأساسي للفيفا ولوائحها الرياضية تكون ذات طابع تعاقدية. وتتضمن النصوص الواردة فيهما بعرض المنازعات الرياضية والمالية المرتبطة بها على هيئات الفيفا العدلية بدلاً من اللجوء إلى المحاكم الوطنية كقاعدة، فضلاً عن ذلك حددت تلك النصوص طرق الطعن في قرارات هذه الهيئات أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة المعروفة بـ(CAS)، وعليه يمكن القول بأن هذه النصوص تكون بمثابة شرط التحكيم.

ثانياً: مشكلة البحث:

بما أن الفيفا تكون مظلة تجمع تحتها(211) اتحاداً وطنياً لكرة القدم، وكل واحد من تلك الاتحادات يمثل كرة القدم لبلد واحد(دولة)، وبالتالي هناك(211) أنظمة قانونية وطنية على الفيفا أن تتعامل معها. ويحاول كل واحد من هذه الأنظمة أن يثبت فلسفته التشريعية والقضائية في النظام القانوني والعدلي للفيفا، وعليه تواجه الفيفا مشاكل قانونية. فضلاً عن عرض المنازعات المتعلقة بعقود توظيف اللاعبين(عقد عمل اللاعب) على الهيئات العدلية للفيفا ذات الطابع التحكيمي الخاص، وقد تنبثق منه إشكاليات قانونية أخرى نظراً للتعارض مع بعض الأنظمة القانونية العمالية الوطنية. علاوة على ذلك فإن منع اللاعبين من اللجوء إلى المحاكم الوطنية تظهر منه أيضاً مشكلة قانونية؛ لأنه يُعدّ سلباً للحق الدستوري للاعبين المتمثل في حق التقاضي. وعليه فإن دراسة هذه المشاكل هي ذات فائدة وجدوى قانونية مثيرة للجدل.

ثالثاً: أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره:

نظراً لانخراط المال في عالم كرة القدم جراء ظاهرة الاحتراف، حمل الفيفا على توفير الهيئات العدلية لفض المنازعات القانونية المتعلقة بكرة القدم عن طريق وضع اللوائح الرياضية الدولية النموذجية. وهذه اللوائح تتضمن نصوص تسلب الصلاحية القضائية من المحاكم الوطنية وتمنحها إلى الهيئات العدلية للفيفا، وبموجبها يجوز لهذه الأخيرة أن تفرض العقوبات المالية والرياضية والالتزامات المالية على المعنيين بكرة القدم كاللاعبين والمدربين والهيئات الرياضية وغيرها. هذه الأمور قد تخالف القواعد

القانونية الوطنية. وعليه فإن دراسة هذه الأمور وغيرها المتعلقة بها أولى بالاهتمام وبالأخص لقلة وجود دراسات قانونية بصدها على وجه الخصوص باللغة العربية.
رابعاً: أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الكيان القانوني للفيفا، والمنبع القانوني للولاية العدلية لهيئات الفيفا العدلية، وبيان القواعد القانونية الإجرائية الخاصة بفض المنازعات أمام الهيئات العدلية للفيفا دون أن تستغني عن توضيح كيفية إصدار القرارات أمام هذه الهيئات وكيفية الطعن فيها والجهة المختصة بفض الطعن.

خامساً: منهجية الدراسة:

لقد اتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي، والمتمثل في تحليل النصوص القانونية الواردة في اللوائح الرياضية الدولية النموذجية، وفي ذات الوقت لا يستغني البحث عن المنهج المقارن لأنه تمّ فيه المقارنة بين النصوص القانونية الواردة في القانون العراقي والقانون السويسري (باعتبار القانون السويسري هو قانون مقر الفيفا) فيما يتعلق بموضوع البحث.

سادساً: خطة البحث:

من أجل تحقيق الغاية المرجوة وراء الدراسة سنقسم مفردات البحث إلى مبحثين: سنبين في المبحث الأول الطبيعة القانونية لهيئات الفيفا والسند القانوني لولايتها العدلية من خلال مطلبين: في الأول سنحيط بالطبيعة القانونية لهيئات الفيفا، وسنركز في المطلب الثاني على السند القانوني للولاية العدلية لهيئات الفيفا، وسنخصص المبحث الثاني لبيان القواعد القانونية للفيفا الخاصة بفض المنازعات، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول يتضمن بيان القواعد الخاصة بفض المنازعات المعروضة أمام محكمة كرة القدم للفيفا، أمّا المطلب الثاني يركز على قواعد الفيفا الخاصة بفض انتهاكات لائحة ميثاق الشرف (FIFA code of ethics)، وسيتهيء البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لهيئات الفيفا والسند القانوني لولايتها العديّة

إن البحث حول الطبيعة القانونية لهيئات الفيفا والسند القانوني لولايتها العديّة يقتضي منا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على وجه الآتي:

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لهيئات الفيفا

بادئ ذي بدء، قبل الولوج في تفاصيل السند القانوني للولاية العديّة لهيئات الفيفا في المطلب الثاني، لا بدّ أن نوضح بعض الأمور المتعلقة بالطبيعة القانونية لهيئات الفيفا العديّة أهمها الاتحاد الدولي لكرة القدم المعروف بـ(الفيفا) هو جمعية مسجلة في السجل التجاري في مقاطعة زيورخ في سويسرا وفقاً لأحكام المادة(60) من القانون المدني السويسري⁽¹⁾. وهو منظمة دولية حاكمة لكرة القدم العالمية وإدارتها وترويجها، وله الشخصية القانونية⁽²⁾. وبما أن الكيان القانوني للفيفا يتمثل في جمعية، وبالتالي يتعين عليها تنظيم أمورهما بالنظام الأساسي المنطوي على أهداف الفيفا ومواردها وتنظيمها الداخلي⁽³⁾. ويتمثل الهيكل الإداري الداخلي للفيفا في الكونغرس، والهيئات العديّة(القضائية)، ومجلس الفيفا والأمانة العامة للفيفا فضلاً عن لجان دائمية ومؤقتة⁽⁴⁾.

ويجدر بالذكر بأن هناك الهرم التنظيمي يعتمد على مبدأ التدرج في تنظيم وإدارة كرة القدم العالمية، بحيث تقف الفيفا في قمة الهرم؛ لأنها هي المنظمة الأم التي تكون مسؤولة

(1) See the general provisions of Article (1) of FIFA statutes 2022.

(2) See the Articles (1&2) of FIFA statutes 2022.

(3) عرّفت المادة(60) من القانون المدني السويسري رقم(10) الصادر في(1907) (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Juli 2022) الجمعية بأنها جمعية ذات الأغراض السياسية أو الدينية أو العلمية أو الثقافية أو الخيرية أو الاجتماعية أو غير التجارية تكتسب شخصية قانونية بمجرد أن تظهر نيتها في الوجود كهيئة مؤسسية من موارد ارتباطها، ويجب أن تتم المواد الارتباطية (عقد التأسيس) كتابة وتشير إلى أهداف الجمعية ومواردها وتنظيمها. وتقابلها المادة(50) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة (1951) المعدل.

(4) See paragraph (v. organization) of FIFA statutes 2022.

عن تنظيم وتطوير وترويج كرة القدم عبر العالم⁽¹⁾. وتأتي بعدها الاتحادات الكونفدرالية، حيث أن الفيفا عدّلت نظامها الأساسي عن طريق كونغرس الاستثنائي في باريس عام(1953) من خلال هذا التعديل وافقت الفيفا على تأسيس الاتحادات الكونفدرالية (القارية) للقارات الستة⁽²⁾. وتمثل الاتحادات الكونفدرالية في مجموعة من الاتحادات الوطنية لكرة القدم المعترف بها من قبل الفيفا وتنتمي لنفس القارة أو المنطقة الجغرافية الواحدة⁽³⁾. والغاية الأساسية لأي اتحاد كونفدرالي هي توجيه وتنظيم وترتيب جميع الأمور المتعلقة بكرة القدم في القارة المعنية، وذلك تحت رعاية الفيفا⁽⁴⁾. وبعد الفيفا والاتحادات الكونفدرالية تأتي الاتحادات الوطنية في الهرم التنظيمي المذكور⁽⁵⁾، كالاتحاد العراقي لكرة القدم، والاتحاد السويسري لكرة القدم وغيرهما. وكل اتحاد وطني عضو في الفيفا يكون عضواً في إحدى الاتحادات الكونفدرالية الستة⁽⁶⁾. وبعد الاتحادات الوطنية تأتي الأندية الرياضية التابعة للاتحادات الوطنية، ويكون لكل نادٍ لاعبو كرة القدم، وفي العادة يكون اللاعبون محترفين للعبة كرة القدم يمارس النادي نشاطاته من خلالهم،

(1) See the Articles (2&5) of FIFA statutes 2022.

(2) Article (22) Paragraph (1) states that ((Member associations that belong to the same continent have formed the following confederations, which are recognized by FIFA: (a) Confederation Sudamericana de Fútbol – CONMEBOL. (b) Asian Football Confederation – AFC. (c) Union des associations européennes de football – UEFA. (d) Confédération Africaine de Football – CAF. (e) Confederation of North, Central America and Caribbean Association Football – Concacaf. (f) Oceania Football Confederation – OFC. Recognition of each confederation by FIFA entails full mutual respect of each other's authority within their respective institutional areas of competence as set forth in these Statutes.))
See for more details Pierre Ducrey, Carlos Eduardo Ferreira, Gabriel Huerta, Kevin Talleg Marston, UEFA and Football Governance: A New Model, International Master(MA) in Management, Law and Humanities of Sports 2002/2003, centre international d'étude du sport, p35.

(3) See Article (7) of the definition of FIFA statutes 2022.

(4) See Article (2) of UEFA statutes Edition 2021 and Article (4) of CONFEDERAÇÃO SUL-AMERICANA DE FUTEBOL statutes 2019.

(5) وعرفَ المشرع العراقي الاتحاد بأنه هيئة رياضية أسس لفترة غير محددة يدير لعبة أو رياضة أولمبية أو غير أولمبية معترف به من قبل اللجنة الأولمبية الوطنية العراقية واللجنة البارالمبية الوطنية العراقية أو رياضة نوعية أو ينتمي لاتحاد دولي أو قاري أو كليهما ويعمل وفقاً لأنظمة وقواعد تلك الاتحادات وبما أنه لا يتعارض مع الدستور والقوانين النافذة ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية. لاحظ الفقرة(رابعاً) من قانون الاتحادات الرياضية الوطنية العراقي رقم(24) لسنة ((2021)) المنشور في الجريدة الرسمية الموسومة بالوقائع العراقية في العدد(4632) في(31-5-2021)).

(6) See the Articles (11) of FIFA statutes 2022.

ويرتبطون بعقود عمل معه⁽¹⁾.

وهكذا يبدو لنا جلياً أنه وفقاً لهذا الهرم تصدر المنظمة الأم (الفيفا) القواعد القانونية عامة ومجردة في صلب اللوائح النموذجية والعالمية الملزمة للاتحادات الكونفدرالية، والاتحادات الوطنية، والأندية الرياضية، واللاعبين⁽²⁾. ويكون بمثابة الشرط الأساسي للمشاركة في إدارة كرة القدم وممارستها من قبل تلك الهيئات⁽³⁾. وعلى كل من الاتحادات الكونفدرالية، والاتحادات الوطنية أن ينظما أمورهما بنظام أساسي ولوائح رياضية منسجمة ومتوافقة مع لوائح الفيفا النموذجية الدولية، وأن لوائح تلك الاتحادات لا تخالف مع نصوص لوائح الفيفا⁽⁴⁾. وعلى كل اتحاد وطني أن يدير شؤونه بشكل مستقل⁽⁵⁾. وأن يكون محايداً في المسائل السياسية والدينية⁽¹⁾، وحظر جميع أشكال التمييز،

(1) لاحظ أستاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2017، ص 644.

(2) See the FIFA statutes 2022. And FIFA Governance Regulations (FGR).

(3) حيث تنص المادة (72) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((لا يجوز للاعبين والفرق التابعة للاتحادات الأعضاء أو الأعضاء المؤقتين في الاتحادات القارية لعب مباريات أو إجراء اتصالات رياضية مع لاعبين أو فرق غير تابعة للاتحادات الأعضاء أو الأعضاء المؤقتين في الاتحادات القارية دون موافقة الفيفا)).

(4) حيث تنص الفقرة (e) من المادة (15) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((يجب أن يمثل النظام الأساسي للاتحادات الأعضاء لمبادئ الحكم الرشيد، ويجب أن يتضمن على وجه الخصوص، كحد أدنى، أحكام تتعلق بالمسائل التالية: e. يجب أن يوافق جميع أصحاب المصلحة المعنيين على احترام قوانين اللعبة ومبادئ الولاء والنزاهة والروح الرياضية واللعب النظيف وكذلك الأنظمة واللوائح والقرارات الصادرة عن الفيفا والاتحاد القاري المعني)) وتنص الفقرة (1) من المادة (14) من النظام نفسه على أنه ((تقع على عاتق الاتحادات الأعضاء الالتزامات التالية: 1. الامتثال الكامل للنظام الأساسي واللوائح والتوجيهات والقرارات الصادرة عن هيئات الفيفا في أي وقت وكذلك قرارات محكمة التحكيم الرياضية (CAS) الصادرة عند الاستئناف على أساس الفقرة (1) من المادة (56) من النظام الأساسي للفيفا)). وفيما تتعلق بلوائح الاتحادات الكونفدرالية تنص الفقرة (a/3) من المادة (22) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((يكون لكل اتحاد كونفدرالي الحقوق والالتزامات التالية: الامتثال وإنفاذ الامتثال للنظام الأساسي واللوائح والقرارات الخاصة بالفيفا)).

See the Articles (1/14 & 23) of FIFA statutes 2022.

(5) تنص الفقرة (1) من المادة (19) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((يجب على كل جمعية عضو إدارة شؤونها بشكل مستقل ودون تأثير لا مسوغ له من طرف ثالث)). وبخلاف هذا النص سيتعرض

←

وأن يكون مستقلاً ويتجنب أي شكل من أشكال التدخل السياسي، وضمنان استقلالية هيئاته العدلية (الفصل بين السلطات)، ويجب أن يوافق جميع أصحاب المصلحة المعنيين على احترام قوانين اللعبة ومبادئ الولاء والنزاهة والروح الرياضية واللعبة النظيف وكذلك النظام الأساسي واللوائح والقرارات الخاصة بالفيفا والاتحاد المعني⁽²⁾.

واعترفت الفيفا بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة (CAS) والتي تكون مقرها في لوزان (سويسرا) لحل النزاعات بين الفيفا والاتحادات الأعضاء والاتحادات الكونفدرالية والدوريات والأندية واللاعبين والمسؤولين ووكلاء كرة القدم ووكلاء المباريات⁽³⁾. وعلى الاتحادات الكونفدرالية والاتحادات الوطنية الأعضاء والدوريات الاعتراف بـ (CAS) كسلطة قضائية مستقلة وضمنان امثال أعضائها واللاعبين المنتسبين إليها والمسؤولين التابعين لها للقرارات الصادرة عن (CAS)، ويطبق نفس الالتزام على وكلاء كرة القدم ووكلاء المباريات المرخصين من قبل الفيفا⁽⁴⁾. وعلى هذا المنوال اعترف المشرع العراقي بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية في قانون الاحتراف الرياضي، بأنها جهة مختصة بفض

الاتحاد العضو إلى عقوبة التعليق والطرح من الفيفا، كما تقتضي الفقرة (1) من المادة (16) من النظام الأساسي للفيفا القاضية بأن ((يجوز للكونغرس تعليق عضوية أي جمعية بناء على طلب المجلس. على الرغم مما تقدم، يجوز للمجلس ودون تصويت الكونغرس أن يعلق مؤقتاً بأثر فوري أي جمعية عضو تنتهك التزاماتها بشكل خطير. ويظل التعليق الذي يوافق عليه المجلس سارياً حتى الكونغرس التالي، ما لم يكن المجلس قد ألغى هذا التعليق قبل انعقاد ذلك الكونغرس)) أمّا بشأن عقوبة الطرد فإن الفقرة (b-1) من المادة (17) من النظام الأساسي للفيفا تقتضي بأن ((للكونغرس طرد أي جمعية عضو بناء على طلب المجلس (Council) إذا: (b) ينتهك بشكل خطير النظام الأساسي أو اللوائح أو قرارات الفيفا)).

(1) حيث تنص الفقرة (a) من المادة (15) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((يجب أن يمثل النظام الأساسي للاتحادات الأعضاء لمبادئ الحكم الرشيد، ويجب أن يتضمن على وجه الخصوص كحد أدنى، أحكاماً تتعلق بالمسائل التالية: a. أن نكون محايدين في مسائل السياسة والدين)) وعلى المنوال هذا تنص الفقرة (1) من المادة (5) من النظام الأساسي للاتحاد العراقي لكرة القدم على الحياد والاستقلال المؤسسي وعلى وجه التحديد تقتضي بأن الاتحاد العراقي لكرة القدم يجب أن يكون محايداً في مسائل السياسة والدين.

(2) See Article (15) of FIFA statutes 2022.

(3) See paragraph (1) of Article (56) of FIFA statutes 2022.

(4) See paragraph (1) of Article (58) of FIFA statutes 2022.

الطعون في القرارات التي تصدر من الاتحادات الوطنية العراقية بعد استنفاد القنوات الداخلية في الاتحاد الوطني المعني إذا كان هناك الاتفاق بين الأطراف المعنية أو نص في لوائح الاتحاد الوطني المعني يقضي بذلك⁽¹⁾. لدينا ملاحظتان على هذا القانون فيما يتعلق بموضوع البحث، الأول يتمثل في صياغة نص الفقرة (عاشراً) من المادة (6) منه المذكورة حيث ذكرت محكمة التحكيم الدولية، والسؤال هو أي محكمة التحكيم الدولية؟ لأن هناك محكمة التحكيم الدولية للمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾، وأخرى محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية وغيرهما⁽³⁾، وعليه لا بد أن تحل عبارة محكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة محل محكمة التحكيم الدولية؛ لأنها هي الصائبة في نطاق الرياضة. والملاحظة الثانية بشأن القانون المذكور هي أنه ينص على تشكيل المحكمة الرياضية العراقية وتكون قراراتها قابلة لطعن فيها استثناءً أمام محكمة الاستئناف⁽⁴⁾، نرى بأن تشكيل هذه المحكمة وآلية الطعن في قراراتها مخالفاً لنصوص النظام الأساسي للفيفا⁽⁵⁾، ويعد تدخلاً في شؤون الاتحاد العراقي لكرة القدم وبالتالي سيتعرض الاتحاد العراقي لكرة القدم إلى عقوبات تأديبية قد تفرض عليها من قبل الفيفا، كما فعلت الفيفا ذلك ضد الاتحاد اليوناني لكرة

(1) حيث تنص الفقرة (عاشراً) من المادة (6) من قانون الاحتراف العراقي رقم (60) لسنة (2017) على أنه ((يجوز للرياضيين المحترفين والوسطاء والأندية الرياضية الطعن لدى أجهزة الاتحادات الدولية للعبة بعد استنفاد الطعن داخل الاتحادات الوطنية ويجوز الطعن استثناءً أيضاً لدى محكمة التحكيم الدولية إذا كان هناك اتفاق أو لوائح الاتحاد الوطني تنص على ذلك)).

(2) See the International Court of Arbitration International Criminal Court. <https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/international-court-of-arbitration/>

(3) See the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce on this website (visited 6-10-2022) <https://www.acerislaw.com/>

(4) حيث تنص الفقرة (تاساً) من المادة (6) من قانون الاحتراف العراقي على انه ((مع مراعاة الأحكام الواردة في الفقرة (ج) من البند (ثانياً) من المادة 4 - تكون المحكمة الرياضية في العراق هي المحكمة المختصة في حل النزاعات بين أطراف عقود الاحتراف ما لم تتمكن لجنتا الاحتراف والاستئناف من حلها ويكون قرارها قابلاً للطعن لدى محكمة الاستئناف خلال مدة أقصاها (15) خمسة عشر يوماً وللتمييز خلال مدة أقصاها (30) ثلاثون يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار أو اعتباره مبلغاً ويكون قرارها باتاً)).

(5) لأن تنص الفقرة (2) من المادة (58) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((يحظر اللجوء إلى المحاكم العادية ما لم ينص على ذلك تحديداً في لوائح الفيفا. ويحظر أيضاً اللجوء إلى المحاكم العادية فيما يتعلق بجميع أنواع التدابير المؤقتة)).

القدم⁽¹⁾.

علاوة على ما تقدم تمنع الفيفا الاتحادات الأعضاء من اللجوء إلى المحاكم العادية(الوطنية) لفض المنازعات الرياضية سواء لحسم النزاع بشكل نهائي أو من أجل حصول على قرار وقتي(القضاء المستعجل أو الوقتي)⁽²⁾. فضلاً عن ذلك على تلك الاتحادات أن تدرج بنداً في أنظمتها الأساسية أو لوائحها ينص على أنه يحظر إحالة النزاعات في الاتحاد أو النزاعات التي تؤثر على الدوريات، أعضاء الدوريات، وأندية الأعضاء، واللاعبين والمسؤولين وغيرهم من مسؤولي الاتحاد إلى المحاكم العادية، ما لم تنص لوائح الفيفا أو الأحكام القانونية الملزمة على وجه التحديد اللجوء إلى المحاكم العادية(الوطنية)⁽³⁾. وبدلاً من اللجوء إلى المحاكم العادية، يوضع نص على التحكيم.

(1) حيث علقت الفيفا عضوية الاتحاد اليوناني لكرة القدم في(يوليو 2006) لقاء إصدار قانون رقم(1815) لسنة (1995) من قبل السلطة التشريعية اليونانية، لأن هذا القانون منح حق الرقابة على الهياكل الإدارية الرياضية الاحترافية للحكومة اليونانية فضلاً عن كيفية تشكيل اللجان التأديبية وإجراءات انتخاب وعزل أعضاء مجلس إدارة اتحاد اليوناني لكرة القدم، واعتبرت الفيفا بأن هذا تدخلاً في شؤون الاتحاد اليوناني لكرة القدم. وبعد ثمانية أيام من تعليق عضوية اتحاد اليوناني لكرة القدم تدخل رئيس الوزراء اليوناني شخصياً، وقام البرلمان اليوناني بتعديل قانون الرياضة اليوناني بصورة تتوافق مع لوائح الفيفا بشأن استقلالية الاتحاد اليوناني لكرة القدم في إدارة كرة القدم في اليونان، واقتصر التعديل على المواضيع المتعلقة بأداء وتنظيم كرة القدم في اليونان، والحكم الذاتي للاتحاد اليوناني لكرة القدم وأعضائه كالنوادي الرياضية وفقاً لأنظمتهم ولوائحهم، وكذلك لوائح الاتحادات الأوروبية لكرة القدم والاتحاد الدولي لكرة القدم، حتى لو تضمنت تلك اللوائح أحكام مختلفة مع هذا القانون (1999/2725). وبعد تعديل القانون المذكور قامت الفيفا بإلغاء قرارها بتعليق عضوية الاتحاد اليوناني لكرة القدم. لاحظ للتفاصيل:

Garcia-Garcia, Borja; Meier, Henk-Erik (2013): Keeping private governance private: is FIFA blackmailing national governments? Loughborough University. Conference contribution. <https://hdl.handle.net/2134/12635>, p9-13.

(2) See Article (58) paragraph (2) of FIFA statutes 2022.

حيث تنص الفقرة(2) من المادة(58) من النظام الأساسي للفيفا على أنه((يحظر اللجوء إلى المحاكم العادية ما لم ينص على ذلك تحديداً في لوائح الفيفا. ويحظر أيضاً اللجوء إلى المحاكم العادية فيما يتعلق بجميع أنواع التدابير المؤقتة)).

(3) بناءً عليه نصت الفقرة(1) من المادة(65) من النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدم على أنه(لا يجوز إحالة نزاعات التحكيم داخل الاتحاد العراقي لكرة القدم أو النزاعات التي تؤثر على أعضاء الاتحاد العراقي لكرة القدم والبطولات وأعضاء الاتحادات والأندية وأعضاء الأندية واللاعبين

←

وتحال هذه المنازعات إلى هيئة تحكيم مستقلة ومشكلة حسب الأصول ومعترف بها بموجب قواعد الاتحاد العضو أو الاتحاد الكونفدرالي أو تحال إلى محكمة التحكيم الرياضية⁽¹⁾.

وعلى الاتحاد العضو أيضاً أن يكفل عدم اللجوء أعضائه إلى محاكم العادية ضمن إدارته لكرة القدم في البلد، وإذا لزم الأمر، أن يفرض التزاماً ملزماً على أعضائها (if necessary, by imposing a binding obligation on its members). وتفرض الاتحادات عقوبات على أي طرف لا يحترم هذا الالتزام ويضمن أن أي استئناف ضد هذه العقوبات يجب أن يعرض أيضاً بشكل صارم على التحكيم، وليس على المحاكم العادية⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن الفيفا ألزمت أعضائها من اللجوء إلى (كاس) بدلا من المحاكم العادية وفقاً للنصوص الواردة في لوائحها ليس بمعنى أن لمحكمة التحكيم الرياضية

←

والمسؤولين إلا في المرحلة الأخيرة (أي بعد استنفاد جميع القنوات الداخلية داخل الاتحاد العراقي لكرة القدم إلى (كاس) محكمة التحكيم الرياضية، التي يجب أن تسوي النزاع بشكل نهائي مع استبعاد أي محكمة عادية التي يحظرها صراحة التشريع في العراق) ويلاحظ على هذه الفقرة، صحيح أنها اعترفت بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة كجهة مختصة بفض المنازعات المتعلقة بكرة القدم إلا أنها جاءت بصياغة ركيكة وغير دقيقة لوجود بعض عبارات فيها غير مفهومة منها، إحالة نزاعات التحكيم، وآخر تسوية النزاع بشكل نهائي مع استبعاد أي محكمة عادية التي يحظرها صراحة التشريع في العراق. في الحقيقة ليست هناك نزاعات التحكيم وإنما الموجود في نطاق كرة القدم هي المنازعات المتعلقة بكرة القدم أو المرتبطة بها، وفيما يتعلق بعبارة (...مع استبعاد أي محكمة عادية التي يحظرها صراحة التشريع في العراق) فهذه العبارة ليست دقيقة ولا في مقامها لأن النص الوارد في الفقرة المذكورة في النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدم جاء من الفقرة (2) من المادة (58) من النظام الأساسي للفيفا التي تحظر اللجوء إلى المحاكم العادية (الوطنية)، فضلا عن وجود العيوب الشكلية فيها. وفي مقابل النص الوارد في الفقرة المذكورة في النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدم هناك نص الفقرة (1) من المادة (90) في النظام الأساسي للاتحاد السويسري لكرة القدم الصادر (2022) من الاتحاد السويسري لكرة القدم، وهو نص ذو صياغة جدية والذي يمنح صلاحية فض المنازعات الداخلية للهيئات العديّة للاتحاد السويسري لكرة القدم والتي تكون قراراتها قابلة للطعن فيها أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية.

(1) See Article (58) paragraph (3) of FIFA statutes 2022.

(2) See Article (58) paragraph (3) of FIFA statutes 2022.

الدولية المستقلة الولاية الحصرية في فض المنازعات الرياضية، وإنما الفيفا ألزمت أعضائها بأن تستنفذ جميع الإجراءات العدلية أمام هيئاتها العدلية الداخلية (الهيئات القضائية للجمعية العضو) وبعد ذلك لصاحب المصلحة أن يطعن في قرار الهيئة العدلية الداخلية أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية⁽¹⁾.

ويضاف إلى ما سبق أنه على الاتحادات الأعضاء الالتزام الكامل بهذه النصوص والأحكام المذكورة أعلاه، وإلا يتعرض العضو المخالف إلى العقوبات المنصوص عليها في مدونة انضباط الفيفا (the FIFA Disciplinary Code)⁽²⁾.

المطلب الثاني

السند القانوني للولاية العدلية لهيئات الفيفا

بيان في المطلب الأول من هذا المبحث بأن الفيفا تمنع الاتحادات الأعضاء من اللجوء إلى المحاكم العادية (الوطنية) لفض المنازعات الرياضية سواء لحسم النزاع بشكل نهائي أو من أجل حصول على قرار وقتي (القضاء المستعجل أو الوقتي). فضلاً عن ذلك على تلك الاتحادات أن تدرج بنداً في أنظمتها الأساسية أو لوائحها ينص على أنه يحظر إحالة النزاعات في الاتحاد أو النزاعات التي تؤثر على الدوريات، أعضاء الدوريات، وأندية الأعضاء، واللاعبين والمسؤولين وغيرهم من مسؤولي الاتحاد إلى المحاكم العادية، ما لم تنص لوائح الفيفا أو الأحكام القانونية الملزمة على وجه التحديد اللجوء إلى المحاكم العادية (الوطنية). وألزمت الفيفا أعضائها بأن تستنفذ جميع الإجراءات العدلية أمام هيئاتها العدلية الداخلية (الهيئات القضائية للجمعية العضو) وبعد ذلك لصاحب المصلحة أن يطعن في قرار الهيئة العدلية الداخلية أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية بدلاً من المحاكم العادية.

ومن الناحية العكسية فإن القانون الوطني يقضي بأن الأصل أن تكون ولاية فض المنازعات مقتصرة على المحاكم المدنية كقانون المرافعات المدنية العراقي؛ لأن اختصاصها عام وشامل لجميع المنازعات أيّاً كان نوعها سواء كانت منازعات مدنية أو

(1) تنص الفقرة (2) من المادة (57) من النظام الأساسي للفيفا على أنه ((لا يجوز اللجوء إلى محكمة التحكيم الرياضية الدولية (CAS) إلا بعد استنفاد جميع القنوات الداخلية الأخرى)).

(2) See Article (60) of FIFA statutes 2022.

تجارية أو كانت غير ذلك، وعلى جميع الأشخاص سواء كانت أشخاصاً طبيعياً أو معنوية إلا إذا وجد نص في القانون أو المعاهدات الدولية المصدقة من قبل السلطة التشريعية العراقية يقضي بخلاف ذلك⁽¹⁾.

على هذا الأساس تطرح الأسئلة الآتية: هل يجوز للفيفا وأعضائها سلب ولاية فض المنازعات من السلطة القضائية الوطنية؟ إذا أمكنت، وكيف؟ وما هو السند القانوني لذلك؟ إن هذه التساؤلات تقودنا إلى حقيقة مفادها أن هناك قاعدتين قانونيتين متعارضتين، الأولى هي الوطنية وتسد الولاية القضائية لفض المنازعات إلى المحاكم الوطنية؛ لأنه يُعدُّ تطبيق هذه القاعدة رمزاً مرسخاً لسيادتها على إقليمها، أمّا الثانية هي الرياضية الدولية الخاصة والتي تسند الولاية العديّة لفض المنازعات الرياضية إلى الهيئات العديّة (القضائية) في الجمعيات الرياضية ومن ثم إلى محكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة. وجملة القول هي أننا أمام النصوص الرياضية الدولية الخاصة احتوت على أحكام تتعارض مع أحكام قانونية تضمنها قانون داخلي ما أصدرته السلطة التشريعية الوطنية. ونعيد السؤال بشكل آخر، أي من هذين النصين يتم تطبيقه القواعد الرياضية الدولية الخاصة أو قواعد القانون الوطني على إقليمها؟

في الحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال يحتاج إلى دراسة الطبيعة القانونية للنصوص الواردة في لوائح الفيفا، والتي تمنح الولاية العديّة لهيئات الفيفا بدلاً من المحاكم الوطنية، حتى يتبين لنا السند القانوني لولاية العديّة للفيفا في المنازعات الرياضية. قدمنا سابقاً، أن الكونغرس (المؤتمر) هو السلطة التشريعية للفيفا⁽²⁾. ولكل الاتحادات الوطنية الأعضاء مقعد واحد في اجتماعات كونغرس الفيفا، ولكل واحد منها صوت واحد عند إصدار قرارات من قبل الكونغرس⁽³⁾. ومن خلال صلاحيته التشريعية يقوم الكونغرس بسن النظام الأساسي للفيفا وإصدار لوائح نموذجية رياضية دولية أخرى وتعديلها

(1) يقتضي نص المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل على أنه ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص)). وتقابلها المواد (4، 5، 6) من قانون المرافعات المدنية السويسري الصادر عام (2008) المعدل (Swiss Civil Procedure Code).

(2) See paragraph (8) of definitions of FIFA statutes 2022.

(3) See Article (26) of FIFA statutes 2022.

وإصدار غيرهما من قرارات⁽¹⁾. وعليه هناك ارتباط إرادات جماعية للاتحادات الوطنية الأعضاء داخل الكونغرس في تكوين النظام الأساسي للفيفا واللوائح الرياضية النموذجية الدولية الأخرى. وبما أن النظام الأساسي للفيفا هو الذي نظم العلاقة القانونية بين الفيفا والاتحادات الرياضية الوطنية لكرة القدم كما تطرقنا في السابق، وبالتالي يمكن القول بأن النظام الأساسي للفيفا ذو طبيعة تعاقدية، والنصوص القانونية التي يتضمنها النظام الأساسي للفيفا تعد بنداً من بنود العقد الذي نشأ نتيجة ارتباط الإرادات الجماعية للاتحادات الوطنية الأعضاء في الفيفا. ومن الجدير بالإشارة أن فقه القانون الرياضي العربي⁽²⁾، والغربي⁽³⁾، والقضاء في فرنسا يقضي بأن النظام الأساسي للجمعيات الرياضية ولوائحها ذات طابع عقدي وتعد اتفاقاً من اتفاقات القانون الخاص⁽⁴⁾.

ووفقاً لما تقدم يمكن القول بأن النصوص الواردة في لوائح الفيفا الفاضية بإحالة المنازعات إلى الهيئات القضائية داخل الفيفا ومحكمة التحكيم الرياضية المستقلة بدلاً من اللجوء إلى المحاكم الوطنية تكون بمثابة شرط التحكيم⁽⁵⁾؛ لأن الفيفا اشترط لقبول أي

(1) See Article (29) of FIFA statutes 2022.

(2) على سبيل المثال: أستاذنا الدكتور محمد سليمان الأحمد، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2008، ص 34.

(3) See; Katarina Pijetlovic, EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football, Asser International Sports Law Series, The Hague, The Netherlands, Springer, p.8. Also, Deborah Healey, Sport and the law, third edition, Published by University of New South Wales Press Ltd, Sydney, Australia, 2005, pp. 26 & 34 and the next.

(4) لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية مماثلة له والتي تمثل في تحديد الطبيعة القانونية لائحة احتراف كرة القدم الفرنسية الصادرة من الاتحاد الفرنسي لكرة القدم المعروف بـ(F.F.F.) عندما كانت محل الخلاف في الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث حدد المجلس ذلك بأنها اتفاق من اتفاقات القانون الخاص، لأن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم هو شخص من أشخاص القانون الخاص. نقلاً عن د. عبد الحميد عثمان الحفني، عقد احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، العدد 4، السنة 19، 1995، ص 20.

(5) التحكيم نظام تعاقدية بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين، ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي، ويتم هذا التعاقد إما في صورة شرط التحكيم وإما في صورة مشاركة التحكيم، فالأول يقصد به الاتفاق مقدماً على عرض النزاع الذي قد ينشأ مستقبلاً في قضية معينة على محكمين للفصل فيه، أما الثاني يقصد به الاتفاق على التحكيم بعد قيام حالة النزاع دون أن يكون هناك شرط في العقد المبرم بين الطرفين على التحكيم. ولقد نظم المشرع العراقي هذين النوعين في المادة(251) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة(1969)

←

عضو(الاتحاد الوطني لكرة القدم) في الجمعية(الفيفا) وبقائه فيها اعتراف هذا الاتحاد في نظامه الأساسي ولوائحه الرياضية بإحالة المنازعات إلى الهيئات العديّة(القضائية) الداخلية للاتحاد، وبعد ذلك إلى محكمة التحكيم الرياضية المستقلة، علاوة على ذلك الفيفا تمنع الاتحادات الأعضاء من اللجوء إلى المحاكم العادية(الوطنية) لفض المنازعات الرياضية سواء لحسم النزاع بشكل نهائي أو من أجل الحصول على القرار الوقّتي(القضاء المستعجل أو الوقّتي)⁽¹⁾. وإلاّ ستعرض الاتحاد إلى العقوبات المنصوص عليها مدونة الانضباط الفيفا.(the FIFA Disciplinary Code)⁽²⁾.

وفيما يتعلق بنص المادة(29) من قانون المرافعات المدنية العراقي المذكور بشأن الولاية القضائية للمحاكم العراقية، ونصوص مماثلة له في قوانين الدول الأخرى⁽³⁾، فإنّ المُشرّع لم يمنح الولاية القضائية للمحاكم العراقية بشكل مطلق وإنما أجاز عرض المنازعات على جهات أخرى إن وجد نص قانوني يقضي بذلك. وبالنظر إلى نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي نجد أنّه يسمح للأطراف المتعاقدة أن يتفق على عرض النزاع الذي ينشأ بينهما على المُحكّم بدلاً من المحكمة العادية⁽⁴⁾. وأبعد من ذلك، إذا اتفق

←

المعدل. لاحظ للتفاصيل: د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية(دراسة مقارنة ومعرزة بالتطبيقات القضائية)، الطبعة الأولى، دار السنهوري، بغداد، العراق، 2016، ص398. وفي مقابل نص المادة المذكورة في قانون المرافعات العراقي لاحظ النص المماثل في المادة(7) من القانون الدولي الخاص السويسري الاتحادي الصادر في(18 ديسمبر 1987) المعدل في(1 يوليو 2022) المعروف ب(PILA)، والمواد(17 و61) من قانون المرافعات المدنية السويسري رقم(19) لسنة(2008) المعدل في(2022) المعروف ب(Schweizerische Zivilprozessordnung).

(1) حيث تنص الفقرة(2) من المادة(58) من النظام الأساسي للفيفا على أنّه(يحظر اللجوء إلى المحاكم العادية ما لم ينص على ذلك تحديداً في لوائح الفيفا. ويحظر أيضاً اللجوء إلى المحاكم العادية فيما يتعلق بجميع أنواع التدابير المؤقتة)

(2) See Article (60) of FIFA statutes 2022.

(3) See Articles (4,5 &6) of Swiss Civil Procedure Code.

(4) تقتضي المادة(251) من القانون المذكور على أنّه(يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين). ومن الجدير بالذكر، ان هذا التحكيم ليس إلا تحكيمياً داخلياً والذي يتم على الأراضي العراقية ويخضع للقانون العراقي فقط دون التحكيم الدولي. لاحظ للتفاصيل حول التحكيم في القانون العراقي: أ. م. د. مصطفى ناطق صالح مطلوب، العراق وتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، بحث منشور في

←

الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم⁽¹⁾. وعليه فإن شرط التحكيم الوارد في لوائح الفيفا له مسوغ قانوني في القانون العراقي كما في قوانين الدول الأخرى أيضاً⁽²⁾، على الرغم من أن التحكيم المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية العراقي هو التحكيم الداخلي وليس تحكيمياً دولياً⁽³⁾، ومن الأفضل أن ينظم المشرع العراقي التحكيم الدولي كما فعله المشرع السويسري في القانون الدولي الخاص السويسري.

ونظراً لما تقدم، فإننا ندعو إلى أنه الولاية العدلية للفيفا لها سند قانوني، والذي يتمثل في شرط التحكيم في العقد بين الفيفا والاتحادات الوطنية في صلب لوائح الفيفا، وعلى وجه الخصوص في النظام الأساسي للفيفا.

وارتباطاً بما سبق، فإن الولاية العدلية للفيفا(على وجه الخصوص لغرفة أوضاع اللاعبين) لا تنعقد إذا اتفق الأطراف المعنية في النزاع على إحالة النزاع إلى المحكمة العادية الوطنية، أي بمعنى آخر أجازت لوائح الفيفا أن يتفق الأطراف على عرض نزاعهم على المحكمة الوطنية بدلاً من اللجان العدلية للفيفا⁽⁴⁾، حتى ولو كان الاتفاق بينهم

←

مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 2، المجلد 2 العدد 4، الجزء 1، 2018، ص 237. وفي المقابل لاحظ المادة(7) من القانون الدولي الخاص السويسري الاتحادي المعدل بخصوص التحكيم الدولي، والمادة(61) من قانون المرافعات المدنية السويسري المعدل بخصوص التحكيم الداخلي.

(1) لاحظ الفقرة(1) من المادة(253) من قانون المرافعات المدنية العراقي. وتقابلها المادة(61) من قانون المرافعات المدنية السويسري.

(2) لاحظ المادة(7) من القانون الدولي الخاص السويسري الاتحادي المعدل بخصوص التحكيم الدولي، والمادة(61) من قانون المرافعات المدنية السويسري المعدل. لاحظ للتفاصيل: د. علي عبد الحميد تركي، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي، دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم(48) لسنة(2011)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد: تسعون، ص 442 وما يليها.

(3) لاحظ د. طارق كاظم عجيل، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد 25، ص 418.

(4) تنص الفقرة(1) من المادة(22) من لائحة أوضاع اللاعبين للفيفا على أنه ((دون الإخلال بحق أي لاعب أو مدرب أو اتحاد أو نادٍ في تقديم الدعوى القضائية أمام محكمة مدنية للنزاعات المتعلقة بالعمل يحق للفيفا النظر فيها.....)) وأكدت ذلك محكمة التحكيم الرياضية الدولية

←

ضمناً⁽¹⁾. ولكن يجب أن لا نفهم على أن هذا السماح مطلق، وإنما يخص في المنازعات المتعلقة بالعمل ذات الطابع المالي، كما أطلق عليه لوائح الفيفا (employment-related disputes) نظراً لاحترام الحقوق الدستورية المتعلقة باللجوء إلى المحكمة⁽²⁾، وكذلك الحقوق الشخصية في اختيار المحكمة لفض منازعاتهم⁽³⁾. أمّا المنازعات المتعلقة بالتنظيم الداخلي للفيفا والمتعلقة بكرة القدم وبالأخص الفنية فتكون الولاية العديّة للهيئات العديّة للفيفا مطلقاً⁽⁴⁾، بل وحتى في حالة وجود اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى المحكمة المدنية في المنازعات المتعلقة بالتوظيف(العمل) كما أطلقت عليها لوائح الفيفا لا يحرم هذا الاتفاق الهيئات الفيفا العديّة في نظر النزاع إذا لجأ أحد أطراف النزاع إلى الهيئات العديّة للفيفا ولم يطعن في ذلك الطرف الآخر وكان النزاع ذات بعد دولي⁽⁵⁾.

وهناك مسألة أخرى مثيرة للاهتمام والجدل، وهي الحالة التي ينص قانون العمل الوطني على حظر اللجوء إلى التحكيم الخاص في المنازعات المتعلقة بعقد العمل والمسائل الأخرى الخاضعة لقانون العمل الوطني، هل يجوز في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم؟ أو بعبارة أخرى هل يجوز لأطراف عقد العمل الرياضي أن يتفق على عرض

←

المستقلة(CAS) في كثير من قراراتها، لاحظ على سبيل المثال القرارات المذكورة في أدناه التي

تتضمن هذا المبدأ:

CAS 2014/A/3690 Wisla Krakow S.A. v. Tsvetan Genkov; CAS 2016 A 4568 Wisla Krakow v. Milan Jovanic & FIFA; CAS 2017/A/5111 Debreceni Vasutas Sport Club (DV.C) v. Nenad Novakovic.

(1) See CAS decisions about these cases; CAS 2015/A/3896 Elias Trindade v. Atletico de Madrid; CAS 2019/A/6621 Club Atlético Osasuna v. Alvaro Fernández Llorente and AS Monaco FC. In both awards, the respective contracts referred to the Royal Decree 1006/1985.

(2) وأكد على هذا المبدأ الدساتير الحديثة في أغلب دول العالم، بالنسبة لدستورنا العراقي فقد نص على ذلك في الفقرة(ثالثاً) من المادة(19) في الباب الحقوق والحريات، الحقوق المدنية والسياسية بانه(التقاضي حق مصون ومكفول للجميع). وفي المقابل لاحظ المادة(30) من دستور سويسرا(Switzerland's Constitution of 1999 with Amendments through 2002).

(3) See FIFA Commentary on the RSTP, Chapter IX, p.359.

(4) ومن هذا القبيل تنص الفقرة(2) من المادة(58) من النظام الأساسي للفيفا على أن يحظر اللجوء إلى المحاكم العادية ما لم ينص على ذلك تحديداً في لوائح الفيفا. وكذلك حظر النظام الأساسي للفيفا أيضاً اللجوء إلى المحاكم القانونية العادية فيما يتعلق بجميع أنواع التدابير المؤقتة.

(5) See FIFA Commentary on the RSTP, Chapter IX, p.358.

نزاعهم أمام الهيئات العدلية للفيفا؟ علماً أن نصوص قانون العمل في بعض الدول لا تسمح بعرض النزاع العمالي على التحكيم الخاص وإنما لابد من أن يعرض النزاع أمام محكمة العمل⁽¹⁾، أو التحكيم والوساطة اللذان يتبعان إلى الجهات الحكومية (كوزارة العمل) كما فعل ذلك المشرع العراقي⁽²⁾، إضافة إلى ذلك فإن الحقوق العمالية المنصوص عليها في قوانين العمل تمثل الحد الأدنى وبالتالي لا يجوز التنازل عنها⁽³⁾، نظراً لما يحيط بالعمل من أهمية اجتماعية واقتصادية وأحياناً سياسية، فضلاً عن أهميته القانونية، جعلته يخرج عن النطاق العقدي المرسوم له، بحيث لم يعد يقتصر على كونه عقد، مما أتاح لعلاقة العمل أن تتصف بالقانونية تعبيراً عن الفاصل بين مفهوم العقدية والقانونية المعطاة لعلاقة العمل⁽⁴⁾.

للإجابة على هذه التساؤلات لابد أن نعرف بأن الفيفا كما بينها في السابق هي جمعية مسجلة في السجل التجاري في مقاطعة زيورخ في سويسرا وفقاً لأحكام المادة (60) من القانون المدني السويسري⁽⁵⁾. وبالتالي تخضع لأحكام القانون السويسري، فهو قانون بلد المقر للجمعية، وعليه فإن القانون الواجب التطبيق بشأنه هو القانون السويسري، وبالنظر إلى نصوص القانون الدولي الخاص السويسري الاتحادي (the

(1) تنص الفقرة (أولاً) من المادة (11) من قانون العمل العراقي النافذ على أنه ((للعامل حق اللجوء إلى محكمة العمل للتقدم بشكوى عند تعرضه إلى أي شكل من أشكال العمل الجبري أو التمييز أو التحريض في الاستخدام والمهنة)). هناك نص مماثل في المادة (328) من قانون الالتزامات السويسري (Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations)) ولكن دون تعيين محكمة العمل كجهة القضائية لتقديم الشكوى.

(2) لاحظ المواد (157، 159، 160) من قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة (2015).

(3) تنص الفقرة (أولاً) من المادة (14) من قانون العمل العراقي النافذ على أنه ((تمثل الحقوق الواردة في أحكام هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال ولا تؤثر تلك الأحكام على أي حق من الحقوق التي تمنح للعامل بموجب أي قانون آخر، أو عقد عمل أو اتفاق أو إقرار إذا كان أي منها يرتب للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون)) وتقتضي الفقرة (ثانياً) من المادة نفسها على أنه ((يقع باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق يتنازل بموجبه العامل عن أي حق من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون)).

(4) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية (أفكار وآراء في القانون المدني)، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السليمانية، العراق، 2009، ص 377.

(5) See the general provisions of Article (1) of FIFA statutes 2022.

الاقتصادية يكون قابلاً لتحكيم⁽¹⁾. ولإطلاق هذا الحكم يمكن القول بأن أي نزاع له القيمة الاقتصادية يصح أن يكون محلاً للتحكيم. وعليه إذا تضمن عقد العمل اللاعب نصاً يقضي بعرض النزاع الذي ينشئ من تطبيق العقد أمام هيئات الفيفا العديّة فإن هذا الشرط يكون معتبراً قابلاً للتطبيق، ولكن بشرط أن يكون العقد دولياً، حتى وإن كان القانون الوطني للاعب المعني ينص على غير قابلية النزاع للتحكيم. وأكدت ذلك المحكمة الاتحادية السويسرية العليا في إحدى قراراتها في قضية فينكانتيري (Fincantieri)، بأنّ المُشرّع السويسري قرر باستبعاد مسائل تنازع القوانين في تقييم قابلية النزاع للتحكيم⁽²⁾. كما أكدت ذلك أيضاً محكمة تحكيم الرياضة الدولية المستقلة في كثير من قراراتها⁽³⁾.

(1) حيث تنص الفقرة(1) من المادة(177) من القانون الدولي الخاص السويسري الاتحادي على أنّه((يجوز أن تخضع أي مطالبة مصلحة اقتصادية للتحكيم)) أمّا فقرتها الثانية تقتضي بان((لا يجوز لدولة، أو مؤسسة مملوكة من قبل دولة أو منظمة تسيطر عليها دولة، تكون طرفاً في اتفاق تحكيم، الاحتجاج بقانونها الخاص من أجل الطعن في قدرتها على التحكيم أو قابلية حسم النزاع بالتحكيم)).

(2) See the Swiss Federal Tribunal(SFT) decision(ATF 118 II 353, para. 3c.) about appeal of the First Civil Court, Judgment of the First Civil Court of June 23, 1992 in the case of Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA against M. and Arbitral Tribunal (public law remedy).

(3) See CAS decisions; CAS 2015/A/3896 Elias Trindade v. Atlético de Madrid. Also, CAS 2019/A/6621 Club O v. Player X & Club M.

المبحث الثاني

القواعد القانونية للفيفا الخاصة بفض المنازعات

بما أن الفيفا هي الهيئة الحاكمة لإدارة كرة القدم العالمية، فعليها تنظيم كرة القدم الدولية بشتى جوانبها الفنية، والتنظيمية، والقانونية، والإدارية، والمالية، وغيرها فضلاً عن تنظيم علاقات قانونية المرتبطة بها. ومن أجل تحقيق هذه الغاية وضعت الفيفا اللوائح الرياضية المختلفة المتضمنة على القواعد القانونية لكل أمر على حدة، وتخص بعض القواعد القانونية بتعيين المراكز القانونية للأطراف المعنية والتي تتمثل في القواعد القانونية الموضوعية منها ما تتعلق بمركز قانوني للاعب تجاه ناديه الرياضي وبالعكس، وآخر تتعلق بتنظيم مركز الاتحاد الوطني والأندية الرياضية والاتحادات الكونفدرالية تجاه الفيفا وبالعكس فضلاً عن بعضها لبعض. ونظراً لكثرة هذه القواعد وعدم إمكان تغطيتها بإكمالها في هذا البحث فقد اقتصرنا في البحث على القواعد الإجرائية الخاصة بفض المنازعات لدى اللجان وغرف الفيفا العدلية. وهناك لائحتان أساسيتان بهذا الخصوص وهما: القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم (Procedural Rules Governing the Football Tribunal)⁽¹⁾. والأخرى هي مدونة الشرف أو أخلاق المهنة (FIFA Code of Ethics)⁽²⁾. وسنحيط بهذه القواعد في كلا اللائحتين خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

القواعد الخاصة بفض المنازعات المعروضة أمام محكمة كرة القدم للفيفا

تتكون محكمة كرة القدم من ثلاثة غرف، الأولى هي غرفة فض المنازعات (DRC)، والثانية هي غرفة أوضاع اللاعبين (PSC)، أما الغرفة الثالثة هي غرفة وكلاء كرة القدم⁽³⁾. فهذه الغرف تنظر الطلبات والدعاوى المقدمة إليها وفق الإجراءات المنصوص عليها في القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم للفيفا (Procedural Rules Governing

- (1) See Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition June 2022. These Rules were approved by the Bureau of the FIFA Council on 20 June 2022 and come into force immediately. See Article (34) of this regulation.
- (2) This Code of Ethics was adopted at the meeting of the FIFA Council of 25 June 2020, based on proposals from the Ethics Committee. It comes into force on 13 July 2020.
- (3) See Article (1) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

الفيفا الأخرى يقضي بغير ذلك⁽¹⁾. (the Football Tribunal) ما لم يوجد نص خاص في النظام الأساسي للفيفا أو في لوائح

إذا كانت القواعد العامة في قوانين المرافعات لا تشترط لقبول الدعوى أمام القضاء وجود نص في القانون يجيز رفعها⁽²⁾، فإن لوائح الفيفا لا تسمح لأي واحد أن يرفع الدعوى أمام محكمة كرة القدم، وإنما اشترطت بأن يكون رافع الدعوى عضو في الفيفا⁽³⁾. وبالتالي تكون حق الخصومة أمام الغرف تنحصر في الاتحادات الوطنية الأعضاء، ونوادي كرة القدم التابعة للاتحادات الوطنية الأعضاء، واللاعبين، والمدربين، ووكلاء المباريات، ووكلاء كرة القدم المرخصين من قبل الفيفا⁽⁴⁾. فضلاً عن هؤلاء الأشخاص أجازت مدونة الأخلاقيات للفيفا لوسطاء اللاعبين (ستحل محلهم وكلاء كرة القدم)، المسؤولين، وأي شخص تنتخبه الفيفا أو تكلفه الفيفا بممارسة وظيفة ما، خاصة فيما يتعلق بمباراة أو مسابقة أو حدث آخر تنظمه الفيفا طرفاً في المنازعات أمام غرفة فض المنازعات⁽⁵⁾.

ويجب أن تقام كل دعاوى في عريضة بإحدى اللغات الرسمية الأربعة المعتمدة في الفيفا، وبخلاف ذلك ستهمل الغرفة المعنية أية عريضة دعوى يتم تقديمها بغير اللغة الرسمية للفيفا⁽⁶⁾. وأن تتضمن عريضة الدعوى على جملة من البيانات حسب طبيعة محل الدعوى؛ لأن القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم للفيفا وضعت القاعدة العامة في كتابة بيانات في عريضة الدعوى، وبعد ذلك قضت بكتابة البيانات في عريضة الدعوى وفقاً لموضوع الدعوى، وعليه فإن القاعدة العامة بهذا الشأن تقتضي بأن تتضمن عريضة الدعوى على اسم وعنوان أطراف الدعوى لإخطارهما، اسم وعنوان الممثل القانوني مع

(1) See Article (1) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) بل لكل من أهدر له حق أو مركز قانوني فله الحق في الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني دون حاجة إلى وجود نص في القانون يقرر حقه في رفع الدعوى، كما أن المراكز القانونية في التشريع الحديث لا تنحصر. لاحظ بهذا المعنى المادة(30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة(1969) المعدل. وتقابلها المادة(5) من قانون المرافعات المدنية السويسري.

(3) See Article (9) paragraph (1) of FIFA of Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(4) See Article (9) paragraph (1) of FIFA of Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(5) See Article (3) of Disciplinary Code 2019 edition.

(6) See Article (13) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

نسخة من التوكيل الكتابي محدد وحديث إن وجد، وهوية وعنوان خدمة المدعى عليه، وعرض القضية بوضوح من ناحية الواقع والقانون والأساس القانوني للمطالبة، والتفاصيل الخاصة بالإثبات وبالأخص جميع الأدلة المتاحة لديه، وتفصيل الحساب المصرفي المسجل باسم صاحب المطالبة (المدعي)، وأن يرفق بها نسخة موقعة من استمارة تسجيل الحساب المصرفي، وأخيراً التأريخ والتوقيع المعتبر⁽¹⁾. هذا فيما يتعلق بالقاعدة العامة، ولكن إذا كان موضوع الدعوى متعلقاً بآلية التضامن، أو المطالبات بتعويض عن التدريب، أو طلب وثائق إضافية في نظام مطابقة الانتقال (TMS)، فإن عريضة الدعوى يجب أن لا تحتوي على البيانات المذكورة أعلاه⁽²⁾، وإنما تحتوي على جملة من البيانات الأخرى حسب طبيعة الطلب، وأن تتضمن اسم وعنوان خدمة المعاونين للمدعي، واسم وعنوان لخدمة أي ممثل مفوض، إن وجدوا، ونسخة من توكيل رسمي مكتوب ومحدد وحديث، وبيان المطالبة (موضوع الدعوى) والحجج المكتوبة الكاملة في الواقع والقانون، مجموعة كاملة من الأدلة، وتفصيل الحساب المصرفي المسجل باسم صاحب المطالبة على نسخة موقعة من نموذج تسجيل الحساب المصرفي، والتأكد من تواريخ بدء وانتهاء الموسم الرياضي خلال الفترة التي تم فيها تسجيل اللاعب لدى صاحب المطالبة (المدعي وهو ناد) من قبل الاتحاد الوطني العضو التابع له المدعي، إن وجد، والتأريخ المهني الكامل للاعب، مع تحديد جميع الأندية التي تم تسجيله فيها منذ السنة التقويمية لعيد ميلاده من (12) عام حتى تأريخ تسجيله لدى النادي المدعى عليه، مع مراعاة أي انقطاع محتمل، وكذلك الإشارة إلى حالة اللاعب (هاو أو محترف) عند التسجيل، وما إذا كان هذا التسجيل دائماً أو مؤقتاً. إضافة إلى هذه البيانات أن تتضمن العريضة دليل على أن النادي المعني - الذي تم تسجيل اللاعب المحترف وتدريبه معه - قد توقف في هذه الأثناء عن المشاركة في كرة القدم المنظمة و/ أو لم يعد موجوداً بسبب على وجه الخصوص

(1) See Article (18) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) حيث تقتضي المادة (29) من القواعد الإجرائية التي تحكمه محكمة كرة القدم بانه ((باستثناء المادة (18)، تنطبق القواعد الإجرائية المحددة للمنازعات الواردة في الفصل الثالث بالتساوي على الإجراءات الخاضعة للفصل الرابع)) علماً أن هذه المادة جاءت في مدونة تلك القواعد بعد المادة (27) المتعلقة بالدعوى التي تتضمن (بآلية التضامن، مطالبات التعويض عن التدريب، وكذلك طلب الوثائق الإضافية في نظام الانتقال الدولي (TMS)).

الإفلاس أو التصفية أو الحل أو فقدان الانتماء، إن وجد ذلك⁽¹⁾.
 أمّا إذا كان موضوع الدعوى متعلق بالتعويض عن تدريب اللاعب، إضافة إلى هذه البيانات أعلاه (في الدعاوى المتعلقة بآلية التضامن، مطالبات التعويض عن التدريب، وكذلك طلب الوثائق الإضافية في نظام مطابقة الانتقالات (TMS)) يجب أن تحتوي عريضة الدعوى بعض بيانات أخرى منها تأكيد من الاتحاد الوطني العضو التابع له المدعي (ناد) من فئة الأندية التي يدعي المدعي بأنه من ضمنها (مثل أدنية الدرجة الأولى أو الثانية أو غيرهما) (إن وجد)، فئة نادي المدعي عليه (إن وجد)، ومعلومات حول التأريخ للتسجيل الأول للاعب كمحترف (إن وجد)، ومعلومات عن التأريخ الدقيق لانتقال اللاعب الذي تستند إليه المطالبة (إن وجد)، دليل على عرض عقد مهني (إن وجد)⁽²⁾.
 أما في الدعاوى التي تتضمن آلية التضامن، فإنها إضافة إلى هذه البيانات المذكورة أعلاه (في الدعاوى المتعلقة بآلية التضامن، مطالبات التعويض عن التدريب، وكذلك طلب الوثائق الإضافية في نظام مطابقة الانتقالات (TMS)) ويجب أن تحتوي عريضة الدعوى بعض بيانات أخرى منها معلومات عن التأريخ الدقيق لنقل اللاعب الذي تستند إليه المطالبة، ومعلومات عن الأندية المشاركة في عملية النقل التي تستند إليها المطالبة، والنسبة المئوية للمساهمة التضامنية المطالب بها، والمبلغ المزعوم الذي تم نقل اللاعب من أجله إلى ناديه الجديد، إذا كان معروفاً، أو بيان يفيد بأن المبلغ غير معروف حالياً⁽³⁾.
 ويجب أن تقدم عريضة الدعوى بملف يحتوي على التأريخ، والبيانات المطلوبة، والتوقيع إلى البريد الإلكتروني المختص معد مسبقاً من قبل الفيفا لذلك، أو إلى نظام مطابقة الانتقالات (TMS) حسب موضوع الدعوى، وإذا كان موضوع الدعوى متعلق بالانتقال الدولي للاعب أو تسجيل لاعب قاصر فيجب أن تقدم هذه الدعاوى (المطالبات) من خلال نظام مطابقة الانتقالات (TMS)⁽⁴⁾، أما إذا كان موضوع الدعوى متعلق بالمتطلبات التنظيمية فيتم تقديم الدعوى عبر البريد الإلكتروني أو نظام مطابقة

- (1) See Article (27) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (27) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (27) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (30) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

الانتقالات (TMS)⁽¹⁾، وأما الدعاوى الأخرى سيتم تقديمها من خلال البريد الإلكتروني⁽²⁾.
وكمبدأ عام، جميع الاتصالات مع الأطراف بشأن الإجراءات تتم عن طريق البريد الإلكتروني أو نظام مطابقة الانتقالات (TMS) ومع ذلك تحكم القواعد الإجرائية المحددة الشكل الاتصال المستخدم في إجراء ما⁽³⁾.

وبعد تقديم عريضة الدعوى تقوم الأمانة العامة للفيفا بتقييم عريضة الدعوى إذا كانت تتضمن البيانات الإلزامية أو لا. والجزء المترتب على النقص في البيانات الإلزامية في عريضة الدعوى هو إرجاعها إلى مرسلها، مع تحذيره بأنه سيتعذر التعامل مع هذه العريضة إلا بعد تضمينها البيانات المطلوبة، وإذا لم تكتمل العريضة في غضون المهلة الزمنية الممنوحة له يعتبر الطلب مسحوباً، وبالتالي تحتاج إلى تجديدها⁽⁴⁾.

أمّا إذا كانت العريضة مستوفية للبيانات المذكورة، وكانت الإجراءات مستمرة في نظر

(1) See Article (29) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) See Article (18) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(3) ويعتبر الاتصال بهذه الطريقة وسيلة صالحة وكافية لوضع حدود زمنية ومراعاتها، ويتم توجيه المراسلات إلى الفيفا عبر البريد الإلكتروني إلى البريد الإلكتروني ذي الصلة الذي أعلنه الفيفا على النحو الواجب، وفي الوقت نفسه يتم إرسال المراسلات من الفيفا إلى الأطراف في الإجراءات باستخدام عنوان البريد الإلكتروني المقدم من الأطراف أو كما هو منصوص عليه في نظام مطابقة الانتقالات (TMS). وعنوان البريد الإلكتروني المقدم من قبل الأطراف في (TMS) ملزم للطرف الذي أدرجه. يجب على الأطراف التي لديها حساب (TMS) التأكد من أن تفاصيل الاتصال الخاصة بهم محدثة دائماً. ويجب على الأطراف التي لديها حساب (TMS) مراجعة علامات التبويب المعنية في (TMS) يوميًا لأي اتصالات من الفيفا، الاتحادات والأندية الأعضاء مسؤولة عن أي عيوب إجرائية قد تنشأ بسبب الفشل في إجراء مثل هذه المراجعة بشكل صحيح. إذا كان البريد الإلكتروني مقدم من أحد الأطراف غير متاح (غير موجود)، أو في حالة عدم وجود حساب في (TMS) لأحد الأطراف، سيتم توجيه الاتصالات من الفيفا إلى الاتحاد العضو الذي ينتمي إليه الطرف المعني أو مسجل فيه. يجب على الاتحاد العضو إرسال مثل هذه الاتصالات على الفور إلى الطرف المعني وتقديم دليل على الإخطار إلى الأمانة العامة للفيفا. ويؤدي عدم امتثال الرابطة العضو إلى فتح إجراءات تأديبية، ويجب على الطرف الامتثال للتعليمات الواردة في هذه الاتصالات. لاحظ المادة (10) من قواعد الفيفا الإجرائية التي تحكمه محكمة كرة القدم.

(4) See Article (18) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

عريضة الدعوى بعد تأكد الإجراءات الأولية لعريضة الدعوى فتصار إلى إرسالها إلى الطرف الآخر من قبل الأمانة العامة للفيفا، أو الطرف المخاطب أو المعني به، مع تحديد مهلة زمنية للرد أو الإجابة. وإذا لم يتم استلام الإجابة أو رد قبل انقضاء المهلة الزمنية، يتخذ قرار على أساس الوثائق الموجودة بالفعل في الملف⁽¹⁾. وفي حالة رغبة الخصم في تقديم الدعوى المتقابلة، يتعين عليه أن يقدمها ضمن لائحة الرد، في غضون نفس المهلة الزمنية المحددة للرد، وأن تكون على شكل الدعوى وأن تتضمن جميع البيانات المطلوبة في عريضة الدعوى المذكورة أعلاه⁽²⁾. إذا قدم المدعي دعوى جديدة تتعلق بقضية قائمة يكون فيها مدعى عليه، وجب دمج الدعوى الجديدة إلى القضية القائمة ويتم التعامل معها كدعوى حادثة منضمة في القضية القائمة. ويجب أن تكون المطالبة الجديدة قد قدمت في غضون نفس المهلة الزمنية للرد على المطالبة في القضية الحالية حتى يتم النظر فيها⁽³⁾. عندما يقدم المدعى عليه دعوى متقابلة بشكل صحيح، يجب على المدعى عليه المتقابل (أي المدعي الأصلي) الرد فقط على الدعوى المتقابلة خلال المهلة الزمنية الممنوحة له من قبل الأمانة العامة للفيفا⁽⁴⁾. وإذا كان الرد على الدعوى المتقابلة يتضمن مسائل لم تتعلق بالدعوى المتقابلة، فلن ينظر في تلك المسائل⁽⁵⁾. ولا تؤخذ في الاعتبار الطلبات الواردة خارج المهلة الزمنية⁽⁶⁾.

وستقرر الأمانة العامة للفيفا، عند الضرورة، ما إذا كانت هناك جولة ثانية من الطلبات⁽⁷⁾. وستقوم الأمانة العامة للفيفا بإخطار الأطراف بإغلاق مرحلة تقديم الطلبات من الإجراء، وبعد هذا الإخطار لا يجوز للأطراف أن تكمل أو تعدل ما تقدمه من ملاحظات أو طلبات للانتصاف أو أن تقدم أدلة جديدة⁽⁸⁾. ومع ذلك يجوز للأمانة العامة للفيفا و/أو

(1) See Article (21) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) See Article (21) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(3) See Article (21) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(4) See Article (21) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(5) See Article (21) paragraph (5) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(6) See Article (21) paragraph (6) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(7) See Article (22) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(8) See Article (23) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal



الغرفة المعنية في أي وقت طلب تقديم بيانات و/أو وثائق إضافية ضمن عملية الإجراءات⁽¹⁾.

وفيما تتعلق باللغة المستخدمة في غرف محكمة كرة القدم، فإنها يجب أن تكون اللغة(اللغات) المستخدمة في جميع الإجراءات تتمحور حول إحدى لغات الفيفا الرسمية⁽²⁾. وعندما تكون الطلبات أو الأدلة في مسألة ما بلغة الفيفا الرسمية الواحدة، يكون قرار الغرفة بتلك اللغة⁽³⁾. وعندما تكون الطلبات أو الأدلة في مسألة ما بلغات متعددة من لغات الفيفا الرسمية، ستجري الإجراءات باللغة الإنجليزية وسيكون القرار باللغة الإنجليزية في القضية⁽⁴⁾.

وستقوم الأمانة العامة للفيفا، بعد تقييم ما إذا كانت عريضة الدعوى مكتملة أو لا، بتقييم حالة عدم إمكانية المطالبة بسبب التقادم، وأية غرفة لمحكمة كرة القدم ذات الاختصاص في نظر الدعوى، وبعد هذا التقييم، يجوز للأمانة العامة للفيفا إحالة القضية مباشرة إلى رئيس الغرفة المعنية في محكمة كرة القدم لاتخاذ قرار عاجل بشأنها. إذا رأى رئيس الغرفة المعنية في محكمة كرة القدم أن المطالبة لا تتأثر بأي مسائل إجرائية أولية، فعليه أن يأمر الأمانة العامة للفيفا باستمرار الإجراءات⁽⁵⁾.

ومن الجدير بالذكر، فإن غرف محكمة كرة القدم تتعامل مع الأوراق لحسم النزاع كقاعدة عامة، تتخذ غرف محكمة كرة القدم قرارات بناء على الملف المكتوب المقدم إليها حسب الأصول. ولكن وفي ظروف استثنائية، يجوز لرئيس الغرفة أن يقرر بأن القضية مناسبة للاستماع الشفوي. ويبت الرئيس في إجراءات أي جلسة استماع شفوية⁽⁶⁾.

←

Edition October 2022.

- (1) See Article (23) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (16) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (16) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (16) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (5) See Article (19) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (6) See Article (14) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

وفيما يخص عبء الإثبات وبالأدلة المقبولة لدى غرف محكمة كرة القدم، فإن القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم تقتضي بأن على من يدعي بأنه محق وفقاً لوقائع يدعيها عليه إثبات ما يدعيه⁽¹⁾. وأجازت القواعد المذكورة تقديم الأنواع المختلفة من أدلة الإثبات من قبل أطراف الدعوى أو المطالبة، وعليه على الغرفة المعنية أن تسمع الأدلة ذات العلاقة بوقائع القضية المعروضة فقط⁽²⁾. ومع ذلك للغرفة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار بعض الأدلة التي لم تقدمها أصلاً من قبل الأطراف والاعتماد عليها في تكوين قراراتها، وعلى سبيل المثال الأدلة التي تمّ إنشاؤها بواسطة (TMS) أو الواردة فيها⁽³⁾. ويجوز لأي طرف تقديم المذكرات والأدلة وفحص ملف القضية قبل اتخاذ أي قرار بشأنها. ويجب على الأطراف أن تتصرف دائماً بحسن نية، ويقولون الحقيقة، ويتعاونون مع أي طلب للحصول على معلومات تقدمها الغرفة أو الأمانة العامة للفيفا. تنطبق نفس الالتزامات على أي شخص طبيعي أو اعتباري يخضع لولاية الفيفا وليس طرفاً في إجراء ولكن طلب منه المساهمة في إجراء من قبل الغرفة أو الأمانة العامة للفيفا⁽⁴⁾. إضافة إلى ذلك على الطرف الذي يتلقى طلباً من طرف آخر في نطاق إجراء ما أن يحافظ على السرية التامة بشأن ذلك الطلب، ما لم يتم الكشف عن ذلك إلى مستشارين محترفين أو يقتضيه القانون⁽⁵⁾.

وتتمتع غرفة فض المنازعات، وغرفة أوضاع اللاعبين، وغرفة وكلاء كرة القدم بصلاحيّة تامة في تقييم الأدلة المطروحة أمامها حسب اختصاصها للنظر في القضية⁽⁶⁾. وبعد انتهاء المرافعات (إن وجدت) وتقييم الأدلة المقدمة إلى الغرفة المعنية تأتي مرحلة إصدار القرار من قبل غرفة فض المنازعات، وغرفة أوضاع اللاعبين، وغرفة وكلاء كرة القدم. وأول خطوة من هذا القبيل تتمثل في المداولة بين أعضاء الغرفة المعنية،

- (1) See Article (13) paragraph (5) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (13) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (13) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (12) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (5) See Article (13) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (6) See Article (13) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

وتجري المداولة حضورياً (شخصياً) كما أجازت أن تتم ذلك عبر المداولات الإلكترونية، وفي كلتا الحالتين يجب أن تجري المداولات بشكل سري⁽¹⁾. وبعد انتهاء مرحلة المداولة بين الأعضاء تتصدى الغرفة المعنية لعملية إصدار القرار، وتصدر القرار في حالة اختلاف آراء الأعضاء بالتصويت، تتخذ الغرفة المعنية قرارها بالأغلبية البسيطة من أعضاء اللجنة الحاضرين، ولكل عضو صوت واحد وكذلك لرئيس اللجنة صوت واحد، ولا يسمح بالامتناع عن التصويت، وعند تعادل الأصوات فإن الرئيس له الصوت المرجح⁽²⁾.

وبعد انتهاء مرحلة المداولة وعملية إصدار القرار من قبل الغرفة المعنية تأتي مرحلة إخطار القرار (Notifications of decisions)، ولقد نظمت القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم هذه المرحلة، بصورة تقتضي هذه القواعد بأن يتم إخطار أي طرف بالقرار مباشرة، أي يرسل القرار إليه مباشرة، وعندما يكون طرف القضية نادياً، يجب إخطار نسخة من القرار إلى الاتحاد الوطني العضو التابع له النادي والاتحاد الكونفدرالي التابع له الاتحاد الوطني العضو التابع له النادي⁽³⁾. ويعتبر الإخطار قد تمّ وكاملاً عندما يبلغ القرار إلى أحد الأطراف. ويعتبر إخطار الممثل المفوض بمثابة إخطار للطرف الذي يمثله⁽⁴⁾. وتدخّل القرارات التي تتخذها غرف محكمة كرة القدم إلى حيز النفاذ بمجرد حدوث الإخطار⁽⁵⁾.

ومن الجدير بالإشارة، فإن القاعدة العامة في إعلان القرار هي النطق بمنطوق القرار دون ذكر أسبابه، وأطلق عليه (Decisions without grounds). وعليه يتم الإخطار بمنطوق القرار فقط، أي بعدم إبلاغ الأساس القانوني الذي استند إليه في القرار (without grounds) ومع ذلك القرارات التي تفرض فوراً عقوبات رياضية على أي طرف ما لا يجوز إبلاغها (إخطارها) إلا مع أسبابها⁽⁶⁾.

- (1) See Article (14) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (14) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (15) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (15) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (5) See Article (15) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (6) See Article (15) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

وفي الحالات التي لا يطلب فيها دفع تكاليف إجرائية، لن يتم إخطار أسباب القرار إلا للطالب الذي يطلب الأسباب. ويكون أمام الطرف عشرة أيام تقويمية من تأريخ الإخطار بمنطوق القرار لطلب أسباب القرار، ويؤدي عدم الامتثال للمهلة الزمنية إلى أن يصبح القرار نهائياً وملزماً ويعتبر الطرف قد تنازل عن حقه في تقديم استئناف. وتبدأ المهلة الزمنية لتقديم الاستئناف عند الإخطار بأسباب القرار⁽¹⁾. وعندما تكون التكاليف الإجرائية مستحقة، لن يتم إخطار أسباب القرار إلا للطالب الذي يطلب الأسباب وعند دفع التكاليف الإجرائية ذات الصلة في غضون المهلة التنظيمية المحددة بعشرة أيام تقويمية من تأريخ الإخطار بمنطوق القرار⁽²⁾. ويؤدي عدم الامتثال للمهلة الزمنية التنظيمية المشار إليها إلى اعتبار طلب الأسباب قد سُحِبَ، ونتيجة لذلك سيصبح القرار نهائياً وملزماً وسيعتبر الطرف قد تنازل عن حقه في تقديم الاستئناف⁽³⁾.

وقد يظهر في القرار بعد إصداره أخطاء مادية واضحة أو أخطاء إجرائية واضحة (Obvious mistakes)، وهذا لا يؤثر على صحة القرار، وإنما يتم تصحيحها من قبل الغرفة التي اتخذها، بناء على طلب ذي الشأن أو بناء على أمر الغرفة التي اتخذت القرار. ولا يجوز إلحاق أي ضرر بأي طرف نتيجة الخطأ في إعلان القرار، وفي هذه الحالة أي تصحيح القرار، تبدأ المهلة الزمنية التنظيمية من وقت الإخطار بالقرار المصحح⁽⁴⁾.

ومن المؤكد فإن كل الإجراءات المطلوبة المذكورة يجب إنجازها خلال المدة المحددة (Time limits) التي تحددها القواعد أو الهيئة المعنية بإصدار القرار. وإن اليوم الذي حدد فيه المدة المطلوبة لاتخاذ الإجراءات لا يدخل ضمن المدة المقررة، بالنسبة للطرف الذي يتلقى خطاباً مباشراً، وإنما تبدأ المهلة الزمنية في اليوم التالي لاستلام الخطاب ذي الصلة⁽⁵⁾. أمّا بالنسبة للطرف الذي يتلقى اتصالاً عبر اتحاده الوطني العضو،

(1) See Article (15) paragraph (5) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) See Article (15) paragraph (6) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(3) See Article (15) paragraph (7) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(4) See Article (15) paragraph (8) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(5) See Article (11) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

تبدأ المهلة الزمنية بعد انقضاء أربعة أيام تقويمية من استلام الرسالة (الخطاب) من قبل الاتحاد الوطني العضو الذي ينتمي إليه الطرف المعني أو مسجل في سجلاته، أو في تأريخ إخطار الطرف من قبل الاتحاد الوطني العضو، أيهما أقرب⁽¹⁾. والحدود الزمنية التنظيمية المحددة في القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم غير قابلة للتمديد. ومع ذلك يجوز تمديد المهل الزمنية التي تحددها الأمانة العامة للفيفا بناء على طلب يبرر ذلك⁽²⁾.

وأخيراً وليس آخراً، بقت مصاريف ورسوم الدعوى، عادة إقامة الدعوى تتطلب رسومات ومصاريف أخرى حتى إقامتها أمام المحاكم الوطنية، وهذه النفقات تدفع من قبل المدعي ابتداء على أن يتحملها من يخسر الدعوى انتهاء⁽³⁾. وعلى هذا المنوال نظمت الفيفا رسومات إقامة الدعوى وتقديم الطلبات (مع بعض الأحكام الخاصة) أمام محكمة كرة القدم في القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم، حيث ألزمت القواعد المذكورة المدعي بدفع رسوم إقامة الدعوى مسبقاً عند إقامة الدعوى أو تقديم الطلب فضلاً عن تكاليف الإجراءات التي يجب دفعها عند انتهاء النزاع باستثناء الدعاوى التي تكون أحد أطرافها على الأقل لاعباً أو مدرباً أو وكيل كرة قدم أو وكيل مباراة، ففي هذه الحالات تكون الإجراءات مجانية⁽⁴⁾. وفي المنازعات الأخرى، أي التي لم يكن أحد

(1) وإذا صادف اليوم الأخير من المهلة الزمنية المحددة عطلة رسمية أو يوم عطلة عمل في البلد الذي يقيم فيه الطرف الذي يقدم المستندات، تنتهي المهلة الزمنية في نهاية يوم العمل التالي. ويعتبر أن المهلة الزمنية المحددة قد روعيت إذا أنجز الإجراء المطلوب في موعد أقصاه اليوم الأخير من المهلة الزمنية في مكان إقامة الطرف المعني، حتى لو عين الطرف المعني ممثلاً قانونياً له محل إقامة مختلفة من محل إقامة الطرف المعني. ويتم إيقاف الحدود الزمنية مؤقتاً من (20 ديسمبر إلى 5 يناير).

See Article (11) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) See Article (11) paragraph (6) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(3) تقتضي الفقرة (2) من المادة (48) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه ((تعتبر الدعوى قائمة من تأريخ دفع الرسوم القضائية أو من تأريخ صدور قرار القاضي بإعفاء من الرسوم القضائية أو تأجيلها)) لاحظ للتفاصيل: د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، التوزيع المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص 364-365.

(4) See Article (25) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

طرفها هؤلاء الأشخاص، تكون الإجراءات أمام غرف محكمة كرة القدم بمقابل، فيما تتعلق بالتكاليف المسبقة، فإنها واجبة الدفع عندما تكون غرفة أوضاع اللاعبين (PSC) هي المختصة في النظر بالنزاع، باستثناء الإجراءات المتعلقة بالتطبيقات التنظيمية، فهذه الأخيرة لا تشمل التكاليف المسبقة (Advance of costs)⁽¹⁾. ويجب على المدعي أو المدعى عليه في الدعوى المتقابلة أن يدفع الرسوم المسبقة عند تقديم الدعوى أو الدعوى المتقابلة⁽²⁾، وفقاً لمبالغ محددة في الجدول أدناه⁽³⁾. أمّا تكاليف الإجراءات أمام غرف محكمة كرة القدم يجب أن يدفعها بعد حسم المنازعة بناء على طلب الغرفة المعنية⁽⁴⁾، وذلك وفق المبالغ المحددة في الجدول أدناه⁽⁵⁾. والغرفة التي نظرت الدعوى هي التي تعين المبلغ الرسمي الذي يتعين على كل طرف دفعه، وذلك بالنظر إلى درجة نجاح

(1) See Article (25) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) See Article (25) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(3) يتم تحديد التكاليف المسبقة على النحو التالي: لاحظ الفقرة (1) من (ANNEXE 1) من القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم للفيفا.

التكاليف المسبقة الثابتة بالدولار الأميركي	قيمة النزاع بالدولار الأميركي
1.000	من 0 إلى 49.999.99
2.000	من 50.000 إلى 99.999.99
3.000	من 100.000 إلى 149.999.99
4.000	من 150.000 إلى 199.999.99
5.000	من 200.000 فما فوق

(4) See Article (25) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(5) يتم تحديد التكاليف الإجرائية على النحو التالي: لاحظ الفقرة (2) من (ANNEXE 1) من القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم للفيفا.

التكاليف المسبقة الثابتة بالدولار الأميركي	قيمة النزاع بالدولار الأميركي
5.000	من 0 إلى 49.999.99
10.000	من 50.000 إلى 99.999.99
15.000	من 100.000 إلى 149.999.99
20.000	من 150.000 إلى 199.999.99
25.000	من 200.000 فما فوق

الطرفين وسلوكهما أثناء الإجراءات، فضلا عن أي سلفة من التكاليف المدفوعة. وفي الظروف الاستثنائية، تقرر الغرفة المعنية بتحميل الفيفا التكاليف المذكورة⁽¹⁾. والطرف الذي أمر به بدفع التكاليف الإجرائية ويكون ملزماً بالدفع عندما يطلب أسباب القرار بعد إخطاره بمنطوق القرار، أو عندما تم إخطاره بالقرار مع الأسباب⁽²⁾. ويجب على الطرف الملزم بدفع التكاليف الإجراءات أن يدفعها خلال عشرة أيام من تأريخ إخطاره بالقرار ذي الصلة إلى الحساب المصرفي المنصوص عليه في القرار⁽³⁾.

ومن الجدير بالذكر لا يوجد أية تكاليف قانونية أمام محكمة كرة القدم بغرفها الثلاثة، وإنما تتحمل أطراف النزاع تكاليف خاصة بالإجراء الذي يتم خلال عملية حسم النزاع⁽⁴⁾.

وفيما تتعلق بصلاحيه الفيفا في نشر القرار (Publication)، فإن القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم أجازت للأمانة العامة للفيفا نشر القرارات التي تصدر من غرف محكمة كرة القدم، أو قرارات محكمة التحكيم الرياضية التي تنشأ عن الاستئناف ضد قرارات غرف محكمة كرة القدم، على الصحيفة الإلكترونية (legal.fifa.com) الخاصة بالفيفا⁽⁵⁾. ولكن عندما يحتوي القرار على معلومات سرية، يجوز لأي طرف من أطراف القضية أن يطلب من الفيفا في غضون خمسة أيام من إخطاره بأسباب القرار، بأن ينشر نسخة مجهولة المصدر أو نسخة منقحة⁽⁶⁾. في القرارات المتعلقة بالقاصرين، ولا يجوز نشر سوى نسخة مجهولة المصدر أو منقحة تحمي هوية القاصرين المعنيين من قبل الفيفا⁽⁷⁾.

ومن الجدير بالتنويه أن لائحة القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم سمحت للفيفا بتقديم المصالحات والمقترحات (Proposal from the FIFA general secretariat)، حيث قضت بأنه يجوز للأمانة العامة للفيفا، بعد التأكد من أن عريضة

- (1) See Article (25) paragraph (5) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (25) paragraph (6) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (25) paragraph (7) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (25) paragraph (8) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (5) See Article (17) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (6) See Article (17) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (7) See Article (17) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

الدعوى مستوفية للبيانات المطلوبة، تقديم اقتراح (التسوية والمصالحة) لإنهاء النزاع دون إصدار قرار من الغرفة المعنية في المنازعات التي لا تنطوي على وقائع معقدة ظاهرياً أو قضايا قانونية، أو في الحالات التي يكون فيها السوابق القضائية (العدلية) الواضحة. ولكن لا يخل هذا الاقتراح بأي قرار يصدر مستقبلاً عن الغرفة المعنية⁽¹⁾. ويجب على أطراف النزاع إبداء رأيهم بصدد هذا الاقتراح إما بقبوله أو رفضه خلال المهلة الزمنية الممنوحة لهم من قبل الأمانة العامة للفيفا⁽²⁾. ويعد السكوت عن الإجابة قبولاً للاقتراح⁽³⁾. في حالة قبول الاقتراح، سيتم إصدار خطاب تأكيد (confirmation letter) من قبل الأمانة العامة للفيفا، يعتبر خطاب التأكيد قراراً نهائياً وملزماً وفقاً للوائح الفيفا ذات الصلة⁽⁴⁾. وفي حالة رفض الاقتراح، يجب على الراض تقديم رفضه في غضون المهلة الزمنية المشار إليها في الاقتراح⁽⁵⁾.

ومن الأمور ذات المغزى في القواعد الإجرائية التي تحكم محكمة كرة القدم هي الطلبات أو الدعاوى التي تقدم إلى غرفة فض المنازعات فيما تتعلق بأية التضامن، والتعويض عن التدريب كما بيناه عند الكلام عن كيفية إقامة الدعوى والبيانات الواجب توفرها فيها، ومن هنا لا بدّ علينا أن نذكر الأحكام الخاصة بالدعاوى والطلبات التي تقدم إلى غرفة أوضاع اللاعبين فيما تتعلق بالطلبات التنظيمية، والانتقال الدولي للاعب، وكذلك تسجيل الأول للاعب القاصر. حيث نصت القواعد المذكورة على أنه تفصل غرفة أوضاع اللاعبين (PSC) بمراعاة لوائح الفيفا ذات الصلة في الطلبات التنظيمية المتعلقة بالنقل الدولي للاعب أو التسجيل الأول للاعب القاصر، وإعفاء ثانوي محدود (LME)، تدخل الفيفا للسماح بتسجيل لاعب، طلب الأهلية أو تغيير الاتحاد الوطني لكرة القدم، أو العودة المتأخرة للاعب من الواجب التمثيلي للمنتخب الوطني لكرة القدم⁽⁶⁾.

- (1) See Article (20) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (20) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (20) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (20) paragraphs (1&4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (5) See Article (20) paragraph (5) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (6) See Article (29) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

ويجب أن يقدم أي طلب من هذا القبيل عبر البريد الإلكتروني أو (TMS)، وأن يحتوي على حجج مكتوبة كاملة في الواقع والقانون. عند معالجة هذه الطلبات، ويجب على الأمانة العامة للفيفا تطبيق مبادئ الإجراءات القانونية المنصوص عليها في لوائح الفيفا المتعلقة بوضع اللاعبين وانتقالهم (Regulations on the Status and Transfer of Players)⁽¹⁾. عند استلام مثل هذا الطلب، وستقوم الأمانة العامة للفيفا بتقييم ما إذا كان الطلب مكتملاً أم لا، وإذا لم يكن الطلب مكتملاً، ستقوم الأمانة العامة للفيفا بإبلاغ مقدم الطلب، وطلب تصحيحه. وإذا لم يتم تصحيح الطلب خلال المهلة الزمنية الممنوحة من قبل الأمانة العامة للفيفا، يجب على غرفة أوضاع اللاعبين (PSC) البت بناء على الملف. أما إذا كان الطلب مكتملاً، أو قام المدعي بإكماله خلال مدة ممنوحة له، سيتم إرساله إلى غرفة أوضاع اللاعبين (PSC) لاتخاذ قرار بشأنه⁽²⁾. وبوجه عام، يفصل قاض منفرد في القضية. وفي المسائل المعقدة أو التي توجد فيها ظروف استثنائية، يفصل ثلاثة قضاة على الأقل⁽³⁾.

أمّا فيما يتعلق بالانتقال الدولي أو التسجيل الأول للقاصر، قضت القواعد المذكورة بهذا الصدد بأنه يجوز للاتحاد الوطني العضو الذي يرغب في تسجيل لاعب، بناء على طلب النادي التابع له، أن يقدم طلباً لذلك عبر (TMS) للحصول على النقل الدولي للاعب القاصر، أو التسجيل الأول للاعب الأجنبي القاصر، أو أول تسجيل للاعب قاصر ليس من مواطني البلد الذي فيه مقر الاتحاد العضو الذي يرغب تسجيله، وعاش اللاعب بشكل مستمر لمدة خمس سنوات على الأقل في ذلك البلد⁽⁴⁾. باستثناء الحالة التي يكون فيها القاصر من مواطن البلد الذي توجد فيه الاتحاد العضو الذي يرغب في التسجيل فيه ولم يسبق تسجيله في جمعية عضو أخرى، أو الحالة التي يكون فيها القاصر أقل من عشر سنوات، أو الحالة التي تم فيها منح الاتحاد العضو (LME) ويقع الانتقال الدولي للقاصر

- (1) See Article (29) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022. And FIFA circular no. 1587 at 13 June 2017 concerns to international transfers of professional minor plyers. Also, FIFA circular no.1576 at 10 march 2017 concerns to Limited minor exemption.
- (2) See Article (29) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See Article (29) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (4) See Article (30) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

ضمن نطاق هذا (LME)، فهذه الحالات لا تحتاج إلى طلب الانتقال أو التسجيل⁽¹⁾. وعلى أي حال، يجب أن يحتوي الطلب على المستندات (وفقاً لنوع الطلب) المطلوبة في نظام مطابقة الانتقال (TMS)⁽²⁾، كما هو موضح في دليل تقديم طلب القاصر⁽³⁾. وبالنسبة للانتقالات الدولية، سيكون الاتحاد العضو السابق الذي تم تسجيل القاصر فيه ملزم بتوفير جميع الوثائق غير السرية عبر (TMS)، والإجابة على أي طلب وتقديم أي وثائق في غضون مهلة تنظيمية تحددها الأمانة العامة للفيفا له⁽⁴⁾. أما بالنسبة للانتقالات الدولية المتعلقة بالأسباب الإنسانية، لن يتم إخطار الاتحاد العضو السابق الذي تم تسجيل اللاعب فيه بطلب انتقال اللاعب دولياً⁽⁵⁾.

وأخيراً وليس آخراً، بقي فض المنازعات عن طريق الوساطة (Mediation)، حيث قضت القواعد الإجرائية التي تحكمه محكمة كرة القدم بأنه إذا رأى رئيس محكمة كرة القدم ذلك مناسباً، يجوز له دعوة الأطراف للتوسط (mediate) في النزاع⁽⁶⁾. والوساطة هي عملية طوعية ومجانية. ويتم ذلك وفقاً للمبادئ العامة لقواعد الوساطة الخاصة بمحكمة التحكيم الرياضية الدولية، ويتم الوساطة من خلال الوسطاء المعترف بهم في قائمة معتمدة من الأمانة العامة للفيفا⁽⁷⁾. وإذا نجحت الوساطة، يوقع الطرفان على اتفاقية تسوية ويصدق عليها الوسيط ورئيس الغرفة المعنية. وتعتبر اتفاقية التسوية قراراً نهائياً وملزماً ويعد من القرارات التي تتخذها محكمة كرة القدم وفقاً للوائح الفيفا ذات الصلة. إذا لم تنجح الوساطة، يجب على الأمانة العامة للفيفا أن تستمر في الإجراء، وأن تبدء به مجدداً في النقطة التي وقف فيها مؤقتاً⁽⁸⁾.

وفي نهاية المطاف يتم تحديد أي مسائل غير منصوص عليها في القواعد الإجرائية

- (1) See Article (30) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (2) See Article (30) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (3) See FIFA circular no.1576 at 10 march 2017 concerns to Limited minor exemption.
- (4) See Article (30) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (5) See Article (30) paragraph (5) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (6) See Article (26) paragraph (1) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (7) See Article (26) paragraph (2) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.
- (8) See Article (26) paragraph (3) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

التي تحكمه محكمة كرة القدم من قبل الأمانة العامة للفيفا. وبيت رئيس محكمة كرة القدم في حالات القوة القاهرة المؤثرة على هذا النظام وتكون قراراته نهائية⁽¹⁾. ويجوز للأمانة العامة للفيفا، في أي مرحلة من مراحل الإجراء، أن تطلب تدخل أي شخص طبيعي أو اعتباري كطرف في أي إجراء⁽²⁾.

المطلب الثاني

القواعد القانونية للفيفا الخاصة بفض انتهاكات لائحة ميثاق

الشرف (FIFA code of ethics)

من الأمور ذات المغزى في النظام القانوني للفيفا هي مدونة الشرف أو أخلاقيات المهنة (FIFA code of ethics)⁽³⁾، وحددت الفيفا فيها أهم القيم الأساسية للسلوك والتصرفات داخل الفيفا ومع الأطراف الخارجية. يجب أن يعكس سلوك الأشخاص الملزمين بهذه المدونة حقيقة دعمهم لمبادئ الفيفا وأهدافها ورسالتها، ويتجنبون كل ما من شأنه إلحاق الأذى بأهدافها ورسالتها. وعليهم احترام أهمية ولائهم للفيفا والاتحادات القارية والاتحادات والدوريات والأندية، وتمثيلهم والتصرف تجاههم بأمانة وجدارة واحترام ونزاهة⁽⁴⁾.

وتطبق هذه المدونة على المسؤولين (تشمل أي عضو مجلس إدارة بما في ذلك أعضاء مجلس الفيفا) أو عضو لجنة أو حكم أو حكم مساعد أو مدرب أو مدرب مساعد (الفني) أو أي شخص آخر مسؤول عن المسائل الفنية أو الطبية أو الإدارية في الفيفا أو اتحاد كونفدرالي أو اتحاد عضو أو دوري أو ناد وكذلك جميع الأشخاص الآخرين الملزمين بالامتثال للوائح الفيفا، اللاعبين، وكلاء المباريات والوسطاء اللاعبين⁽⁵⁾. ووفقاً لأحكام هذه المدونة عليهم عدة واجبات⁽⁶⁾.

(1) See Article (32) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(2) See Article (9) paragraph (4) of FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

(3) This Code of Ethics was adopted at the meeting of the FIFA Council of 25 June 2020, based on proposals from the Ethics Committee. It comes into force on 13 July 2020.

(4) See the Preamble of FIFA Code of Ethics 2020.

(5) See Article (1) paragraph (2) of definitions and paragraph (1) of FIFA Code of Ethics 2020.

(6) منها واجب الحيادية تجاه المؤسسات الحكومية، والمنظمات الدولية والوطنية، والأشخاص

ومن أجل امتثال لواجب تجنب تضارب المصالح تقتضي المدونة بأنه لا يجوز للأشخاص المخاطبين أداء واجباتهم (ولا سيما الإعداد أو المشاركة في اتخاذ قرار) في الحالات التي قد يؤثر فيها تضارب المصالح القائمة أو المحتملة على هذا الأداء⁽¹⁾. وأن يكشفوا فوراً عن أي تعارض من هذا القبيل ويخطر به إلى الهيئة التي يؤدي الشخص الملتزم بهذه المدونة واجباته من أجلها⁽²⁾. ويتمثل واجب آخر في الامتناع عن إعطاء أو عرض أو قبول الهدايا والمنافع، ولقد سمحت المدونة للأشخاص المشمولين بها أن يعرضوا أو يقبلوا بعض الهدايا أو أية منافع أخرى إذا توافرت فيها بعض الشروط⁽³⁾، ولكن

←

المشمولين بأحكام هذه المدونة تكون مكلفين بالمحافظة على الحيادية السياسية بما تخص مبادئ الفيفا وأهدافها ومبادئ الاتحادات الكونفدرالية وأهدافها، ومبادئ الاتحادات الوطنية والنوادي الرياضية وأهدافها، وأن يتصرفوا بطريقة تتوافق مع وظيفتهم وبنزاهة في إنجاز المهام. وعليهم أيضاً واجب الالتزام بالسرية، ويتمثل هذا الواجب في عدم إفشاء الأسرار التي توصل إليهم بمناسبة قيامهم بأعمالهم، ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى بعد انتهاء علاقة الشخص المخاطب بهذه المدونة مع الفيفا. ومن الواجبات أيضاً واجب الولاء، حيث يقع على عاتق الأشخاص الملزمين بالمدونة المذكورة واجب ائتماني تجاه الفيفا والاتحادات القارية والاتحادات والدوريات والأندية. وكذلك واجب الإفصاح والتعاون والتبليغ، يجب عليهم أن يقدموا المساعدة والتعاون بصدق وبحسن نية مع لجنة الأخلاقيات في جميع الأوقات، بغض النظر عما إذا كانوا متورطين في مسألة معينة كطرف أو كشاهد أو في أي دور آخر. وإنجاز هذا الواجب يتطلب تحقيق جملة أمور، منها الامتثال الكامل لطلبات لجنة الأخلاقيات، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر طلبات توضيح الحقائق، تقديم شهادة شفوية أو مكتوبة، تقديم معلومات أو وثائق أو مواد أخرى، والكشف عن التفاصيل المتعلقة بالدخل والشؤون المالية إذا رأت لجنة الأخلاقيات ضرورة لذلك. لاحظ المواد (14، 15، 16، و 18) من مدونة الأخلاقيات للفيفا (2020).

(1) وينشأ تضارب في المصالح إذا كان لدى الشخص الملزم بهذه المدونة، أو يبدو أن لديه، مصالح ثانوية يمكن أن تؤثر على قدرته على أداء واجباته بنزاهة وبطريقة مستقلة وهادفة. تشمل المصالح الثانوية، على سبيل المثال لا الحصر الحصول على أي ميزة ممكنة للأشخاص الملزمين بهذه المدونة أنفسهم أو للأطراف ذات الصلة على النحو المحدد في هذه المدونة. لاحظ:

Article (18) paragraph (1) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) علاوة على ذلك عليهم قبل انتخابهم أو تعيينهم أو توظيفهم في أية لجنة، عليهم أن يكشفوا عن أي علاقات ومصالح يمكن أن تؤدي إلى حالات تضارب المصالح في سياق أنشطتهم المحتملة. See Article (18) paragraph (2) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) اشترط المدونة في الهدايا بأن تكون لها قيمة رمزية أو تافهة. واستبعاد أي تأثير يمكن أن يؤثر على

←

في كلِّ الأحوال إذا وجد الشك في الهداية أو العرض يجب أن لا تقدم ولا تقبل، وفي كلِّ الأحوال يجب أن لا يعرض أو يقبل أي مبلغ (نقدي) مالي سواء من خارج أو داخل الفيفا كما يجب عليهم أن يتجنبوا أية سلوكيات أو أفعال يمكن أن تكون سبباً أو مدعاة للشك في سلوك غير ملائم أو محاولة ذلك⁽¹⁾.

إضافة إلى الواجبات السابقة ذكرها هناك جملة من واجبات أخرى، منها عدم قبول الرشوة (Bribery and corruption)⁽²⁾، وقبول العمولات أو الوعد بمثل هذه العمولات (Commission)⁽³⁾، والتلاعب بمباريات كرة القدم والمنافسات (Manipulation of football matches or competitions)⁽⁴⁾، واختلاس وسوء استخدام الأموال، والمشاركة في الرهان والمقامرة وما شابه ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر في مباريات كرة القدم (Involvement with betting, gambling or similar activities)⁽⁵⁾، أساء استخدام المنصب (Abuse of position)⁽⁶⁾، والتزوير والتزييف (Forgery and falsification)⁽⁷⁾، والتمييز والتشهير (Discrimination and defamation)⁽⁸⁾.

وفيما يتعلق بالأحكام الإجرائية لفض المنازعات، فإن مدونة الأخلاقيات أجازت لأي شخص تقديم شكوى بشأن الانتهاكات المحتملة لهذه المدونة إلى أمانة غرفة التحقيق، ويجب تقديم الشكاوى كتابة، وأن تتضمن الأدلة المتاحة. ثم تقوم الأمانة بإبلاغ رئيس غرفة التحقيق بالشكاوى وتتصرف بناء على تعليماته⁽⁹⁾.

← أدانهم لمهامهم الرسمية التي تترك لتقديرهم. وأن لا تؤثر بالصد على واجباتهم. ولا تشكل أية منفعة مالية ممنوعة. وكذلك لا تخلق حالة من تضارب المصالح. لاحظ:

Article (20) paragraph (3) of FIFA Code of Ethics 2020.

(1) See Article (20) paragraph (2) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (27) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) Article (21) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (29) of FIFA Code of Ethics 2020.

(5) See Article (26) of FIFA Code of Ethics 2020.

(6) See Article (25) of FIFA Code of Ethics 2020.

(7) See Article (24) of FIFA Code of Ethics 2020.

(8) See Article (22) of FIFA Code of Ethics 2020.

(9) ومع ذلك يعاقب أي شخص ملزم بهذه المدونة أن يقدم شكوى ضد شخص يعرف أنه بريء أو يتخذ بأي طريقة أخرى خطوات كيدية تتعلق ببدء الإجراءات بموجب هذه المدونة بغرامة لا تقل عن (10000) فرنك سويسري بالإضافة إلى حظر المشاركة في أي نشاط متعلق بكرة القدم لمدة لا تقل عن عامين.

←

أما فيما يتعلق بأطراف الشكوى فإن لجنة الأخلاقيات تمارس عملها ذات الطابع الجزائي لذا فإن الأطراف في الشكاوى التي تتقدم إليها هم المتهمون (accused) فقط⁽¹⁾. وكقاعدة عامة على المتهم أن يحضر بنفسه أمام لجنة الأخلاقيات من أجل إجراء التحقيقات معه من قبل غرفة التحقيق، ومن ثم محاكمته عن طريق غرفة التقاضي، ومع ذلك أجازت مدونة الأخلاقيات للأشخاص الملزمين بموجبها أن ينوب عنهم من يمثلهم قانونياً على نفقتهم الخاصة، وللأطراف والأشخاص الآخرين الملزمين بهذه المدونة حرية اختيار مستشارهم القانوني أو تمثيلهم. ويجوز للجنة الأخلاقيات أن تطلب من ممثلي الأطراف وغيرهم من الأشخاص الملزمين بهذه المدونة تقديم التوكيل الرسمي موقع عليه حسب الأصول، كما لها أن تضع الحد لعدد الممثلين القانونيين لأي طرف إذا كان الطرف مفرط في اختيارهم⁽²⁾.

واللغة المستخدمة في إجراءات لجنة الأخلاقيات ستكون أحد اللغات الأربعة المعتمدة للفيفا، ويجوز للجنة الأخلاقيات والأطراف اختيار واحدة من هذه اللغات. ومع ذلك يجوز للفيفا، إذا لزم الأمر، استخدام خدمات مترجم فوري. ويجب على اللجنة أن تتخذ قراراتها باللغة المستخدمة أثناء الإجراءات ذات الصلة، وأن تبذل جهوداً لاستخدام لغة الطرفين، حيثما أمكن ذلك⁽³⁾.

ولقد سلكت الفيفا طريقة الإثبات الحر أمام لجنة الأخلاقيات، حيث سمحت لائحة الشرف لأطراف الشكوى الاستعانة بأنواع مختلفة من أدلة الإثبات على وجه الخصوص المستندات، والتقارير الواردة من المسؤولين، والإعلانات الصادرة عن الأطراف، وإفادات الشهود، والتسجيلات الصوتية والمرئية، وآراء الخبراء، وجميع الأدلة الأخرى ذات الصلة بالقضية⁽⁴⁾. وتتمتع لجنة الأخلاقيات بالسلطة التقديرية المطلقة فيما يتعلق بتقدير أدلة الإثبات⁽⁵⁾. وأي دليل تم الحصول عليه بوسائل أو طرق تنطوي على انتهاكات لكرامة الإنسان أو الذي ليس له صلة بوقائع القضية فلا يصلح للإثبات⁽⁶⁾. ويقع عبء الإثبات

←

See Article (58) of FIFA Code of Ethics 2020.

(1) See Article (37) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (38) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (40) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (43) paragraph (1,2) of FIFA Code of Ethics 2020.

(5) See Article (47) of FIFA Code of Ethics 2020.

(6) See Article (46) of FIFA Code of Ethics 2020.

فيما يتعلق بانتهاكات أحكام المدونة على عاتق لجنة أخلاقيات الفيفا⁽¹⁾. وفيما يتعلق بالإدلاء بشهادة الشهود أثناء التحقيق، فقد أجازت مدونة الإدلاء به شفويًا، ووضعت المدونة ثلاثة أساليب للإدلاء بالشهادة الشفوية، ويتم ذلك بحضور الشاهد شخصياً، أو عن طريق الهاتف أو عن طريق الفيديو⁽²⁾. ونظرًا لأهمية الشهادة في حسم الشكاوى أمام لجنة الأخلاقيات فإن مدونة الشرف قد حرصت على سلامة الشاهد ومن أجل تحقيق هذا الغرض فقد وضعت المدونة بعض الإجراءات، وعلى وجه التحديد عندما يشكل الإدلاء بالشهادة تهديدًا للشاهد أو أي شخص قريب منه وبشكل خاص لخطر بدني، يجوز لرئيس الدائرة المختصة (غرفة التحقيق أو غرف التقاضي) أو نائبه أن يتخذ عدة إجراءات منها عدم تحديد هوية الشخص بحضور الأطراف⁽³⁾، عدم حضور الشخص جلسة الاستماع، تشويه صوت الشخص، استجواب الشخص خارج قاعة الجلسة، استجواب الشخص خطياً عن طريق رئيس الغرفة المختصة أو نائبه، إدراج جميع أو بعض المعلومات التي يمكن استخدامها لتحديد هوية الشخص فقط في ملف منفصل وسري⁽⁴⁾. تفرض تدابير تأديبية على أي شخص يكشف عن هوية أي شخص يمنع عدم الكشف عن هويته بموجب هذه المدونة أو أي معلومات يمكن استخدامها لتحديد هويته⁽⁵⁾.

وفيما يتعلق بقوة الشهادة في الإثبات فقد تنص المدونة على أنه إذا لم يتوفر دليل آخر يدعم الشهادة التي أدلى بها الشخص المعني، لا يجوز استخدام هذه الشهادة في سياق فرض عقوبات بموجب هذه المدونة إلا إذا أتيحت للأطراف وكذلك ممثليهم القانونيين فرصة طرح أسئلة على الشخص المعني (الشاهد) كتابة على الأقل، وكذلك

(1) See Article (49) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (43) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) ومع ذلك يتم تحديد هوية الأشخاص الذين حصلوا على عدم الكشف عن هويتهم خلف الأبواب المغلقة في غياب الأطراف لضمان سلامتهم. ويتولى تحديد هوية رئيس الغرفة المختصة وحده أو نائبه أو جميع أعضاء الغرفة المختصة معًا، ويدون في محضر البيانات الشخصية للشخص المعني. ولا يجوز إبلاغ الطرفين بهذا المحضر. ويتلقى الطرفان إشعارًا موجزًا بأنه يؤكد أن الشخص المعني قد تم التعرف عليه رسميًا، ولا يحتوي على تفاصيل يمكن استخدامها لتحديد هوية هذا الشخص. لاحظ:

See Article (45) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (44) paragraph (1) of FIFA Code of Ethics 2020.

(5) See Article (35) paragraph (3) of FIFA Code of Ethics 2020.

أُتيحت لأعضاء الهيئة القضائية (الغرفة المعنية) فرصة استجواب الشخص المعني (الشاهد) مباشرة وبوعي كامل بهويته وتقييم هويته وسجله بالكامل⁽¹⁾.

بعد استلام الشكوى من قبل أمانة غرفة التحقيق تقوم أمانة الغرفة بناء على تعليمات رئيس غرفة التحقيق بإجراء تقييم أولي للمستندات المقدمة مع الشكوى. ويجوز للأمانة أن تباشر تحقيقات أولية في احتمال الإخلال بهذه المدونة بناء على شكوى مقدمة إليها، وعليها أن تتصرف وفقاً لتعليمات رئيس غرفة التحقيق. ويشمل التحقيق الأولي على وجه الخصوص جمع المعلومات المكتوبة، وطلب الوثائق، والحصول على إفادات الشهود. ومع ذلك لرئيس غرفة التحقيق أن يباشر التحقيقات الأولية بنفسه وفي أي وقت⁽²⁾.

وإذا ظهر في التحقيق الأولي أن هناك انتهاك لأحكام المدونة، يفتح رئيس غرفة التحقيق إجراءات التحقيق. وتنظر الغرفة على قدم المساواة في الظروف المشددة والمخفضة للقضية. وعليها أن تخطر طرفي الشكوى ببدء إجراءات التحقيق واحتمال انتهاك القواعد. ومع ذلك يجوز لغرفة التحقيق عدم إخطار طرفي الشكوى ببدء إجراءات التحقيق لأسباب تتعلق بالسلامة والأمن أو إذا كان الكشف عن ذلك يتعارض مع سير التحقيق. وعلى رئيس غرفة التحقيق أن يقدم تقارير منتظمة إلى غرفة التحقيق عن القضايا غير المفتوحة⁽³⁾.

وبعد انتهاء التحقيق الأولي لشكوى المقدمة وتقييم الشكوى والمستندات المرفقة بها يقرر رئيس غرفة التحقيق ببدء إجراءات التحقيق (Initiation of investigation). ولم يكن الرئيس ملزماً بذكر الأسباب في القرار لبدء إجراءات التحقيق، ويكون هذا القرار باتاً وغير قابل للطعن فيه⁽⁴⁾. ويقود رئيس غرفة التحقيق إجراءات التحقيق بنفسه، ويجوز له أن يمنح ذلك إلى نائبه رسمياً أو أن يمنح إلى أحد أعضاء غرفة التحقيق، وفي هذه الحالة عليه أن يعين هذا الشخص رئيساً للتحقيق⁽⁵⁾.

ويجري رئيس التحقيق التحقيق، بمساعدة الأمانة، عن طريق الاستفسارات الخطية والاستجواب الكتابي أو الشفوي للأطراف والشهود. ويجوز له أيضاً أن يتخذ أي تدابير تحقيق أخرى ذات صلة بالقضية، على وجه الخصوص، وأن يتحقق من صحة الوثائق ذات

(1) See Article (44) paragraph (2) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (59) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (60) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (61) of FIFA Code of Ethics 2020.

(5) See Article (63) of FIFA Code of Ethics 2020.

الصلة بالتحقيق عن طريق الحصول على إفادات خطية. إذا أجرى رئيس غرفة التحقيق التحقيق بنفسه، ويجوز له أن يطلب من عضو آخر من غرفة التحقيق مساعدته. أما إذا لم يكن رئيس غرفة التحقيق رئيساً للتحقيق، يجوز لرئيس التحقيق أن يطلب من رئيس غرفة التحقيق تعيين أعضاء إضافيين من غرفة التحقيق لإجراء التحقيق إلى جانبه. وإذا كان الرئيس يقوم بدور رئيس التحقيق، يجوز له في الحالات المعقدة أن يستعين بطرف ثالث، وإشراكه في التحقيق ولكن تحت قيادة رئيس التحقيق. ويجب أن تكون الاستفسارات الموجهة إلى الأطراف الثلاثة محددة بوضوح. أما إذا كان الرئيس لا يقوم بدور رئيس التحقيق، جاز لرئيس التحقيق أن يقدم الطلب المعني إلى رئيس غرفة التحقيق. وإذا لم يتعاون الطرفان والأشخاص الآخرون الملزمون بهذه المدونة في إثبات وقائع القضية، يجوز لرئيس التحقيق أن يطلب إلى رئيس غرفة التحقيق أن يفرض عليهم تحذيراً، وفي حالة إصرارهم على موقفهم أن يفرض عليهم تدابير تأديبية، بما في ذلك حظر المشاركة في أي نشاط متعلق بكرة القدم لمدة تصل إلى (90) يوماً. وإذا كان الرئيس يقوم بدور رئيس التحقيق، يقرر نائب الرئيس بهذا الشأن⁽¹⁾.

إذا رأى رئيس التحقيق أن التحقيق قد وصل إلى مرحلة كافية، وجب عليه أن يبلغ الأطراف بأن إجراءات التحقيق قد انتهت، ويحيل التقرير النهائي مشفوعاً بملفات التحقيق إلى غرفة التقاضي⁽²⁾. ويجب أن يتضمن التقرير النهائي جميع الوقائع والأدلة ذات الصلة التي تم جمعها في مرحلة التحقيق ويذكر فيه احتمال انتهاك القواعد. ويوقع على التقرير النهائي رئيس غرفة التحقيق. وإذا لم يقر الرئيس بدور رئيس التحقيق، يوقع رئيس التحقيق أيضاً على التقرير النهائي⁽³⁾.

يجوز لرئيس غرفة التحقيق أو رئيس التحقيق، في أي وقت أثناء التحقيق، أن يفرض عقوبات مؤقتة على أي شخص يتدخل في إجراءات التحقيق أو ارتكب فعلاً مخالفاً لقواعد الميثاق والأخلاقيات، ولا يجوز أن يصدر قراراً بشأن الأسس الموضوعية للقضية في وقت مبكر بما فيه الكفاية. ويجوز للطرف المعني أن يطعن في الجزاءات المؤقتة لدى رئيس غرفة التقاضي خلال خمسة أيام من تأريخ الإخطار بالجزاءات المؤقتة. وبيت رئيس غرفة التقاضي في الطعن دون إبطاء بناء على الملف أو له أن يقرر الاستماع إلى ذوي

(1) See Article (64) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (65) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (66) of FIFA Code of Ethics 2020.

المصلحة أو ممثليهم⁽¹⁾. وتكون العقوبات المؤقتة سارية المفعول لمدة أقصاها (90) يوما. وفي الظروف الاستثنائية، يجوز لرئيس غرفة التقاضي بناء على طلب رئيس غرفة التحقيق أن تمتد الفترة المذكورة إلى فترة إضافية لا تتجاوز (90) يوما. وتحسب مدة العقوبات المؤقتة للمتهم في القرار النهائي⁽²⁾.

وقبل الولوج في تفاصيل القواعد القانونية الخاصة بفض المنازعات أمام غرفة التقاضي لا بد من الإشارة إلى أن المدونة أجازت لأطراف الشكوى، في مرحلة التحقيق، أي قبل أن تكون القضية على وشك أن تبت فيها غرفة التقاضي أو قبل جلسة الاستماع النهائي أن يبرما اتفاقاً مع رئيس غرفة التحقيق لتطبيق الجزاء بالتراضي، وأطلق على هذه الاتفاقية: اتفاق الإقرار بالذنب (the plea agreement). وإذا رأى رئيس غرفة التقاضي أن الاتفاق يتوافق مع هذه المدونة بعد عرض الاتفاق عليه وأن العقوبة التي تمت تسويتها تطبق بشكل صحيح، فعليه أن يصدق على الاتفاق بالفور وتصبح العقوبة المستقرة نهائية وملزمة، ولا تخضع لأي استئناف آخر. وإذا تضمن الاتفاق عقوبة مالية فعلى الطرف المعني أن ينفذ العقوبة في غضون (15) يوماً من تأريخ الإقرار، وإلا تعد الاتفاقية ملغية تلقائياً. وإذا تضمنت الاتفاقية الالتزام بالتدريب أو العمل الجماعي ولم يقيم الطرف المعني بتنفيذه وفق الشروط المحددة في الاتفاقية فإن الاتفاقية ملغية تلقائياً. وكلما ألغى اتفاق إقرار بالذنب، تبت غرفة التقاضي في القضية في غضون (60) يوماً التالية على تقديم الملف (عرض القضية أمام غرفة التقاضي)، ولا يجوز إبرام اتفاق آخر من هذا القبيل. ومع ذلك لا يجوز إبرام اتفاق الإقرار بالذنب في الانتهاكات المتعلقة بالرشوة والفساد والاختلاس وإساءة استخدام الأموال والتلاعب بمباريات أو مسابقات كرة القدم⁽³⁾.

وعلى أية حال، بعد وصول القضية إلى غرفة التقاضي، فإنها تعقد جلساتها بحضور أطراف الشكوى، وتكون جلسات الغرفة مغلقة كقاعدة عامة، وتتم الجلسات بحضور الطرف المعني، ومع ذلك يجوز أن تعقد الغرفة جلساتها علنياً بقرار من رئيس الغرفة أو من ينوب عنه بناءً على طلب المدعى عليه⁽⁴⁾. ويدير رئيس غرفة التقاضي الجلسة بالطريقة التي يراها مناسبة، شريطة أن تكون متوافقة مع المدونة⁽⁵⁾. وفيما يتعلق بسوء السلوك أي

(1) See Article (84) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (85) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (67) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (74) paragraphs (1,2) of FIFA Code of Ethics 2020.

(5) See Article (75) paragraph (1) of FIFA Code of Ethics 2020.

طرف من أطراف النزاع الذي حدث بعد انتهاء التحقيق وتقديم التقرير النهائي إلى غرفة التقاضي، أي في فترة بين انتهاء التحقيق واستلام التقرير النهائي من قبل غرفة التقاضي، فإن المدون منح صلاحية معالجة هذا السلوك لغرفة التقاضي ولكن على غرفة التحقيق أن تعرض الوقائع والأدلة ذات الصلة، وأن تذكر احتمال حدوث انتهاك للقواعد، وأن تقدم توصيتها بشأن اتخاذ التدابير المناسبة إلى غرفة التقاضي. ويكون للطرف الحق في الرد على هذه التهمة الجديدة أثناء جلسة الاستماع في غرفة التقاضي. وفي حالة عدم عقد جلسة استماع، يجوز لغرفة التحقيق أن تقدم توصيتها في غضون يومين من حدوث السلوك، وفي هذه الحالة للطرف الموجه إليه التهمة حق ردها كتابيا، وذلك من خلال الموعد الذي حددته له غرفة التقاضي. لأن في بعض الحالات لا تعقد غرفة التقاضي جلساتها، وإنما يقوم رئيس الغرفة بتشكيل الفريق، الذي يتكون من أعضاء غرفة التقاضي، لعملية المداولات بشأن القضية المعروضة عليها، ويبلغ الطرفان بهذا الشأن⁽¹⁾.

وفي الحالة التي تعقد فيها غرفة التقاضي جلسة الاستماع فإن المدونة منحت لأطراف النزاع حق تقديم موقفهم وتقديم الأدلة ومناقشة الأدلة التي تنتظر فيها غرفة التقاضي للتوصل إلى قرارها. ويجوز تقييد هذه الحقوق في ظروف استثنائية، مثل الحالات التي يلزم فيها صون المسائل السرية، أو عندما يلزم حماية الشهود، أو عندما يكون ذلك مطلوباً لإثبات عناصر الإجراءات⁽²⁾. ويجوز لرئيس غرفة التقاضي رفض الادعاءات المثبتة بالأدلة المقدمة من الأطراف، ويبلغ الطرفان إذا رفض اقتراحهما مع بيان موجز لأسباب القرار، ولا يجوز الطعن في الرفض⁽³⁾.

وتقع على عاتق الطرفين مسؤولية ضمان حضور الشهود الذين يطلبونهم ودفع جميع التكاليف والنفقات المرتبطة بحضور الطرفين والشهود. ويتعين على الشهود الذين يستدعيهم الطرفان و/أو غرفة التحقيق أن يحضر شخصيا. وتجري الجلسة، حيثما أمكن ذلك، وفقا للتسلسل التالي: استماع شهادة شهود استدعيهم المتهم وتوافق عليهم غرفة التقاضي، استماع شهادة شهود استدعيهم غرفة التحقيق وتوافق عليهم غرفة التقاضي، استماع شهادة شهود استدعيهم غرفة التقاضي، عرض البيان الختامي الصادر عن غرفة التحقيق، بيان ختامي من الممثل القانوني للمتهم، بيان الطعن من غرفة التحقيق

(1) See Article (74) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (71) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (72) of FIFA Code of Ethics 2020.

والأطراف، إن وجد، منح الفرصة الأخيرة للمتهم للتحدث. وفي الحالات الاستثنائية وبالأخص حيثما يكون السفر و/أو التجمعات مقيداً و/أو غير موصى به لأسباب تتعلق بالسلامة العامة أو الصحة، يجوز لرئيس غرفة التقاضي أو نائبه أن يقرر تنظيم جلسة استماع عن طريق التداول بالفيديو⁽¹⁾.

وبعد انتهاء الجلسة، تنصرف غرفة التقاضي لمرحلة المداولات (Deliberations) لغاية إصدار قرارها سرا. وكقاعدة عامة تتم المداولات بحضور جميع أعضاء الغرفة شخصياً، ولكن إذا اقتضى الحال يجوز إجراء المداولات واتخاذ القرارات عن طريق مؤتمر هاتفي أو مؤتمر بالفيديو أو أي طريقة أخرى مماثلة. وتجري المداولات دون انقطاع، ما لم تكن هناك ظروف استثنائية. ويقرر الرئيس الترتيب الذي ستطرح به مختلف المسائل للمداولة. وغرفة التقاضي غير ملزمة بالتقييم القانوني للوقائع المقدمة من غرفة التحقيق، وعلى وجه الخصوص، يجوز لغرفة التقاضي أن تمدد أو تحد من انتهاكات القواعد التي أشارت إليها غرفة التحقيق. ويعبر الأعضاء الحاضرون عن آرائهم حسب الترتيب الذي يحدده الرئيس، وهذا الأخير هو الذي يتكلم دائماً في النهاية، ويدون المداولات أحد أعضاء الأمانة في المحضر المعد لذلك⁽²⁾.

وبعد انتهاء المداولات تأتي مرحلة اتخاذ القرار (Taking the decision)، وتتخذ غرفة التقاضي قراراتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين، ولكل عضو صوت واحد، ويصوت كل عضو حاضر. في حالة تعادل الأصوات (a tied vote)، يكون للرئيس صوت مرجح⁽³⁾. وتبلغ غرفة التقاضي قرارها بالكامل وبطريقة مكتوبة، أي تبلغ قرارها مع أسباب القرار (Grounds of decision). وفي حالة الاستعجال، أو في ظل أي ظروف خاصة أخرى، يجوز لغرفة التقاضي أن تبلغ الطرف بمنطوق القرار فقط، الذي يصبح قابل للتطبيق على الفور. ثم يتم إخطار القرار الكامل والمكتوب في غضون (60) يوماً التالية⁽⁴⁾.

ويجب أن يتضمن القرار أسماء فريق الحكم، أسماء الأطراف، تأريخ القرار، موجز للوقائع، أسباب القرار، الأحكام التي استند إليها القرار، شروط القرار (the terms of the decision)، إشعار وإخطار طرق الاستئناف، توقيع الرئيس على القرار ويحيله من قبل

(1) See Article (75) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (76) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (77) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (78) of FIFA Code of Ethics 2020.

أمانة لجنة الأخلاقيات⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بإنفاذ القرارات (Enforcement of decisions)، فإن المدونة ألزمت الاتحادات الأعضاء، ومسؤولي كرة القدم المعنيين، مسؤولية التأكد من أن القرارات التي تتخذها لجنة الأخلاقيات ويتم الإخطار بها قد يتم تنفيذها بشكل صحيح، كما هو مطلوب بموجب النظام الأساسي للفيفا⁽²⁾.

ومن الأمور المهمة في المدونة هي المسؤولية القانونية للجنة الأخلاقيات وسكرتاريتها وبما في ذلك الغرفتين (غرفة التحقيق وغرفة التقاضي) لأعمالهم الموكلة إليها، حيث أن المدونة قد أعفتهم من المسؤولية (Exemption from liability) باستثناء حالة الإهمال الجسيم أو القصد الكيدي (gross negligence or malicious intent)، وعليه لا يكون عضو لجنة الأخلاقيات ولا السكرتارية فيها مسؤولين شخصياً عن أي أعمال ذات صلة في إجراء صدر عنهم⁽³⁾.

كما وتجدر الإشارة إلى أن إبلاغ القرارات والوثائق الأخرى والإخطار بها عن طريق البريد الإلكتروني (Notification of decisions and other document)، ويمكن أن يتبعها خطاب مسجل، ويجب أن تخطر اللجنة المعنية جميع الأطراف بالقرارات. ويوجه التبليغ بالقرارات والوثائق الأخرى إلى الأشخاص الملزمين بهذه المدونة مباشرة و/أو إلى الجمعية المعنية شريطة أن تحيل الوثائق إلى الشخص المعني. في حالة عدم إرسالها إلى الطرف المعني أو إرسالها بشكل بطيء، وتعد هذه المستندات قد تم إرسالها بشكل صحيح إلى المرسل إليه النهائي بعد أربعة أيام من إبلاغ الاتحاد المعني بالمستندات. ويعتبر الإخطار بالقرار قد تم من تأريخ نشره على صفحة الفيفا على الويب إذا كان مكان وجود الطرف غير معروف ولا يمكن التحقق منه على الرغم من إجراء استفسارات معقولة، الخدمة مستحيلة أو من شأنها أن تؤدي إلى إزعاج استثنائي، وأخيراً إذا لم يوفر الطرف وسيلة اتصال على الرغم من تلقيه تعليمات للقيام بذلك⁽⁴⁾. تدخل القرارات التي تصدرها لجنة الأخلاقيات حيز التنفيذ بمجرد إبلاغها. ويجوز للجنة الأخلاقيات تصحيح

(1) See Article (79) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (80) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (86) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (41) of FIFA Code of Ethics 2020.

أي أخطاء واضحة في أي وقت⁽¹⁾.

وارتباطا بما سبق، فإن المدونة تقتضي بأن تبدأ المهلة الزمنية التي يتم إخطارها مباشرة إلى الطرف المعني أو إلى ممثله القانوني في اليوم التالي لاستلام الإخطار. وإذا أرسلت الوثيقة إلى شخص عن طريق الرابطة العضو المعنية ولم ترسل أيضاً إلى الشخص المعني أو ممثله القانوني، تبدأ المهلة الزمنية بعد أربعة أيام من استلام الجمعية المسؤولة عن إرسالها للوثيقة. وإذا أرسلت الجمعية المعنية الوثيقة أيضاً إلى الشخص المعني أو إلى ممثله القانوني، تبدأ المهلة في اليوم التالي لاستلام الوثيقة المعنية. وإذا تزامن اليوم الأخير من المهلة الزمنية مع عطلة رسمية في مكان إقامة الشخص المطلوب منه الامتثال للوثيقة في موعد نهائي معين، تنتهي المهلة في يوم العمل التالي⁽²⁾. ولا يجوز تمديد المهلة الزمنية المنصوص عليها في هذه المدونة. ويجوز تمديد الحدود الزمنية التي تحددها لجنة الأخلاقيات بناء على طلب مسبب من قبل الطرف المعني. ولا يجوز تمديد المهلة الزمنية للمرة الثانية إلا إذا وجدت ظروف استثنائية. وفي حالة رفض لجنة الأخلاقيات تمديد المهلة الزمنية، يجوز منح يومين إضافيين. قد يتم الإعلان عن رفض منح التمديد شفهيًا⁽³⁾. ومن الجدير بالذكر فإن عزل الشخص الملزم بهذه المدونة عن عمله أثناء إجراءات التحقيق معه لا يؤدي إلى إنهاء التحقيقات معه، وإنما تظل لجنة الأخلاقيات مختصة بمواصلة إجراءات التحقيق و/ أو إصدار قرار بشأنه. وفي حال توقف الشخص الملزم بهذه المدونة عن أداء وظيفته، يجوز لغرفة التحقيق أن تستمر في التحقيق ومباشرته، وأن تعد تقريراً نهائياً وتسلمه إلى غرف التقاضي. ويجوز للغرف التقاضي أن تعلق الإجراءات أو أن تتخذ قراراً بشأن مضمونها وأن تفرض العقوبات المناسبة⁽⁴⁾.

ومن يلاحظ أن القرارات التي تصدر استناداً إلى ميثاق الشرف ليست قطعية، وإنما يجوز للطرف المعني، الذي له مصلحة محمية قانونياً والتي تبرر تعديل القرار أو إلغائه، أن يقدم طعناً إلى لجنة استئناف الفيفا في أي قرار تتخذه اللجنة التأديبية (the Disciplinary Committee) يتعلق بانتهاكات المتعلقة بتلاعب بمباريات أو منافسات كرة

- (1) See Article (42) of FIFA Code of Ethics 2020.
- (2) See Article (50) of FIFA Code of Ethics 2020.
- (3) See Article (52) of FIFA Code of Ethics 2020.
- (4) See Article (53) of FIFA Code of Ethics 2020.

القديم (Manipulation of football matches or competitions) المنصوص عليها في المادة (29) من هذه المدونة⁽¹⁾. وفيما يتعلق بالقرارات التي تتخذها غرفة التقاضي فإنها نهائية وغير قابلة للاستئناف أمام الهيئات القضائية للفيفا، وإنما تخضع للطعن أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة (CAS) وفقاً للأحكام ذات الصلة من النظام الأساسي للفيفا⁽²⁾. ويجوز أيضاً لرئيس غرفة التحقيق أن يستأنف القرارات المتخذة من قبل غرفة التقاضي أمام المحكمة المذكورة⁽³⁾.

ويضاف إلى ما سبق، فإن المدونة نظمت إعادة النظر في القضية وأطلقت عليها استعراض (Review). بحيث أجازت لغرفة التحقيق التابعة للجنة الأخلاقيات أن تعيد فتح القضية التي تم إغلاقها في حينها، إذا ما اكتشف الطرف المعني أدلة أو حقائق فعالة جديدة، ولم يكن من الممكن تقديمها أثناء التحقيق، وكان من شأنها أن تؤدي إلى قرار أكثر ملاءمة، وتطبق الأحكام المتعلقة بإجراءات التحقيق في الاستعراض. ويتعين على الطرف المعني تقديم طلب لإعادة النظر في غضون عشرة أيام من اكتشاف أسباب المراجعة، وإلا لا يقبل منه الطلب. وفي كل الأحوال تتقدم حق تقديم طلب إعادة النظر بعد مضي سنة واحدة من تنفيذ القرار⁽⁴⁾.

وأخيراً وليس آخراً، بقيت نفقات الإجراءات أمام لجنة الأخلاقيات (Procedural costs) والتي تتكون من تكاليف لجنة الأخلاقيات ونفقاتها المتكبدة فيما يتعلق بإجراءات

(1) See Article (81) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) والقرارات التي اتخذها محكمة التحكيم الرياضية الدولية تكون قابلة للطعن أمام المحكمة الاتحادية السويسرية وفقاً للمواد (190 و191) من القانون الدولي الخاص السويسري. ويلاحظ أن النص الوارد في الفقرة (3) من المادة (65) من النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدم بشأن إمكانية الطعن في القرارات التي اتخذتها محكمة التحكيم الرياضية الدولية ليس دقيقة؛ لأنه اعتبر النص المذكور الوارد في النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدم بأن محكمة التحكيم الرياضية الدولية هي آخر مرحلة من مراحل التقاضي والقرارات التي اتخذتها قطعية وغير قابلة للنقض. لاحظ على النص المشار إليه (تكون آخر مرحلة أمام محكمة التحكيم الرياضية (كاس) في لوزان (سويسرا)، وتقوم (كاس) بتسوية النزاع لاستبعاد أي محكمة عادية محظورة صراحة بموجب التشريع الساري في جمهورية العراق)).

(3) See Article (82) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (83) of FIFA Code of Ethics 2020.

التحقيق والفصل فيها⁽¹⁾. ويتحمل الطرف الذي تمت معاقبته التكاليف الإجرائية. وإذا عوقب أكثر من طرف واحد، تقدر التكاليف الإجرائية بالتناسب وفقا لدرجة ذنب الطرفين⁽²⁾. وقد تتحمل الفيفا جزءًا من التكاليف الإجرائية، وخاصة تكاليف إجراءات التحقيق، حسب الاقتضاء فيما يتعلق بفرض العقوبات. يجوز تخفيض التكاليف الإجرائية أو التنازل عنها في ظروف استثنائية، ولا سيما مع مراعاة الظروف المالية للطرف⁽³⁾. وفي حالة إغلاق الإجراءات أو تبرئة المتهم، تتحمل الفيفا التكاليف الإجرائية، ومع ذلك يجوز أن يؤمر أحد الطرفين بدفع التكاليف الإجرائية جزئيًا أو كليًا في حالة إقفال باب الإجراءات أو تبرئته، إذا كان هو تسبب بالمسؤولية في بدء الإجراءات أو عرقل سير الإجراءات⁽⁴⁾.

(1) See Article (54) of FIFA Code of Ethics 2020.

(2) See Article (56) paragraphs (1,2) of FIFA Code of Ethics 2020.

(3) See Article (56) of FIFA Code of Ethics 2020.

(4) See Article (55) of FIFA Code of Ethics 2020.

الخاتمة

تتضمن الخاتمة أهم النتائج التي توصلنا إليها من هذا البحث، مع بعض الاقتراحات بشأن موضوع البحث على الشكل الآتي:

أولاً: النتائج

1. (الفيفا) هي جمعية مسجلة في السجل التجاري في مقاطعة زيورخ في سويسرا، ويمثل الهيكل الإداري الداخلي للفيفا في الكونغرس، والهيئات العدلية (القضائية)، ومجلس الفيفا والأمانة العامة للفيفا فضلاً عن لجان دائمية ومؤقتة.
2. هناك الهرم التنظيمي في كرة القدم العالمية، وتقف الفيفا في أعلى الهرم، وتأتي بعدها الاتحادات الكونفدرالية، وبعدهما الاتحادات الوطنية، وبعدها الأندية الرياضية، وفي أخير الهرم يأتي اللاعبون والمدربون والمسؤولون ووكلاء كرة القدم.
3. تصدر الفيفا اللوائح الرياضية الدولية النموذجية لوقوفها في أعلى الهرم التنظيمي، وبالتالي على من يأتي بعدها اتباع النصوص القانونية الواردة في تلك اللوائح دون مخالفتها.
4. على الأطراف المتنازعة بكرة القدم أن تعرض منازعاتهم الدولية على الهيئات العدلية للفيفا، وتكون القرارات التي تصدر لتلك الهيئات قبل الطعن فيها أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية، وقرارات هذه الأخيرة تكون قابلة للطعن فيها أمام المحكمة الاتحادية السويسرية في بعض الأحيان، ولا يجوز للأطراف المتنازعة بكرة القدم اللجوء إلى المحاكم الوطنية كقاعدة أساسية.
5. يتمثل السند القانوني في منح صلاحية فض المنازعات المتعلقة بكرة القدم إلى الهيئات العدلية للفيفا بدلاً من اللجوء إلى المحاكم الوطنية في شرط التحكيم الوارد في النظام الأساسي للفيفا.
6. في المنازعات التي تخص عقد توظيف اللاعبين والمدربين أجازت لوائح الفيفا للأطراف المتنازعة عرض نزاعهم على المحاكم الوطنية بدلاً من اللجوء إلى الهيئات العدلية للفيفا إذا تضمن عقد توظيف اللاعبين أو المدربين بند يقضي بذلك.
7. القانون السويسري هو القانون واجب التطبيق على نشاط الفيفا وهيئاتها العدلية، وذلك لأن مقرها واقع في سويسرا، وبالتالي فإن جميع المنازعات ذات القيمة الاقتصادية

تخضع للتحكيم إذا اتفقت الأطراف على ذلك.

8. تتمثل الهيئات العديلة للفيفا في محكمة كرة القدم التي تتكون من ثلاثة غرف، الأولى هي غرفة فض المنازعات (DRC)، والثانية هي غرفة أوضاع اللاعبين (PSC)، أما الغرفة الثالثة فهي غرفة وكلاء كرة القدم، ولجنة الأخلاقيات، ولجنة الاستئناف، وتكون قرارات هذه الهيئات قابلة للطعن فيها أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية المستقلة.

ثانياً: الاقتراحات

1. نقترح على المُشرِّع العراقي إصدار تشريع مستقل وخاص بالتحكيم الدولي مثل ما قام به المُشرِّع السويسري.

2. ندعو المُشرِّع العراقي بتعديل نص الفقرة (عاشراً) من المادة (6) من قانون الاحتراف الرياضي رقم (60) لسنة (2017) على الشكل التالي: (يجوز للرياضيين المحترفين والوسطاء والأندية الرياضية أن يقدموا طعنًا استثنائيًا ضد قرارات هيئات الاتحادات الوطنية لدى محكمة التحكيم الرياضية الدولية المعروفة بـ (CAS) بعد استفاد الطاعن جميع القنوات الداخلية في الاتحادات الوطنية إذا كان هناك اتفاق أو نصت لوائح الاتحاد الوطني على ذلك).

3. ندعو المُشرِّع العراقي بحذف الفقرة (تاسعاً) من المادة (6) من قانون الاحتراف الرياضي رقم (60) لسنة (2017) والتي تقتضي بتشكيل المحكمة الرياضية العراقية وتكون قراراتها قابلة للاستئناف لدى محكمة الاستئناف، لأن ذلك يعد تدخلاً في شؤون الاتحادات الرياضية الوطنية ويكون هذا أمراً مرفوضاً لدى الاتحادات الرياضية الدولية كالفيفا، وبدلاً من ذلك ينص على إحالة المنازعات الرياضية إلى التحكيم الخاص.

4. نقترح على الاتحاد العراقي لكرة القدم بتعديل النظام الداخلي للاتحاد بصورة يتفق تماماً مع النظام الأساسي للفيفا والاتحاد الآسيوي لكرة القدم وبالأخص فيما يتعلق بتأسيس الهيئات العديلة للاتحاد العراقي لكرة القدم وكيفية الطعن في قراراتها، واستبعاد المحاكم الوطنية في فض المنازعات الرياضية، فضلاً عن تأسيس مركز التحكيم الرياضي وفقاً لمعايير الفيفا والاتحاد الآسيوي لكرة القدم.

5. نقترح على الفيفا عن طريق اتحادنا الوطني فتح قنوات متعددة لأعضائها وبالأخص الدول النامية وذلك عن طريق التحكيم الإلكتروني، بحيث تسمح لهيئاتها العديلة بحسم المنازعات عن بُعد عن طريق الشبكة العنكبوتية العالمية، أي سماع

الأطراف عن بُعد.

6. ونقترح على الفيفا والاتحادات الأعضاء عن طريق اتحادنا الوطني بأن لا تستخدم مصطلح الهيئات القضائية، وبدلاً منها أن تستخدم الهيئات العدلية نظراً لأن صلاحيتها عدلية وليست قضائية، فهذه الأخيرة تكون مقتصرة على المحاكم الوطنية والدولية الحكومية.



المراجع

أولاً: الكتب والبحوث باللغة العربية:

1. د. آدم وهيب نداوي، المرافعات المدنية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، التوزيع المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
2. د. طارق كاظم عجيل، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد 25.
3. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، الطبعة الأولى، دار السنهوري، بغداد، العراق، 2016.
4. د. عبد الحميد عثمان الحفني، عقد احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، العدد 4، السنة 19، 1995.
5. د. علي عبد الحميد تركي، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي، دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم (48) لسنة (2011)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد تسعون.
6. د. محمد سليمان الأحمد، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2008.
7. د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2017.
8. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية (أفكار وآراء في القانون المدني)، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السلمانية، العراق، 2009.
9. د. مصطفى ناطق صالح مطلوب، العراق وتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 2، المجلد 2 العدد 4، الجزء 1، 2018.

ثانياً: الكتب والبحوث باللغة الأجنبية

1. Pierre Ducrey, Carlos Eduardo Ferreira, Gabriel Huerta, Kevin Talleg Marston, UEFA and Football Governance: A New Model, International Master(MA) in Management, Law and Humanities of Sports 2002/2003, centre international d'etude du sport.
2. Katarina Pijetlovic, EU Sports Law and Breakaway Leagues in

Football, Asser International Sports Law Series, The Hague, The Netherlands, Springer.

3. Deborah Healey, Sport and the law, third edition, Published by University of New South Wales Press Ltd, Sydney, Australia, 2005.

4. FIFA Commentary on the RSTP, Chapter IX,

ثالثاً: قرارات الفيفا والقرارات القضائية

1. the Swiss Federal Tribunal(SFT) decision(ATF 118 II 353, para. 3c.) about appeal of the First Civil Court, Judgment of the First Civil Court of June 23, 1992 in the case of Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA against M. and Arbitral Tribunal(public law remedy)

2. CAS 2014/A/3690 Wisla Krakow S.A. v. Tsvetan Genkov

3. CAS 2016 A 4568 Wisla Krakow v. Milan Jovanic & FIFA

4. CAS 2017/A/5111 Debreceni Vasutas Sport Club(DV.C) v. Nenad Novakovic.

5. CAS decisions about these cases; CAS 2015/A/3896 Elias Trindade v. Atletico de Madrid.

6. CAS 2019/A/6621 Club Atlético Osasuna v. Alvaro Fernández Llorente and AS Monaco FC.

7. CAS decisions; CAS 2015/A/3896 Elias Trindade v. Atlético de Madrid.

8. CAS 2019/A/6621 Club O v. Player X & Club M.

9. FIFA circular no.1576 at 10 march 2017 concerns to Limited minor exemption.

10. FIFA circular no. 1587 at 13 June 2017 concerns to international transfers of professional minor plyers.

رابعاً: الدساتير والقوانين واللوائح الرياضية

1. الدستور العراقي لسنة(2005).

2. القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة(1951) المعدل.

3. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة(1969) المعدل.

4. قانون العمل العراقي رقم(37) لسنة(2015).

5. قانون الاتحادات الرياضية الوطنية العراقي رقم(24) لسنة(2021).

6. القانون المدني السويسري الصادر في(1907)

7. قانون المرافعات المدنية السويسري رقم(AS 2010 1739) الصادر عام(2008)

المعدل

8. القانون الدولي الخاص السويسري الاتحادي الصادر في(18 ديسمبر 1987)

المعدل في(1 يوليو 2022).

9. النظام الداخلي للاتحاد العراقي لكرة القدم 2021.

10. FIFA statutes 2022.

11. UEFA statutes

12. CONFEDERAÇÃO SUL-AMERICANA DE FUTEBOL statutes.

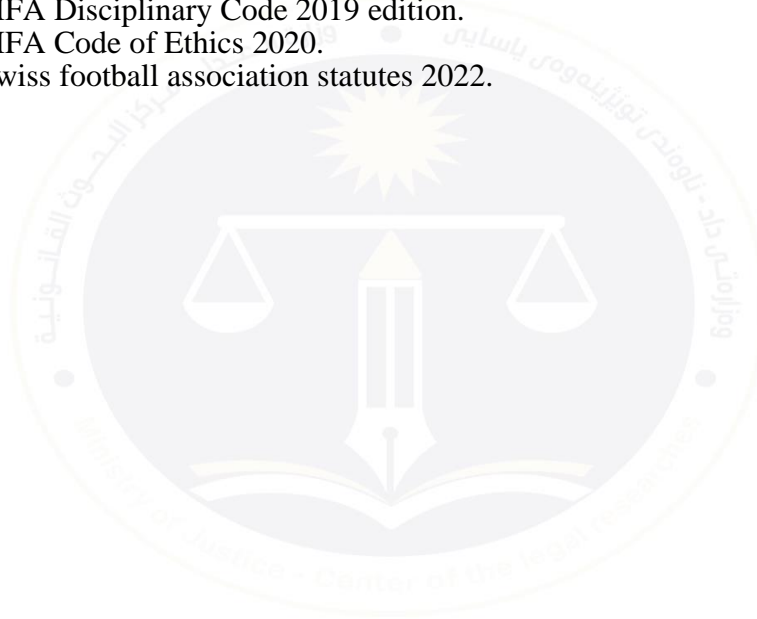
13. FIFA Governance Regulations(FGR).

14. FIFA Procedural Rules Governing the Football Tribunal Edition October 2022.

15. FIFA Disciplinary Code 2019 edition.

16. FIFA Code of Ethics 2020.

17. Swiss football association statutes 2022.



الملخص

نظراً للتغيرات التي طرأت على طبيعة ممارسة كرة القدم وتحولها من الهواية والتسلية إلى الاحتراف، انخرطت فيها المعاملات المالية منها ما يتعلق بعقود اللاعبين، وآخر بعقود بيع حق البث التلفزيوني، والتعويض عن تدريب اللاعب، وعقود الرعاية وغيرها. فهذه الأمور أدت إلى ظهور مصالح متعارضة بين الأطراف المعنية مما أدى إلى ميلاد أنظمة قانونية متطورة على يد الفيفا لتغطية الجوانب القانونية والتنظيمية لإدارة الشؤون المختلفة لكرة القدم. وبما أن الفيفا جمعية غير ربحية ذات صفة دائمية فعليها أن تحدد بوضوح غايتها والحقوق والالتزامات والواجبات لأعضائها ضمن لوائحها الرياضية تجنباً للنزاعات المحتملة، ومن أجل تحقيق هذه الغاية وضعت الفيفا اللوائح الرياضية المختلفة المتضمنة على القواعد القانونية لكل أمر على حدة، وتختص بعض القواعد القانونية بتعيين الأوضاع القانونية للأطراف المعنية والتي تتمثل في القواعد القانونية الموضوعية، فمنها ما يتعلق بالوضع القانوني للاعب تجاه ناديه الرياضي وبالعكس، وآخر يتعلق بتنظيم وضع الاتحاد الوطني والأندية الرياضية والاتحادات الكونفدرالية تجاه الفيفا وبالعكس، فضلاً عن بعضها البعض. وبعض آخر من القواعد القانونية تختص بالجوانب الإجرائية أمام الهيئات العدلية للفيفا. وتمنح هذه القواعد صلاحية فض المنازعات المتعلقة بكرة القدم والمعاملات المالية المرتبطة بها إلى هيئات الفيفا العدلية بدلاً من اللجوء إلى المحاكم الوطنية. ونظراً لكثرة هذه القواعد وعدم إمكان تغطيتها بأكملها في هذا البحث فقد اقتصرنا في البحث على القواعد الإجرائية الخاصة بفض المنازعات لدى هيئات الفيفا العدلية، فضلاً عن المنبع القانوني لولاية العدلية لهيئات الفيفا.

پوخته

بەلەچا و گرتنی ئەو گۆرانکار یانەیی بەسەر سروسشتی پیاوێ کردنی تۆپی پێدا هات لە نازە و مەندێهوە بۆ پێشەگەری مامەلە داراییەکان خۆیان خزانده ناو تۆپی پێه، لەوانە گریبەستەکانی یاریزانان، و گریبەستەکانی فرۆشتنی مافی پەخشی تەلەفیزیۆنی، و قەرەبو کردنەوه لەپای رَاهینانی یاریزانان، و گریبەستەکانی سپۆنسرەری .. هتد. ئەمەش بوە هۆی دەرکەوتنی بەرژەوهەندییە دژیەکان لەنێوان لایەنە پەپوهەندیارەکان ئەمەش بوە هۆی لەدایک بونی سیستەمیکی یاسایی پێشکەوتوو لەسەر دەستی فیفا بۆ کەفەرکردنی لایەنە یاساییەکان و رێکخستەکان لەبەر پێوەبردنی کاروبارە جیاوازەکانی تۆپی پێ. بەهۆی ئەوهی فیفا کۆمەڵەیهکی قازانج نەویستە و هەمیشە پێویستە لەسەر بەشپۆهیهکی رۆون ئامانجەکی دیاریبکات و ماف و پابەندیەکانی ئەندامانی دیاری بکات بە تیانوسی وەرزشی بۆخۆ بەدوورگرتن لە دروستبونی ناکۆکیە چاوەروانکارەکان، بۆ ئەم مەبەستە فیفا تیانوسی وەرزشی جیاوازی دانان کەریسای یاسایی بۆ هەر بابەتێک لەخۆدەگرن، بەشپۆهیهکی هەندیک لەو رێسایانە پەپوهستن بە دیاریکردنی پێگەیی یاسایی لایەنە پەپوهەندیارەکان کە ئەمانیش خۆیان دەبینەوه لە رێسا یاساییە بابەتیەکان لەوانە پێگەیی یاریزان بەرامبەر یانە وەرزشیەکی و بەپێچەوانەوه، و پێگەیی یەکیەتیە نیشتمانیەکانی تۆپی پێ بەرامبەر بە یانەکان و پێگەیی یەکیەتیە کیشومرەیهکان بەرامبەر فیفا، و پەپوهەندی هەریەک لەمانە بەرامبەر یەکتەری. و هەند رێسای تر پەپوهستن بە لایەنی روالەتی لەبەردەم دەستە دادیەکانی فیفا، ئەم رێسایانە دەستەلاتی یەکلەکردنەوهی کیشەکانی پەپوهست بە تۆپی پێ، و مامەلە داراییەکانی پەپوهست بە تۆپی پێ دەبەخشن بە دەستە دادیەکانی فیفا لەجیاتی چۆنە بەردەم دادگا نیشتمانیەکان. بەهۆی زۆری ئەم رێسایانەش و نەتوانینی کەفەرکردنیان لەیهک تویژینەوه، تویژینەوه کەمان کورت کردۆتەوه لەسەر رێسا روالەتیەکانی پەپوهست بە یەکلەکردنەوهی کیشەکان لە لایەن دەستە دادیەکانی فیفا، سەرەرای لەخۆگرتنی سەرچاوهی یاسای و لایەتی دادی دەستەکانی فیفا.

Abstract

Due to the changes that have occurred in the nature of the practice of football from hobby and entertainment to professionalism, financial transactions have been involved, including those related to player contracts, and another to contracts for the sale of television broadcasting rights, compensation for player training, sponsorship contracts and others. These have led to the emergence of conflicting interests between the parties involved, leading to the birth of legal systems adapted by FIFA to cover the legal and regulatory aspects of the management of various affairs of football. Since FIFA is a non-profit association with a permanent character, it must clearly define its purpose and the rights, obligations and duties of its members within its sports regulations in order to avoid possible disputes, and to this end FIFA has developed the various sports regulations containing the legal rules for each individual order, and some legal rules concern the designation of legal centers of the parties concerned, which are represented in the substantive legal rules, including those relating to the legal status of the player towards his sports club and vice versa, and another related to the organization of the center of the National Federation and sports clubs. Confederation federations towards FIFA and vice versa as well as each other for each other. Some other of the legal rules concern procedural aspects before FIFA's judicial bodies. These rules give the power to resolve disputes related to football and related financial transactions to FIFA's judicial bodies rather than to national courts. In view of the large number of these rules and the inability to cover them by completing this research, we have limited our research to the rules of procedure for the settlement of disputes with the judicial bodies of FIFA, as well as the legal source of the jurisdiction of the judicial bodies of FIFA.



الانحراف التشريعي في الدساتير الفيدرالية^(*)

دراسة في القانون الأساسي الألماني 1949

الأستاذ الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار^(**)

كلية العلوم السياسية - جامعة صلاح الدين - أربيل

المدرسة به ريز عبدالله علي^(***)

كلية القانون/ جامعة السليمانية

لادان له يا سادانان له ده ستوره فيدراليه كان

تويژينه وه له ياساي بنه ره ته له لمانى 1949

پروفيسور دكتور شيرزاد نهحمده نهامين نهجار

كوليجى زانسته سياسيه كان - زانكوى سه لاحدين - ههولير

ماموستا بهريز عهبدوللا على

كوليجى ياسا/ زانكوى سليمانى

**Legislative deviation in federal constitutions: a study of the
German Basic Law 1949**

Professor Dr. Sherzad Ahmed Amin Al-Najjar

College of Political Science - Salahaddin University - Erbil

Barez Abdullah Ali

University of Sulaymaniyah - College of Law

تاريخ قبول النشر: 2022/9/19.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/8/14.

(**) ameensherzad@yahoo.com

(***) barez.ali@univsul.edu.iq



الانحراف التشريعي في الدساتير الفيدرالية دراسة في القانون الأساسي الألماني 1949

الأستاذ الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار

كلية العلوم السياسية - جامعة صلاح الدين - أربيل

به ريز عبدالله علي

كلية القانون/ جامعة السليمانية

الكلمات المفتاحية:

الانحراف التشريعي، القانون الأساسي الألماني لعام 1949، الدساتير الفيدرالية، الإصلاح الفيدرالي.

كليه ووشه:

لادان له ياسادانان، ياساي بنهرتي نهلأمانيا بؤ سألئ 1949، دهستوره فيدرأيهكان، چاكسازئ فيدرألئ.

key words: legislative deviation, the German Basic Law of 1949, federal constitutions, federal reform.

المقدمة

الدستور هو أن القاعدة العليا في الدولة حيث يترتب عليه ضرورة احترامه من قبل الجميع، هذا الاحترام مرتبط بمبدأ تدرج القوانين الذي يقتضي خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، مما يستوجب على كل من المشرع والحكومة أثناء قيامهم بأعمالهم أن يتقيدوا بالقواعد الدستورية ومطابقتهم لها، إذا كان الدستور هو الذي أقر واعترف للمشرع بسلطة التشريع، فإن هذا الأخير بدوره ملزم باحترام ما جاء به الدستور، باعتباره القانون الأسمى في الدولة وفقاً لمبدأ سمو الدستور. إن هذا الأمر يكون حتى وإن كان اختصاص المشرع تقديرياً وهو الأصل، إذ أنه ملزم بتحقيق الصالح العام وعدم الخروج عنه وإذا تحقق عكس ذلك نكون أمام عيب الانحراف التشريعي.

وفيما يتعلق الأمر بـ ألمانيا الاتحادية، فإن نقطة البداية في موضوع الانحراف لتشريعي

هي في نص المادة 72 الفقرة 3، وهي المادة التي طرأت عليها التغييرات في الاختصاصات التشريعية نتيجة للإصلاح الفيدرالي الألماني 2006. إن مثل هذه التغييرات في توزيع الاختصاصات هي تغييرات مؤسسية، ولذلك من المتوقع أن تحدث تغييرات في مخرجات السياسة. من منظور الخيار العقلاني المؤسسي، يؤدي تغيير المؤسسات إلى إعادة تقييم الخيارات الاستراتيجية وبالتالي، إذا لزم الأمر، تغيير في تصرفات الجهات الفاعلة. وبالتالي، يتم تقديم كفاءة الانحراف على أنها نظام مؤسسي متغير يمنح الولايات خيارات جديدة وبالتالي يسمح لها، ولكنه يتطلب منها أيضاً، بمراجعة استراتيجياتهم السابقة⁽¹⁾.

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذه الدراسة في أنها تعالج موضوع حيوي وهام وهو موضوع الانحراف التشريعي الذي يعد من أخطر العيوب التي تصيب التشريع، فهو عيب خفي ومستتر، وهو عيب احتياطي لأنه يتعلق بركن الغاية، ولكن في ألمانيا الوضع ليس هكذا بالتمام، بل يُعد الانحراف التشريعي أحدث ابتكار رئيسي في القانون الدستوري الألماني، حيث يحق للولايات ويُسمح لها بالانحراف عن القوانين الاتحادية التي تم سنّها في بعض الأمور التي حددتها الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي، حيث وفقاً للصياغة الدستورية، تُمنح الولايات الحق في الانحراف بطرق مختلفة، في أن تُنظّم الأمر من خلال قوانين الولاية. ومن هنا تتجلى أهمية البحث هذا لكونه يوضح أنه من الممكن أن تصبح مسألة الانحراف التشريعي مسألة دستورية اعتيادية في الدول الفيدرالية يمكن اللجوء إليه من قبل الولايات عند الحاجة كما هو الحال في ألمانيا.

إشكالية البحث:

إن الفكرة الدستورية المثبتة في القانون الأساسي الألماني لعام 1949 والمتمثلة في إعطاء حق للولايات في أن تنحرف في بعض المواضيع المحددة في النصوص الدستورية، جاءت نتيجة تطورات سياسية فكرية دستورية في ألمانيا منذ القرن السابع عشر وعلى الأخص منذ دستور فايمار الألمانية 1919، ولكن مثل هذه التطورات هي مفقودة أصلاً في

(1) Annette Elisabeth Töller und Roßegger, op.Cit. Annette Elisabeth Töller und Ulf Roßegger, Auswirkungen der Abweichungskompetenz der Länder Methodische Überlegungen und erste Resultate am Beispiel des Naturschutzrechts, in: Z Vgl Polit Wiss. <https://doi.org/10.1007/s12286-018-0400-2> (13.06.2022), p.8

دول فيدرالية أخرى (حتى في الولايات المتحدة الأميركية والاتحاد السويسري) وبالتالي فإن نقل التجربة الألمانية إلى الدول الأخرى مسألة معقدة ويحتاج إلى تغييرات فكرية وسياسية.

إذن، لم يكن الانحراف التشريعي في الدول الفيدرالية من المواضيع التي جلبت اهتمام الباحثين، ولكن عندما تطرق القانون الأساسي الألماني 1949 إلى الموضوع في نصوص دستورية لغرض حل النزاعات ما بين طرفي الفيدرالية (السلطة الاتحادية وسلطات الولايات)، أصبح موضوع الانحراف التشريعي في الدولة الفيدرالية من المواضيع المهمة والمعقدة وجب الاهتمام به بعمق وأصبح في نفس الوقت يمثل إشكالية في الدولة الفيدرالية من حيث تنظيم الموضوع وتحديد إطاره وكيفية تطبيقه.

عليه، يمكن صياغة الإشكالية بالشكل الآتي:

هل الانحراف التشريعي (غير المنظم دستورياً) في الدولة الفيدرالية يمكن أن يؤدي إلى إثارة نزاعات وصراعات ما بين السلطة الفيدرالية وسلطات الولايات وأن تنظيم الانحراف التشريعي دستورياً في إطار دستوري محدد يمكن أن يمنع حدوث النزاعات بين مستوي الحكم في الدولة الفيدرالية؟

وهناك أيضاً أسئلة لم يتم الردُّ عليها بشكل واضح في الأبحاث حول الفيدرالية الألمانية، وهذه الأسئلة تهتم بسلطة الانحراف ومن أهم هذه الأسئلة: هل للولايات الحق في تشريع قوانين تدور حول سلطة الانحراف التي تُكرر صياغة القانون الفيدرالي ذي الصلة؟ هل من الممكن أن يكون تكرار القوانين الاتحادية (حق الانحراف) كما ورد في المادة 72 الفقرة 3 من القانون الأساسي هو فقط لسبب أنّ الهيئة التشريعية الإقليمية من خلال سن قانون إقليمي توضح أنها تطالب بالاختصاص التشريعي؟ سنحاول في دراستنا هذه دراسة هذه الإشكالية وبيان سبل حلها.

منهجية البحث:

بما أن الإطار العلمي لموضوع دراستنا هو بالتحديد حول الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني ولغرض الإجابة على التساؤلات وغيرها في سياق البحث، كان من الضروري الاستعانة بأكثر من منهج علمي ك المنهج التحليلي (تحليل النصوص الدستورية) والوصفي في هذا البحث.

هيكلية البحث

لغرض دراسة الموضوع، توزعت هيكلية البحث على مقدمة ومبحثين: حيث درسنا في المبحث الأول (الانحراف التشريعي) من خلال تقسيمه على مطلبين، حيث تناولنا في المطلب الأول (ماهية الانحراف التشريعي)، في المطلب الثاني تناولنا (معايير الانحراف التشريعي) وثم خصصنا المبحث الثاني لدراسة (الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949) من خلال تقسيمه على مطلبين، حيث في المطلب الأول تناولنا بالدراسة (الإطار العام لحالة الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949) وفي المطلب الثاني قدمنا (تقييم حالة الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949).



المبحث الأول الانحراف التشريعي

في حال امتناع المشرع عن تنظيم موضوع معين أو إغفال تنظيم أحد جوانبه يعد انحرافاً عن الحدود التي كان يتعين أن يلتزمها المشرع في مباشرة سلطته، لأنه سيفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ووظائفها كما وينحرف عن إشباع مصلحة عامة لها اعتبارها لأنه الضمان لحمل السلطة التشريعية على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها⁽¹⁾، حيث في هذا المبحث سنتناول موضوع الانحراف التشريعي وذلك في مطلبين هما: المطلب الأول سوف نبحث في ماهية الانحراف التشريعي ثم نبحث في المطلب الثاني: الإطار العام المفهوم للانحراف التشريعي الألماني.

المطلب الأول ماهية الانحراف التشريعي

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الانحراف التشريعي وسوف نطرق إليها من خلال الفرعين كالتالي:

الفرع الأول تعريف الانحراف التشريعي

يرى الفقيه القانوني المصري البارز الدكتور عبدالرزاق السنهوري أن الانحراف في مجال القانون الدستوري يتمثل بالعيب الذي يصيب ركن الغاية وهو ما يعرف بنظرية " الانحراف في استعمال السلطة التشريعية " التي تؤكد بأن الانحراف هو "استعمال السلطة التقديرية، لتحقيق غرض غير معرف له به"⁽²⁾.

(1) د. حيدر محمد حسن، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، في مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، العدد الرابع، السنة السابعة، العراق، 2015، ص 553.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، 1952، ص 65.

وفي رأي الفقيه الدكتور يحيى الجمل إن الانحراف يظهر عندما يستهدف المشرع العادي تحقيق مصلحة معينة (سواء أكانت مصلحة فرد معين أو مصلحة حزب من الأحزاب أو مصالح مجموعة من الأشخاص) لا تتعلق بتحقيق المصلحة العامة. إن التشريع في كل هذه الحالات ينطوي على انحراف بالسلطة التشريعية لغير ما أقامها الدستور⁽¹⁾. الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر يحدد الانحراف بأنه " عيب الانحراف بالسلطة تمثل استعمال السلطة سلطتها لتحقيق أهداف غير المحددة لها، سواء كان ذلك بحسن نية أو بسوء نية"⁽²⁾، وهذا يعني أن الانحراف يتحقق حتى ولو كانت بحسن نية.

وعليه، فإن الانحراف التشريعي يعني خروج السلطة التشريعية في عملية التشريع وسن القوانين عن الدستور وروحه ومخالفة مبادئه الأصلية بقصد تحقيق مصالح مختلفة لأفراد وجماعات أو مصالح أحزاب سياسية.⁽³⁾ ويمكن أن يتحقق الانحراف التشريعي كذلك " في الشؤون المالية والاقتصادية في تشريع القوانين التي تمنح امتيازات مالية كالرواتب والحقوق التقاعدية والسلف والقروض والعقارات لأعضاء السلطة التشريعية مُبالغ فيها وغير مبررة، أو تشريع قوانين مالية وضريبية تمنح إعفاءات ضريبية ذات صلة الشركات التابعة الأحزاب المتنفذة في السلطة، أو تجاوز السلطة التشريعية لتنظيمها للأموال المالية والضريبية لتحقيق غايات لا تمت للمصلحة العامة بصلة أو الغايات الواجب مراعاتها في سن التشريعات."⁽⁴⁾ وهكذا فإن الانحراف التشريعي هو " تعبير قانوني لسلوك إيجابي أو سلبي"⁽⁵⁾.

إن عيب الانحراف يظهر عندما تستخدم السلطة التشريعية سلطتها التقديرية في إطار مراعاة الشكليات الدستورية والعمل على موافقتها مع اختصاصاتها، ولكن هذه الموائمة لا تكون لصالح الشعب وإنما تستخدم لمصالح شخصية أو فئوية أو حالات أخرى، أي أن

(1) د. يحيى الجمل، القضاء الدستورية في مصر دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 ص ص 207-208

(2) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 275.

(3) د. عثمان سلمان غيلان العبودي وعدنان فاضل بارة الحسنوي، فرضية عيب الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء والنظرية والتطبيق، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 19، العدد 2، 2017، ص ص 54-87 (الإشارة هنا إلى ص 63).

(4) نفس المصدر أعلاه ونفس الصفحة

(5) نفس المصدر أعلاه ونفس الصفحة

السلطة التشريعية تستخدم سلطاتها التقديرية لتحقيق أهداف وغايات مغايرة للأهداف التي من أجلها منحت هذه الصلاحيات لها التي حددها الدستور.

ويخضع الانحراف التشريعي لولاية القضاء المختص كونها يتضمن مخالفة لأحكام الدستور وانتهاك للمشروعية، ولكن يصعب إثباته لأنه امر استنباطي وتقديري ولذلك تكون المحكمة المختصة معنية بالكشف عن كشف النية الكامنة وراء هذا الانحراف التشريعي وتحليل خلفية نصوص القانون لكشف الحقيقة أو قد تفصح المناقشات التي دارت بمناسبة تشريعه من لدن السلطة التشريعية⁽¹⁾. وبذلك يظهر عيب الانحراف التشريعي عندما يتجه المشرع من وراء سلطته التقديرية في التشريع لتحقيق غاية مخالفة لروح ومبادئ الدستور، وكما أن الانحراف التشريعي ينصب على ركن الغاية حيث يسعى المشرع إلى تحقيق غايات ذاتية شخصية تخالف المصلحة العامة وحمايه مقاصد الدستور وهذا يعني أنه يسعى إلى تحقيق مصلحة ذاتية وممارسة نشاط محظور وهذا يتعارض مع أساس وجود الدولة ومؤسساتها لتحقيق المصلحة العامة التي تشكل الأساس الفلسفي لمنح المشرع السلطة في إصدار القوانين والذي يجرده عمله من كل قيمة قانونية، فالمشرع عندما يصدر تشريعاً ما يجب عليه أن يهدف دائماً لتحقيق المصلحة العامة، وإلا يعتبر تشريعه باطلاً.

الفرع الثاني

معايير الانحراف التشريعي

اختلف الفقهاء حول المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لتحديد الانحراف التشريعي، حيث اتجه جانب من الفقهاء إلى الاعتماد على المعيار الموضوعي، في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى الاعتماد على المعيار الذاتي وبالمقابل هناك اتجاه يناهز بـ (المعيار المزدوج) يجمع بين المعيارين الموضوعي والذاتي:

1- المعيار الموضوعي في تحديد الانحراف التشريعي: يتجه البعض من الفقهاء ومنهم الفقيه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد الانحراف التشريعي، على أساس أن المصلحة العامة يجب أن تكون الأساس

(1) مريم ماجد حمد صالح، اثر القصور الدستوري على حماية حقوق الإنسان، رسالة الدبلوم العالي في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد 2018، ص ص 17-18.

الذي على المشرع أن يلتزم بها عند ممارسة اختصاصاته التشريعية وبعبكسه (أي في حالة عدم تحقيق تحقق المصلحة العامة عند إصدار التشريع) فسكون أمام حالة الانحراف التشريعي أسوة بمعيار إساءة استعمال السلطة الإدارية هو أمر لا يمكن التسليم به بالنسبة للانحراف التشريعي. ويشير أيضاً إلى أن المعيار المستخدم في هذه الحالة هو ذو شقين ذاتي وموضوعي، فالشق الذاتي يتعلق بالتعرف على نوايا وغايات المشرع التي يسعى إلى تحقيقها بإصدار تشريع معين، أما الشق الموضوعي فيتمثل في المصلحة العامة التي يجب على المشرع أن يسعى إليها ويحققها دائماً في تشريعاته وبذلك فإن الفقيه السنهوري يقر بالمعيار الموضوعي يُخرج منه كل عنصر ذاتي الذي يمثل النوايا والاعراض الذاتية للمشرع، حيث أنه إذا كان هذا الأمر مقبولاً لرجل الإدارة الذي قد يسعى إلى تحقيق غايات شخصية كالانتقام وتحقيق نفع شخصي، فإن هذا الأمر لا يمكن قبوله بالنسبة للمشرع⁽¹⁾، وبالتالي فإنه ليس من المستساغ أن ينسب للهيئة التشريعية غايات ذاتية وشخصية. وعليه، فإن المعيار الموضوعي يستند على أدلة مادية تكشف عن الانحراف عن طريق تقدير وتقييم متكامل لجميع الوثائق والمستمسكات التي ترافق عملية إعداد التشريع المطعون به بعدم الدستورية للانحراف فضلاً عن التقارير التي تقدمها اللجان البرلمانية بخصوص ذلك⁽²⁾.

2- المعيار الذاتي في تحديد الانحراف التشريعي:

وفق هذا المعيار فإن الانحراف في التشريع يقتضي البحث عن النية الحقيقية للمشرع للوصول إلى حقيقة الاغراض والأهداف المتوخاة من التشريع لأن المشرع لا يعلن الا عن الأسباب المشروعة ويخفي الهدف الحقيقي والغاية المشوذة من وراء التدخل التشريعي. في هذه الحالة يجب البحث عن النية الحقيقية الباطنة حول عملية التشريع من خلال الأعمال التحضيرية والمناقشات البرلمانية والمذكرات الإيضاحية ووقائع أخرى

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 68 وما بعدها؛ د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري والأنظمة الدستورية، ط1، دار الفكر العربي، 1993، ص 197 وما بعدها؛ د. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، ص 273.

(2) د. شورش حسن عمر، محاضرات عن (الانحراف التشريعي)، القيت على طلبة الدراسات العليا (دكتوراه) كلية القانون والسياسة، قسم القانون العام، جامعة السليمانية، 2019-2020.

للوصول إلى معرفة الحقيقة الكامنة من إصدار تشريع معين.⁽¹⁾

3- المعيار المزدوج في تحديد الانحراف التشريعي:

يذهب هذا الاتجاه الذي يأخذ بـ (المعيار المزدوج) إلى القول بأن أي تشريع يجب أن يصدر مراعيًا ومستوفيًا للشروط الشكلية والموضوعية لسن وتشريع القانون، وأن يكون ملائمًا مع روح وفحوى النصوص الدستورية وما استهدفتها من مقاصد وغايات، وبعبارة أخرى يعتبر التشريع الصادر مخالفة للغايات والمقاصد الأصلية والحقيقية للتشريع، وبالتالي سيظهر عيب في التشريع والذي سيُسمى بـ (عيب الانحراف التشريعي). هذا العيب يتعلق بالغايات من التشريعات التي هي أصلًا تتعلق بتحقيق المصلحة العامة، وهذه الغاية يحددها الدستور (وقد يحدد الدستور أيضًا غاية معينة محددة لإصدار البعض من التشريعات الخاصة). إن المشرع عندما يخالف في تشريعه المصلحة العامة وينحرف عنها إلى غاية أخرى، فإن التشريع يعتبر باطلاً⁽²⁾.

ومن جانبنا نرى بأنه هناك مسوغات عديدة فيما يتعلق بالمعيار الموضوعي والذاتي وأن الجمع بين المعيارين من خلال تحقيق الجانب الموضوعي المتمثل بالمصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً في سن تشريعاته، وكذلك تحقيق الجانب الذاتي من خلال التعرف على الأغراض والنوايا الذاتية الذي قصد المشرع إلى تحقيقه.

المطلب الثاني

الإطار العام المفهوم للانحراف التشريعي الألماني

مبدأ الانحراف التشريعي نص عليه في القانون الأساسي الألماني في المادة 72 الفقرة 3 حيث يمكن للولايات الاتحادية أن " تنحرف تشريعياً " وتُشرع قوانين لها بدلاً عن القوانين الاتحادية. هذه الحالة تظهر عندما لا تعمل السلطة الاتحادية على تنفيذ مهماتها الواردة في المادة المذكورة. هذا التوجه الخاص بالقانون الألماني يثير تساؤلاً حول المفهوم الألماني الخاص للانحراف التشريعي، ما هو هذا المفهوم؟

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية-دراسة تطبيقية في مصر، ط1، ج1، دار الكتب المصرية، 2006، ص228-229؛ د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص696-689.

(2) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، نفس المصدر السابق، ص73.

مع الإصلاح الفيدرالي الأول لعام 2006 (التعديل الدستوري المهم للقانون الأساسي الألماني)⁽¹⁾، أقر حق الولايات في الانحراف عن التشريعات التنافسية، ووضع مبادئ ومتطلبات الحق الجديد في الانحراف، وكان من المفترض أن يلبي هذا التعديل الدستوري التوقعات الموضوعية فيه، لا سيما فيما يتعلق بتحسين التفاعل بين الحكومة الفيدرالية وحكومات الولايات وتنفيذ أكثر سلاسة للمتطلبات القانونية الأوروبية. إذن، أدى الإصلاح الفيدرالي الألماني لعام 2006 إلى تغييرات مهمة في القانون الأساسي الألماني وبالتالي في هيكلية النظام الاتحادي في ألمانيا، وكان من بين أهم تلك التغييرات تغيير المادة 72 من القانون الأساسي تغييراً جذرياً.⁽²⁾ وفق الصيغة الجديدة للمادة 72

(1) الإصلاح الفيدرالي الألماني لعام 2006: هو الإصلاح الفيدرالي الذي دخل حيز التنفيذ في 1 سبتمبر 2006 أعاد هيكلية المسؤوليات التشريعية للحكومة الفيدرالية وحكومات الولايات، ويهدف بشكل أساسي إلى تحقيق الأهداف التالية:

تعزيز خيارات التصميم للحكومات الفيدرالية وحكومات الولايات، توزيع المسؤوليات السياسية بشكل أوضح، تخفيض القوانين الاتحادية التي تتطلب الموافقة. هذا من شأنه أن يقلل من احتمالات الحجب من قبل المجلس الاتحادي، تعزيز مكانة جمهورية ألمانيا الاتحادية في الاتحاد الأوروبي من خلال تحسين ملاءمة القانون الأساسي لأوروبا.

https:

//www.bundestag.de/parlament/aufgaben/gesetzgebung_neu/gesetzgebung/bundesstaatspri
nzip-255460 13/6/2022

(2) أدناه النص القديم والنص الجديد لمادة 72 من القانون الأساسي الألماني

النص القديم للمادة 72

1- في المجالات التي يكون فيها التشريع تنافسياً، يحق للولايات صلاحية التشريع، طالما وإلى المدى الذي لم يمارس الاتحاد فيه صلاحياته التشريعية بموجب القانون.

2- للاتحاد حق التشريع في هذا المجال، إذا كان، وإلى الحد الذي يجعل العمل في سبيل التوصل إلى ظروف حياتية متكافئة في مناطق الاتحاد، أو يجعل الحفاظ على الوحدة القانونية والاقتصادية في مصلحة شمولية للدولة يقتضي إصدار تشريعات اتحادية ناظمة له.

3- يمكن الإقرار، من خلال قانون اتحادي، بأن التنظيمات القانونية الاتحادية، التي لم تعد ضرورة وجودها قائمة حسب مفهوم الفقرة 2، يمكن الاستعاضة عنها بتشريعات الولايات

النص الجديد المادة 72

المادة 72 [السلطة التشريعية المشتركة]

1 - تتمتع الولايات بسلطة التشريع في الشؤون التي تندرج ضمن اختصاص السلطة التشريعية المشتركة، إن لم يمارس الاتحاد فيها، بموجب قانون، سلطته التشريعية، وبالقدر الذي لم يمارس

←

استفادات السلطة الاتحادية من هذا التغيير (المتمثل بـ تقليص مواضيع التشريعات المنافسة الواردة في المادة (74) من القانون الأساسي)⁽¹⁾ وذلك باستخدام صلاحياتها التشريعية الواردة في المادة (74) الفقرة (1)⁽²⁾ في إصدار التشريعات الاتحادية اللازمة، وفي نفس الوقت

←

فيه هذا الاختصاص.

2- يكون للاتحاد حق التشريع في المجالات الواردة في البنود 4 و 7 و 11 و 13 و 15 و 19 و 20 و 22 و 25 و 26 من الفقرة (1) من المادة 74، إذا كان العمل على توفير ظروف معيشية متكافئة في الإقليم الاتحادي، أو الحفاظ على

الوحدة القانونية والاقتصادية لمصلحة الاتحاد عامة، يستلزم إصدار قاعدة قانونية اتحادية ضرورية للمصلحة الوطنية، وبالقدر الذي يستلزمه ذلك.

3 - إذا مارس الاتحاد سلطته التشريعية، يجوز للولايات، بموجب قانون، أن تصدر قوانين تتنافى مع هذا التشريع وتعلق بالمجالات التالية: 1. شؤون الصيد (باستثناء حق الحصول على رخصة ممارسة الصيد)؛ 2. حماية الطبيعة وإدارة المناظر الطبيعية (باستثناء المبادئ العامة المتعلقة بحماية الطبيعة، وقانون حماية الأنواع النباتية والحيوانية، وقانون حماية البيئة البحرية)؛ 3. توزيع الأراضي؛ 4. التخطيط الإقليمي؛ 5. إدارة موارد المياه (باستثناء اللوائح المتعلقة بالمواد أو المرافق)؛ 6. القبول في مؤسسات التعليم العالي ومتطلبات التخرج في هذه المؤسسات. تصبح القوانين الاتحادية في هذه المجالات سارية المفعول بعد ستة أشهر على الأقل من تاريخ إعلانها، إن لم يرد غي ذلك وبموافقة البوندسرات. وبالنسبة للعلاقة بين القانون الاتحادي وقانون الولايات، يسود آخر قانون جرى سنه فيما يختص بالشؤون التي تدرج في نطاق الجملة الأولى.

4 - يجوز أن ينص قانون اتحادي على أن التشريعات الاتحادية التي لم تعد ضرورية بالمعنى المقصود في الفقرة (2) من هذه المادة يجوز الاستعاضة عنها بقانون الولايات.

(1) Roland Sturm, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern bei der Gesetzgebung, 2009, auf der Webseit: <https://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-demokratie/39356/kompetenzverteilung>

(2) نص المادة 74 الفقرة 1 من القانون الأساسي الألماني

-المادة 74 [الشؤون المتعلقة بالسلطة التشريعية المشتركة]

1. تشمل السلطة التشريعية المشتركة المجالات التالية: 1. القانون المدني، والقانون الجنائي، وتنظيم المحاكم واختصاصاتها، والمحاكمات (باستثناء قانون تنفيذ الحبس الاحتياطي)، والمحاماة، وكتاب العدل، والاستشارات القانونية؛ 2. تسجيل حالات الولادة، والوفاة، والزواج؛ 3. قانون الجمعيات؛ 4. قانون الإقامة والاستيطان بالنسبة للأجانب؛ 4أ. (ملغي)؛ 5. (ملغي)؛ 6. شؤون اللاجئين والمُهجّرين؛ 7. الرفاه العام (باستثناء قانون بيوت الرعاية الاجتماعية)؛ 8. (ملغي)؛ 9. أضرار الحروب والتعويضات الخاصة بها؛ 10. مقابر الحروب والمقابر المخصصة لضحايا الحرب الآخرين،

←

←

وضحايا الحكم الاستبدادي؛ 11. التشريعات الخاصة بالاقتصاد (المناجم والتعدين، والصناعات، واقتصاد الطاقة، والحرف اليدوية، والحرف الصناعية، والتجارة، والبنوك وشؤون البورصة، والتأمين الخاص) باستثناء قانون إغلاق المحلات التجارية، والمطاعم، وصلات ألعاب القمار، والعروض والاستعراضات الشخصية، والمعارض التجارية، والأسواق؛ 11أ. (ملغي)؛ 12. قوانين العمل، بما في ذلك القوانين الخاصة بحقوق وواجبات المستخدمين، وبحماية أماكن العمل والوساطة في التشغيل، وكذلك الضمان الاجتماعي، بما فيها التأمين ضد البطالة؛ 13. تنظيم المنح التعليمية والدراسية وتشجيع البحث العلمي؛ 14. قانون نزع الملكية، إذا اعتبر نزع الملكية من مجالات الاختصاص الواردة في المادتين 73 و74؛ 15. تحويل الأراضي، والموارد الطبيعية، ووسائل الإنتاج إلى ملكية عامة أو إلى شكل من أشكال المؤسسات الاقتصادية العامة الأخرى؛ 16. الوقاية من سوء استغلال القوة الاقتصادية؛ 17. تشجيع الإنتاج الزراعي واقتصاد الغابات (باستثناء قانون تجميع الأراضي)، وضمان كفاية الإمدادات الغذائية، واستيراد وتصدير المنتجات الزراعية ومنتجات اقتصاد الغابات، وصيد الأسماك في أعماق البحار والمياه الساحلية، وحماية السواحل البحرية؛ 18. المعاملات العقارية في مجال عمران المدن، والقانون المنظم لها (باستثناء القوانين المتعلقة برسوم حيازتها)، وقانون بدل السكن، والإعفاء من الديون، وأقساط قروض بناء المساكن، وإسكان وتوطين عمال المناجم؛ 19. إجراءات الوقاية من أمراض الإنسان والحيوان التي تشكل خطراً على الجمهور أو المعدية، ومنح الرخص لممارسة المهن الطبية وغيرها من مهن المداواة والمهن العلاجية، وكذلك القوانين الخاصة بالصيدلة والأدوية والمنتجات الطبية، والعقاقير الشافية وعقاقير التخدير والمواد السامة؛ 19أ. تأمين الجدوى الاقتصادية للمستشفيات، وتنظيم رسوم الرعاية الطبية فيها؛ 20. القوانين الخاصة بالمواد الغذائية بما في ذلك الحيوانات التي تُشكل إنتاجها، والقوانين الخاصة بالسلع الترفيهية، واللوازم الاستهلاكية والأعلاف، وحماية التعامل مع البذور والفسائل النباتية اللازمة للأراضي الزراعية والغابات، وحماية النباتات من الأمراض والحشرات الضارة وكذلك حماية الحيوانات؛ 21. النقل البحري والساحلي، وكذلك الوسائل المساعدة للملاحة، والملاحة الداخلية، والأرصاد الجوية، والطرق البحرية، والطرق المائية الداخلية التي تُستخدم في النقل العام؛ 22. حركة المرور في الشوارع، وشؤون السيارات، وإنشاء وصيانة الطرق العامة المخصصة لمواصلات المسافات البعيدة، وكذلك فرض وتوزيع رسوم وبدل استخدام السيارات على الطرق العامة؛ 23. خطوط السكك الحديدية غير الاتحادية، باستثناء السكك الحديدية الجبلية؛ 24. التخلص من النفايات، والحفاظ على نقاء الهواء، والتخفيف من حدة الضجيج (باستثناء الحماية من الضجيج المرتبطة بالنشاط البشري)؛ 25. مسؤولية الدولة؛ 26. الإنجاب بمساعدة وسائل طبية، وتحليل المعلومات الوراثية، وتعديلها، وتنظيم زراعة الأعضاء والأنسجة والخلايا؛ 27. الحقوق والواجبات القانونية لموظفي الخدمة العامة في الولايات والبلديات، والهيئات الأخرى التابعة للقانون العام،

←

أصبحت للولايات اختصاصات يمكن في إطارها إصدار التعليمات المخالفة Abweichende Regelungen في مجالات حددتها المادة 72 الفقرة 3 الجملة 1. إذن، هذه المادة تمنح الولايات صلاحية (الانحراف)، حيث يمكن لها في حالة استخدمت الحكومة الاتحادية اختصاصها التشريعي، أن تسن لوائح تنحرف عن هذا الاختصاص الاتحادي. وهذا يعني أن الحكومة الفيدرالية تتمتع بالاختصاص التشريعي، لكن في نفس الوقت للولايات سلطة الانحراف (المادة 72، الفقرة 3 من القانون الأساسي)، وهذه السلطة تمثل إحدى الابتكارات الرئيسية لإصلاح الفيدرالية لعام 2006⁽¹⁾.

من خلال تشريع الانحراف، يمكن للولايات أن تحيد عن القوانين الفيدرالية ذات الصلة في بعض الأمور التي تقع ضمن مجال الاختصاص التشريعي التنافسي بسبب إلغاء الإطار السابق لتشريعات الحكومة الاتحادية. يتأثر الصيد (بدون الحق في رخصة الصيد)، والحفاظ على الطبيعة وإدارة المناظر الطبيعية (بدون المبادئ العامة للحفاظ على الطبيعة، وقانون حماية الأنواع أو الحفاظ على الطبيعة البحرية)، وتوزيع التربة، والتخطيط المكاني، والتوازن المائي (بدون مواد أو اللوائح المتعلقة بالمنشأة) وكذلك القبول الجامعي والدرجات الجامعية⁽²⁾.

وفي العلاقة بين القانون الفيدرالي وقانون الولاية، يكون للقانون الأحدث الأسبقية (المادة 72 (3) الجملة 3 من القانون الأساسي)، حيث وفق هذه الصيغة الجديدة للمادة 72 فإن القوانين الاتحادية لم تُعد تملك تأثيرات مانعة مقيدة لصلاحيات الولايات، وبالتالي بدأت علاقة جديدة بين القوانين الاتحادية وقوانين الولايات تتمثل في عدم إعطاء الأولوية للقانون الاتحادي وبصورة مطلقة، بل ستكون الأولوية للقانون الأحدث سواءً أكان القانون

←

وكذلك بالنسبة للقضاة في الولايات، باستثناء اللوائح المهنية، والرواتب، والمعاشات؛ 28. شؤون الصيد؛ 29. حماية الطبيعة وإدارة المناظر الطبيعية؛ 30. توزيع الأراضي؛ 31. التخطيط الإقليمي؛ 32. إدارة موارد المياه؛ 33. القبول في مؤسسات التعليم العالي ومتطلبات التخرج في هذه المؤسسات.

(1) Annette Elisabeth Töller und Ulf Roßegger, Auswirkungen der Abweichungskompetenz der Länder Methodische Überlegungen und erste Resultate am Beispiel des Naturschutzrechts, in: ZVgl Polit Wiss, P.2 <https://doi.org/10.1007/s12286-018-0400-2> (13.06.2022)

(2) https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/gesetzgebung_neu/gesetzgebung/bundesstaatsprinzip-255460 (13/6/2022)

اتحادياً أو من الولاية. إن صلاحية السلطة التشريعية للولاية في سن لوائح منحرفة (الانحراف التشريعي) ترتبط بتشريع قانون اتحادي في المجالات المحددة في المادة 72 (3) الجملة 1، وكذلك إذا وجد تشريع محلي للولاية قبل تشريع قانون اتحادي، فإن ذلك ليس بذات أهمية حيث يُسمح بالتشريع المتكرر لقانون اتحادي وقانون محلي للولاية. إن سلطة الولايات في عدم التقيد (الانحراف) هي ليست بسلطة غير محدودة، حيث أن المادة 72 الفقرة (3) تتعلق فقط بمسألة الاختصاص التشريعي، وليس بمتطلبات شكلية أو موضوعية أخرى. وفي هذا المجال فإن الولايات تلتزم بنفس الطريقة التي تلتزم بها الحكومة الفيدرالية بأحكام القانون الدستوري والأوروبي والدولي، خاصة في مجالات التشريع الإطاري، فإن تنفيذ قانون الاتحاد الأوروبي يتطلب بشكل منتظم إصدار قانون فيدرالي ومن ثم إصدار 16 قانوناً للولايات (حسب عدد الولايات الألمانية)، مما يؤدي إلى إجراءات الانتهاك المتكررة. هذا هو السبب في أن الحكومة الفيدرالية كانت تؤيد إلغاء التشريع الإطاري. نظرًا لأن الحكومة الفيدرالية قد استخدمت بشكل مفرط التشريع الإطاري في بعض المجالات وباستمرار، كانت الولايات أيضاً على استعداد للتخلي عنها لصالح التشريعات المنافسة. في المقابل، رغبت الولايات أن تكون لديها القدرة على الخروج عن القانون الفيدرالي لذا كان الحل الوسط هو إصدار تشريع عدم التقيد (الانحراف التشريعي). ومع ذلك، تم تقديمه على نطاق تقييد أكثر بكثير مما كانت عليه الخطة في الأصل.

بالنسبة لمجالات الصيد والحفاظ على الطبيعة وإدارة المناظر الطبيعية وتوزيع الأراضي والتخطيط المكاني والتوازن المائي (أي المجالات القانونية البيئية الهامة) وكذلك القبول الجامعي والشهادات الجامعية 1، تم إلغاء التشريع الإطاري وإدخال التشريعات المنافسة (المادة 74، الفقرة 1، الجمل 28-32) تم حذف شرط الضرورة. في المقابل، يُسمح الآن للولايات الفيدرالية بالخروج عن القانون الفيدرالي الذي تم تمريره بالفعل عن طريق قوانين عدم التقيد (المادة 72 (3) الجملة 2 من القانون الأساسي)، مع استثناء بعض المجالات المحددة من الحق في عدم التقيد.

هذه ليست سوى حقوق "مشروطة" للولايات في الانحراف عنها والتي قد تنحرف عنها الحكومة الفيدرالية مرة أخرى. القانون الاتحادي لا يحل محله قانون الولاية، ولكنه يدفعه من محله. هذا هو البديل "الناعم" للفيدرالية غير المتكافئة. وفي مناقشات الإصلاح

الفيدرالي أثيرت مسألة تطبيق المفهوم الاقتصادي لفيدرالية تنافسية شاملة مع تخصيص صلاحيات واسعة للولايات الفيدرالية ولكن لم تحرز الموافقة، ومع ذلك ظلت الفكرة موجودة في الرأي القائل بأن إسناد المهام الفردية إلى الولايات الفيدرالية يمكن أن يؤدي إلى المنافسة بينهما.

كان من المتوقع أن تؤدي المنافسة في الموقع إلى تحرير ملائم للأعمال وتخفيضات ضريبية، والمخاوف من أن مثل هذا "السباق نحو القاع"، على سبيل المثال فيما يتعلق بالمعايير البيئية أو المزاي الاجتماعية، يمكن أن يعني خروجاً عن مبدأ المساواة في الظروف المعيشية في ألمانيا. ومع ذلك، كانت هناك أيضاً أصوات توقعت أن تعمل المنافسة على الترويج للابتكارات السياسية، وبالتالي تسبب في "سباق إلى القمة"⁽¹⁾.

مع إصلاح الفيدرالية لعام 2006، تم تقديم إمكانية خروج الولايات عن القانون الفيدرالي الذي دخل حيز التنفيذ لأول مرة. أدى ذلك إلى إيجاد حل جديد ومحدد للمعضلة الموجودة في الفيدرالية الألمانية يتمثل في تفكيك المسؤوليات من أجل زيادة القدرة على العمل، ولكن في نفس الوقت هناك ارتباطات عالية بين المستويات الفيدرالية والولايات. رافق إدخال تشريع (عدم التقييد - الانحراف) نقاش مكثف، كان يخشى فيه بشكل أساسي من المخاوف من التنافس على تحرير القيود بين الولايات.⁽²⁾

إذاً، في إطار القانون الأساسي فإن تنظيم توزيع الصلاحيات التشريعية بين السلطة الاتحادية وسلطات الولايات نُظمت وفق المادة 70 منه حيث أقر فيها حق الولاية في التشريع في حالة عدم تخويل الاتحاد حق التشريع. القانون الأساسي احتوى على ثلاثة أشكال من الاختصاصات التشريعية هي: التشريع الحصري للسلطة الاتحادية (المادة 71)، والتشريع التنافسي (المادة 73) وأطر التشريع الاتحادي أو "التشريعات الإطارية" (المادة 75). أعيد تنظيم هذه الاختصاصات التشريعية نتيجة للإصلاح الفيدرالي الأول لعام 2006، حيث تم إجراء تغييرات جوهرية في مجال الاختصاصات التشريعية وتم إلغاء فئة التشريعات الإطارية المنظمة وفقاً للمادة 75 من القانون الأساسي ولكن بالمقابل تم إدخال حق الانحراف التشريعي للولايات في القانون الأساسي كقاعدة دستورية جديدة،

(1) Annette Elisabeth Töller und Ulf Roßegger, op.Cit., p.8

(2) Ibid,P.18

حيث تمنح المادة 72 الفقرة 3 الجملة 1 من القانون الأساسي للولايات الفرصة لوضع لوائح تخرج عن القوانين الاتحادية في حالة بعض المسائل التي تم نقلها إلى تشريعات تنافسية في سياق إلغاء الإطار التشريعي السابق للسلطة التشريعية الاتحادية. ومع ذلك، يتم تحديد المجالات الأساسية التي قد لا تنحرف فيها الولايات (مثل المبادئ العامة للحفاظ على الطبيعة أو حماية الأنواع والأنواع البحرية). بالإضافة إلى ذلك، تُمنح الحكومة الاتحادية الحق في إنشاء قانون اتحادي جديد يلغي قانون الولاية إذا كان لدى الولاية لائحة مغايرة لسياسة الاتحاد. في هذا الصدد، يكون للقانون الأحدث دائماً الأسبقية على القانون القديم (مبدأ "القانون اللاحق"). ومع ذلك، فإن مثل هذا القانون الاتحادي لا يدخل حيز التنفيذ إلا بعد ستة أشهر، بحيث يمكن للولايات أن تقرر خلال هذا الوقت ما إذا كانت تريد الخروج عن القانون مرة أخرى من خلال تشريع للولاية. إن فترة الستة أشهر تهدف إلى حماية المواطنين من اللوائح التي قد تتغير في وقت قصير، ولكن إذا أرادت الحكومة الاتحادية سن قانون بدون فترة الستة أشهر، فإنها تحتاج إلى موافقة المجلس الاتحادي⁽¹⁾.

(1) Ibid, P.21-22

المبحث الثاني

الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949

الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني هو حالة فريدة من نوعها في الدول الفيدرالية ودساتيرها، وهذا الانحراف التشريعي مسموح به دستورياً في القانون الأساسي الألماني لعام 1949، سوف نتناول هذه المسألة في مطلبين هما: المطلب الأول: الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949؛ والمطلب الثاني: تقييم حالة الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949.

المطلب الأول

الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949

مع التغييرات التي أدخلت على القانون الأساسي من خلال إصلاح الفيدرالية الألمانية 2006 دخل ابتكار جديد في القانون الدستوري المتمثل في إعطاء صلاحية للولايات لإصدار تشريع يُعرف بـ (الانحراف التشريعي)، ويعود ذلك إلى الاقتراح الذي قدمته لجنة دراسة الإصلاح الدستوري في عام 1977 الذي لم يحض بالنجاح في ذلك الوقت⁽¹⁾. وحيث، ظهرت أسئلة أخرى حول مسألة شكل التنظيم الذي يمكن للولايات أن تسن فيه قانوناً منحرفاً وما إذا كان الانحراف لا يمكن أن يحدث إلا في شكل قوانين رسمية أو ما إذا كان يمكن للهيئة التشريعية أيضاً أن تنحرف عن طريق تفويض الهيئات التنفيذية للوائح المناسبة وفقاً للمادة 80 من القانون الأساسي⁽²⁾. للجواب على هذا السؤال: تنص

(1) Petter Schade, Grundgesetz mit kommentierung, 9.aktualisierte Auflage, Walhalla Fachverlag, Regensburg, 2012, S.196.

(2) نص المادة 80 من القانون الأساسي الألماني:

المادة 80. [إصدار الصكوك القانونية]

يجوز، بموجب قانون، تفويض الحكومة الاتحادية، أو أي وزير اتحادي، أو حكومات الولايات، في إصدار صكوك قانونية. وفي هذه الحالة يجب أن يحدد القانون مضمون هذا التفويض، والغرض منه، ونطاقه. كما يجب أن يشتمل كل صك قانوني على سند للأسس القانونية له. وإذا نص قانون على جواز تفويض السلطة إلى الغير، يُنفذ هذا التفويض الفرعي من خلال صك قانوني.

1- ما لم ينص أي قانون اتحادي على غير ذلك، تتطلب الصكوك القانونية التي تصدرها الحكومة

←

المادة 72 الفقرة 3 على أن الولايات يمكن أن تنحرف بموجب "القانون" وهذا يعني إعطاء الولايات حق الانحراف عن القوانين الاتحادية في أمور معينة هي:

- بشكل مقيد في مواضيع الصيد والحفاظ على الطبيعة وإدارة المناظر الطبيعية والتوازن المائي

- بشكل غير مقيد في مسألة توزيع الأراضي والتخطيط المكاني وكذلك القبول الجامعي والشهادات الجامعية.

في حالة تقييد حق الانحراف، يتم تعريف الأسس غير المنحرفة بطرق مختلفة:

● تارةً عمودياً عن طريق فصل أجزاء معينة (مثل قانون حماية الفنون أو الحفاظ على الطبيعة البحرية)

● وتارةً أخرى أفقياً عن طريق توزيع ثقل التنظيمات الاتحادية والمحلية (تنظيمات الولايات). وبالتالي تتحتم مبادئ الحفاظ على الطبيعة الواجبة ضمن متطلبات الفقرتين 1 و2 من المادة 72 من القانون الأساسي للاتحاد ولا يمكن للولايات خلق قانونهم الخاص إلا في المسائل الفردية.

وهنا يكمن الفرق البسيط عن أطر التشريع الاتحادي السابق، حيث أن الولايات كانت غير ملزمة باللجوء إلى تشريعات خاصة في هذا المجال⁽¹⁾. إن الولايات الآن (بعد الإصلاح الفيدرالي 2006) غير ملزمة بـ (أطر التشريع الاتحادي) التي تم إلغاؤها وفق

←

الاتحادية، أو الوزراء الاتحاديون موافقة البوندسرات، إذا كانت هذه الصكوك القانونية تتعلق بالمبادئ الأساسية لاستخدام مرافق البريد والاتصالات، والرسوم المفروضة على ذلك، أو المبادئ الأساسية لفرض رسوم على استخدام مرافق السكك الحديدية الاتحادية، أو بناء سكك حديدية وتشغيلها، وكذلك الصكوك القانونية الصادرة بناء على قوانين اتحادية تتطلب موافقة البوندسرات عليها، أو تنفيذها الولايات بتكليف من الاتحاد أو بصفتها كولاية.

2- يجوز للبوندسرات أن يرسل إلى الحكومة الاتحادية مشروعات صكوك قانونية تتطلب موافقته عليها.

3- إذا فُوضت حكومات الولايات بموجب قوانين اتحادية، أو بناء على قوانين اتحادية في إصدار صكوك قانونية، يحق للولايات تنظيم هذه المسألة بموجب قانون.

(1) Ernst Hasso Ritter Das uneingeschränkte Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 GG.S.418

المادة 75 وتمّ نقلها إلى التشريعات المتنافسة، أي أنه يمكن لكل من السلطة الاتحادية وسلطات الولايات أن تصدر القوانين. على سبيل المثال إذا أقرت الحكومة الاتحادية قانوناً في مجال معين فإنه فيمكن للولايات الإعفاء من قاعدة الانحراف كما جاء في المادة 72 الفقرة 3، لأنها تستطيع أن تُشرع قواعد تنظيمية مغايرة للقانون الاتحادي.⁽¹⁾

وكانت الموضوعات التي تمّ تعيينها مسبقاً لهذا النوع من الاختصاصات هي مقسمة إلى السلطة التشريعية الحصرية للحكومة الفيدرالية أو الولايات أو التشريعات الفيدرالية المتنافسة (لم تعد سارية، على سبيل المثال: الإطار التشريعي الفيدرالي للجامعات، والذي سيكون في المستقبل فقط مسؤول عن القبول الجامعي والدرجات). تم إدخال حقّ عدم التقيد للولايات الفيدرالية) كحقّ جديد في القانون الأساسي مؤسسة قانونية. المادة 72، الفقرة 3، الجملة 1 من القانون الأساسي تمنح الولايات فرصة في حالة بعض المسائل والتي في سياق إلغاء الإطار السابق تمّ نقل السلطة التشريعية للحكومة الفيدرالية إلى تشريعات منافسة ولقد تمّ وضع لوائح مخالفة للقوانين الفيدرالية.⁽²⁾

ومع ذلك يتمّ تحديد المجالات الأساسية التي قد لا تنحرف الولايات فيها: على سبيل المثال: حق الحصول على رخصة ممارسة الصيد، والمبادئ العامة لحفظ الطبيعة أو الحماية الأنواع البحرية وكذلك القواعد التنظيمية الخاصة بالمواد أو المنشآت)⁽³⁾.

ولقد تم إلغاء التشريع الإطاري الاتحادي بعد الإصلاح، لأنه لم يكن واضحاً إلى أي مدى تذهب الاختصاصات الإطارية الاتحادية بالفعل وأي اختصاص يجب أن تحتفظ به الولايات، حيث اقترح في المناقشات وجوب نقل اختصاصات التشريعات الإطارية إلى الولايات أو أن تنقل إلى السلطات التشريعية المتنافسة للاتحاد على وجه الخصوص، ويجب وضع الاختصاصات البيئية والبلاغية في المسؤولية المتنافسة للسلطة الاتحادية، وينبغي أن تتحول بقية الاختصاصات الإطارية السابقة إلى اختصاصات الولاية. من هنا

(1) Shade, Op. Cit., S.196.

(2) Tanja Grümer, Die Kinder- und Jugendhilfe nach Verabschiedung der Föderalismusreform, Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe, AGJ (Hg.): Berlin, 2006, S.21

(3) Ibid., S.22

يبدو لنا أنّ هذا الاقتراح قوبل بموافقة كل من الاتحاد والولايات.⁽¹⁾ من المؤكد أنّ إلغاء (أطر التشريع الاتحادي أو التشريعات الإطارية)، هو الخطوة الصحيحة على طريق تحقيق الأهداف المحددة، ولكن هذا التقدم قضى عليه تصميم اختصاصات الانحراف وقد أدى ذلك إلى حقيقة أنّ المشكلة الأساسية للتجزئة القانونية لم يتم حلها ولكن تمّ الترويج لها، وقد تمّ تعزيز عدم اليقين القانوني من خلال استخدام مصطلحات قانونية غامضة.⁽²⁾

إذا إصلاح الفيدرالية يعدّ حدث تغييرات مهمة، من بين أمور أخرى، فيما يتعلق بتوزيع الاختصاصات التشريعية بين الاتحاد والولايات⁽³⁾

إن القضية الرئيسية التي تمّ تنظيمها بهذه الطريقة من قبل الهيئة الدستورية هي الاحتمالات التشريعية للانحرافات في إطار الفقرة 3 من المادة 72 والفقرة 1 من المادة 84⁽⁴⁾. وفي هذه الحالة تظلّ صلاحيات الولايات والتزاماتها فيما يتعلق بالتشريع سارية ويجوز للولايات إصدار قواعد تنظيمية مغايرة لهذا التشريع، وشرعت الحكومة الاتحادية لأول مرة نظام تشريع عدم التقيد ويمكن للولايات الاتحادية في إطار متطلبات الفقرة 3 من المادة 72 أن تقوم بإصدار لوائح مختلفة لمجالات معينة فيما يتعلق بالقانون الاتحادي وإصدار تشريعات الانحراف (الانحراف التشريعي) في الولايات⁽⁵⁾.

إذا تمّ تغيير المادة 72 من القانون الاتحادي، التي تتناول المجموعة الأساسية من التشريعات المتنافسة، تغييراً جذرياً⁽⁶⁾. يكتسب الانحراف التشريعي أهمية دستورية من بين أمور أخرى، حيث أنه مباح وفق القانون الأساسي⁽⁷⁾.

(1) آرثر بنز (Arthur Benz) محاضرة في مؤتمر "آفاق التعاون بين الحكومة الاتحادية والدول في مجال

السياسة العلمية" في 30 نوفمبر 2012 في ماينز، متاح على العنوان الإلكتروني الآتية

: <https://www.verrein-wissenschaftsrecht.de/data/file/benz.pdf>

(2) Christoph Neumeyer, Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG, Duncker & Humblot GmbH; Berlin, 1. Auflage (1 Jan. 1999, S.155.

(3) Ibid, S.142-149.

(4) Ibid

(5) Alexander Petschulat, David Waghake, Felix Dallmann, Hendrik Schoen, Abweichungsgesetzgebung im Naturschutzrecht, Münster, 2014, S.5.

(6) Neumeyer, Op.Cit, S.164

(7) Isabelle Béatrice Krapp, Die Abweichungskompetenzen der Länder im Verhältnis zum



لأن أنشطة الهيئة التشريعية للولاية تستند إلى التشريع المشترك في الأصل بينما تستند الانحرافات التشريعية إلى الاختصاص التشريعي المنحرف لذلك فإن تحديد عنوان التشريع له أهمية حاسمة لعمل الهيئة التشريعية. بغض النظر عن التعيين من قبل الهيئة التشريعية للولاية (الذي قد يكون غير صحيح) فإن التفاصيل والإضافات إلى القانون الاتحادي ممكنة فقط في المجالات غير المكتملة. ولا يمكن تجسيد أو استكمال القانون الاتحادي خارج هذه المجالات إلا في شكل الانحراف التشريعي⁽¹⁾.

أن الولايات تحتفظ باختصاصاتها التشريعية إذا استخدمت السلطة الاتحادية فقط جزئياً اختصاصها، أي أنها تنظمها بشكل شامل، ثم تكون للولايات "المساحة المتبقية" للتنظيم القانوني. فعلى سبيل المثال: في ولاية بادن- فورتمبيرغ، ينطبق القانون الاتحادي وقانون الولاية في نفس الوقت على مسألة تخص التخلص من النفايات⁽²⁾

إذاً، يُعد الانحراف التشريعي أحدث ابتكار رئيسي في القانون الدستوري الألماني، حيث يحق للولايات ويسمح لها بالانحراف عن القوانين الاتحادية التي تم سنها في بعض الأمور التي حددتها الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي، وأصبحت مواضيع اختصاص الإطار التشريعي الاتحادي وفقاً للمادة 75 من القانون الأساسي قبل التغيير، جزءاً من التشريع التنافسي وفقاً للمادة 74 الفقرة 1 والمادة 72.

المطلب الثاني

تقييم حالة الانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني لعام 1949

حيث وفقاً للصياغة الدستورية، كما أشرنا إليها من قبل، تُمنح الولايات الحق في الانحراف بطرق مختلفة، في أن تُنظم الأمر من خلال قوانين الولاية. وفي حالة عدم استفادة السلطة الاتحادية من اختصاصاتها التشريعية، فيمكن للولايات

←

Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG، Wissenschaftlicher Verlag Berlin Olaf Gaudig & Peter Veit GbR، 2015،S.336.

(1) Alexander Petschulat, David Weghake, Felix Dallmann, Hendrik Schoen, Abweichungsgesetzgebung im Naturschutzrecht، Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster، 2014،S.56.

(2) Petter Schade، Grundgesetz mit Kimmentierung، Op.Cit،S.190.

بموجب الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي، أن تصدر قواعد تنظيمية مغايرة تتعلق بمجالات مختلفة منها: شؤون الصيد، حماية الطبيعة والمحافظة على المناظر الطبيعية، توزيع الأراضي، التخطيط والتعمير، القبول الجامعي والدرجات الجامعية والشهادات.⁽¹⁾

وبهذه الطريقة للولايات الفرصة لإدراك مفاهيمها الخاصة والتفاعل مع متطلباتها الهيكلية المختلفة ثم تستجيب للظروف الهيكلية المختلفة، كما تحدّث Ferdinand Kirchhof مثلاً عن "الهواء". أن الولايات عندما تريد أن تسن قانون مختلف عن القانون الاتحادي يفترض أن يكون ذلك عن طريق الإشارة إلى الخصائص والإضافات. هناك تفسيران محتملان في هذا الصدد:

أولاً: التفسير الضيق: وفقاً للمادة 72 الفقرة 3 من القانون الأساسي، فإن القانون الأخير له الأسبقية في العلاقة بين القانون الاتحادي وقانون الولايات. ولكن إذا كانت الولايات قد سنت قوانين مختلفة قبل ذلك، فعندئذٍ وبناءً على نفس الموضوع تُعطى الأولوية لقانون الولاية.⁽²⁾

إن أي إضافة إلى القانون الاتحادي الساري ستجعل ذلك غير قابل للتطبيق، لأنها ستشكل تبعات قانونية مختلفة بناءً على هذا التفسير الضيق، لذلك يجب التحقق مما إذا كان المجلس التشريعي للولاية له الرغبة ويريد الحفاظ على محتوى القانون الاتحادي. إذا كان الأمر كذلك فيمكن الافتراض أنه من مصلحة الهيئة التشريعية للولاية الحفاظ على أساس تحريفه. ولكن إذا تعذر إثبات إرادة المجلس التشريعي للولاية فلا يجوز فرض محتوى القاعدة الفيدرالية عليها. حتى لو لم يكن عملياً، فإن محتوى المعيار القانوني الفيدرالي سيكون عندئذٍ غير قابل للتطبيق والشيء الوحيد المتبقي سيكون أولوية تشريع الولاية التكميلي. بسبب هذه النتيجة الأقل أهمية يمكن بالتالي افتراض أن المواصفات أو الإضافة كشكل من أشكال التفاوت غير مقبولة في حد ذاتها وبالتالي لا يتم تفعيل أولوية التطبيق. بعد ذلك فإنه يبقى فقط مع وجود القانون الاتحادي.

ثانياً: يمكن اعتبار معنى التنظيم القانوني والغرض منه أكثر أهمية، وأن للولايات

(1) يُراجع هامش رقم 15 أعلاه حول الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لعام 1949.

(2) Alexander Petschulat, Weghake, Dallmann, Schoen, Op. Cit. S.57

الحرية في إجراء إضافة أو تحديد فقط فيما يتعلق بالقانون الاتحادي الحالي بدلاً من انحراف واسع.

إن أولوية التطبيق تستند على مبدأ التناسب ⁽¹⁾Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes الذي يهتم بمسألة ما هي الإجراءات التي لها علاقة مع وتُناسب قضية أولوية التطبيق، حيث أنه ليس من مُستحباً أن تُعطى أولوية التطبيق إلى الولاية إلا إذا كانت تلك الأولوية ضرورياً للتشريع التكميلي للدولة وتكون جزءاً من صلاحياتها في الاستفادة من التشريع الدستوري المنحرف. ولكن وبما أن الانحراف التشريعي هو مرتبط أصلاً بالقانون الفيدرالي، لذلك يرى البعض من الباحثين أن هذه الأولوية لن تحدث. وفي نفس الوقت يرى البعض من الباحثين أن حالة الضرورة هي أصلاً مفقودة لأن سلطة الولاية الألمانية (السلطة التشريعية في الولاية) لن تكون موافقة على تجاوز القانون الفيدرالي لإرادتها⁽²⁾. ومع ذلك فإن هذا المطلب غير موجود على وجه التحديد لأنه لا يمكن أن يتوافق مع إرادة الهيئة التشريعية للولاية لتجاوز القانون الاتحادي، وأنه إلى الحد الذي يرتبط فيه قانون الولاية المنحرف بالقانون الاتحادي ويتطلب استمرار وجوده لن يتم تطبيق الأولوية، فإن هذا التفسير مدعوم بحقيقة أنه يتوافق بشكل أساسي مع إرادة الهيئة التشريعية للولاية⁽³⁾.

وإذا كانت هناك إرادة مستمرة للانحراف، فيجب سنُّ قانون جديد للولاية. ومع ذلك يمكن سنُّ قانون الولايات منحرفاً بعد إصدار القانون الاتحادي، وليس من الضروري أن تنتظر الولايات الاتحادية دخول القانون الاتحادي حيز التنفيذ، أما الأشهر الستة المقررة

(1) ينص مبدأ التناسب على أن التدخل يجب أن يكون ضرورياً ومناسباً ومناسباً بالمعنى الضيق (أي ليس مرهقاً بشكل مفرط، وليس غير معقول). وينطبق على جميع تدخلات السلطات العامة في الحقوق المحمية دستورياً للشخص المعني. القانوني الألماني البارز (Zippelius) يُعرّف المبدأ كما يلي:

ينص مبدأ التناسب على ما يلي: "لا يتم وضع المصالح أو الحريات أو المبادئ القانونية المتضاربة في علاقة مناسبة مع بعضها البعض إلا إذا كانت المصلحة أو الحق في الحرية أو المبدأ القانوني الواجب حمايته يفوق ما تم التضحية به. إليها."

Reinhold Zippelius, Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie. 6. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2012

(2) Alexander Petschulat, Weghake, Dallmann, Schoen, Op. Cit, S.58.

(3) Ibid, S.58-59.

لتنفيذ قانون اتحادي فإنها تهدف إلى منح الولايات الفرصة من خلال القرارات التشريعية لتحديد ما إذا كانت تريد وإلى حدّ ما الحفاظ على قانون إقليمي أو إنشائه بحيث ينحرف عن القانون الاتحادي، وتهدف أيضاً إلى تجنب تغيير الأوامر القانونية للمواطنين على المدى القصير. ومع ذلك من غير المرغوب أن تخدم هذه المدة غرضها في معظم حالات الاستخدام لأن المدة نفسها قصيرة للغاية حتى بالنسبة للتشريع على مستوى الولاية⁽¹⁾.

ولأجل أن تأخذ العملية التشريعية مداها الطبيعي وترسخ، فإنه من المفروض منح الولايات فرصة لستة أشهر وإمكانية وضع لائحة أخرى مسبقاً. يمكن الشك في ما إذا كان كل هذا يجعل الوضع القانوني أكثر شفافية وأكثر قابلية للتنبؤ بالمشروعات التشريعية للاتحاد والولايات.

إذا مارس الاتحاد صلاحياته بموجب الفقرة 3 من المادة 72 من خلال إصدار مبادئ توجيهية لتشريعات الولاية، فإن الولايات ملزمة بتنفيذها خلال مدة زمنية معقولة ينص عليها قانون الولاية، وبناءً على طلب المجلس الاتحادي (البوندسرات) أو إحدى الولايات، تقرّر المحكمة الدستورية الاتحادية على ما إذا كان القانون الاتحادي سينطبق أم لا.

وبشكل أساسي تتمتع السلطة الاتحادية بالاختصاصات التشريعية حسب المادة 70 من القانون الأساسي، ولكن يجوز للولايات أن تصدر لوائح مختلفة ما يسمى بقانون الانحراف (الانحراف التشريعي)⁽²⁾.

وحتى بعد الإصلاح الفدرالي يرى البعض بأنّ القانون الاتحادي لم يتغير منه شيء، بل يعمل كالسابق فيمكن للسلطة الاتحادية أن تسنّ القوانين في إطار التشريعات المتنافسة، ولكن طالما أنّها لا تستخدم اختصاصاتها فإنه يمكن للولايات أن تنظم شؤونها من خلال التشريعات المحلية للولاية، ورغم ذلك، وفقاً للمادة 72، الفقرة 3 من القانون الأساسي يمكن الانحراف عن القانون الاتحادي، وذلك أنّ لكلّ الولايات الحقّ في اختيار قانونها الذي يلائمها ويمكن للولاية أن تستبدل اللوائح الاتحادية بقانون الولاية، وقد

(1) Holger Schmitz und Geograph Christian Müller, Das Raumordnungsrecht nach der Föderalismusreform, Raumforschung und Raumordnung | Spatial Research and Planning, Published by Springer Verlag, 2007, S.462.

(2) يُراجع هامش رقم 15 أعلاه حول الفقرة 3 من النص الجديد للمادة 72 من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لسنة 1949

يمكن أن لا تكون في شكل لوائح كاملة، بل يمكن تنظيم الموضوع جزئياً بموجب قانون الولاية وجزئياً بموجب قانون اتحادي⁽¹⁾. ومن الجدير بالذكر أنه في حالة الانحراف التشريعي فإن مبدأ أولوية تطبيق قانون لاحق وفقاً للمادة 72، الفقرة 3، الجملة 3 من القانون الأساسي هو الذي سيطبق. أن قوانين الولايات لا تنتقص من القانون الاتحادي ولا يمكن لأية ولاية أن ترفض القانون الاتحادي بالكامل حتى بعد الإصلاح الفدرالي، وفي حالة انتهاء صلاحية التشريعات المنحرفة دون استبدالها فإن القوانين الاتحادية يمكن إعادة العمل بها⁽²⁾.

وفي حالات الاختلاف بسبب اختصاص الانحراف التشريعي، فإن مهارة السلطة الاتحادية في المفاوضات مع الولايات لإيجاد حلّ توافقي، تلعب دوراً مهماً، حيث ولا يتوقع حدوث انحرافات تشريعية على نطاق واسع وستقوم السلطة الاتحادية بتصحيح الانحرافات.

وإذا ما تمّ قبول بعض الآراء للبعض من الولايات، إلا أن البعض الآخر لا يمكن قبولها من قبل الهيئة التشريعية الاتحادية، وفي هذه الحالة فإن هذه الهيئة تتمتع بصلاحيّة التصرف على أساس وطني⁽³⁾.

حيث يمكن تغيير المفهوم الذي يبنّي عليه القانون، وذلك عن طريق استبداله بقانون آخر، إذا كان ممكناً تطبيق القوانين الاتحادية في بعض المجالات وعدم تطبيقها في مجالات أخرى، فإن ذلك يمكن أن يؤدي إلى نتائج غير مرجوة وقد يؤدي إلى أخطار غير متوقعة. وبسبب تنظيم الموعد النهائي في الفقرة 3 من المادة 72 لفترة ستة أشهر حتى يدخل القانون الاتحادي حيّز التنفيذ، فإنه من الممكن للولاية إصدار اللوائح مغايرة للقانون الاتحادي قبل انتهاء الموعد النهائي وبالتالي سيكون قانون الولاية بمثابة القانون اللاحق واجب التطبيق، بالإضافة إلى ذلك هناك جانب آخر: إذا كانت الهيئة التشريعية الاتحادية تعتزم بالفعل وضع لائحة موحدة على الصعيد الوطني، فسيتعين عليها الردّ على كلّ اقتراح تشريعي من إحدى الولايات الستة عشر بالاقتران مع الحظر المفروض على الفقرة 3 المادة 72 المتمثل بفترة ستة أشهر لتطبيق القانون⁽⁴⁾.

(1) dr. Holger Schmitz und Geograph Christian Müller, op.Cit, S.458.

(2) Ebd.

(3) Neumeyer, op.Cit., S.169.

(4) Ebd.

الأحكام الدستورية الجديدة الناتجة عن الإصلاح الفيدرالي لعام 2006 والتي سُميت من قبل البعض من الباحثين بـ " لعبة كرة الطاولة "، أدت إلى تغييرات في وضع الولايات بحيث تم الحذر منها كونها يمكن أن تؤدي إلى أن تكون كل ولاية مثلاً مسؤولة عن دفع الرواتب لموظفيها، ويخشى بعض منتقدي هذه الأحكام الجديدة من سباق الرواتب بين الولايات الغنية (مثل بافاريا وبادن - فورتمبيرغ) والولايات الفقيرة مثل (ساكسونيا- انهالت، ميكلنبورغ-بومرانيا الغربية) حيث يمكن أن يجذب المسؤولون نحو الولايات الغنية على حساب الولايات الفقيرة.⁽¹⁾ وبعبارة أخرى فإن (اتحاد نقابات العمال الألماني) (DGB) ورابطة موظفي الخدمة المدنية يشعران بالقلق، فالولايات يمكن أن تستخدم الرواتب لإعادة هيكلتها وتصحيح ميزانياتها، وبدء منافسة الرواتب (إلى مستوى أدنى)، وقد تكون هناك فرق في قانون الأجور والمعاشات التقاعدية والتي يمكن أن تؤدي في هذا المجال إلى إمكانية وجود (16 قانوناً مختلفاً للولايات في هذا المجال)⁽²⁾.

لذلك، يتم نقل المسؤولية عن الرواتب والأحكام وقانون الخدمة لموظفي الخدمة المدنية في الولاية والبلديات وقضاة الولاية من اختصاص الاتحاد إلى اختصاص الولايات. في المتوسط، ترتبط نفقات الموظفين بأكثر من 40 في المائة من ميزانية الدولة. لكن حتى الآن، لم يكن لدى الولايات سوى عدد قليل من الخيارات لتنظيم ظروف العمل والرواتب لمسؤوليها وقضاتها.

لهذا السبب، ولأن تحديد حقوق موظفي الخدمة المدنية من اختصاص الولايات، يتم تعزيز سلطة الولايات حيث يتم تنظيم العلاقات القانونية العامة لموظفي الخدمة المدنية على مستوى الولاية، بما في ذلك قانون العمل. ولكن لضمان التنقل للموظفين، تتواصل الحكومة الاتحادية العمل لتنظيم حقوق والتزامات الوضع لجميع موظفي الخدمة المدنية

(1) تعتبر الولايات التالية اقتصادياً من أفقر الولايات في ألمانيا الاتحادية: ولاية بريمن (الدخل الإجمالي 31 مليار يورو فقط)، ولاية سارلاند (الدخل الإجمالي 33 مليار يورو)، ولاية ميكلنبورغ - فوربومرن (الدخل الإجمالي 46 مليار يورو)؛ وبالمقابل فإن الولايات التالية تعتبر من أغنى الولايات: ولاية شمال الراين وستفاليا (الدخل الإجمالي 697 مليار يورو)، ولاية بافاريا (610 مليار يورو)، ولاية بادن فورتمبيرغ (الدخل الإجمالي 500 مليار يورو)

https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_deutschen_Bundesl%C3%A4nder_nach_Bruttoinlandsprodukt

(2) Petter Schade ,op.Cit.S.196.

في ألمانيا⁽¹⁾.

وفي الختام فإن هناك نوعاً من الحذر من خطورة (يشبه لعبة كرة الطائرة) بين المؤيدين للاتحاد والمؤيدين لقوانين الولايات. وإنَّ الحق في الانحراف التشريعي عن القانون الاتحادي أمر متوقع فقط في الولايات عالية الأداء، ولكن رغم ذلك سيتعين على الولايات أن تراعي بدقة الحدود بين اختصاص الانحراف التشريعي والسلطات التشريعية المتنافسة للاتحاد، ويمكن لإمكانية تفويض المراسيم للولايات في كثير من الحالات الالتفاف على صعوبات انحراف الاختصاص التشريعي⁽²⁾.

وإضافة على ذلك هناك مخاوف من أنَّ "اللائحة اللاحقة" للقانون للمقترح والتي تتمتع بخاصية الأسبقية مقابل القانون النافذ، يمكن أن تؤدي إلى "لعبة كرة الطاولة ping-pong" بين القانون الاتحادي وقانون الولاية ذي خاصية الانحراف التشريعي، مما قد يعرض الأمن القانوني للخطر، حيث أن هذا الأمن مرتبط أساساً بضمان الحرية والعدالة⁽³⁾. الولايات الألمانية عالية الأداء تحاول توسيع خيارات التشكيل السياسي على مستوى الولاية ولا يمكن الحصول على فرص التصميم البعيدة المدى هذه إلا من خلال حقوق عدم التقيد "المشروطة" إن وجدت والتي توفر إمكانية المراجعة بموجب معايير وطنية. وهناك طريقتان أساسيتان للقيام بذلك:

الشرط السياسي: هذا الشرط اقترحه عضو مجلس الاتحاد من ولاية هامبورك (Heinsen) عام 1976، والذي يُخضع ممارسة حق الوصول إلى حق الاعتراض من قبل

(1) <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/kernpunkte-der-foederalismusreform-449728>

(2) Holger Schmitz und Geograph Christian Müller, op.Cit., S.463.

(3) إن فكرة الأمن القانوني توسع مفهومها وشملت حكم القانون والدستورية والدولة الاجتماعية. لقد أصبح "مبدأ يلهم النظام القانوني بأكمله". الأمن القانوني يتجلى في العدالة والحرية. المشرع المعاصر يجب أن يوازن بين الواجبات والحرية مع مراعاة مبدأ الأمن القانوني وأن عملية سن القوانين يجب أن تنظم الحرية في المجتمع، والضمان الاجتماعي واستقرار النظام القانوني. لقد ركزت التشريعات الألمانية بشكل أساسي على الدور الأساسي للأمن القانوني في سن القوانين، وخاصة على التبرير التشريعي - العقلاني والأخلاقي للقانون.

للتفاصيل:

Cherneva Boyka Ivaylova, Legal Security as a Principle in Lawmaking, in: Globalization, the State and the Individual, No 2(14)/2017, Pp. 23-29 (p.25);

البوندستاغ (أو أفضل: حق الاعتراض المشترك من قبل البوندستاغ والبوندسرات) لـ " شروط سياسية" تتمثل في إجراء "فحص سياسي أي إجراء مناقشات سياسية" للوضع وليس لـ "فحص قانوني أو اتخاذ إجراءات قانونية"

الشرط "قانوني": هذا الشرط يتمثل في تحديد بشكل موضوعي من ممارسة الحق في الوصول من خلال "شرط الحاجة العكسية" ("شرط التوافق المجتمعي"). وبالتالي، فإن اللوائح المخالفة تكون مسموحاً بها طالما أن ذلك لن يضر بمصالح البلدان الأخرى أو بالمتطلبات الوطنية. سيتعين على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تبت في تفسير وتطبيق هذه الشروط القانونية الغامضة. وعندما نتأمل في الفقرة 2 من المادة 72 من القانون الأساسي الألماني فيتبين لنا أنها تمثل "شرط الحاجة العكسية" التي تعني حاجة الولايات (على عكس حاجة الاتحاد) لإصدار تشريعات عندما تتعاضد سلطة الاتحاد من القيام بواجباتها وفقاً للفقرة 1 من المادة نفسها، حيث يمكن للولاية أن "تنحرف" عن مجمل القوانين الاتحادية عندما لا يقوم مجلس النواب من تقديم اعتراض على تلك التشريعات الصادرة عن الولايات خلال 3 أشهر من صدورها⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر لن يتم تطبيق نفس القانون في جميع الولايات ومن المؤكد أن الهيئة التشريعية الاتحادية ستبحث أيضاً عن اللوائح تحسباً لاحتمال الانحراف، وهو أمر ينبغي أن يكون مقبولاً لجميع الولايات. ولكن إذا لم ينجح ذلك فمن الأفضل أن يوجه القانون الاتحادي إلى وضع الولايات الأقل قدرة على التصرف بمفردها. وبهذا الأمر يُنظم بالقانون الاتحادي المستثنى من قيود الفقرة 2 من المادة 72، في حين أن الدول القوية والواثقة من الناحية السياسية يمكن أن تكمل أو تحل محل القانون الاتحادي. والنتيجة ستكون بنية قانونية غير متكافئة وقلقة، حيث يكون للقانون الاتحادي في بعض الولايات مستوى أقل من التنظيم مقارنة ببقية الولايات. وسيكون هذا بالضبط تطوراً مرغوباً فيه، والذي يتوافق مع البنية غير المتكافئة والكفاءة غير المتكافئة للولايات الألمانية.⁽²⁾

إن رأي الباحث القانوني الألماني (نويمير Neumeyer) هو رأي دقيق حول

(1) للتفاصيل:

Fritz W. Scharp, Nicht genutzte Chancen der Föderalismus, in: Christoph Egle und Reimund Zohlnhöfer(Hrsg.), Ende des rot-grünen Projektes. Eine Bilanz der Regierung Schröder 2002B2005, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1. Aufl., Januar 2007, Wiesbaden, s.197-214(s.208)

(2) Scharp, Ibid, S.328.

أنّ خطورة " لعبة كرة الطاولة" (أي تبادل كرة اللعبة بين الاتحاد والولايات وأن فوز أحد الطرفين مرهون بقونه وضعف الطرف الآخر أو ضعف عدم الإنتباه لخطورة اللعبة)، هو تهديد دائم لصلاحيه القانون الاتحادي أو قانون الولاية. في هذه الحالة، قد يتعرض المواطن لخطر تغيير القوانين باستمرار وبالتالي يكون الوضع القانوني غير واضح وقلق⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر، إمكانية انحراف التشريعات هي ابتكار اتحادي وفقاً للمادة 84، الفقرة 1 من القانون الأساسي، حيث سيكون قانون الولاية قادراً على خرق القانون الاتحادي لأول مرة. ويستند النظام الجديد إلى مبدأ بسيط هو أنه في حالة القوانين التي تفقد فيها الولايات حق النقض المطلق، يمكنهم تصميم الإجراءات الإدارية بأنفسهم عن طريق قوانين منحرفة، في حالة تعذر ذلك، يلزم الحصول على موافقة المجلس الاتحادي⁽²⁾.

(1) Neumeyer, op.Cit., S.166.

(2) المادة 84 الفقرة 1 الجملة 1 من القانون الأساسي لجمهورية الألمانية لسنة 1949 الآن على النحو التالي: "إذا كانت الولايات تدير الاتحاد تعليق كمسألة منفصلة، فهي تنظم إنشاء السلطات والإجراء الإداري " يمكن للولايات أخذه بعين الاعتبار وفقاً للجملة 3 قم بوضع لقوانين منحرفة وبالتالي في النهاية يمكن للولايات وضع القانون المستقلة وتنظيم السلطات والإجراءات الإدارية الانحراف، وتحتوي الجمل من 2 إلى 5 في القسم 84 (1) من القانون الأساسي (جديد) على إعادة تصميم أساسية اللوائح الدستورية لانحراف قانون الولاية تنظم بشكل مستقل من خلال قانون الولاية فقط. للتفاصيل ينظر:

Reinhard Joachim Wabnitz, Föderalismusreform und Kinder- und Jugendhilferecht, AGJ (Hg.): Berlin, 2006,S.42

ووفقاً للجملة 4، تنظيم الإجراء الإداري دون إمكانية الانتقاص للولايات الفيدرالية، حيث تنطبق الجملة 3 من المادة 72 (3) وفقاً لذلك. الإشارة إلى الجملة 2 هي، يوافق على تطبيق لائحة الدخول الخاصة حيز التنفيذ الواردة فيه. تدخل القوانين الفيدرالية التي تحتوي على لوائح إجرائية لا تتطلب الموافقة حيز التنفيذ منذ دخوله حيز التنفيذ في أقرب ستة أشهر بعد صدوره، من أجل إعطاء الفرصة لتحديد ما إذا كان من خلال القرارات التشريعية مدى احتفاظهم بقانون الولاية الذي يختلف عن القانون الاتحادي أو تريد أن تشرع. يجب تغيير فترة الستة أشهر القانونية يتم تجنب الأوامر إلى المواطن. للحالات العاجلة (على سبيل المثال بسبب القانون الأوروبي مواعيد التنفيذ) هناك إمكانية دخول مبكر حيز التنفيذ إذا: توافق الأغلبية 2/3 في المجلس الاتحادي. بالإشارة إلى المادة 72 الفقرة 3 الجملة 3 من المقرر أن العلاقة بين القانون الاتحادي وقانون الولاية في وقت لاحق ←

لكن وبسبب الانحراف الممنوح الآن في إمكانية الولايات في المجالين التنظيميين المشار إليهما أعلاه، وحيث أنه مع الصيغة الجديدة للمادة 84، الفقرة 1، تتم الموافقة على تخفيض حصة القوانين الإلزامية وحيث أن الاتحاد والولايات تتمتعان بصلاحيه التشريع، ولذلك قد يحصل اصطدام بينهما ويتم حل الاختصاصات من خلال تنظيم منافسة، حيث تعتمد سلطة الولاية في التشريع بمفردها مع الأخذ بنظر الاعتبار هل أن سلطة الاتحاد قد اتخذت بالفعل إجراءات وإلى أي مدى جرى تطبيقها، وعندما يبدو أن الهيئة التشريعية الاتحادية لم تتخذ إجراءات، يبقى للولاية حق التشريع⁽¹⁾.

إذاً، بموجب الصياغة الجديدة للمادة (84) من الدستور هناك ثلاث خيارات أمام الهيئة التشريعية الاتحادية وذلك لتأسيس أو استبعاد الالتزام وهذه الخيارات هي:

1. السلطة الاتحادية لم تعد تمتلك صلاحية صياغة اللوائح الإجرائية كما في السابق.
 2. من الممكن تنظيم قانون إجراءات الدولة ولكن مع إعطاء المجال للولايات للخروج من نطاق هذه اللوائح في مدة أقصاها ستة أشهر.
 3. في "الحالات الاستثنائية" ولأسباب متعلقة ببعض الحالات الخاصة ومعينة، يمكن للسلطة الاتحادية تنظيم الإجراءات الإدارية بشكل موحد في جميع أنحاء البلاد دون منح الولايات حق الانحراف التشريعي، وفي هذه الحالة تكون موافقة البوندسرات مطلوبة⁽²⁾.
- وحيث إن قانون الإجراءات الواردة في الفقرة 1 من المادة (84) من القانون الأساسي، ولكونه موضوعاً لسلطة الانحراف التشريعي وفقاً للمادة 72 الفقرة 3 الجملة 4 من القانون الأساسي، فإن السلطة التشريعية الاتحادية تُصدر اللوائح الإجرائية مثل إنشاء هيئات، واللوائح الموضوعية للتخطيط المكاني، واللوائح القضائية والرسمية. وقد ورد في المادة 84 الفقرة 1 الجملة 1 من القانون الأساسي ان الولايات يمكنها إنشاء الإجراءات الإدارية

←

القانون له الأسبقية.

للتفاصيل ينظر:

Tanja Grümer, Die Kinder- und Jugendhilfe nach Verabschiedung der Föderalismusreform Neuregelungen des Grundgesetzes mit Auswirkung auf die Kinder- und Jugendhilfe, S.26. 27

- (1) Heike Schmid, Reinhard Wiesner, Die Kinder- und Jugendhilfe und die Föderalismusreform, AGJ (Hg.): Berlin, 2006, S.104
- (2) Roland Wagner, Die Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen Von Bund und Kändern, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, S.278.

في حال انها كانت تطبق القوانين الاتحادية كمسألة مستقلة.

إذا استخدم الاتحاد سلطته التنظيمية من خلال قانون اتحادي وقرر إنشاء هيئة أو مؤسسة ونظمت الإجراءات الإدارية، حينذاك يمكن للولايات أن تحيد عن ذلك وفقاً للمادة 84 (1) الجملة 2 من القانون الأساسي. وهنا فإن الفقرة 1 من المادة 84 وخاصة الجملة الثانية منها لا يمكن اعتبارها شرطاً مستقلاً لاختصاص الانحراف، مع العلم ان المادة 84 الفقرة 1 الجملة الرابعة تشير إليها عندما تشير إلى المادة 72 الفقرة 3 الجملة 3 منها. وبالنسبة لمطابقة اللوائح الاتحادية وللولايات فإنه لا يمكن النظر إليها الا إذا كانت حقول التطبيق غير متطابقة تماماً، أي أن التطابق كان جزئياً. ويبدو أن سلطة تعديل القانون الأساسي (الإصلاح الفيدرالي) أرادت تحديد الاختصاص التشريعي للإجراءات الإدارية في المادة 84 الفقرة 1 من القانون الأساسي. ومع ذلك، فإن الحجج المقدمة ضد هذا التفسير متنازع عليها.

ففي الفصل السابع من القانون الأساسي (المواد من 70 إلى 82) جمعت الهيئة التشريعية التأسيسية الاختصاصات التشريعية وتنظيم الإجراءات التشريعية تحت عنوان (سلطة الاتحاد التشريعية)، ولكن إلحاق اختصاص تشريعي باختصاص آخر يعني انقطاعاً منهجياً. وبالإضافة إلى ذلك، وفيما يتعلق بالوضع القانوني القديم، فقد تم الاعتراف بأن المادة 84 الفقرة 1 من القانون الأساسي لا تحتوي على اختصاص تشريعي. لم توضح الهيئة التشريعية المعدلة أنها تريد الامتناع عن هذا المخطط التنظيمي. صحيح أن نص المادة 84 الفقرة 1 من القانون الأساسي لا يمكن تفسيره على أنه اختصاص تشريعي⁽¹⁾.

ومع ذلك فإنه حالات استثنائية يمكن للاتحاد وبسبب حاجة خاصة على الصعيد الوطني، تنظيم الإجراءات الإدارية دون إمكانية الانتقاص بالنسبة للولايات أو تتطلب هذه القوانين موافقة المجلس الاتحادي⁽²⁾. ومع ذلك، إذا فعلت السلطة الاتحادية ممارسة "حق العودة"، فإن القانون الاتحادي لا يدخل حيز التنفيذ إلا بعد فترة لا تقل عن ستة أشهر على الأقل من إعلانها في الجريدة الرسمية للقانون الاتحادي حسب المادة 84 فقرة 1 الجملة 3 من القانون الأساسي. ووفقاً للجملة 5 من نفس المادة، يمكن للحكومة

(1) Holger Schmitz und Geograph Christian Müller, Op.Cit. S.460.

(2) Thomas Meysen, Föderalismusreform: Folgerungen für die Kinder- und Jugendhilfe, AGJ (Hg.): Berlin, 2006, S.60

الاتحادية توجيه تعليقات استثنائية إلى الولايات وهذا لا يتم إذا كانت الحالة عاجلة، وكل هذا بحاجة إلى موافقة المجلس الاتحادي⁽¹⁾.

ولكن إذا كانت لدى ولاية معينة لائحة مختلفة للإجراء الإداري الاتحادي، وأنه لاحقاً صدر قانون اتحادي حول تغييرات في الولاية المعنية، فإن هذا القانون لا يدخل حيز التنفيذ إلا بعد ستة أشهر لكي يمكن للولاية الرد على التغييرات بموجب القانون الاتحادي وإعادة تعريف الأفكار في قانون الولاية. استثناءات لهذا الوضع ممكنة وذلك بتحديد المواعيد النهائية للتنفيذ ولكن مشروطة بموافقة المجلس الاتحادي⁽²⁾، ولكن في حالة وجود (تنازع في التشريع التناقسي)، على سبيل المثال، عندما يكون هناك قانون اتحادي وكذلك قانون خاص بالولاية، حيث يتم حل هذا التنازع من خلال 31 من القانون الأساسي الألماني لصالح "القانون الاتحادي الألماني": "التي تنص على أن: "التشريعات الاتحادية مقدمة على تشريعات الولايات"، أي بعبارة القانون الاتحادي ومن حيث التسلسل الهرمي للقواعد هو في القمة، والمقصود هنا أن القانون الاتحادي بأكمله هو فوق دساتير الولايات لذلك تنتهي صلاحية قانون الولاية أمام القانون الاتحادي وبالتالي فإن الأولوية هي لهذا القانون الأخير⁽³⁾.

وعلى الرغم من ذلك تنص المادة 72، الفقرة 3، من القانون الأساسي على صلاحية الانحراف التشريعي عن القانون الأعلى مرتبة ولكن فقط عن طريق إصدار تنظيمية مغايرة للقانون الاتحادي وفي مجالات محددة (كالصيد، الطبيعة، التعليم العالي... الخ)، وهذا يعني تجاوز حالة تنازع القوانين في المادة 31 من القانون الأساسي، حيث تكون القاعدة هنا هي أن: الأولوية للتشريع اللاحق، أي القانون الأخير له الأسبقية، ولا يهّم ما إذا كان هذا هو قانون اتحادي أو قانون الولاية⁽⁴⁾. ولكن يجب ألا يكون هذا أيضاً أولوية

(1) Reinhard Joachim Wabnitz, *Föderalismusreform: Folgerungen für die Kinder- und Jugendhilfe*, AGJ (Hg.): Berlin, 2006, S.43

(2) Tanja Grüner, *Die Kinder- und Jugendhilfe nach Verabschiedung der Föderalismusreform Neuregelungen des Grundgesetzes mit Auswirkung auf die Kinder- und Jugendhilfe, Gesetzesbegründungen, Erläuterungen und Exkursen zur Verfassungsreform, Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ Berlin 2006 S.28. auf der webseite;*
https://www.agj.de/uploads/media/AGJ_Foederalismus_elektronischeverteilung.pdf

(3) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدولة)، منشورات مركز البحوث القانونية، رقم 3، بغداد، 1981، ص ص 280-281.

(4) يُنظر هامش رقم 15 أعلاه حول الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي الألماني لعام 1949.

للمصلاحية، بل هي أولوية التطبيق فقط، بحيث يستمر وجود المعيار الذي تمّ استبداله وستتم إعادة تطبيقه تلقائياً إذا تمّ إلغاء المعايير الأخرى. ومن أجل منح الولايات الوقت المناسب لصياغة قوانين منحرفة، تدخل القوانين الاتحادية التي تمّ سنّها عن طريق التشريعات المتنافسة والتي قد تنحرف عنها الولايات، حيز التنفيذ بعد ستة أشهر من إصدارها على أقرب تقدير، وفقاً للمادة 72 الفقرة 3 الجملة 2 من القانون الأساسي ولا يمكن الدخول المبكر للقانون حيز التنفيذ ولكن في الحالات العاجلة وبسبب المواعيد النهائية للتنفيذ بموجب القانون الأوروبي يمكن الاتفاق على تنفيذ مبكر بشرط استحصال موافقة المجلس الاتحادي.⁽¹⁾

إذاً، تمثل القاعدة اللاحقة (وهي تحتوي على مفتاح السؤال حول أي قانون يجب تطبيقه في حالة انحراف الولايات أو تسوية الحكومة الفيدرالية) هي التي تنظم العلاقة بين القانون الاتحادي وقانون الولاية.⁽²⁾ ومع ذلك، سرعان ما ظهر الاتهام بأن هذا البناء هو عكس القاعدة الأساسية للمادة 31 من القانون الأساسي (القانون الاتحادي له الأولوية على قانون الولاية)، وكان بخلاف ذلك مخالفاً للنظام أيضاً كما أشرنا إليها من قبل. وهذا يعني أن مسألة تأثيرات الاختصاصات الجديدة في الانحراف من جهة على العلاقة بين الحكومة الاتحادية والولايات ومن جهة أخرى على نظام تنازع القوانين هو موضوع مبرمج مسبقاً.⁽³⁾

وهذا يعني على وجه التحديد أن البوندستاغ (المجلس النيابي الاتحادي) يصدر قانوناً يبدأ نفاذه عادةً في أقرب وقت ممكن بعد ستة أشهر من إصداره، وهذا يمنح الولايات الوقت للتفكير في تشريعاتها المختلفة. على سبيل المثال، تستفيد ولاية بافاريا وولاية ساكسونيا من إمكانية التشريع هذه بطرق مختلفة، فمثلاً يوجد في ولاية بافاريا وضع قانوني مختلف عن ولاية ساكسونيا، ويختلف الوضع القانوني في هاتين الولايتين عن الوضع في الولايات الأربع عشرة الأخرى، التي لم تصدر قانوناً مختلفاً، وإذا أصدر

(1) رولاند ستورم، التعاون في الفيدرالية الألمانية، متاح على الشبكة الإلكترونية الآتية : <https://www.bpb.de/izpb/159339/zusammenarbeit-im-deutschen-foederalismus>

(2) Isabelle Béatrice Krapp، Die Abweichungskompetenzen der Länder im Verhältnis zum Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG، Op.Cit،S.18.

(3) Ibid،S.338.

البوندستاغ مرةً أخرى قانوناً جديداً بشأن القضية نفسها، فسيتم تطبيق ذلك أيضاً في البداية على ولايتي بافاريا وساكسونيا إذا لم تنحرف هذه الولايات مرةً أخرى. حتى الآن، لم يتم استخدام هذا النوع الجديد من التشريعات بشكل واسع، فعلى سبيل المثال من خلال القواعد الخاصة بكل الولاية في قانون الصيد أو عند تصميم المزايا الاجتماعية. هذا الاستخدام الاقتصادي ليس مفاجئاً، لأن مجالات التشريع التي يُسمح بها بـ "الانحراف" محدودة من ناحية، ومن ناحية أخرى، هناك تفضيل عام للحلول الوطنية الموحدة في السياسة الألمانية. والوضع القانوني في هاتين الولايتين يختلف عن ذلك في الولايات الـ 14 الأخرى، التي لم تصدر قانوناً.⁽¹⁾

وضعت الحكومة الاتحادية بعد ذلك تشريعاً جديداً لتنفيذ التوجه الأوروبي، ويكون له (القانون الجديد) الأسبقية على قانون الولاية، حيث يمكن للولايات أن تنحرف عنه في إطار متطلبات الاتحاد الأوروبي ومع ذلك فإن هذا الوضع يجعل الأمور أكثر تعقيداً بعض الشيء، وهناك استثناءان هما: مبادئ الحفاظ على الطبيعة، وحق الأنواع والمحافظة على البيئة، لا يُسمح بأي انحراف سيتم تقديم التشريع المخالف للمادة 72 الفقرة 3⁽²⁾، التي كانت في السابق تشريعات إطارية. وهذا يعني أنه يمكن للولايات "الوصول" إلى أجزاء معينة ومحددة بدقة من القوانين الاتحادية من خلال قانون الولاية. والقاعدة التي تنص على أن "القانون الاتحادي يخرق قانون الولاية" في هذه الحالات، لم تعد سارية بدلاً من ذلك يكون لقوانين الولاية الأولوية، ويظل القانون الاتحادي ذو الصلة ساري المفعول ويستمر في التطبيق في تلك الولايات التي لا ترغب أو غير قادرة على سنّ قوانين منحرفة. ويبقى أن نرى ما إذا كان ستحدث التجزئة القانونية. إن قانون عدم التقيد يمنح الفرصة للحفاظ على الاختصاصات الاتحادية أو توسيعها دون الحاجة بالضرورة إلى موافقة المجلس الاتحادي، وفي نفس الوقت تبقى للولايات اختصاصاتها الخاصة في المجال ذي الصلة⁽³⁾. وعلى عكس حالة (المادة 72 فقرة 1) من القانون الأساسي، فهي مسألة أولوية على القانون الاتحادي، ولكن ليست انتقاصاً منه، لأنه يشكل تركيبة لها أولوية التطبيق مع إعطاء الأولوية للقانون للاتحاد الأوروبي وإلى الأنظمة القانونية

(1) Sturm, Ebd.

(2) Petter Schade, Grundgesetz mit Kimmentierung, op. Cit.S.196.

(3) Ebd

للولايات⁽¹⁾. وبغض النظر عن الأهلية الأخرى للقرار التنافسي، تم تعليق المادة 31 من القانون الأساسي في هذا الصدد، ومع ذلك هناك احتمال مماثل للانحراف مرة أخرى في حالة إذا كان المجلس التشريعي للولاية قد أصدر الآن لائحة، فإن الحكومة الاتحادية لها الحرية مرة أخرى في إصدار لائحة أخرى تنحرف عن ذلك. وهذا بدوره له الأسبقية باعتباره لائحة لاحقة للوائح التي تم سنّها سابقاً بموجب قانون الولاية على عكس الانحراف عن الولايات، تنطبق الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي هنا، والتي بموجبها لا تدخل هذه اللوائح الاتحادية حيز التنفيذ إلا بعد ستة أشهر، ما لم يتم تحديد خلاف ذلك بموافقة المجلس الاتحادي (البوندسرات).

وبعد كلّ هذا فقد خلقت عن "عمد" منافسة بين الاتحاد والولايات، والتي لم يتمّ تغطيتها حتى الآن من خلال المفهوم السابق للتشريعات المنافسة، تمّ إنشاؤها في الفقرة 3 من المادة 72 من القانون الأساسي. في المجالات المقابلة هناك "اختصاص مزدوج كامل" من الحكومة الاتحادية وحكومات الولايات. إذن، بسبب هذا التعارض في القواعد بين الحكومة الاتحادية والولايات، من المتوقع بروز مجموعة متنوعة من المشاكل.⁽²⁾

بعد الإصلاحات الدستورية الفيدرالية لعام 2006، أصبحت الولايات تطالب باختصاصات تشريعية حصرية عن طريق اختصاص عدم التقيد (الانحراف التشريعي). ولكن بعد ذلك سيتمّ التغاضي عن استمرار تطبيق أحكام التشريع المنافس (المادة 72، الفقرة 1 من القانون الأساسي) بالطريقة المقررة: بقدر ما تنظم الحكومة الاتحادية مناطق جزئية فقط، فإن الأمر يتطلب قانوناً تكميلياً للولاية، وهذا الشيء ليس بمسألة "حق الانحراف"، بل وفي هذه الحالة تستخدم الولايات حقها في التنافس على التشريع بموجب المادة 72، الفقرة 1 والمادة 74 من القانون الأساسي، ولكن يتم حظر الاختصاص التشريعي للولايات فقط وفقاً للمادة 72، الفقرة 1 من القانون الأساسي، طالما أنّ الاتحاد قد استخدم اختصاصه التشريعي في حدود معينة⁽³⁾.

إنّ الوضع القانوني في هذه الحالة لا يطرأ عليه أي تغيير، حتى لو أنّ الهيئة التشريعية الاتحادية قد نظمت الأمر عن طريق القانون الاتحادي واعتبرت أن القانون هو الحاسم في

(1) Neumeyer, Op.Cit, S.165

(2) Ebd, S.165

(3) Holger Schmitz und Geograph Christian Müller, Op.Cit.S.458.

هذا المجال، وحسب قضاء المحكمة الدستورية الاتحادية، فإن أي قانون يصدر عن الولايات ومجالسها التشريعية يجب أن يكون مطابقا مع القوانين الاتحادية أو لا يناقضها على الأقل. فإذا أصدرت الهيئة التشريعية الاتحادية قوانين اتحادية ملزمة (أي أنها تعتبر اللائحة التي تم سنّها نهائية)، فإن الهيئات التشريعية للولايات لا يجوز لها أن تصدر لوائح تكميلية لها على أساس الاختصاص التشريعي المتنافس⁽¹⁾.



(1) Ibid،Ebd

الاستنتاجات

يمكن تلخيص النتائج الرئيسية لموضوع الانحراف التشريعي على النحو التالي:
1. تظهر النظرة التاريخية السياسية الألمانية أن الاختصاصات التي يجب أن تنحرف هي نتاج مناقشة مكثفة لمختلف الأطراف ذات المصلحة مع تعزيز الفيدرالية وخاصة برلمانات الولايات.

2. أهداف إصلاح الفيدرالية الألمانية واضحة تتعلق بوجود خيارات لرد فعل مرن للظروف المتغيرة وبدون عراقيل. وفي مسائل التعاون في العملية التشريعية فغن صلاحيات الانحراف التشريعي في نواحي مختلفة تصبح عادلة إذا لم يتم إساءة استخدامها. ولأول مرة، وعن طريق الإصلاح الفيدرالي تم تثبيت العناصر التي تعزز المنافسة في مواضع مبينة في القانون الأساسي

3- فيما يخص النص الجديد (الفقرة 3 من المادة 72) من القانون الأساسي فيلاحظ أنّ هناك تغييرات كبيرة قد حصلت أثناء مقارنتها مع النص القديم لنفس الفقرة من نفس المادة وقبل الإصلاح الدستوري 2006.

ولأنّ، بموجب الفقرة 3 من المادة 72 قبل الإصلاح، كانت سلطات الولايات تصدر قوانين في حالات التي لا توجد فيها أي ضرورة إلى إصدار التشريع من قبل السلطة الاتحادية. ولكن في الحالة التي فيها ضرورة لإصدار تشريع اتحادي، فإن الاتحاد سيكون هو الطرف الوحيد الذي يستطيع القيام بإصدار القوانين وليست الولايات بذاتها، أو بعبارة أخرى نستطيع أن نقول بأنّ السلطة الاتحادية هي الأولى بدلاً من الولايات بأن تقوم بسنّ القوانين استناداً إلى ما ورد في الفقرة (2) من المادة (72) والتي تشمل الحالات الآتية:

1- إذا كان، وإلى الحد الذي يجعل العمل في سبيل التوصل إلى ظروف حياتية متكافئة في مناطق الاتحاد.

2- يجعل الحفاظ على الوحدة القانونية والاقتصادية في مصلحة شمولية للدولة. أمّا خارج إطار هاتين النقطتين فإنه سيكون على مستوى الولايات ولاحتجاج سوى تشريعات تصدرها الولايات.

ولكن بموجب الفقرة 3 من المادة نفسها بعد الإصلاح الدستوري، إذا مارست الحكومة الاتحادية اختصاصاتها التشريعية، فتعطي نفس الصلاحيات أو الحقوق للولايات

في أن تصدر القواعد التنظيمية المغايرة، أي بمعنى أنّ القانون الأساسي أعطى الولايات فرصة لاعتماد أنظمة مختلفة في مجالات كانت سابقاً تقع ضمن أطر التشريع الاتحادي السابق. وبذلك لا يمكن للحكومة الاتحادية أن تقوم بالتشريع لأن ذلك من اختصاصات الولايات، وتكون هذه المجالات هي التي للولايات الحق فيها أن تسنّ أو تصدر القوانين إذا اقتضتها مصالحها. وحينما تقع مهمة إصدار هذا القانون على عاتق السلطة الاتحادية، وإذا لم تقم بواجبها فإن هذا الحق يُعطى للولايات بذاتها وتكون عملية إصدار القانون بعد مرور (6) أشهر على إصدارها سارية المفعول بحدّ ذاتها وذلك بموافقة المجلس الاتحادي (البوندسرات Bundesrat-) فيما إذا لم تقم الأخيرة بإصدار قرار معاكس.

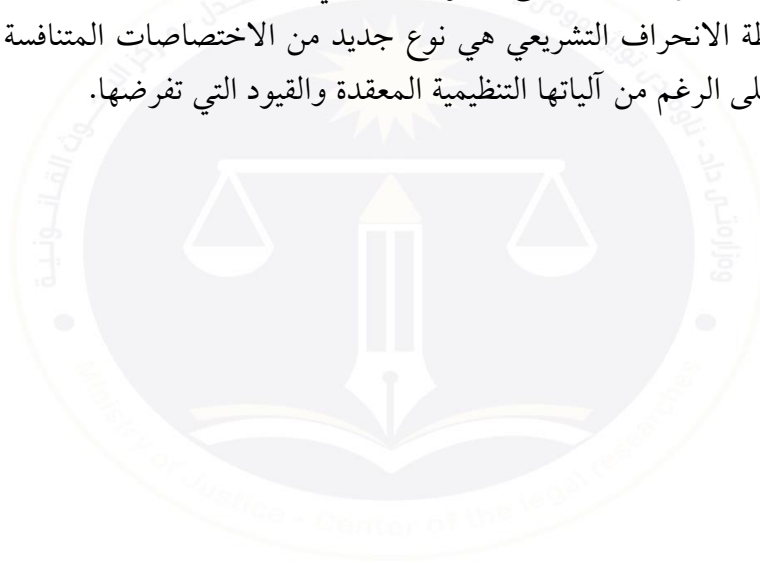
وإذا لم تسنّ السلطة الاتحادية قوانين في هذه المجالات، تحصل الولايات تلقائياً على الاختصاص التشريعي، بمعنى أنّه يمكن للولايات أن تصدر لائحة تنحرف عن التشريع الاتحادي، في مجالات منها: تراخيص الصيد، مبادئ الحفاظ على الطبيعة، حقوق الأنواع والحفاظ على الطبيعة البحرية والأحكام المتعلقة بتوازن المياه... الخ.

4- إن تعزيز الولايات هو الهدف الأساسي في الإصلاح الفيدرالي، ومع ذلك فإن سلطات التقييد يمكن أن تنصف كليهما، كبناء جديد في القانون الأساسي، يقدمون نهجاً مريحاً للعلاقة بين القانون الاتحادي وقانون الولاية، التي لم تعد سارية دون قيود وفقاً للمادة 31 من القانون الأساسي.

وكذلك يمكن للولايات الاتحادية سن قوانين مختلفة عندما يتعلق الأمر بتنظيم تنفيذ القوانين الاتحادية في المناطق التي يمكن للولايات أن تنحرف فيها عن التشريع الاتحادي والغرض منه هو إعطاء الولايات مساحة أكبر لتنفيذ أفكارها من خلال تشريعاتها الخاصة، ولكن من الواقع التطبيقي نلاحظ أنّه لا يجوز أن يُستمد الاختصاص التشريعي للولايات فيما يتعلق باللوائح التكميلية من اختصاص الانحراف التشريعي بموجب المادة 72 (3) من القانون الأساسي، لأنه لا يوجد هنا حقّ الانحراف التشريعي. وبالفعل فقد منعت الهيئة التشريعية للولايات من إصدار قوانين إضافية يفصل القوانين واللوائح الفدرالية مع أنّ اللوائح التفصيلية هي لا تعني الانحراف المقصود والوارد في المادة 72 الفقرة 3 من القانون الأساسي لأن الهيئة التشريعية للولايات لا تتعدّى الحدود التي أقرّها التشريع الاتحادي ولا تقرّر لوائح تخالف أو تتناقض في المضمون مع القوانين الاتحادية. ومن ناحية أخرى سيكون المحتوى التنظيمي للقانون الاتحادي وقانون الولاية المكرر

متطابقين تماماً ومع ذلك فإن سنّ قانون الولاية الذي يكرر فقط القانون الاتحادي مستبعد قانوناً، إذا استفادت الحكومة الاتحادية من اختصاصها التشريعي وبقدر هذه الاستفادة لا يمكن للولايات سوى اعتماد لوائح تخرج عنها القوانين الاتحادية، وفقلاً للمادة 72 الفقرة 3 من القانون الأساسي. وحيث لا يوجد اختصاص تشريعي لاعتماد لائحة مماثلة، أي اللائحة التي لا تحتوي على أية انحرافات، سيكون قانون الولاية لاغياً وباطلاً بسبب نقص الاختصاصات التشريعية ولذا يبقى القانون الاتحادي سارياً.

5- سلطة الانحراف التشريعي هي نوع جديد من الاختصاصات المتنافسة في الدولة الفيدرالية، على الرغم من آلياتها التنظيمية المعقدة والقيود التي تفرضها.



قائمة المصادر

أ/ المصادر باللغة العربية

أولاً: الدساتير

القانون الأساسي الألماني 1949

ثانياً: الكتب

1. سري حارث عبد الكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا، ط1، المركز العربي، 2020
2. د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، 2010.
3. د. منذر الشاوي، في الدستور، مطبعة العاني، بغداد، 1964.
4. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية-دراسة تطبيقية في مصر، ط1، ج1، دار الكتب المصرية، 2006
5. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
6. د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري والأنظمة الدستورية، ط1، دار الفكر العربي، 1993.
7. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

ثالثاً: الدراسات

- 1- د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، 1952.
- 2- د. عثمان سلمان غيلان العبودي وعدنان فاضل بارة الحسناوي، فرضية عيب الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء والنظرية والتطبيق، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 19، العدد 2، 2017.
- 3- د. أفين خالد عبدالرحمن وسعدية مجيد ياسين، المعالجة القضائية للإغفال التشريعي، منشورة في مجلة (المجلة السياسية والدولية)، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد.
- 4- د. حيدر محمد حسن، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي

فِي القانون الوضعي، في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية القانون، العدد الرابع، السنة السابعة، العراق، 2015.

رابعاً: الأطاريح والرسائل

1- د. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، 1988.

2- مريم ماجد حمد صالح، اثر القصور الدستوري على حماية حقوق الإنسان، رسالة الدبلوم العالي في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهدين، بغداد 2018.

خامساً: المحاضرات الجامعية (الدراسات العليا):

د. شورش حسن عمر، محاضرات عن (الانحراف التشريعي)، القيت على طلبة الدراسات العليا (دكتوراه) كلية القانون والسياسة، قسم القانون العام، جامعة السليمانية، 2019.

سادساً: ورقة علمية:

د. عبدالعزيز سالم، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، عُرضت هذه الورقة في ندوة نظمتها وحدة أبحاث القانون والمجتمع بالجامعة الأميركية بالقاهرة، نشرت "منشورات قانونية" هذه الورقة بإذن خاص من مجلة المحكمة الدستورية العليا، سبق نشرها في العدد الخاص الصادر بمناسبة اليوبيل الذهبي للقضاء الدستوري

https://mansurat.org/node/66837?fbclid=IwAR3U2LuiGHHMISz9Qy0dof7QIP-vQZqmSvlu0VYw1rv78G1eDlrTNbe1TRM، متاح على العنوان الإلكتروني الآتية

ب/المصادر باللغة الألمانية:

First: Bücher) Books

1. Tanja **Grüner**، Die Kinder- und Jugendhilfe nach Verabschiedung der Föderalismusreform، Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe، AGJ (Hg.): Berlin 2006.
2. Cherneva Boyka **Ivaylova**، Legal Security as a Principle in Lawmaking, in: Globalization, the State and the Individual, No 2(14)/2017, Pp. 23–29 (p.25).
3. Thomas **Meysen**، Föderalismusreform: Folgerungen für die Kinder- und Jugendhilfe, AGJ (Hg.): Berlin, 2006.

4. Isabelle Béatrice **Krapp**, Die Abweichungskompetenzen der Länder im Verhältnis zum Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG.

Wissenschaftlicher Verlag Berlin Olaf Gaudig & Peter Veit GbR 2015.

5. Christoph **Neumeyer**, Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG, Duncker & Humblot GmbH; Berlin, 1. Auflage (1 Jan. 1999).

6. Alexander Petschulat, David Weghake, Felix Dallmann, Hendrik Schoen, Abweichungsgesetzgebung im Naturschutzrecht, Münster 2014

7. Alexander **Petschulat**, David **Weghake**, Felix **Dallmann**, Hendrik Fritz W. **Scharp**, Recht und Politik in der Reform des deutschen Föderalismus, MPIfG Working, Köln, 2006.

8. Ernst Hasso **Ritter**, Das uneingeschränkte Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 GG.

9. Petter **Schade**, Grundgesetz mit kommentierung, 9. aktualisierte Auflage, Walhalla Fachverlag, Regensburg, 2012.

10. Fritz W. **Scharp**, Nicht genutzte Chancen der Föderalismus, in: Christoph Egle und Reimund Zohlhörer (Hrsg.), Ende des rot-grünen Projektes. Eine Bilanz der Regierung Schröder 2002-2005, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1. Aufl., Jannar 2007, Wiesbaden.

11. Fritz W. **Scharp**, Recht und Politik in der Reform des deutschen Föderalismus, MPIfG Working, Köln, 2006.

12. Heike **Schmid**, Reinhard **Wiesner**, Die Kinder- und Jugendhilfe und die Föderalismusreform, AGJ (Hg.): Berlin, 2006.

13. Holger **Schmitz** und Geograph Christian **Müller**, Das Raumordnungsrecht nach der Föderalismusreform, Raumforschung und Raumordnung | Spatial Research and Planning Published by Springer Verlag, 2007.

14. Reinhard Joachim **Wabnitz**, Föderalismusreform und Kinder- und Jugendhilferecht, AGJ (Hg.): Berlin, 2006.

15. Roland **Wagner**, Die Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen Von Bund und Ländern, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

16. Reinhold **Zippelius**, Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie. 6. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2012

Second: internet websites

1. Annette Elisabeth Töller und Ulf Roßegger, Auswirkungen der Abweichungskompetenz der Länder Methodische Überlegungen und erste Resultate am Beispiel des Naturschutzrechts, in: Z Vgl Polit Wiss.

<https://doi.org/10.1007/s12286-018-0400-2> (13.06.2022)

2. Roland Sturm, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern bei der Gesetzgebung, 2009, auf der Webseit:

<https://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-demokratie/39356/kompetenzverteilung>

3. Tanja Grümer, Die Kinder- und Jugendhilfe nach Verabschiedung der Föderalismusreform Neuregelungen des Grundgesetzes mit Auswirkung auf die Kinder- und Jugendhilfe, Gesetzesbegründungen, Erläuterungen und Exkursen zur Verfassungsreform, Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ Berlin 2006 S.28. auf der webseits;

https://www.agj.de/uploads/media/AGJ_Foederalismus_elektronischeverteilung.pdf

محاضرات باللغة الألمانية:

Arthur Benz, TU Darmstadt, Kooperativer Föderalismus am Beispiel der Wissenschaftspolitik – die politikwissenschaftliche Perspektive, Vortrag auf der Tagung „Perspektiven der Zusammenarbeit von Bund und Ländern auf dem Gebiet der Wissenschaftspolitik“ des Vereins für Wissenschaftsrecht e.V. am 30.11. 2012 in Mainz.

أرثر بنز (Arthur Benz) محاضرة في مؤتمر "آفاق التعاون بين الحكومة الاتحادية والدول في مجال السياسة العلمية" في 30 نوفمبر 2012 في ماينز، متاح على العنوان الإلكتروني الآتية

: <https://www.verein-wissenschaftsrecht.de/data/file/benz.pdf>

الملخص

الدولة الاتحادية الألمانية Bundesstaat تتضمن وجود السلطة الاتحادية وسلطات الولايات وكل منهما يتمتعان بالاختصاصات التشريعية والتنفيذية والقضائية وحسب ما هو محدد في القانون الأساسي الألماني لعام 1949.

وحسب الإصلاح الفيدرالي الألماني لعام 2006 بدأت مرحلة جديدة من توزيع الاختصاصات التشريعية ما بين الاتحاد والولايات وتمحّص عنه إبراز مسألة (الانحراف التشريعي) بحيث أصبح مسموحاً به، وهو حالة فريدة من نوعها في الدول الفيدرالية ودساتيرها، وفق المادة 72 الفقرة 3 من القانون الأساسي. في هذه الدراسة سوف نركز على مسألة (الانحراف التشريعي) في القانون الأساسي وذلك في مبحثين هما: المبحث الأول: الانحراف التشريعي، المبحث الثاني: الإطار العام للانحراف التشريعي في القانون الأساسي الألماني ونحاول أن نقدم البعض من الاستنتاجات بهذا الشأن ومن أهمها:

أنّ هناك تغييرات كبيرة طرأت على المادة (72 الفقرة 3) بعد الإصلاح الدستوري، حيث إذا مارست الحكومة الاتحادية اختصاصاتها التشريعية، فتعطى نفس الصلاحيات أو الحقوق للولايات حسب قانون أن تُصدر قواعد تنظيمية مغايرة، أي بمعنى أنّ القانون الأساسي أعطى الولايات فرصة لاعتماد أنظمة مختلفة في مجالات كانت سابقاً تقع ضمن أطر التشريع الاتحادي السابق. وبذلك لا يمكن للحكومة الاتحادية أن تقوم بالتشريع لأن ذلك من اختصاصات الولايات، وتكون هذه المجالات هي التي للولايات الحقّ فيها أن تسنّ أو تصدر القوانين إذا اقتضتها مصالحها. وهذه هي مغزى (الانحراف التشريعي) المنصوص عليه في القانون الأساسي الألماني لعام 1949.

پوخته

له دستوری دهولتهی ئهلمانیای یهکگرتوودا، یاسای بنهپهتی ئهلمانیای بۆ سالی 1949 (دهستوری ئهلمانیای - بهرکار) دانی ناوه به بوونی ههردوو دهسهلاتی ناوهند ودهسهلاتی ههريمه فيدراليهکان، ههريهکيک لهه دوو دهسهلاته، بهشيوهی جياواز وسهريههخو، خاوهنی تاييهتکاریهکانی (ياسادانان وجييهجیکردن و دادوهری) ن.

وههپهتی چاکسازی فيدرالی (الاصلاح الفيدرالي) ئهلمانی بۆ سالی 2006 قوناغیکي تازه لهدابهشکردنی تاييهتکاری ياسا دانان له نيوان ناوهند و ههريمهکاندا دهستی پیکرد، چونکه لهه قوناغهدا بابهتیکي گرنگ هاته ئاراهه که بریتیه له (لادان له ياسادانان - الإنحراف التشريعي)، ئهههش بهپهتی مادهی (72) برکهی (3) له یاسای بنهپهتییدا ریگهی پیدرا . ئههه بارو دۆخیکي ناوازهیه له دهستوری دهولتهانی فيدرالییدا. ههريه بۆیه لهه تويزينهويه دا جهخت دهکهنهوه لهسهريه بابهتی (الإنحراف التشريعي)، له یاسای بنهپهتی ئهلمانییدا، ئهههش له میانهی دوو باس دا؛ باسی یهکهه، تاوتوی (لادان له ياسادانان - الإنحراف التشريعي) دهکات، بهلام له باسی دووههه تيشک خراوهته سهريه (چارچيهه گشتی لادان له ياسادانان له یاسای بنهپهتی ئهلمانییدا) ، وه لههباريههوه ههولمان داوه ههنديک دهر ئههناج بههينه روو، له گرنگترینیان:

-گۆرانکاریهکی گهوره بهسهريه مادهی (72) برگهی (3) دا هاتوهه دواي ههههاری دهستوری (چاکسازی فيدرالی) ، ئهگهر چی بهپهتی یاسای بنهپهتی دهسهلاتی ناوهند پيادهی تاييهتکاری یاسادانی تاييهت به خوئی دهکات، له ههههه کاتدا دهسهلات وماف دههههههه ههريههههه وهههههههه پیدهههههه که ریسهی ریخستهی جياواز دهرهههه لهه بوارانهی که پيشتر له چوارچيههه تاييهتکاری یاسادانانی ناوهند دا بوون . ئههههش مانای ئهويهه که چيتر دهسهلاتی ناوهندی ناتوانی یاسا دهرهههه لهه بوارانهی که له برگهی (3) ی مادهی (72) دا هاتوهه، به لکو ئهوه بووه به بهشیک له تاييهتکاری یاسادانانی ههريهههههه.

Abstract

Legislative deviation in federal constitutions: a study of the German Basic Law 1949

The German Federal State (Bundesstaat) includes the existence of the Federal Power and the Powers of the States (Länder), both of which have legislative, executive, and judicial powers as defined in the German Basic Law (Grundgesetz) of 1949.

According to the German Federal Reform of 2006, a new phase began in the distribution of legislative competencies between the union (Bund) and the states (Länder), and it resulted in highlighting the issue of (legislative deviation) so that it became permissible, it is a unique case in the federal states and their constitutions, according to Article 72, Paragraph 3 of the Basic Law. In this study, we will focus on the issue of (legislative deviation) in the Basic Law in two sections: The first topic: Legislative deviation, the second topic: the general framework of legislative deviation in the German Basic Law and we try to present some of the conclusions in this regard, the most important of which are:

Major changes in Article (72, Paragraph 3) have been occur after the constitutional reform, where: If the federal government exercises its legislative powers, the same powers or rights are given to the states(Länder) according to the law to issue different organizational rules, meaning that the Basic Law gave the states(Länder) an opportunity to adopt different regulations in areas that were previously within the frameworks of the previous federal legislation. Thus, the federal government cannot legislate because this is one of the jurisdictions of the states (Länder), and these areas are in which the states (Länder) have the right to enact or issue laws if their interests require them. This is the meaning of (legislative deviation) stipulated in the German Basic Law of 1949.

التنظيم القانوني لمبدأ العدالة الاجتماعية وضماناته (*)

أ.د. خاموش عمر عبدالله (**)

المستشار القانوني في برلمان إقليم كردستان

د. محي الدين حسن يوسف (***)

عضو برلمان إقليم كردستان

ریکخستنی یاسایی پرهنسیپی دادپهروهری کومه لایهتی و گهره ننتیه کانی

پ.د. خاموش عمر عبدالله

راویژکاری یاسایی پههلهمانی کوردستان

د. محي الدين حسن يوسف

ئهندامی پههلهمانی کوردستان

Legal regulation of the principle of social justice and its guarantees

Prof. Dr. Khamosh Omar Abdullah

legal advisor in the Parliament of the Kurdistan Region

Dr. Mohieddin Hassan Youssef

member of the Kurdistan Parliament

تاریخ قبول النشر: 2022/11/2

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/8/9

(**) xamoshomar@yahoo.com

(***) muheadinhassan@gmail.com



التنظيم القانوني لمبدأ العدالة الاجتماعية و ضماناته

أ.د. خاموش عمر عبدالله

المستشار القانوني في برلمان إقليم كردستان

د. محي الدين حسن يوسف

عضو برلمان إقليم كردستان

الكلمات المفتاحية:

العدالة الاجتماعية، الدستور، الضمانات

كليله ووشه:

دادپەر وهری کۆمه لایهنتی، دهستور، گهرهنتی

key words: social justice, constitution, guarantees

مقدمة

تتضمن الدساتير مبادئ أساسية متعلقة بحقوق وحریات الأفراد، ومن بين تلك المبادئ "مبدأ العدالة الاجتماعية"، وهو مبدأ شائك، لأنه يتضمن مجموعة من الحقوق والحریات الأخرى.

إلا إن معظم الحقوق والحریات العامة التي نص عليه الدستور اكتفى بوضع مبادئها، والذي يتطلب تدخلاً تشريعياً لممارسة هذه الحرية أو الحق.

ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية في تنظيم الحق والحرية، وعلى الرغم من عدم تحديد مفهوم العدالة الاجتماعية في الدساتير إلا إنه هدف من أهدافه. ولأجل تحقيقه تفترض تدخلاً إيجابياً من الدولة.

ولا يقصر لأعمال مبدأ العدالة الاجتماعية التدخل التشريعي فحسب، بل يجب أن يكون هناك ضمانة ل حمايته، ويمثل القضاء الدستوري ضمانة هامة لمواجهة الخروقات والتجاوزات التي يواجه مبدأ العدالة الاجتماعية.

أهمية البحث

تمثل أهمية البحث في تحديد مفهوم "مبدأ العدالة الاجتماعية"، كون هذا المفهوم

متغير، يتغير حسب أيديولوجية التي تتبناها الدولة، ومن ثم ينعكس هذا على المشرع بالنسبة لتنظيمه للقوانين المتعلقة به، ومدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التشريعية لتنظيم فروع هذا المبدأ، وتحديد ضمانات ممارسة هذا المبدأ.

إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في تحديد مفهوم مبدأ العدالة الاجتماعية بصورة خاصة، والمصادر التي تحتوي عليها، والحقوق والحريات الفرعية التي تتضمنها، أي تحديد الإطار الدستوري والقانوني لمفهوم العدالة الاجتماعية. وكيف يمكن تطبيق هذا المبدأ من الناحية الواقعية، وماهي العقبات التي تواجه تطبيقها. وكيف يتم التعامل مع وجود هذا المبدأ في الدستور، وإغفال المشرع لتنظيم هذه الحقوق والحريات الدستورية.

هدف البحث

إن مفهوم العدالة الاجتماعية مفهوم متشابك، يحتاج إلى التحليل. وعادة يشير الدستور إلى هذا المبدأ، كمبدأ عام، وبما إن الدستور انعكاس للسلطة السياسية، والأيديولوجية التي تتبناها تلك السلطة، فيجب أن تتمحور تلك المبدأ في فلك تلك الأيديولوجية. لذلك يهدف هذا البحث إلى تحديد مبدأ العدالة الاجتماعية، وكيفية ترجمته من مجرد نص دستوري أو نصوص دستورية إلى الواقع، والضمانات الكفيلة للتوفير العدالة الاجتماعية.

خطة البحث

اقتضت طبيعة الموضوع وضع خطة مبنية على ثلاثة مباحث، خصص المبحث الأول لدراسة مفهوم مبدأ العدالة الاجتماعية، والذي قسم إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول مفهوم المبدأ الدستوري، وافرد المطلب الثاني لدراسة مفهوم العدالة الاجتماعية. أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة التنظيم الدستوري للعدالة الاجتماعية ومضمونها وتطبيقها فتناولناه من خلال مطلبين بحثنا في الأول التنظيم الدستوري للعدالة الاجتماعية، وفي المطلب الثاني بحثنا مضمون العدالة الاجتماعية وتطبيقها. وخصصنا المبحث الثالث لدراسة ضمانات تطبيق العدالة الاجتماعية وذلك في مطلبين، تناولنا في المطلب الأول دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية في الدول المقارنة، أما المطلب الثاني فخصصناه لدور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية في العراق.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ العدالة الاجتماعية

تتضمن الدساتير عادة مجموعة من المبادئ، من بين هذه المبادئ "مبدأ العدالة الاجتماعية"، وعلى الرغم من بداية ظهورها كان كمبدأ اقتصادي بحت، إلا أنها أصبحت فيما بعد نظرية سياسية وفلسفية، وبذلك يختلف هذا المفهوم وفقاً للاتجاهات السياسية المختلفة.

وستتناول كل ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم المبدأ الدستوري.

المطلب الثاني: مفهوم العدالة الاجتماعية.

المطلب الأول

مفهوم المبدأ الدستوري

إن المبادئ القانون بشكل عام هي "مبادئ غير مشرعة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة. وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية"⁽¹⁾.

إضافة إلى المبادئ التي تحتويه الدستور، ساهم القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية المقارنة، في استخلاص العديد من المبادئ الدستورية.

ويرفض الفقه الدستوري بشكل عام وجود مبادئ عامة دستورية غير مكتوبة في الدستور، وتكون لها رغم ذلك قيمة دستورية، سواء كان مصدرها ما يسمى بقواعد (القانون الأعلى) أو نظرية القانون الطبيعي⁽²⁾. لم يشذ ذلك إلا مجموعة قليلة من

(1) د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986، ص 91.

(2) د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان، دار الجامعة، بيروت، 2000، ص 172.

الفقهاء⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف القضاء فإنه يتباين موقفه من هذا السؤال وان كان الاتجاه السائد هو ان المرجعية في مدى دستورية القانون هي لنصوص مكتوبة ذاتها، والاستثناء الوحيد في هذا المجال يتمثل في موقف المحكمة العليا الأميركية، التي تؤمن في أحكامها في مجال دستورية هذه المبادئ العليا غير المكتوبة والتي تعلق حتى على الدستور ذاته.

ان خطورة استجلاء هذه المبادئ العليا في أمريكا تكمن في ان القضاة هم الذين يحددون تلك المبادئ وفقاً لتصوراتهم، وهم الذين يقررون بالتالي ان قانوناً ما يطابقها، وان قانون آخر يتعارض معها فيعدونه بالتالي غير دستوري وبذلك يصبح القضاء هم المشرعون الحقيقيون، ويقيمون بذلك حكومة القضاة⁽²⁾.

ان واقع الحال هو ان المحكمة العليا وسعت اختصاصها حتى شمل الناحية السياسية فصارت تقدر مدى ملائمة القانون أو عدم ملائمته لظروف البيئة الاجتماعية والسياسية معتمدة في ذلك على روح القانون ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي، تلك المبادئ التي لا تعرف حدودها إلا وفقاً لما تقدره المحكمة ذاتها⁽³⁾.

في مجال الدستور، في بعض الأحيان، يصف واضعو الدستور صراحة بعض الأحكام على انها "مبادئ"، "مبادئ أساسية"، "مبادئ عامة"، وما شابه، ولكن عندما لا يكون الأمر

(1) اما العميد دكي فإنه يرى ان هناك ثمة مبادئ عليا غير مدونة في الدستور، ويرى هوريو أيضاً انه كما في فرنسا فإنه في غيرها من البلاد عدة مبادئ أساسية تعلق الدستور مقاماً وتلك المبادئ في غير حاجة للنص عليها إذ هي تعد من المبادئ المسيطرة على القانون الفرنسي. كما ان د. يحيى الجمل يرى ان هناك قانوناً أعلى، وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها... وان كل التشريعات الدستورية ذاتها يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى الذي هو من خلق النظام الاجتماعي وليس وليدة إرادة المشرع، ويرى د. عثمان خليل انه لا فرق في موضوع الدستورية بين مخالفة القانون لنص المكتوب في الدستور وحالة مخالفته لنص عرفي أو مبدأ عام مستقر في الضمير الإنساني ويعلق على الدساتير المكتوبة نفسها. لمزيد من التفصيل ينظر د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) - الجزء الأول، دار أبو المجد - مصر، 2006، ص 421-423.

(2) د. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية (دراسة مقارنة)، طبعة عام 2001، ص 583.

(3) د. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية (دراسة مقارنة في ضوء التجربة العراقية)، دار واسط للطباعة والنشر (لندن)، 1985، ص 36.

كذلك، قد يسأل مفسرو أي نص دستوري ما إذا كان يعبر عن قاعدة أو مبدأ⁽¹⁾. إن المبادئ هي معايير "أساسية"، أي قادرة على تبرير عدد من القواعد وتفقر، المبادئ هي "أسباب ظاهرة للعيان"، وبعبارة أخرى، فهي قابلة للتنفيذ، أي تخضع لعدد من الاستثناءات غير المعلنة "الضمنية" وغير المحددة، والتي لا يمكن اكتشافها إلا عند مواجهة حالة معينة محددة للتطبيق⁽²⁾.

يرى (Alexy) إن هناك تمييزاً بين القواعد والمبادئ⁽³⁾:

1- إن التمييز بين القواعد والمبادئ، وفقاً لأليكسي، لا يتمثل من حيث الدرجة فقط، بل هناك تمييز من حيث النوع أيضاً، اليكسي لم يتبنى الأسلوب التقليدي للتمييز بين القواعد والمبادئ على أساس معايير مثل مستوى العمومية (تميل المبادئ إلى أن تكون عامة، والقواعد أكثر تحديداً)، القاعدة على وجه التحديد تُسن أو تتطور بمرور الوقت، بينما المبادئ لا تكون كذلك، إن القاعدة مرتبطة بمحتوى القانون المحدد، أو هي مهم للنظام القانوني ككل، بينما تميل المبادئ أن تكون ذات أهمية أساسية، إلا إن القواعد لا تميل إلى أن تكون كذلك.

2- إن التمييز الأساسي بين القواعد والمبادئ، هو إن المبادئ هي التي تفرض ماذا يدعو اليكسي "يجب أن يكون مثالياً"، من ناحية أخرى، تصف القواعد "النقاط الثابتة من الناحية الواقعية والقانونية.

إن المبادئ "تمثل أسباباً يمكن الاستغناء عنها لأسباب أخرى"، أي انها تخضع للتوازن مع المبادئ المتضاربة الأخرى - في حين أن القواعد المفترضة، على الأقل للهولة الأولى، ليست كذلك، وعلى عكس القواعد، فإن المبادئ غير صالحة للتطبيق المباشر، بسبب شكلها المنطقي غير المشروط، وقابليتها للجدوى، وخضوعها للتوازن، لا يمكن تطبيقها مباشرة على الحالات الفردية "الملموسة" دون "تحديد" أو "تجسيد" سابق⁽⁴⁾.

إن المبادئ قد تكون مجرد "توجيهات" التي توصي السلطة التشريعية بتنفيذ الحقوق الاجتماعية.

(1) Riccardo Guastini, Applying constitutional principles, P2.
[www.researchgate.net\(2021/1/9\)](http://www.researchgate.net(2021/1/9))

(2) Riccardo Guastini, Op,Cit, P2.

(3) Mattias Kumm, Constitutional rights as principles; On the structure and domain of constitutional justice, Areview Essay on a theory of constitutional right, 2004, P577-578.

(4) Riccardo Guastini, Op,Cit, P2.

في بولندا، يعهد بتنفيذ الحقوق الدستورية إلى المشرع، وفي ألمانيا، يرى الفقه الدستوري إن الحقوق الاجتماعية هي حقوق برنامجية، يدخل تنفيذها ضمن اختصاص المشرع⁽¹⁾.

نظراً لأن المبادئ ليس لها حدود محددة للتطبيق، فكلما زاد التعامل مع الأحكام الدستورية كمبادئ كلما بدا الدستور على أنه "بلا فجوة" أو "كامل"، بمعنى إن الدستور يبدو قادراً على تنظيم أي موضوع محتمل - مهما كانت، وبالتالي، ونتيجة لذلك، فإنه يشترط أي قرار مستقبلي محتمل للهيئة التشريعية، والنتيجة الواضحة هي انخفاض حاد في السلطة التقديرية للسلطة التشريعية، وبشكل متماثل، توسيع متساوٍ للسلطة التقديرية للقضاة الدستوريين⁽²⁾.

إن مصدر مبدأ العدالة الاجتماعية، قد تكون ضمن مواد الدستور، وقد يكون في ديباجة الدستور، وقد يكون في إعلانات الحقوق كمصدر للحريات الأساسية.

ويرى الدكتور منذر الشاوي أن "روح" الدستور أو "مبادئه العامة" التي تستند عليها القضاة لإبطال القوانين هي ليست في الواقع إلا الأفكار التي يكونها القضاة أنفسهم عن الأمور الاقتصادية والاجتماعية، فالقضاة أقاموا مبادئ (هي نتيجة اختياراتهم الاقتصادية والاجتماعية) اعتبروها معياراً لتقييم "دستورية" القوانين التي يصدرها المشرع، هذا يعني أن القضاة قد أقاموا، في الواقع، دستوراً جديداً أو دستوراً قضائياً (وهو يختلف عن دستور الدولة أو الشعب) اعتبروه أساساً في تقييم ما يضعه المشرع من قوانين⁽³⁾.

وتتضمن الدساتير الحديثة، في الغالب، توطئة أو تصديراً يعتبر بمثابة مقدمة للدستور، ويضمن المشرع الدستوري هذه المقدمات بعض المبادئ والقيم والتوجهات والأهداف الأساسية التي تعد، في تقديره، بمثابة الدعائم والمرتكزات الأساسية التي تحكم وتضبط الخط السياسي العام للدولة سواء على مستوى سياستها الداخلية أو الخارجية، ومن ثم، فإن مقدمة الدستور هي وثيقة تتضمن الإعلان عن مبادئ أو حقوق أو توجهات عامة والفلسفة السياسية التي يقوم عليها نظام الحكم⁽⁴⁾.

(1) Diane Roman, Op.Cit, P

(2) Riccardo Guastini, Op.Cit, P5.

(3) د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، مكتبة القانوني - بغداد، بدون مكان وسنة الطبع، ص 18.

(4) د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة، دار

وعلى سبيل المثال، أكد ديباجة الدستور العراقي لعام 2005 على مبادئ العدالة الاجتماعية، وجاء فيها "...وانتهاج سبل التداول السلمي للسلطة، وتبني أسلوب التوزيع العادل للثروة، ومنح تكافؤ الفرص للجميع.....وتحقيق العدل والمساواة....".

المطلب الثاني

مفهوم العدالة الاجتماعية

تقوم نظرية العدالة بوصفها إنصافاً في جوهرها على فكرة خلق نوع من التوازن بين المساواة والحرية، فالمساواة في كفة الميزان التي يتم القياس وتحديد الوزن بموجبها، فيما تمثل الحرية كفة الميزان الأخرى التي توضع فيها الخيرات الأولية أي الحقوق والحريات الأساسية، ومن ثم توزيع هذه الخيرات بكيفية متساوية توزيعاً عادلاً، ولكن مع اعتبار إمكان التساهل في التوزيع لفائدة أقل انتفاعاً في المجتمع ما دامت قلة انتفاعهم ناجمة عن ظروفهم الاجتماعية⁽¹⁾.

العدالة الاجتماعية تعني حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتعتبر استحقاقاً إنسانياً يتمتع الفرد بحقوقه، ففي الجانب الاقتصادي منها تشترط مشاركة المواطنين جميعهم في العملية الإنتاجية والتنموية، أما في جانبها الاجتماعي فتعني تمكين الطبقات الفقيرة في تحسين أوضاعها الاجتماعية والاقتصادية وإبعادهم عن الإقصاء، كما لا بد من المشاركة السياسية في مؤسسات الدولة التي تصنع القرارات العامة⁽²⁾.

إن نظرية العدالة تتحدد عند البعض في محاولة الإجابة عن الأسئلة المتعلقة بإمكانية تحقيق مجتمع عادل يضمن لأفراده الحرية والمساواة، بحيث تكون الحدود المنصفة للتعاون موضع توافق بين المواطنين أنفسهم، وتتمثل مبادئ العدالة التي على أساسها سيكون التوزيع منصفاً بين أفراد المجتمع، على نحو ما أسماه جون راولز المنافع الأساسية كالحقوق والسلطات والفرص والدخل والثروة، ومخولات احترام الذات في

←

الفكر والقانون، مصر، ط1، 2014، ص3.

(1) نوفل الحاج لطيف، جدل العدالة الاجتماعية في الفكر الليبرالي، دار جداول، ط1، بيروت، 2015، ص113.

(2) سواد لعيبي، العدالة الاجتماعية على مر التاريخ، بحث منشور في مجلة الثقافة الجديدة، بغداد، العراق، العدد 241، 2021، ص55.

المبادئ التالية: المبدأ الأول: لكل شخص أن يحصل على حق مساو في أكثر أشكال الحرية شمولاً وأوسعها مدى، دون المساس بحرية الآخرين. المبدأ الثاني: يتم تسوية التفاوتات الاجتماعية والاقتصادية بحيث تكون اعظمها نفعاً لأقل المستفيدين، ويترتب عليها مراكز ومناصب متاحة أمام الجميع تحت شروط المساواة العادلة في الفرص وتكافؤها⁽¹⁾.

نشأت العدالة الاجتماعية كمفهوم في أوائل القرن التاسع عشر خلال الثورة الصناعية والثورات المدنية اللاحقة في جميع أنحاء أوروبا، والتي تهدف إلى خلق مجتمعات أكثر مساواة ومعالجة الاستغلال الرأسمالي للعمالة البشرية⁽²⁾.

ظهر مفهوم العدالة الاجتماعية لأول مرة كمفهوم اقتصادي في منتصف القرن التاسع عشر من قبل الإيطاليين⁽³⁾.

وعلى الرغم من ظهورها كمبدأ اقتصادي، إلا إن مفهوم العدالة الاجتماعية لم يبقى كمجرد مبدأ اقتصادي بحت، بل تطور المبدأ مع مرور الوقت، لتتوسع وتشمل مجالات أخرى.

وبحلول منتصف القرن العشرين، توسعت العدالة الاجتماعية من كونها مهتمة في المقام الأول بالاقتصاد، لتشمل مجالات أخرى من الحياة الاجتماعية لتشمل البيئة، العرق، الجنس، وأسباب أخرى من مظاهر عدم المساواة⁽⁴⁾.

وبذلك أصبح هذا المبدأ، مبدأً موسعاً، تتضمن في طياته مجموعة من الحقوق، تختلف قائمة تلك الحقوق من دستور إلى آخر.

في سياق القانون، قد تشمل العدالة الاجتماعية الوصول للمحاكم والتمثيل أمامها والتقييد بإجراءاتها⁽⁵⁾.

كانت العدالة الاجتماعية في البداية مذهباً للفلسفة الاجتماعية، إلا أنها الآن دخلت

(1) د.محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية-الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص154.

(2) Shridevi S.Suvarnakhandi, Social Justice provision in indian constitution, international journal of political science, Vo6, Issue3, 2020, P2.

(3) Leo Kipkogei Kemboi, Neglected social justice principles in kenyas constitution, P1. [www.Researchgate.net\(2020/4/7\)](http://www.Researchgate.net(2020/4/7))

(4) Shridevi S.Suvarnakhandi, Op,Cit, P2. Bhaswat Prakash, Concept of social justice and poor, 2021, p

(5) Social Justice and the constitution freedoms and protections, P6.

في مسألة الحكم وطغت على المجال الدستوري⁽¹⁾. من الناحية التاريخية والنظرية، فإن فكرة العدالة الاجتماعية هي أن جميع الناس يجب أن يتمتعوا بفرص متساوية للوصول إلى الثروة والصحة والرفاهية والعدالة والامتيازات والفرص بغض النظر عن ظرفهم القانونية أو السياسية أو الاقتصادية أو غيرها⁽²⁾. في الأصل، كانت فكرة العدالة الاجتماعية خاصة بالمجموعة، أي انه تم تطبيقه على شعب أو أمة معينة، بقصد معالجة آثار التسلسل الهرمي لعدم المساواة، ولاسيما عدم المساواة الموروثة⁽³⁾. العدالة الاجتماعية بشكل عام، تعني التوزيع العادل والمتساوي للسلطة والموارد والالتزامات في المجتمع على جميع الأفراد، بغض النظر عن العرق، العمر، الجنس، والخلفية الروحية⁽⁴⁾. أي إن العدالة الاجتماعية تعني المساواة في المعاملة بين جميع المواطنين دون أي تمييز اجتماعي على أساس الطبقة واللون والعرق والدين والجنس... الخ⁽⁵⁾. وبذلك هناك جانب آخر للعدالة الاجتماعية يتضمن فكرة انه يجب على كل شخص أن تكون قادراً على التمتع بالحقوق والحريات الأساسية⁽⁶⁾. العدالة الاجتماعية هي نظرية سياسية وفلسفية تؤكد أن هناك أبعاداً لمفهوم العدالة تتجاوز تلك المجسدة في مبادئ القانون المدني والجنائي، أو العرض والطلب الاقتصاديين، أو الأطر الأخلاقية التقليدية⁽⁷⁾. على الرغم من انه غالباً ما يتم تعريف العدالة الاجتماعية بشكل غير كاف، إلا انه يعتمد على مبدئين أساسيين، أولاً، يُنظر إلى العدالة الاجتماعية في المقام الأول على انها مسألة إعادة توزيع السلع والموارد لتحسين أوضاع المحرومين، ثانياً، لا يتم تقديم إعادة

(1) Shridevi S.Suvarnakhadi, Op,Cit, P2.

(2) Bhaswat Prakash, Concept of social justice and poor, 2021, p

(3) Michael Reisch, Defining social justice in a socially unjust world, Journal of contemporary human services, Vo83, Issue4, P343.

(4) Sally M.Hage, Erin E.Ring, Melaine Lantz, Social justice Theory, Division of counseling psychology, University at Albany, NY, USA, p2795.

(5) Rajat Prakash, Concept of social justice, P
www.researchgate.net(2020/5/8)

(6) Susan Kiefel, Social Justice and the constitution freedoms and protections, JCU Law review, 6, 2013, P6.

(7) Bhaswat Prakash, Concept of social justice and poor, 2021, p

التوزيع هذه على انها مسألة رحمة أو فائدة وطنية، بل هي نسبياً من باب حقوق المحرومين في تقديم مطالبات بشأن بقية المجتمع⁽¹⁾.

تجمع رؤية الاتجاهات الاشتراكية المختلفة حول الحقوق والحريات على تدخل الدولة كسلطة عامة لإعادة تنظيم العلاقات الاقتصادية، ومنع استغلال الملكية الفردية استهدافاً لتحقيق العدالة الاجتماعية⁽²⁾.

إن هدف العدالة الاجتماعية هو الوصول إلى مستوى حياتي يرتضيه كل فرد من أفراد المجتمع وتحقيق العدالة في تكاليف الحياة الاجتماعية وضممان الأمن ضد مخاطر الحياة⁽³⁾.

إن دساتير القرن الثامن عشر ضمنت بالفعل حداً أدنى من عدالة التوزيع المادية على الأقل ضمناً، إذ إن تلك الدساتير لم تكن مجردة من أحكام الرعاية الاجتماعية، حيث نص الدستور الفرنسي لعام 1791 على انه يجب على الدولة أن توفر العمل للفقراء⁽⁴⁾.

إن العدالة الاجتماعية وفق الرؤية الاشتراكية تتحقق حينما يحصل الناس على شيء مكافئ لما يقدمونه (أو حين يقدمون شيئاً مكافئاً في القيمة لما يحصلون عليه) فيما يعرف بمبدأ الاستحقاق، إذ تساوي جميع أفراد مادام كل واحد منهم يضمن أن يتمتع بالحرية ضمن نطاق من التصرفات التي تقيدها حدود حريات الآخرين، وحين تتماثل قيم المكاسب والخسائر التي تكون من نصيب أفراد المجتمع مع قيم المكاسب أو الخسائر التي يكونون سبباً لها⁽⁵⁾.

إن العديد من دساتير الدول الصناعية الغربية نص على الحقوق الاجتماعية، مثل حقوق البطالة، التأمين، والحق في الإجازة، والحق في الضمان الاجتماعي⁽⁶⁾.

إن الدساتير الليبرالية الحديثة التي تركز على مثل التنوير، بدءاً من أواخر القرن الثامن عشر (كالدساتير الفرنسية والأميركية)، لا يُنظر إليها عادة على انها تفرض متطلبات

(1) Carl L.Bankston, Social Justice cultural origins of a perspective and a theory, P165.

(2) د.محمد عطية فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص74.

(3) د.منذر الشاوي، فلسفة الدولة، دار الورد الأردنية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2012، ص814.

(4) Michel Rosenfeld, Op, Cit, P769-770.

(5) ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، ترجمة مصطفى ناصر، سلسلة عالم المعرفة، 2012، ص214.

(6) Caroline Guibet Lafaye, Op,Cit, P

للعدالة، ولا حتى عدالة التوزيع، وعلى نطاق واسع، تهدف هذه الدساتير إلى التركيز على حماية أربع ركائز أساسية: قيود على سلطات الحكومة، الالتزام بسيادة القانون، حماية جوهر الحقوق الأساسية، وضمانات ضرورية ومعينة للحفاظ على الديمقراطية القائمة⁽¹⁾. من ناحية أخرى، تشتمل معظم الدساتير الديمقراطية الليبرالية لما بعد الحرب العالمية الثانية على مجموعة من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي تدعو إلى توفير بعض الحقوق المتعلقة بالرعاية الاجتماعية، والحد الأدنى من المأوى، ومستوى من التعليم، وبعض الحقوق المتعلقة بالرعاية الصحية⁽²⁾.

ووفقاً للنظام الرأسمالي فإن العدالة الاجتماعية تتحقق وفقاً لآليات السوق بموجب قوانين العرض والطلب، وهو ما يجعل الفئات الضعيفة تحت سطوة الأثرياء، الأمر الذي يزيد المترفين ترفاً، والفقراء فقراً⁽³⁾.

ويمكن القول إن العدالة الاجتماعية هي فكرة إنشاء مجتمع أو مؤسسة تقوم على مبادئ المساواة والتضامن، وإتاحة الفرص بشكل متساوي لكل الأفراد دون تمييز بينهم، والتي تعترف وتضمن حقوق الإنسان، وتعترف بكرامة كل إنسان⁽⁴⁾.

وهكذا فإن مفهوم العدالة الاجتماعية، يختلف وفقاً للأيدولوجية التي تتبناها النظام السياسي في الدولة، صحيح إن هذا المبدأ ظهر في البداية كمبدأ اقتصادي، إلا أنه توسع ليشمل مجالات أخرى، لذلك يختلف هذا المفهوم في الدساتير الاشتراكية عما هي عليه في الدساتير الليبرالية، ومع ذلك فإن هناك عناصر مشتركة فيما بينهما، تتمثل في مبدأ المساواة، وعدم التمييز بسبب الجنس أو العرق... وغيرها.

(1) Michel Rosenfeld, The Role of justice in the constitution; The case for social and economic rights in comparative perspective, P764.

(2) Michel Rosenfeld, Op,Cit, P764.

(3) أحمد الصادق البشير الشايب، دور الدولة في تحقيق العدالة الاجتماعية من منظور إسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السودان، العدد (7)، 2012، ص 331.

(4) Shridevi S.Suvarnakhandi, Op,Cit, P1.

المبحث الثاني

التنظيم الدستوري للعدالة الاجتماعية ومضمونها

يعمل الدستور وفق أيديولوجية سياسية تعكس المبادئ والقيم التي يتبناها النظام السياسي، ويعتبر مبدأ العدالة الاجتماعية مبدأً للأيديولوجيات المختلفة، بمضامين ومحتويات، يختلف من نظام لآخر. وستتناول كل ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: التنظيم الدستوري للعدالة الاجتماعية.

المطلب الثاني: مضمون العدالة الاجتماعية وتطبيقها.

المطلب الأول

التنظيم الدستوري لمبدأ العدالة الاجتماعية

يمكن فهم الدساتير كأدوات للمبادئ المستقلة، إذ تعمل الدساتير كوسائل لتحقيق أهداف راسخة مستقلة، تلك الأهداف قد تكون، على سبيل المثال، تشكيل اتحاد مثالي أو ترسيخ العدالة، أي إن فكرة الدستور هي لخلق هذا النظام وعمل التعديلات الضرورية في مواده لضمان هذه الأهداف، يمكن أيضاً ترسيخ تلك الأهداف وتثبيتها في دستور ما له مكانة مرتفعة ومعترف به كإطار للدولة⁽¹⁾.

ويعمل الدستور في أي نظام سياسي على وفق أيديولوجية سياسية تعكس المبادئ والقيم التي يتبناها النظام السياسي، وانعكاس تلك الأيديولوجية في صنع السياسات العامة من خلال علاقاتها مع المجتمع ونوعية الثقافات السياسية التي يتبناها ذلك المجتمع وآلية عمل المؤسسات الرسمية وتطبيقها لأيديولوجية النظام السياسي⁽²⁾.

ان معظم الحقوق والحريات العامة التي أوردها الدستور، اكتفى الدستور بوضع مبادئها وجعل تنظيمها "وفقاً للقانون" أو "وفقاً لأحكام القانون" أو "بناء على قانون" أو

(1) د.سلام كامل كرم، الدستور كعمل غير مكتمل -صنع وإبطال (تغيير) علاقات السلطة في العراق 2003-2010، ترجمة مالك حسن علي، دار الرواد المزدهرة، بغداد، 2017، ص 51-52.

(2) ديزن خلوق محمد ساجد، السلطة التشريعية وصنع السياسة العامة في النظام البرلماني- دراسة مقارنة، شركة الاكاديميون للنشر والتوزيع- الأردن، ط1، 2019، ص 121.

"ينظم ذلك بقانون" ومن هنا يتدخل القانون لتنظيم كل حق وحرية، وفي بعض الأحيان يحتوي هذا التنظيم على بعض القيود التي تدخل في ممارسة هذه الحرية، ومن المقرر ان سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات العامة، سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة، أي ان للسلطة التقديرية للمشرع تمارس في إطار الدستور وفي نطاق أحكامه، فلا يمكن للمشرع أن يهدر الحقوق التي قررها الدستور، ولكنه يستطيع تنظيم هذه الحقوق.

والمشرع إذ يمارس هذا التنظيم في إطار هذه السلطة التقديرية، إنما يستند إلى أسس موضوعية⁽¹⁾، يقتضيها الصالح العام ومبادئ العدل والمساواة، وللمشرع في سبيل ذلك المفاضلة بين الخيارات، دون أن يفرض عليه خياراً بذاته، طالما ان الحل الذي اختاره، لا يعد أن يكون تنظيمياً للحق لا ينتقص منه ولا يؤدي إلى إهداره، فإن تجاوز الأمر المفضلة بين خيارات التنظيم المختلفة، في حدود القيود والضوابط الدستورية، وبما يرضي مقتضيات الصالح العام ومتطلبات مجال التنظيم المعني ولوازمه، إلى مخالفة أحكام الدستور وضوابطه ومستوجباته، عد ذلك تعدياً لحدود السلطة التقديرية تقوم به المخالفة الدستورية⁽²⁾.

إن إدراج الحقوق الاجتماعية والاقتصادية في النصوص الدستورية، يشكل اتجاهاً مهماً على دساتير العالم، إلا إن مصير هذه النصوص من حيث التقاضي يختلف بشكل كبير من دولة إلى أخرى.

يمكن ذكر الحقوق في المجال الاقتصادي والاجتماعي، بأشكال مختلفة في الدستور، إذ يمكن ذكر الطبيعة الاجتماعية للمؤسسات، على غرار ألمانيا (م/20)، إيطاليا (م/3)، اسبانيا (م/1)، البرتغال (م/2)، أو فرنسا (م/1)، يتم استكمال هذا الإعلان، عند الاقتضاء، واستبداله ببيان الحقوق الاجتماعية، والتي تشمل بشكل عام الحق في العمل، والحق في

(1) تعددت النظريات التي نادى بها الفقه أساساً للسلطة التقديرية، فذهب البعض إلى اعتماد نظرية الحقوق الشخصية، في حين نادى البعض الآخر بنظرية تدرج القواعد القانونية، وتمسك فريق ثالث بفكرة المشروع. للمزيد من التفصيل ينظر د. عماد محمد محمد ابوحليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - مصر، 2015، ص 46 وما بعدها.

(2) ينظر د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية - القاهرة، 2009، ص 215-216.

الضمان الاجتماعي، والحق في الصحة، وحماية الأسرة، وأحياناً الحق في السكن⁽¹⁾. تعمل حقوق الإنسان، ومن بينها مبدأ العدالة الاجتماعية في كثير من الأحيان على أنها "مصدر إلهام للتشريع"، ومع ذلك، في كثير من الحالات، فإن المسار التشريعي لا تسيير كما يتوجب عليها الدستور، أو لا يصدر السلطة التشريعية القانون المتعلق بتطبيق مبادئ العدالة الاجتماعية⁽²⁾.

المقصود بالإغفال التشريعي (أو السكوت التشريعي) هو سكوت المشرع عن تنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالوثيقة الدستورية، فالمشرع وهو بصدد تنظيم موضوع معين أغفل تنظيم أحد جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية، وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية أخرى⁽³⁾. والإغفال قد يكون جزئياً أو كلياً⁽⁴⁾.

أي ان المشرع يسكت عن تنظيم النص الدستوري، لأنه كما هو معلوم ان الدستور ينص على مبادئ العامة للدولة، وتأتي التشريعات لتنظيم تلك المبادئ بصورة تفصيلية، وإغفال المشرع إصدار تلك التشريعات من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة.

إن غالبية الدساتير نصت على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وهذا ما يتطلب تدخلاً تشريعياً وسياسة قانونية لوضع تلك الحقوق موضع التنفيذ، وإلا نكون أمام حالة الإغفال التشريعي.

وإذا كان الدستور قد كفل للحقوق والحريات العامة الحماية، من جوانبها العملية

(1) Diane Roman, Op,Cit, P

(2) Neil Hibbert, Op,Cit, P

(3) د.عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، 2003، ص5.

(4) يكون الإغفال التشريعي جزئياً، حال صدور التشريع من السلطة التشريعية، غير انه يأتي بتنظيم ناقص، غير واف، للموضوع الدستوري، بما يحد من فعالية الموضوع، أما الإغفال التشريعي الكامل، يكون في حالة امتناع السلطة التشريعية -سواء عن عمد أو إهمال- عن تنظيم موضوع عهد إليه الدستور بتنظيمها، بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع. لمزيد من التفصيل ينظر د.محمد فريد المشايخ، رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة أولى، 2012، ص74-80.

وليس من جوانبها النظرية، وهو ما يوجب على المشرع أن يتدخل ليفعل من الحقوق والحريات ويضعها موضع التطبيق، ليس هذا فقط بل عليه ألا يغفل جانباً من جوانبها وإلا انعكس ذلك بالسلب على هذه الحقوق والحريات الدستورية⁽¹⁾.

إذاً يتعين على المشرع أن يتدخل لتنظيم هذه الحقوق والحريات لأنه بدون هذا التنظيم لا يمكن ممارستها، ولذلك فهي تضع على المشرع التزاماً بالتشريع ومن ثم فإن فكرة الإغفال التشريعي ارتبطت بصورة كبيرة بموضوع الحريات العامة، لأن سكوت المشرع يعني عدم تفعيل الحق أو الحرية المسكوت عن تنظيم جميع أو بعض جوانبها، وعندئذ فإنه إذا كانت فعالية وضمانة الحقوق والحريات تؤدي إلى عدم دستورية بعض النصوص التشريعية فإنها تؤدي في نفس الوقت إلى عدم دستورية بعض صور السكوت التشريعي، وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية أخرى⁽²⁾.

وارتباطاً بمواد الدستور العراقي لعام 2005 الذي يعتبر من الدساتير المتقدمة في المنطقة والذي لا يخلو من نواقص وتحويل مواد إلى قوانين نافذة، إلا إن تطبيقاته على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي ظلت مرتبطة بتطورات الأوضاع السياسية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ونمط التفكير لدى القابضين على السلطة والذين لا يستندون في حكمهم على مشاريع تنموية، والعبرة ليست بالنص الدستوري، وإنما بتنفيذ النصوص الدستورية وتحويلها إلى حقائق عملية.

المطلب الثاني

مضمون العدالة الاجتماعية وتطبيقها

إن النموذج المثالي هو أن ينص الدستور على حد أدنى من العدالة التي حددتها على أنها "أساسيات العدالة" في الدستور، إن المكونات الفعلية لأساسيات العدالة لنظام دستوري معين تعتمد جزئياً على الزمان والمكان⁽³⁾.

تتضمن مفهوم العدالة الاجتماعية على عدة جوانب، ففي الجانب السياسي تبرز

(1) د. عبير حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص 396.

(2) د. عبير حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص 369؛ د. عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص 95.

(3) Michel Rosenfeld, Op, Cit, P767.

العدالة الاجتماعية بوجود نظام سياسي عادل، تقوم على التوزيع العادل للثروات، ووجود نظام اقتصادي يركز على العدل في توفير العمل، والحقوق وتوافر المستلزمات المعيشية للجميع، دون تمييز أو تفریق.

على الرغم إن التعاريف الرسمية للعدالة الاجتماعية تختلف في الصياغة، إلا إن هناك قواسم مشتركة بينها⁽¹⁾: المساواة في الحقوق، تكافؤ الفرص، المعاملة المتساوية. وأشار البعض إلى القضايا التي تنبع عن هذا المفهوم⁽²⁾: المساواة وعدم التمييز وتكافؤ الفرص، الضمان الاجتماعي، التوزيع العادل للموارد. يشمل مفهوم العدالة الاجتماعية التزاماً راسخاً بحماية حقوق الإنسان والحريات المدنية.

تحقق العدالة الاجتماعية في سياق مسارين⁽³⁾:

1- سبل العيش المستدامة، والتي تعني الوصول إلى سبل العيش الملائمة، مثل السكن، الملابس، الغذاء، الحصول على وسائل التنمية، والعمل، والتعليم والصحة.
2- المشاركة الاجتماعية والسياسية: وهي مبنية على ضمان الحقوق الأساسية، وتعزيز وتمكين الحق في المشاركة في الحكومة، والوصول، إلى جميع سبل العدالة المتاحة، وعلى أساسها تصبح "العدالة كبرنامج سياسي" حقيقة واقعة.
يعتمد المجتمع بشكل أو بآخر على كيفية بنائه لفرصة المشاركة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يتيحها لأعضائها⁽⁴⁾.

إن للعدالة الاجتماعية صوراً متعددة باعتبارها مرجعية معيارية لكافة القيم الإنسانية، فهي عدالة مبدأ تكافؤ الفرص وهي عدالة في توزيع الناتج أو الدخل المحلي، وهي عدالة في الأعباء العامة خصوصاً في المجال الضريبي، وهي عدالة المساواة في الاستفادة من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، مما يعين إنسانية نظرية العدالة الاجتماعية وارتباطها

(1) Shridevi S.Suvarnakhandi, Op,Cit, P2.

(2) عبدالرحمن الحديدي، قراءة في مفهوم العدالة الاجتماعية: تأصيل نظري، المركز الديمقراطي العربي:

www.democratica.de (2020/7/9)

(3) Rajat Prakash, Op,Cit, P.

(4) Neil Hibbert, Human Rights and Social Justice, P.

بفكرة حقوق الإنسان، فهي فكرة مغروسة في وجدان كل إنسان⁽¹⁾. وأشار البعض إلى سبل تحقيق العدالة الاجتماعية⁽²⁾: تكافؤ الفرص، المشاركة السياسية، مكافحة الفساد، ثقافة الديمقراطية.

فقد نص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في العديد من مواده الكثير من متلازمات العدالة والعدالة الاجتماعية، متمثلة بمبادئ المساواة⁽³⁾، وتكافؤ الفرص⁽⁴⁾ وسيادة القانون واستقلال القضاء⁽⁵⁾، وضمان العمل⁽⁶⁾ كحق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة، العلاقة بين العمال وأصحاب العمل على الأسس الاقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، وكذلك قيام الدولة بكفالة الضمان الصحي⁽⁷⁾ للفرد والأسرة وخاصة الأطفال والمرأة مع ضمان المقومات الأساسية للعيش الكريم كي تؤمن لهم الدخل المناسب والسكن الملائم، بالإضافة إلى تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي للعراقيين في حال الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو التشرذم⁽⁸⁾، إلى جانب حق التعليم ومجانيته⁽⁹⁾ وضمان حرية التعبير⁽¹⁰⁾ والاجتماع والتظاهر السلمي⁽¹¹⁾ وحرية الصحافة⁽¹²⁾ وتأسيس الأحزاب⁽¹³⁾ وتبادل المعلومات⁽¹⁴⁾.

- (1) ابوبكر محمد علي، العدالة ومفهومها ومنطلقاته، دار الزمان، دمشق، الطبعة 1، 2010، ص 28.
- (2) ينظر ديانا عبدالحسن عبدالله محمد، ظاهر محسن هاني، عمار سليم عبد، العدالة الاجتماعية معوقات وسبل تحقيقها في المجتمع العراقي، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (27)، العدد (5)، 2019، ص 429 وما بعدها.
- (3) المادة (14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (4) المادة (16) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (5) الفقرة (أولاً) المادة (19) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (6) الفقرة (أولاً) المادة (22) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (7) الفقرة (أولاً) المادة (31) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (8) الفقرة (أولاً/ب) المادة (29) والمادة (30) الفقرة (أولاً وثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (9) الفقرة (أولاً وثانياً) من المادة (34) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (10) الفقرة (أولاً) المادة (38) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (11) الفقرة (ثالثاً) المادة (38) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (12) الفقرة (ثانياً) المادة (38) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (13) الفقرة (أولاً) المادة (39) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- (14) المادة (40) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

كما يمكن الاستفادة من الفدرالية، كآلية لتوزيع السلطة والثروة مما يحقق العدالة الاجتماعية من خلال حسن إدارة وضمان السلطة في ظل النظام الفدرالي، وبناء مؤسسات الدولة على أساس المواطنة والكفاءة والنزاهة، واستكمال التشريعات الضامنة للديمقراطية والحريات لسد النقص التشريعي وفق ما جاء به الدستور العراقي⁽¹⁾.

يمنح بعض النصوص الدستورية المتعلقة بشأن الحقوق والحريات العامة المشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحرية والحق، وذلك دون أن يقيد سلطته في تنظيمها بقيود دستورية محددة.

يأتي التشريع لتنظيم الحقوق والحريات العامة، فالبرلمان صاحب السيادة أي انه سلطة سن التشريعات، إلا انه لا بد أن نشير إلى انه في بعض الأحيان تتطلب الصالح العام أن تقيد الحرية بقانون. أي انه يجوز الحد من حريات الأفراد إلا بقانون، فللدولة سيادة تظهر في تشريعها، ولها أن تتخذ ما تراه من تشريعات إلا ان مصلحتها السياسية قد تتطلب منها أن تخفف من سيادتها، وهكذا فإن الدولة بإصدارها للقوانين المتعلقة بالحقوق والحريات العامة تمارس سيادتها.

وقد ميزت الدساتير بين نوعين من الحقوق والحريات العامة، حقوق وحريات عامة لا تقبل التنظيم أو التقييد، وحقوق وحريات عامة نص الدستور على تنظيمها بقانون، والنوع الأول "الحقوق والحريات المطلقة" هي الحقوق والحريات التي غالباً ما يقرها الدستور بنصوصه التقريرية وينظمها على نحو نهائي، أما النوع الثاني من الحقوق والحريات العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون، فهي التي يقدر واضعوا الدستور منذ البداية انها تخضع للتنظيم عن طريق قوانين عادية تصدر من البرلمان، فالمبدأ في هذه الحالة انها تخضع للتنظيم من قبل المشرع العادي⁽²⁾.

وهناك من الحريات والحقوق ماهي حريات وحقوق عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم، فإذا صدر تشريع يقيدها، كان باطلاً لمخالفته نصوص الدستور⁽³⁾. على الرغم من إن العدالة الاجتماعية لم يتم تعريفه في أي نص من نصوص الدساتير،

(1) ينظر المواد (105) و(106) الدستور العراقي لعام 2005.

(2) د.مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة العراقي، بغداد، 2009، ص 290.

(3) د.عبير حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص 322.

لكنه عنصر مثالي، وهو هدف من أهداف الدساتير.

رغم أهمية مبدأ العدالة الاجتماعية كمبدأ سياسي في مختلف المذاهب الفكرية، إلا أنها ظلت مجرد فكرة توجيهية للمشرع، يسعى لسيير على هديها في رسم السياسات العامة للدولة، دون أن تلتزم الدولة بالتدخل بشكل إيجابي لإنفاذها، فهي لم تكن محل اهتمام الدساتير القديمة، وانطلاقاً من التحولات الدستورية، فقد استهدف تحقيق العدالة الاجتماعية، والتي تفترض الاعتراف للأفراد بطائفة من الحقوق تحفظ لهم كرامتهم الإنسانية على سبيل الإلزام الفوري، وهي المسماة بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية⁽¹⁾. إن الشعور بالعدالة الاجتماعية تعد شكلاً من أشكال المفهوم النسبي الذي يتغير وفقاً للزمان والظروف والثقافة وطموحات الشعب⁽²⁾.

إن معالجة فكرة الإلزام لحقوق العدالة الاجتماعية من منظور دستوري تبدو مسألة شائكة لصعوبة وضع حدود لها، لأن هذه الحقوق تفترض تدخلاً إيجابياً من الدولة، وهي مسألة مرتبطة بالوضع المالي والاقتصادي للدولة على عكس الحقوق الأخرى التي تفترض بصفة عامة التزاماً سلبياً من الدولة، دون أن يكلفها أعباء مالية، ولهذا فإن المقرر على مستوى النصوص الدستورية والقضاء الدستوري، أن كفالة هذه الحقوق من جانب الدولة يتوقف بصفة أساسية على إمكانياتها المادية⁽³⁾.

إن تحقيق المساواة الاجتماعية والاقتصادية، تكون من خلال برنامج تشريعي، يخرج المبادئ الدستورية إلى حيز التنفيذ. أي يجب تحقيق العدالة الاجتماعية من خلال التدابير اللازمة والمعقولة⁽⁴⁾. وهكذا، فإن تحقيق العدالة الاجتماعية تحتاج بالضرورة إلى ترجمتها لاستحقاقات قانونية وتشريعية رسمية⁽⁵⁾.

على المستوى الحكومي، يمكن تحقيق العدالة الاجتماعية من خلال أنواع مختلفة من

(1) د. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له - دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة -، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، جوان 2013، ص 107.

(2) Rajat Prakash, Op, Cit, P

(3) محمد محمد عبداللطيف، الدستور والعدالة الاجتماعية

www.Law-zag.com(2020/6/9)

(4) Bhaswat Prakash, Concept of social justice and poor, 2021, p

(5) Neil Hibbert, Op, Cit, P.

البرامج، يمكن أن يشمل ذلك إعادة التوزيع المباشر للثروة والدخل، حماية الوضع القانوني في التوظيف والإعانات الحكومية وغيرها من المجالات للفئات المحرومة، أو التمييز القانوني ضد مجموعات بما في ذلك العقاب الجماعي والتطهير⁽¹⁾.

تماشياً مع الالتزام بأساسيات العدالة، فإن الحد الأدنى من العدالة التوزيعية التي يجب على الدساتير الليبرالية توفيرها في سياق الاقتصاد المعولم الحالي يتطلب إدراج الجيل الثاني من الحقوق (الحقوق الاجتماعية والاقتصادية)، وهذا بدوره أدى إلى ظهور مشكلتين، الأولى، هي الصعوبة المتمثلة في دمج الجيل الثاني من الحقوق الإيجابية - حيث يتطلب تدخلاً حكومياً نشطاً من أجل تنفيذها- في إطار دستوري مناسب للدفاع عن الجيل الأول من الحقوق السلبية عادة -والتي تتجلى في المقام الأول أن تتطلب من الحكومة الامتناع عن تصرف معين كحق حرية التعبير-، ثانياً بالنظر إلى زيادة حركة رأس المال والعمل عبر الوطنية في عصر العولمة يبدو انه أدى إلى إشكالية بالنسبة لدساتير الدول القومية التقليدية في كيفية التعامل مع ضرورات إعادة توزيع المنصوص عليها في أساسيات العدالة⁽²⁾.

إن إضفاء الطابع المؤسسي على العدالة الاجتماعية يعتمد في الواقع على التنظيم الاقتصادي للمجتمع، وهناك عدة صعوبات تواجه الدولة في تحقيق مبدأ العدالة الاجتماعية⁽³⁾:

1-الصعوبات الإنسانية والنفسية: هذه الصعوبات تتعلق بالدوافع الشخصية والاختيارات، وقبل كل شيء الرغبة في كسب الحق، هذه الأسباب الشخصية تقيد السعي لتحقيق مثال عالمي للمساواة، إذ إن غالبية الأفراد الذين ليسوا فقراء يميلون إلى إبطاء السعي لتحقيق المساواة الاجتماعية والاقتصادية.

2-الصعوبات الاقتصادية: إن مأسسة العدالة الاجتماعية يفترض أن تحل المشكلة الاقتصادية، فالحياة الاقتصادية تعتمد بشكل كبير على الحوافز والتحفيز الاقتصادي.

3-الصعوبات المتعلقة بتطبيق العدالة الاجتماعية: إن دسترة العدالة الاجتماعية -وهي مرحلة أساسية لتحقيق المساواة الاجتماعية والاقتصادية- تواجه الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ، إذ لا يكفي أن ينص الدستور على مبدأ العدالة الاجتماعية، بل يجب تطبيقها،

(1) Bhaswat Prakash, Concept of social justice and poor, 2021, p

(2) Michel Rosenfeld, Op, Cit, P768.

(3) Caroline Guibet Lafaye, Op,Cit, P

ويتطلب تنفيذ تلك المبدأ التفكير في المؤسسات الاجتماعية القائمة، والأدوار والوظائف التي تشارك فيها هذه المؤسسات.

فعلى سبيل المثال، سيكون من الممكن إضفاء الطابع الدستوري على القضاء على الفقر، وذلك من خلال مجموعة من الإجراءات، وسيتم تكليف السلطات التشريعية والتنفيذية قانوناً بالتنفيذ، من خلال برامج محددة⁽¹⁾.

وهكذا على سبيل المثال، بافتراض إن الدستور يتطلب أن تتاح لكل فرد في المجتمع الفرصة لتلبية احتياجات أساسية صحية معينة، فإن ذلك سيتطلب على الأرجح إعادة توزيع الثروة التي يمكن تحقيقها من خلال الضرائب التصاعدية، وفي هذه الحالة سيتضمن الدستور مبدأ عدالة التوزيع، وبالنظر إلى التفاوتات في الثروة داخل المجتمعات المعاصرة المتقدمة، فإن تحقيق هذا التفويض الدستوري يتطلب قدراً من إعادة توزيع الثروة⁽²⁾.

وفي كل الأحوال إذا كان القوانين العادية ينظم الحقوق المتعلقة بمبدأ العدالة الاجتماعية، فإنه لا ينبغي النظر إلى هذه النصوص على أنها قانون عادي يجوز تعديله أو إلغائه وقتما يشاء، إذ إن لهذه النصوص قوة دستورية، فهي امتداد لنصوص الدستور وتطبيق له، وإن على المشرع أن يتقيد بالحماية التي قررها الدستور لتلك الحقوق الاجتماعية.

(1) Caroline Guibet Lafaye, Internationalization of social justice and constitutionalization of socio-economic equality, P1.

(2) Michel Rosenfeld, Op, Cit, P764.

المبحث الثالث

دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية

إن النص على مبدأ العدالة الاجتماعية في الدستور غير كافية، بل يحتاج إلى ضمانات دستورية لتطبيقها، وتمثل القضاء الدستوري، أهم تلك الضمانات، حيث بمقدور ذلك القضاء أن تجبر السلطات المختصة بالرضوخ لأحكام المحكمة والتطبيق السليم لنصوص الدستور.

وستتناول ذلك في مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول: دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية في الدول المقارنة.

المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية في العراق.

المطلب الأول

دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية في الدول المقارنة

في العديد من الدول، تفهم أهلية التقاضي بشأن الحقوق الاجتماعية على أنها قدرة القضاة على الاستماع إلى القضايا الخلافية المتعلقة بتطبيق الحقوق الاجتماعية، ولكنه مشروط بالتحفظ المزدوج: من ناحية، تتمثل في وجود "السلطة التقديرية" إذ يؤكد على هامش التقدير الممنوح للمشرع، من ناحية أخرى، "بند الإمكانية"، والذي يتعلق بتنفيذ الحقوق الاجتماعية مع مراعاة الموارد المالية للدولة⁽¹⁾.

وفي الولايات المتحدة الأميركية، أكدت المحكمة العليا في قضية الكنيسة الإنجيلية اللوثرية الأولى ضد لوس أنجلوس سنة 1987 على أن الولايات ملزمة بتقديم تعويض عادل عن الاستيلاء على الممتلكات الخاصة، وفقاً لفقرة التعويض العادل بالتعديل الخامس - من الدستور - الذي أصبح يطبق على الولايات عن طريق فقرة الإجراء الواجب بالتعديل الرابع عشر من الدستور⁽²⁾.

وفي مجال التعليم أكدت المحكمة الاتحادية العليا الأميركية بحكمها الصادر سنة

(1) Diane Roman, Op,Cit, P1.

(2) د. محمود علي أحمد مدني، المصدر السابق، ص 167.

1982 في قضية (Plyler V.Doe) بقولها انه "لا يجوز حرمان الأجانب أو المهاجرين غير الشرعيين الموجودين بالفعل على أرض الولايات المتحدة من حقهم المشروع في التعليم،..... في ضوء التكاليف والتمن الباهظ الذي ستدفعه الولاية في القريب العاجل بسبب حرمان هؤلاء الأطفال من حقهم المشروع في التعليم"⁽¹⁾.

صدر حكم من قبل المحكمة الدستورية في لاتفيا، حول قانون يخفض مقدار استحقاقات التقاعد وتم اعتماده بهدف تقلقل مقدار الإنفاق العام، وقد تقرر التخفيض بنسبة (10%) في المعاشات المدفوعة و، (70%) في المعاشات المستقبلية، في ضوء الالتزامات التي تم التعهد بها من قبل لاتفيا إلى الصندوق النقد الدولي، والاتحاد الأوروبي، وبما إن المحكمة الدستورية هي المختصة بمراقبة دستورية القوانين، أصدر حكماً أشار فيه إلى إن الدستور لا يضمن الحق في الحفاظ على المزايا الاجتماعية القائمة، ويجب على البرلمان أن يستفيد من هامش السلطة التقديرية لتحديد مبلغ المزايا الاجتماعية، وأشار إلى إن "مقدار الفوائد الاجتماعية التي تضمنها الدولة، قد تختلف وفقاً للموارد المتاحة لها. ومع ذلك فإن الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور هي ملزمة للمشرع، بغض النظر عن الوضع الاقتصادي للبلد، ولا يمكن قبول القيود، إلا إذا كانت منصوص عليها في القانون، ومبررة بهدف مشروع ومتناسب معه"، وتم مراقبة الامتثال لمبدأ التناسب من قبل المحكمة، ورأت المحكمة في هذا المجال أن القانون يتعارض مع حق الفرد في الضمان الاجتماعي (الذي يضمنه كل من الدستور والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والالتزامات الدولية التي دخلت فيها لاتفيا بمثابة دليل لتفسير الحقوق الدستورية)، على أساس أن البرلمان لم يفكر في بدائل أقل تقييداً ولم يتخذ تدابير تدريجية (فترات انتقالية، خطة استعادة، تعويض)، ويولي اهتمام خاص للمتقاعدين باعتبارهم فئة ضعيفة ينبغي أن تستفيد من الحماية الخاصة، تؤكد المحكمة أن الأزمة الاقتصادية والشروط المحتملة التي يفرضها الدائون الدوليون لا يمكن أن تكون مبررات صحيحة لانتهاك الحقوق المكفولة دستورياً⁽²⁾.

(1) عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي - الاجتماعي - الاقتصادي (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1،

2011، ص804.

(2) Diane Roman, La jurisprudence social des cours constitutionnelles en Europe; vers une jurisprudence de crise?, Les Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N45, 2014, p1

أكد الدستور الهندي على مبدأ العدالة الاجتماعية، وإن المبادئ التوجيهية لسياسة الدولة هي المبادئ الإنسانية والاشتراكية، التي كانت ومازالت أهداف الثورة الاجتماعية الهندية، تعمل المبادئ التوجيهية كبوصلة تقود التشريع في المسار الصحيح، إن الأحكام الواردة في هذا الجزء لا تكون قابلة للتنفيذ من قبل أي محكمة، لكن المبادئ المعطاة ضرورية مع ذلك في حكومة البلاد، وسيكون من واجب الدولة تطبيق هذه المبادئ في صياغة القوانين، من الواضح أن الإجراءات التشريعية يجب أن تتخذ في اتجاه العدالة الاجتماعية، لذلك ذكرت المحكمة العليا في قضية عمال ميناكشي ميلز المحدودة ضد ميناكشي ميلز المحدودة، أن الديباجة تنص على العزم الجاد لشعب الهند على ضمان العدالة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لجميع المواطنين⁽¹⁾.

في عام 2010، ألغت المحكمة الدستورية الرومانية أحكام القانون "المتعلق بالتدابير اللازمة لاستعادة ميزانية متوازنة"، والتي نصت على تخفيض الرواتب ومعاشات التقاعد، أقرت محكمة بوخارست بأنه يحق للحكومة اتخاذ تدابير تقييدية، في سياق يشكل الأزمة الاقتصادية "تهديداً للاستقرار الاقتصادي"، وبالتالي يعتبر أن التخفيض المؤقت بنسبة (25%) في مقدار الأجور يتوافق مع الدستور ويتناسب مع الهدف المنشود له، من ناحية أخرى، تخفيض المعاشات التقاعدية، دون الإشارة إلى مبلغها أو مدتها، تعتبر إجراءً غير دستوري لأنه غير متناسب⁽²⁾.

نص دستور جنوب افريقيا في القسم (26) على أن لكل شخص الحق في الوصول إلى مسكن ملائم، ففي قضية *South Africa v. Grootboom*، أوضحت المحكمة الدستورية انه "ليس ثمة شك في أن الكرامة الإنسانية، والحرية، والمساواة، والقيم المؤسسة لمجتمعنا يتم إنكارها على هؤلاء الذين لا يجدون غذاءً، ولا ملابساً، ولا مأوى"، ومع ذلك، فإن وسيلة الإنصاف التي كفلتها المحكمة لم ترق إلى كفالة المسكن للمدعين، ولكنها قررت أن الدولة يجب عليها أن: "تبنى وتنفذ، في إطار مواردها المتاحة، برنامجاً شاملاً ومتسعاً لكي تحقق، بصورة متدرجة، الحق في الحصول إلى المسكن الملائم"⁽³⁾.

(1) Feba Sara Vinu, Varnika Tyagi, Social justice and the constitutional aspects of the working conditions of laborers

www.researchgate.net(2021/2/9)

(2) Diane Roman, Op,Cit, P3.

(3) د.وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، دار

وفي إيطاليا، في الحكم رقم (309/1999)، هناك توتر مستمر بين الحق في الصحة كادعاء اجتماعي للحصول على خدمات الرعاية الصحية، والذي يعتمد على الموارد المتاحة للدولة، وحماية كرامة الإنسان، والتي تتطلب على العكس من ذلك أن الاعتبارات المالية والمتعلقة بالميزانية لا يمكن أن تؤثر على الحد الأدنى من الحق الأساسي في الصحة، باعتباره جوهر كرامة الإنسان الذي لا ينتهك/ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحفاظ على كرامة الإنسان⁽¹⁾.

يجب التوافق بين "الإمكانية الممكنة" و"السلطة التقديرية للمشرع"، ففي ألمانيا وفي قرار جدير بالملاحظة صدر حول برنامج إصلاح العلاوات الاجتماعية (ما يسمى بقانون هارتز الرابع)، أكدت المحكمة الألمانية وجود حق أساسي في الحد الأدنى من العلاوة، والتي على الرغم من أنها غير مكتوبة، تنتج بالضرورة عن إعلان القيمة البارزة للكرامة الإنسانية، في القانون الأساسي الألماني (م1/1)، والطبيعة الاجتماعية للدولة (م1/20)، مثل هذا الارتباط بين الكرامة الإنسانية والمعايير ذات الطبيعة الاجتماعية ليس بجديد، سواء في السوابق القضائية الألمانية أو في النظم القانونية الأخرى⁽²⁾.

قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن العدالة الاجتماعية: "العدالة الاجتماعية تتوخى بمضمونها التعبير عن القيم والمصالح الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة، ومن ثم تتباين معانيها ومراميها تبعاً لتغير الظروف والأوضاع، ويتعين بالتالي أن تتوازن علائق الأفراد ومصالحهم بمصالح المجتمع في مجموعه، توصلاً إلى عدالة حقيقية تتفاعل مع الواقع وتتجلى قوة دافعة لتقدمه"⁽³⁾. وتمثل البرتغال، أفضل مثال على التدخل القضائي في شؤون سياسة التقشف، إذ أصدرت المحكمة الدستورية عدة قرارات، رفضت إجراءات التقشف التي اتخذتها الحكومة⁽⁴⁾.

←

الفكر والقانون، مصر، ط1، 2014، ص172.

- (1) Giovanni Guiglia, Italian constitutional court and social rights in times of crisis; In search of a balance between principles and values of contemporary constitutionalism, Rivista, Associazione italiana de costituzionalisti, 2018, P651.
- (2) Diane Roman, Op,Cit, P3.
- (3) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (76) لسنة 22، ق.د، جلسة 2002/7/7.
- (4) Diane Roman, Op,Cit, P3.

يمكن للقضاء الدستوري أن ترفض أية رقابة دستورية للتدابير ذات الطبيعة الاجتماعية، من خلال التذرع بحجة مبدأ الفصل بين السلطات، مع التأكيد على ان الانتخابات وحدها هي التي تمنح الشرعية لاتخاذ القرار بشأن تخصيص الأموال العامة. هناك دساتير تمنع القضاء الدستوري من النظر في الدعاوي المتعلقة بتنفيذ الحقوق الاجتماعية، فعلى سبيل المثال، يميز الدستور الايرلندي لعام 1937 بين الحقوق الأساسية (المادة 40 وما يليها)، و"المبادئ التوجيهية للسياسة الاجتماعية" التي نصت عليها المادة (45) على انها "تهدف إلى التوجه العام للبرلمان، إن تطبيق هذه المبادئ في صياغة القوانين تعود إلى البرلمان حصرياً، ولا يمكن أن تكون معروفة لأية محكمة بموجب أي من أحكام هذا الدستور يتم تنظيمها"، وبهذا المعنى، يضع هذا النص المبادئ الاجتماعية التي تم التعرف على أهميتها في موضع خاص، يُستبعد فيها اختصاص القاضي بالنظر فيها⁽¹⁾. وبالمثل، ينص الدستور السويسري لعام 1999، في مادته (12) على أن "كل من هو في حالة الشدة... للكرامة الإنسانية"، وفي المادة (41) على العديد من "الأهداف الاجتماعية (السلامة الاجتماعية، والصحة، والسكن، وما إلى ذلك)، والتي يجب أن يلتزم الاتحاد والكانتونات لصالحها" في إطار الحقوق الدستورية واختصاصاتهم والوسائل المتاحة"، لكنه يضيف على الفور انه "لا يمكن أن يكون هناك حق شخصي في منافع الدولة مستتب مباشرة من الأهداف الاجتماعية" (م4-41)، وهكذا يتم التمييز بين الحقوق الاجتماعية. في البداية أنكرت المحكمة الاتحادية العليا ببساطة الطابع القضائي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لأن أحكام المعاهدات الدولية المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، من حيث المبدأ ذات طابع برنامجي ولا تنشئ حقوقاً ذاتية وقابلة للتقاضي، واستندت المحكمة الاتحادية العليا في حجتها على ما يزعم بالطبيعة المختلفة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مقارنة بالحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾. في اسبانيا، حيث يتم الاعتراف باختصاص المحاكم فيما يتعلق بالحقوق الاجتماعية بدرجات متفاوتة وفقاً لتصنيف الدستور نفسه (م53 ج)، من ناحية أخرى، لا تقدم بعض الدساتير أنظمة قانونية محددة للحقوق الاجتماعية وتقبل ببعض الفروق الدقيقة،

(1) Diane Roman, Op,Cit, P2.

(2) Florentin Weibel, The justiciability of economic, Social and Cultural in Switzerland, Master Thesis bilingual master of law, Universities of Geneva and basel human rights clinic at the faculty of law of the university of basel, 2016, p20.

واختصاص المحاكم لضمان الامتثال لها، حتى ضد المشرع: هذا هو الحال على وجه الخصوص في إيطاليا⁽¹⁾. يؤكد معظم المحاكم الدستورية على هامش "السلطة التقديرية" للمشرع، ومع ذلك فإنها تؤكد على الالتزام بمبدأ التناسب، ويساهم القضاة الدستوريون في جعل الحقوق في حد ذاتها، مكفولة بحكم القانون.

المطلب الثاني

دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ العدالة الاجتماعية في العراق

بالنسبة للسلطة التشريعية، فإن أعمالها يجب أن تدور في الحدود المرسومة لها وفق أحكام الدستور، وخاصة في مجال إصدار التشريعات، فلا تملك السلطة التشريعية حق أن تخالف أحكام الدستور، لا في حرفيتها وحسب، بل في روحها ومضمونها، أي المبادئ والأحكام التي تتضمنها⁽²⁾.

إن التشريعات التي تسن يجب أن تراعي القواعد التي تدعم مفهوم تلك العدالة خاصة ما تعلق منها بمجالات فرض الضرائب والرسوم والملكية الخاصة، بحيث تتوفر فيها - تلك التشريعات - بُعد اجتماعي يجب وزنه بميزان العدل والإنصاف، فلا تتغول تلك التشريعات على العلائق الشخصية فتقيدها أو تهدرها، أو على الملكية الخاصة فتستولي عليها لأغراض المنفعة العامة في غير ضرورة ملحة وبغير تعويض عادل⁽³⁾.

يلتزم المشرع بعدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية، بحيث إذا فعل ذلك وخرج عن نطاق التنظيم يكون تشريعه مخالفاً للدستور⁽⁴⁾.

ولقد أكد المحكمة الاتحادية العليا العراقية على حق الملكية كإحدى عناصر مبدأ العدالة الاجتماعية، حيث جاء في حكمها "...إن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب

(1) Diane Roman, Op,Cit, P2.

(2) اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية- الجزء الأول، ترجمة على مقلد وشفيق حداد وعبدالحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1974، ص 197.

(3) د. محمود علي أحمد مدني، المصدر السابق، ص 166.

(4) د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989-1990، ص 109-110.

الاستملاك، وكذلك الحال عند دفع المستملك منه ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار لأن ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في قيمة أو في منفعة الجزء غير المستملك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة هي التعويض العادل للمستملك منه الذي قصده النص الدستوري....⁽¹⁾.

وفيما يخص مبدأ تكافؤ الفرص فإن المحكمة الاتحادية العليا أكدت على "...مما يخالف أحكام المادة (16) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي تنص على (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك)، وعليه يكون حصر النص المذكور بتسليم هذه الوظائف بما فيها (الوظائف العامة) بالمكونات الرئيسية دون بقية المواطنين وإن عدم ورود نص الفقرة (أولاً) من المادة (23) المشار إليها على وجه الإطلاق يكون فيه مخالفة لأحكام نص المادة (16) من الدستور....."⁽²⁾.

وفي مجال حماية حق التصويت أو الانتخاب، الذي يقصد به وسيلة اختيار المواطنين لحكامه، قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في (14/6/2010)⁽³⁾ بعدم دستورية الفقرة/ رابعاً في المادة (3) من قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (26) لسنة (2009) المعدل لقانون الانتخابات رقم (16) لسنة (2005)، لتعارضه مع نصوص المواد (13، 20، 38/أولاً) من الدستور، إذ انه يشكل خرقاً لحق التصويت والانتخاب⁽⁴⁾.

وفي قرار للمحكمة حول حق التصويت، جمعت المحكمة حق المساواة في

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية رقم ((25/اتحادية/ 2007) في (8/1/2008).

[\(www.iraqfsc.iqF\(2020/9/9\)\)](http://www.iraqfsc.iqF(2020/9/9))

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا الرقم (24/اتحادية/اعلام/ 2013) في (26/8/2013).

[\(www.iraqfsc.iq\(2020/9/9\)\)](http://www.iraqfsc.iq(2020/9/9))

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا الرقم (12/ اتحادية/ 2010) في (14/6/2010).

[\(www.iraqfsc.iq.\(2012/12/10\)\)](http://www.iraqfsc.iq.(2012/12/10))

(4) حيث أشار القرار إلى "...وهذا يخالف منطوق المادة (20) من الدستور إذ نص على منح المواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح كما كفل حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل في المادة (38/ أولاً) منه،وحيث لا يجوز سن قانون يتعارض مع الدستور.....قررت المحكمة الحكم بعدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (3) من القانون رقم (26) لسنة 2009....".

التصويت الذي يقصد به حق الأفراد في التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات بشكل متساو مع الآخرين دون تمييز بسبب الجنس أو الدين أو الأصل⁽¹⁾.

وفي قرار آخر للمحكمة الاتحادية بشأن تغير سعر صرف الدولار الأميركي إلى الدينار العراقي بواقع (1450) دينار عراقي مقابل كل دولار أميركي، ادعى المدعي إن القرار مخالف لأحكام الدستور، حيث إنه مخالف للمادة (22/أولاً/ب) بشأن حق العمل، ومخالف لنص المادة (25) بشأن إصلاح الاقتصاد، ومخالف للمادة (30/أولاً) بالنسبة لكفالة الدولة لمقومات العيش الكريمة، كما مخالف لنص المادة (33/أولاً) بالنسبة لتوفير حق العيش في ظروف بيئية سليمة، إلا إن المحكمة رد دعوى المدعي لأن "النص المطعون فيه جاء خياراً تشريعياً ولا توجد مخالفة بخصوصه لأحكام المادتين (30/أولاً) و(33/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 حيث أن مجلس النواب عند تشريعه للنص المطعون فيه قد أخذ بنظر الاعتبار الظروف الاقتصادية التي تمر بها البلد، عليه ولكل ما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا ما يأتي: أولاً. رد دعوى المدعي...."⁽²⁾.

كما رد المحكمة الاتحادية العليا دعوى المدعي فيما يخص الطعن بالمادة (2/أولاً/4/ز) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (23) لسنة 2021، والمتعلق بإعادة توزيع التخصيصات بشقيها التشغيلي والرأسمالي، مما يقتضي السماح لوزارة المالية بالقيام بدورها في توزيع التخصيصات المالية بشقيها التشغيلي والاستثماري وذلك لتمكين الحكومة من تنفيذ برنامجها الحكومي انسجاماً مع أحكام المادة (80) من الدستور⁽³⁾.

كما نص قانون الموازنة العامة لسنة 2021 في الفقرة أولاً من المادة (20) "تلغى النصوص القانونية كافة التي تسمح بالجمع بين راتبين أو أكثر لمن يشغل منصب مدير عام صعوداً"، وادعى المدعي بمخالفة هذا النص للدستور، وقررت المحكمة "...ولدى التأمل في نص المادة أعلاه نجد ان المشرع سمح بالجمع بين راتبين فيما يخص السجناء

(1) سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل، كلية القانون، 2003، ص 35.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (102/اتحادية/2021)، بتاريخ 2021/11/24.

[www.iraqfsc.iq\(2022/1/6\)](http://www.iraqfsc.iq(2022/1/6))

(3) قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (35/اتحادية/2021) بتاريخ (2021/9/29).

[www.iraqfsc.iq\(2022/2/1\)](http://www.iraqfsc.iq(2022/2/1))

السياسيين لمن هم يشغلون منصب أقل من مدير عام وذلك مراعاة لظروفهم ووضعهم الاقتصادي... وحيث إن مجلس النواب قد مارس اختصاصاته الدستورية وفقاً لما جاء في المادة (61/ أولاً) من الدستور... تكون دعوى المدعي... فاقداً لسندها الدستوري، ولكل ما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا برد دعوى المدعي...⁽¹⁾.

وفي قرار آخر ادعى المدعي إن المادة (13/ أولاً) من قانون مجلس النواب وتشكيلاته رقم 13 لسنة 2018، والمتعلقة بتقاعد أعضاء مجلس النواب، إن هذا النص يتعارض مع السياسة العامة للدولة، التي أقرت مبدأ المساواة في شروط الإحالة إلى التقاعد، وإن تمييز أحكام تقاعد أعضاء مجلس النواب عن بقية الفئات المشمولة بقانون التقاعد الموحد فضلاً عن تعارضه مع سياسة الدولة وأشار قرار المحكمة "الطعن الوارد على المادة (13) من قانون التي تضمنت أحكام إحالة رئيس ونائبي الرئيس وأعضاء المجلس على التقاعد وهي تختلف بشكل صريح عن الأحكام الواردة في قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 وتخلق تمايزاً بين الخاضعين لأحكامه، إضافة إلى إن ما ورد في المادة موضوع الطعن يكلف أعباء مالية على الدولة وبذا فإن هذا النص يخالف أحكام المادتين (14) و(62/ أولاً) من الدستور...⁽²⁾، لذلك قررت الحكم بعدم دستورية المادة (13) من القانون المذكور أعلاه.

ويرى الدكتور منذر الشاوي ان "روح" الدستور أو "مبادئه العامة" التي تستند عليها القضاة لإبطال القوانين هي ليست في الواقع إلا الأفكار التي يكونها القضاة أنفسهم عن الأمور الاقتصادية والاجتماعية، فالقضاة أقاموا مبادئ (هي نتيجة اختياراتهم الاقتصادية والاجتماعية) اعتبروها معياراً لتقييم "دستورية" القوانين التي يصدرها المشرع، هذا يعني ان القضاة قد أقاموا، في الواقع، دستوراً جديداً أو دستوراً قضائياً (وهو يختلف عن دستور الدولة أو الشعب) اعتبروه أساساً في تقييم ما يضعه المشرع من قوانين⁽³⁾.

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (33/ اتحادية/2021) بتاريخ (2021/7/13).

[www.iraqfsc.iq\(2022/2/1\)](http://www.iraqfsc.iq(2022/2/1))

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ((140 موحدتها /141 اتحادية/ اعلام/ 2018).

[www.iraqfsc.iq\(2022/2/1_](http://www.iraqfsc.iq(2022/2/1_)

(3) د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، مكتبة القانوني، بغداد، بدون مكان وسنة الطبع، ص 18.

النتائج

- 1- يحتوي معظم الدساتير على مجموعة من المبادئ، من بين هذه المبادئ "مبدأ العدالة الاجتماعية"، وهذا المبدأ يحتاج إلى التوضيح، وإن مصدر هذا المبدأ قد تكون ضمن مواد الدستور أو في الديباجة أو في إعلانات الحقوق كمصدر للحريات الأساسية.
- 2- ظهر مفهوم العدالة الاجتماعية في البداية كمفهوم اقتصادي، إلا أنها الآن دخلت في مسألة الحكم وطغت على المجال الدستوري، وإذا كان العدالة الاجتماعية تعني المساواة في المعاملة بين جميع المواطنين دون أي تمييز اجتماعي، إلا إن هذه الرؤية تختلف وفقاً للأيدولوجية السياسية التي تتبناها الدولة.
- 3- إن معظم الحقوق والحريات العامة التي أوردها الدستور، بما فيها الحقوق والحريات المتفرعة عن مبدأ العدالة الاجتماعية يحتاج إلى أن يتدخل القانون لتنظيمها، وقد يسكت المشرع عن تنظيم النص الدستوري وفي هذه الحالة يمكن إجراء الرقابة عن طريق الرقابة على الإغفال التشريعي.
- 4- تتضمن مبدأ العدالة الاجتماعية على: المساواة في الحقوق، تكافؤ الفرص، المعاملة المتساوية، الضمان الاجتماعي، التوزيع العادل للموارد، المشاركة الاجتماعية والسياسية.
- 5- على الرغم من أن العدالة الاجتماعية لم يتم تعريفه، لكنه هدف من أهداف الدساتير، وقد تكون فكرة توجيهية للمشرع، وإن معالجة فكرة الإلزام لحقوق العدالة الاجتماعية من منظور دستوري تبدو مسألة شائكة، لأن هذه الحقوق تفترض تدخلاً إيجابياً من الدولة، وهي مسألة مرتبطة بالوضع المالي والاقتصادي للدولة.
- 6- مما لا شك فيه إن السلطة التشريعية لا تملك حق إصدار قوانين تخالف أحكام الدستور، لا في حرفيتها وحسب، بل في روحها ومضمونها، أي المبادئ والأحكام التي تتضمنها بما فيه مبدأ العدالة الاجتماعية ومن هنا يراقب القضاء الدستوري مدى تقييد المشرع بهذه الحقوق والحريات، بحيث إذا خرج عن نطاق التنظيم يكون تشريعه مخالفاً للدستور.

التوصيات

1- من الضروري أن يكون هناك تفسير لمفهوم العدالة الاجتماعية، لذلك نوصي بتحريك طلب من قبل السلطات المعنية، والسلطات التي لديها الحق في هذا الطلب، لأن تفسيرها يساعد على تحديد مضمونها.

2- يجب على مجلس النواب إصدار القوانين التي تساعد على تحقيق هذا المفهوم، سواء أكانت ذلك في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي، لأنه هذا المفهوم كما أشرنا إليه مفهوم متشعب، وعادة يشير إليها في الدستور كمبادئ، لذلك يحتاج إلى التفصيل وترجمتها إلى واقع الحياة.

3- على مجلس النواب عدم إغفال إصدار القوانين المتعلقة بهذا المبدأ، إذ عليه الإسراع بإصدار تلك القوانين، لأنه تأخيره يؤثر على حقوق وحرقات الأفراد، وبخاصة إن هذا المبدأ يتضمن في ثناياه مجموعة من الحقوق.

المصادر

1- باللغة العربية

أ-الكتب

1. ابوبكر محمد علي، العدالة ومفهومها ومنطلقاته، دار الزمان، دمشق، الطبعة 1، 2010.
2. اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية- الجزء الأول، ترجمة على مقلد وشفيق حداد وعبدالحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت -لبنان، 1974.
3. ديفيد جونستون، مختصر تأريخ العدالة، ترجمة مصطفى ناصر، سلسلة عالم المعرفة، 2012.
4. د.سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1986.
5. سلام كامل كرم، الدستور كعمل غير مكتمل -صنع وإبطال (تغيير) علاقات السلطة في العراق 2003-2010، ترجمة مالك حسن علي، دار الرواد المزدهرة، بغداد، 2017.
6. د.عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي - الاجتماعي- الاقتصادي (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة)، دار النهضة العربية، القاهرة.
7. عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، 2003.
8. د.عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، 2009.
9. د.علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية (دراسة مقارنة)، طبعة عام 2001.
10. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية (دراسة مقارنة في ضوء التجربة العراقية)، دار واسط للطباعة والنشر (لندن)، 1985.
11. عماد محمد محمد ابوحليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- مصر، 2015.

12. د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان، دار الجامعية، بيروت، 2000.
 13. محمد عطية فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
 14. محمد فريد المشايخ، رقابة القضاء الدستوري للنقص التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة أولى، 2012.
 15. د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) - الجزء الأول، دار أبو المجد - مصر، 2006.
 16. محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - الطبعة الأولى، القاهرة، 2006.
 17. د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، دار الورد الأردنية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2012.
 18. د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، مكتبة القانوني، بغداد، بدون مكان وسنة الطبع.
 19. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة العراقي، بغداد، 2009.
 20. نوفل الحاج لطيف، جدل العدالة الاجتماعية في الفكر الليبرالي، دار جداول، ط1، بيروت، 2015.
 21. د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989-1990.
 22. د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، ط1، 2014.
 23. يزن خلوق محمد ساجد، السلطة التشريعية وصنع السياسة العامة في النظام البرلماني - دراسة مقارنة، شركة الاكاديميون للنشر والتوزيع - الأردن، ط1، 2019.
- ب- الرسائل الجامعية
1. سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمائنه لحقوق الإنسان وحياته، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل، كلية القانون، 2003.
- ج- الدوريات
1. أحمد الصادق البشير الشايب، دور الدولة في تحقيق العدالة الاجتماعية من منظور

- إسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السودان، العدد (7)، 2012.
2. سواد لعبيبي، العدالة الاجتماعية على مر التاريخ، بحث منشور في مجلة الثقافة الجديدة، بغداد، العراق، العدد 241، 2021.
3. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له- دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة-، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، جوان 2013.
- د-الدستور
1. الدستور العراقي لسنة 2005.
- هـ-المواثيق
- 1-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- و-قرارات القضاء الدستوري
- 2- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (76) لسنة 22، ق.د، جلسة 2002/7/7.
- 3- قرار المحكمة الاتحادية رقم ((25/اتحادية/ 2007) في (8/ 1/ 2008).
- www.iraqfsc.iqF (2020/9/9)
- 4- قرار المحكمة الاتحادية العليا الرقم (24/اتحادية/اعلام/ 2013) في (26/8/2013).
- www.iraqfsc.iq (2020/9/9)
- 5-قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (102/اتحادية/2021)، بتاريخ 2021/11/24.
- www.iraqfsc.iq
- 6-قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (35/اتحادية/2021) بتاريخ (2021/9/29).
- www.iraqfsc.iq
- 7-قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (33/ اتحادية/2021) بتاريخ (2021/7/13).
- www.iraqfsc.iq
- 8-قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ((140 موحدتها /141 اتحادية/ اعلام/ 2018).
- www.iraqfsc.iq
- ي-المواقع الإلكترونية
- 1- عبدالرحمن الحديدي، قراءة في مفهوم العدالة الاجتماعية: تأصيل نظري، المركز الديمقراطي العربي: www.democratica.de (2020/7/9)
- 2- محمد محمد عبداللطيف، الدستور والعدالة الاجتماعية www.Law-zag.com (2020/6/9)

2-المصادر باللغة الإنكليزية

A-Book

1. Florentin Weibel, The justiciability of economic, Social and Cultural in Switzerland, Master Thesis bilingual master of law, Universities of Geneva and basel human rights clinic at the faculty of law of the university of basel, 2016.
2. Giovanni Guiglia, Italian constitutional court and social rights in times of crisis; In search of a balance between principles and values of contemporary constitutionalism, Rivista, Associazione italiana de costituzionalisti, 2018.
3. Mattias Kumm, Constitutional rights as principles; On the structure and domain of constitutional justice, Areview Essay on a theory of constitutional right, 2004.
4. Sally M.Hage, Erin E.Ring, Melaine Lantz, Social justice Theory, Division of counseling psychology, University at Albany, NY, USA.

B-Journal

1. Diane Roman, La jurisprudence social des cours constitutionnelles en Europe; vers une jurisprudence de crise?, Les Nouveaux cahiers du conseil constitutional, N45, 2014.
2. Michael Reisch, Defining social justice in a socially unjust world, Journal of contemporary human services, Vo83, Issue4.
3. Shridevi S.Suvarnakhadi, Social Justice provision in indian constitution, international journal of political science, Vo6, Issue3, 2020.
4. Susan Kiefel, Social Justice and the constitution freedoms and protections, JCU Law review, 6, 2013.

c-internet

- 1- Riccardo Guastini, Applying constitutional principles,.
www.researchgate.net (2021/1/9)
- 2- Leo Kipkogei Kemboi, Neglected social justice principles in kenyas constitution, P1.
www.Researchgate.net (2020/4/7)
- 3- Rajat Prakash, Concept of social justice,
www.researchgate.net (2020/5/8)
- 4- Feba Sara Vinu, Varnika Tyagi, Social justice and the constitutional aspects of the working conditions of laborers
www.researchgate.net(2021/2/9)

الملخص

إن مبدأ العدالة الاجتماعية هو من المبادئ الذي يتضمن على مجموعة من الحقوق والحريات، وقد نصت معظم الدساتير على تحقيق هذا المبدأ كهدف من أهداف الدولة. مما لاشك فيه ان العدالة الاجتماعية تعني حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ويمارس المشرع تنظيم تلك الحقوق في إطار السلطة التقديرية الممنوحة انه بموجب الدستور.

إذا رغم أهمية هذا المبدأ، إلا انه يظل مجرد فكرة توجيهية للمشرع، يحتاج إلى تدخل المشرع بشكل إيجابي، وذلك لكي يلتزم الدولة بمضمونها. ومن هذا المنطلق يراقب القضاء الدستوري مدى تقييد المشرع بهذه الحقوق والحريات، حتى لا يخرج من نطاق المشروعية.

پوخته

پرهنسیپی دادپهروهری کۆمه لایهتی لهو پرهنسیپانهیه که کۆمه لایک ماف و ئازادی لهخۆ دهگریت، زۆربهی دهستورهکان ههولێ بهدییهینانی ئهو پرهنسیپه دهدهن وهک ئامانجیک له ئامانجهکانی دهولت.

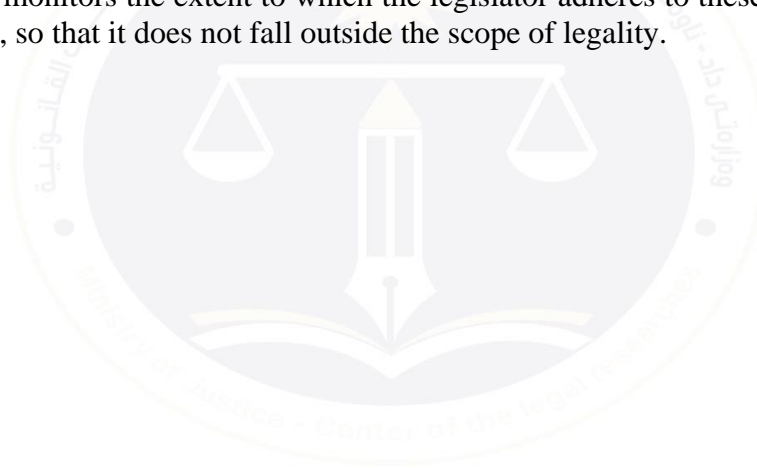
گومانی تێدانی یه که دادپهروهری کۆمه لایهتی مانای مافی مرۆقه له رووی ئابوری و کۆمه لایهتی و سیاسی، یاسادانه مومارسهی جیه جیکردنی ئهو مافه دهکات له چوارچیهی دهسه لاتی رینگه پینداو دا که دهستور پێی بهخشیوه.

سهرباری گرنگی ئهو پرهنسیپه، بهلام تهنها بیرۆکهیهکی ئاراستهکهری یاسادانه، وه پێویستی به دهستور دانی یاسادانه ههیه به شێوهیهکی ئهرینی، بۆ ئهوهی دهولت پابهندی ناوهروکهکهی بێت.

لهو روانگهیهوه دادگای دهستوری چاودیری پابهندی یاسادانه دهکات، تا وهکو له چوارچیهی رهوایهتی دهر نهچیت.

Abstract

The principle of social justice is one of the principles that includes a set of rights and freedoms, and most constitutions stipulate the realization of this principle as one of the state's goals. There is no doubt that social justice means economic, social and political human rights, and the legislator exercises the regulation of these rights within the framework of the discretion granted by the constitution. If, despite the importance of this principle, it is not just a guiding idea for the legislator, it needs the legislator's positive intervention, in order for the state to abide by its content. From this point of view, the constitutional judiciary monitors the extent to which the legislator adheres to these rights and freedoms, so that it does not fall outside the scope of legality.





الأمن القانوني الانضباطي للموظف العام

في القانون العراقي^(*)

بحث مقارن

أ.د سهنگەر داود محمد^(**)

قسم القانون- كلية القانون- جامعة صلاح الدين- محاضر في الجامعة اللبنانية الفرنسية

ا.م.د. كاوه ياسين سليم^(***)

قسم الإدارة القانونية- المعهد التقني خبات- جامعة أربيل التقنية - أربيل - العراق

ناسايشى ياساى ريكارى فهرانبهرى گشتى له ياساى عيراقى
تويژينهوهيهكى بهراوردكاريه

پ. د. سهنگەر داود موحههد

كوليزى ياسا - زانكوى سهلاحهدين - ههولير
وانهبيژ له زانكوى لوبنانى فهرانسى

پ. ي. د. كاوه ياسين سهليم

بهشى كارگيرى ياساى - پهيمانگاي تهكنيكى خبات - زانكوى
ههوليرى تهكنيكى - ههولير - عيراق

(*) تاريخ استلام البحث: 2023/2/2.

تاريخ قبول النشر: 2023/4/16.

(**) sangar.muhammed@su.edu.krd

(***) kawa.salim@epu.edu.iq

Disciplinary legal security for the public servant in Iraqi law a comparative research

Prof. Dr. Sangar Dawood Mohammed

Department of Law - Faculty of Law - Salahaddin University - Lecturer at the
Lebanese French University

Assist Prof. Kawa Yassin Saleem

Department of Legal Administration - Khabat Technical Institute - Erbil
Technical University - Erbil - Iraq



الأمن القانوني الانضباطي للموظف العام في القانون العراقي بحث مقارنة

أ.د. سهنگهر داود محمد

قسم القانون- كلية القانون- جامعة صلاح الدين- محاضر في الجامعة اللبنانية الفرنسية

ا.م.د. كاوه ياسين سليم

قسم الإدارة القانونية- المعهد التقني خبات- جامعة أربيل التقنية - أربيل- العراق

الكلمات المفتاحية:

1- الأمن القانوني 2- العقوبات الانضباطية 3- الموظف العام 4- السلطة
الإدارية

كليه ووشه:

ناسايشى ياسايبى، سزا ريكسازيهكان، فهرمانبهرى گشتى، دهسه لاته
كارگيريهكان.

key words: 1- Legal Security 2- Disciplinary Penalties 3- Public Employee
Administrative Authority

المقدمة

أولاً/ مدخل تمهيدي لموضوع البحث

تطورت وظيفة السلطة الإدارية واتسع نطاق مسؤولياتها كلما زادت أهمية الموظف باعتباره الأداة المنفذة لتوجهات الإدارة والمحقة لأهدافها، ولذلك ظهرت الحاجة لسن تشريعات تبغني تأديب الموظفين وتضمن عدم انحرافهم والتراخي عن القيام بأداء واجباتهم، وهنا تبرز أهمية وضع ضمانات كافية توفر للموظف الأمن القانوني والطمأنينة من عدم إجحاف الإدارة بحق ذلك الموظف وإساءتها لاستعمال سلطتها، وهذه الضمانات بعضها تتجسد قبل فرض العقوبة الانضباطية مثل إجراء التحقيق الإداري مع الموظف والاستماع لأقواله ومنحه فرصة للدفاع عمّا وجه إليه من إتهام وإطلاعه على الملف الوظيفي الشخصي، والبعض الآخر هي ضمانات تعطى للموظف بعد فرض العقوبة الانضباطية كالتظلم والطعن لدى القضاء.

ثانياً/ أهمية موضوع البحث: لموضوع البحث أهمية نظرية وعملية:

أ- الأهمية النظرية: تتمثل في بيان ماهية الأمن القانوني وانحراف الإدارة عن مبدأ المشروعية وفي استعمال السلطة الممنوحة لها لفرض العقوبات الانضباطية ونيتها في الإضرار بالموظف وتهريبها من الضمانات التي كفلها المشرع للموظف. وتكمن الأهمية النظرية لموضوع البحث أيضاً في تناوله لحقوق وضمانات الموظف العام الذي يعد الأداة الأساسية للمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، حيث تتمثل تلك الضمانات بحق الموظف في إجراء التحقيق الإداري معه والاستماع لأقواله ومنحه فرصة للدفاع عمّا أسند إليه من اتهام وإطلاعه على الملف الوظيفي الشخصي، والتظلم والطعن أمام القضاء.

ب- الأهمية العملية: تكمن في الأهمية العملية للأمن القانوني في مجال العقوبات الانضباطية للإدارة والقضاء والأفراد، فبالنسبة للإدارة يتيح لها فرصة مراجعة قراراتها وإصلاح ما قد يشوبها من عيوب وانحراف، وبالنسبة للقضاء يخفف من كاهله وعدم إشغاله، وبالنسبة للفرد الموظف فإنه يوفر الوقت والجهد والمال ويختصر الإجراءات ويشعره بالاطمئنان بخصوص المركز القانوني للموظف ومستقبله الوظيفي.

ثالثاً/ الهدف من البحث:

- 1- إبراز الفلسفة الحقيقية لمنح المشرع الضمانات في فرض العقوبات الوظيفية على الموظف وهو انتظام سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة وعدم الإساءة بالموظف المخالف لواجباته الوظيفية.
- 2- الوقوف على مخاطر تجاوز الإدارة لسلطتها والإضرار بالمركز القانوني للموظف وبمستقبله الوظيفي من خلال حرمانه من الضمانات التي يتمتع بها.
- 3- إبراز ضمانات ما قبل وما بعد فرض العقوبات الوظيفية الانضباطية ومجالات تطبيقها في التشريعات العراقية والمقارنة.
- 4- بيان أهمية ضمانات فرض العقوبات الانضباطية للموظف في استعادة حقوقه وتعويضه عن الأضرار المادية والمعنوية وإعادة اعتباره الوظيفي وتوفير بيئة وظيفية آمنة ومطمئنة للموظف.

رابعاً/ فرضية البحث:

- 1- يترتب على تجسيد وتطبيق ضمانات العقوبات الانضباطية حصول الموظف على حقوقه ومصالحه المشروعة وتعويضه عن الأضرار التي لحق به جراء فرض العقوبة

الوظيفية الانضباطية وإعادة اعتباره الوظيفي وتوفير بيئة وظيفية آمنة ومطمئنة للموظف.
2- يكفل الأمن القانوني في مجال العقوبات الانضباطية تجسيد مبدأ المشروعية وتوفير الجهد والوقت والنفقات بالنسبة للإدارة والقضاء والموظف أيضاً.

خامساً/ مشكلة البحث:

1- تعدّ العقوبات الوظيفية الانضباطية سيفاً مسلطاً بيد الإدارة على رقاب الموظفين، وبالتالي هناك تخوف وخشية واضحة من خروج الإدارة وتجاوزها على مبدأ المشروعية والانحراف عن السلطة الممنوحة لها في سبيل تنظيم سير المرافق العامة.

2- لا تخلو التشريعات العراقية من الثغرات والنواقص بشأن ضمانات توفير الأمن القانوني الانضباطي للموظف العام.

3- لم يتطرق المشرع العراقي إلى حق الموظف المخالف بالصمت أمام اللجنة التحقيقية.

4- لم يوضح المشرع العراقي إمكانية الطعن لدى محكمة القضاء الإداري عند قبول الإدارة التظلم والرد عليه خلافاً لمصلحة المتظلم.

سادساً/ نطاق البحث:

ينصب البحث على الضمانات التي يفترض أن يتمتع بها الموظف في مجال العقوبات الانضباطية، وبيان موقف التشريع والفقه والقضاء العراقي في هذا المجال ومقارنته بمواقف التشريعات المقارنة في كل من فرنسا ومصر.

سابعاً/ منهجية البحث: بغية الوصول لأهداف البحث ومعالجة الإشكاليات المتقدم ذكرها سيعتمد الباحث على المنهجين التاليين:

أ- المنهج التحليلي والاستقرائي:

وذلك من خلال تحليل واستقراء النصوص والأحكام القانونية الواردة في تشريعات الدول المقارنة حول موضوع البحث بالإضافة إلى تحليل الآراء الفقهية والأحكام القضائية المقارنة ذات العلاقة بضمانات الموظف العام في مجال فرض العقوبات الانضباطية.

ب- منهج المقارنة: وذلك من خلال المقارنة والترجيح وبيان نقاط التباين والقوة والضعف في التشريعات المقارنة بشأن الأمن القانوني الانضباطي للموظف.

ثامناً/ هيكلية البحث:

لأجل تلبية متطلبات البحث وأهدافه وأهميته وإشكالياته سنقسم البحث إلى مبحثين

أساسيين ومطلب تمهيدي، حيث سنتناول في المطلب التمهيدي مفهوم الأمن القانوني وانضباط الموظف العام، بينما سنتطرق في المبحث الأول لبيان الأمن القانوني الانضباطي للموظف قبل فرض العقوبات الانضباطية عليه، بينما سنتناول في المبحث الثاني موضوع الأمن القانوني الانضباطي للموظف بعد فرض العقوبات الانضباطية.



المطلب التمهيدي

مفهوم الأمن القانوني وانضباط الموظف العام

ستتطرق في هذا المطلب التمهيدي لمفهوم الأمن القانوني وانضباط الموظف العام، وذلك كالآتي:

الفرع الأول

مفهوم الأمن القانوني

يعد الأمن القانوني أحد أبرز الركائز التي يقوم عليها بناء دولة القانون، وينصرف مفهوم الأمن القانوني إلى ضرورة التزام السلطات العامة بتوفير قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية والاستقرار للمراكز والنظم القانونية المختلفة.

والموظف العام يعد الوسيلة التي لا غنى عنها في تسيير المرفق العام، وهو الذي من خلاله يمكن للمرفق العام تحقيق أهدافه⁽¹⁾، لذلك فقد حاول المشرع والقضاء الإداري وضع نظام قانوني لحماية وطمأنينة وتأمين الموظف العام لمساعدته على القيام بالمهمة الأساسية وهي سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ويلعب الأمن القانوني الوظيفي دوراً بارزاً في تشجيع الموظف للقيام بالأعباء الملقاة على عاتقه على أكمل وجه، لأن الموظفين يقومون بتنفيذ سياسة الدولة وتحقيق أهدافها في كافة المجالات، ومن خلال أداء الوظيفة لا يمنع هؤلاء الموظفين من ارتكاب مخالفات وظيفية والتي بالمقابل سيؤدي إلى إيقاع عقوبات انضباطية عليهم من قبل الإدارة. ومن أجل تحقيق التوازن بين سعي الإدارة لتحقيق المصلحة العامة وبين مصلحة الموظف العام كي لا يتعرض إلى إجحاف الإدارة وجدت ضمانات الأمن القانوني الانضباطي للموظف العام ومن أهمها إجراء التحقيق الإداري العادل بحقه لينال جزاءه ان كان مقصراً بالفعل وإلغاء التهمة المنسوبة إليه إن لم يكن كذلك، ولتحقيق ذلك تتوجب معرفة المخالفة المسندة إلى الموظف العام وتمكينه من الاطلاع على أسبابها والدفاع عن

(1) د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011، ص 299.

نفسه⁽¹⁾.

ويقصد بالأمن القانوني الانضباطي كفالة الضمانات القانونية وإشاعة الأمن والطمأنينة والاستقرار في مجال تنظيم الأحكام الانضباطية للموظف العام، بحيث يتمتع الموظف الذي توجه إليه تهمة المخالفة التأديبية بكافة حقوقه القانونية سواء تلك المتعلقة بمرحلة ما قبل فرض العقوبة الانضباطية أو ما بعد فرض العقوبة الانضباطية⁽²⁾.

وقد حرص المشرع والقضاء الإداري على توفير العديد من الضمانات التي تحمي الموظف العام في جميع مراحل حياته الوظيفية والانضباطية بما فيها مرحلة اتهامه بارتكاب ما يخل بأداء واجبات وظيفته فهناك رابطة لصيقة غير قابلة للانفصال فيما بين الإجراءات والضمانات التأديبية تكمن في سلامة الإجراءات سواء في المرحلة السابقة والمعاصرة لتوقيع العقوبة الانضباطية أو في المرحلة اللاحقة لتوقيعها⁽³⁾. تلك المبادئ والضمانات قد تكون قواعد موضوعية كمبدأ المشروعية ومبدأ تناسب العقوبة ومبدأ شخصية العقوبة كما قد تكون تلك الضمانات إجرائية أو شكلية في مراحل التحقيق أو المحاكمة أو الطعن أو تنفيذ العقوبة⁽⁴⁾.

وقد أرست المحكمة الدستورية العليا المصري المبدأ في أكثر من حكم ووضعت ضوابط لأعمال المبدأ منها: ان مشروعية الجزاء أيا كانت طبيعته لا يمكن ضمانها إلا إذا كانت متناسبة مع المخالفة، ومن المتعين أن يكون تقدير الجهة الإدارية لعقوباتها متوازناً وأن تكون هناك ملاءمة بين الخطأ وبين الجزاء ومقداره⁽⁵⁾. كما أكدته قضاء المحكمة

(1) د. ضياء عبدالله عبود الجابر، التحقيق الإداري بين النص القانوني والواقع العملي متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://uokerbala.edu.iq/archives/18759> تاريخ الزيارة 2022/11/19.

(2) د.هانم أحمد محمود سالم، ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالته - دراسة فقهية قضائية مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 52، العدد 1، 2020، ص 7.

(3) عبدالله محمد محمود ارجمند، فلسفة الإجراءات التأديبية للعاملين بالخدمة المدنية، مطابع البيان التجارية، دبي، 1998، ص 57.

(4) د. محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، القاهرة، 2007، ص 167.

(5) حكم المحكمة الدستورية، قضية 33 لسنة 16 ق. دستورية، جلسة 1996/2/3، مجلة أحكام

←

الإدارية العليا منذ عام 1961 وحتى الآن على رقابة التناسب والملاءمة بين الجزاء المفروض من سلطة التأديب والمخالفة المرتكبة⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية بهذا الخصوص في حكمها الصادر في 10 ديسمبر 2000، بأن "تقدير الجزاء متروك إلى مدى بعيد لتقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي..... وعند ظهور عدم التناسب بين المخالفة وبين الجزاء الموقع عنها، فالإساءة في تقدير الجزاء يصيب الإجراء التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء"⁽²⁾.

أما بشأن المشرع العراقي فقد أوجب اختيار العقوبة الملائمة إذا كانت صادرة عن السلطة التأديبية، بينما لم ينص على التزام السلطة التأديبية الرئاسية أن تختار العقوبة المناسبة للمخالفة الإدارية المرتكبة. فالقضاء الإداري في العراق قد استقر على مبدأ رقابة ملاءمة العقوبات التأديبية ومدى تناسبها مع المخالفة التأديبية، فللمحكمة سلطة إلغاء العقوبة أو تخفيفها إذا تبين لها بأنها غير ملائمة للمخالفة الإدارية.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في العراق في إحدى قراراتها إلى أن "..... العقوبات التي فرضت على المدير العام الذي تولى كتابة التقرير والخطأ في التدقيق أخف كثيراً عن عقوبة كاتب الطابعة، وهذا تفاوت لا يقوم على وزن صحيح لجسامة الخطأ في النتيجة التي وقعت، وبذلك تكون عقوبة تنزيل الدرجة المفروضة على الموظفة شديدة، ولا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبته"، فقررت المحكمة تصديق الفقرة الحكمية الخاصة بمسؤولية الموظفة عن الخطأ في طبع الأرقام، وتخفيف العقوبة... بموجب الفقرة (5) من الأمر الإداري الصادر عن البنك المركزي العراقي المرقم 314 في 2013/12/12 من تنزيل الدرجة إلى الإنذار. كما ان الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية ذهبت في إحدى قراراتها إلى أنه: "على مجلس الانضباط العام مراعاة

←

الدستورية العليا، ج7، ص393.

- (1) حكم المحكمة الإدارية، الطعن 205 لسنة 35. ق جلسة 1990/5/19، الطعن رقم 2935 لسنة 35 ق جلسة 1992/2/8، د. سمير البهي، أحكام المحكمة الإدارية العليا، ط1، د.ن، 1992، ص88-95، مشار إليه في كتاب، المستشار الدكتور محمد سعيد فودة، المرجع السابق، ص208.
- (2) المحكمة الإدارية العليا، 10 ديسمبر، 2000، طعن رقم 6399، لسنة 43 ق.

جسامة الفعل المرتكب مع العقوبة المفروضة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مفهوم انضباط الموظف العام

يعد الإخلال بواجبات الوظيفة خطأ من شأنه إثارة المسؤولية التأديبية للموظف⁽²⁾، فنظام التأديب وسيلة من وسائل الرقابة الذاتية للإدارة، حيث تمارس هذه الرقابة السلطة الرئاسية في أي من مجالات الوظيفة على الموظفين، بغرض محاسبة الموظف على ما اقترفه من أخطاء أو إخلال بما يفرضه عليه النظام الوظيفي من واجبات⁽³⁾.

في ظل غياب تدخل تشريعي لتصنيف وتحديد وتعريف الجزاءات الإدارية الأمر يضل غامضاً ومبهماً سواء بالنسبة للفقهاء أو القضاة. فغالبية التشريعات الوطنية والنظم العقابية على حد سواء في الدول محل الدراسة لم تضع تعريفاً شأنها شأن التشريعات في الدول الأخرى تعريفاً جامعاً مانعاً للنظام التأديبي مكتفية بإيراد النصوص الموضوعية والإجرائية في التأديب، كما لم ترد الأفعال المكونة لهذه الجريمة على سبيل الحصر كما هو الشأن في الجريمة الجنائية، وكل ما ورد في قوانينها الانضباطية واجبات الموظفين والأعمال المحظورة بصفة عامة ودون تحديد دقيق⁽⁴⁾.

جاء في قانون العاملين المصري رقم 48 لسنة 1978 في المادة (78) على أن "كل عامل يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يجازي تأديبياً"⁽⁵⁾، فالتأديب هو الضمان الحقيقي لاحترام الموظف لواجبات وظيفته، فهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المنظمة لتوقيع الجزاء المقرر للأخطاء التأديبية المرتكبة خلال أو بمناسبة ممارسة العمل الوظيفي، والتي تحمل

(1) خالد سليم أمين، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن أخطائه الوظيفية، رسالة ماجستير، جامعة شرق الأدنى، نيقوسيا 2021، متاح على الموقع الإلكتروني: <http://docs.neu.edu.tr/library/8915100337.pdf> تاريخ الزيارة 2022/11/19.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 279.

(3) قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ص 20.

(4) د. ماجد راغب الحلو، دعاوي القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، 1010، ص 254.

(5) قانون العاملين المصري رقم 48 لسنة 1978.

انعكاساً ضاراً بسير المرفق العام، وموضوعه تأثيم الأفعال التي تنسب إلى الموظف ويكون من شأنها الإخلال بمقتضيات الوظيفة وبالتالي التأثير على حسن سير العمل وانتظامه⁽¹⁾. لذلك يمكننا القول بأن نظام انضباط الموظف هو الذي يبحث في الالتزامات الخاصة بالموظفين والجزاءات التي تقع عليهم مع تحقيق ضمانات الفصل بين سلطات التحقيق والانتهاج والمحكمة.



(1) د. إبراهيم المنجي، إلغاء الجزاء التأديبي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص14.

المبحث الأول

الأمن القانوني للموظف قبل فرض العقوبة الانضباطية

كفلت تشريعات الانضباط في الدول المقارنة ضمانات إجرائية قبل فرض العقوبة الانضباطية على الموظف العام، وذلك من خلال تحديد إجراءات الإدارة في فرض العقوبات الانضباطية بحق موظفيها وتحديد جهات فرضها وشكلياتها بأن يحاط الموظف المحال إلى التحقيق بكافة الضمانات اللازمة لسلامة التحقيق وللحيلولة دون تعسف الإدارة في ممارستها لصلاحياتها الانضباطية بحق موظفيها ضماناً لتحقيق الأمن القانوني للموظف وتجسيدا للعدالة وكفالة للمصلحة العامة. ويترتب على انتفاء تلك الضمانات بطلان القرار الصادر بفرض العقوبة الانضباطية. وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وذلك كالآتي:

المطلب الأول

التحقيق الإداري

نصّت المادتان (4) و(5) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم (14) لعام 1991 على عدة إجراءات ينبغي اتباعها عند إخلال الموظف بواجباتها الوظيفية⁽¹⁾، ومن أبرز تلك الإجراءات هو التحقيق الإداري. فالتحقيق الإداري أحد ضمانات الموظف السابقة على فرض العقوبة الانضباطية، وهو إجراء شكلي جوهري وضعها المشرع وأحاطها بضوابط يجب الالتزام بها عند إخلال الموظف بمقتضياتها أو إتيانه بفعل من الأفعال المحظورة عليه⁽²⁾ يستهدف الوصول إلى

(1) المادة (4) تنص على أداء أعمال وظيفته بنفسه بأمانة وشعور بالمسؤولية أو التقيد بمواعيد العمل وعدم التغيب عنه إلا بأذن، واحترام رؤسائه والتزام الأدب واللياقة في مخاطبتهم وإطاعة أوامره المتعلقة بأداء واجباته في حدود ما تقضي به القوانين والأنظمة وغيرها من الواجبات الأخرى التي تتصل اتصالاً مباشراً بالوظيفة العام.

(2) اما المادة (5) من ذات القانون فقد نصت على الأعمال التي يحظر على الموظف الاتيان بها منها: (الجمع بين وظيفتين بصفة أصلية أو الجمع بين الوظيفة وبين أي عمل آخر إلا بموجب القانون ومزاولة الأعمال التجارية وتأسيس الشركات والاشتراك في المناقصات والمزايدات التي تجريبها دوائر الدولة لبيع الأموال المنقولة وغير المنقولة إذا كان مخولاً قانوناً بالتصديق على البيع لاعتبار

الحقائق بقصد الكشف عن فاعلها وجمع الأدلة والمستندات والوثائق التي تدين مرتكبها. وهي بمثابة الأمن القانوني للموظف على نحو يشيع الاستقرار والطمأنينة بين الموظفين وبما ينعكس إيجاباً على سير أعمال المرفق العام، ومن أبرز تلك الضمانات في نطاق التأديب نقسمها إلى ثلاث فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول

الإحالة إلى التحقيق الإداري

هناك مرتكزات أساسية يستوجب توافرها في التحقيق الإداري حتى يستكمل الضمانات الأساسية وتحقيق النتيجة التي يبتغيها القانون في إطار مشروعية الإجراءات في التحقيق الإداري وتقتضيها العدالة كمبدأ عام عند إجراء التحقيق الإداري مع الموظف. ومن أهم هذه المقومات لتحقيق الأمن القانوني الانضباطي هي الإحالة إلى التحقيق. وقد أشار قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي إلى شرط جوهري لإجراء التحقيق، وهو إحالة الموظف المتهم بارتكاب المخالفة إلى اللجنة التحقيقية مع تحديد زمان ومكان انعقاد جلسات اللجنة الحقيقية لتقوم بالتحقيق معه. وتطبيقاً لذلك ذهب مجلس الانضباط العام في العراق (محكمة قضاء الموظفين حالياً) إلى أنه "لا يجوز للجنة الانضباط أن تفرض عقوبة انضباطية على من حضر أمامها دون أن يحال إليها بورقة اتهام أصولية صادرة من الجهة التي منحها القانون هذه الصلاحية التي تختلف من تشريع إلى آخر".

وقد أنط المشرع العراقي بموجب الفقرة أولاً من المادة (10) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 وقانون التضمين رقم (12) لسنة 2006 إلى الوزير المختص أو رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على أن يكون أحدهم حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون، وللجنة أن تستدعي الموظف شفوياً أو تحريرياً بواسطة ورقة تبليغ يتضمن وجوب حضور الموظف أمامها.

وجاء في قضاء مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) قوله (... ولما

←

الإحالة قطعية أو كان عضواً في لجان التقدير أو البيع أو اتخذ قراراً ببيع أو إيجار الأموال).

كانت إجراءات الدائرة التي ذكرها المعارض في الفقرات الأخرى من الادعاء غير منصوص عليها كعقوبات انضباطية في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 14 لسنة 1991، وهي بالتالي غير خاضعة لرقابة مجلس الانضباط العام، قُرر رد الطعن⁽¹⁾.

وقد بسط مجلس الانضباط العام رقابته على تشكيل اللجنة التحقيقية فإذا وجد أي إخلال بعدد أعضائها زيادةً أو نقصاناً فإنه يقوم بإلغاء قرار العقوبة الصادر بناءً على التحقيق الذي قامت به تلك اللجنة، ومن الأمثلة على ذلك حكمه بأن (... المعارضه ادعت أن المعارض عليه إضافة لوظيفته أصدر الأمر الوزاري... المتضمن عزلها من الوظيفة... ووجد المجلس أن اللجنة التحقيقية قد شكلت من أربعة أشخاص... كما وجدت أن توصيات اللجنة المذكورة قد ذلت بتواريخ الأربعة المذكورين، ويرى المجلس أن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 14 لسنة 1991 أوجب أن تكون اللجنة التحقيقية من ثلاثة أشخاص، وذلك بموجب المادة رقم 10/الفقرة أولاً من القانون... وحيث أن اللجنة التحقيقية كانت مكونة من أربعة أشخاص وليس من ثلاثة أشخاص وهو العدد المحدد قانوناً، وعليه قرر المجلس إلغاء عقوبة العزل المفروضة بحق المعارضه...⁽²⁾.

ولا يكفي أن تكون اللجنة التحقيقية مشكلة من ثلاثة أشخاص فقط، بل أوجب أن يكون أحد أعضائها على الأقل حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون⁽³⁾. إذ أراد المشرع توفير الحد الأدنى من المقومات التي يستلزمها القانون في التحقيق، ومن الأمثلة على رقابة المجلس على ضرورة وجود شخص حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون في اللجنة التحقيقية، حكمه (... إن المعارض ادعى أمام المجلس بأن المعارض عليه قد وجه إليه عقوبة التوبيخ بناءً على توصية اللجنة التحقيقية، وطلب إلغاء العقوبة المفروضة بحقه لكونها جاءت مجحفة، واطلع المجلس على تشكيلة اللجنة التحقيقية ووجد أنها شكلت خلافاً لنص البند أولاً من المادة رقم 10 من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 والذي يقضي أن يكون أحد أعضاء اللجنة التحقيقية والذي لم

(1) قراره رقم 96/92 بتاريخ 15/12/1996، إضبارة 46/1996، غير منشور.

(2) قراره رقم 999/314 بتاريخ 29/12/1999، غير منشور.

(3) المادة 10/أولاً من قانون الانضباط رقم 14 لسنة 1991.

يشر إلى أي من رئيس وأعضاء اللجنة ممن هو يحمل شهادة جامعية أولية في القانون، وحيث أن تشكيل اللجنة التحقيقية جاء مخالفاً للمادة 10 لذا فإن اللجنة التحقيقية تعد غير قانونية، وبالتالي يكون القرار المتخذ بناءً على توصية اللجنة المذكورة لغرض فرض عقوبة التوبيخ بحق المعارض غير قانوني أيضاً وعليه ولما تقدم قرر المجلس إلغاء عقوبة التوبيخ المفروضة بحق المعارض...⁽¹⁾. وفي قرار رقم 98/92 بتاريخ 1998/4/25 قضى المجلس (...أن اللجنة التحقيقية تم تشكيلها من ستة أعضاء وحيث أن تشكيل اللجنة يعد غير قانوني... لذا تكون عقوبة التوبيخ الموجهة للمعارض غير قانونية أيضاً...) وفي قرار آخر للمجلس قضى بأن (ولدى الوقوف على العقوبة وسندها القانوني فقد وجد أن وزارة التربية لم تقم بإجراء التحقيق الأصولي فيما ينسب للموظف... فإن العقوبة التي فرضتها لم تكن صحيحة...)⁽²⁾.

وتباين التشريعات المقارنة فيما بينها في تحديد السلطة التي تستند إليها صلاحية الإحالة إلى التحقيق، فالتشريع الفرنسي أعطى الاختصاص بالإحالة إلى التحقيق إلى السلطة المختصة بالتعيين. أما المشرع المصري فقد أعطى صلاحية الإحالة للتحقيق إلى سلطة التأديب الرئاسية. وقد حدد القانون السلطة المختصة باعتبارها الوزير المختص ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة المختص.

الفرع الثاني

تدوين إفادة الموظف المخالف كتابة

تباشر اللجنة التحقيقية إجراءات التحقيق تحريرياً حيث أخذ المشرع العراقي بمبدأ (التحقيق المكتوب) كضمانة من ضمانات الموظف العام، مما للكتابة من قيمة ثبوتية كونها من المبادئ العامة في التأديب ومتعلقة بالنظام العام وحق للموظف المتهم بارتكاب مخالفة تأديبية من خلال تدوين كل ما لها علاقة بهذه المخالفة من أقوال ووقائع، والكتابة تمثل حجة للموظف أو عليه. وأن يكون بخط واضح خالي من الحشو.

وقد أشارت الفقرة ثانياً من المادة (10) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي بأنه ينبغي على اللجنة التحقيقية أن تقوم بتدوين محضر ثبت فيه إجراءاتها

(1) قراره رقم 1999/251 بتاريخ 1999/11/10، غير منشور.

(2) قراره رقم 94/137 بتاريخ 1994/7/31، أشار إليه د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق، ص 56.

وتثبت إفادة الموظف المحال وما قام بتقديمه من مستندات تعزز دفاعه وإفادات الشهود وخلاصة ما جاء بأقوالهم وكل المستندات التي اطلعت عليها اللجنة بمناسبة ذلك مع المقترحات التي خلصت إليها على أن تكون مسببة، فالكتابة تكون في العادة أكثر انضباطاً وادق تعبيراً، وأيسر مراجعة وأكبر تأكيداً، ثم يتم تثبيت المقترحات، والتي إما أن تكون بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق بحقه بعد أن يقوم بتقديم الأدلة التي تثبت براءة الموظف مما نسب إليه، أو ان اللجنة التحقيقية توصي بفرض أحد العقوبات المنصوص عليها في المادة الثامنة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي. أو قد تقتنع اللجنة التحقيقية بأن الموظف قد ارتكب جريمةً تنطبق عليها أحكام قانون العقوبات فتوصي بإحالة إلى المحاكم المتخصصة.

إلا ان هذه الإجراءات ورد بشأنها استثناء حيث أجاز القانون للوزير أو رئيس الدائرة أن يفرض مباشرة أياً من العقوبات المنصوص عليها في الفقرات (أولاً، ثانياً، ثالثاً) من المادة الثامنة بعد استجوابه من دون الحاجة إلى إحالته إلى اللجنة التحقيقية وإجراء التحقيق الإداري معه. وبهذا قضت الهيئة العامة لمجلس الشورى الدولة في قرار لها "ان المدعي يطعن بعقوبة الإنذار الموجهة إليه بموجب الأمر الإداري المرقم (810) في 2008/7/2 لمخالفة الأوامر وارتكابه عملاً لا يأتلف وواجبات ونشاط شركة الخطوط الجوية العراقية وحيث ثبت من خلال الاستجواب ان المدعي قد أخل بواجبات وظيفته إخلالاً جسيماً وحيث إن الفقرة (رابعاً) من المادة (10) من قانون انضباط موظفي الدولة منحت الوزير ورئيس الدائرة الحق في فرض عقوبة الإنذار من دون حاجة إلى توصية لجنة تحقيقية، وحيث إن العقوبة تتناسب مع الفعل الذي ارتكبه المدعي وان مجلس الانضباط العام قد التزم وجهة النظر، فيكون قراره صحيحاً وموافقاً للقانون.

وفي اعتراض لحكم محكمة قضاء الموظفين في بغداد بتاريخ 2021/4/4 على عقوبة (العزل) لمخالفته قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 بمعاينة المعارض دون إجراء التحقيق معه أو استجوابه والذي يعتبر إحدى الضمانات الجوهرية للموظف، قررت المحكمة بالاتفاق إلغاء عقوبة العزل وصدور القرار استناداً إلى أحكام المواد (220، 222، 224) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتحميل المعارض عليه الرسوم والمصاريف القضائية.

وتختلف التشريعات المقارنة في تحديد الجهة المختصة بممارسة التحقيق، فبعض

التشريعات تتبنى ازدواج سلطة التحقيق وذلك عندما تمارسها بالإضافة إلى الجهة الإدارية هيئة قضائية أو إدارية أخرى مستقلة عنها، في حين تأخذ بعض التشريعات بوحدة سلطة التحقيق أي ممارسته بواسطة الإدارة فقط، ومن الدول التي تأخذ بازدواج التحقيق جمهورية مصر العربية، بينما نجد في التشريع العراقي الأخذ بمبدأ وحدة جهة التحقيق حيث تمارس التحقيق لدى الجهة الإدارية دون أن تشترك معها جهة أخرى.

الفرع الثالث

حيادية اللجنة التحقيقية

ان التجرد والحيادية هي من السمات الأساسية التي يجب أن تتوفر في رئيس وأعضاء اللجنة التحقيقية، فالحيادية ضمانة يقتضي توفرها في كل من يمارس سلطة أو اختصاص أو يصدر عنه أي عمل من الأعمال الانضباطية.

مما لا شك فيه انه لا جدوى ولا فائدة من إعلام الموظف بالتهمة المنسوبة إليه وسماع أوجه دفاعه ما لم تتصف هيئات التحقيق والمحاكمة بالحيادة والنزاهة والموضوعية، ومن بديهيات الحيادة ان لا تكون الإدارة خصماً وحكماً في ذات النزاع⁽¹⁾.

وقد ميز بعض التشريعات بين وظيفتي التحقيق والحكم، حيث اسندوا مهام التحقيق الإداري إلى جهات مستقلة عن سلطة الحكم، كالنيابة الإدارية في القانون المصري وهيئة الرقابة والتحقيق في النظام القانون السعودي، وعملاً بذلك عدّ مجلس الدولة الفرنسي ان مجرد حضور المحقق جلسة لجنة التأديب يعيب تشكيل اللجنة المكلفة بنظر المخالفات المرفوعة أمامها.

وبهذا الخصوص نجد في العراق توزيع في الاختصاص في مجال الانضباط، حيث إن الذي يزاول التحقيق لجنة تحقيقية تشكل لهذه الغاية، بينما المختص بفرض الجزاء هو الوزير والرئيس الإداري.

(1) د. عبداللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، مطابع دار الهندسية، القاهرة، ص 281.

المطلب الثاني

حق الدفاع

يأتي حق الدفاع في مقدمة الضمانات الأساسية للمتهم وأكثرها أهمية، إذ تدور في فلكها الضمانات الأخرى وترتد إليها وذلك باعتبارها الضمانة الأساسية التي تتولد عنها، ونشأت في أحضانها معظم ضمانات التأديب الأخرى. وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول

ماهية حق الدفاع وأهميته

ان حق الدفاع من المبادئ الأساسية المستقرة الواجب الاحترام كضمانة أساسية قبل فرض الجزاء الإداري، وذلك من خلال إخطار الموظف بالتهمة الموجهة إليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه ومنحه مهلة لإعداد دفاعه وتمكينه من تقديم دفوعه واعتراضاته، ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية المكفولة دستورياً وقانوناً، فقد حرصت كافة القوانين على تأكيد ضرورة احترام مبدأ المواجهة والحق في الدفاع⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (76) من قانون التوظيف الفرنسي الصادر في 19/10/1946 على ان "للموظف المتهم أن يقدم أمام مجلس التأديب ما لديه من ملاحظات كتابة أو شفاهة، وله أن يستشهد بمن يشاء من الشهود وأن يستعين بمحام للدفاع عنه يختاره هو" وأصبح من غير الجائز توقيع جزاء تأديبي في فرنسا إلا إذا أتيح للموظف تقديم دفاعه. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضمانات حق الدفاع، إذ وسع من نطاق تطبيق حق الدفاع على كل إجراء يتخذ باعتبار الشخص أياً كانت طبيعته (مدنياً أو إدارياً أو جنائياً أو تدبيراً ضابطياً)⁽²⁾.

(1) ضياء حسين لطيف، حق الدفاع في الدعوى الانضباطية دراسة مقارنة، جامعة نهرين - كلية الحقوق، متاح على الموقع الإلكتروني: <https://nahrainuniv.edu.iq/ar/node/5252>، تاريخ الزيارة 2022/11/19.

(2) د. زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 148.

وكفل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ذلك الحق أيضاً، حيث نصت المادة (19) منه على أن "حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة" وجاء في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي ان الدفاع عن الاتهام حق، حيث أجاز للموظف الاستماع إلى أقواله وإتاحة فرصة الدفاع عن نفسه بكافة الوسائل التي منحها القانون، سواء شفاهة أو كتابةً دون أي عراقيل طالما كان ذلك في إطار الاتهام المسند إليه حتى يكون فرض العقاب عن وضوح وبيّنة تامة.

وبخصوص هذا المبدأ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تأييد هذا الحق للموظف وتحديد الأثر المترتب على الإخلال به وان حق الدفاع يتفرع عنه مبادئ عامة في أصول التحقيقات والمحاكمات التأديبية الأمر الذي يؤدي إلى بطلان التحقيق أو المحاكمة في حالة الإخلال بهذا الحق. كما أكدت المحكمة الدستورية العليا على ضمانات الدفاع وجاء إقرارها لأهميتها واضحاً وقاطعاً، بما قرره من ان حق الدفاع صار مرتبطاً بالقيم التي تؤمن بها الأمم المتقدمة، مؤكدة مبدأ الانصياع للقانون، وأن إنكار ضمانات الدفاع أو انتقاصها، لا يعد أن يكون انتهاكاً للحق الدستوري المقرر لكل مواطن.

وفي إحدى قرارات مجلس الانضباط العراقي (محكمة قضاء الموظفين حالياً) تأكد هذه الضمانة، حيث أشار ".....ولكن هذه اللجنة لم تجر التحقيق الأصولي مع المعارض ولم تدون إفادته حول الأفعال المنسوبة إليه ولم تستمع إلى دفعه في هذا الشأن على الرغم من انها أوصت بمعاقبته بعقوبة التوبيخ، في حين ان الأمر يقتضي إجراء التحقيق الأصولي معه وتدوين إفادته والاستماع إلى دفعه بغية التحقق من الأفعال المنسوبة إليه، وان عدم قيام هذه اللجنة بهذا الإجراء يخل بالنتيجة التي توصلت إليها بشأن التوصية بمعاقبته بعقوبة التوبيخ، إذ لا عقوبة دون فعل مخالف للقانون وثابت صدوره من المعارض"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

حق المواجهة بالتهمة

من أبرز حقوق المتهم في التحقيق مواجهته بالمخالفة المنسوبة إليه، والتي تعني

(1) مشار إليه، حمد حميد علي الجوراني، التحقيق الإداري كضمانة من ضمانات الموظف العام في القانونين العراقي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2015، ص 108.

إحاطة الموظف المتهم علماً بمواجهته من التهم بشكل واضح وصريح ويجب أن يمنح وقتاً كاملاً ليقدم ملاحظاته، ويستوجب اطلاع الموظف بشكل كامل على أوراق الملف كافة وليس فقط الاتهامات الموجهة إليه. ذلك لتمكين العامل من الوقوف على عناصر التحقيق وسند الاتهام والإدلاء بما لديه من إيضاحات وتقديم ما يعني له من بيانات وأوراق لاستيفاء الدعوى واستكمال عناصر الدفاع الأمر الذي يتضح بصورة ظاهرة للعيان عند مطالعة كل من التشريعات الوطنية - عامة كانت أم خاصة - والأحكام القضائية منها المجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾، تلك التي تمخضت عن ميلاد أشهر ضمانات التحقيق التأديبي ابتداء بضممان الاطلاع على الملف (LE DROIT ALA COMMUNICATION DU DOSSIER) والمنصوص عليه بالمادة رقم 65 من قانون 22 أبريل سنة 1905 والذي اعتمده القضاء في كافة أحكامه، والى أن تبناه القانون الوظيفي الحالي بصريح النص عليه في صلب مواده، وهو ما يعد مقدمة حتمية وطبيعية لضمان التحقيق الموضوعية في كافة الإجراءات التأديبية⁽²⁾.

وتؤكد ذلك أيضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر على انه "من الضمانات الجوهرية، التي حرص الشارع على مراعاتها في التحقيق الإداري مبدأ المواجهة، وذلك بإيقاف الموظف على حقيقة التهمة المسندة إليه وإحاطته علماً بمختلف الأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة حتى يستطيع أن يدلي بأوجه دفاعه"⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشروع العراقي فلم يضمن نصاً في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام يوجب على الإدارة إخطار الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه، وإنما أكد ان اللجنة التحقيقية تحقق تحريراً مع الموظف المخالف المحال عليها مع سماع وتسجيل أقوال الموظف والشهود، بالإضافة لذلك نجد ان قانون انضباط موظفي الدولة قد أوجب على مجلس الانضباط العام السابق (محكمة قضاء الموظفين حالياً) الرجوع إلى أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 32 لسنة 1971 في الأحوال التي لم ترد بها نص في القانون المذكور، وقد جاءت في المادة (123) منه على من يتولى التحقيق أن يحيط

(1) د. عماد ملوخية، الضمانات التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 232.

(2) د. عبداللطيف بن شديد الحربي، المرجع السابق، ص 236.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في 16 ديسمبر عام 1967 مشار في: د. ماجد راغب الحلو، دعاوي القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 285.

المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه وجرى العمل على ذلك. ونقترح بهذا الشأن على المشرع العراقي أن ينص صراحة في قانون انضباط موظفي الدولة على وجوب إخطار الموظف بحق المواجهة في التهمة المنسوبة إليه.

كما نص المشرع الأردني صراحة على هذه الضمانة في المادة (140/أ) من نظام الخدمة المدنية والتي نصت على: "أ- توفير الضمانات التالية للموظف قبل إيقاع أي عقوبة عليه ومنها إعلام الموظف خطأً مما هو منسوب إليه بحيث يتضمن المخالفة المرتكبة والتهم الموجهة إليه".

الفرع الثالث

ضمان الاطلاع على الملف

من الضمانات الأساسية والقواعد المقررة في التحقيق الإداري الاطلاع على ملف الدعوى التأديبية وما يحتوي عليه من تحقيقات ومستندات ووثائق متعلقة بالتهم المنسوبة إلى الموظف ومن ثم يجب أن تتم المواجهة على نحو يستشعر معه الموظف المتهم بأن الإدارة في طريقها لتوقيع جزاء عليه، حتى يتمكن من التحرك للدفاع عن نفسه.

ونجد ان ضمان الاطلاع على الملف في فرنسا منذ عام 1905 من قانون المالية الصادرة بتاريخ 22 أبريل سنة 1905 نص عليه المادة (65) والتي تقرر "جميع الموظفين وكافة المستخدمين والعاملين في مختلف الإدارات العامة لهم الحق في الاطلاع شخصياً وبصفة سرية على كافة التقارير والأوراق والمستندات المكونة لملفاتهم قبل أن يصبحوا محلاً لجزاء تأديبي، كما نص في القانون الوظيفي العام الحالي الصادر بتاريخ 1983/7/13 في المادة (19) على أن "الموظف الذي تتخذ في مواجهته إجراءات تأديبية يكون له الحق في الاطلاع على كامل ملفه الشخصي وعلى كافة الوثائق والمستندات الملحق به، كما يتعين على جهة الإدارة إخطار الموظف بحقه في الاطلاع...".

وفي مصر ورد النص على ذلك بالقانون رقم (210) لسنة 1951م والقانون رقم (117) لسنة 1958م بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية حيث نص صراحة في المادة (90) على حق الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية أن يطلع على تحقيقات التي أجريت وعلى جميع الأوراق المتعلقة بها.

وجاء في أحد قرارات المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "من المبادئ والأسس

المقررة في نطاق شرعية الإجراءات التأديبية والمستقرة في قضاء المحكمة الإدارية العليا مبدأ المواجهة وذلك لإيقاف العامل على حقيقة التهمة المسندة إليه وإحاطة علما بمختلف الأدلة التي تشير إلى ارتكابه المخالفة حتى يستطيع أن يدلي بأوجه دفاعه. سواء تم توقيع الجزاء إدارياً من السلطة التأديبية الرئاسية بواسطة الرئيس الإداري أو تم توقيعه بواسطة مجلس التأديب أو تم توقيعه بحكم من المحكمة التأديبية⁽¹⁾.

ولم يضمن المشرع العراقي في قانون الانضباط نصاً يوجب على الإدارة إخطار الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه، وإنما أكد على ان اللجنة التحقيقية تباشر التحقيق تحريراً مع الموظف المحال عليها مع سماع وتسجيل أقوال الموظف والشهود. وعلاوة على ذلك تلتزم اللجنة التحقيقية بإحاطة الموظف علماً بالمخالفة المنسوبة إليه، وذلك بالرجوع إلى أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي في المادة (123) في الأحوال التي لم يرد بها نص في قانون انضباط الموظفين⁽²⁾.

المطلب الثالث

تناسب العقوبة الانضباطية وتسبب المخالفة الوظيفية

إذا كانت سلطة انضباط الموظف مقيدة في اختيار إحدى العقوبات الانضباطية من بين العقوبات المنصوص عليها قانوناً، فإنها تتمتع بحرية تقدير خطورة المخالفة الوظيفية وما يناسبها من جزاء. وعليه سوف نقسم المطلبين إلى فرعين، وذلك كالآتي:

الفرع الأول

تناسب العقوبة الانضباطية

من أحد الضمانات الهامة التي يقرها المشرع للموظف العام هو مبدأ التناسب بين العقوبة الانضباطية والمخالفة المرتكبة من قبل الموظف العام، ورقابة التناسب هي ضمانات

(1) حكم محكمة الإدارية العليا المصري، 26 ديسمبر 1976، الطعن رقم 439 لسنة 9 قضائية عليا، مجموعة السنة الثالثة عشر، ص 373.

(2) نصت مادة 123 من قانون أصول المحاكمات الجزائية(على حاكم التحقيق أو المحقق أن يستجوب المتهم خلال أربع وعشرين ساعة من حضوره بعد التثبت من شخصيته وإحاطته علماً بالجريمة المنسوبة إليه. ويدون أقواله بشأنها مع بيان ما لديه من أدلة لنيها عنه....)

الأمن القانوني الذي يستند إليها الموظف بعد انفراد الإدارة في تقدير الفعل والجزاء الذي تفرضه بسببه على الموظف.

والأصل العام ان السلطة الانضباطية تملك سلطة اختيار الجزاء الملائم لكل مخالفة وظيفية، إلا ان هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بمبدأ وجوب تناسب العقوبة الانضباطية مع المخالفة التأديبية، فالإدارة مقيدة بمراعاة التناسب بين سبب القرار ومحلّه، فسبب القرار هو المخالفة التأديبية، ومحل القرار هو العقوبة الانضباطية المقدره⁽¹⁾. أي مراعاة سلطة التأديب عند توقيع العقوبة الانضباطية على الموظف تناسبها مع درجة المخالفة التي ارتكبها آخذة في الاعتبار السوابق والظروف المخففة والمشددة والملابسات للمخالفة. كما تعدد وجوب توفر الملاءمة بين درجة خطورة الجريمة ونوع العقوبة المفروضة ومقدراها.

وقد اعترف المجلس الدستوري الفرنسي بدستورية هذا المبدأ في العديد من أحكامه وعده نتيجة منطقية للمبدأ المنصوص عليه في المادة (8) من إعلان حقوق الإنسان للثورة الفرنسية والذي تضمن وجوب أن تكون العقوبة المختارة ضرورة بشكل قاطع وصريح، وطبق في حكمه الصادر في 30 ديسمبر 1987 ولأول مرة هذا المبدأ على العقوبات الإدارية، وعلى وجه الدقة بخصوص الغرامات الضريبية.

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر جاء بأن "مجازاة موظف بالعزل من وظيفته لارتكابه ذنباً إدراياً يمس شرفه ونزاهته خصوصاً وان ماضيه تشوبه شوائب هو جزاء مناسب مع الذنب الذي ارتكبه، قدّر في الحدود المرسومة قانوناً مع وجود الملائمة بين الذنب والجزاء"⁽²⁾.

وكذلك أرست المحكمة الدستورية العليا في مصر المبدأ في أكثر من حكم ووضعت عدة ضوابط لأعمال المبدأ منها: "ان شرعية الجزاء ايا كانت طبيعته لا يمكن ضمانها إلا إذا كان متناسباً مع الفعل المؤثم، وان التعسف في الجزاء ينافي العدالة الاجتماعية، وأنه

(1) د. عبداللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، مطابع دار الهندسة، القاهرة، ص598.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، 23 نوفمبر 1997 - الطعن رقم 42 - 49 لسنة 42 قضائية عليا- قاعدة رقم 294 - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، 1993-1997.

من المتعين أن يكون تقدير الجهة الإدارية لعقوبتها متوازناً ودائراً حول الملائمة بين الخطأ وبين نوع الجزاء ومقدراه".

أما المشرع العراقي فقد أوجب اختيار العقوبة المناسبة إذا كانت صادرة عن السلطة التأديبية، بينما لم يلزم السلطة التأديبية الرئاسية أن تختار العقوبة الملائمة أو المناسبة للمخالفة الإدارية المرتكبة. والقضاء الإداري في العراق قد استقر على مبدأ رقابة ملاءمة العقوبات التأديبية ومدى تناسبها مع المخالفات التأديبية، فللمحكمة سلطة إلغاء العقوبة أو تخفيفها إذا تبين لها بأنها غير ملائمة للمخالفة الإدارية، ونجد أن المحكمة الإدارية العليا في العراق أشارت في إحدى قراراتها إلى ان "..... كما لاحظت المحكمة بأن العقوبات التي فرضت على المدير العام الذي تولى كتابة التقرير والخطأ في التدقيق أخف كثيراً عن عقوبة كاتب الطابعة، وهذا تفاوت لا يقوم على وزن صحيح لجسامة الخطأ في النتيجة التي وقعت، وبذلك تكون عقوبة تنزيل الدرجة المفروضة على الموظفة شديدة، وهي تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه فقررت المحكمة تصديق الفقرة الحكيمة الخاصة بمسؤولية الموظفة عن الخطأ في طبع الأرقام، وتخفيف العقوبة المفروضة على الموظفة..... بموجب الفقرة (5) من الأمر الإداري الصادر عن البنك المركزي العراقي المرقم 314 في 1013/12/12 من تنزيل الدرجة إلى الإنذار. كما ان الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية أكدت في إحدى قراراتها بأنه "على مجلس الانضباط العام مراعاة جسامة الفعل المرتكب مع العقوبة المفروضة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تسبب المخالفة الوظيفية

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى إصدار القرار، أي ان السبب هو حالة موضوعية تحدث قبل إصدار القرار فتحمل الإدارة على إصداره من أجل الصالح العام الذي هو غاية القرار. وذلك بذكر سبب القرار التأديبي في صلب القرار ذاته. ن تسبب العقوبة الانضباطية من أهم ضمانات التأديب، إذ انه في النهاية يبين لصاحب الشأن ما إذا كانت الأخطاء التي وقع الجزاء على أساسها، قد تمت مواجهته بها، ومدى أخذ سلطة التأديب بما أبداه من دفاع، ومدى التزام سلطة الانضباط

(1) قرارات مجلس الدولة العراقي وفتاواه لسنة 2016، ص 378.

بالاعتبارات القانونية في توقيع الجزاء، بحيث يكون قبول الموظف للجزاء بعد ذلك مبنياً على الاقتناع به، وهو ما يحقق أهداف الجزاء، اما إذا لم تكن الأسباب مقنعة للموظف، فإنه يطعن في قرار الجزاء بالوسائل المقررة ويترتب على عدم ذكر السبب رغم وجوبه قانوناً إلى بطلان القرار لعيب في شكله.

وقد نصت المادة (43) من قانون مجلس الدولة المصري على انه "لا يجوز تأجيل النطق بالحكم أكثر من مرة وتصدر الأحكام مسببة ويوقعها الرئيس وأعضاءه". كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلى: "ان التسبب ليس متطلباً لصحة الحكم التأديبي فقط. بل إنه متطلب كذلك لصحة القرار التأديبي الصادر بتوقيع الجزاء...".

وبهذا الخصوص نصت الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون انضباط موظفي الدولة في العراق تطلب هذا التسبب بأن "... تحرر اللجنة التحقيقية محضراً تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة...".

وقد قرر مجلس الانضباط العام العراقي (حكمة قضاء الموظفين حالياً) في رقابته على تسبب العقوبات الانضباطية بأن (...القرار الصادر بفرض عقوبة العزل كان مشوباً بعيب آخر من العيوب الشكلية هو وجوب صدوره معللاً ومسبباً...)⁽¹⁾.

(1) قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 96/247 في 1996/5/8.

المبحث الثاني

الأمن القانوني للموظف بعد فرض العقوبة الانضباطية

يتجسد الأمن القانوني للموظف بعد فرض العقوبة الانضباطية في الرقابة التي تمارسها الإدارة من خلال التظلم الإداري التي يتقدم به صاحب المصلحة إلى مصدر القرار أو إلى رئيسه، أو عن طريق التظلم الذي يتقدم به الموظف إلى لجان التظلم المختصة، فإتاحة المجال للموظف بالتظلم من قرار فرض العقوبة الانضباطية والمطالبة بمراجعة القرار أو إعادة النظر فيه أو إلغائه يشكل بحد ذاته ضماناً قانونية لكفالة الأمن القانوني للموظف المعاقب. وعليه سنبحث في التظلم من العقوبات الانضباطية، ثم نتطرق إلى الطعن لدى القضاء من تلك العقوبات، وذلك وفق ما يأتي:

المطلب الأول

التظلم من العقوبات الانضباطية

يقتضي البحث في مفهوم التظلم من العقوبات الانضباطية بيان تعريف التظلم الإداري وأنواعه وآثاره بالنسبة للمتظلم، وذلك وفق ما يأتي:

الفرع الأول

تعريف وأنواع التظلم الإداري

سنطرق في هذا الفرع لتعريف وأنواع التظلم الإداري، وذلك وفق ما يأتي:

أولاً/ تعريف التظلم الإداري

توجد العديد من التعريفات للتظلم الإداري، حيث يعرفه البعض بأنه (وسيلة كفلها القانون للمتظلم لمواجهة ما تصدره الإدارة ضد من صدر جزاءات يعتقد في عدم مشروعيتها، ويلتمس فيه أن تعيد النظر في قرارها الذي أضر بمركزه القانوني بالسحب أو التعديل، وهو طريق يسلكه من صدر ضده قرار الجزاء قبل لجوئه إلى الطعن عليه قضائياً)⁽¹⁾. ويعرفه البعض الآخر بأنه (هو الطلب الذي يتقدم به صاحب الشأن إلى مصدر القرار

(1) محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 14.

والى الهيئات الرئاسية، لسحب القرار لعيوب قانونية تشوبه، وذلك بدلاً من رفع الدعوى فوراً بطلب إلغاءه. وقد يكون هذا التظلم جوازياً وقد يكون وجوبياً، ويظل الميعاد منقطعاً إلى أن تردّ جهة الإدارة على التظلم برفضه أو قضاء ستون يوماً من تأريخ تقديمه أيهما أقرب⁽¹⁾.

في حين يذهب البعض الآخر إلى أن التظلم الإداري هو (التماس مكتوب يتقدم به صاحب الشأن إلى السلطة الإدارية المختصة يعرب من خلاله على اعتراضه على القرار الذي صدر بشأنه وذلك لأجل سحبه أو تعديله أو إلغاءه)⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق ذكره وغيرها من التعاريف بخصوص التظلم الإداري يتضح لنا بأن التظلم الإداري في العقوبة الانضباطية يعني ببساطة عدم رضا الموظف بالقرار الصادر المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية ضده ومطالبة الإدارة بسحب أو إلغاء القرار، والغاية المرجوة والحكمة المتوخاة من التظلم الإداري هي تحقيق العدالة بصورة أسرع وتخفيف العبء عن القضاء إذ قد تتراجع الإدارة عن قرارها ويطهره من العيوب بعد فحصها للتظلم، وبالتالي يتم توفير الجهد والوقت والمال الذي تتطلبه إجراءات التقاضي البطيئة والطويلة.

ثانياً/ أنواع التظلم الإداري:

سنتناول أنواع التظلم الإداري الذي يمكن للموظف المعاقب بعقوبة وظيفية انضباطية أن يتمسك به تجاه الإدارة وفق ما يأتي:

1- أنواع التظلم الإداري بحسب إلزامها:

أ- التظلم الاختياري:

التظلم الاختياري هو ذلك التظلم الذي يقدمه الموظف المعاقب بعقوبة وظيفية انضباطية من تلقاء نفسه إلى الإدارة، ودون أن يكون ملزماً بذلك من قبل المشرع، لذلك سمي ذلك النوع من التظلم بالتظلم الجوازي أو الاختياري⁽³⁾. وهذا النوع من التظلم لا

(1) د.عبدالفتاح حسن، قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1982، ص196.

(2) عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المسألة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم القانونية بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2012، ص102.

(3) ضامن حسين العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة بغداد، 1991، ص269.

يتطلب شكلاً معيناً أو إجراءات خاصة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹⁾. والأصل العام في التظلم هو أن يكون اختيارياً، حيث لا يلزم الموظف المعاقب بتقديم ذلك التظلم قانوناً، فهو الذي يقدر ذلك وفقاً لما يراه محققاً لمصالحه⁽²⁾.

ب- التظلم الوجوبي:

قد يوجب المشرع واستثناءً من الأصل العام على صاحب الشأن تقديم تظلمه من القرار الإداري المتضمن لعقوبة وظيفية انضباطية، حيث أن المشرع قد يستلزم في حالات معينة التظلم لدى الإدارة قبل رفع الدعوى والطعن أمام القضاء⁽³⁾.

والتظلم الإداري الوجوبي لا يكون إلاً بنص قانوني صريح أو ضمني، وفي حالات منصوصة عليها قانوناً، وذلك النوع من التظلم ليس كالتظلم الاختياري، فقد يحدد القانون شكله وإجراءاته وقد يحدد له مدداً معينة لتقديمه⁽⁴⁾.

ولا يخفى ما للتظلم الوجوبي من أهمية فهو من جانب يتيح المجال للإدارة لمراجعة قرارها بتوقيع العقوبة ودراسة مشروعيته وذلك أما أن تقوم بسحبه أو أن تعمل على تبديله أو تعديله، ومن جانب آخر أن ذلك سيخفف ويقلل من عدد القضايا المرفوعة ويبث اعتبارات الثقة في الإدارة كي يراجع قراراتها وتصلح أخطائها، وهو الأمر الذي يغنيها عن الوقوف أمام القضاء ويوفر لها الجهد والوقت والمال.

ولم يأخذ المشرع الفرنسي بشرط التظلم الوجوبي أمام الإدارة قبل الطعن بالقرار قضائياً إلا في بعض التشريعات الخاصة التي أوجبت ذلك، ومنها على سبيل المثال حالة التظلم من القرارات الصادرة بشأن مداوالات المجالس البلدية أمام المحافظ، وكذلك القرارات الإدارية الانضباطية الصادرة عن اللجان الإدارية المشتركة، فقد أوجب المشرع التظلم منها أمام الوزير قبل رفعها إلى القضاء، وفقاً لمرسوم 14 شباط 1959، والذي حل محله القانون رقم 84-16 الصادر في 11/2/1984⁽⁵⁾.

(1) د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، القضاء الإداري، المكتب العربي للطباعة، الإسكندرية، 1988، ص 459.

(2) د ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 327.

(3) نفس المصدر، ص 326.

(4) محمد رفعت عبدالوهاب ود. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، المصدر السابق، ص 467.

(5) هاشم حمادي عيسى، النظام القانوني للتظلم الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، 1989، ص 84.

والمشروع الفرنسي جعل مدة التظلم خلال شهرين من تاريخ فرض العقوبة الانضباطية على الموظف، بأن يقدم التماساً إلى الجهة التي أصدرت هذا القرار (تظلم ولائي) يطلب فيه إعادة النظر في القرار، سواء بسحبه أو إلغائه أو تعديله، وكذلك يجوز له التظلم أمام الرئيس الإداري للجهة التي أصدرت القرار (الوزير) وهذا ما يعرف بالتظلم الرئاسي، فإن لم يتم الرد على تظلم الموظف خلال أربعة أشهر من تاريخ تقديم الطلب، فيعد هذا بمثابة رفض ضمني للتظلم⁽¹⁾. وقد أجاز المشروع الفرنسي للموظف المفروض عليه العقوبة الانضباطية أن يطعن لدى القضاء خلال شهرين من تاريخ انتهاء الموعد المحدد للجهة الإدارية للرد على الطعن، أو من تاريخ رد الإدارة على الطعن⁽²⁾.

وقد نصّ المشروع المصري على أنه (لا تقبل الطلبات المتقدمة بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود (ثالثاً ورابعاً وتاسعاً) من المادة (10) وذلك قبل التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية، وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم وطريقة الفصل فيه بقرارات من رئيس مجلس الدولة)⁽³⁾.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك حيث أشارت إلى أن (المادة (12) من قانون مجلس الدولة استلزمت لقبول الطلبات المقدمة بالطعن في القرارات الإدارية النهائية التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم وفي حالة عدم التظلم لا تقبل تلك الطلبات)⁽⁴⁾. وفيما يخص الوضع في العراق نجد أن المشروع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدّل جعل التظلم وجوبياً من القرار الصادر بفرض العقوبة قبل تقديم الطعن أمام مجلس الانضباط العام، حيث نص على أنه (... ويختص المجلس بما يأتي:

أولاً: النظر في الاعتراضات على قرارات فرض العقوبات المنصوص عليها في المادة (8) من القانون بعد التظلم منها وفق ما منصوص عليه في الفقرة (ثانياً) من هذه المادة وله أن يقرر المصادقة على القرار أو تخفيض العقوبة أو إلغائها.

(1) د. ضامن العبيدي، مصدر سابق، ص 284. وانظر د. عمرو فؤاد بركات، مصدر سابق، ص 335.

(2) د. عمرو فؤاد بركات، مصدر سابق، ص 336.

(3) الفقرة (ب) من المادة (12) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 المعدل.

(4) الطعن المرقم (11205) المحكمة الإدارية العليا، السنة 48، تأريخ الجلسة 2010/7/4.

ثانياً: يشترط قبل تقديم الطعن لدى محكمة قضاء الموظفين على القرار الصادر بفرض عقوبة التظلم من القرار لدى الجهة التي أصدرته وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف بقرار فرض العقوبة، وعلى الجهة المذكورة البت في هذا التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وعند عدم البت فيه رغم انتهاء هذه المدة يعد ذلك رفضاً للتظلم.

ثالثاً: يشترط أن يقدم الطعن لدى مجلس الانضباط العام خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقةً أو حكماً⁽¹⁾.

كما أشارت المادة (5/سابعاً) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013 إلى انه (يشترط قبل تقديم الطعن إلى محكمة القضاء الإداري أن يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية المختصة خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بالأمر أو القرار الإداري المطعون فيه أو اعتباره مبلغاً، وعلى هذه الجهة أن تبت في التظلم خلال (30) يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها).

وقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري العراقي التظلم الإداري الوجوبي شرطاً لقبول دعوى الإلغاء بحيث إذا رفعت الدعوى من دون استيفاءة قضى بردها، وهو ما قررته المحكمة حيث قضت بأنه (وحيث أن وكيل المدعية في الجلسة المؤرخة في 13/6/1990 بين أنه لم يتظلم قبل إقامة الدعوى فتصبح دعوى المدعية واجبة الرد)⁽²⁾.

2- أنواع التظلم الإداري بحسب الجهة التي تقدم إليها: أ- التظلم الولائي:

التظلم الولائي هو طلب يقدمه ذو الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار موضوع التظلم الولائي يسألها فيه مراجعة قرارها وإعادة النظر فيه من أجل تعديله أو إلغائه أو سحبه، بما ينسجم مع مبدأ المشروعية⁽³⁾. وهذا النوع من التظلم يمكن تقديمه

(1) المادة (8) من قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم(5) لسنة 2008.

(2) قرار محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم 68/قضاء ادري/1990 في 20/6/1990.

(3) د.فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة في العراق، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1988، ص78، وأيضاً د.محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص41.

لأكثر من مرة ولا يحتاج إقراره إلى نص القانون، وقد يستجيب مصدر القرار لهذا التظلم أو قد يلتزم الصمت⁽¹⁾.

وقد قضى مجلس الانضباط العام العراقي في قرار له بأنه (...وقد قدم الاعتراض لدى المجلس بتاريخ 1996/10/12 مباشرة من دون التظلم من العقوبة أمام الجهة الإدارية التي أصدرتها وانتظار ما تقرر به هذا الشأن،..... وحيث أن الطعن لم تراعى فيه هذه الشكلية، وتقرر ردّه من هذه الجهة...)⁽²⁾.

ب- التظلم الرئاسي:

يقدم التظلم الرئاسي إلى الجهة الرئاسية للجهة الإدارية مصدرّة القرار، وقد يلجأ إليه صاحب الشأن بعد استفادته طريق التظلم الولائي حيث باستطاعته أن يقدم تظلماً إلى الجهة الرئاسية للجهة مصدرّة القرار والتي سبق أن رفضت تظلمه الولائي⁽³⁾.

ج- التظلم إلى اللجان الإدارية:

التظلم إلى اللجان الإدارية هو ذلك التظلم الذي يتوجه به ذو الشأن إلى اللجان الإدارية الخاصة المشكّلة وفقاً للقوانين. وتفصل تلك اللجان التظلم المقدم إليها دون الرجوع إلى الرئيس الإداري للجهة الإدارية مصدرّة القرار⁽⁴⁾، وقد تخطر هذه اللجان الرئيس الإداري الذي يكون له الكلمة النهائية في هذا الخصوص⁽⁵⁾.

د- التظلم الوصائي:

يكون التظلم الوصائي أمام الجهة التي تمتلك الوصاية على جهة معينة، فإذا قامت هيئات عامة ذات استقلال مالي وإداري بإصدار قرار إداري متضمن لعقوبة انضباطية، فإنه يحق لصاحب الشأن أن يتوجه بالتظلم لدى السلطة التي تمتلك الوصاية على الهيئة

(1) د.غازي فيصل مهدي، محاضرات (القرار الإداري) غير مطبوعة، القيت على طلبة الصف الثالث، كلية الحقوق-جامعة النهرين، للعام الدراسي(2001-2002).

(2) قرار مجلس الانضباط العام المرقم(96/692) في 1996/12/15، رقم الإضبارة (1996/46).

(3) منى محمد عبد الرزاق، الأحكام القانونية للتظلم الإداري -دراسة مقارنة- بحث منشور في جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الثالث، 2008، ص156.

(4) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1965، ص17-18.

(5) أعاد علي محمود القيسي، القضاء الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 1999، ص80.

الإدارية مصدرة القرار⁽¹⁾. والتظلم الوصائي وثيق الصلة بنظام اللامركزية الإدارية، حيث تخضع الهيئات اللامركزية في القرارات التي تتخذها لرقابة السلطة المركزية⁽²⁾.

الفرع الثاني

آثار التظلم من العقوبات الانضباطية بالنسبة للمتظلم

يترتب على تقديم صاحب الشأن التظلم ضد قرار إداري متضمن لعقوبة وظيفية انضباطية الآثار والتتائج الآتية:

1- العلم اليقيني بالقرار الإداري المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية

يعد تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية دليلاً على علم المتظلم بالقرار الإداري، فمن غير المنطق تقديم طلب التظلم دون احتوائه على ذكر القرار الإداري المتظلم منه ورقمه وموضوعه وفحواه⁽³⁾.

ويقصد بالعلم اليقيني علم المتظلم بمضمون القرار الإداري وبمحتوياته علماً نافعاً للجهالة وشاملاً لمحتويات القرار بما يسمح له أن يحدد مركزه القانوني من ذلك القرار. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه (يقوم العلم مقام النشر بشرط أن يكون علماً يقينياً شاملاً لجميع محتويات القرار، وبثبت العلم اليقيني من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله وتدل على قيامه دون التقيد في ذلك بوسيلة إثبات معينة...)⁽⁴⁾.

وفي العراق أشارت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية في أحد قراراتها (وحيث أن المدعي قد علم علم اليقين في 2004/8/10..... ولم يقيم الدعوى

(1) صالح إبراهيم الميثوتي، شروط الطعن أمام القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، ص 202.

(2) د.غازي فيصل مهدي، محاضرات (القرار الإداري) غير مطبوعة، المصدر السابق؛ وأيضاً د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 255.

(3) أحمد فايق سعيد قنيطة، النظام القانوني للتظلم من القرار الإداري في التشريع الفلسطيني - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية - غزة، 2017، ص 103 - 104. وكذلك بقران علي رحيم محمد، التظلم الإداري في التشريع العراقي والمصري - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، العدد 24، 2018، ص 138.

(4) الطعن رقم (52) لسنة 28 ق.ع جلسة 1983/12/18، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا.

إلا في 2005/7/10 لذلك فإنه أقامها خارج المدة القانونية....⁽¹⁾.

2- إفصاح المتظلم عن رفض القرار الإداري المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية

يترتب على تقديم التظلم الإداري إفصاح المتظلم عن رأيه الصريح برفض وعدم قبول القرار الإداري، وتعبير غير مباشر عن استعداده لمخاصمة الإدارة إذا لم تستجب لطلبه، على اعتبار أن القرار المتظلم منه قد مسّ حقوقه وأضر بمصالحه وسمعته الوظيفية⁽²⁾.
ويعد سكوت الموظف بعقوبة وظيفية انضباطية عن صدور قرار العقوبة دليلاً على قبوله لذلك القرار في حالة ما إذا كان التظلم وجوبياً وتسري النتائج المترتبة عليه في حقه طالما كان بإمكانه التعبير عن عدم قبوله للقرار المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية⁽³⁾.

3- قطع سريان ميعاد الطعن بالإلغاء:

إذا تظلم صاحب الشأن من القرار المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية فإن ميعاد الطعن القضائي سينقطع، حيث تباشر الإدارة في نظر التظلم في غضون المدة المحددة للبت في التظلم، ويبدأ سريان المدة المقررة للبت في التظلم من اليوم اللاحق لبلوغ التظلم، فلا يحسب اليوم الذي يصل فيه التظلم إلى الإدارة، أي أن العبرة في حساب تقديم التظلم هي لحظة وصوله للإدارة وليس تاريخ إرساله، والأمر ذاته يطبق بشأن جواب الإدارة بعد تقديم التظلم، ويتوقف حساب الميعاد الجديد على موقف الإدارة من التظلم. ولا يبدأ سريان ميعاد الطعن من جديد إلا من تأريخ رفض الجهة الإدارية للتظلم فإذا كان الرفض صريحاً تبدأ مدة الطعن اعتباراً من اليوم التالي لعلم المتظلم بقرار بالرفض الصريح للتظلم، أما إذا كان الرفض ضمناً أي التزام الإدارة جانب الصمت وعدم ردّها على التظلم فتبدأ مدة الطعن اعتباراً من اليوم التالي لانقضاء المدة اللازمة للقرار الضمني بالرفض وهي (أربعة أشهر) في فرنسا⁽⁴⁾ و(60) يوماً في مصر⁽¹⁾ و(30) يوماً في العراق⁽²⁾.

(1) قرار الهيئة العامة بصفقتها التمييزية، 55/انضباط/تمييز/2006 في 2006/3/20 (غير منشور).

(2) محمد الأمين البيانوني، دور التظلم في ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الإدارة العامة، العدد 60، السنة الثامنة والعشرون، 1988، ص 79.

(3) محمد حسين إحسان إرشيد، التظلم الإداري كسبب لانقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح- نابلس، 2016، ص 71.

(4) بموجب المادة(7) من المرسوم الفرنسي الصادر في تشرين الثاني 1864 يعدّ سكوت الإدارة لمدة أربعة أشهر عن الإجابة على طلب التظلم قراراً ضمناً بالرفض، ثم صدر قانون في (17) تموز 1900 والذي اعتبر أيضاً سكوت الإدارة خلال أربعة أشهر من تأريخ تقديم التظلم رفضاً ضمناً للتظلم

ويعدّ قطع ميعاد الطعن من أبرز النتائج المترتبة على تقديم التظلم، سواء أكان هذا الميعاد متعلقاً بدعوى الإلغاء أو بدعوى القضاء الكامل⁽³⁾. فبعد رفض التظلم صراحة أو ضمناً يبدأ سريان ميعاد رفع الدعوى أمام القضاء اعتباراً من اليوم التالي لرفض التظلم بحيث إذا لم يقوم صاحب الشأن برفع دعواه خلال الميعاد المحدد قانوناً حكم بردها شكلاً⁽⁴⁾.

4- وقف تنفيذ القرار الإداري المتظلم منه:

على الرغم من أن وقف تنفيذ القرار الإداري غير ملزم قانوناً للإدارة، إلا أن المنطق السليم والضرورة وقواعد العدالة تقتضي وقف تنفيذ القرار المتظلم منه، فليس من المعقول أن تستمر الإدارة في تنفيذ القرار، في الوقت الذي تنظر في التظلم المقدم إليها بخصوص ذات القرار وتدرس أسبابه وموجباته، فمضي الإدارة في تنفيذ القرار المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية الذي تم التظلم منه سيؤدي إلى ضياع حقوق الموظف المتظلم والنيل من مصالحه وسمعته الوظيفية⁽⁵⁾.

←

مالم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك، ثم تم تقليص تلك المدة إلى شهرين في بعض الحالات وفق القانون الصادر في (11) كانون الثاني لسنة 1965.

- (1) تنص المادة (24) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (72) لسنة 1965، أن (ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به).
- (2) تنص الفقرة (ثالثاً) من المادة (15) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي على أنه يشترط أن يقدم الطعن لدى مجلس الانضباط العام خلال (30) يوماً من تأريخ تبليغ الموظف برفض التظلم حقيقةً أو حكماً).
- (3) د. عبدالله طلبة، القانون الإداري - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط 5، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1996 ص 241.
- (4) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 608، وكذلك د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1984 ص 323، وأيضاً د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشرة، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1985، ص 1076 الهامش (2).
- (5) محمد خليفة الخيلي، التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، عمان، 2009، ص 108.

المطلب الثاني

الطعن لدى القضاء من العقوبات الانضباطية

إن الرقابة القضائية على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية تعد الضمانة المثلى والأهم في الضمانات اللاحقة لفرض العقوبة، والتي تساهم بدورها في كفالة الأمن القانوني للموظف العام وتحميه من تعسف وانحراف الإدارة وإجحافها بحقه⁽¹⁾. ولذلك فإن معظم الدساتير في العالم تنص على أن حق التقاضي هو حق مكفول ومضمون لكافة الأفراد⁽²⁾ لما يتميز بها القضاء من نزاهة وحياد واستقلالية وتداركاً للأخطاء التي قد يقع فيها الإدارة واللجان التحقيقية والانضباطية عند ممارستها لسلطة الانضباط.

وعليه سنقوم ببحث الطعن لدى القضاء من العقوبة الانضباطية في فرعين، حيث سنتناول في الفرع الأول رقابة القضاء على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في القانون المقارن، ثم ندرس في فرع ثانٍ رقابة القضاء على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في القانون العراقي.

الفرع الأول

رقابة القضاء على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في القانون المقارن

سنتناول موضوع رقابة القضاء على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في القانون المقارن في نقطتين، سنتطرق في الأول للرقابة في فرنسا، وفي الثاني سنتناول الرقابة في مصر.

أولاً: الرقابة القضائية على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في فرنسا:

إن السلطة المختصة بالرقابة على إجراءات التأديب في فرنسا هي المحاكم الإدارية وهي تنظر الطعن في القرارات الانضباطية بدعوى الإلغاء، ومجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للطعن في القرارات الانضباطية الموجهة للمعينين بمرسوم، وكذلك استئناف أحكام المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة، وكذلك الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة في التأديب بشأن الأحكام الصادرة من بعض الجهات القضائية⁽³⁾.

(1) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية، مصدر سابق، ص 137.

(2) المادة(19) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(3) Luchat (D.), La justice administrative, Paris, 1994, P. 145.

وعلاوة على المحاكم الإدارية في فرنسا فإن مجلس الدولة يمارس دور قاضي استئناف وليس قاضي موضوع⁽¹⁾، وذلك إذا لم يقتنع الموظف بقرار المحكمة الإدارية، وذلك بالطعن بقرار الأخيرة أمام المجلس فيما لا يدخل ضمن الاختصاص الاستئنافي لمحاكم الاستئناف الإدارية التي أنشئت عام 1987. يضاف إلى ذلك أن المجلس ينظر في الفصل في الموضوعات التي تحال إليه من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وذلك إذا احتوت هذه الموضوعات على عناصر قانونية جديدة ومعقدة⁽²⁾.

وفضلاً عن ذلك فإن المشرع الفرنسي كان قد أنشأ محاكم متخصصة في التأديب، وهذه المحاكم يجوز الطعن بأحكامها أمام مجلس الدولة الفرنسي بطريق النقض، وهي تأخذ صيغة المجالس (مجالس التأديب)⁽³⁾، ومنها المجلس الأعلى للقضاء ويختص بتأديب أعضاء الهيئات القضائية، وكذلك المجالس الخاصة بتأديب أعضاء هيئة التدريس في الجامعات، والمجالس المهنية التي تختص بتأديب أصحاب المهن المختلفة، كأعضاء النقابات والاتحادات وما إلى ذلك⁽⁴⁾.

وسنقوم بتناول جانب من إجراءات فرض العقوبة الانضباطية ونبين مدى رقابة القضاء في فرنسا عليه، وذلك كالآتي:

1- رقابة القضاء على الاتهام والإحالة إلى التحقيق في فرنسا

تبدأ إجراءات فرض العقوبة باتهام الموظف وإحالته إلى التحقيق، والقاعدة العامة أن الجهة المختصة بالإحالة إلى التحقيق هي الجهة المختصة بتأديبه وهي السلطة الرئاسية، ذلك أن التأديب من أهم مستلزمات السلطة الرئاسية التي يتولاها الرئيس الإداري، إذ يمكنه من خلال الإشراف على الموظفين التابعين له وتوجيههم لغرض تحقيق مصلحة المرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام واستقرار.

2- إعلان المتهم وإعطاؤه أجلاً لإعداد دفاعه

إن إعلان الموظف ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه من أهم الضمانات المقررة لمصلحته إذ يجب أن يعلن الموظف بما سيتم اتخاذه من إجراءات انضباطية بحقه وبالتهم

(1) Gazier, les demands de sursis a excition devant le Conseil d' Etat juge d' appel, 1954, P.8.

(2) د. شادية المحروقي، مصدر سابق، ص 24.

(3) المصدر نفسه، ص 34.

(4) J. Berthede, le pouvoir juridictionnel des orders professionnels, 1995, P. 598.

المنسوبة إليه وأن يعطى أجلاً كافياً لإعداد دفاعه.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه إلى ضرورة إعلان المتهم بكل التهم الموجهة إليه وقضى بأن إغفال أي اتهام يعيب القرار ويجعله قابلاً للبطالان، إلا إذا كان اتهاماً غير جوهري أو غير ذي أثر⁽¹⁾. وقد بسط ن مجلس الدولة الفرنسي رقابته على ضمان حق الموظف في الإطلاع على ملف الخدمة إذ قرر بأنه يستفيد من هذا الحق جميع الموظفين الأصليين والموجودين تحت التمرين⁽²⁾، والمعينين بصفة مؤقتة⁽³⁾، والمتعاقدين⁽⁴⁾.

ثانياً: الرقابة القضائية على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في مصر

تتألف السلطات الانضباطية في مصر من سلطات إدارية رئاسية وكذلك السلطات الانضباطية القضائية المتمثلة في المحاكم التأديبية ومجالس التأديب (لذوي الكادرات الخاصة كأساتذة الجامعات والقضاة والذين يحق لهم الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا بشأن العقوبات المفروضة عليهم) ولذلك فإن الموظف الذي يرى خللاً وعبياً في إجراءات فرض العقوبة عليه له التظلم قضائياً من القرار أو الحكم الصادر بحقه. وقد أجاز المشرع المصري في قانون مجلس الدولة النافذ الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم التي يتكون منها القسم القضائي للمجلس - ومن بينها المحاكم التأديبية - بطرائق عديدة هي طرائق الطعن العادية وطرائق الطعن غير العادية. أ- الطرائق العادية للطعن، وهي كالاتي:

1. الطعن بالاستئناف: نص المشرع المصري في المادة 13 من قانون مجلس الدولة الحالي على جواز الطعن استئنافاً أمام محكمة القضاء الإداري في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، بكونها محكمة استئنافية⁽⁵⁾، إلا أنه لم يجز الطعن بالاستئناف أمام

(1) C.E., 28/3/1958, Minstre del' Education Nationale, rec. P. 204. ;

C.E., 20/2/1953, Forest, rec. P. 83.

(2) C.E., 30/4/1954, Dame Paza Findrafra.

(3) C.E., 24/2/1950, Commne de pontgiband

(4) C.E., 2/4/1949, Dame Saint

(5) تنص المادة 13 على (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة 10 عدا ما تختص به المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية، كما تختص بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، ويكون الطعن من ذوي الشأن أو من ←

محكمة القضاء الإداري في أحكام المحاكم التأديبية. وإنما يطعن فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 22 من قانون مجلس الدولة المصري والتي تنص على أن (أحكام المحاكم التأديبية نهائية ويكون الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحوال المبينة في هذا القانون).

2. طعن الخارج عن الخصومة: ويقصد به الطعن الذي يقدمه شخص لم يكن طرفاً في الخصومة في حكم يضر بمصلحته لأجل إعادة الفصل في القضية، ولم ينص المشروع المصري في قانون مجلس الدولة على هذا الطعن، ولذلك يرى الفقه أن الأحكام التأديبية الصادرة من المحاكم التأديبية لا يجوز للخارج عن الخصومة الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أمام المحكمة الإدارية العليا⁽¹⁾.

3. الطعن بالمعارضة: ويقصد به الطريق الذي يسلكه الخصم الذي يصدر الحكم ضده غيابياً، ومنالجدير بالذكر أن مجلس الدولة المصري لا يصدر أحكاماً غيابية ولذلك فإن الطعن بالمعارضة غير معروف في الأحكام الصادرة عنه بكونه قضاء إداري، وذلك لقيام إجراءات التقاضي على مبدأ المرافعات التحريية في جلسات التقاضي وفي مواعيد محددة ومنضبطة ولما كانت الأحكام الإدارية والتأديبية أحكاماً حضورية دائماً، لذلك لم ينص المشروع المصري على طريق الطعن بالمعارضة فيها.

ب- الطعن في الأحكام بالطرق غير العادية، وهما طريقان أساسيان:

1. الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية العليا:

أجاز المشروع المصري في المادة 23 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية العليا، وكذلك حددت المادة نفسها الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام المحكمة وهي كالآتي:

- جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، أي التي تكون لها ولاية الدعوى الانضباطية ابتداءً.

- القرارات التأديبية الصادرة عن مجالس التأديب والتي عدتها المحكمة الإدارية

←

رئيس هيئة مفوضي الدولة وذلك خلال 60 يوماً من تاريخ صدور الحكم).
(1) د. مغاوري شاهين، القرار التأديبي، مصدر سابق، ص770. وانظر كذلك د. عبد العظيم عبد السلام، مصدر سابق، ص688.

العليا بمثابة محاكم تأديبية والتي لا تحتاج إلى تصديق من جهة إدارية عليا ويطعن فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا، مثل قرارات مجالس تأديب أعضاء هيئة التدريس في الجامعات ومجالس تأديب القضاة. وتقول المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد (... إن قرارات مجالس التأديب هي في حقيقتها قرارات قضائية أشبه ما تكون بالأحكام.....).
- الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي الخاص بإلغاء الجزاء مثل طلبات مد الوقف الاحتياطي⁽¹⁾.

2. الطعن بالتماس إعادة النظر:

وهو النوع الثاني من طرق الطعن غير العادية، ويرفع الالتماس إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، إذ نصت المادة 51 من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 لسنة 1972 على أنه (يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.....).

ولا يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا، إذ يقتصر الطعن الوحيد أمامها وفقاً لما استقرت عليه أحكامها، على دعوى البطلان الأصلية والتي يشترط لصحتها أن يتوافر فيها وصف الأحكام القضائية، وأن لا ينحدر أو ينزل الأمر بها إلى فقدانها الأركان الأساسية لصحة وعدم بطلان الأحكام⁽²⁾.

الفرع الثاني

رقابة القضاء على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في القانون العراقي

إن العراق كما هو معلوم كان من الدول ذات القضاء الموحد إلى عام 1989 إذ تأسس القضاء الإداري العراقي بموجب قانون رقم 106 لسنة 1989 - قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 - ليقوم هذا القضاء بمهامه بكافة هيئاته من محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) والهيئة العامة لمجلس شوري الدولة جنباً إلى جنب مع القضاء العادي الذي كان صاحب الولاية

(1) د. عبد العظيم عبد السلام، مصدر سابق، ص 694.

(2) انظر د. عبد العظيم عبد السلام، مصدر سابق، ص 737، وانظر كذلك د. شادية إبراهيم المحروقي، مصدر سابق، ص 411.

العامّة على كافة الدعاوى سواء كانت إدارية أم عادية.

ونحن إذ نسلط الضوء على الرقابة القضائية على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية في القانون العراقي، فإننا سنقوم بذلك ضمن نقطتين، الأولى نبحث فيه السلطة القضائية المختصة بالنظر في الطعون الانضباطية للموظفين في حين ندرس في الثانية رقابة محكمة قضاء الموظفين على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية والطعن بها.

أولاً: السلطة القضائية المختصة بالنظر في الطعون الانضباطية للموظفين:

أنشئت محكمة قضاء الموظفين وفقاً للمادة (2/و) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (17) لسنة 2013 كإحدى هيئات مجلس الدولة وتغيرت تسميته من مجلس الشورى إلى مجلس الدولة بموجب قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017. حيث نصت المادة (9) من القانون رقم (17) لسنة 2013 على أنه (تحل عبارة محكمة قضاء الموظفين محل عبارة مجلس الانضباط العام أينما وردت في القوانين والأنظمة والتعليمات).

ومحكمة قضاء الموظفين شأنه شأن مجلس الانضباط العام سابقاً يمثل قضاءً إدارياً بكل معنى الكلمة في كل ما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بحقوق الخدمة المدنية بين الموظف والإدارة، ومن ناحية أخرى فإنه يمثل قضاءً انضباطياً (تأديبياً) فهو محكمة ذات اختصاص مدني وعقابي⁽¹⁾ معاً، وبذلك أضفي على قراراته الصفة القضائية وان ما يصدر منه في مجال انضباط الموظفين يعد أحكاماً قضائية تبعاً للمعيارين الشكلي والموضوعي⁽²⁾، إذ إن المحكمة يفصل في منازعة قضائية بين الموظف والإدارة.

ثانياً: رقابة محكمة قضاء الموظفين على إجراءات فرض العقوبة الانضباطية والطعن بها.

من المعلوم فإن محكمة قضاء الموظفين لها نوعان من الاختصاصات القضائية فهي تمارس اختصاصها في النظر في دعوى الموظفين المتعلقة بحقوق الخدمة المدنية، وكذلك من جهة أخرى يمارس اختصاصاً قضائياً انضباطياً، واختصاصه الأخير هو الذي يعيننا في بحثنا هذا. و يلاحظ على قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل، أنه حصر توقيع العقوبات الانضباطية بالإدارة فقط، إذ ألغى اللجان

(1) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، مصدر سابق، ص 333.

(2) د. خالد المولى، مصدر سابق، ص 228.

الانضباطية، فجعل توقيع العقوبة من قبل الوزير أو الرئيس الدائرة أو الموظف المخول الذي يملك فرض عقوبة ما، وبالتالي فإن الحق في الطعن انحصر في الموظف دون الإدارة، إذ من غير المنطقي منح الإدارة الحق في الطعن بعقوبة اختارتها هي ورأتها مناسبة كجزء يفرض على الموظف المخالف.

ولم يتطرق قانون مجلس شوري إقليم كردستان العراق رقم (14) لسنة 2008 إلى تشكيل محكمة قضاء الموظفين، بل نص على تشكيل هيئة انضباط موظفي الإقليم ومنحها اختصاصات محاكم قضاء الموظفين في مجال حقوق الخدمة المدنية وفق المادة (20) من القانون، وفي الشأن الانضباطي وذلك بموجب المادة (21) من القانون نفسه.

ولمحكمة قضاء الموظفين أن تصدر الأحكام الآتية في الطعون المقدمة إليها⁽¹⁾:

- 1- رد الطعن شكلاً في حالة عدم استيفائه الشروط الشكلية سواء في الطعن نفسه أو في شروط تقديمه، كما لو قدّم الطعن دون تظلم من القرار الإداري القاضي برفضها⁽²⁾.
- 2- المصادقة على القرار المطعون فيه إذا كان موافقاً لقانون، فإذا اتضح لمحكمة قضاء الموظفين أن قرار الإدارة جاء موافقاً مع القواعد القانونية، فإن لها أن تقضي بمصادقته، حيث أشارت مجلس الانضباط في إقليم كردستان في قرار له بأن (... لدى التدقيق والمداولة وجد المجلس أن المعترضة قد ارتكبت فعلاً ينطبق وعقوبة الإنذار.... مما يستوجب رد الاعتراض وتصديق العقوبة)⁽³⁾.

3- تخفيض العقوبة، وذلك إذا لم تكن متناسبة مع جسامة الخطأ الوظيفي، وهي في ذلك تمارس رقابة الملاءمة أو التناسب، فقد جاء في قرار لمجلس الانضباط العام في الإقليم بأنه (... لدى التدقيق والمداولة وجد المجلس أن العقوبة مبالغ فيها مع حجم المخالفة المنسوبة للمعترض، ووجد أن توصيات اللجنة التحقيقية بعقوبة الإنذار أكثر مواءمة وانسجاماً مع المخالفة، عليه قرر المجلس تخفيض العقوبة من عقوبة قطع الراتب

(1) انظر د. ماهر صالح علاوي، بحثه الموسوم حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 14 لسنة 1991، مجلة العدالة، عدد 1، السنة الثانية، بغداد، 2000، ص 59.

(2) المادة (15) من قانون مجلس شوري الإقليم رقم (14) لسنة 2008.

(3) (قرار مجلس الانضباط العام رقم (4)/ انضباط/ 2012 في 2012/3/22، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الإقليم/ وزارة العدل، 2012، ص 319).

لمدة عشرة أيام إلى عقوبة الإنذار وتعديل الأمر الوزاري محل الطعن...⁽¹⁾.

4- إلغاء العقوبة، وذلك متى ما وجدت أن قرار فرض العقوبة معيب بأي عيب من عيوب القرار الإداري، ويكون الإلغاء بأثر رجعي فتعتبر العقوبة كأن لم تصدر أبداً، وبهذا فقد أكد مجلس الانضباط العام في الإقليم بأن... إلغاء عقوبة العزل الصادرة بحق المعارض بموجب كتاب وزارة التعليم العالي والبحث العلمي المؤرخ في 1998/9/20، وإلغاء الأمر الجامعي المؤرخ في 1998/9/26 الصادر عن الجامعة التكنولوجية، وألزم الوزارة والجامعة المذكورة بقبول مباشرة المعارض في وظيفته السابقة، على أن يكون لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي والجامعة الحق في تشكيل لجنة تحقيقية جديدة⁽²⁾.

وهنا يثور التساؤل بشأن المقصود بإزالة أثر قرار العقوبة الانضباطية، وهل يشمل إلغاء العقوبة رفع أوراق العقوبة من ملف خدمة الموظف؟

وللجواب على ذلك التساؤل ذهب البعض إلى أنه إذا كان الهدف من إلغاء العقوبة هو إعطاء الموظف المعاقب فرصة لتحسين سلوكه بغية إزالة كل أثر ترتب على توقيع العقوبة الانضباطية، فإن المنطق يقضي بأن لا يكون للعقوبة الانضباطية الملغاة أي أثر على حياة الموظف الوظيفية المستقبلية، أما بالنسبة إلى الآثار التي تحققت في الماضي فإنها تبقى سليمة، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى غلق باب الإصلاح والأمل بوجه الموظف وهذا ما يخل بالأمن القانوني للموظف المعاقب بعقوبة انضباطية. بينما يذهب البعض الآخر إلى أن من آثار محو العقوبات الانضباطية هي اعتبار العقوبة كأن لم تكن بالنسبة للمستقبل فقط، أي بقاء آثار العقوبة التي ترتبت عليها في الماضي قبل قرار الإلغاء، وعليه فإن أوراق العقوبة في ملف الموظف يتم الإبقاء عليها دون رفعها أو إتلافها، وهذا ما يترك أثراً غير مباشر في تقدير كفاءة الموظف عند النظر في أمر ترقيته أو ترشيحه لوظيفة أعلى. في حين ذهب البعض الآخر إلى أن محو الجزاء التأديبي هو بمثابة رد اعتبار الموظف من الناحية التأديبية وبالتالي يتم استبعاد كل ما يتعلق بالعقوبة الانضباطية من ملف خدمة الموظف.

ويجوز الطعن تمييزاً في الأحكام التي تصدرها محكمة قضاء الموظفين وفقاً للمادة

(1) قرار مجلس الانضباط العام المرقم (259) / جزائية / 793 / انضباط / 2012 في 2012/6/21.

(2) قرار مجلس الانضباط العام المرقم (3) / انضباطية / 1999 في 1999/4/29.

(15/رابعاً/ب) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، وذلك بعريضة يقدمها المميز أو من ينوب عنه قانوناً إلى المحكمة الإدارية العليا أو إلى محكمة قضاء الموظفين مباشرة وذلك من خلال (30) يوماً من تأريخ التبليغ بالحكم (المادة 252 من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971). وعلى محكمة قضاء الموظفين التي أصدرت الحكم المطعون فيه تمييزاً إرسال إضبارة الدعوى إلى المحكمة الإدارية العليا عقب تقديم عريضة الطعن التمييزي إليها أو عند طلب المحكمة الإدارية العليا منها ذلك. وتداول المحكمة الإدارية العليا اختصاصات محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية وبما يتلاءم مع أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام. وعند وصول الطعن التمييزي مع إضبارة الدعوى إلى المحكمة الإدارية العليا تقوم بإجراء التدقيقات التمييزية على أوراق الدعوى ولها أن تأمر بإحضار أطراف الدعوى أو وكلائهم أو ممثل الادعاء العام للاستماع إليهم أو لأية غاية يقتضيها التوصل إلى الحقيقة (المادة 258/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971).

وبعد تدقيق أوراق الدعوى للمحكمة إصدار حكمها على أحد الوجوه الآتية:

- 1- ردّ الطعن التمييزي إذا تبين لها أن الطعن لم يقدم ضمن مدته القانونية.
- 2- تصديق الحكم المميز إذا كان موافقاً للقانون. حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها تصديق حكم محكمة قضاء الموظفين القاضي بإلغاء عقوبة عزل موظف صادرة بتوقيع الوكيل الإداري والمالي لوزارة الاتصالات⁽¹⁾.
- 3- نقض الحكم المميز إذا وجدت المحكمة الإدارية العليا أنه قد صدر خلافاً للقانون، وللمحكمة نقض الحكم وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمة قضاء الموظفين لإجراء المحاكمة والتحقيقي مجدداً، وبهذا الشأن نقضت المحكمة الإدارية العليا حكماً لمحكمة قضاء الموظفين القاضي بإلغاء عقوبة صادرة من رئيس جامعة بغداد وأعدت إضبارة الدعوى إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفق ما بيّنته المحكمة الإدارية العليا من أسباب⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (583)/قضاء موظفين/تمييز/ 2015 في 2015/5/28.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (53) / قضاء موظفين/ تمييز/ 2015 في 2015/6/18.

الخاتمة

بعد ما أنهينا بحثنا الموسوم بـ (الأمن القانوني الانضباطي للموظف العام في القانون العراقي - بحث مقارنة) توصلنا إلى النتائج والاستنتاجات والمقترحات الآتية: -

أولاً/ النتائج والاستنتاجات

1- يؤخذ على المشرع العراقي عدم نصه على الكثير من الضمانات التي توفر الأمن القانوني للموظف في المجال الانضباطي، كحق الموظف بمواجهته بالتهم المنسوبة إليه وحقه في الإطلاع على الملف التأديبي والحصول على نسخة منه والحق في توكيل محامي للدفاع عنه والحق في الصمت، وعدم جواز تحليف الموظف المتهم اليمين القانونية، والحق بالاستشهاد بشهود الدفاع. وكل هذه النواقص والثغرات هي أخطاء يجب تداركها.

2- لم يضمن المشرع العراقي قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام نصاً يوجب على الإدارة إخطار الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه، وإنما أكد بأن اللجنة التحقيقية تتولى التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف المحال عليها مع سماع وتدوين أقوال الموظف والشهود. كما أغفل المشرع العراقي النص على إمكانية سماع الشهود في التحقيق الإداري، رغم أنه إجراء جوهري.

3- قصر المشرع العراقي السلطة المختصة بإبطال العقوبات الانضباطية بالوزير دون السلطات الأخرى المختصة بفرض العقوبات الانضباطية ولم ينص القانون على جواز تفويضها.

4- النظام المعمول به في مجال التحقيق الإداري هو نظام (الرئيس الإداري) والمتمثل بالوزير أو رئيس الدائرة، حيث يتولى إحالة الموظف المخالف على التحقيق الإداري والمصادقة على نتائج اللجنة التحقيقية، ومؤدى ذلك أنه يجمع بين يديه سلطتي الإتهام وفرض الجزاء معاً.

5- إن التحقيق الإداري ليس قرينة على ذنب الموظف بل هو فرصة لإثبات براءة الموظف من التهمة المنسوبة إليه، وهو فرصة للإدارة أيضاً للوصول إلى الحقيقة والوقوف على أخطاء موظفيها، مما ينعكس على الموظفين إيجاباً بزرع الثقة والطمأنينة والأمن في نفوسهم، كما ينعكس ذلك على حسن سير أعمال المرفق العام.

6 - أوجب قانون انضباط موظفي الدولة على مجلس الانضباط العام السابق (محكمة قضاء الموظفين حالياً) الرجوع إلى أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 32 لسنة 1971 في الأحوال التي لم ترد بها نص في القانون المذكور، وقد جاءت في المادة (123) منه على من يتولى التحقيق أن يحيط المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه وجرى العمل على ذلك.

7- لم يتطرق المشرع العراقي إلى حق الموظف المخالف بالصمت أمام اللجنة التحقيقية. كما ولم ينص على حق الموظف بالإطلاع على ملفه الشخصي قبل فرض العقوبة عليه.

8 - رتب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي عقوبة العزل على الموظف الذي يرتكب جنابة ولكنه بشرط أن تكون هذه الجنابة قد ارتكبها الموظف بصفته الرسمية أو ناشئة من الوظيفة.

9- قد تمر فترة زمنية طويلة على صدور قرار معين ولم يعلم به صاحب الشأن فيإمكانه أن يطعن به أمام محكمة القضاء الإداري وهذا الأمر يهدد استقرار الأوضاع والمراكز القانونية ويؤثر في الحقوق المكتسبة وهو أمر مخالف لما استقر عليه الحال في فرنسا ومصر.

10- من الجائز الطعن ضد أي عمل أو قرار إداري سواء أمام الإدارة (التظلم)، أو أمام القضاء (الطعن القضائي)، وبالتالي من الممكن التظلم من القرار الإداري المتضمن للعقوبة الوظيفية الانضباطية باعتبار التظلم ضماناً للموظف من إجحاف السلطة في استعمال حقها، وهو ما تم تتيته وتأكيداه بالمادة (100) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي نصت على حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن. ولفظ (الطعن) ورد في منطوق المادة الدستورية بصيغة مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقد دليل على تقييده.

11- جانب المشرع العراقي الصواب حينما نصّ بأنه (عند عدم البت في التظلم أو رفضه تقوم محكمة القضاء الإداري بتسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني)، حيث لم يوضح المشرع إمكانية الطعن لدى محكمة القضاء الإداري في حالة قبول الإدارة التظلم والبت فيه خلافاً لمصلحة المتظلم لأن عبارة (عدم البت في التظلم) الواردة في المادة المذكورة يمثل فقط الموقف السلبي وسكوت الإدارة.

ثانياً/ المقترحات:

- 1- نقترح على المشرع العراقي بتوسيع السلطة المختصة بإبطال العقوبات الانضباطية لتشمل رئيس الدائرة إضافة إلى الوزير وذلك لتخفيف العبء الإداري عن الوزير في مسائل لا مبرر لإشغاله بها، وأن رئيس الدائرة أقرب وأدرى بتحقق الشروط الخاصة بإلغاء العقوبة الانضباطية.
- 2- نقترح بأن ينص المشرع العراقي على رفع أوراق العقوبة من ملف الموظف، وجعل العقوبة كأن لم تكن عند إلغاء العقوبة الانضباطية اتساقاً مع ما ذهبت إليه القوانين المقارنة، لما لذلك من أثر إيجابي في تحسين الأداء الوظيفي للموظف مستقبلاً وإحساسه بالطمأنينة والأمن القانوني.
- 3- نوصي المشرع العراقي بضرورة النص على سماع الشهود في التحقيق الإداري على غرار ما جاء به مشرعو القوانين المقارنة. كما نقترح بضرورة النص على قيام الإدارة بإخطار الموظف بالتهمة المنسوبة إليه قبل الإحالة إلى التحقيق والنص على حقه بالإطلاع على ملفه الشخصي وذلك إسوة بما نصت عليه القوانين المقارنة.
- 4- نقترح على المشرع العراقي أن يعالج حق الموظف بالصمت أمام اللجنة التحقيقية كحق من حقوق الدفاع وليس قرينة ضده.
- 5- نهيب بالمشرع العراقي أن ينص صراحة في قانون انضباط موظفي الدولة على وجوب إخطار الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه وخلال مدة يحددها القانون.
- 6- ضرورة منح الإدارة والقضاء كل في مجاله هامشاً من التقدير وفقاً لظروف وملابسات كل حالة بحيث يتقرر معها مدى صلاحية الموظف للبقاء في وظيفته وذلك في ظل ضمانات قوية للموظف بما يضمن الأمن القانوني له ويمنع الإدارة من التعسف بحقه.
- 7- العمل على تفعيل دور الادعاء العام في مجال عمل اللجان التحقيقية، تماشياً مع مانصت عليه المادة (5/ خامساً) من قانون الادعاء العام النافذ رقم (49) لسنة 2017 على أن (يتولى الادعاء العم الحضور أمام محاكم العمل ولجنة شؤون الادعاء العام ومحاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الإداري ولجان الانضباط...).
- 8- نقترح على المشرع العراقي بالنص على تحديد فترة معينة يبدأ عندها التظلم لدى الجهة الإدارية المختصة على غرار ما ذهب إليه المشرعان الفرنسي والمصري، فقد تمرّ فترة زمنية طويلة على صدور قرار معين ولم يعلم به صاحب الشأن فبإمكانه أن يطعن به

أمام محكمة القضاء الإداري وهذا الحال يهدد استقرار الأوضاع والمراكز القانونية ويؤثر في الحقوق المكتسبة. كما ونقترح على المشرع بالنص على إلزام صاحب الشأن بأن يتظلم من القرار الإداري خلال فترة زمنية محددة من تبلغه أو علمه بالقرار أو تاريخ نشر القرار وذلك للحيلولة دون ترك المراكز القانونية معلقة لمدة غير محددة.

8- ضرورة إلزام الإدارة بتسبب القرارات التي تنطوي على العقوبات الوظيفية الانضباطية، مثل قرار النقل والانتداب أو الوقف الاحتياطي الذي قد يكون في ظاهره محققاً للمصلحة العامة ولكن في باطنه يحمل عقوبة وظيفية مقنعة. وذلك لحمل الإدارة على احترام مبدأ المشروعية وعدم الإساءة في استعمال سلطتها.

9- نقترح بتبني نظام رد الاعتبار في التشريع العراقي بالنسبة للموظف المعاقب بعقوبة وظيفية انضباطية كأثر لإلغاء القرار المتضمن للعقوبة ورفع أوراق العقوبة من ملفه الشخصي.

10- نقترح بتوسيع المشرع للسلطة المختصة بإلغاء العقوبات الوظيفية التي يتم التظلم منها لتشمل رئيس الدائرة إضافة إلى الوزير وذلك لتخفيف العبء الإداري على الوزير من جانب ولدراية المدير بتحقيق شروط إلغاء العقوبة الوظيفية الانضباطية من جانب آخر.

قائمة المصادر

أولاً: - الكتب

- 1- د. إبراهيم المنجي، إلغاء الجزاء التأديبي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 2- أعاد علي محمود القيسي، القضاء الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 1999.
- 3- د. زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة دراسة تاصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 4- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- 5- د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011.
- 6- ضامن حسين العبيدي، الضمانات التأديبية للموظف العام في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة بغداد، 1991.
- 7- د. عبداللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، مطابع دار الهندسية، القاهرة.
- 8- د. عبدالفتاح حسن، قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1982.
- 9- د. عبدالله طلبة، القانون الإداري - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط 5، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1996.
- 10- عبدالله محمد محمود ارجمند، فلسفة الإجراءات التأديبية للعاملين بالخدمة المدنية، مطابع البيان التجارية، دبي، 1998.
- 11- د. عماد ملوخية، الضمانات التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، 2012.
- 12- د. غازي فيصل مهدي، محاضرات (القرار الإداري) غير مطبوعة، المصدر السابق؛ وأيضاً د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 13- د. فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة في العراق، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1988.
- 14- قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة.
- 15- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
- 16- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2006.
- 17- د. ماجد راغب الحلو، دعاوي القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2010، 2010.
- 18- محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

- 19- د.محمد رفعت عبدالوهاب ود.أحمد عبدالرحمن شرف الدين، القضاء الإداري، المكتب العربي للطباعة، الإسكندرية، 1988.
- 20- د.محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشرة، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1985.
- 21- د.محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، دار الاتحاد العربي، القاهرة، 1984.
- ثانياً: - الرسائل والأطاريح الجامعية
- 1- أحمد فايق سعيد قنيطة، النظام القانوني للتظلم من القرار الإداري في التشريع الفلسطيني- دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية- غزة، 2017.
- 2- حمد حميد علي الجوراني، التحقيق الإداري كضمانة من ضمانات الموظف العام في القانونين العراقي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2015.
- 3- خالد سليم أمين، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن أخطائه الوظيفية، رسالة ماجستير، جامعة شرق الأدنى، نيقوسيا 2021، متاح على الموقع الالكتروني: <http://docs.neu.edu.tr/library/8915100337.pdf> تاريخ الزيارة 2022/11/19.
- 4- صالح إبراهيم الميتوتي، شروط الطعن أمام القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994.
- 5- د. عبد الرحمن نورجان الايوي، القضاء الإداري في العراق حاضره ومستقبله-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1965.
- 6- عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المسألة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم القانونية بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2012.
- 7- فايز مطلق السليمات، ضمانات تأديب الموظف العام في النظام القانوني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة شرق الأوسط.
- 8- ماجد شناطي نعمة مشولش، النظام القانوني لمحو العقوبة الانضباطية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة بصره، 2013.
- 9- محمد خليفة الخليلي، التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، عمان، 2009.
- 10- د. محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 11- محمد حسين إحسان إرشيد، التظلم الإداري كسبب لانقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح- نابلس، 2016.

12- هاشم حمادي عيسى، النظام القانوني للتظلم الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، 1989.

ثالثاً: - الدوريات

- 1- بهرزان علي رحيم محمد، التظلم الإداري في التشريع العراقي والمصري- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، العدد 24، 2018.
- 2- د. ماهر صالح علاوي، بحثه الموسوم حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 14 لسنة 1991، مجلة العدالة، عدد 1، السنة الثانية، بغداد، 2000.
- 3- محمد الأمين البيانوني، دور التظلم في ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الإدارة العامة، العدد 60، السنة الثامنة والعشرون، 1988.
- 4- منى محمد عبد الرزاق، الأحكام القانونية للتظلم الإداري - دراسة مقارنة- بحث منشور في جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الثالث، 2008.
- 5- د.هانم أحمد محمود سالم، ضمانات تحقق الأمن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالته- دراسة فقهية قضائية مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 52، العدد 1، 2020.

رابعاً: - المحاضرات القانونية

1- د.غازي فيصل مهدي، محاضرات (القرار الإداري) غير مطبوعة، القيت على طلبة الصف الثالث، كلية الحقوق- جامعة النهرين، للعام الدراسي (2001-2002).

خامساً: - التشريعات

- 1- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- 2- قانون الخدمة المدنية العراقي رقم (24) لسنة 1960 المعدل.
- 3- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979.
- 4- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم (14) لسنة 1991 المعدل.
- 5- قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم (5) لسنة 2008.
- 6- قانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017.
- 7- قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان- العراق رقم (14) لسنة 2014.
- 8- قانون الخدمة المدنية المصرية رقم (81) لسنة 2016.
- 9- اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016.

سادساً: - أحكام المحاكم

1- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 16 ديسمبر عام 1967 منشور في كتاب.

- 2- حكم محكمة العدل العليا الأردني رقم 80/56، الصادر بتاريخ 1980/11/30 مجلة نقابة المحامين، العدد الرابع لسنة 1981.
- 3- حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، 26 ديسمبر 1976، الطعن رقم 439 لسنة 9 قضائية عليا، مجموعة السنة الثالثة عشر.
- 4- حكم المحكمة الإدارية، الطعن 205 لسنة 35 ق. جلسة 1990/5/19، الطعن رقم 2935 لسنة 35 ق. جلسة 1992/2/8.
- 5- حكم المحكمة الدستورية، قضية 33 لسنة 16 ق. دستورية، جلسة 1996/2/3، مجلة أحكام الدستورية العليا، ج7.
- 6- حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، 23 نوفمبر 1997 - الطعن رقم 42 - 49 لسنة 42 قضائية عليا- قاعدة رقم 7.
- 7- حكم المحكمة الإدارية العليا، 10 ديسمبر، 2000، طعن رقم 6399، لسنة 43 ق.
- 8- قرار محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم 68/قضاء ادري/1990 في 1990/6/20.
- 9- قرار مجلس الانضباط العام المرقم(96/692) في 1996/12/15، رقم الإضبارة(1996/46).
- 10- قرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية، 55/انضباط/تمييز/2006 في 2006/3/20 (غير منشور).
- 11- قرارات مجلس الدولة العراقي وفتاواه لسنة 2016.
- 12- الطعن المرقم (11205) المحكمة الإدارية العليا، السنة 48، تأريخ الجلسة 2010/7/4.
- 13- الطعن رقم (52) لسنة 28 ق.ع. جلسة 1983/12/18، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا.

سابعاً: - المصادر الإلكترونية

- 1- ضياء حسين لطيف، حق الدفاع في الدعوى الانضباطية دراسة مقارنة، جامعة نهرين - كلية الحقوق، متاح على الموقع الإلكتروني: <https://nahrainuniv.edu.iq/ar/node/5252>، تاريخ الزيارة 2022/11/19.

ثامناً: - المصادر الأجنبية

- 1Gazier, les demands de sursis a excition devant le Conseil d' Etat juge d' appel, 1954.
- 2J- Berthede, le pouvoir juridictionnel des orders professionnels, 1995.
- 3.Luchat (D.), La justice administrative, Paris, 1994.

الملخص

توقع الإدارة حفاظاً على المصلحة العامة ولانتظام سير المرافق العامة وعلى أساس مبدأ المشروعية الذي يقضي بأنه (لا عقوبة إلا بنص)، حزمة من العقوبات الانضباطية التي ذكرها المشرع حصراً على الموظف العام الذي خالف واجباته الوظيفية. وقد تطورت وظيفة السلطة الإدارية واتسعت نطاق مسؤولياتها كلما زادت أهمية الموظف بوصفه الأداة المنفذة لتوجهات الإدارة والمحققّة لأهدافها، ومن هنا ظهرت الحاجة لسن تشريعات تهدف تأديب الموظفين وإخضاعهم إلى ضوابط تضمن عدم انحرافهم والتراخي عن القيام بأداء واجباتهم على النحو الذي يعرقل سير المرفق العام بانتظام، وهنا تبرز أهمية وضع ضمانات كافية توفر للموظف الأمن القانوني والطمأنينة من عدم إجحاف الإدارة بحق ذلك الموظف وإساءتها لاستعمال سلطتها، وهذه الضمانات بعضها تتجسد قبل فرض العقوبة الانضباطية كأن يتم إجراء التحقيق الإداري مع الموظف والاستماع لأقواله ومنحه فرصة للدفاع عمّا أسند إليه من إتهام وإطلاعه على الملف الوظيفي الشخصي، والبعض الآخر هي ضمانات تعطى للموظف بعد فرض العقوبة الانضباطية كالتظلم والظعن لدى القضاء.

إن هذا البحث هو جهد علمي لمعرفة مدى تمتع الموظف العام في العراق بالأمن القانوني في المجال الانضباطي. آثار كل ذلك على تسيير المرافق العامة، وتحديد مكانم الخلل والثغرات التي تعترى التشريع العراقي في هذا الشأن من خلال التحليل والمقارنة وطرح الحلول والمعالجات المناسبة لسد تلك الثغرات والخلل.

پوخته

دهسه لاتی کارگیری له پیناو پاراستنی بهر ژه و هندی گشتی وریک و دروست بهر یوه چوونی دام و دهمزگا کانی خزمهتگوزاری گشتی وه به پپی نهو دهسه لاته ی که پپی در اوه له چوار چپوهی پرهنسیبی ره وایهتی بوی ههیه کومه لیک سزای ریکاری بسه پینیت به سهر فهرمانبهری سهر پچیکار. له دهره نجامی بهر سه ندنی وه زیفه ی دهسه لاتی کارگیری و فراوانبوونی باز نهی بهر پر سیاریه تی بایه خی فهرمانبهریش بهر زبوویه وه وهک یه کیک له بنچینه جیه جیکار هکانی چالاک ی کارگیری. نه مهش بووه هوی نهوه ی که یاسای نهوتو دابنریت که فهرمانبهران ناچار بکات پابه ندین به نه رکه وه زیفه کانیا ن و که مه تر خه می نه که ن له به جیه نیا نیا ن. لیره شدا گرنگی هه بوون گهره ننتیه کان هاته کایه وه سه بارت به هینانه دی ناسایشی یاسایی بو ریکاری فهرمانبهران وهینانه کایه ی که شیک ی وه زیفی نارامی دور له زیده رو یی دهسه لاتی کارگیری. نه م گهره ننتیه ش هه ندیکیا ن له پش سه پاندنی سزای ریکاریدا بوونیا ن پیوویسته وهک نه نجامدانی لیکولینه وه ی کارگیری له گهل فهرمانبهر و گو یگرتن له ووته کانی و پیدانی دهر فته تی بهر گر یکردن و بینینی دوسییه ی وه زیفی که سی، هه ندیک ی تریش له م گهره ننتیه ده در یته به فهرمانبهر له دوای دهر چوونی بریاری سه پاندنی سزا وهک سته مبینی له بهر دهم دهسه لاتی کارگیری و دادبینی له بهر دهم دادگا.

نه م تو یژینه وهیه هه ولکی زانستی یه بو دهر خستن و دیار یکردنی ناست و شیاویه تی پیاده کردنی تانه گرتنی فهرمانبهری سزادراو به سزای وهک کارگیری ریکاری و خستنه رووی لیکه و ته کانی نه م تانه گرتنه سه بارت به دهسه لاتی کارگیری و فهرمانبهر که و خودی بریاره تانه لیکر او هکesh، کاریگه ری تیکرای نه م پر وسهش به سهر ریک بهر یوه چوونی دام و دهمزگا کانی خزمهتگوزاری گشتی. وه دهر خستنی که موکورتیه کانی یاسای عیراقی له م بواره له ریگه ی شیکردنه وه و بهر اووردکاری و خستنه رووی چاره سهر و پیشنیاری پیوویست و گونجاو بو نه هیشتنی نه م که موکورتیه نه.

Abstract

In order to preserve the public interest and the good functioning of public utilities, with its discretionary power and on the basis of the principle of legality, which stipulates that (there is no punishment except by text), a set of disciplinary penalties that the legislator provided exclusively for the public employee who violated his job duties. The function of the administrative authority has evolved and the circle of its responsibilities has expanded as the employee becomes more important as the tool that implements the policy and orientations of the administration and achieves its objectives. Regularly obstructs the functioning of the public facility Here, it is important to put in place sufficient guarantees that provide the employee with legal security and reassurance that the administration will not prejudice the right of that employee and abuse its authority. From accusing him and informing him of the personal job file, and others are guarantees given to the employee after imposing the disciplinary punishment, such as grievance and appeal to the judiciary.

This research is a scientific effort to find out the extent and enjoyment of the public employee in Iraq with legal security in the disciplinary field. And the Affects of all this is the functioning of public utilities in a regular and steady manner, and the identification of weaknesses and gaps that afflict Iraqi legislation in this field through analysis and comparison and proposing appropriate solutions and treatments to bridge those gaps and deficiencies.

الامتناع عن تطبيق القواعد الدستورية ومدى الرقابة عليه^(*) (دراسة تحليلية)

أ.م.د. شالو صباح عبدالرحمن^(**)

أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية
أستاذ مساعد محاضر في كلية كويزة الجامعة

ساهر علي جاسم^(***)

كلية القانون - جامعة السليمانية

جنيه جينه كردني رئيسا دهستوريه كان ومهوداي چاوديري كردن له سهري
(تويژينه وهيهكي شيكاري يه)

پ.ی.د. شالو صباح عهبدولپر هحمان

پروفیسوری یاریده دهر له کولژی یاسای زانکوی سلیمانی

پروفیسوری یاریده دهری وانهبیژ له کولژی گویژه

خونیکاری ماستهر. ساهر عهلی جاسم

کولژی یاسای زانکوی سلیمانی

تاریخ قبول النشر: 2022/7/24.

(*) تاریخ استلام البحث: 2022/6/21.

(**) shalaw.abdulrahman

(***) sahr32656@gmail.com

**Refusal to apply constitutional rules and the extent of
supervision on it
(An analytical study)**

Assit. Pr. Dr. Shalaw Sabah Abdulrahman

Assistant Professor Doctor at College of law at University of Sulaimani
Assistant Professor Doctor at University College of Goizha

MAE. Student. Sahir Ali Jassem

College of law at University of Sulaimani



الامتناع عن تطبيق القواعد الدستورية ومدى الرقابة عليه (دراسة تحليلية)

أ.م.د. شالو صباح عبدالرحمن

أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية

أستاذ مساعد محاضر في كلية كويزة الجامعة

طالب الماجستير ساهر علي جاسم

كلية القانون - جامعة السليمانية

الكلمات المفتاحية:

قواعد الدستور، الامتناع، الرقابة الدستورية، القضاء الدستوري، السلطات.

كليه ووشه:

رئيساكانى دهستور، نهانجامنه دان، چاوديريكردنى دهستورى، دادگهى دهستورى، دهسه لاته كان.

key words: rules of the constitution, abstention, constitutional oversight, constitutional judiciary.

المقدمة

إن علوية قواعد الدستور تفرض على جميع السلطات الدستورية في الدولة أن تحترمها وتنفذها، بحيث يجب أن تعمل السلطات الثلاث في الدولة وفق الدستور وان لا تكون أعمالها مخالفاً لها وإلا تكون باطلة، إلا أن احترام قواعد الدستور لا يكون من خلال مطابقة أعمال السلطات له فحسب، بل إن امتناع السلطات الثلاث وخاصة السلطة التشريعية عن قيامها بالتزاماتها الدستورية يعد انتهاكاً له، أي عندما يلزم المشرع الدستوري السلطة التشريعية بصورة صريحة بأن تنظم أمر ما بقانون، فعليها أن تقوم بسن هذا القانون لتنظيم الأمر الذي نص عليه الدستور بشكل صريح، وعند امتناعها عن سن هذا القانون تعد منتهكة للدستور، وكذلك الحال بالنسبة للسلطة التنفيذية، ومن المتفق عليه في الفقه الدستوري والقضاء الدستوري أن القضاء الدستوري يقوم بوظيفة الرقابة على دستورية القوانين، بحيث يراقب الأعمال الصادرة من السلطتين التشريعية والتنفيذية ليتأكد من

مطابقتها لنصوص الدستور، إلا أن موضوع مراقبة امتناع السلطتين من القيام بالتزاماتها الدستورية محل خلاف ونقاش بين فقهاء القانون الدستوري والقضاء الدستوري أيضاً، فمن خلال هذه الدراسة سنبين كيفية امتناع السلطتين التشريعية والتنفيذية عن قيام بالتزاماتها الدستورية، وفي الدول ذات الأنظمة الفدرالية يمكن تصور امتناع سلطات الأقاليم كذلك عن قيام بالتزاماتها الدستورية التي نصت عليها الدستور الفدرالي، ثم نضرب أمثلة عديدة للنصوص الواردة في دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي أنتهكت من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية الاتحادية وسلطات إقليم كردستان - العراق.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية هذا البحث في أن نصوص الدستور تتضمن المبادئ التي تمارس السلطة في الدولة، وعدم احترام هذه النصوص الدستورية سواء كان من خلال إصدار القوانين أو الأنظمة والتعليمات المخالفة لها، أو من خلال امتناع السلطات لتطبيق التزاماتها الدستورية، سيؤثر على استمرارية ممارسة السلطة وفق تلك المبادئ الدستورية، وبالتالي سيؤدي إلى فوضى في تنظيم الأمور نظراً أن تلك الأمور التي يؤكد عليها المشرع الدستوري في صلب الوثيقة الدستورية ويلزم السلطة التشريعية تنظيمها بقانون، وتعد من الأمور الهامة للحياة السياسية والقانونية، وإلا لما نص عليها المشرع الدستوري في الدستور.

مشكلة البحث:

من أبرز المشاكل التي تتعلق بموضوع بحثنا هي:
ما المقصود بالامتناع التشريعي؟ وهل ينحصر الامتناع عن الالتزامات الدستورية بالسلطة التشريعية فقط أم يمكن تصورها في السلطة التنفيذية أيضاً؟
ما هي النصوص الواردة في دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي أمتنعت السلطات (الاتحادية والإقليمية) من تطبيقها؟
ما هو موقف الفقه والقضاء الدستوري بشأن المراقبة الدستورية على امتناع السلطتين التشريعية والتنفيذية لالتزاماتها الدستورية؟ وما هو موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بشأنها؟

فرضية البحث:

يجب على السلطات الدستورية في الدولة أن تلتزم بالنصوص الدستورية، وان تطبق

جميع الالتزامات التي تنص عليها الدستور، ومن المفروض عند عدم قيام هذه السلطات بالتزاماتها الدستورية أن تراقب من قبل الجهة التي تقوم بوظيفة الرقابة الدستورية وان تعد عدم الالتزام هذا انتهاكاً للدستور حالها حال صدور قانون مخالف للدستور، لأن انتهاك الدستور يشمل صدور قانون مخالف للدستور وعدم تطبيق قواعده أيضاً من قبل السلطات الدستورية.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الكشف عن صور عدم تنفيذ قواعد دستور جمهورية العراق للعام 2005 من قبل السلطات العامة سواء كانت اتحادية أو إقليمية، كما يهدف هذا البحث إلى كشف خطورة عدم امتثال السلطات العامة الاتحادية وسلطات الإقليم بتنفيذ قواعد الدستور خاصة إذا كان هناك توجيه من قبل المشرع الدستوري بتنظيم موضوع معين بالذات لأهميته، ومن ثم بيان آثار عدم امتثال تلك السلطات لتوصية المشرع الدستوري وما يمثله من انتهاك لمبدأ سمو الدستور والإخلال بالضمانات الدستورية المقررة لمصلحة الأفراد وفي كافة الجوانب السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وكذلك يهدف هذا البحث إلقاء الضوء على دور وموقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالرقابة على حالات عدم تنفيذ قواعد الدستور من قبل السلطات الاتحادية وسلطات الإقليم.

منهجية البحث:

تم اعتماد المنهج التحليلي في كتابة هذا البحث، وتم الاستعانة بالمنهج المقارن وفي نطاق المواضيع التي احتاجت للمقارنة وخاصة عند بيان موقف القضاء والفقهاء الدستوري المقارن في مسألة الرقابة على الامتناع التشريعي، مستعينين أيضاً بالأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في العراق لمعرفة موقفها من الرقابة على امتناع السلطات العامة وسلطات الإقليم من تنفيذ قواعد الدستور.

نطاق البحث:

إن نطاق دراستنا يكون من الناحية الموضوعية محصور بعدم قيام السلطات الدستورية بالتزاماتها الدستورية، ومن الناحية المكانية سنتناول عدم تطبيق نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005 من قبل السلطات الاتحادية وسلطات إقليم كردستان - العراق.

هيكلية البحث:

يتكون هذا البحث فضلاً عن مقدمته من مبحثين رئيسيين، سنتناول في المبحث الأول صور عدم تنفيذ القواعد الدستورية، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لمفهوم الامتناع التشريعي وموقف الفقه والقضاء الدستوري بشأن الرقابة الدستورية عليه، بينما سنخصص المطلب الثاني لامتناع مجلس النواب العراقي بتنفيذ قواعد دستور جمهورية العراق لعام 2005، وستتطرق في المبحث الثاني لعدم تنفيذ السلطة التنفيذية الاتحادية وسلطات الإقليم لقواعد الدستور وذلك من خلال تقسيمه لمطلبين سنبين في المطلب الأول عدم تنفيذ القواعد الدستورية من قبل السلطة التنفيذية الاتحادية، وسندرس في المطلب الثاني عدم تنفيذ القواعد الدستورية من قبل سلطات الأقاليم.

وفي الخاتمة سنعرض أهم الاستنتاجات والتوصيات التي سنتوصل إليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول

التعريف بالامتناع عن تطبيق القواعد الدستورية

التدرج في القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني في اية دولة يفرض على جميع السلطات فيها أن تحترم ولا تخالف قواعد الدستور، لأن قواعد الدستور تتسم بالسمو على جميع تلك القواعد، ولكننا نرى أحياناً صدور قواعد قانونية أو أنظمة تخالف نصوص الدستور، وأحياناً أخرى نشاهد عدم تنفيذ سلطات الدولة سواء أكانت اتحادية أو سلطات الأقاليم في الدولة الفدرالية لقواعد الدستور ومواده، حتى وإن نص المشرع الدستوري بشكل صريح على أن تقوم السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين إلا أنها تمتنع عن ذلك مخالفة لإرادة المشرع الدستوري ومبدأ سمو الدستور، لذلك صار لزاماً علينا أن نوضح في هذا المبحث صور عدم تنفيذ قواعد الدستور وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول مفهوم الامتناع التشريعي وموقف الفقه والقضاء الدستوري بشأن الرقابة الدستورية عليه، وسنبين في المطلب الثاني امتناع مجلس النواب العراقي عن تنفيذ قواعد دستور جمهورية العراق لعام 2005.

المطلب الأول

مفهوم الامتناع التشريعي وموقف الفقه والقضاء من الرقابة

الدستورية عليه

أولاً/ تعريف الامتناع التشريعي

تعددت الأسماء والمصطلحات التي تناولت موضوع عدم تنفيذ السلطة التشريعية لقواعد الدستور، وهناك تسميات عديدة لعدم تنفيذ السلطة التشريعية لقواعد الدستور منها (الإغفال التشريعي) أو (الإهمال والقصور التشريعي). إذ ذهب الأستاذ (أحمد فتحي سرور) بأن الإغفال والامتناع التشريعي هما مصطلحان مترادفان وبيتان بالنتيجة نفسها وهي مخالفة الدستور، والإخلال بالضمانات التي كفلها الدستور⁽¹⁾.

(1) د.أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة،

وإن الانفراد التشريعي وتقدير ضرورة وهدف التشريع يؤثر والى حد كبير بمفهوم عدم تنفيذ السلطة التشريعية لقواعد الدستور، حيث إن السلطة التقديرية⁽¹⁾ التي تتمتع به السلطة التشريعية لمواجهة المستجدات الطارئة للمجتمع وتطوره والتي هي بحاجة إلى تشريع مستمر لها دور كبير في بروز حالة الامتناع، وإن الحد الفاصل بين السلطة التقديرية والمقيدة⁽²⁾ للسلطة التشريعية قد يوقع المشرع العادي أحياناً في مشكلة عدم تنفيذه للنصوص الدستورية، أو التخلي عن اختصاصها وتحويلها إلى سلطة أخرى لتقوم بمهامها، لذا نرجح إن لفظ الامتناع التشريعي هي المعبر الحقيقي لحالة عدم تنفيذ قواعد الدستور من قبل السلطة التشريعية، وخاصة عندما يكون هناك توجيه أو إيعاز أو توصية من المشرع الدستوري وبنص دستوري للمشرع العادي لسن قانون معين، لأن الامتناع لغة قد جاء من (المنع) ومعناه حظر أو حرم، أي أعاق الأمر وجعله عسيراً⁽³⁾، أما اصطلاحياً فالتعريف تعددت واختلفت حيث تم تعريفه على أن الامتناع التشريعي هو "اتخاذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاصه الدستوري بعدم ممارسته كلياً أو جزئياً في حالات معينة"⁽⁴⁾، وعرفه أيضاً الدكتور أحمد فتحي سرور بأنه عبارة عن "قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور"⁽⁵⁾، ومن الملاحظ ان هذين التعريفين لم يتم الإشارة فيهما إلى مسألة مهمة وهي نص المشرع الدستوري وتوجيهه والإيعاز إلى المشرع العادي بتنظيم مسألة معينة بقانون لأن هذا التوجيه والإيعاز مهم جداً لإبراز مفهوم الامتناع التشريعي، لأن وجود التوجيه والإيعاز وعدم التنفيذ من قبل المشرع

←

1999، ص 46.

- (1) السلطة التقديرية: هي حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها بحيث تمتلك سلطة اتخاذ تصرف معين، أو الامتناع عن اتخاذ ذلك التصرف.
- (2) السلطة المقيدة: وهي التي بموجبها تمارس سلطة ما اختصاصاتها بصورة محددة تحديداً دقيقاً وبطريقة معينة لا مجال للتقدير فيها.
- (3) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 14، الطبعة الثانية، دار الصادر، بيروت، 2007، ص 133.
- (4) د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 27.
- (5) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص 226.

العادي يضعنا أمام الامتناع التشريعي بمعناه الصحيح، لذلك فإن التعريف الذي جاء به الدكتور (عبدالمجيد إبراهيم سليم) قد عالج هذه الإشكالية وأشار فيه إلى الحالات التي يوجه الدستور فيها المشرع العادي للتدخل لمعالجة موضوع معين، حيث عرف الامتناع التشريعي بـ "تخلي المشرع العادي عن ممارسة اختصاصه في الحالات التي يفرض عليه الدستور التدخل لتسويتها، دون أن يملك حق التنازل عنها لغيره من السلطات في الدولة تحت ستار التنظيم أو التفويض"⁽¹⁾، وفي الغالب ان هذا التصرف السلبي للمشرع أي عدم تنفيذه لنص دستوري واضح هو تصرف إرادي متعمد ليس هناك مجال فيه للإغفال أو السكوت، وبذلك يكون مصطلح الامتناع هو التعبير المناسب لهذا التصرف، أي ان هناك توجيه وأمر من طرف وامتناع عن التنفيذ من طرف آخر، وإن هذا الامتناع يترك مساحة من الفراغ التشريعي الذي لا يمكن لسلطة أخرى ملؤها، لأن السلطة التشريعية تتمتع بالانفراد التشريعي، وهي حجة على السلطات الأخرى بواسطة نصوص الدستور التي عينت صلاحيات واختصاصات كل سلطة، لذلك فالامتناع يعتبر إخلالاً بالانفراد التشريعي وكذلك بمبدأ سمو الدستور، وعليه نفضل استخدام الامتناع التشريعي بدلاً من المصطلحات الأخرى للتعبير عن حالة عدم تنفيذ السلطة التشريعية لقواعد الدستور وخاصة عند وجود توجيه والإيعاز من المشرع الدستوري.

ثانياً/ أنواع الامتناع التشريعي

- 1- الامتناع التشريعي الكلي: وهو أن يتخلى المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي كلياً مما ينتج عنه فراغاً تشريعياً كما هو الحال في العراق، عند امتناع مجلس النواب عن إصدار قانون النفط والغاز، وكذلك عدم إصدار قانون مجلس الاتحاد⁽²⁾.
- 2- الامتناع التشريعي الجزئي: إن المشرع عند تنظيمه لموضوع معين فإنه ينظمه بصورة قاصرة أي يغفل تنظيم أحد جوانبه مما يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من جهة، وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من جهة أخرى⁽³⁾.

(1) د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 580.

(2) د. سري حارث الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة النهرين، 2018، ص 24.

(3) د. عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا- دراسة

وبذلك فإن المشرع في الامتناع الجزئي لم يتقاعس عن ممارسة اختصاصه، إنما ممارسته كانت على نحو منقوص لم يحط بالموضوع من كل جوانبه، وبالتالي يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية، وهذا المفهوم بحد ذاته هو مفهوم مختلف عن الامتناع التشريعي الكلي الذي بيناه سابقاً، وقد يكون مفهوم الإغفال الجزئي قريباً من مفهوم القصور التشريعي إلا أن القصور التشريعي يشمل حالات الغموض والأخطاء التي قد تشوب النص التشريعي وفي هذه الجزئية تختلف عن الإغفال الجزئي، أما الإغفال الكلي معناه أيضاً عدم وجود قانون ينظم مسألة معينة ولكن قد لا يكون هناك إيعاز من المشرع الدستوري بتنظيمه، وإن هذا الإيعاز أو التوجيه يكون حاضراً في حالة الامتناع، وكذلك فإن الامتناع والإغفال يختلفان في الأساس القانوني للرقابة القضائية، صحيح أن كلا المفهومين يخالفان مبدأ سمو الدستور، إلا أن الامتناع التشريعي إضافة لذلك فإنه يخالف مبدأ الانفراد التشريعي التي تمتاز به السلطة التشريعية لوحدها⁽¹⁾، وكذلك يعد أيضاً من العيوب الخارجية للتشريع، أي مخالفة توزيع قواعد الاختصاص التي نص عليها الدستور نفسه، وبذلك نكون أمام عدم دستورية الإحالة والتفويض إلى السلطة التنفيذية، أما الإغفال وخاصة الجزئي فهو مخالفة صريحة لنص دستوري يمكن الدفع بعدم دستوريته أي أن القضاء الدستوري له الحق التدخل والحكم بعدم دستورية هذا التشريع لأنه موجود ومشرع، وهذا يختلف عن عدم وجود نص أصلاً يمكن رقابته من قبل القضاء في حالة الامتناع التشريعي، وكذلك عدم وجود إيعاز أو توجيه في الدستور للسلطة التشريعية في حالة الإغفال التشريعي، وبذلك فإن بمحصلة هذا التوضيح نميل إلى أن الامتناع التشريعي هي صورة واضحة لعدم تنفيذ السلطة التشريعية لنصوص الدستور وخاصة الموجهة إليه بتنظيمه، بالرغم من أن القصور والإغفال هي أيضاً إخلال بالضمانات العامة لتنفيذ قواعد الدستور⁽²⁾

3- الإغفال التشريعي غير المباشر (الملتوي): ويكون ذلك عندما تقوم السلطة

←

مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة الطبع بلا، ص 5.

(1) بالجيلالي خالد، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، العدد 6، 2017، ص 29.

(2) د. عبدالحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص 25.

التشريعية أثناء تنظيمها لبعض المسائل المهمة من خلال التشريع بحيث تكتفي بوضع القواعد العامة وأطرها التشريعية الرئيسية تاركة للسلطة التنفيذية تفاصيل مهمة تؤثر على القانون الذي يسن، وهذا يعتبر خروج على مبدأ الانفراد التشريعي الذي يفرض على السلطة التشريعية أن تنظم مسائل التشريع بصورة كاملة وبصياغة قطعية لا تغفل شيئاً وخاصة المسائل الجوهرية⁽¹⁾.

ثالثاً/ أسباب الامتناع التشريعي

1- أن يكون هناك مشكلة واضحة في مفهوم وصياغة مبدأ الفصل بين السلطات، حيث إن نصوص الدستور لم تبين بشكل واضح الحدود الفاصلة بين السلطات وخاصة السلطة التشريعية والتنفيذية في مسألة التشريع بالذات، بحيث أصبح هناك التداخل والالتقاء بين هاتين السلطتين وبالذات في عملية التشريع⁽²⁾، وخاصة في المسائل المسكوت عنها والتي تقع ضمن صلاحية السلطة التشريعية باعتبارها تتمتع بالسلطة التقديرية في مسائل التشريع، عند ذلك يكون هناك سوء فهم وحدوث خروقات واضحة على مبدأ الفصل بين السلطات، وبالتالي تنعكس بصورة سلبية على العملية التشريعية بشكل عام.

2- قد تتسم القواعد الدستورية التي تعالج إسناد الاختصاصات التشريعية إلى السلطة التشريعية بالغموض وعدم الوضوح، وهذا يؤدي أحياناً بالسلطة التشريعية إلى التنازل عن بعض مهامها إلى السلطة التنفيذية⁽³⁾، ومثال على ذلك نص المادة 46 من دستور جمهورية العراق لعام 2005 إذ نصت على "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناء عليه" ومصطلح (بناء عليه) غير واضح القصد منه، وتخول السلطة التنفيذية أن تنظم مسائل الحقوق والحريات كيفما تشاء.

3- عدم الاستقرار السياسي والأمني في الدولة، وهذا يؤدي إلى تراجع دور البرلمان في ممارسة اختصاصه.

4- أن العوامل المؤثرة في تكوين النائب أو عضو البرلمان هي أهم الأسباب الذاتية

(1) د. عبدالحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص 341 - ص 342.

(2) سهام صديق، الإغفال التشريعي والرقابة على دستوريته، بحث منشور في مجلة القانون والأعمال، العدد 239، 2014، ص 21.

(3) د. عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 31.

المؤثرة على ممارسة السلطة التشريعية لمهامها وبشكل صحيح، أي ان البرلمان يحتاج إلى عناصر ذات خبرة وثقافة قانونية، وخاصة في مسائل التشريع⁽¹⁾.

5- مسائل التعددية الحزبية والانضباط والولاء الحزبي والمذهبي والقومي للنواب يكون لها تأثير مباشر وسلبى على عملية التشريع بشكل خاص، وعلى عمل البرلمان بشكل عام⁽²⁾.

رابعاً/ موقف الدساتير والفقهاء الدستوري من الرقابة على الامتناع التشريعي

انقسم الفقهاء الدستوري إلى قسمين بشأن الرقابة القضائية على دستورية الامتناع التشريعي، قسم معارض وقسم مؤيد لوجود هكذا نوع من الرقابة. الاتجاه المعارض استند إلى ان اعتبار الرقابة الدستورية تكون على نصوص قانونية صريحة، إذ لا يمكن أن ينسب شيء إلى المشرع العادي إذا هو لم يسنه، وبالتالي هو انتهاك للسلطة التقديرية للمشرع، وان تأخر المشرع في تنظيم أحد المسائل الذي يلزمه الدستور فإنه يعتبر تقصيراً دستوريا وليست مخالفة دستورية لأن الدستور لم يحدد مهلة معينة لسن القانون، فالقاضي الدستوري يكون رقابته على نص قد يكون ناقصاً أو يشوبه الغموض أو غير مكتمل ولكنه موجود، ولكن في حالة الامتناع أي عند عدم وجود نص تشريعي فإن إرادة المشرع تكون غائبة أيضاً⁽³⁾، رغم ان صلاحية تحرك المحاكم والمجالس الدستورية تتسم بالسعة فهي تستطيع أن تلغي ما أقرته السلطة التشريعية ولكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقمه المشرع، وبهذا تكون هذه الرقابة انتهاك واضح لمبدأ الفصل بين السلطات، وانها تجعل من الرقابة الدستورية هيئة أعلى من البرلمان، وهذا اتجاه غير صحيح لأن حتى المحاكم والمجالس الدستورية قد لا تكون بمنأى عن التدخلات السياسية⁽⁴⁾، اما الاتجاه الآخر المؤيد للرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي استند إلى مبدأ أساسي وهو إعلاء لمبدأ سمو الدستور⁽⁵⁾

(1) د. سناء طعمة مهدي، الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه- دراسة مقارنة،

بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق- جامعة النهدين، المجلد 3، العدد 22، ص 20.

(2) المصدر نفسه أعلاه، ص 21.

(3) المصدر نفسه أعلاه، ص 116.

(4) د. جواهر عادل، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص

104.

(5) د. عبدالحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص 5.

واحترامه، وخاصة عندما يكون هناك توجيه وتوصية في الدستور للمشرع العادي بسن قانون معين، فعند الامتناع يعتبر هذا العمل خرقاً واضحاً وتجاوزاً على مبدأ سمو الدستور، وكذلك ان الامتناع التشريعي لا يترتب عليه عدم وجود قانون معين، إنما قوام هذا الامتناع النهي ورفض أداء واجب من قبل المشرع العادي⁽¹⁾، والذي امتنع عند تنفيذ ما أوصى به المشرع الدستوري للقيام به، وكذلك ذهب الدكتور عيد أحمد الغفلول إلى ان الرقابة على الامتناع التشريعي يؤدي إلى المحافظة على التدرج في القواعد القانونية، حيث يجب إجبار السلطة التشريعية على احترام القواعد الدستورية⁽²⁾ وخاصة إذا تعلق الأمر بتنظيم موضوع يتعلق بالحقوق والحريات العامة لأن الامتناع عن تنظيمه يعتبر تعطيل جزئي للدستور، واعتبار الرقابة على الامتناع رقابة إيعازية يجب أن تنفذ وليست رقابة كاشفة مهمتها الإشارة فقط للامتناع وكشف مواطن الخلل في التشريعات، وفي النهاية أن نصوص الدستور ليست قيم وقواعد مثالية وأخلاقية إنما هي قواعد ملزمة يجب تنفيذها واحترامها.

وأمام هذا الاختلاف والتعارض في الفقه فإن الدول اختلفت في شأن الأخذ بالرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي، أو الأخذ بها صراحة أو ضمناً من قبل القرارات والأحكام التي تصدرها القضاء الدستوري والمجالس الدستورية، ففي الولايات المتحدة ان المحكمة الاتحادية العليا لم تبسط رقابتها على الامتناع التشريعي واعتبرته ضمن النطاق المحجوز للسلطة التشريعية وقالت انها لا تناقش ضرورة التشريع من عدمه لأن عملية التشريع تدخل ضمن الاختصاص الحصري للمشرع العادي، وان الحاجة إلى التشريع، وضرورته من عدمه هو اختصاص السلطة التشريعية، اما في فرنسا فإن دستورها لعام 1958 لم ينص على الأخذ بالرقابة على الامتناع التشريعي، إلا انه يمكن ملاحظة ان المجلس الدستوري الفرنسي يراقب الامتناع التشريعي وتتصف مراقبته بالتوسع وذلك تماشياً مع موقف الفقه الفرنسي القائل ان الامتناع التشريعي هو بحد ذاته تجاوز البرلمان لحدود سلطته⁽³⁾، أي انه يشبه عدم الاختصاص الإيجابي والذي يصدر فيه البرلمان قانون

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص 229.

(2) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص 122 - ص 123.

(3) دلزین حمید محمود، الامتناع التشريعي في إطار الدولة الفدرالية- جمهورية العراق نموذجاً (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة السليمانية، 2021، ص

خارج مجال اختصاصه، وكذلك عندما ينظم موضوعاً ما بصورة قاصرة وغير كافية فإن المجلس الدستوري يقرر عدم دستوريته باعتباره أغفل وامتنع عن تنظيم كل الموضوع، وكذلك القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لعام 1949 لم ينص صراحة على الأخذ بالرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي، إلا أن المحكمة الدستورية مارست تلك الرقابة وذلك باستخدام صلاحية التفسير باعتبارها مرجع في الرقابة على دستورية القوانين، وبذلك حددت حالات معينة إذا تحققت إحداها أصبح المشرع ممتنعاً.

عن التشريع، منها تباطؤ المشرع العادي بالوفاء بالتزاماته الدستورية الخاصة بحقوق طوائف معينة من الأفراد، وإهمال المشرع لمبدأ المساواة وعدم مراجعة المشرع التشريعات السابقة بتغيير الظروف الاجتماعية⁽¹⁾، هذا وإن هناك دول أقرت صراحة في دساتيرها بالأخذ بالرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي، ومنها دستور دولة البرازيل لعام 1988 المعدل سنة 2014⁽²⁾، حيث نصت وبصراحة على الرقابة على الامتناع التشريعي⁽³⁾، حيث تم وصف الامتناع التشريعي بـ(غياب الإجراءات التشريعية)، وكذلك دستور دولة البرتغال لعام 1976 والمعدل سنة 2005، واعتبرته (وجهاً من وجوه عدم الدستورية)⁽⁴⁾، وكذلك دستور جنوب أفريقيا لعام 1996 والمعدل في العام 2012⁽⁵⁾، اصطلح عليه بـ(إخلال البرلمان بالتزام دستوري)⁽⁶⁾.

←

.101

- (1) جواهر عادل، مصدر سابق، ص 109.
- (2) دلزين حميد محمود، مصدر سابق، ص 110 - ص 114.
- (3) وذلك في المادة (103/فقرة 2) من دستور البرازيل لعام 1988 المعدل في العام 2014 (كلما صدر إعلان بعدم الدستورية بسبب غياب الإجراءات التي تجعل قاعدة دستورية فعالة، يتم إخطار السلطة المعنية لتبني الإجراءات الضرورية)
- (4) وذلك في المادة (283) من دستور دولة البرتغال لعام 1976 المعدل عام 2005 نص على(.....تضطلع المحكمة الدستورية بمراجعة والتحقق من أي حالة عدم امتثال لهذا الدستور من خلال إغفال اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتنفيذ القواعد الدستورية)
- (5) د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص 366.
- (6) وذلك في المادة (167/4/هـ) من دستور جمهورية جنوب أفريقيا لعام 1996 المعدل في عام 2012 حيث نص على (الحكم بإخلال البرلمان أو رئيس الجمهورية بالتزام دستوري).

وبذلك اتضحت لنا الرؤيا بشأن موقف الفقه و دساتير الدول واتجاه قضائها الدستوري من الرقابة على الامتناع التشريعي، فإنها وإن لم تنص صراحة على الأخذ بها الا انها ومن خلال قضائها الدستوري راقبت وفسرت، وبذلك عالجت مسائل الامتناع التشريعي وان كان هناك دول أخذت صراحة ونصت في دساتيرها على الأخذ بهذه الرقابة كما وضحتها سابقاً.

المطلب الثاني

امتناع مجلس النواب العراقي عن تنفيذ قواعد دستور جمهورية العراق

لعام 2005

بعد التحولات الجوهرية التي مر بها العراق والتغيير الكبير الذي حدث في نظامه السياسي الذي اعقب سنة 2003، تم تشكيل السلطات الدستورية فيه بحسب دستور جمهورية العراق لعام 2005 على أسس حديثة قائمة على مبدأ الفصل بين السلطات، فأصبحت السلطة التشريعية المتمثلة بمجلس النواب تتمتع بالولاية العامة بعملية التشريع، إلا أنه إذا نظرنا بعين المتفحص ان هناك قوانين متعددة ومهمة ألزم المشرع الدستوري مجلس النواب بإصدارها، لكن مجلس النواب قد امتنع لحد هذه اللحظة من إصدارها أولاً/ أبرز القوانين التي امتنع مجلس النواب عن تشريعه

1- قانون النفط والغاز والذي تم تقديم مشروعه في الدورة الانتخابية الأولى عام 2008، وتمت القراءة الأولى للمشروع في الدورة الانتخابية الثالثة ولكنها لم تصدر إلى الآن⁽¹⁾.

2- قانون مجلس الاتحاد وهو المجلس الثاني للسلطة التشريعية الاتحادية، إذ نص دستور جمهورية العراق لعام 2005 على "تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد"⁽²⁾، وبذلك فإن الدستور أقر تشكيل مجلس ثاني إلى جوار مجلس النواب وان المشرع الدستوري العراقي قد نظم اختصاصات مجلس النواب في

(1) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمام القضاء الدستوري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون-جامعة السليمانية، 2021، على، ص 261.

(2) المادة (48) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

المادة (61) وبصور مفصلة، ولكنه لم يشر إلى اختصاصات مجلس الاتحاد بل تم النص عليها في المادة (65) من الدستور على "أن يتم إنشاء مجلس تشريعي يدعى مجلس الاتحاد ويضم الممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وينضم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به، بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب"، وعند التمعن بالنص ودراسة تجارب الدول الفدرالية في هذا المجال أي تكوين وتنظيم اختصاصات السلطة التشريعية عندئذ يكون من الضروري إنشاء مجلس الاتحاد لأن وجود هذا المجلس يكون لصالح الأقاليم ويحد من سيطرة مجلس النواب على العملية التشريعية وعلى السلطة التنفيذية أيضاً، لأن مجلس الاتحاد عند سن قانونه وإنشائه وإعطائه صلاحيات جيدة سوف يعمل كأداة توازن بين السلطة التشريعية المتمثلة بمجلس النواب والسلطة التنفيذية وتحول دون استبداد مجلس النواب⁽¹⁾، ولأن هذين النصين الدستوريين المواد (48، 65) لم يشرعهما مجلس النواب بامتناع واضح منذ العام 2005 وإلى الآن وخاصة ان المواد الدستورية التي نصت على إنشاء مجلس الاتحاد جاءت قاصرة ومعلولة، وخاصة في المادة (137)⁽²⁾ من الدستور نص على تأجيل العمل بأحكام المواد الخاصة بتشكيل مجلس الاتحاد إلى ما بعد الدورة الانتخابية الأولى لمجلس النواب، ولا يمكن تفسير ذلك إلا أنه تحجيم لدور مجلس الاتحاد والجيلولة دون ظهوره إلى عالم الوجود⁽³⁾، وكذلك درجت الدساتير الفدرالية المقارنة إلى إيراد كل ما يتعلق بالغرفة الثانية من السلطة التشريعية من حيث التكوين والعضوية والاختصاصات في صلب الدستور وعدم ترك ذلك لإرادة البرلمان ليسنه حسب رغبته مثلما جاء في دستور جمهورية العراق للعام 2005، وهذا ما يدعو إلى الاستغراب بأن يقوم أحد المجالس الذي تتشكل منه السلطة التشريعية بتكوين المجلس الآخر وبصلاحية مطلقة وحتى حق تعديل قانونها لاحقاً وتقليل صلاحياتها، وقد ارجع بعض الكتاب⁽⁴⁾ هذه

(1) محمد عبد علي خضير، المركز الدستوري لمجلس الاتحاد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشرة، العدد 2، 2020، ص 304.

(2) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) ناثان براون، ملاحظات تحليلية حول الدستور، بحث منشور في كتاب مأزق الدستور، مجموعة مؤلفين، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد-لبنان، 2006، ص 26.

(4) د. محمد عمر مولود، مجلس الاتحاد في الدول الفيدرالية والعراق، دراسة مقارنة، بحث منشور في

الإشكالية إلى المعضلة الهيكلية التي يعاني منها النظام الفدرالي في العراق وهو تكونها من إقليم واحد، وهي حالة نادرة ليس لها مثل في كل فدراليات العالم التي تتكون من أقاليم متعددة، وان اعتبار المحافظات غير المنتظمة في إقليم أعضاء إلى جانب إقليم كردستان حسب المادة (65) في مجلس الاتحاد غير صحيح، لأنه لا يصح جمع كيان مستقل سياسياً وإدارياً مع كيان آخر يتمتع بلامركزية إدارية فقط وفي مجلس واحد، وإعطائها نفس الصلاحيات في هذا المجلس، وبالمحصلة ولكل هذه الأسباب سواء أكانت متعمدة بامتناع مجلس النواب عن سن قانون مجلس الاتحاد رغم تقديم مشروع القانون إلى مجلس النواب منذ العام 2011 واستكمال القراءة الأولى له لكنه لم يتم تشريعه لحد الآن، أو بسبب الغموض والقصور في المواد التي تناولت تشكيل مجلس الاتحاد في الدستور فإن قانونه لم يسن لحد الآن، إضافة إلى موقف المحكمة الاتحادية العليا التي صعبت الموقف أكثر عند إصدار قرارها المرقم (72/اتحادية/2012 في (1/10/2012) والتي جاء فيه "تشريع قانون مجلس الاتحاد يستوجب صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين يسبق العملية التشريعية وفقاً للإجراءات المتقدمة ذكرها تطبيقاً لأحكام المادة (137) من الدستور"، ومعنى هذا القرار انه لا بد أن يسبق قانون مجلس الاتحاد مرحلة من التحضير والإعداد وهو أن يقوم مجلس النواب بإصدار قرار بأغلبية الثلثين يدعو فيه السلطتين التنفيذية والقضائية والمنظمات بإعداد الأفكار والتصورات الذي تخصص مجلس الاتحاد وذلك بالاستناد إلى المادة (137) من الدستور والذي ورد فيها العبارة صدور قرار من مجلس النواب وقد اسمته المحكمة الاتحادية العليا في قرارها بالبيان ان كلمة (قرار) ليس نفسه كلمة (قانون) الواردة في الماد (65) من الدستور، مما عده الدكتور عدنان عاجل عبيد بأن قرار المحكمة الاتحادية هذا ضرب من ضروب الخيال ومنتقداً هذا الاتجاه الغريب للمحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾، لأن الدستور لم يحدد ويعطي صلاحية لمجلس النواب بإصدار بيان وأن القرار يختلف عن البيان عندما تم ذكره في المادة (137)، وأن إيراد مصطلح القرار هو تأكيد وتكرار ما جاءت به المادة (65) من الدستور في آلية تشكيل

←

مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 38، 2021، ص 67.
 (1) د. عدنان عاجل عبيد، جودة أحكام المحكمة الاتحادية بالعراق، الطبعة الأولى، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف، 2021، ص 65.

مجلس الاتحاد وهو ليس إجراء تمهيدي يسبق صدور القانون، وفي الختام يرى الدكتور عدنان عاجل عبيد ان المحكمة الاتحادية لم تكن موفقة في اجتهادها وفصل مفهوم المادة (65) والمادة (137) بالنسبة لمفهوم القانون والقرار، وكذلك في ابتداعها لمفهوم البيان باعتباره اجتهاداً في مورد النص⁽¹⁾

3- قانون إعلان حالة الطوارئ والحرب الذي نص عليه دستور جمهورية العراق لعام 2005⁽²⁾، لم يصدر إلى الآن رغم المدة الزمنية الطويلة نسبياً، ولأهمية هذا القانون كان يجب تشريعه مبكراً لما يمر به العراق من ظروف خاصة واستثنائية متمثلة بالحروب التي خاضتها الدولة ضد التنظيمات الإرهابية منذ العام 2014 التي كادت أن تشكل على وجود الدولة العراقية وكذلك المظاهرات والمطالبات الشعبية التي سميت بانتفاضة تشرين عام 2019 وما شهدته من أعمال عنف واحتجاج كان يستدعي بالضرورة إعلان حالة الطوارئ لمعالجة آثارها الا ان القانون لم يكن مشرعاً فلم يتم الاستفادة القانونية لتنظيم الحريات العامة والوضع الأمني في البلاد خلال الأزمات الخطيرة.

4- قانون حرية التعبير والرأي والتجمع والتظاهر، نصت المادة (38) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على "تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والآداب العامة، حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون"، ونرى ان المشرع الدستوري ختم المادة بعبارة وتنظم بقانون باعتباره إيعاز وتوجيه واضح لمجلس النواب لإصدار و سن هذا القانون الا انه لم يسن إلى الآن، إنما يتم العمل بالأمر رقم (19) والمسمى أمر تنظيم حرية التظاهر للعام 2003 (حرية التجمع) والتي أصدرته سلطة الائتلاف (بول بريمر) والتي نصت في القسم (1) منه ان الحظر المفروض على حرية التجمع في قانون العقوبات العراقي بالمادتين (220 - 221) يتعارض مع التزامات العراق تجاه حقوق الإنسان وهذه خطوة جيدة وفعالة جداً لو تلاه إصدار قانون من مجلس النواب ينتظم هذه المسائل⁽³⁾.

(1) د. عدنان عاجل عبيد، نفس المصدر أعلاه، 69.

(2) وذلك في المادة (9/61ج) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، بأن "يؤجل العمل بأحكام المواد الخاصة بعمل مجلس الاتحاد أينما وردت في هذا الدستور إلى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين، بعد دورته الانتخابية الأولى....".

(3) د. علاء إبراهيم محمود، حرية التظاهر في العراق بين الواقع والطموح، مقال منشور على الموقع

ثانياً/ موقف المحكمة الاتحادية العليا من الرقابة على الامتناع التشريعي

عند الرجوع إلى الصلاحيات والاختصاصات التي تتمتع بها المحكمة الاتحادية العليا حسب المادة (1/93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، وكذلك الأمر الصادر في عام 2005 والمرقم 30 والمعدل بالقانون المرقم 25 لعام 2021، وبالتمعن بنصوص وأحكام هذه المواد فإنه لم ينص صراحة على رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الامتناع التشريعي، وحتى عند دراسة اتجاه المحكمة الاتحادية من خلال القرارات والأحكام التي أصدرتها في هذا المجال فإنه يشوبه التناقض وعدم الاستقرار وضياح البوصلة، ففي القرار المرقم 116 لعام 2007 للمحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾، والذي جاء فيه (تجد المحكمة الاتحادية العليا طلب المدعين بإلزام المدعى عليه رئيس مجلس النواب إضافة لوظيفته بتطبيق أحكام المادتين (48، 65) من الدستور بتشريع قانون مجلس الاتحاد، لا يجد له سند في الدستور، لأن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا قد حددت في المادة (1/93) من الدستور) وبهذا القرار رفضت المحكمة الاتحادية إلزام مجلس النواب بإصدار قانون مجلس الاتحاد، لأنه ليس من اختصاصها ذلك، ولأن اختصاصاتها واضحة ومحددة ولا تستطيع المحكمة تجاوزها ويخالف مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾، وفي قرار آخر اعتبرت المحكمة الاتحادية ان النص القانوني هي أساس الدعوى الدستورية أمام تلك المحكمة، وان المحكمة الاتحادية لا تنظر إلى الدعاوي التي تخلو من قانون لم يشرع أصلاً، ولم ينشر رسمياً، وكان هذا في قرارها المرقم 18 لعام 2012⁽³⁾، عندما ردت المحكمة الاتحادية دعوى للمدعي طالب بالحكم بعدم دستورية قانون الأوقاف المرقم 64 لعام 1966 بحجة مخالفتها للدستور، فبينت المحكمة الاتحادية في قرارها ان المادة (1/47/ب) من الدستور قد علق كيفية إدارة الأوقاف وتنظيم شؤونها على صدور قانون جديد بذلك،

←

شبكة النبا المعلوماتية، بتاريخ 2015/8/19، على الموقع الإلكتروني <https://m.annabaa.org>. تاريخ الزيارة: 2022/3/29.

(1) القرار (116/اتحادية/2017) الصادر في (2017/11/27) على الموقع الإلكتروني:

<https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة: 2021/12/5.

(2) عمار طعمة حاتم، الامتناع التشريعي والرقابة عليه، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق - جامعة النهدين، 2018، ص 205.

(3) القرار (18/اتحادية/2012) الصادر في (2012/5/20)، مصدر سابق.

وإن هذا القانون لم يصدر إلى الآن، وهذا يعني انه في حالة عدم وجود نص تشريعي نافذ فلا تمارس المحكمة الاتحادية العليا مهمة الرقابة الدستورية، وفي قرار أكثر وضوحاً أصدرته المحكمة الاتحادية العليا في موضوع تعدد الجنسيات فيمن يتولى منصباً سيادياً بالاعتماد على نص دستور جمهورية العراق لعام 2005، عندما نص على "يجوز تعدد الجنسية للعراقي، وعلى من يتولى منصباً سيادياً أو أميناً رفيعاً، التخلي عن جنسية مكتسبة أخرى، وينظم ذلك بقانون"⁽¹⁾.

وهنا المشرع الدستوري أوعز وأوصى مجلس النواب على تنظيم مسائل تعدد الجنسيات بقانون يتم إصداره بعد ذلك لأهمية الموضوع، ونصت المحكمة الاتحادية في حكمها⁽²⁾ على ان اختصاص المحكمة الاتحادية العليا هو النظر في الدعاوي التي تستند إلى تشريعات صادرة وموجودة، وبذلك تتحرك المحكمة الدستورية بالحكم بدستوريتها أو عدم دستوريتها وان احتوى الدستور على نص يلزم المشرع العادي إصدار ذلك القانون، في هذه الأمثلة من القرارات وخاصة القرار الأخير فإن المحكمة الاتحادية أوضحت وبشكل قاطع ان لا رقابة لها على الامتناع التشريعي، لأن رقابتها مبنية على أساس نص قانوني موجود وليس على قانون لم يصدر بعد، وان احتوى النص الدستوري على إيعاز وإلزام للسلطة التشريعية على إصدار ذلك القانون، هذا من جانب، ومن جانب آخر عند متابعتنا للقرارات التي صدرت للرقابة على القصور التشريعي أي القوانين التي لم يراع فيها فنون الصياغة التشريعية وفيها نقص وغموض وحتى في مجال الامتناع التشريعي الجزئي، حاولت المحكمة معالجة هذا الموضوع بالرقابة وذلك بالكشف عن هذا النقص أو بالإيعاز إلى المشرع العادي والطلب منه أو تأنيبه أحياناً وإجباره للامتثال بتنظيم الموضوع⁽³⁾، ومثال ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا التي تضمنت إيعازاً صريحاً إلى لجنة التعديلات الدستورية إلى تنظيم وتدارك مسألة كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نوابه في حالة شغور المنصب، خلال الدورة الانتخابية الجارية⁽⁴⁾، وهذه تعتبر رقابة

(1) وذلك في المادة (18) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(2) القرار المرقم (140/اتحادية/2017) الصادر في (2018/2/5)، مصدر سابق.

(3) . عبدالرحمن كميل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 369.

(4) القرار المرقم (10/اتحادية/2009) الصادر في (2009/5/26)، مصدر سابق.

واضحة وكاشفة عن الإغفال التشريعي، وأيضاً في قرار آخر حيث تضمن الحكم توجيه صريح لمجلس النواب والإيعاز لها بإصدار تشريع ينظم كوتا الأقليات حيث جاء فيه "إشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد..."⁽¹⁾، الاتجاه واضح من كلمة إشعار، وفي قرار آخر⁽²⁾ أوعزت فيه المحكمة الاتحادية إلى مجلس النواب باعتماد الآراء الفقهية لكافة المذاهب الإسلامية عند إصدارها قانون ينظم مسألة الأحوال الشخصية والتي تم النص عليها في الدستور العراقي لعام 2005⁽³⁾، هذه أمثلة واضحة لاتجاه آخر ولو كان ضمناً وغير صريح ومغاير للاتجاه الأول الذي كان رافضاً للرقابة على الامتناع التشريعي، وفي اتجاه ثالث وهو تطور نوعي من الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا وخاصة عند إبداء آرائها التفسيرية وذلك عند ردها على كتاب مجلس محافظة كركوك ذي الرقم 639 والمؤرخ في 2008/5/6 حول تفسير الكثافة السكانية⁽⁴⁾، الواردة في المادة (4/فقرة 4) من الدستور النافذ، حيث نص الرد الموجه من المحكمة ان اللغة التركمانية واللغة السريانية لغتان رسميتان إضافة إلى اللغة العربية والكوردية في الوحدات الإدارية التي يشكلون فيها كثافة سكانية. وهنا جعلت المحكمة الاتحادية هاتين اللغتين رسميتين في المناطق التي تكون لهاتين القوميتين كثافة سكانية، وهذا الرأي يعد خروج عن اختصاصها وتدخل باختصاص المشرع العادي، وذلك بتحديد وتفسير مفهوم أناط الدستور نفسه تنظيمه وتفسيره إلى السلطة التشريعية، لأن المادة (4) نفسها من الدستور نصت على (يحدد نطاق المصطلح لغة رسمية، وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة بقانون) وأجازت برأيها التفسيري هذا كتابة اللوحات باللغات التركمانية والسريانية، وحددت المحكمة الاتحادية العليا بأن للتركمان والسريان كثافة سكانية في كركوك ولم تترك هذا الأمر للسلطات التشريعية أو التنفيذية تنظيم ذلك كما نص عليه الدستور، وان كانت هذه من المسائل التنظيمية التي وجه الدستور السلطة التشريعية سنها بقانون كما اسلفنا، وان

(1) وذلك في القرار المرقم (6/اتحادية/2010) الصادر في (2010/3/3)، مصدر سابق.

(2) القرار المرقم (59/اتحادية/2011) الصادر في (2011/11/21)، مصدر سابق.

(3) وذلك في المادة (41) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(4) د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود ومحمد عبدالكريم شريف، الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي - دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة قة لاي زانست العلمية، جامعة اللبنانية - الفرنسية، أربيل، كوردستان، المجلد 3، العدد 3، صيف 2018، ص 190 - ص 191.

المحكمة الاتحادية كانت تردد دائماً في أحكامها وتفسيراتها بأنها لا تخرج عن صلاحياتها التي نص الدستور عليها وخاصة في حالة الرقابة على الامتناع التشريعي ووجود إغفال واضح من المشرع العادي، ولكن وفي هذا الرأي التفسيري الأخير غيرت موقفها هذا وأخذت تمارس اختصاصات السلطة التشريعية عندما حددت ان هناك كثافة سكانية لمكون ما في مكان ما وبذلك تم فرض لغة هذا المكون كلغة رسمية دون الرجوع إلى السلطة التنفيذية لمعرفة نسبة تواجد المكونات وكثافة وجودها وبالتالي ترك ذلك لقانون ينظمه، وفي مثال آخر عند مراجعة نص التفسير الدستوري المرقم (91، 94، 96) في العام 2017⁽¹⁾، حول استفتاء إقليم كردستان الذي جرى بتاريخ 2017/9/25، ان المحكمة الاتحادية لم تأخذ بالحجة التي تكررهما دوماً (عدم وجود نص قانوني صريح)، لم تكن مانعة لها بالنظر في مسألة استفتاء إقليم كردستان- العراق، وبالرغم من ان هذه المسألة لا تدخل ضمن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (93) من الدستور (لأن الاستفتاء جرى كاستبيان رأي وليس كخطوة انفصالية كما أعلن عنه رئاسة الإقليم آنذاك)، وقد عللت النظر بهذه الدعوى كونها تتمتع بالولاية العامة في المسائل الدستورية باعتبارها قضاءً دستورياً، وفي المثالين اللذين ذكرناهم مسألة الرد على الطلب التفسيري لكتاب مجلس محافظة كركوك، وكذلك مسألة النظر في عدم دستورية استفتاء إقليم كردستان - العراق، قد اتخذت المحكمة الاتحادية لها مخرجاً دستورياً للنظر في مسائل ليس من اختصاصها وكان عليها بالأحرى أن تتصرف بالطريقة نفسها عندما يطرح عليها مسألة الرقابة على الامتناع التشريعي، وفي الخاتمة والمحصلة النهائية لهذا الموضوع نستنتج ان بعض الدول أخذت صراحة مسألة الامتناع التشريعي ونص دستورها صراحة على ذلك، ودول أخرى أخذت دستوراً ضمناً بذلك، ودول لم تنص دساتيرها على الرقابة إنما مارستها بواسطة المحاكم والمجالس الدستورية، ودول أخرى سكتت عن الولوج بهذا الموضوع مثل العراق واتجاه قضائها الدستوري غير واضح أيضاً، وان اتجاه المحكمة الاتحادية المتناقض وغير المستقر يرجع لحدائثة التجربة الدستورية في العراق، وان جل أعضاء المحكمة من القضاة وخلوها من فقهاء القانون الدستوري وخبراء القانون العام أدى إلى هذا الارتباك، فهي تعلن صراحة انها لا تمارس الرقابة على نص غير موجود

(1) القرار المرقم (91، 94، 96) الصادر في (2017/9/18)، مصدر سابق.

والرقابة على الامتناع بشكل عام، لأن ذلك ليس من ضمن اختصاصها الذي حدده الدستور⁽¹⁾، وهو خروج على مبدأ الفصل بين السلطات. ولكن وفي قرارات وأراء تفسيرية أخرى تصدرها المحكمة الاتحادية خلال ممارستها لمهامها القانونية والدستورية تقوم بالإيعاز والأمر إلى السلطة التشريعية بإصدار قانون معين تراه المحكمة الاتحادية ضرورية وهو تدخل واضح في مسألة السلطة التقديرية للمشرع وكذلك الفصل بين السلطات، وكذلك أحياناً تصدر أحكام وقرارات ليس لها الحق بالنظر فيها لأنها ليست من اختصاصها، ونراها تعلق تصرفها هذا بأنها تتمتع بالولاية العامة، إذن كان بالأحرى على المحكمة الاتحادية العليا أن تمارس الرقابة على الامتناع التشريعي لما يتمتع به هذا الموضوع من أهمية لأنه خرق واضح لمبدأ سمو الدستور، وكذلك فإنه يشكل فراغاً تشريعياً كبيراً عند عدم معالجته، وكان بإمكانها أن تستند إلى حجة الولاية العامة التي تتمتع بها في المسائل الدستورية، لأن هناك كثير من القوانين المهمة التي كان على مجلس النواب إصدارها منذ زمن والتي تسبب يوماً بمشاكل جمة للمواطن العادي وللحاكمين كذلك ومثال ذلك قانون النفط والغاز، وكذلك قانون مجلس الاتحاد لأن غياب مجلس الاتحاد عن السلطة التشريعية التي يجب أن تتكون من غرفتين فإنها تثير تساؤلات عديدة عن مدى مشروعية ودستورية عمل مجلس النواب لوحدها كسلطة تشريعية، وبذلك كان لزاماً على المحكمة الاتحادية إجبار السلطة التشريعية إصدار القوانين وفي وقت معين وخاصة القوانين التي فيها إحالة دستورية وتوجيه من المشرع الدستوري إلى السلطة التشريعية بتنظيمها. وهو ليس خروج على مبدأ الفصل بين السلطات، لأن فصل السلطات ليس معناه الفصل التام والمطلق، إنما التعاون بين السلطات وخاصة معالجة المواضيع التي تمس مباشرة مبدأ سمو الدستور، وكذلك جعل الرقابة على الامتناع التشريعي إحدى الوسائل التي تساعد بإرساء مبدأ التوازن الدستوري الذي يتمتع به النظام البرلماني الذي أخذ به الدستور العراقي لعام 2005، وعند امتناع مجلس النواب عن سن القوانين الموصى بها من قبل المشرع الدستوري، فإن المحكمة الاتحادية العليا لو اعتبرت هذا العمل موجبا لحل مجلس النواب، عند ذلك سوف يختفي الامتناع التشريعي من الوجود القانوني والدستوري.

(1) وذلك في المادة (1/93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

المبحث الثاني

عدم تطبيق السلطة التنفيذية الاتحادية وسلطات الأقاليم لقواعد الدستور
 إن عدم تطبيق القواعد الدستورية ليس أمراً محصوراً بالسلطة التشريعية فقط، بل يمكن أن تحصل من قبل السلطة التنفيذية أيضاً، وفي الدول الفدرالية يمكن أن تحصل من قبل سلطات الأقاليم، لذلك سنخصص هذا المبحث لدراسة عدم تنفيذ القواعد الدستورية من قبل السلطة التنفيذية الاتحادية وسلطات الأقاليم في الدول الفدرالية، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لعدم تنفيذ القواعد الدستورية من قبل السلطة التنفيذية الاتحادية، بينما سنتطرق في المطلب الثاني لعدم تنفيذ القواعد الدستورية من قبل سلطات الأقاليم.

المطلب الأول

عدم تنفيذ قواعد الدستور من قبل السلطة التنفيذية الاتحادية

عند التكلم عن السلطة التنفيذية في العراق وخاصة بعد إقرار دستور جمهورية العراق لعام 2005 فبموجب هذا الدستور تم الأخذ بشئىة السلطة التنفيذية، والتي تتكون من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وقد نص الدستور الناخذ على ذلك⁽¹⁾ "تتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وتمارس صلاحياتها وفقاً للدستور والقانون"، وقد بين الدستور كذلك صلاحيات كل من رئيس الجمهورية باعتباره رئيس غير مسؤول سياسياً لا يباشر صلاحيات فعلية ووزارة مسؤولة سياسياً تباشر سلطات حقيقية بقيادة الدولة وأجهزتها التنفيذية وإصدارها للأنظمة والتعليمات لتنفيذ القوانين وقد تم تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية فيما يتعلق برئيس الجمهورية⁽²⁾، وكذلك فيما يتعلق بمجلس الوزراء⁽³⁾ في دستور جمهورية العراق لعام 2005 في الفصل الثاني من الباب لثالث، ولم يتم الاكتفاء بذلك بل هناك مواد أخرى متعلقة بالسلطة التنفيذية في أماكن أخرى متفرقة في الدستور، ومن قراءة تلك النصوص يتبين لنا إن صاحب السلطة

(1) في المادة (66) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(2) وذلك في المواد (67-75) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) وذلك في المواد (76-86) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الحقيقية هي مجلس الوزراء وقد تشارك رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء في بعض الصلاحيات مثل طلب إعلان حالة الطوارئ واقتراح القوانين⁽¹⁾، ولكن الصلاحيات والاختصاصات المهمة هي من حصة مجلس الوزراء وخاصة إصدار الأنظمة والتعليمات⁽²⁾ لتنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، وبهذه الصلاحيات نرى أحياناً ان السلطة التنفيذية تتباطأ أو لا تريد أصلاً اقتراح قوانين مهمة إلى مجلس النواب لسنها بعد ذلك، وخاصة تلك القوانين التي لها تبعات مالية على الحكومة والتي يجب أن تقترح من قبل الحكومة الاتحادية.

وهنا يظهر عدم تنفيذ السلطة التنفيذية لقواعد الدستور، وقد تتخذ أحياناً شكلاً آخر وهو عدم إصدار وتأخير إصدار اللوائح والتعليمات لتنفيذ قانون معين، فضلاً عن ذلك عندما يكون هناك نصوص دستورية توصي مباشرة السلطة التنفيذية على القيام بعمل معين وقد تماطل السلطة التنفيذية في تطبيق ذلك النص كما سنراه لاحقاً، بذلك سنتناول في هذا المطلب الحالات أو الصور التي تمتنع فيها السلطة التنفيذية عن تنفيذ قواعد الدستور، كالآتي:

أولاً/ امتناع السلطة التنفيذية عن تقديم مشاريع القوانين

ان لرئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء صلاحية اقتراح مشاريع القوانين إلى مجلس النواب ليتم إقراره وقد تم تعريف الاقتراح على أنه "عرض مشروع القانون على السلطة المختصة بالتشريع ابتغاء استيفاء الإجراءات الواجبة دستورياً لصدور التشريع"⁽³⁾، ويقصد به أيضاً بـ "عرض مشروع القانون على الجهة التي حددها وثيقة الدستور"⁽⁴⁾، ومن خلال هذه التعاريف نعرف ان عملية الاقتراح هي اللبنة الأولى التي يبنى بها عملية تشريع قانون معين، وان هذا التخصص المهم للسلطة التنفيذية في اقتراح القوانين بشكل عام والقوانين التي لها تبعات مالية على الحكومة بشكل خاص، جعل للسلطة التنفيذية اليد الطولى في عملية التشريع، فلذلك يتضح لنا انه حتى الامتناع التشريعي التي تحدثنا فيه في الفرع الأول من هذا المطلب هو بالحقيقة امتناع تنفيذي، وذلك للدور البارز والمحوري الذي تمارسه

(1) وذلك في المادة (1/60) من دستور جمهورية العراق لعام 2005..

(2) وذلك في المادة (3/80) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، مطبعة الآداب، النجف، 1972، ص 253.

(4) د. عبدالمنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 75.

السلطة التنفيذية في اقتراح القوانين بشكل عام والقوانين ذات التبعات المالية بشكل خاص، صحيح ان للسلطة التشريعية والمتمثلة بمجلس النواب لها الحق أيضاً باقتراح القوانين من خلال اللجان المختصة أو عشرة من أعضاء من مجلس النواب ولكن الإحصائيات تدل ان للسلطة التنفيذية وخاصة الحكومة لها الدور الأعظم في اقتراح القوانين فمثلاً في الدورة الأولى من مجلس النواب (2006-2010)، صدر (186) قانون حيث تم تقديم (147) مشروعاً منه من قبل الحكومة و(39) مقترحاً من قبل البرلمان، اما في الأعوام (2014-2017)، تم إصدار (136) قانون من قبل مجلس النواب، عدد مشاريع القوانين المقدمة من الحكومة (120)، و(16) قانون تم اقتراحه من قبل مجلس النواب نفسه⁽¹⁾.

وارتباطاً بما سبق ان أعضاء مجلس النواب ولجانه المختصة غير فعالين في اقتراح القوانين بالنسبة لما تقدمه الحكومة من مشاريع القوانين، وقد يكون للقيود الشكلية والموضوعية الذي يفرضه القانون والدستور لتقديم مقترحات ومشاريع القوانين والتي تتطلب أشخاص مختصين ولجان فنية تباشر هذا العمل الصعب وهذا ما لا يتوافر لمجلس النواب، وقد تكون هناك أسباب سياسية وهي الضغوط التي تمارسها الأحزاب على ممثليها في مجلس النواب بعدم اقتراح قوانين معينة لا تخدم توجهاتها ومصالحها⁽²⁾.

إذن ولكل ما تقدم من توضيح وأسباب، نلاحظ الدور البارز للسلطة التنفيذية في تقديم مشاريع القوانين وان أكثر القوانين التي تسن من قبل السلطة التشريعية يكون للسلطة التنفيذية الدور الأبرز بالنسبة لعملية التحضير والصيغة النهائية لها لما تمتلكه من أدوات خاصة وملاكات مؤهلة، فالامتناع هنا صحيح تشريعي ولكن قد تكون للسلطة التنفيذية اليد الطولى لتأخر سن بعض القوانين وخاصة تلك التي نص الدستور على تنظيمها، وهو تباطؤ وتأخير تقديم مشاريع القوانين، ومن أبرز الأمثلة على ذلك (قانون التخلي عن الجنسية المكتسبة) للذين يتبوؤون مناصب سيادية، وقانون (جرائم المعلوماتية).

ثانياً/ عدم إصدار الأنظمة والتعليمات لتنفيذ إرادة المشرع العادي

ان من واجب الحكومة حسبما هو محدد في الدستور هو إصدار الأنظمة والتعليمات (اللوائح) لتسهيل تنفيذ القوانين في الوقت المناسب وعدم تأخيرها⁽³⁾، لكن وفي بعض

(1) د. عبدالفتاح عبدالرزاق محود ومحمد عبدالكريم شريف، مصدر سابق، ص 171.

(2) بالجيلاني خالد، مصدر سابق، ص 172.

(3) وذلك في المادة (3/80) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الأحيان تقوم السلطة التنفيذية بعدم إصدار التعليمات لتنفيذ القانون أو قد تؤخره كثيراً، وهو ما يؤدي إلى تعطيل إرادة السلطة التشريعية والأضرار بالمواطنين بحجة قد تكون راجعة إلى التعديلات التي يقوم بها البرلمان على مشاريع القوانين التي تقدمها وزارة معينة، وهي الوزارة نفسها المطالبة بإصدار التعليمات اللازمة لتنفيذ القانون، وهو نوع من الاحتجاج على عمل البرلمان⁽¹⁾ من قبل الحكومة، وقد ترجع لأسباب سياسية تمثل الصراعات التي تكون بين السلطة التنفيذية والتشريعية في بعض البلدان، وان هذا النوع من صور امتناع السلطة التنفيذية من إصدار التعليمات نراه جلياً وواضحاً في إقليم كردستان-العراق والمتمثلة بالسلطة التنفيذية وخاصة مجلس الوزراء، ومثال ذلك هو عدم إصدار وزارة التعليم العالي في الإقليم للتعليمات والأنظمة الخاصة بتنفيذ القانون المرقم 9 لعام 2012 والخاصة (بمنح الألقاب والترقية العلمية لحملة الشهادات من ماجستير ودكتوراه للعاملين خارج مؤسسات التعليم العالي في كردستان-العراق)، حيث نصت المادة (2) منه، بأنه "ينفذ هذا القانون بالاستناد إلى الأنظمة التي يصدرها مجلس الوزراء"⁽²⁾، وهو ما لم يصدر حتى الآن، وكذلك عدم إصدار الأنظمة والتعليمات اللازمة لتسهيل تنفيذ قانون (حق الحصول على المعلومات في إقليم كردستان-العراق) المرقم 11 لعام 2013، حيث كان من واجب الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان إصدار هذه التعليمات، إلا انها لم تصدرها لحد الآن.

أما في العراق أي الحكومة الاتحادية نرى ان هذه الحالات غير موجودة على حد علمنا، لأن مجلس النواب يمارس الرقابة على أعمال مجلس الوزراء بشكل عام وكل وزير على حده، وتوجه لهم الأسئلة والاستفسارات وبيان موقفهم من عدم إصدار الأنظمة والتعليمات لتطبيق وتسهيل تنفيذ القوانين⁽³⁾، ومثال ذلك السؤال الموجه إلى وزير البلديات والإعمار للاستفسار عن امتناع الوزارة عن إصدار التعليمات اللازمة بتنفيذ القانون المرقم 21 لعام 2013 الخاصة باستملاك الأراضي للمتجاوزين ذوي الدخل المحدود.

ثالثاً/ عدم تنفيذ نص دستوري صريح من قبل السلطة التنفيذية: ويكون ذلك عند وجود نص دستوري يطلب من الحكومة القيام بإجراءات معينة مباشرة، وبما ان المشرع

(1) د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود ومحمد عبدالكريم شريف، مصدر سابق، ص 169.

(2) منشور في جريدة وقائع كردستان في العدد (50)، لسنة (2012)

(3) د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود ومحمد عبدالكريم شريف، مصدر سابق، ص 170.

الدستوري ومن خلال قراءته للوقائع أدرك أن تطبيق هذه المادة من صلب اختصاص الحكومة، لذلك فوضه مباشرة للقيام بتنفيذ الإيعاز أو الأمر الدستوري، ولكن قد نرى بعض الأحيان ان الحكومة تماطل أو حتى تتعمد عدم تطبيق النص الدستوري وذلك لأسباب متعددة قد تكون سياسية في أغلب الأحيان، وقد يكون التدخل الدولي ولإقليمي في مواضيع ذات شأن داخلي إلى تعطيل مواد في الدستور، وأبرز مثال على ذلك عدم تطبيق المادة (1/140)⁽¹⁾ من الدستور، وكذلك المادة (4/121)⁽²⁾، لذا سنتناول هاتين المادتين بالتوضيح:

أ- المادة (4/121) من الدستور، أوضحت ان على الحكومة وخاصة وزارة الخارجية أن تقوم بتأسيس مكاتب للأقاليم والمحافظات في السفارات والبعثات الدبلوماسية للدولة وان كان عمل هذه المكاتب يقتصر على متابعة الشؤون الثقافية والاجتماعية والإنسانية⁽³⁾ للأقاليم والمحافظات، الا أن تلك المكاتب لم تتشكل لحد الآن، لأن رسم السياسة الخارجية ومسائل التمثيل الدبلوماسي وإبرام المعاهدات هي من اختصاص مجلس الوزراء⁽⁴⁾، وان تلك المكاتب حتى وإن وجدت رغم انها لا تمارس عملاً يتعلق برسم السياسة الخارجية، الا ان الحكومة لم تنفذ النص الدستوري الذي يحيل إليها تشكيل هذه المكاتب.

ب- المادة (140) من الدستور، والتي فيها تفويض صريح للسلطة التنفيذية للقيام باستكمال الخطوات الواردة في المادة (58) من قانون إدارة الدولة الانتقالي، وان هذه الخطوات لتنفيذ هذه المادة أصبحت من صلاحيات الحكومة لتنفيذها، وذلك بتشكيل لجنتين في فترة الحكومة الانتقالية عام 2004، وكذلك فترة الحكومة المؤقتة 2005 إلى أن يتم إقرار الدستور الدائم والذي يحدد فيه الخطوات لحل مشكلة المناطق المتنازع عليها وخاصة كركوك، وبالمراحل الآتية (التطبيع والإحصاء والاستفتاء)⁽⁵⁾، وكل هذه المراحل

(1) تنص على "تتولى السلطة التنفيذية الخطوات اللازمة لاستكمال تنفيذ متطلبات المادة (58) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، بكل فقراتها".

(2) تنص على أنه "تؤسس مكاتب للأقاليم والمحافظات في لسفارات والبعثات الدبلوماسية".

(3) جتو إسماعيل مجيد، السلطة التنفيذية في الدولة الفيدرالية وإشكالاتها في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة السليمانية، 2010، ص 159.

(4) المادة (6/80) تنص على أنه "من صلاحيات مجلس الوزراء الحصرية، التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقات الدولية والتوقيع عليها، أو من يخوله".

(5) د. ريبين محمد صوفي، الوسائل الدستورية لحل المنازعات الحدودية الداخلية في الدولة الفيدرالية،

المحددة في المادة (2/140) كان يجب أن تنتهي بتاريخ 2007/12/31، وقد تم تشكيل لجنة دائمة بعد تشكيل الحكومة الدائمة بعد انتخابات 2005، وهذه اللجنة كانت تتشكل من (9) أشخاص وتم تخصيص الأموال اللازمة للقيام بعملها وتنفيذ ما طلب منها من مهام دستورية، وفعلاً باشرت اللجنة أعمالها مبتدئة بالتطبيع وإعادة الواقع وبشكل جزئي إلى ما كان عليه قبل العام 1968، لأنه من ذلك الحين والحكومة العراقية وخاصة بداية السبعينات بدأت عمليات التهجير القسري واستقطاع المناطق من محافظة كركوك خاصة وإحاطها بمحافظات أخرى لأسباب سياسية للتغيير الديموغرافي الممنهج الذي اتبع آنذاك، وان أساس هذه العمليات تعود إلى زمن حكومة البعث الأولى لعام 1963⁽¹⁾، المهم ان هذه اللجان المتعاقبة لم تستطع أن تنجز المرحلة الأولى من المراحل الثلاثة، أي لم تستكمل التطبيع وبالتالي فإنها لم تقم بالإحصاء وكذلك الاستفتاء بالأخير كمحصلة نهائية.

وبذلك فإن الحكومة الاتحادية قد امتنعت عن تنفيذ نص دستوري صريح محال إليها بصورة ليس فيها أي غموض أو لبس، ولكن لأسباب سياسية وتدخلات خارجية منعت من تنفيذ هذه المادة الدستورية، والأنكى من ذلك طالبت بعض الجهات ومنها رئاسة مجلس النواب من المحكمة لاتحادية العليا بالحكم بعدم دستورية عمل هذه اللجنة لأن الفترة المحددة لعملها في الدستور قد استنفذ وانتهى في 2007/12/31، ولكن المحكمة الاتحادية العليا وفي قرارها المرقم 1/اتحادية/2019 في 2019/7/28⁽²⁾، والتي طلب منها تفسير المادة (140)، والحكم بانتهاء مدة سريانه وهذا الطلب تم تقديمه من قبل رئاسة مجلس النواب، وقد أوضحت المحكمة الاتحادية العليا أن تحديد المدة الزمنية في الدستور هو سببه إلزام السلطة التنفيذية والجهات المسؤولة الأخرى لتنفيذ الدستور ومواده، وليس اعتباره أجل زمني مسقط، وان إسقاط نص دستوري يحتاج تعديلاً دستورياً وفق الآليات المرسومة في الدستور، وبذلك حكمت المحكمة ببقاء سريان المادة (140)، وأكدت على تنفيذها، ولو اننا لم نرى أي تقدم في تطبيق هذه المادة وخاصة بعد العام

←

الطبعة الأولى، مطبعة شهاب، أربيل، 2017، ص 300 - ص 301.

(1) نفس المصدر، ص 304- ص 313.

(2) قد أوضحت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها ان الموعد المحدد في تنفيذ المادة 140 من الدستور قد وضع لأمر تنظيمية، وحث المعنيين على تنفيذها، وان هنا التحديد لا يمس جوهرها، وتحقيق أهدافها..

2017 وبذلك أصبح عدم تطبيق هذه المادة الدستورية من أبرز حالات امتناع السلطة التنفيذية لنصوص الدستور، وكذلك في موضوع تشكيل الأقاليم فإن الحكومة رفضت الطلبات المتكررة لمجلس محافظة البصرة خلال السنوات (2008، 2010، 2014، 2018) والتي استكملت فيها هذه الطلبات المستلزما الدستورية لتشكيل الأقاليم الميمنة في المواد الدستورية (117، 118، 119) ولكن الحكومة الاتحادية أهملت تلك الطلبات ولم تنفذها، وكذلك المادة (24) من الدستور ونصت (تكفل الدولة حرية الانتقال للأيدي العاملة والبضائع ورؤوس الأموال العراقية بين الأقاليم والمحافظات....) وهذا ما لا نشاهده على الواقع حيث توجد كثير من العقبات والمشاكل وخاصة لانتقال البضائع بين إقليم كردستان والمناطق التابعة للحكومة المركزية...

المطلب الثاني

عدم تنفيذ سلطات الأقاليم الفدرالية لقواعد الدستور

يمثل شكلاً آخر أو صورة أخرى من صور عدم تنفيذ القواعد الدستورية وهو عدم تنفيذ القواعد الدستورية من قبل سلطات الأقاليم التي تشكل منها الدولة الفدرالية، وما يمثله هذا الأمر خرق واضح لمبدأ سمو الدستور وإلزامية نصوصه لكل السلطات أينما تقع تلك السلطات ما دامت تقع ضمن الحدود الجغرافية للدولة الفدرالية⁽¹⁾، وقبل الخوض في بيان موضوع عدم تنفيذ قواعد الدستور من قبل سلطات الأقاليم التي تتكون منها الدولة الفدرالية⁽²⁾، من المهم معرفة مفهوم الدولة الفدرالية والتي عرفها الدكتور منذر الشاوي بـ"وجود فئتين من الحكام على نفس الإقليم، الحكام المركزيين في الدولة الفدرالية، والحكام المحليين في الدول الأعضاء"⁽³⁾.

وكما عرفها الأستاذ الدكتور عبدالحميد متولي تعريفاً أوضح وهو "هي تلك الدولة التي تتكون من عدة دويلات أو ولايات، لكل منها قسط من السيادة الداخلية، أي أنها تنفرد بالتصرف في شؤون الحكم الداخلي في بعض الأمور المعينة، في حين تختص

(1) المادة (13) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، نص "...ويكون ملزماً في أنحاءه كافة، وبدون استثناء"

(2) للعراق حالة خاصة وهي ان فدراليتها تتكون من سلطة مركزية وإقليم واحد.

(3) د. منذر الشاوي، في الدولة، مطبعة شفيق، بغداد، 1965، ص 84.

الحكومة المركزية بالتصرف في شؤون الداخلية الأخرى، فضلاً عن شؤون الخارجية والدفاع"⁽¹⁾.

وهذا التعريف أوسع واشمل من الذي سبقه، وان بناء الدولة ونشوء الدولة الفدرالية في العراق بعد إحداث (2003) له وضع خاص ومر بظروف خاصة أثرت بالنهاية على شكل هذه الدولة وتوزيع السلطات فيها، إضافةً لكونه من إقليم واحد وهو إقليم كردستان- العراق، فأنا يجب أن نأخذ بعين الاعتبار الظروف الدولية وكذلك الداخلية التي أدت إلى نشوء هذا الإقليم، والذي كان يتمتع بنوع من الاستقلال منذ العام 1991، الذي انتفض فيه شعبه ضد نظام البعث البائد، ولممارسات هذا النظام التعسفية التي راح ضحيتها مئات الآلاف من البشر صدر القرار الأممي المرقم 688 من مجلس الأمن والذي حظر فيه الطيران الحربي للدولة العراقية آنذاك على أجواء المنطقة المحددة آنذاك والتي أصبحت تعرف بعد 2003 بإقليم كردستان- العراق (مع إضافة مناطق ونزاع على مناطق أخرى مع الحكومة المركزية بعد ذلك)، وهذا الإيضاح التاريخي والسياسي مهم لأنه صار أمراً واقعاً، وعلى أثره تم توزيع الاختصاصات والسلطات بين السلطات المركزية وسلطات الإقليم في دستور عام (2005)، والتي تكون لسلطات الإقليم الغلبة والرجحان على السلطات التي تتمتع بها السلطات الاتحادية وخاصة التنفيذية، إضافةً إلى الأسباب السياسية والظروف التي رافقت عملية كتابة الدستور وما رافقه من عجلة⁽²⁾، وانسحاب بعض الكتل والمكونات المهمة من الشعب واعتراضها على الدستور وعلى العملية السياسية بشكل عام⁽³⁾، وعلى أي حال فإن الدولة الفدرالية تتكون من سلطات عمودية وأخرى أفقية ومعناه ان السلطات تتوزع بين السلطات الاتحادية والأقاليم عندئذ نكون أمام التوزيع العمودي، والتوزيع الأفقي معناه أن توزع السلطات بين السلطات الاتحادية الثلاث (القضائية، التشريعية، التنفيذية)⁽⁴⁾، وعند النظر في دستور جمهورية العراق لعام 2005

(1) د. عبدالحميد متولي، القانون الدستوري والنظام السياسية، دار المعارف، القاهرة، 1964، ص 18.

(2) د. فالح عبدالجبار، متضادات الدستور الدائم، مآزق الدستور، مصدر سابق، ص 84.

(3) انسحاب أبرز كتل المكون السني من عملية كتابة الدستور للوضع الأمني القائم آنذاك في مناطقهم، فكتب لدستور بمشاركة فاعلة من قبل ممثلي المكون الشيعي والكوورد، وحدث كثير من التوافقات السياسية بين المكونين المسيطرين على عملية كتابة الدستور.

(4) د. إبراهيم صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مصدر سابق، ص 256.

سوف يتضح لنا آلية توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات الإقليم ففي المادة (110) من الدستور حددت الصلاحيات الحصرية للسلطات الاتحادية، والمادة (114) منه حددت الصلاحيات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الإقليم، واما المادة (115) من الدستور حددت الاختصاصات الممنوحة لسلطات الأقاليم، وقد جاءت الاختصاصات الممنوحة للسلطات الاتحادية على سبيل الحصر، وان أي اختصاص لم يذكر فيه، فيكون من اختصاص سلطات الإقليم.

ومن خلال التمعن في الاختصاصات المشتركة والى مجمل نصوص الدستور فإن الغلبة يكون لاختصاصات الإقليم، رغم ذلك فأنا نلاحظ عدم قيام سلطات الإقليم بتنفيذ بعض نصوص الدستور نتيجة لغموض النصوص أو عدم صدور قانون من السلطة التشريعية لفض النزاع القائم بين السلطات الاتحادية وسلطات الإقليم أو لأسباب سياسية وعدم تنفيذ نصوص الدستور بصورة واضحة ومن هذه الحالات:

أولاً/ الخلاف حول رسم السياسة الاقتصادية وتبعاتها على المسائل المالية العامة والموازنة وتقاسم الثروة وإدارة الجمارك⁽¹⁾، بحيث تكون هذه الاختصاصات أحياناً متداخلة وغير واضحة حيث نصت إحدى المواد⁽²⁾ على "تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية.. أولاً...، رسم السياسة الاقتصادية والتجارة الخارجية السيادية..."، وفي مادة أخرى من الدستور ذهب المشرع الدستوري إلى اعتبار رسم سياسات التنمية والتخطيط العام من الاختصاصات المشتركة بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم⁽³⁾، وان كلمة (التنمية) التي جاءت في هذه المادة تشمل التنمية الاقتصادية إلى جانب المفاهيم الأخرى الاجتماعية والثقافية، مما حدا بسلطات الإقليم أن تتمسك باختصاصاتها بإدارة التجارة الخارجية والمسائل الاقتصادية الأخرى، والحكومة الاتحادية تردد دائماً ان لها الاختصاص الحصري برسم السياسة الاقتصادية حسب ما جاء به المادة (110) من الدستور، وهو أساس الخلاف.

(1) د. مها بهجت يونس، توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وبين الإقليم والمحافظات غير منتظمة في الإقليم في دستور 2005، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد 28، 2011، ص 24.

(2) وذلك في المادة (1/110) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) وذلك في المادة (4/114) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

ثانياً/ الخلاف حول تنظيم قوات (البيشمركة)، لأن المادة (4/110) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 قد نص وبشكل واضح على ان السلطات الاتحادية تختص على سبيل الحصر بوضع سياسات الأمن الوطني وتنفيذها وإنشاء القوات المسلحة وضمن حماية حدود العراق والدفاع عنه، وان هذه المادة قد أوضحت وبشكل واضح لا يقبل الشك ان السلطات الاتحادية هي المسؤولة عن مسائل الدفاع بشكل عام والدفاع الخارجي بشكل خاص⁽¹⁾، هذا من جانب، ومن جانب آخر نصت المادة (5/121) ان سلطات الإقليم تختص بتنظيم شؤون الأمن وتشكيل وإنشاء قوى الأمن الداخلي كالشرطة والأمن وحرس الإقليم وهنا بدأ الخلاف حول مفهوم حرس الإقليم، حيث إن سلطات الإقليم يقولون ان حرس الإقليم هم أنفسهم قوات (البيشمركة) والتي أصبحت قوات نظامية حسب القوانين النافذة ومهمتها الدفاع عن إقليم كردستان ضد أي عدوان خارجي، اما الحكومة الاتحادية تعتبر الدفاع عن أرض الدولة من أي عدوان خارجي هو من اختصاصها الحصري ويحق للجيش أو القوات الاتحادية أن تدخل لأي مدينة عراقية وتتواجد على الحدود، وإن عدم قبول الإقليم لهذا الأمر هو امتناع صريح عن تطبيق المادة (4/110) من الدستور.

ثالثاً/ ان المادة (120)⁽²⁾ من دستور جمهورية العراق لعام (2005)، نصت على أن يكون لإقليم كردستان- العراق دستور خاص به، يحدد فيه السلطات واختصاصاتها، وآلية ممارسة تلك الاختصاصات، ورغم مرور هذه المدة منذ العام (2005)، الا ان سلطات الإقليم لم تقم بكتابة دستور دائم لها، رغم انه وفي العام (2006) قامت سلطات الإقليم ومن خلال لجنة مشكلة من قبل البرلمان بكتابة مسودة دستور دائم للإقليم ولكنه ولم ير النور لحد الآن، لأسباب قد تكون داخلية وهي التنافس السياسي والحزبي بين الأحزاب السياسية وأخرى خارجية لتدخل دول الجوار الإقليمي والضغط على سلطات الإقليم لإجبارها على عدم كتابة دستور دائم قد لا تكون متوافقة مع مصالح تلك الدول⁽³⁾،

(1) د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015، ص 166.

(2) نصت المادة (120) من الدستور على "يقوم الإقليم بوضع دستور له، يحدد هيكل سلطات الإقليم، وصلاحياته، وآليات ممارسة تلك الصلاحيات، على ان لا يتعارض مع هذا الدستور".

(3) د. مها بهجت يونس ورائد حمدان عاجب، الاستقلال العضوي للإقليم وفقاً لدستور جمهورية

ومن مفهوم المادة (120) ان أول خطوة بعد تشكل أي إقليم يكون كتابة دستور دائم لهذا الإقليم، رغم ان الدستور لم يبين الجهة التي تتولى كتابة الدستور والأسلوب الذي يوضع به، ولكنه نص على انه أي دستور لإقليم يجب ان لا يتعارض مع الدستور الاتحادي، وهو عماد مبدأ السمو الدستوري، ولهذا فإن عدم وضع دستور دائم للإقليم من قبل سلطاتها يعد امتناع صريح لتنفيذ قواعد الدستور وخاصة المادة (120) من الدستور.

رابعاً/ الخلاف حول تنظيم مسألة النفط والغاز، يعد هذا الموضوع من أكثر المواضيع إثارة للخلاف بين الحكومة المركزية وحكومة الإقليم، حيث تتهم الحكومة المركزية حكومة الإقليم بالتمرد على نصوص الدستور وعدم تطبيق نص دستوري صريح وخرق اختصاصات اتحادي مثبت بالدستور، والحق يقال ان النصوص والمواد التي نظمت مسائل استخراج النفط والغاز وإدارته، يتسم بالتخبط وعدم الوضوح، ففي المادة (112 و2)⁽¹⁾، التي تناولت مسألة إدارة وتنظيم مسألة النفط والغاز، ففي الفقرة الأولى جعلت من اختصاصات الحكومة الاتحادية إدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية، وفي الفقرة الثانية منه جعلت من رسم السياسات الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز من الاختصاصات المشتركة بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم والمحافظات المنتجة، ان هذه المادة جعلت من حكومة الإقليم تقول ان لها الحق باستثمار الحقول الجديدة المكتشفة بعد (2003)، لأنها من ضمن الصلاحيات والاختصاصات المشتركة بين الحكومتين وان أي خلاف في الاختصاصات المشتركة بين الحكومتين يكون الغلبة فيه لحكومة الإقليم حسب المادة (115)⁽²⁾ من الدستور، لأن تنظيم وإدارة الحقول الجديدة ليست من صلاحيات الحصرية للحكومة الاتحادية⁽³⁾، وكذلك فإن حكومة الإقليم تستند

←

العراق لعام 2005، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد السادس، 2019، ص 110 - ص 112.

(1) نص على "أولاً: تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة، ... ثانياً: تقوم الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة معاً برسم السياسة الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز...".

(2) نص على "كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في الإقليم...، وفي حالة الخلاف بينهما".

(3) د. ماهر صالح علاوي ود. أحمد ماهر صالح، توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية

←

إلى الصلاحيات المشتركة المنصوص عليها في المادة (4/114) حول رسم سياسات التنمية والتخطيط العام وان تنمية الثروة النفطية هي إحدى أنواع التنمية. ومن الواضح انه حتى في إدارة الحقول القديمة في كركوك فإن حكومة الإقليم قامت باستغلاله وإدارته بين الأعوام (2014-2017)، لوحدها دون مشاركة وزارة النفط العراقية في ذلك⁽¹⁾، اما الحكومة الاتحادية تقول أن نص المادة (111) من الدستور واضح ولا لبس فيه عندما نص على "النفط والغاز ملك كل الشعب العراقي"، وبذلك يجب أن تدار هذه الثروة من قبل الحكومة الاتحادية.

وان هذا الشبابك والتداخل في الاختصاصات مرده إلى عدم وضوح النصوص التي تعالج مسألة النفط والغاز، استخراج وإدارته، جديده وقديمه، وكذلك عدم صدور قانون من مجلس النواب ينظم هذه المسألة الحيوية رغم وجود التفويض الدستوري بذلك، وحتى ان المحكمة الاتحادية العليا كان لها دور سلبي في هذا الصراع عندما رمت الكرة في ساحة السلطة التشريعية وحملته مسؤولية التقصير بعدم إصدار قانون ينظم هذه المسألة وحتى عند إصدارها لقرارها المرقم (59/اتحادية/2012) وموحدتها (110/اتحادية/2019) بشأن عدم دستورية قانون النفط والغاز في إقليم كردستان العراق المرقم 22 للعام 2007 فإنها قد تجاوزت حدود النص الدستوري عند إلغائها والحكم بعدم دستورية قانون النفط والغاز لإقليم كردستان وتضمين قرارها توجهات جديدة بإعطائها الصلاحية لوزارة النفط الاتحادية بملاحقة العقود النفطية المبرمة من قبل حكومة الإقليم وإمكانية إبطالها وتسليم الملف النفطي وبكل مراحلها للحكومة الاتحادية وهذا التوجه مناقض للدستور وخاصة المادة (112/أولا) التي تؤسس لمبدأ الشراكة بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم في إدارة ملف النفط والغاز بشكل عام وبالنسبة للحقول المكتشفة بعد 2005 بشكل خاص، وهذا الكلام لا يلغي حقيقة ان إدارة واستخراج النفط والغاز وبيعه بواسطة حكومة الإقليم هي أيضاً خرق ومخالفة واضحة للدستور ويجب إصدار قانون نفط وغاز اتحادي يحل هذه المشكلة العويصة التي تتفاقم بمرور الزمن لغياب الثقة والإرادة الحقيقية لوضع

←

وسلطات الأقاليم والمحافظات في سبيل حل الخلافات حولها، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم القانونية، كلية القانون - جامعة تكريت، العدد2، 2010، ص 24.

(1) د. إبراهيم صالح الشرفاني مصدر سابق، ص 259.

الحلول بين حكومة الإقليم والحكومة الاتحادية.

السؤال المطروح هنا هو كيفية إلزام السلطات العامة على المستويين الاتحادي والأقاليم لتنفيذ قواعد الدستور؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول ان التأكيد النظري من قبل المشرع الدستوري لا ينفذ لوحده كضمان لحماية الدستور ضد الاعتداءات من الجهة التي تشرع القوانين وأخرى الجهة المنفذة لها على نصوص ومبادئ هذا الدستور، فالنصوص والمواد الدستورية التي تنص على توجيه إيعاز وتوصية لمجلس النواب بتشريع القوانين المهمة وخاصة التي نص الدستور على تشريعها مثل قانون مجلس الاتحاد وقانون النفط والغاز، وكذلك تنفيذ المادة 140 من قبل الحكومة الاتحادية وإلزام سلطات إقليم كردستان بكتابة دستور دائم له تنفيذاً للمادة (120) من الدستور، فهذا النهج المتبع من قبل المشرع الدستوري تحتاج إلى آلية تنفيذ على الأرض، وأهم آلية هو جعل الرقابة على الامتناع التشريعي والتنفيذي من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، لأنه لا يمكن اعتبار عدم وجود نص دستوري حجة يمنح المحكمة الاتحادية عذراً للأعراض عن الرقابة على الامتناع التشريعي، وكان من الأجدر على المحكمة الاتحادية العليا اعتبار الرقابة على الامتناع التشريعي من المسائل الدستورية الخاضعة للولاية العامة التي يتمتع بها القضاء الدستوري (كما أصدرت قرارها المرقم 96،94،91 موحدة، للعام 2017) بإلغاء نتائج استفتاء استقلال إقليم كردستان مستندة بحكمها على انها تتمتع بالولاية العامة باعتبارها قضاء دستوري وأعلى هيئة قضائية في البلاد، بالرغم من ان إلغاء نتائج الاستفتاء واعتبارها كأنها لم تكن ليست من صلاحيات المحكمة الاتحادية، كما تستطيع المحكمة الاتحادية بالتفسير المرن والموسع لنصوص الدستور أن تبيح لنفسها بممارسة الرقابة على الامتناع التشريعي كما فعلت عندما جعلت من تفسير القوانين وفي حالات معينة من اختصاصها رغم عدم وجود نص دستوري وقانوني يبيح لها ذلك، ففي قرارها المرقم (48/اتحادية/2021) الصادر بتاريخ 2021/6/6 أجازت المحكمة الاتحادية العليا لنفسها تفسير القانون إذا تطلب حيثيات الدعوى المنظورة أمامها ذلك لأنها ذهبت إلى ان مطابقة القوانين مع نصوص الدستور لمعرفة عدم مخالفتها للنص الدستوري يتطلب أحياناً تفسير القانون (وكانت تستطيع إحالة القانون أو المادة المطعون بها بدستوريتها إلى مجلس الدولة لتفسيرها لأنها صاحبة الاختصاص في تفسير القوانين الا ان المحكمة الاتحادية سمحت لنفسها بتفسير القانون لضرورة حسم الدعاوي بوقت اسرع وجهد اقل)، وهذا اجتهاد واضح وصريح بإضافة

اختصاص لنفسها لم ينص عليه الدستور ولا قانون المحكمة الاتحادية، كان الهدف من إيراد هذه الأمثلة ان المحكمة الاتحادية وفي عدة مناسبات قد اجتهدت وتوسعت بأحكامها إلى الحد الذي قامت بتشريع صلاحيات جديدة لنفسها دون أن يكون لذلك العمل أي سند قانوني ودستوري فلذلك نعتقد كان من الأجدر أن تجتهد أيضاً وتمارس الرقابة على الامتناع التشريعي وعدم تنفيذ السلطة التنفيذية لقواعد الدستور سواء أكانت اتحادية أو محلية، وعدم التعذر بأن هذه الرقابة ليس من صلاحياتها المحددة في الدستور، وبرأينا ليس فقط أن تمارس الرقابة إنما تحدد موعد زمني معين ومحدد لا تتجاوز السنة الواحدة لمجلس النواب لتقوم بتشريع القوانين المهمة والمستعجلة التي تؤثر على التماسك المجتمعي ووحدة البلاد مثل قانون النفط والغاز، وبعبارة أخرى يتم حل مجلس النواب، عند ذلك نعتقد ان كل القوانين المتعلقة سوف تسن وفي مدة وجيزة، اما لمعالجة عدم تنفيذ قواعد الدستور من قبل السلطة التنفيذية الاتحادية أو حتى في الإقليم فإنه ومن المستحسن أن يلاحق جزائياً كل من له يد ويتعمد بعرقلة تنفيذ القواعد الدستورية، وكل هذه الصلاحيات والتغييرات بتوجه المحكمة الاتحادية العليا يمكن تشريعه من قبل مجلس النواب إذا ما وجهت المحكمة الاتحادية العليا إيعازاً مستعجلاً وتوصية يستشف منها الجدية والحرص كما فعلت مسبقاً عندما أوعزت لمجلس النواب بتعديل قانون المحكمة الاتحادية (الأمر 30 للعام 2005) وخاصة المادة 3 منه (والملغى سابقاً لعدم دستورية تلك المادة من قبل المحكمة الاتحادية بالقرار المرقم 38/اتحادية/2019 في 2019/5/21) وأمام هذا الحرص من المحكمة الاتحادية سارع مجلس النواب إلى تعديل ذلك القانون وخاصة المادة الثالثة منه والذي كان ينص على أن يتم اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية من قبل مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع مجلس قضاء الإقليم، هذا دليل على ان المحكمة عندما تقوم بالإيعاز والتوجيه بجدية إلى مجلس النواب فإنه يسن قانون أو يعدل حسبما تراه المحكمة الاتحادية العليا ضرورياً، فمحصلة الكلام ان الرقابة على الامتناع التشريعي هي برأينا من المواضيع المهمة وكان على المحكمة الاتحادية الإيعاز بشأنها وجعلها من اختصاصها بقانون يسن من مجلس النواب.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات، وسنبين أبرزها فيما يلي:

أولاً/ الاستنتاجات:

1. إن انتهاك الدستور لا يعني سن قانون أو إصدار الأنظمة والتعليمات بخلاف الدستور فحسب، بل يشمل أيضاً صورة امتناع السلطات الدستورية لالتزاماتها التي نصت عليها الدستور في صلب الوثيقة الدستورية، لأن امتناع السلطات الدستورية عن إصدار قانون نص عليه المشرع الدستوري لتنظيم أمر ما يعد هذا انتهاكاً للدستور وعدم تطبيق إرادة المشرع الدستوري.

2. لا يقتصر الامتناع عن تطبيق القواعد الدستورية السلطة التشريعية فقط، بل يمكن أن يكون الامتناع يأتي من السلطة التنفيذية أيضاً، وفي الدول ذات النظام الفدرالي يمكن أن تمتنع السلطات الإقليمية أيضاً عن تطبيق قواعد دستور الدولة الاتحادية.

3. هناك العديد من النصوص الدستورية الواردة في دستور جمهورية العراق لعام 2005 لم تنفذ من قبل مجلس النواب العراقي والسلطة التنفيذية الاتحادية من جانب وحتى من قبل سلطات إقليم كردستان العراق من جانب آخر.

4. اختلف الفقه والقضاء الدستوري بشأن الرقابة الدستورية على امتناع السلطات الدستورية لتطبيق القواعد الدستورية، إلا أن الاتجاه الغالب هو إن على القضاء الدستوري أن يلزم السلطات، خاصةً السلطة التشريعية بتطبيق التزاماتها المنصوص عليها في الدستور.

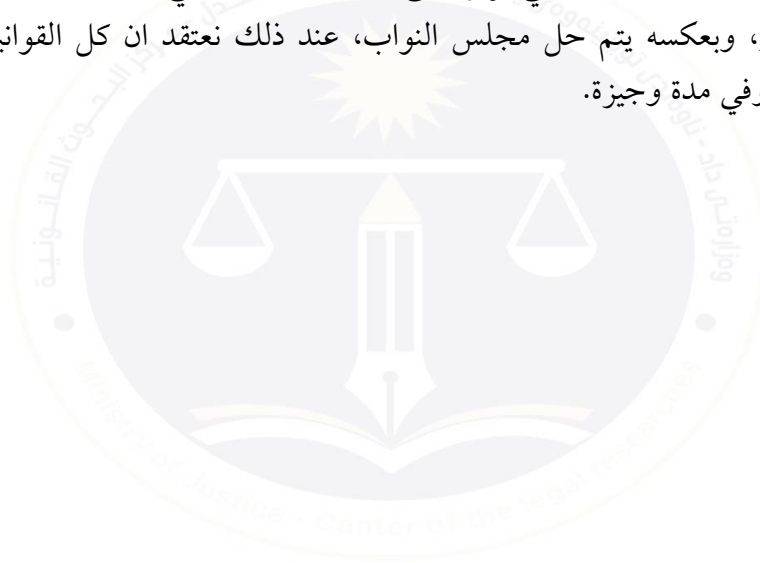
5. اتجهت المحكمة الاتحادية العليا في العراق من خلال تبني التفسير المرن لنصوص الدستور وتمتعها بالولاية العامة باعتبارها قضاء دستوري نحو فرض رقابتها (بشكل ضمني) على جميع السلطات الدستورية في البلاد، ومنها الامتناع التشريعي والتنفيذي وحتى امتناع سلطات الإقليم عن عدم تطبيق قواعد الدستور.

ثانياً/ المقترحات:

1. نقترح لسلطة تعديل دستور جمهورية العراق لعام 2005 إضافة مادة دستورية تنص بشكل صريح على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على عدم تنفيذ القواعد

الدستورية من قبل السلطات الاتحادية والأقاليم مثل ما ورد من دستور البرتغال، وذلك لضمان احترام وتطبيق القواعد الدستورية من قبل جميع السلطات.

2. نوصي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تتجه بشكل مباشر نحو ممارسة رقابتها على امتناع السلطات الاتحادية والأقاليم عن تنفيذ نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005، وان تحدد موعد زمني لا تتجاوز سنة واحدة لمجلس النواب لتقوم بتشريع القوانين المهمة والمستعجلة التي تؤثر على التماسك المجتمعي ووحدة البلاد مثل قانون النفط والغاز، وبعبكسه يتم حل مجلس النواب، عند ذلك نعتقد ان كل القوانين المعلقة سوف تسن وفي مدة وجيزة.



قائمة المصادر

أولا/ معاجم اللغة

1. ابن منظور، لسان العرب، ط2، المجلد14، دار الصادر، بيروت، 2007.

ثانيا/ الكتب القانونية

1. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2007.
2. د. جواهر عادل، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، 2016.
3. د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015.
4. د. ريبيون محمد صوفي، الوسائل الدستورية لحل المنازعات الحدودية الداخلية في الدولة الفدرالية، ط1، مطبعة شهاب، أربيل، 2017.
5. د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، مطبعة الآداب، النجف، 1972.
6. د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المعارف، القاهرة، 1964.
7. د. عبد الرحمن كميل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
8. د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
9. د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
10. د. عبد المعمر فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
11. د. عدنان عاجل عبيد، جودة أحكام المحكمة الاتحادية العليا بالعراق، ط1، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف، 2021.
12. د. عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية،

الجزائر، 2007

13. د. فالح عبدالجبار، متضادات الدستور الدائم، بحث منشور في كتاب مأزق الدستور، مجموعة مؤلفين، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد-بيروت، 2006

14. د. منذر الشاوي، في الدولة، مطبعة شفيق، بغداد، 1965

15. ناثن براون، ملاحظات تحليلية حول الدستور، بحث منشور في كتاب مأزق

الدستور، مجموعة مؤلفين، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد-بيروت، 2006

16. د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات

والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011

ثالثاً/ الأطاريح والرسائل الجامعية

1. إبراهيم صالح الشرفاني، نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمام القضاء

الدستوري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة السليمانية، 2021

2. جتو إسماعيل محمد، السلطة التنفيذية في الدولة الفدرالية وإشكالاتها في العراق،

رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة السليمانية، 2010

3. دلزين حميد محمود، الامتناع التشريعي في إطار الدولة الفدرالية - جمهورية العراق

نموذجاً (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة السليمانية، 2021

4. سرى حارث الشاوي، اثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية

العليا (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة النهريين، 2018

5. عمار طعمة حاتم، الامتناع التشريعي والرقابة عليه، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى

مجلس كلية القانون - جامعة النهريين، 2010

رابعاً/ البحوث المنشورة في المجلات

1. بالجيلالي خالد، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه، مجلة

الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 6، 2017

2. سناء طعمة مهدي، الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة

عليه (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، كلية القانون - جامعة النهريين، المجلد 3، العدد 22،

- 3.سهام صديق، الإغفال التشريعي والرقابة على دستوريته، مجلة القانون والأعمال، العدد 239، السنة 2014
- 4.عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي(دراسة تحليلية)، مجلة قلاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، المجلد3، العدد3، صيف 2018
- 5..ماهر صالح علاوي وأحمد ماهر صالح، توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وسلطات الأقاليم لحل الخلافات حولها، مجلة تكريت للعلوم القانونية، العدد2، السنة 2010
- 6.محمد عبد علي خضير، المركز الدستوري لمجلس الاتحاد، مجلة رسالة الحقوق، العدد2، السنة 2020
- 7.مها بهجت يونس، توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وبين الإقليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم في دستور عام 2005، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد8، 2011
- 8.مها بهجت يونس، الاستقلال العضوي للإقليم وفقا لدستور جمهورية العراق لعام 2005، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، العدد 6، 2019
9. محمد عمر مولود، مجلس الاتحاد في الدول الفدرالية والعراق(دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 38، لسنة 2021
- خامساً/الدساتير
1. القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية للعام 1949.
 2. دستور دولة البرتغال للعام 1976.
 3. دستور دولة البرازيل للعام 1988.
 4. دستور جمهورية جنوب افريقيا لعام 1996 المعدل 2012.
 5. دستور جمهورية العراق للعام 2005.
- سادساً/ قرارات المحكمة الاتحادية العليا
- 1.قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم(116/اتحادية/2017) الصادر في(2017/11/27) منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الإلكتروني <https://www.iraqfsc.iq>
 - 2.قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (18/اتحادية/2012) الصادر

في(2012/5/20).

3.قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (10/اتحادية/2009)الصادر

في(2009/5/26).

4.قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (6/اتحادية/2010)الصادر

في(2010/3/3).

5.قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (96/94/91/اتحادية/2017) الصادر

في(2017/9/18).

6.قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (59/اتحادية/2011) الصادر في

(2011/11/21).

سابعاً/مقالات منشورة على المواقع الإلكترونية

1.د.علاء إبراهيم محمود، حرية التظاهر في العراق بين الواقع والطموح، مقال منشور

على موقع شبكة النبا المعلوماتية، على الموقع الإلكتروني <https://m.annabaa.org>

الملخص

يعد عدم تطبيق القواعد الدستورية من قبل السلطات الدستورية انتهاكاً واضحاً لإرادة المشرع الدستوري بخصوص تنظيم أمر منصوص عليه في الدستور، ولعدم تنفيذ القواعد الدستورية صور متعددة ففي الدول ذات النظام الفدرالي من المتصور أن تمتنع السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم من تنفيذ نصوص الدستور الاتحادي، وفي الدول الموحدة يمكن أن يمتنع السلطة التشريعية عن تنفيذ نصوص الدستور وهو ما يسمى بالامتناع التشريعي، وكما يمكن أن يكون الامتناع من قبل السلطة التنفيذية عند امتناعها عن قيامها بإجراء معين نص عليه الدستور بشكل صريح، وبالنسبة لنصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005، نجد بأن هناك الكثير من النصوص لم تطبق لحد الآن، في حين كان من الواجب على مجلس النواب العراقي والسلطة التنفيذية الاتحادية وسلطات إقليم كردستان العراق (كل حسب اختصاصها والنص الدستوري المخاطب لها) أن تنفذها.

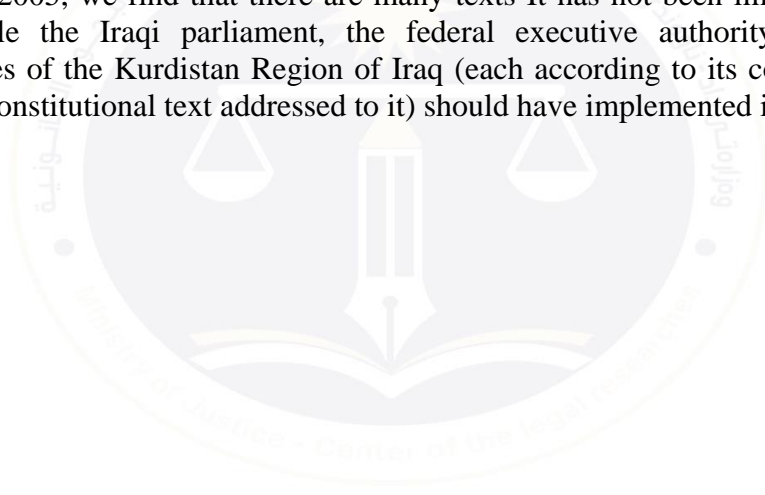
پوخته

جئیه جئنه کردنی بنه ماکانی دهستوور له لایهن دهسه لاته دهستووریه کانه وه پیشیل کردنیکی روونی دارپژهرانی دهستووره، که ئهرکه کانیاں بۆ ریکخراوه وهک له دهستووردا بهدهق هاتووه، وه جئیه جئنه کردنی بنه ماکانی دهستوور چهند شیوازیکی ههیه له وه له تانهی سیسته می فیدرالین وایان لی ویناده کریت که دهسه لاته فیدرالییه کان وههر ئه مه کان ریگرین له جئیه جئنه کردنی دهقهکانی دهستوور که ناوزه دهکرین به ریگریکاری یاسادانان ودهشیت ریگریه که له لایهن دهسه لاتی جئیه جئنه کردنی بیت له ههستان بهو ئهرکه می بۆی سپیردراوه وهک بهدهق بۆی دارپژراوه له دهستووردا به شیوهیه کی روون .

وه سهبارت به بنه دهکانی دهستووری عیراقی سالی 2005 دهبینریت زۆربهی بنه دهکانی جئیه جئنه کراون ئه مه له کاتیکدا پیویست بوو له سههر ئه نجوومه نی نوینهران ودهسه لاتی جئیه جئنه کردنی فیدرالی وههر ئه می کوردستان (ههر یهک به پیی دهسه لاتی و تاییه تمهندی خوی که بۆی دارپژراوه له دهستوره که دا) جئیه جئنه کردنی دایه .

Abstract

The failure to implement the constitutional rules by the constitutional authorities is a clear violation of the will of the constitutional legislator regarding regulating an issue stipulated in the constitution, and the failure to implement constitutional rules has multiple forms. The legislative authority can refrain from implementing the provisions of the constitution, which is called legislative abstention, and the refusal can be by the executive authority when it refrains from taking a specific action expressly stipulated in the constitution, and with regard to the provisions of the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005, we find that there are many texts It has not been implemented yet, while the Iraqi parliament, the federal executive authority and the authorities of the Kurdistan Region of Iraq (each according to its competence and the constitutional text addressed to it) should have implemented it



الإشكاليات الناشئة عن إخلال الموظف الدبلوماسي بالتزاماته في إطار القانون الدولي الدبلوماسي^(*)

أ.م.د. صدام دحام^(**)
جامعة بيان-أربيل

م.د. سولاف عبدالله^(***)
جامعة بيان-أربيل

ئهو كيشانهى كه سهرههئدهدن له پيشيلكردى فهريمانبهري ديپلوماسى بو
ئهركهكانى له چوارچيوهى ياساي ديپلوماسى نيودهوئلهتيدا

پ، ي.د. صدام دحام
زانكوى بهيان-ههولير
م.د. سولاف عبدالله
زانكوى بهيان-ههولير

**The creating disorders for breaching the diplomatic employee
of his obligations within the framework of international
diplomatic law**

Assistant Professor Dr.Sadaaa Daham
Bayan University-Erbil

Lecturer Dr.Sulaf Abdullah
Bayan University-Erbil

تاريخ قبول النشر: 2023/5/18.

(*) تاريخ استلام البحث: 2023/1/2.

(**) sadaa.daham@bnu.edu.iq

(***) sulaf.abdullah@bnu.edu.iq



الإشكاليات الناشئة عن إخلال الموظف الدبلوماسي بالتزاماته في إطار القانون الدولي الدبلوماسي

أ.م.د. صداع دحام

جامعة بيان-أربيل

م.د. سولاف عبدالله

جامعة بيان-أربيل

الكلمات المفتاحية:

البعثات الدبلوماسية - أخطاء الموظف الدبلوماسي - المبعوث
الدبلوماسي - الحصانات والامتيازات الدبلوماسية - المسؤولية الدولية

كليه ووشه:

نوينهرايهتييه ديبلوماسيهكان - سهرينجي فهرمانبهرى ديبلوماسى -
نيردهى ديبلوماسى - پاريزبهندى و نيمتيازاتى ديبلوماسى -
بهريرسياريتى نيودهولتهتى.

key words: Diplomatic missions - diplomatic employee's mistakes -
diplomatic envoy - diplomatic immunities and privileges -
international responsibility

المقدمة

الدبلوماسية ممارسة قديمة ظهرت كوسيلة تنظيم الاتصال بين الدول، مع مرور الزمن وتطور العلاقات الإنسانية والاجتماعية، تطور مفهوم الدبلوماسية تطوراً ملحوظاً فأصبحت تشير معاني أخرى، لا صلة لها بمضمون الدبلوماسية، إلا أن العمل جرى، على استخدامه للدلالة على مفاهيم متعددة⁽¹⁾،

ولقد ارتكزت العلاقات الدبلوماسية منذ نشأتها على مجموعة من المبادئ والأسس، جعلت من الدبلوماسية أساساً ومنهجاً ومهنة، ذات وظائف متنوعة، وشهدت هذه

(1) علي يوسف الشكري، الدبلوماسية في عالم متغير، ط1، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، 2004، ص8.

العلاقات أشكالا متنوعة من الممارسة، تحدثت وتمحورت جميعها حول قاعدة أساسية واحدة، تقوم على منح الموظف الدبلوماسي، حصانات وامتيازات معينة ومحددة، بحيث تسمح له بتأمين الاتصال والتبادل بين الأمم والشعوب والدول، أي تأمين العلاقات الخارجية للموظف الدبلوماسي، مما أدى إلى الارتباط الوثيق بين الحصانات والالتزامات من جهة، وبين الممارسة الدبلوماسية بصورتها المثالية من جهة أخرى⁽¹⁾؛ حيث إن لكل دولة أجهزة داخلية تختص بإدارة علاقاتها الخارجية، وترسم سياساتها الدولية⁽²⁾، وتمثل هذه الأجهزة في البعثات الدبلوماسية والقنصلية، التي تعمل على تسهيل العلاقات وسبل التواصل والتفاهم المشترك بين البلدين.

وتأسيسا على ذلك، يمكن القول: إن الدبلوماسية، هي فن وممارسة إجراء المفاوضات بين الدول، كما أنها باتت فناً في العمل والممارسة والاتصالات بين أفراد المجتمع، وهي الأساس الذي يرتكز عليه فن الحكم، وفن إدارة شؤون الدولة، وفن تنفيذ سياسة الدولة الخارجية⁽³⁾.

أولاً- أهمية البحث:

تبرز أهمية الدبلوماسية في المجتمعات المعاصرة بسبب جسامته المهام المنوطة بالموظف الدبلوماسي، وحقيقة الأمر أن السياسة الخارجية، هي مادة أو مضمون الجهود التي تبذلها الدولة لتحقيق مصالحها وأهدافها إزاء الدول الأخرى، في حين أن الدبلوماسية هي القوة المحركة لها، والتي تنتقل بها هذه السياسة إلى الخارج، وتكتسب بها فاعليتها.

ثانياً: أهداف البحث: يهدف البحث إلى:

- 1- بيان مفهوم مسؤولية الدول عن أخطاء الموظف الدبلوماسي وأساسه القانوني.
- 2- بيان دور القانون الدولي الدبلوماسي في تنظيم النشاط الدبلوماسي في الدول.

(1) فواز صقر الفايز، المسؤولية الجزائة للمبعوث الدبلوماسي في الاتفاقيات الدولية والقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق، الأردن، 2019، ص 16.

(2) وليد عمران، الوسائل المنظمة للعلاقات الخارجية (التمثيل الخارجي والمعاهدات)، رسالة ماجستير، جامعة فلسطينية 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2014، ص 7.

(3) عز الدين فودة، النظم الدبلوماسية - الكتاب الأول في تطور الدبلوماسية وتقنين قواعدها، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 1961، ص 53؛ فواز صقر الفايز، المسؤولية الجزائة للمبعوث الدبلوماسي في الاتفاقيات الدولية والقانون الأردني، مرجع سابق، ص 29.

3- بيان القواعد الإجرائية اللازمة لتنظيم وتفعيل العمل الدبلوماسي بالاتفاق بين الدول.

4- بيان القواعد والاتفاقيات الدولية المنظمة للحصانات والامتيازات الدبلوماسية

5- بيان النتائج المترتبة عن الإخلال بالحصانات والامتيازات المقررة وفقاً للاتفاقيات الدولية

6- بيان حدود سلطة الدولة في تقدير مدى جسامة الخطأ المرتكب من قبل الموظف الدبلوماسي.

ثالثاً - إشكالية البحث:

مما لا شك فيه أن لموظفي الدولة على وجه العموم، ولمبعوثيها الدبلوماسيين على وجه الخصوص أهمية كبيرة من الناحية القانونية، وذلك في كافة المجالات الجنائية والقضائية والإدارية والدولية، وذلك نظراً لدوره البالغ في تمثيل دولته لدى الدولة الموفد إليها، ونظراً لهذه الأهمية كان لا بد أن يتمتع الموظف الدبلوماسي بالعديد من الحصانات والامتيازات التي تمكنه من أداء مهامه المنوطة به على أكمل وجه ممكن، بيد أنه في الوقت ذاته مطالب بالأداء يتجاوز حدود وظيفته، وألا يتعدى أو يرتكب أخطاء يحظرها قانون الدولة المضيفة، وهو ما يبدو فيه شيء من التعارض بين ما يتمتع به من الحصانات والامتيازات من جهة، وبين احترامه لسيادة الدولة الموفد إليها من جهة أخرى، فهل يوجد تعارض بين حصانات الموظف الدبلوماسي والتزاماته؟ وهل يستوي ما إذ ارتكب أخطاء جسيمة أم لم تكن على قدر من الجسامة؟ وما النتائج المترتبة على كلا الحالتين؟

رابعاً - فرضية البحث:

تفترض الدراسة وجود اتفاقيات دولية منظمة لعمل الموظف الدبلوماسي في الدولة الموفد إليها كما تفترض أن القانون الدولي الدبلوماسي قد أقر بقواعد انضباطية وتأديبية تفرض على الموظف الدبلوماسي عند إخلاله بالتزاماته الوظيفية وفي ضوء ذلك نبحت عن مدى تطور المهام الدبلوماسية وهل استحدثت قواعد وظيفية دبلوماسية تستوجب تعديل الاتفاقيات الدولية المقررة للحصانات والامتيازات الدبلوماسية وهل إن مهمة الموظف الدبلوماسي تنحصر في تمثيل الدولة وحماية أمنها القومي أم توسعت طبيعة تلك المهام بحيث شكلت تعارضاً بين المهام المكلفة به والممارسات الحقيقية لدى الدولة الموفدة إليها؟.

خامسا-منهج البحث:

تستلزم الدراسة اتباع المنهج التحليلي، وذلك لتحليل وتفسير القواعد الدولية المنظمة للحصانات الدبلوماسية والوقوف على آلية تطبيقه ومراقبة سلوك المبعوث الدبلوماسي عند أداء مهامه في الدولة الموفدة إليه، وإظهار مدى مسؤولية الدولة عن إخطاء الموظف الدبلوماسي، والنتائج المترتبة على هذه المسؤولية.

سادسا- هيكلية البحث: في ضوء ما تقدم، فقد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الدولية عن أخطاء الموظف الدبلوماسي وأساسها القانوني.

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الدولية عن أخطاء الموظف الدبلوماسي.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي.

المطلب الأول: النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي الجسيمة.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي غير الجسيمة.

• الخاتمة - وتتضمن:

أولاً: الاستنتاجات

ثانياً: التوصيات

المبحث الأول

مفهوم المسؤولية الدولية عن أخطاء الموظف الدبلوماسي وأساسها القانوني

يتطلب دراسة موضوع مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي، ضرورة البحث في مفهوم هذه المسؤولية، ثم التطرق بعد ذلك لأساسها القانوني، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الدولية عن أخطاء الموظف الدبلوماسي والمطلب الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أخطاء المبعوث.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية الدولية عن أخطاء الموظف الدبلوماسي

تعد مبدأ المسؤولية الدولية من المبادئ الأساسية التي تقوم عليه النظام القانوني الدولي والداخلي وحيث إن المجتمع الدولي في تنظيمه لمختلف الاتصالات الدبلوماسية تستند إلى التقاليد والأعراف الدولية وجد من الضروري توفير ضمانات أساسية التي تكفل احترام الالتزامات المقررة لأشخاصها في إطار النظام القانوني الدولي وإقرار قواعد المسؤولية عن الإخلال بتلك القواعد، فمفهوم المسؤولية الدولية تشير إلى إن المسؤولية: " نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي ينسب إليها فعل غير مشروع طبقاً للقانون الدولي التزام بإصلاح ما ترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها"⁽¹⁾ أو:

"وضع قانوني تلتزم بموجبه الدولة التي ينسب إليها ارتكاب فعل غير مشروع وفقاً للقانون الدولي بأن تصلح الضرر الذي لحق بالدولة التي ارتكبت في مواجهتها هذا الفعل"⁽²⁾ ولما كانت الدولة شخصاً غير طبيعي، ومن ثم كان من غير المتصور إسناد الخطأ إليها، وإنما الدولة هي شخص معنوي، يؤدي نشاطه المرفقي من خلال بعض الأشخاص

(1) محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، 2005ص1868

(2) مصباح جمال مقبل، الموظف الدولي ومدى مسؤولية الدولة عن أعماله، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص130

الطبيعيين، ومن ثم فإن مسؤولية الدولة، عما يرتكبه هؤلاء الأشخاص الطبيعيون، من أفعال أو أعمال محظورة أو غير مشروعة، تقوم تأسيساً على ما يوجد من تلازم موضوعي في العلاقة بين الدولة وموظفيها، والدولة كشخص معنوي تعبر عن إرادتها المباشرة عن طريق أفراد تمثلها، فيضعون نشاطهم وإرادتهم في خدماتها، فإن الدبلوماسية مرفق من مرافق الدولة له أفراد تستخدمهم لتحقيق أهداف هذا المرفق، كالقضاة وأعضاء النيابة العامة وأعاون القضاء، ككتاب الضبط والمحضرين والخبراء وموظفي السلطة القضائية، وبالتالي فإن موظفي البعثات الدبلوماسية، كغيرهم من الموظفين، معرضون للوقوع في الخطأ، وعند ارتكاب الخطأ يلاحظ أن هناك شخصاً عامّاً - وهو الدولة - عليه أن يتحمل مسؤولية التعويض عما نتج من ضرر الغير⁽¹⁾.

وتأسيساً على ذلك، فعندما تتحقق مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد، إما بناء على خطأ أو بدون خطأ، فإن الضحية الذي يثبت العلاقة السببية بين الضرر والنشاط الإداري المشتكى منه، يمكن أن يسلك الإجراءات المتبعة أمام القضاء لمطالبة الإدارة بتقديم التعويض عن تلك الأضرار التي حصلت له بالفعل، إذ إن موضوع التعويض له أهمية كبيرة في النظام القانوني لأي دولة، فهو أحد الوسائل المهمة والضرورية لجبر الضرر، وهو يشكل بذلك الإجراء القانوني الذي يترتب عن ثبوت قيام مسؤولية المدعي عليه عن الضرر الحاصل للضحية، بل إنه قد يشكل في حالات كثيرة الأمل الوحيد الذي يرحوه الضحية ويأمله لجبر الضرر الحاصل له، لذلك يعتمد إلى رفع دعوى التعويض أمام القضاء مطالباً بإنصافه بالحكم بتعويض عادل يكون له الأثر الإيجابي الكبير على وضع الضحية بعد الحصول على هذا التعويض⁽²⁾.

وقد مرت محاولة تقنين موضوع المسؤولية الدولية للدولة بمرحلتين رئيسيتين، وذلك من خلال لجنة القانون الدولي، حيث تغيرت نظرة هذه اللجنة عبر المراحل التي درست فيه موضوع مسؤولية الدول؛ وبذلت - لجنة القانون الدولي - مجهودات مضيئة، بغية

(1) صبحي محمد أمين، مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية والتعويض عنها في القانون الجزائري، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد 9، مايس 2017، ص 35.

(2) علاء الدين تكتري، مدى مسؤولية الدولة ومسطرة مقاضاة الدولة، جامعة لويسيانا علي البلدة 2، مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية، العدد 16، 2017، ص 431.

تنظيم موضوع مسؤولية الدول منذ أكثر من ستين سنة عبر عشرات الدورات، والتي أسفرت عن إعداد اللجنة لمشروع حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، وهي الأفعال التي يرتكبها مبعوثها الدبلوماسي، في دورتها الثالثة والخمسين عام 2001، وفي نطاق مسؤولية الدولة نلاحظ المادة الأولى المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949، والتي تقضي بالتزام الدول بعدم ارتكاب انتهاكات لتلك الاتفاقيات، وترتب عنه مسؤولية الدول عند حدوث هذه الانتهاكات، وذلك من قبل الدولة أو أحد موظفيها الدبلوماسيين⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي

يجب على جميع الدول العمل على احترام قواعد الاتفاقيات الدولية، سواء كانت طرفاً فيها أم لم تكن، فيفترض أن تكون كل دولة عضواً في الجماعة الدولية من جهة، ومن جهة أخرى، تلتزم كل دولة بحث وإجبار أجهزتها وأفراد بعثاتها الدبلوماسية على احترام القواعد الدولية ومراقبة تنفيذ هذه القواعد⁽²⁾.

لقد تزايدت - في الآونة الأخيرة - الأخطاء التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي إذ يرتكب العديد من المخالفات لأحكام قوانين الدول الموفدين إليها، حتى غدت ظاهرة إساءة استعمال الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، والعبث والاستخفاف وعدم احترام قوانين الدولة المضيفة، على مرأى ومسمع من الجميع، وذلك نظراً لزيادة عدد الأشخاص المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية من جهة، وانتشار وسائل التكنولوجيا الناقلة للأخبار من جهة أخرى، فضلاً عن ذلك نقص في المستوى المهني والعلمي المناسب، وهذه الأخطاء التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي تخرج من حيث الأصل - عن الإطار المرسوم لأية بعثة دبلوماسية، بل وتتعارض مباشرة مع قواعد القانون الدبلوماسي، فضلاً عن مخالفتها

(1) نصر الدين قليل، مسؤولية الدولة عن انتهاكات القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017، ص 81

(2) رشيد المرزكيوي، مسؤولية الدولة عن احترام القانون الدولي الإنساني ومراعاة تطبيقه، بحوث المؤتمر العلمي السنوي: القانون الدولي الإنساني - الواقع والأبعاد والرؤى، جامعة جرش الأهلية - كلية الحقوق، 2004، ص 397.

لصفات وسمات الموظف الدبلوماسي، ووضعه القانوني بل وسبب وجوده⁽¹⁾. ولا يوجد ما يمنع من ملاحقته جنائياً، وذلك إذا خرج عن حدود الحصانات والامتيازات المتاحة له، سواء على صعيد التشريعات الوطنية، أو الدولية - محل الدراسة - ومن ذلك ما نصت الفقرة (2) من المادة (12) من قانون العقوبات العراقي المرقم (111) لسنة 1969، والتي نصت على أنه - أي قانون العقوبات - : "يسري كذلك على من ارتكب في الخارج من موظفي السلك الدبلوماسي العراقي جنائية، أو جنحة مما نص عليه هذا القانون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولها إياها القانون الدولي العام"⁽²⁾. وتأسيساً على ما تقدم، فإن الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي، قد يجد مصدره القانون الدولي العرفي، أو القانون الدولي الاتفاقي، أو في النظريات الفقهية، وهو ما نبينه على النحو الآتي:

أولاً - أساس مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي في القانون الدولي العرفي:

القواعد العرفية الدولية، هي مجموعة من القواعد القانونية تنشأ في المجتمع الدولي بسبب تكرار الدول لها، مدة طويلة، وبسبب التزام هذه الدول بها في تصرفاتها، واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالالتزام القانوني، والعرف قانون غير مكتوب⁽³⁾. أي أن التمثيل الدبلوماسي بين الدول قد كون عادات وتقاليد تحولت عبر الزمن الطويل إلى أعراف، والأعراف أحكام قانونية غير مكتوبة، وقد رسخت الممارسات الدولية هذه الأحكام، بحيث جعلتها أحكاماً ملزمة من قبل الدول⁽⁴⁾، وهي تُعد أساساً للقانون الدبلوماسي، وخاصة على

(1) عمر محمد زهدي، التنظيم القانوني لحصانة البعثة الدبلوماسية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، مصر، 2015، ص 150.

(2) يقابلها ما نصت عليه المادة (3) من قانون العقوبات المصري، حيث نصت على أن: "كل مصري ارتكب وهو في خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه". ويلاحظ الباحث: أن النص في هذه المادة جاء عامًا، لكافة رعايا الدولة المصرية خارج القطر المصري، وهو ما يعني أن الموظف الدبلوماسي يدخل في عمومية هذا النص، ما لم يأتي نص آخر يقيد.

(3) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص 28.

(4) ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة واستراتيجية إدارة المفاوضات، دار المسير للنشر والتوزيع، ←

الصعيد الداخلي، فلكل دولة تشريع ينظم النشاط الدبلوماسي المعتمد لديها⁽¹⁾. ولقد أكد العرف الدولي وآراء الفقهاء على أهمية العرف وحقيقة دوره الأساسي كميّار أساس لإمكان ممارسة الدولة الحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها من جهة، ومسؤوليتها عن أخطاء مبعوثيها من جهة أخرى، وبالتالي تحريك دعوى المسؤولية الدولية ضد الدولة التي ألحقت الضرر، على وجه غير مشروع، من قبل بعثاتها الدبلوماسية⁽²⁾. وتأسيساً على ذلك، فإنه إذا كانت الحصانة التي يتمتع بها الموظف الدبلوماسي، تحول دون اتخاذ أية إجراءات ضده، كالقبض، والحبس، والمحاكمة من قبل السلطات القضائية للدولة المضيفة، وذلك ليتمكن من ممارسة مهامه الدبلوماسية بكل حرية واطمئنان، إلا أنه من المؤسف أن بعض أعضاء السلك الدبلوماسي قد أساءوا استعمال ما يتمتعون به من حصانة قضائية أسوأ استعمال، فعمدوا إلى ارتكاب كثير من الجرائم والمخالفات المعاقب عليها في التشريعات الجنائية للدولة المضيفة، دون أن يكون في الإمكان ملاحقتهم، أو القبض عليهم، أو محاكمتهم، ولم تقتصر إساءات بعض المبعوثين الدبلوماسيين على الجرائم التي ترتكب في إطار الحصانة القضائية، وإنما تعداها إلى إساءات أخرى جسيمة، كالتدخل في الشؤون الداخلية للدولة المضيفة وانتهاك قوانين الأمن لديها، غير مكثرين بما تفرضه عليهم قواعد السلوك الدبلوماسي والاتفاقيات الدولية المعنية بالدبلوماسية في هذا الشأن، من حيث عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول المستقبلية لهم، باعتبار أن ذلك مما يخرج عن نطاق وظائفهم، وما تم إيفادهم من أجله، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ أن بعض الدبلوماسيين قد خرجوا عن الحد المرسوم لهم وقاموا بالإدلاء بتصريحات مضادة للدولة المضيفة، دونما أدنى اهتمام بما قد يلحق الدولة المضيفة من ضرر من جراء مثل هذه التصريحات، وموقف الدول الأخرى منها⁽³⁾.

←

الأردن، عمان، 2000، ص 89.

- (1) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 43.
- (2) رفيق عطية الكسار، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سابق، ص 149.
- (3) عمر محمد زهدي، التنظيم القانوني لحصانة البعثة الدبلوماسية في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها.

ثانياً - أساس مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي في القانون الدولي الاتفاقي: تعد الاتفاقيات الدولية مصدرًا رئيسيًا من مصادر القانون الدبلوماسي، فهي من جهة تحدد القواعد التي يتم بموجبها تنظيم العلاقات الدبلوماسية بين الدول، ومن جهة أخرى، فهي تنظر وتبين ممارسات الدول بهذا الشأن⁽¹⁾.

وتعد الدبلوماسية الأداة الرئيسة والأكثر فعالية إذ تلعب دورًا كبيرًا في تحديد مصير أفراد المجتمع الدولي، وترجع أصول الدبلوماسية إلى قدم التاريخ، بيد أنها في تطور دائم، منذ نشأتها في العصور الأولى وإلى وقتنا الحالي، فهي تتميز بالحركة الديناميكية؛ إذ إنها نتاج طبيعي لتفاعل الكيانات البشرية مع بعضها البعض، وإظهار مدى حاجات تلك الكيانات إلى من ينظم علاقاتها فيما بينها، ومن ثم فقد اكتسبت الدبلوماسية في كل مرحلة من مراحل تطورها على مر التاريخ، العديد من الخصائص والسمات التي تميزها وتبرز معالمها وتحدد مجالاتها⁽²⁾.

وتأسيسا على ذلك، فإن الدور الذي تلعبه الدبلوماسية يزداد فيما يتعلق بتعزيز العلاقات الودية بين الدول من جهة، وتشجيع التعاون، والمساهمة في حل النزاعات وتسويتها من جهة أخرى، وهو ما يترتب عليه حفظ السلم والأمن الدوليين⁽³⁾.

وتأسيسا على ما تقدم، فإننا نرى: أن فكرة المسؤولية الدولية، تقوم - من حيث الأصل - على مجموعة من المبادئ التي تنظم السلوك الإنساني في شتى الجوانب الإنسانية، وليس ثمة تفرقة في اعتبار أن هذه المبادئ التي تنظم سلوك المجتمع، وفق مبادئ دينية أو وضعية، أو أنها مبادئ ترجع إلى الأعراف والعادات والتقاليد الاجتماعية، ومن نشأت فكرة المسؤولية معبرة عن إشكالية الفكر الإنساني بوجه عام، ويترتب على قيام المسؤولية بصفة عامة التزام ما يقع على عاتق شخص معين أو إخضاعه لعمل شيء لا يرغب في أداءه، غير أن فكرة المسؤولية ليست على إطلاقها؛ إذ إنها غير جامعة ولا مانعة، ومن ثم فإن كانت كل مسؤولية، يراد بها هذا الالتزام، فإن ذلك لا يعني - بالضرورة - أن

(1) غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة - دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2011، ص 222.

(2) لنا حسين صالح، مسؤولية أعضاء البعثات الدبلوماسية عن الأعمال الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق، 2018، ص 1.

(3) لنا حسين صالح، مسؤولية أعضاء البعثات الدبلوماسية عن الأعمال الإدارية، مرجع سابق، ص 1.

كل التزام يترتب عليه قيام المسؤولية، باعتبار أن هذه الأخيرة تقوم على إرادة موضوعية، وهو ما يعني - في غالب الأحوال - ارتكاب مخالفة متعمدة لقاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي، كما أنها تفترض في الغالب ضرورة وجود خطأ في حق الشخص، بيد أنه قد يوجد الالتزام دون ارتكاب خطأ يمكن إسناده إلى الشخص، وهو ما أخذت به كافة التشريعات القديمة والمعاصرة.

وتُعد المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة، مصدرًا رسميًا من مصادر القانون الدبلوماسي، وهي تعني كل اتفاق يبرم بين شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، ويترتب بموجبها حقوق والتزامات الأطراف المتعاهدة، سواء كانت هذه المعاهدات والاتفاقيات ثنائية أم جماعية⁽¹⁾.

وهناك العديد من هذه الاتفاقيات منذ عهد الرومان والإغريق والقرون الوسطى، ومن المؤتمرات الدولية التي عقدت بهذا الشأن، مؤتمر فيينا لعام 1815، وهي تعتبر تقنين جزئي للقواعد الدبلوماسية العالمية التي نظمت الأحكام الخاصة برؤساء البعثات الدبلوماسية، ومن أبرز هذه الاتفاقيات - كذلك - اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961⁽²⁾.

ولقد كشف التطبيق الدبلوماسي للدول في منحها للحصانة، بأنها قد فقدت صفتها المطلقة، وخاصة عندما يرتكب الموظف الدبلوماسي الجرائم التي تمس أمن وسلامة دولة القبول أو جريمة من جرائم الحرب، وبالتالي فإنه يمكن القول بأنه بالرغم من تقرير الاتفاقية للحصانة المطلقة للمبعوث الدبلوماسي في المسائل الجنائية، فإنه عندما يتعرض أمن الدولة المضيفة أو سلامة أفرادها للخطر من جراء تصرفات الموظف الدبلوماسي، ولم تجد ما يحفظ عليها ذلك إلا بالتعاضد عن حصانته، فإنها لا تخاطر بأمنها من أجل حصانته، حتى وإن كان ذلك يتنافى مع قواعد القانون الدولي الخاصة بالحصانات الدبلوماسية، وبالتالي يحق لها أن تعتبره شخصًا غير مرغوب فيه، أو أن تطرده من إقليمها⁽³⁾. أما ما

(1) محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1993، ص 225، نقلًا عن: رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 25.

(2) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها.

(3) عبد الحي كامل محمد محمد فتیان، الحصانة الشخصية لأعضاء البعثات الدبلوماسية في القانون

يتعلق باتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 وللعلاقات القنصلية لعام 1963: وبالنظر إلى ما تضمنته أحكام اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، نلاحظ أن هاتين الاتفاقيتين قد خليا من تنظيم مسؤولية الدولة عن حدوث أية مخالفات لأحكامهما، واكتفيا بالتأكيد على دور العلاقات الدبلوماسية والقنصلية وأهميتها البالغة في حفظ السلم والأمن الدوليين، واعتبار أن الدبلوماسي هو همزة الوصل بين الدولتين - التابع لها والموفد إليها - إذ يعمل دائماً على تقريب وجهات النظر بينهما، وفي نطاق تطور القانون الدولي وتقوية العلاقات المتبادلة بين الدول، غير أن ما نود الإشارة إليه في هذا الصدد، الأحكام ذات الصلة بواجبات والتزامات الدولة، سواء أكانت تلك الدولة معتمدة أو مضيضة للمبعوث الدبلوماسي، أو كانت موفدة لذات المبعوث، ولهذا الأمر ما يبرره من شواهد ودلالات، فإن الإخلال بالتزامات الواردة بهذه الأحكام من شأنه أن يؤدي إلى ارتكاب مخالفة، أو أفعال غير مشروعة دولياً، أو يترتب عليها قيام مسؤولية الدولة عن أخطاء مبعوثها الدبلوماسي⁽¹⁾، وفيما يلي نشير إلى أهم هذه الأحكام الواردة في الاتفاقيتين المذكورتين:

(1) الإخلال بأحكام اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961: جاء في ديباجة هذه الاتفاقية، أنها: "ستساعد على تحسين علاقات الصداقة بين البلدان مهما تباينت نظمها الدستورية والاجتماعية"، كما أقرت الاتفاقية قاعدة مهمة من القواعد العامة، مؤداها أن القانون الدولي العرفي هو النص، وأن أحكام هذه الاتفاقية هي أحكام خاصة، ومن ثم يتم الرجوع إلى أحكام القانون الدولي العرفي، إذ خلت الاتفاقية من الأحكام المنظمة لعمل الموظف الدبلوماسي، حيث أكدت الاتفاقية على وجوب استمرار تطبيق قواعد القانون الدولي التقليدي في الموضوعات التي لم يرد بشأنها نص صريح في الاتفاقية، ومن ثم فإن التمثيل الدبلوماسي الدائم، وانعقاد المؤتمرات الدولية، من أهم ملامح الدبلوماسية في

←

الدولي العام والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون، 2000، ص111.

(1) حاتم العبد، مسؤولية الدولة عن الأفعال غير المشروعة دولياً: الجرائم الدبلوماسية والقنصلية نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، المجلد 62، العدد 1، كانون الأول 2020، ص15 وما بعدها.

العصر الحديث، وذلك ارتباطاً بالمتغيرات الدولية الحاصلة على كافة الأصعدة، سواء كانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية⁽¹⁾.

وتأسيساً على ما تقدم، فإنه متى خلت الاتفاقية من تنظيم خاص بشأن مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي، إذا ما تم الإخلال أو خرق أي من أحكام الاتفاقية، إذ إن موضوع المسؤولية في هذه الحالة يتم إسناده إلى القاعدة العامة لمسؤولية الدولة في القانون الدولي بوجه عام.

فضلاً عن واجبات الدولة بحفظ وحماية المباني الخاصة بأفراد البعثات الدبلوماسية، فتحظر المادة (22) من الاتفاقية اقتحام أو الإضرار بمباني البعثة الدبلوماسية. كما يشمل الحظر عدم التعرض لمباني البعثة، وحماية كافة الأشياء ووسائل النقل، وأن لا تكون عرضة للاستيلاء أو التفتيش أو الحجز لأي إجراء تنفيذي بالبعثة في كافة الأوقات، وذلك طبقاً لأحكام المادة ذاتها من الاتفاقية⁽²⁾.

(2) الإخلال بأحكام اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963م: انتهجت هذه الاتفاقية نهج نظيرتها، الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، وذلك من حيث الهيكل القانوني لكل منهما، والهدف من إبرامهما، وتأكيد كل منهما على المبدأ الأساسي، وهو اعتبار القانون الدولي العرفي هو القاعدة العامة التي تنظم أحكامهما، ومن ثم يجب تطبيق أحكامه متى خلت نصوص المعاهدة من حكم محدد، ومن ثم فقد أشارت هذه الاتفاقية - الأخيرة - إلى التأكيد على استمرار قواعد القانون الدولي العرفي في تنظيم المسائل التي خلت هذه الاتفاقية من تنظيمها بشكل صريح⁽³⁾.

(1) يونس طلعت عبد الرزاق الدباغ، الدبلوماسية المعاصرة في ظل العولمة اتجاهات ونماذج، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين - أربيل، 2013، ص 33.

(2) نصت هذه المادة على أن: " تتمتع مباني البعثة بالحرمة، وليس لممثلي الحكومة المعتمدين لديها الحق في دخول مباني البعثة إلا إذا وافق على ذلك رئيس البعثة. على الدولة المعتمد لديها التزام خاص باتخاذ كافة الوسائل اللازمة لمنع اقتحام أو الإضرار بمباني البعثة وبصيانة أمن البعثة من الاضطراب أو من الحط من كرامتها.

لا يجوز أن تكون مباني البعثة أو مفروشاتها أو كل ما يوجد فيها من أشياء أو كافة وسائل النقل عرضة للاستيلاء أو التفتيش أو الحجز لأي إجراء تنفيذي".

(3) حماده قرني عبد السلام، الوضع القانوني للحقيبة الدبلوماسية ولحامليها في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، - كلية الحقوق، 2001، ص 50.

كما تفرض المادة (55) من الاتفاقية التزاما على أعضاء البعثة القنصلية بوجوب احترام قوانين الدولة المضيفة مع بيان أهداف نشأة المقار القنصلية⁽¹⁾. وفي هذا الإطار سحبت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في الرابع والعشرين من شهر مايس لعام 1980، بشأن أفراد وموظفي المقار الدبلوماسية والقنصلية للولايات المتحدة الأمريكية في طهران عاصمة الدولة الإيرانية، أنزلت المحكمة الأحكام الخاصة بالحصانة الدبلوماسية على ذات الأحكام الخاصة بالحصانة القنصلية، وقضت بالمساواة التامة بين أحكام الحصانين المذكورين، وأصدرت حكمها بناء على هذا الأساس.

كما يمثل قضاء محكمة العدل الدولية، والتي أنشئت في عام 1945 بموجب ميثاق الأمم المتحدة⁽²⁾، أساسا ذات أهمية بالغة لمسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي، وحتى يمكن الوقوف على الأساس القانوني لمسؤولية دولة ما عن أخطاء مبعوثها الدبلوماسي، كان لزامًا علينا البحث في هذا الأساس لإسناد الفعل المرتكب من قبل الموظف الدبلوماسي إلى الدولة المدعى بمسؤوليتها، ومدى صحة نسبته إلى تلك الدولة، ومدى مشروعية الفعل دوليًا، وكونه يعد خرقًا للالتزام واجب على الدولة المدعى بمسؤوليتها أم لا⁽³⁾.

تعتبر محكمة العدل الدولية جهاز من أجهزة عصابة الأمم، على الرغم أن نظامها الأساسي لا يعد جزءًا من عهد تلك العصابة⁽⁴⁾، وهي الهيئة القضائية الرئيسية في هيئة الأمم

(1) حيث نصت هذه المادة على ان: " 1- على جميع المتمتعين بالامتيازات والحصانات، مع عدم الإخلال بها، احترام قوانين الدولة المضيفة وأنظمتها وعليهم كذلك عدم التدخل في شؤونها الداخلية.

2- لن تستخدم دور البعثات بطريقة لا تتفق مع ممارسة الوظائف القنصلية.

3- إن أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة لا تستبعد إمكان إقامة مكاتب بمؤسسات أو وكالات أخرى في قسم من البناء الذي تقع فيه الدور القنصلية، شرط أن تكون الأمكنة المخصصة لهذه المكاتب منفصلة عن هذه الدور. وفي هذه الحالة، لا تعتبر هذه المكاتب، لتحقيق غايات الاتفاقية الراهنة، قسما من الدور القنصلية".

(2) محمد أمين إسماعيلي، لمحة عن محكمة العدل الدولية، مجلة قانونك، العدد 4، أكتوبر 2017، ص232.

(3) حاتم العبد، مسؤولية الدولة عن الأفعال غير المشروعة دوليا: الجرائم الدبلوماسية والقنصلية نموذجًا، مرجع سابق، ص13 وما بعدها.

(4) ريم صالح الزين، الاختصاص الافتائي لمحكمة العدل الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق

المتحدة، وتختص بالفصل في النزاعات القانونية التي تنشأ بين الدول، كما أنها تقدم الفتاوى والاستشارات بشأن المسائل القانونية التي قد تحيلها إليها هيئات ووكالات الأمم المتحدة⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر إن قضاء محكمة العدل الدولية - كنموذج من نماذج القضاء الدولي - يُعد أساساً قانونياً قوياً لمسؤولية الدول عن أخطاء أفراد بعثاتها الدبلوماسية، ومن الملاحظ أن أحكام القضاء الدولي يكاد ينعقد إجماعها على إلزامية توافر شروط معينة لقيام مسؤولية الدولة عن أخطاء أفراد بعثاتها الدبلوماسية، ومن أمثلة ذلك الحكم الشهير لمحكمة العدل الدولية والصادر سنة 1980؛ والذي تعود وقائع الدعوى التي صدر بشأنها إلى الرابع من شهر نوفمبر سنة 1979م، عندما هجم عدد كبير من طلبة دولة إيران مقر سفارة الولايات المتحدة الأميركية في طهران وقنصليتها، في كل من تبريز وشيزار، وقاموا بإلقاء القبض على جميع أفراد البعثتين الدبلوماسية والقنصلية من الأمريكان المتواجدين في مقر السفارة الأميركية، وقد بلغ عددهم نحو اثنين وخمسين فرداً، الغالبية العظمى منهم من حاملي الصفة الدبلوماسية والقنصلية، وأعلنوا أن ذلك رد فعل على تصرف الولايات المتحدة الأميركية بشأن استضافتها لشاه إيران آنذاك⁽²⁾.

وقد أصدرت المحكمة حكمها بقيام مسؤولية دولة إيران لصالح الولايات المتحدة الأميركية، لارتكاب مبعوثيها الدبلوماسيين لأخطاء جسيمة وخروقاتها المستمرة لكافة

←

الأوسط - كلية الحقوق، الأردن، 2010، ص 18.

(1) سعيد طلال الدهشان، محكمة العدل الدولية كآلية لمقاضاة "إسرائيل" كدولة: الفرص والإمكانيات، مجلة الجنان لحقوق الإنسان الناشر: جامعة الجنان - قسم حقوق الإنسان المؤلف الرئيسي، العدد (9، 10)، حزيران 2016م، ص 16.

(2) شاه إيران السابق: محمد رضا بهلوي. (بالفارسية: محمد رضا بهلوي) (26 أكتوبر 1919 إلى 27 يوليو 1980)، وُلد في مدينة طهران الإيرانية، وهو الابن الأكبر لرضا بهلوي الذي حكم إيران في الفترة ما بين (1925-1941)، وقد نودي به وريثاً للعرش عام 1926م، وكان آخر شاه (ملك) يحكم إيران قبل قيام الثورة الإسلامية عام 1979م، واستمر حكمه من 1941م إلى 1979م، وكان يلقب بـ (شاهنشاه) أي ملك الملوك. ينظر الموقع الإلكتروني ويكيبيديا، على الرابط:

<https://ar.wikipedia.org/wiki>.

تمت زيارة الموقع: الأربعاء 2022/12/21م الساعة 9 مساءً.

الالتزامات المفروضة عليها طبقاً لأحكام اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية الصادرة سنة 1961، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963، وانتهت المحكمة إلى الحكم بتعويض للولايات المتحدة الأمريكية، من قبل إيران، جراء ما لحقها من أضرار، إلا أن المحكمة لم تحدد مقدار التعويض ولا نوعه، نتيجة استمرار إخلال إيران بالتزاماتها التعاقدية، وأشارت المحكمة في حكمها إلى خطورة الدعوى المنظورة أمامها؛ لأنها لم تنشأ عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية من قبل الأفراد العاديين، وإنما نتيجة إخلال أفراد البعثات الدبلوماسية والقنصلية، وانتهاك حرمة المقار الدبلوماسية والقنصلية، بالإضافة إلى الإخلال بحرمة مقار وأشخاص البعثات الدبلوماسية، وأن هذه الانتهاكات ناشئة عن تعمد الدولة المضيئة، وأكدت المحكمة في حكمها على أن الضرر، لم يقتصر على مقار البعثات الدبلوماسية فحسب، وإنما لحق بالمجتمع الدولي كافة، وهو أمر يستحيل تعويض وجبر الضرر الناشئ عنه، إذ إن مثل هذا الإخلال ينال من كافة جوانب القانون الدولي ويقوض أركانه، في الوقت الذي ينادي الجميع بالحفاظ على أمن المجتمع الدولي وسلامته⁽¹⁾.

ثالثاً - أساس مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي في القانون النظريات
الفقهية:

يقصد بالأساس القانوني السند الذي يخول الدولة التي ينتمي إليها الفرد المتضرر، بأن تتبنى مطالبة الدولة المضيئة حتى يتسنى لنا إصلاح الضرر الذي لحق بمبعوثها الدبلوماسي جراء فعل غير مشروع قامت به تلك الدولة؛ حيث إن تعرض الفرد الأجنبي لأي ظلم في حقوقه، يثير حفيظة دولته التي تربطه بها رابطة قانونية⁽²⁾، وهو ما نبينه على النحو الآتي:

(1) النظرية النيابية أو نظرية الصفة التمثيلية: تعنى هذه النظرية أن المبعوث الدبلوماسي يمثل دولته ورئيسها معاً، فإنه يتمتع بالحصانات والامتيازات الدولية، وأن الإعفاء من الاختصاص القضائي للدولة المستقبلية، هو إعفاء لدولته ورئيسها طبقاً للقانون

(1) حاتم العبد، مسؤولية الدولة عن الأفعال غير المشروعة دولياً: الجرائم الدبلوماسية والقنصلية نموذجاً، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

(2) أحمد أبو الوفا، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2006، ص 522.

الدولي⁽¹⁾.

وترجع هذه النظرية إلى العصور الوسطى، حيث كانت العلاقات الدولية منذ ذلك الحين وحتى قبيل الثورة الفرنسية تعد علاقات شخصية بين الأمراء والملوك، وكان مبعوثو هؤلاء الأمراء والملوك يعدون الممثلين الشخصيين لهم، ومن ثم فإن أي اعتداء على كرامتهم يعد من قبيل الاعتداء على الملك نفسه⁽²⁾، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية فإنه يمكن قبولها وإدماجها بنظرية المصلحة الوظيفية⁽³⁾. ولم تسلم هذه النظرية السابقة من الانتقادات التي وجهت إليها⁽⁴⁾؛ حيث إنها تؤدي النظرية النيابية أو نظرية الصفة التمثيلية إلى الخلط بين الحصانة الدبلوماسية، وبين سيادة رئيس الدولة المستقلة؛ حيث إن هذه النظرية تضع الممثل الدبلوماسي وحكومته فوق قانون الدولة المضيفة.

(2) نظرية المقتضيات الوظيفية: تمنح هذه النظرية من أجل تسهيل عمل البعثة ووظائفها ممثلة لشخص القانون الدولي كانت دولة أم منظمة دولية، أي إن الحصانات المقررة لمصلحة الوظيفة وليس لفائدة الممثل الدبلوماسي الشخصية، وهذا ما قررته لجنة القانون الدولي واتفاقية فيينا للعلاقات الدولية؛ حيث إن مؤداها أن إقرار الحصانات والامتيازات الدولية، التي يتمتع بها الدبلوماسي وفقاً لهذه الاتفاقية.

ومن مزايا هذه النظرية أنها تتجه نحو الحد من الحصانة القضائية بالقدر الذي لا يتعارض مع مباشرة الوظيفة الدولية، ومن عيوبها أن المبعوث الدبلوماسي يتمتع بالحصانة القضائية فقط في الدولة المستقبلة، أي ألا يتمتع بما في دولة أخرى، ولو في طريقه إلى مقر عمله⁽⁵⁾،

وتبدو هذه النظرية أكثر واقعية في نظر عدد من فقهاء القانون الدولي الذي تبناها، إذ إن حرية الممثل تعد ناقصة وطمأنينته مهددة إذا لم تكن حرمة داره مصونة، بحيث يحظر

(1) المرجع السابق، الموضع نفسه.

(2) فادي الملاح، سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدولية، دار الجامعة، إسكندرية، 1993، ص 21.

(3) فادي الملاح، المرجع أعلاه، ص 24.

(4) مصطفى محمد أحمد، حصانات المبعوث الدبلوماسي في القانون الدولي مع المقارنة بالنظام الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة أسيوط، مصر. ص 55.

(5) ينظر: ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدولية لعام 1961.

دخولها على رجال السلطتين القضائية والتنفيذية، ولولا ذلك لأمكن انتحال شتي الأعدار في سبيل إزعاجه وإهائه والاطلاع على الوثائق السرية الموجودة لديه، فالمقرات الدولية لم تكن يمنع لها تلك الحرمة إلا ليؤدي المبعوث الدبلوماسي وظيفته على أحسن وجه⁽¹⁾.

(3) نظرية امتداد الإقليم: تعد هذه النظرية من أهم النظريات في الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أخطاء مبعوثيها؛ حيث أوجدت الصيغة القانونية الأكثر قبولاً لنظام الامتيازات والحصانات، فيقول كاييه حول هذه النظرية: إن سلطة الحاكم الإقليمية نوع من الوهم؛ حيث يعد الموظف الدبلوماسي، غير مغادر أبداً إقليم دولته، ويمارس وظائفه الدولية داخل الدولة المبعوث لديها، وكأنه في بلده الخاص، أي إنه موجود جسدياً على أرض الدولة المعتمد لديها وقانونياً غائباً عنها، وبالتالي تؤدي هذه النظرية إلى اعتبار أن السفارة يفترض بها أن تعد جزءاً من الأقاليم الوطنية، وإقليم الدولة الموفدة، ويعد السفير إذن كأنه لم يغادر دولته وأن إقامته في الدولة التي يباشر فيها مهمته هي في حكم الامتداد لإقامته في موطنه، وبعبارة أخرى، يعد مقر البعثة الدولية الذي يقوم فيه بأعمال وظيفته، امتداداً لإقليم الدولة التي يمثلها السفير، ومن هنا أتت تسمية نظرية امتداد الإقليم، ويتمثل مضمون هذه النظرية أن المبعوث الدبلوماسي أثناء وجوده في إقليم الدولة المعتمد لديها، فهو غير خاضع لقوانين هذه الأخيرة، وتقوم هذه النظرية على الافتراض الخالص⁽²⁾.

وتعد نظرية عدم الوجود الإقليمي أو الامتداد الإقليمي من النظريات التي قال بها قدامي فقهاء القانون الدولي ومؤداها أن الاختصاص القضائي للدولة تسري على جميع مواطنيها سواء المقيمين على إقليمها أم المقيمين في الخارج، وأن دار البعثة الدولية وموظفيها لا يخضعون لهذا الاختصاص، إنما يخضعون لاختصاص الدولة المرسلة بوصف دار البعثة جزء لا يتجزأ من أملاك تلك الدولة وتخضع لسيادتها⁽³⁾.

(1) خه لات أبو بكر عبد الله، حصانة مقر البعثات الدولية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 2014، ص 35.

(2) علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأ المعارف، الإسكندرية - مصر، 2005، ص 122.

(3) بيداء على ولي، الحصانات القضائية للمبعوث الدبلوماسي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الأول، 2014م، ص 279.

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي

تختلف النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي، وذلك في مدى جسامة هذه الأخطاء من عدمه، وهو ما نبينه في المطلبين الآتيين: المطلب الأول: النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي الجسيمة، والمطلب الثاني: النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي غير الجسيمة.

المطلب الأول

النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي الجسيمة

يُطلق مصطلح الأخطاء الجسيمة للمبعوث الدبلوماسي، أو الجرائم الخطرة، التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي، على تلك الأخطاء أو الجرائم التي تقع على أمن الدولة الخارجي، والتي من الممكن أن يترتب عليها إضاعة استقلال الدولة، أو الانتقاص من سيادتها، والعمل على تهديد سلامة أراضيها، أو هي تلك الأخطاء والجرائم التي تقع على أمن الدولة من الداخل، والتي تهدف إلى المساس بالدولة وسلطاتها وأجهزة الحكم؛ حيث لا تتواجد الدول إلا من خلال إقليم بري تتواجد فيه هي وشعبها وثرواتها الطبيعية والمادية والمعنوية، وأن تتمتع فوقه بالاستقرار والثبات الكاملين⁽¹⁾، وهو ما يعرف - في رأينا - بأمن الدولة الداخلي.

فالمخالفات الجسيمة التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي ضد الدولة الموفد لديها، بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، ويُطلق عليها اصطلاح الجرائم الواقعة على أمن الدولة الخارجي، أما الجرائم التي ترتكب ضد الدولة بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الداخلي، فهي تلك التي يُطلق عليها اصطلاح الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي⁽²⁾. إذن فإن فكرة الأمن القومي تكتمل في عنصرين متلازمين:

(1) عثمان عبد الرحمن عبد اللطيف محمد، الرسول الأعظم (صلى الله عليه وسلم) وقواعد العلاقات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، 2000، ص45.

(2) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص65.

أولهما: هو عنصر الأمن الداخلي، والثاني الأمن الخارجي للدولة، وكل منهما يمثل الحد الأدنى لضمان وجود الدولة؛ حيث يتعلق أولهما بعلاقة الدولة بأفراد شعبها، وما ينتج عن ذلك من حماية للأسس الشرعية داخل الدولة، فضلاً عن توفير المناخ الملائم لتحقيق الأهداف العامة للمجتمع، أي حماية الدولة مما قد يعرضها لانتهار داخلي، والتصدي لكل المحاولات التي تهدف إلى منع السلطات الشرعية القائمة، من مباشرة سلطاتها باعتبارها الممثلة لإدارة المجتمع.

أما العنصر الثاني للأمن القومي، يتمثل في حماية الدولة من جهة الخارج، من كافة الجرائم التي تقع عليها، فهو مرتبط بعلاقة الدولة بغيرها من الدول، والذي يعني حماية الدولة من الخضوع لسيطرة دولة أخرى، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما تعني الإحالة دون تعرضها لضغوط خارجية، ودفع أي عدوان عنها، ومنع الدول الأخرى من التدخل في شؤونها، وعلى ذلك فإن جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج، ما هي إلا فرع من فروع الجرائم العامة، أو لون من ألوانها في المرحلة التي بلغ فيها التنظيم الاجتماعي الإنساني مرحلة الدولة⁽¹⁾.

ومن ثم فإن الأمن القومي للدولة، يعد من العناصر الأساسية لازدهار واستقرار الدولة، ومفهومه مرن يتطور تبعاً للظروف التي تعيشها كل دولة، وما يحيط بها من أوضاع في جوانب إقليمية ودولية⁽²⁾.

تأسيساً على ما تقدم، نلاحظ: أن التشريعات والأعراف الدبلوماسية، التي أقرت بها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية الصادرة عام 1961، أدت إلى إحداث العديد من المشكلات لدى كثير من الدول، وذلك لما ترتب عليها من صعوبات بالغة لتحقيق أمنها واستقرارها من جهة الداخل والخارج على حد سواء، وذلك في الحال التي يرتكب فيها الموظف الدبلوماسي أخطاء تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية وتعرقل مهامه في تمثل دولته، وليس هذا قاصراً على دولة دون غيرها، إذ إن العديد من الدول المتقدمة، عجزت

(1) مجدي محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة - دراسة تحليلية لجرائم الخيانة، مرده سابق، ص15.

(2) خالد خليل إبراهيم الملاحيش، أثر التجسس الدبلوماسي على الأمن الوطني للدولة المعتمد لديها الموظف الدبلوماسي، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، العالمية - كلية الدراسات العليا، عمان - الأردن، 2019، ص6.

عن الإخلال بالقوانين والأعراف الدبلوماسية، وهو ما يعني أن ثمة نقاط ضعف تعتري الأنظمة وتؤثر عليها، وبمعنى أدق يوجد مصادر تهدد أمن الدولة ومصالحها الداخلية والخارجية، وتهدد رعاياها في الخارج وتؤثر على كيانها السياسي، كما تعمل على هدم خططها الاستراتيجية بصورة أو بأخرى، فضلاً عن أن أي مساس بكيان الدولة وأمنها القومي، يمثل في حد ذاته مساساً بسيادة تلك الدولة، ومدى تبعيتها لغيرها من الدول الكبرى، ومن ثم تلجأ كافة الدول إلى ضرورة الحفاظ على أمنها وسلامتها وسيادتها، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية أو الخارجية، بأي وسيلة من وسائل الردع التي تستخدمها الدول الكبرى في سبيل تحقيق مصالحها.

وعلى الرغم من حرص القانون الدولي على توفير الضمانات الكافية للمبعوث الدبلوماسي، بما يحقق لهم اليسر والسهولة في تأدية العمل الدبلوماسي على أكمل وجه ممكن، إلا أن ذلك لا يعني على الإطلاق انتهاك قانون الدولة المضيف من قبل الدبلوماسي، بل إن الواجب يفرض عليه احترام قانون البلد المضيف، والالتزام بالأنظمة والقوانين المعتمدة في ذلك البلد، وهذا ما يفرض عليه الالتزام بالأعراف والقوانين الدبلوماسية، وخاصة ما أقرته اتفاقية فيينا لعام 1961، في هذا الصدد، والتي نظمت مهام وواجبات الموظف الدبلوماسي، ونكرر القول إن إخلال الموظف الدبلوماسي بالأنظمة والقوانين في دولة ما يجعل منه شخصاً غير مرغوب فيه⁽¹⁾.

لقد أصبحت الوظيفة الدبلوماسية أحياناً سبباً في انتهاك بعض الدول للنظام الدبلوماسي في الدول المستقبلية، ثم إن أي مساس بالوظيفة الدبلوماسية ينعكس سلباً على العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين، وهذا ما ظهر واضحاً في وقتنا الراهن، فقد تزايدت وتعددت الانتهاكات التي تخل بالمبادئ التي يقوم عليها النظام الدبلوماسي، واتخذ بعض المبعوثين الدبلوماسيين من صفة الوظيفة الدبلوماسية وسيلة للحصول على المعلومات والأسرار المتعلقة بالأوضاع الاقتصادية والسياسية والعسكرية للدولة المستقبلية⁽²⁾، مما أثار عداوة السلطات المسؤولة في تلك الدولة، فعندما يقوم الموظف الدبلوماسي بارتكاب

(1) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 66.

(2) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 67.

بعض الجرائم الخطرة المحرمة دولياً، والتي تمس أمن الدولة المضيفة وسيادتها، مثل قيامه بأعمال التجسس، والتخريب السياسي، أو الخطف أو تجارة المخدرات، أو اغتيال المواطنين المعارضين لدولته، أو قيامه بالاتصال بمعارضة الدولة المضيفة، أو دعمه أفرادها، بأي شكل من الأشكال، فإن للدولة المستقبلية أن تعتبره في هذه الحالة شخصاً يمثل مساساً بأمنها القومي وسيادتها وانتهاكاً لقوانينها الداخلية، فليس هناك دولة لا تتمسك بالقانون الدولي في إرسال أو استقبال البعثات الدبلوماسية⁽¹⁾.

وفي ضوء ذلك، فإن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية تضمنت نصاً صريحاً بالنسبة للحالات التي يتجاوز فيها الموظف الدبلوماسي مهامه تحت غطاء الامتيازات والحصانات الدبلوماسية، وإقدامه على ارتكاب جرائم أو أخطاء جسيمة، مستغلاً مركزه الوظيفي، ما يجعله شخصاً غير مرغوب فيه (Persona nonrat) من قبل الدولة المستقبلية التي يعطيها الحق في إعلان أن هذا الدبلوماسي شخص غير مرغوب فيه، دون ذكر الأسباب التي دفعتها إلى رفض وجوده، فللدولة سلطه تقديرية واسعة في هذا المجال، وفي أي وقت من الأوقات، طبقاً لما قضت به أحكام المادة (9) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961م⁽²⁾.

ولأن الوظيفة الدبلوماسية تُعد وسيلة من وسائل تقوية العلاقات الدبلوماسية بين الدول، فإن أي إخلال بها قد يؤدي إلى اثر سلبي يضعف تلك العلاقة بين الدول، ويحد من فاعليتها، وذلك طبقاً لمبدأ احترام قواعد القانون الدولي وقوانين الدولة المضيفة أو دولة الترانزيت، ويعتبر هذا المبدأ قاعدة سلوكية واجبة الاتباع، كما يعد لازمة ضرورية

(1) ناظم عبد الواحد الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، ط1، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2001، ص46.

(2) نصت هذه المادة على أنه: " للدولة المعتمد لديها في أي وقت وبدون ذكر الأسباب أن تبلغ الدولة المعتمدة أن رئيس أو أي عضو من طاقم بعثتها الدبلوماسي أصبح شخصاً غير مقبول أو أن أي عضو من طاقم بعثتها (من غير الدبلوماسيين) أصبح غير مرغوب فيه، وعلى الدولة المعتمدة أن تستدعي الشخص المعني أو تنهي أعماله لدى البعثة وفقاً للظروف، ويمكن أن يصبح الشخص غير مقبول أو غير مرغوب فيه قبل أن يصل إلى أراضي الدولة المعتمد لديها فإذا رفضت الدولة المعتمدة التنفيذ أو لم تنفذ في فترة معقولة الالتزامات المفروضة عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة فللدولة المعتمد لديها أن ترفض الاعتراف للشخص المعني بوصفه عضواً في البعثة".

لمنح البعثات الدبلوماسية والقنصلية الحصانات والامتيازات التي تمكنها من أداء أعمالها المنوطة بها⁽¹⁾.

وإذا كان من مهام الموظف الدبلوماسي جمع المعلومات من مصادر مختلفة في الدولة المضيفة، فليس من مهامه أن يتجاوز الحد الذي تصبح فيه نشاطاته، خطرة على أمن الدولة المضيفة. وإزاء هذه المهمة، توجد صعوبة في أغلب الحالات في التمييز بين الوسائل المشروعة والوسائل غير المشروعة، أي في التفرقة بين ما هو مسموح وما هو ممنوع بالنسبة للمبعوث الدبلوماسي.

وتجدر الإشارة هنا إلى العدد الهائل من الممثلين الدبلوماسيين الذين تم اعتبارهم أشخاصاً غير مرغوب فيهم بسبب تصرفاتهم غير المشروعة، إلا أن ذلك لم يوقف ظاهرة الإجرام الدبلوماسي، ومن بينها التجسس السياسي والعسكري والاقتصادي. والتساؤل الذي يمكن إثارته في هذا المجال: هل يمكن أن يمارس الموظف الدبلوماسي التجسس؟

وهو ما يمكن أن يُطلق عليه التجسس السياسي، وهذا التجسس يحظى بغالبية اهتمام الدارسين من بين أنواع التجسس المختلف، إلا أنه أقلها اعتماداً، إذ لا يستطيع أحد أن يتنبأ بماهية القوى السياسية والمؤثرات الواقعة عليها في دولة مقر الدبلوماسية، ومن ثم يلجأ إلى التحليلات التي قد تكون غير صحيحة في كثير من الأحيان⁽²⁾. وفي هذا السياق، فإن العديد من الدول نظم قوانين وتشريعات تحرم التجسس، وتصنفه ضمن الجرائم الجنائية الخطرة، لأن التجسس يمثل خطورة على أمن الدولة وسيادتها.

وتأسيساً على ما تقدم، يتبين لنا أن التجسس يُعد جريمة يعاقب عليها القانون، ولكن من الناحية الإجرائية لا يمكن تطبيق القانون الجنائي في هذا المجال على الموظف الدبلوماسي، ومن ثم لا يمكن معاقبته، لكونه يتمتع بحصانة قضائية مطلقة وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة (31) من اتفاقية فيينا لعام 1961م⁽³⁾، ولأن الحصانات والامتيازات

(1) أحمد أبو الوفا، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية علماً وعملاً، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2003، ص32.

(2) سعد إبراهيم الأعظمي، جرائم التجسس في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد - كلية القانون، العراق، 1981، ص24 وما بعدها.

(3) نصت هذه الفقرة على أن: "1 - يتمتع الممثل الدبلوماسي بالحصانة القضائية الجنائية في الدولة

أصبحت وسيلة من الوسائل التي تساعد المبعوث الدبلوماسي على ممارسة التجسس، فقد قام كثير من الدول بتعيين أشخاص متمرسين في التجسس كأفراد في بعثاتها الدبلوماسية المعتمدة في الخارج⁽¹⁾.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على أخطاء الموظف الدبلوماسي غير الجسيمة

تشير جرائم أمن الدولة من جهة الخارج بعض الجدل، حول مدى تمتعها بالصفة السياسية، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى اختلاف وجهات النظر حول هذه الطائفة من الجرائم⁽²⁾، وعلى ذلك يمكن التمييز بين جرائم أمن الدولة من الخارج البسيطة والخطرة التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي، وذلك بالنظر إلى الدافع من وراء ارتكابها، وتكون الجريمة بسيطة إذا كان حدوثها بدافع آخر غير المساس بكيان الدولة وسلامة أمنها، وقد تكمن الصعوبة في التمييز بين الجرائم الخطرة وغير الخطرة⁽³⁾، في اختلاف نظرة الدول في تشريعاتها الجزائية إزاء ما يعد خطراً منها وما يعد بسيطاً، فقد تكون بعض الجرائم خطيرة في دولة ما وغير خطيرة في دولة أخرى؛ كما تختلف مكافحة جرائم أمن الدولة من دولة إلى أخرى، ففي كل من العراق⁽⁴⁾ ومصر⁽¹⁾، تم تقسيم جرائم أمن الدولة إلى

←

المعتمد لديها، ويتمتع أيضاً بالحصانة القضائية المدنية والإدارية إلا إذا كان الأمر يتعلق بما يأتي:
أ- إذا كانت دعوى عينية منسوبة على عقار خاص كائن في أراضي الدولة المعتمد لديها إلا إذا شغله الممثل الدبلوماسي لحساب دولته في خصوص أعمال البعثة.

ب- إذا كانت دعوى خاصة بميراث ويكون الممثل الدبلوماسي منفذاً للوصية أو مديراً للشركة أو وارثاً فيها أو موصى له بصفته الشخصية لا باسم الدولة المعتمدة.

ج- إذا كانت دعوى متعلقة بمهنة حرة أو نشاط تجاري -أيا كان- يقوم به الممثل الدبلوماسي في الدولة المعتمد لديها خارج نطاق أعماله الرسمية".

(1) رائد أرحيم محمد الشيباني، مرجع سابق، ص 69.

(2) مجدي محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة - دراسة تحليلية لجرائم الخيانة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1997، ص 72.

(3) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 78 وما بعدها.

(4) ينظر: المواد (156-189)، الخاصة بجرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الخارج، والمواد

←

نوعين، هما جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الخارج، وجرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل، وذلك لتأمين البلاد من مخاطر الدول الأخرى⁽²⁾. والقاعدة المتبعة هي عدم جواز إخضاع الموظف الدبلوماسي للاختصاص القضائي للدولة المضيفة ضد الجرائم البسيطة التي يرتكبها، سواء بصفته الرسمية أم الخاصة. وتشمل الحصانة هنا جميع الجرائم الواقعة على الأشخاص، كالجرائم المتعلقة بحياة الإنسان وسلامته بدنه، مثل القتل العمد والضرب المفضي إلى القتل، والقتل الخاطيء، وجرائم الجرح والضرب والإيذاء المتعمد، وجرائم الإجهاض والزنا، والجرائم الاقتصادية مثل: الجرائم الماسة بحرية الإنسان وكرامته، مهما تكن صفة المجرم عليه، سواء أكان شخصاً عادياً من مواطني الدولة المضيفة، أم كان موظفاً تم الاعتداء عليه أثناء ممارسته لمهامه، أو كان أجنبياً، أو كان ممن يتمتعون بالحصانة القضائية، كأن يكون المعتدى عليه مبعوثاً دبلوماسياً.

وتبعاً لذلك، فإن الدولة المستقبلية لا تستطيع أن تلجأ إلى إجراءات عقابية بشأن الموظف الدبلوماسي الذي يرتكب جريمة على إقليمها، إلا أنه يجوز لوزارة الخارجية استدعاء الموظف الدبلوماسي أو أحد أعضاء السفارة إلى ديوان الوزارة وإشعاره بعدم تكرار ذلك إذا كانت الجريمة المقترفة من الجرائم البسيطة، أما إذا كانت الجريمة المرتكبة من الجرائم الخطرة، فإنه يجوز للدولة اعتباره شخصاً مرغوب فيه وطرده من البلاد.

وإذا كانت الحصانة التي يتمتع بها الموظف الدبلوماسي، ضرورة لأداء مهامه بكل حرية، فإن هناك، مع الأسف الشديد، من الدبلوماسيين من يسيئون استعمال هذه الحصانة من أجل تحقيق أغراض شخصية أو للقيام بأعمال تهدد أمن الدولة المضيفة، وهذا يتنافى مع الغرض الذي من أجله منحت لهم الحصانة الدبلوماسية، وكان الأجدر بوضعي اتفاقية فيينا أن يدركوا ذلك ويحددوا بعض الاستثناءات، ومن بينها على سبيل المثال لا الحصر:

(1) الجرائم الخطرة: كجرائم القتل الجماعي، والاتجار بالمخدرات، نظراً لما لهذه

←

(190-222) الخاصة بجرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل، من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، وتعديلاته.

(1) ينظر: قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 وتعديلاته.

(2) اردلان نور الدين محمود، أحكام الجرائم الماسة بأمن الدولة في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة - مصر، 2014، ص 18 وما بعدها.

الجرائم من أثر مروع على المواطنين.

(2) الجرائم التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي ضد موظف دبلوماسي آخر: وذلك إذا لجأ الأخير إلى محاكم الدولة المستقبلية، وطلب منها إجراء التعقيبات القانونية بحق الجاني.

(3) الجرائم التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي: وذلك في المناطق الممنوع عليه دخولها.

(4) جرائم القتل العمد التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي: وذلك خلال فترة عمله في الدولة المستقبلية.

وإن كانت الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي قد نصت عليها الاتفاقيات الدولية، إذ نصت المادة (12) من نظام معهد القانون الدولي لعام 1895، على حصانة المبعوث المطلقة في هذا المجال، بيد أنها أكدت خضوعه لقانون الدولة التي أوفدته في حال ارتكابه جنائية في الدولة المستقبلية⁽¹⁾.

ونصت المادة (12) من اللائحة الخاصة بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية، التي أقرها اجتماع كمبرج عام 1895م، على أنه: "تتميز الحصانة القضائية حتى في الأحوال التي يكون فيها الجاني هو رئيس البعثة"⁽²⁾.

أما إذا كان الجاني أحد أعضاء البعثة، فإنها تتصل برئيس البعثة، وتطلب منه رفع الحصانة عنه أو استدعائه أو سحبه. وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه لأصحاب الحق، أو المجني عليهم أن يتقدموا بشكوى أمام وزارة الخارجية في دولتهم، حتى تتمكن من اتخاذ الإجراءات اللازمة بالطرق الدبلوماسية⁽³⁾.

وتتحرك الحصانة القضائية الجزائية مهما تكن قوة الجرم في هذا السياق، ويعرض الفقيه شارل روسو ثلاثة مواقف إزاء القتل غير العمد الذي قام به سفير النمسا في بلغراد ضد السفير الفرنسي في بلغراد، فقد اكتفت بلغراد بإدانة دولة النمسا دون ملاحقات جزائية، وهذه المواقف تتمثل في:

(1) الفعل المدني المرتبط بالفعل الجنائي وعملية إصلاحه، وهو القتل أو الجرح غير

(1) غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة - دراسة قانونية، مرجع سابق، ص 156.

(2) عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 159 وما بعدها.

(3) غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة - دراسة قانونية، مرجع سابق، ص 166.

الإرادي الذي يسببه الموظف الدبلوماسي. وتبقى الصلاحية للقضاء المحلي. (2) استمرار الحصانة القضائية في حالة الجرم المشهود، حتى وإن كان القتل إراديًا، باستثناء حالة تجارة المخدرات، ففي حالة الجرم المتلبس به، ليس أمام الدولة المعتمد لديها، إلا أن تطلب من الدولة الموفدة التنازل عن حصانة موظفيها الدبلوماسيين، أو أن تطلب إليها مقاضاتهم أمام محاكمها.

(3) عدم تطبيق الحصانة القضائية الجزائية على جرائم الحرب: وقد استند روسو في ذلك إلى حكم المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأوسط ضد الجنرال أو شيم (Ohshima) سفير اليابان في بروكسل في عام 1948م، وتعدد المخالفات والجرائم التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي، بالإضافة إلى جريمة القتل العمدي أو غير العمدي، وسنعرض فيما يلي لأهم المخالفات التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي. أولاً - مخالفة الموظف الدبلوماسي للأنظمة العامة وتعليمات المرور:

تضم الأنظمة والتعليمات الإدارية مجموعة من القواعد التي تهدف إلى المحافظة على النظام والسلامة العامة داخل الدولة، كالأحكام الخاصة بالبناء التي تفرض شروطاً معينة لإنشاء المباني وهدمها، تأميناً للسلامة العامة

ومراعاة للتنسيق داخل المدن، والأحكام الخاصة بالصحة العامة، والقيود التي تفرضها الدولة للمحافظة على الأمن المدني، كخطر ارتياد مناطق معينة أو خطر التجوال في أوقات محددة، ومثل هذه الأحكام والقيود التي تفرضها الدولة هي أحكام تصب في الصالح العام⁽¹⁾.

وتأسيساً على ذلك، نرى: ضرورة تطبيق الأحكام الخاصة بالصحة العامة على الجميع، ولا يستثنى بحال من الأحوال أي شخص منها، سواء كان مواطناً أو كان أجنبياً متواجداً على إقليم هذه الدولة، وعلى جميع أفراد البعثات الدبلوماسية الالتزام بهذه الأحكام، مثل غيرهم، مراعاة للصالح العام، إذ لا يوجد ما يمنع من الالتزام بالتعليمات الواردة من الجهة المسؤولة في هذا الشأن⁽²⁾.

(1) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 83.

(2) ومن الأمثلة المعاصرة على ذلك: فيروس كورونا (كوفيد - 19) المستجد، وما أثاره من ذعر وخوف وهلع، ولم تنج منه أي دولة من الدول، وما زالت آثاره وتبعاته لم تنته بعد.

إن أغلب المخالفات التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي في الدول، هي تلك المتعلقة بانتهاك أنظمة المرور في الدول المضيفة، كقيادة السيارة، وهو في حالة السكر، والقيادة بسرعة فائقة أو بدون رخصة قيادة، أو بدون وثيقة تأمين.

فهذه المخالفات ينتج عنها العديد من الجرائم، كالدس مثلاً وما ينشأ عنه من أضرار مدنية تلحق بالمجني عليه. وأصبحت هذه الجرائم تقلق الدول كثيراً في الوقت الحالي بالنظر إلى زيادة عدد وسائل النقل، وما تسببه من خطر على أرواح المواطنين، ومن إخلال بالنظام والطمأنينة والسلامة العامة، وإذا كانت أغلبية الدول لا تخضع الموظف الدبلوماسي الأجنبي لاختصاص محاكمها المحلية عن مخالفات المرور التي يرتكبها على إقليمها، فإنها في الوقت ذاته لا تتركه يتمادى في مخالفاته كيفما يشاء، إنما لها أن تتخذ من الوسائل ما يكفل احترام أنظمة وتعليمات المرور التي تصدرها، وتقوم كل الدول بعمل ما من شأنه الالتزام بقواعد المرور، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من أكثر الدول تشدداً في محاسبة المبعوثين الدبلوماسيين على مخالفاتهم لأنظمة وقواعد المرور، فقد أصدرت عام 1978، تعليمات موجهة إلى البعثات الدبلوماسية ميزت فيها بين ثلاثة أنواع من المخالفات، نبينها على النحو الآتي:

(1) **مخالفات المرور البسيطة:** وهي تلك الانتهاكات كثيرة الوقوع التي تتضمن عقوبات نقدية فورية، ففي هذه الحالة ليس للمبعوث الدبلوماسي أن يتمسك بالحصانة القضائية في الامتناع عن دفعها.

(2) **مخالفات المرور التي تتطلب إصدار مذكرة:** وهي تتضمن انتهاك قواعد المرور، وأيضاً دفع غرامة نقدية إلى المكتب المركزي، وترسل هذه المذكرة إلى البعثة الدبلوماسية التي ينتمي إليها الموظف الدبلوماسي المخالف، وللبعثة أن تقرر دفع هذه الغرامة أولاً.

(3) **مخالفات المرور الخطيرة:** وهي مخالفات تتطلب إجراءات قانونية مشددة، كالتوقيف مثلاً، ولا تتخذ مثل هذه الإجراءات بحق الموظف الدبلوماسي، وفي حين ذهب بعض الدول إلى توجيه مذكرات إلى البعثات الدبلوماسية الأجنبية، تطلب منها ضرورة حث أعضائها على احترام تعليمات المرور وعدم مخالفتها، أوجبت دول أخرى على الموظف الدبلوماسي أن يحمل رخصة القيادة السيارة أثناء استعمالها، ولها أن تسحب تلك الإجازة عند الاقتضاء، وخاصة عند المخالفة، في حين ترفض بعض الدول منح الموظف الدبلوماسي حق امتلاك أو قيادة سيارة معينة، ما لم يقيم بتأمينها ضد الحوادث

الناشئة عنها، دون الإخلال بحق هذه الدول في المطالبة من بعثته، بأن تتخذ الإجراءات التأديبية ضده، أو استدعاءه إلى ديوان وزارة الخارجية وتنبيهه إلى عدم تكرار ذلك. وفي هذا السياق، استدعت وزارة الخارجية العراقية الشخص الثاني في السفارة الهنغارية لمخالفة أحد المبعوثين الدبلوماسيين قواعد المرور في عام 1978، وأحيط علمًا بالمخالفة فأبدى المخالف اعتذاره وأكد أنه سيعرض الأمر على السفير لاتخاذ ما يلزم بحق الموظف الدبلوماسي.

ثانياً - حوادث السيارات:

تُعد حوادث السيارات من أكثر المشاكل التي يتعرض لها المبعوثون الدبلوماسيون، لما تسببه من إصابات تلحق الأذى بالمواطنين، وتؤدي إلى وفاة العديد منهم أو إصابتهم بإعاقات أو جروح أو غير ذلك، وقد ساهمت شركات التأمين الإلزامي المفروض على السيارات بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، فإذا ما ألحق الموظف الدبلوماسي الضرر بمواطن، فلهذا المواطن الحق في ملاحقة شركات التأمين والحصول على تعويض مناسب منها، وللمتضرر حق إقامة الدعوى على شركات التأمين مباشرة، والتعويض في هذه الحالة هو نتيجة طبيعية ومنطقية لثبوت المسؤولية الدولية عن أخطاء الموظف الدبلوماسي، وهو إحدى طرق إصلاح الضرر؛ حيث إن الإصلاح هو الأثر الرئيسي للمسؤولية الدولية، والذي يُعد أحد المبادئ الأساسية التي أكد عليها القانون الدولي⁽¹⁾.

غير أن المشكلة تظهر في تأمين الموظف الدبلوماسي على سيارته، ففي هذه الحالة لا توجد طريقة لإجباره على دفع التعويض للمتضررين عن حوادث تلك السيارات، ذلك أن الحصانة القضائية الجزائية تحول دون المطالبة بالتعويض.

وترتيباً على ذلك، فقد أوجبت العديد من الدول على الموظف الدبلوماسي أن يؤمن على سيارته كشرط أساسي لمنحه رخصة امتلاك السيارة أو قيادتها⁽²⁾، في عام 1974

(1) بوعمارة وافي، حماية البعثات الدبلوماسية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية - الجزائر، 2014، ص 79.

(2) ومما تجدر الإشارة إليه، أنه نظراً إلى تزايد حوادث المرور، فقد أوجبت الغالبية العظمى من الدول، وجوب أن يكون التأمين على السيارات، تأميناً إلزامياً، ومن أمثلة ذلك: من التشريعات العربية: القانون العراقي الصادر 1958، القانون المصري الصادر عام 1955، والقانون السوري الصادر عام

صدمت سيارة الملحق الثقافي لسفارة بنما في واشنطن طبيباً أميركياً أمضى في المستشفى 19 شهراً تحت العلاج، ولم يستطع الحصول على أي تعويض. وكذلك صدمت سيارة سفارة السنغال في واشنطن عام 1976، أحد عمال الطرق الأميركيين وتوفي من أثر الصدمة، ولم يستطع الحصول على أي تعويض لأن السيارة لم تكن مؤمنة، وهذا الوضع أدى إلى حرمان أعداد كبيرة من المتضررين من حقوقهم، خاصة مع تزايد هذه الحالات في العديد من الدول، وهو ما أدى إلى مشاكل كثيرة بين المواطنين، أصحاب الحقوق، وبين المبعوثين الدبلوماسيين، لذلك لجأت سفارات بعض الدول إلى تعويض المتضررين عن تلك الأضرار لأصابتهم من قبل مبعوثيها عن طريق منحهم مبالغ معينة ترضية لهم⁽¹⁾.

والتساؤل الذي يطرح في هذا المجال يدور حول الحصانة القضائية التي يتمتع بها الموظف الدبلوماسي، فهل الحصانة تمتد لغاية إعفائه من المسؤولية المدنية؟

إن التأمين الإلزامي يغطي المسؤولية المدنية في غالبية الدول، وإن الحصانة التي يتمتع بها الموظف الدبلوماسي لا تعفيه من المسؤولية المدنية، فقد أجاز التعامل الدولي للمتضرر ملاحقة شركات التأمين من أجل الحصول على تعويض مناسب عن الأضرار التي أصابته من جراء حوادث المرور، لأن شركات بها الموظف الدبلوماسي⁽²⁾.

التأمين ليس لها صفة تمثيلية، ومن هنا يجب أن لا تستفيد من الحصانة التي يتمتع بها، ولقد تم تطبيق هذه القاعدة في كل من فرنسا، والولايات المتحدة الأميركية، وبلجيكا؛ حيث سمح للمتضرر بإقامة الدعوى المباشرة على شركات التأمين⁽³⁾.

←

1953م، والقانون الأردني الصادر عام 1958، والقانون الجزائري الصادر عام 1980، ومن التشريعات الأجنبية: قانون الطرق والمرور البريطاني الصادر عام 1930، والقانون الفرنسي الصادر عام 1930، والقانون السويسري الصادر عام 1932.

(1) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 86.

(2) أقرت الاتفاقية الأوروبية، بشأن التأمين على المسؤولية المدنية الناشئة عن وسائل النقل، والتي تم توقيعها عام 1954، إقامة الدعوى على شركات التأمين بشكل مباشر، بقصد الحصول على تعويض الضرر الناشئ عن حوادث المرور. راجع في ذلك: المواد (1-13) من هذه الاتفاقية.

(3) وقد تتضمن قرار محكمة بروكسل التجارية والذي صدر سنة 1971، أن الشركة بقبولها عقد التأمين قد رضيت بقيام مسؤوليتها المدنية، وتنازلت عن الادعاء بالحصانة التي يتمتع بها الموظف

←

وإذا لم يؤمن الموظف الدبلوماسي على الأضرار المدنية الناشئة عن حوادث المرور، أو أن عقد التأمين تضمن شرطاً يعني شركة التأمين من دفع تعويض يتمتع به من حصانة قضائية، أو أن شركات التأمين لا تدفع التعويض في حالة صدور خطأ أو إهمال من قبل المتسبب، فإن ذلك لا يبرر للمبعوث التهرب نهائياً من المسؤولية المدنية، وإنما يمكن للمتضرر أن يسلك الطرق المقررة قانوناً لاستيفاء حقه.

وقد يبرر بعض الكتاب أساس حق المتضرر بالحصول على تعويض مناسب في هذه الحالة، إلا أن الحصانة القضائية لا تضمن رفع المسؤولية المدنية عن مرتكبي مثل هذه الحوادث، بل إن كل ما في هذه الحصانة، هو الامتناع عن إجراء محاكمة الموظف الدبلوماسي في محاكم الدولة المضيفة.

وبوجه عام وفي كثير من الأحيان تلجأ دولة الموظف الدبلوماسي إلى دفع تعويض مدني للمتضرر، كهدية لتغطية النفقات التي صرفها من جراء الحادث.

وتقوم بذلك بغرض الحفاظ على سمعة الموظف الدبلوماسي وعدم التشهير به، وليس من باب الإلزام، وقد حدث في عام 1978، أن تسبب أحد الدبلوماسيين بقتل شخص بعد أن صدمه بسيارته، ورغم أن الدبلوماسي كان يقود سيارته بسرعة، إلا أنه لم تتخذ ضده أي إجراءات، سوى أن دولته قدمت تعويضاً مناسباً لورثة المجني عليه، وفي عام 1967، دهس أحد المبعوثين الدبلوماسيين في سفارة جمهورية أفريقيا الوسطى في بغداد، طفلاً وامرأتين، وقدم السفير أسفه عن الحادث، ثم قدم هدية لذوي المجني عليهم، وكذلك في عام 1957، تسبب السفير اليوغسلافي في الأمم المتحدة بقتل شخص بسيارته، ورغم أن السفير دفع بالحصانة القضائية، إلا أن حكومته دفعت تعويضاً مناسباً لورثة المجني عليه⁽¹⁾.

ولكن هذا الخضوع التلقائي من الممثل على نحو ما سلف لا يبرر مقاضاته جزائياً، وإضافة إلى ذلك، فإن المحاكم لا تستطيع الحكم مباشرة على شركات التأمين دون تدخل الموظف الدبلوماسي شخصياً في الدعوى وسماع أقواله، لأن الأخطاء التي ترتكب أثناء

←

الدبلوماسي وإلا ما الفائدة من التأمين الذي يجريه الموظف الدبلوماسي.

(1) رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 88.

حوادث المرور هي أخطاء شخصية، وطالما أن الموظف الدبلوماسي يتمتع بالحصانة القضائية، فإن المحكمة لا تستطيع الحكم على شركة التأمين لعدم مثل الشخص المسؤول أمامها، وهو الموظف الدبلوماسي الذي لا يمكن إدخاله قسراً حتى كطرف في الخصام، وبالتالي نجد أن هنالك اختلافاً بين الدول في هذا الموضوع، فمنها ما يتسم بالموضوعية، ومنها ما هو غير موضوعي.

أما بالنسبة لاتفاقية فيينا لعام 1961، واتفاقية البعثات الخاصة لعام 1969، فإننا لا نجد أي نص يلزم الموظف الدبلوماسي بالتأمين على سيارته لتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن تلك الحوادث، ولهذا فإننا نجد أن كل الإجراءات الأخرى المتخذة بحقه، كإخضاعه للتأمين الإلزامي وعدم السماح له بقيادة أي سيارة ما لم يدفع قسط التأمين، تسند إلى نص المادة (41) من اتفاقية فيينا لعام 1961، التي توجب على الموظف الدبلوماسي احترام قوانين الدولة المعتمد لديها وأنظمتها من أجل تلافي مثل هذه المشكلة القانونية⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى المخالفات المتقدمة، والتي تبدو أنها مخالفات تقليدية، فإن الباحث يرى أن هناك العديد من المخالفات الحديثة التي يرتكبها المبعوث الدبلوماسي، ومن هذه المخالفات - في نظر الباحث ما يلي:

- (1) يجب على المبعوث الدبلوماسي أن يتحلى - من وجهة نظرنا - بالقيم والأخلاق، وأن يكون مثلاً يحتذى به في الدولة الموفد إليها؛ حيث إنه من حيث الأصل ممثلاً لدولته وتمثل أخلاقه وتصرفاته انعكاسات - إيجابية أو سلبية - لدولته التي أوفدته، ومن ثم لا يجوز له أن يتجاوز الأطر الأخلاقية والقيم الوطنية.
- (2) كما أنه من غير المقبول إبداء الموظف الدبلوماسي بتصريحات غير صحيحة عن

(1) تنص هذه المادة على أن: " 1- مع عدم المساس بالمزايا والحصانات على الأشخاص الذين يتمتعون بها احترام قوانين ولوائح الدولة المعتمدين لديها، وعليهم كذلك واجب عدم التدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدولة.

كل المسائل الرسمية المعهود بحثها لبعثة الدولة المعتمدة مع الدولة المعتمد لديها يجب أن تبحث مع وزارة خارجية الدولة المعتمد لديها عن طريقها أو مع أي وزارة متفق عليها. لا تستعمل مباني البعثة في أغراض تتنافى مع أعمال تلك البعثة التي ذكرت في هذه الاتفاقية أو مع قواعد القانون الدولي العام أو مع الاتفاقيات الخاصة القائمة بين الدولة المعتمدة والدولة المعتمد لديها".

أي من الدولتين - المضيفة والموفدة - ما لم يرخص له بذلك، وعليه أن يترفع بأقواله عن الصغائر وسفاسف الأمور، ويحذر عليه مجاوزة ذلك.

(3) على الموظف الدبلوماسي، أن ينأى بنفسه عن المواطن التي تحوم حولها الشبهات، كالمواقع الإلكترونية المشبوهة، وأن يكون دائماً معتزاً بوطنه وكرامته، وأن لا يتنازل عن أي شيء له حق فيه، إذ إن تنازله يمثل - على الصعيد الدولي - تنازل دولته، فهو المرآة العاكسة لوطنه، ومن ثم يحذر عليه التفريط في حق من حقوقه أو حق من حقوق رعايا دولته التي يمثلها.



الخاتمة

توصلنا في نهاية البحث إلى أن مهمة المبعوث الدبلوماسي تتمثل في تأمين أمن بلاده القومي، وترتيباً على ذلك، فإن الدولة المضيفة يكون لها الحق في الحفاظ على أمنها، وفي سبيل ذلك، تلجأ الدول إلى الوسائل القانونية السلمية الواردة في القانون الدولي العام، وفي ختام هذا البحث نورد أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً - النتائج:

(1) بينت الدراسة، إن تمتع الموظف الدبلوماسي بالامتيازات والحصانات التي تمكنه من مباشرة مهامه، لا يحول دون مسائلته أو معاقبته تأديبياً، إذا ما ارتكب خطأً جسيماً يخل بأمن وسلامة الدولة المضيفة التي يقيم على أرضها.

(2) بينت الدراسة، أن مسؤولية الدولة عن أخطاء الموظف الدبلوماسي، تقوم على أساس القانون الدولي العرفي والاتفاقي والنظريات الفقهية، ووفقاً لأحكام محكمة العدل الدولية.

(3) بينت الدراسة، أن للدولة سلطة تقديرية لمدى جسامة المخالفة التي يرتكبها الموظف الدبلوماسي، ومن ثم تقدير النتائج المترتبة على ارتكاب هذه الأخطاء والمخالفات.

ثانياً - التوصيات:

(1) نوصي المشرع الدولي بإعادة النظر مجدداً في إجراء تعديلات في بعض نصوص اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961م، بشكل يجعلها أكثر ملائمة مع ما يستحدث من إشكاليات قانونية في مجال العلاقات الدولية، وذلك نتيجة المتغيرات الدولية.

(2) نوصي بإعادة النظر في مبدأ المعاملة بالمثل، المنصوص عليه في المادة (47) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، وخاصة فيما يتعلق بالجانب السلبي منه.

(3) نوصي بإعادة النظر في حصانة الموظف الدبلوماسي ضد إجراءات القبض، وذلك بإضافة فقرة أو مادة في الاتفاقية، تتضمن كيفية معاملة الدبلوماسيين المقبوض عليهم، بما يضمن لهم الحفاظ على كرامتهم بوصفهم ممثلين لسيادة دولهم.

(4) نوصي بإعادة النظر في شرط التنازل المستقل بالنسبة لإجراءات التنفيذ الجزائية،

بالنظر إلى أنه يفسح المجال أمام الدول لكي تستفيد منه بخصوص الأحكام الصادرة في صالح مبعوثيها، دون تلك التي تتضمن عقوبة جزائية ضدهم، وهو ما يتعارض مع مقتضيات العدالة. ولهذا فلا بد من إضافة فقرة أو مادة لاتفاقية فيينا تتضمن حلاً منطقيًا يقضي على هذا التعارض المخل.



قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- 1- أحمد أبو الوفا، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2006.
- 2- أحمد أبو الوفا، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية علماً وعملاً، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2003.
- 3- اردلان نور الدين محمود، أحكام الجرائم الماسة بأمن الدولة في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة - مصر، 2014.
- 4- ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة واستراتيجية إدارة المفاوضات، دار المسير للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
- 5- رائد أرحيم محمد الشيباني، آثار تجاوز الموظف الدبلوماسي لمهامه المنصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2014.
- 6- عبد العزيز بن ناصر بن عبد الرحمن العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2007.
- 7- عثمان عبد الرحمن عبد اللطيف محمد، الرسول الأعظم (صلى الله عليه وسلم) وقواعد العلاقات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 8- علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأ المعارف، الإسكندرية - مصر، 2005.
- 9- علي يوسف الشكري، الدبلوماسية في عالم متغير، ط1، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، 2004.
- 10- غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة - دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2011.
- 11- فادي الملاح، سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدولية، دار الجامعة، إسكندرية، 1993.

- 12- مجدي محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة - دراسة تحليلية لجرائم الخيانة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1997.
- 13- محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، 1993
- 14- محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، بدون سنة النشر
- 15- مصباح جمال مقبل، الموظف الدولي ومدى مسؤولية الدولة عن أعماله، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011
- 16- ناظم عبد الواحد الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، ط1، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2001.
- ثانيا - الرسائل والأطاريح الجامعية:
- 1- بوعماره وافي، حماية البعثات الدبلوماسية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية - الجزائر، 2014.
- 2- حماده قرني عبد السلام، الوضع القانوني للحقبة الدبلوماسية ولحاملها في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، - كلية الحقوق، 2001.
- 3- خه لات أبو بكر عبد الله، حصانة مقر البعثات الدولية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 2014.
- 4- ريم صالح الزين، الاختصاص الافتائي لمحكمة العدل الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق، الأردن، 2010.
- 5- سعد إبراهيم الأعظمي، جرائم التجسس في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد - كلية القانون، العراق، 1981.
- 6- طالب بن سالم بن راشد الخروصي، مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها في سلطنة عمان - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس - كلية الحقوق، عمان، 2011.
- 7- عبد الحي كامل محمد محمد فتیان، الحصانة الشخصية لأعضاء البعثات الدبلوماسية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون، 2000.

- 8- عمر محمد زهدي، التنظيم القانوني لحصانة البعثة الدبلوماسية في القانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، مصر، 2015.
- 9- فواز صقر الفايز، المسؤولية الجزائية للمبعوث الدبلوماسي في الاتفاقيات الدولية والقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق، الأردن، 2019.
- 10- لنا حسين صالح، مسؤولية أعضاء البعثات الدبلوماسية عن الأعمال الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق، 2018.
- 11- مروان صبحي هاشم أبو تدي، مسؤولية دولة الملجأ عن أعمال وتصرفات اللاجئين - دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قواعد القانون الدولي وأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، (غزة)، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2019.
- 12- نصر الدين قليل، مسؤولية الدولة عن انتهاكات القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر سعد إبراهيم الأعظمي، جرائم التجسس في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد - كلية القانون، العراق، 1981.
- 13- هندي محمد عبد المولى، أهداف الدبلوماسية العربية في أفريقيا من منظور الأمن والتنمية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات السياسية والقومية، القاهرة، 1990.
- 14- وليد عمران، الوسائل المنظمة للعلاقات الخارجية (التمثيل الخارجي والمعاهدات)، رسالة ماجستير، جامعة فلسطينية 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2014.
- 15- يونس طلعت عبد الرزاق الدباغ، الدبلوماسية المعاصرة في ظل العولمة اتجاهات ونماذج، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين - أربيل، 2013.
- ثالث: البحوث العلمية:
- 1- بيداء على ولي، الحصانات القضائية للمبعوث الدبلوماسي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد ثالث، عدد الأول، 2014.
- 2- سعيد طلال الدهشان، محكمة العدل الدولية كآلية لمقاضاة "إسرائيل" كدولة: الفرص والإمكانيات، مجلة الجنان لحقوق الإنسان الناشر: جامعة الجنان - قسم حقوق الإنسان المؤلف الرئيسي، العدد (9، 10)، حزيران 2016.

- 3- صبحي محمد أمين، مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية والتعويض عنها في القانون الجزائري، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد 9، مايس 2017.
- 4- حاتم العبد، مسؤولية الدولة عن الأفعال غير المشروعة دولياً: الجرائم الدبلوماسية والقنصلية نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، المجلد 62، العدد 1، يناير 2020.
- 5- علاء الدين تكتري، عوى مسؤولية الدولة ومسطرة مقاضاة الدولة، جامعة لونيبي علي البليدة 2 - مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية، العدد 16، 2017
- 6- محمد أمين إسماعيلي، لمحة عن محكمة العدل الدولية، مجلة قانونك، العدد 4، أكتوبر 2017.

الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961

2- اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية 1963

3- اتفاقية البعثات الخاصة 1969

رابعاً: القوانين:

1- قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل

2- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل

الملخص

الدبلوماسية، هي أداة من أدوات التمثيل الدولي وهي الأساس الذي يركز عليه فن الحكم، وإدارة شؤون الدولة، وفن تنفيذ سياسة الدولة الخارجي، ونظرًا لأهمية دور المبعوث الدبلوماسي كان لا بد أن يتمتع الموظف الدبلوماسي بالعديد من الحصانات والامتيازات التي تمكنه من أداء مهامه المنوطة به على أكمل وجه ممكن وقد نظمت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961 الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها الموظف الدبلوماسي أثناء مهامه ويحظر عليه مخالفة تلك القواعد.

وقد تناولت الدراسة الإشكالية الناشئة عن إخلال الموظف الدبلوماسي بالتزاماته في إطار القانون الدولي الدبلوماسي وتوصلت إلى أن مصدر الإخلال بتلك الالتزامات يكمن في الطبيعة السياسية للعمل الدبلوماسي وخصوصيتها ومن ثم الخلط بين الطابع الشخصي والطابع السياسي للمهام الموكلة إلى المبعوث الدبلوماسي كما إن تقرير المسؤولية الدولية عن إخطاء الموظف الدبلوماسي قررت كضمانة أساسية لاحترام الدول لالتزاماته الدولية المنبثقة عن القانون الدولي العرفي والاتفاقي والنظريات الفقهية وفقا للقوانين والقرارات الدولية.

پوخته

دبیلوماسی نامرازیکي نوینه رایه تی نیوده وله تییه، وهونهری حوکمرانی و بهر یوه بردنی کاروباری دهولته و هونهری جیبه جیکردنی سیاستی دهرموه ی دهولته لهسه ری بنیات دهنریت، به هوی گرنگی رولی نیرده ی دبیلوماسی، کارمندی دبیلوماسی چهن دین پاریزبندی و نیمتیزاتی بو دیاریکراوه که وا دهکات بتوانیت نهو نهرکانه ی که پی سپردراوه به تهوای جیبه جی بکات دیاره ریکهوتننامه ی قیهنا بو په یوه ندییه دبیلوماسییه کان 1961 نهو پاریزبندی و نیمتیزاتانه ی ریکهستوه که کارمندی دبیلوماسی له کاتی نهرکه کانیدا به دهستی دهینی، وههروه ها کارهکانی که ههژمارده کریت پیشه لکاریه دیاریکردوه به پی یاسا.

نهم توپزینه وه باس له کیشه سه ره له داوه کان کردوه که له چوارچیه ی یاسای دبیلوماسی نیوده وله تییدا سه ره له ده دات له دهر نه جانی پیشیلکردنی نهرکهکانی ستافی دبیلوماسی و بهو نه جامة گه شتوه که سه رچاوه ی پیشیلکردنی نهو پابه ندبو و نانه ده گهریته وه بو سه روشتی سیاسی کاری دبیلوماسی و تاییه تمه ندییهکانی کاری پیشه یی و دواتر تیکهل بوون له نیوان سه روشتی که سی و سیاسی فرمانبهرانی دبیلوماسی نهو نهرکانه ی که به نیرده ی دبیلوماسی سپردراوه، نهو دهسکه تانه وهک گهره ندییه یاسای بریار دراوه بو نوینه رانی ولاتان بهرامبر به پابه ندبوون که سه رچاوه ی ده گهریته وه بو ریکهوتننامه و نه ریتیه نیوده وله تییهکان و تیورییه فیه ییه کان.

Abstract

Diplomacy is considered as one of the tools for the international representation, as well as the basis on which the government's art of, the state affairs management, and art of implementing the state's foreign policy are based. For the importance of the role of the diplomatic envoy, the diplomatic employee must enjoy many immunities and privileges that enable him to perform his duties that are entrusted to him as fully as possible. The Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 regulated the immunities and privileges enjoyed by the diplomatic employee during his duties and prohibited him from violating those rules. The study dealt with the problem arising from breaching the diplomatic employee's obligations within the framework of international diplomatic law. It concluded that the breach source of those obligations lies in the political nature of the diplomatic work and its specificity, and then the confusion between the personal and the political nature of the tasks assigned to the diplomatic envoy. Also, the determination of the international responsibility for the mistakes of the diplomatic staff was decided as a basic guarantee for states' respect for their international obligations emanating from customary international law, conventions and jurisprudential theories in accordance with international laws and decisions.

ضوابط مبدأ التناسب في التجريم (*) دراسة تحليلية

أ.م.د. خليل يوسف جندي (**)

كلية القانون/ جامعة دهوك

الباحثة م.م. تغريد سامي إبراهيم (***)

ریساکانی پرهنسیپی گونجاوی له به تاوانکردندا

تویژینه وهیهکی شیکاری یه

د. خلیل یوسف جوندی

کۆلیژی یاسا / زانکۆی دهۆک

تویژههه/ تهغرید سامی ئیبراهیم

Controls of the principle of proportionality in criminalization (An analytical study)

Assistant Professor Dr. Khalil Yousef Jundi

College of Law/ University of Duhok

Assistant teacher. Taghreed Sami Ibrahim

تاریخ قبول النشر: 2022/12/12.

(*) تاریخ استلام البحث: 2022/10/30.

(**) khalil.jundi@uod.ac

(***) taghreed.ibrahim@dpu.edu.krd



ضوابط مبدأ التناسب في التجريم

أ.م.د. خليل يوسف جندي

كلية القانون/ جامعة دهوك

الباحثة م.م تغريد سامي إبراهيم

الكلمات المفتاحية:

التجريم، التناسب، الضوابط، الكفالة الدستورية.

كليه ووشه:

بهتاواندانان، گونجانندن، ريساكان، پاراستنى دهستورى.

key words: criminalization, proportionality, controls, constitutional guarantee.

المقدمة

يعد (مبدأ التناسب) من المبادئ الدستورية التي من شأنها أن تحد من سلطة المشرع الجزائي عند وضعه نصوص التجريم والعقاب، وبناء على ذلك فقد بات لزاما على المشرع الجزائي التقيّد به فيما يصد عنه من تشريعات من أجل التوفيق بين حماية المصالح التي يراها جديرة بالحماية وبين ما يتمتع به الأفراد من حقوق وحرّيات، فالتشريع الجزائي سلاح ذو حدين، ان احسن المشرع استخدام هذا السلاح كانت الحماية الجنائية المقررة للمصالح في محلها، اما إذا أخطأ استخدامه اختل التوازن بين الحماية التي يقرها المشرع للمصالح وبين ما يتمتع به الأفراد من حقوق وحرّيات وهو ما يعد خرقاً (لمبدأ التناسب).

أولاً: أهمية الدراسة

إن موضوع تحقيق التناسب في القاعدة الجنائية من المواضيع التي تحظى باهتمام كبير في مجال فلسفة النص الجنائي وقراءة ما وراء سطور هذا النص ومدى التزام المشرع الجزائي به عند وضع نص التجريم، هذا من جانب ومن جانب آخر جاءت هذه الدراسة لكي تصحح ما يدور في أذهاننا حول سلطة المشرع المطلقة في التجريم والعقاب، إذا أن تحقيق التناسب بين حماية المصالح من خلال تجريم المساس بها وبين ما يتمتع به الأفراد

من حقوق وحرريات بموجب (الدستور) باتت من الأسس والقواعد الضرورية التي تقوم عليها السياسة الجنائية الحديثة في التجريم والعقاب.
ثانياً: الهدف من الدراسة: تدور الأهداف التي تسعى هذه الدراسة إلى تحقيقها فيما يأتي:

- 1- تسلط الضوء على حدود سلطة المشرع في التجريم بكونها غير مطلقة وإنما هي مقيدة بضوابط معينة تجعل من النص الجزائي عبارة عن معادلة رياضية لكونه يحتوي على شقين من المتغيرات (حماية المصالح وعدم المساس بالحقوق والحرريات).
 - 2- إن الالتزام بمبدأ التناسب في التجريم يؤدي بالقاعدة الجنائية إلى الوضوح والشفافية والاستقرار، وهذا من شأنه أن يحقق (اليقين القانوني الجنائي)، فالنص القانوني عندما يفتقد إلى الوضوح يكون عرضة لإجراء التعديلات عليه والتي تجعل من جوهره وشكله لا يلاقيان القبول والواقعية عند المخاطبين بالقاعدة الجنائية.
- ثالثاً: إشكالية الدراسة: تخوض هذه الدراسة في بعض الإشكاليات التي يمكن إجمالها كالآتي:

- 1- ان التزام المشرع عند التجريم بالركن المادي أو ما يسمى (بمادية الجريمة) للجريمة هل هذا يدعو إلى القول انه يشمل الركن المادي بجميع عناصره الفعل والنتيجة والعلاقة السببية، أم انه فقد يعتد بالسلوك الإجرامي.
 - 2- وتدور مشكلة الدراسة أيضاً حول مدى إمكانية استخلاص معيار دقيق لتطبيق التناسب، اي (القدر المعين) الذي نستطيع من خلاله القول بأن النص الجزائي مستوفي لضوابط التناسب في التجريم.
- رابعاً: - فرضية الدراسة

- 1- تتمثل فرضية الدراسة في أن تطبيق مبدأ التناسب في نطاق التجريم من شأنها أن تلعب دوراً عكسياً متمثلاً ب (إباحة سلوك معين وامتناع المسؤولية) اذا لم تكن هناك ضرورة لتجريم هذا الفعل
 - 3- هل ان التشريعات الجنائية الخاصة التي تصدر باستمرار مستوفية لضوابط التناسب في التجريم وهل تستند على ضرورة ملحة أم انها جاءت لتحقيق رغبات سياسية.
- خامساً: منهج الدراسة
- ارتأينا في هذه الدراسة اختيار (المنهج التحليلي) للبحث في بعض الضوابط

الموضوعية والشكلية في التجريم، ولبيان مدى التزام المشرع بها عند صياغة النص الجزائي وهل راعى في ذلك الضرورة في التجريم.

سادسا: نطاق الدراسة: ينحصر نطاق دراستنا في تسليط الضوء على القواعد الموضوعية لمعرفة مدى تحقيق التناسب في نصوصها وبالتحديد (شق التجريم) دون شق العقاب ويخرج من نطاق دراستنا التناسب في القواعد الإجرائية.

سابعا: هيكلية الدراسة: قسمنا موضوع دراستنا إلى مبحثين وبالشكل التالي: -

نتناول في المبحث الأول: التعريف بضابط التناسب في التجريم نتناول فيه معنى الضابط وتمييزه عن بعض المعاني المشابهة له وذلك في المطلب الأول، في حين نتناول معرفة معنى التناسب وتمييزه عما يشته به في المطلب الثاني، وخصصنا المطلب الثالث والرابع لتسليط الضوء على الأساس القانوني للالتزام بمبدأ التناسب، ولمعرفة الضرورة في التجريم وعلاقتها بمبدأ التناسب، اما المبحث الثاني: خصصناه لدراسة ضوابط التناسب في التجريم، وقسمناه إلى مطلبين مستقلين، نتناول في المطلب الأول الضوابط الموضوعية للالتزام بمبدأ التناسب في التجريم، اما المطلب الثاني نتطرق من خلاله إلى الضوابط الشكلية.

المبحث الأول

التعريف بضابط التناسب

انطلاقاً من أهمية عدم المساس بالحقوق والحريات الا لضرورة ملحة تدعو المشرع إلى التدخل لتجريم بعض الأفعال حماية للمصالح التي يراها المشرع فعلاً انها جديرة بالحماية، وعليه سوف نتناول في هذا المبحث معنى الضابط والتناسب وتمييزهما عما يختلط بهما من مفاهيم، بالإضافة إلى الأساس القانوني له وضرورة التجريم وعلاقتها بمبدأ التناسب وذلك من خلال المطالب التالية: -

المطلب الأول

معنى الضابط وتمييزه عن غيره من المعاني المشابه له

نتناول ذلك من خلال الفرعين التاليين: -

الفرع الأول

معنى الضابط

أولاً: الضابط لغة: الضوابط هي جمع ضابط ومعناه مأخوذ من الضبط وهو لزوم الشيء، وحبسه، وذهب البعض إلى القول (الضبط) لزوم الشيء فلا يفارقه في كل شيء، ومنه يقال أخذه فتأبطه ثم تضبطه، وأيضاً يقال ان فلان لا يضبط عمله أي لا يقوم بما فوض به، وكأن ذلك لعدم قدرته على لزوم ذلك العمل وحبسه لنفسه عليه⁽¹⁾

ثانياً: الضابط اصطلاحاً فيه اتجاهان:

ذهب الاتجاه الأول إلى بيان معنى الضابط وشبهه بأنه القاعدة بدون تفريق بينهما، أي ان الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية مترادفان يدلان على معنى واحد. اما الاتجاه الثاني، يذهب إلى القول ان (الضابط الفقهي) مجاله أضيق من مجال القاعدة فهما متفقان ان كل منهما حكم كلي تدرج تحته فروع فقهية الا ان الضابط يختص بباب فقهي

(1) ابن منصور، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، ج7، 1968 ص340

واحد على عكس القاعدة الفقهية التي تختص بأبواب عدة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تمييز الضابط عن بعض المفاهيم التي قد تختلط به

أولاً: القاعدة:

ان الفرق بين الضابط والقاعدة ان القاعدة تجمع فروعاً في أبواب شتى والضابط يجمعها في باب واحد ومن هذا يتضح ان الضابط متفق تماماً مع القاعدة الفقهية ولكنه يختلف عنها بفارق واحد إذ انه ينحصر نطاقه في باب واحد اما القاعدة فيتجاوز نطاقها إلى أكثر من باب⁽²⁾.

ثانياً: المعيار:

هو نموذج أو دليل ظاهري يمكن المخاطب بالقاعدة القانونية من التعرف على الشيء وقبوله وإصدار حكم عليه، المعيار هو أداة (للتمييز) وذلك لعدم الوقوع في الخطأ، اما من وجه نظر القانون فهو (أداة فكرية) مرنة للتوجه التشريعي والقضائي، لتقييم أفكار ووقائع بالاستناد إلى معطيات ومفاهيم (اجتماعية، وسياسية، واقتصادية) متركزة في المجتمع ما يترتب عليه تقرير حق أو فرض واجب والمعيار، يرد كمقوم للقاعدة بينما يرد الضابط كمقوم للمعيار. ثالثاً: المبدأ: يعرف بأنه مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني من حيث تطبيقه، إلا أنها لا تملك دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها، في حين يعرفها البعض بأنها: قضية كلية جعلت أساساً لحل مجموعة من القضايا الفرعية⁽³⁾ بمعنى ذلك ان الضابط أدق من المبدأ.

(1) عباس عبد الرزاق مجلي السعيد، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي، مصر، 2018، ص 23

(2) عباس عبد الرزاق مجلي السعيد، مصدر سابق، ص 24.

(3) المصدر نفسه، ص 24 وما بعدها.

المطلب الثاني

تعريف التناسب وتمييزه عن بعض المفاهيم التي يشتبك معها

سوف نتناول ذلك من خلال الفرعين التاليين: -

الفرع الأول

معنى التناسب

أولاً: التناسب لغة:

التَّنَاسُطُ: التَّشَابُه. والتَّنَاسُطُ (في الرياضة): بمعنى تَسَاوِي نسبتيْن، والنِّسْبَةُ، قد تعني الصِّلَةُ أو القرابة. والنِّسْبَةُ المقدارُ المنسوب. ويقال: يضاف هذا إلى هذا بنسبة معينة: أي بمقدار كذا. ويقال: بالنسبة إلى كذا: أي بالنظر والإضافة إليه.⁽¹⁾

ثانياً: - التناسب اصطلاحاً

يراد به في الاصطلاح القانوني، بأنه تعبير عن الصلة (التوافقية) بين حالة معينة وأخرى مناضرة لها، وذلك نتيجة توازن مقبول بينهما، أي بمعنى انه يعبر عن وجود علاقة منطقية بين شيئين، وهو لن يكون الا نسبياً حين يتعلق الأمر بإقامة علاقة مقارنة بين قيم مختلفة.⁽²⁾ اما معناه في التشريع يعني العلاقة بين سبب التشريع وبين محله، اي مدى التوافق والتقارب بين الحالة الواقعية والقانونية التي دفعت السلطة المختصة بالتشريع إلى إصدار تشريع معين، وبين الأثر القانوني الذي يتبعه المشرع من سن هذا التشريع.⁽³⁾ اما معناه في

(1) محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2013، ج، ط، ص

(2) يلاحظ ان المشرع يستعمل مصطلح التناسب في فروع القانون الأخرى، كالقانون المدني والقانون الإداري، ففي إطار القانون المدني تلاحظ ان المشرع العراقي استعمل هذا المصطلح في البند (ب) من الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، إذ اعتبر التناسب شرطاً أساسياً لاستعمال الحق، ومن ثم اعتبر استعمال الحق غير جائز في حالة كون المصالح التي يرمي إليها ذلك الاستعمال قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وفي إطار القانون الإداري فإن التناسب مصطلح يستعمل للتعبير عن "سبب القرار ومحله"، نقلاً عن د. دلشاد عبد الرحمن البر يفكاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، 2016، ص34، هامش رقم (1)

(3) د. تركي عطية، الطبيعة المتغيرة للضرورة والتناسب في سياسة التجريم، المجلة القانونية (بدون عدد

←

نطاق التجريم: يقصد به بأنه العلاقة بين ضرورة التجريم (العلة أو السبب من التجريم) والعقوبة المقررة للجريمة أي (الأثر المترتب التجريم)، بحيث تكون العقوبة ضرورية لمكافحة الجريمة ولتحقيق أهدافها المتمثلة (بالردع العام والردع الخاص)، ومن ثم تحقيق العدالة، والجدير بالذكر ان مصطلح التناسب أخذ به المشرع الجزائري فقط في نطاق المواد التي نظمت أحكام (أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية)، ولكن لا يعني ذلك ان المشرع قد تجاهله في نطاق القواعد الأخرى من التشريع الجزائري؛ لأنه مبدأ دستوري والالتزام به من قبل المشرع الجزائري امر مفروغ منه، حتى في حالة عدم النص عليه بشكل صريح في صلب النصوص التشريعية الجزائية الموضوعية منها والإجرائية.⁽¹⁾

باستقراء نصوص قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ، توضح لنا ان المشرع أشار إلى مصطلح التناسب ضمن الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الأول من هذا القانون تحت عنوان: (وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد اتقاؤه....). معناها ان المشرع يشترط حتى ترفع المسؤولية الجزائية بشكل كامل أن يتم مراعاة التناسب بين فعل الضرورة والخطر المراد اتقاؤه، ولكنه لم يحدد فعل التناسب تاركاً امر تحديده للفقهاء الجنائي. وفي إطار حق الدفاع الشرعي باعتباره سبب إباحة - نلمح أن المشرع العراقي استعمل مصطلحاً آخر للإشارة إلى التناسب الا وهو اللزوم وذلك بقوله " لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع.."⁽²⁾ ونستنتج من ذلك ان المشرع العراقي لم يعرف التناسب وهذا موقف جيد لعدة أسباب، أولهما: / ان إيراد التعريفات هي ليست من مهمة المشرع بل انها من مهمة الفقه الجنائي، ثانيهما: ان وضع تعريف لمصطلح معين يجب أن يكون جامعاً مانعاً وهذه المهمة ليست باليسيرة، فالأولى أن ينشغل المشرع بتحديد الجرائم ووضع العقوبات المناسبة لها.

←

وبدون سنة (كلية الحقوق، جامعة ذي قار، ص10.

(1) د. د لشاد عبد الرحمن البر يفكاني، مصدر سابق، ص34.

(2) المصدر نفسه، ص35.

الفرع الثاني

تمييز التناسب عن بعض المصطلحات الأخرى

أولاً: تمييز التناسب عن التوازن

إن من أوجه الاختلاف بين التوازن والتناسب تتمثل بكون التناسب يتطلب إيجاد التقارب بين شيئين والتوفيق بينهما، فإن التوازن لا يتحقق بمثل هذا الفرضية؛ لأن التوازن بين شيئين يتطلب تحقيق المساواة بينهما بشكل كامل، عليه يمكن أن نشبه العلاقة بين التناسب والتوازن بالعلاقة بين فكريتي (العدالة والعدل)، فالعدل فكرة مطلقة أما العدالة فكرة نسبية، وكذلك فإن فكرة التوازن واسعة ومطلقة أما التناسب فهي عبارة نسبية وفي نطاق القانون الجزائي فإن المشرع مهما كان دقيقاً وحريصاً عند استخدام سلطته في التجريم، فإنه لن يتمكن من خلق التوازن التام والكامل بين حماية القيم الاجتماعية والمصالح الأساسية للمجتمع وبين احترام حقوق وحرريات الأفراد. فمعالجة هذه المشكلة تم حلها بالاستعانة بفكرة التناسب. واستعملها المشرع ضابطاً للإباحة سواء في نطاق استعمال الحق أم أداء الواجب⁽¹⁾ ففي مجال استعمال الحق مثلاً، يجب لإباحة الفعل الذي ارتكبه الشخص استعمالاً لحق أن يتحقق التناسب بين الامتيازات التي من الممكن الحصول عليها والأضرار التي من الممكن أن تترتب على هذا الفعل⁽²⁾.

ثانياً: - التناسب والمساواة

في نطاق القانون الجنائي فإن للمساواة معنيين الأول هو "المعنى التقليدي" إذ أنه يعد المساواة معادلة رياضية قائمة على المساواة الحسابية الدقيقة حيث إن هذه النظرة كانت متأصلة عند فلاسفة القرن الثامن عشر وكانوا يعدونه محققة للعدالة الجنائية التامة وضمنة لحماية حقوق الأفراد، أما المعنى الثاني حديث قائم على المساواة في تأهيل لجميع المجرمين لكي يتسنى كل واحد منهم أن يحصل على أفضل فرص الإصلاح والتقويم⁽³⁾.

(1) تنظر المواد (39، 40، 41، 42) من قانون العقوبات العراقي النافذ

(2) د. د لشاد عبد الرحمن البر يفكاني، مصدر سابق، ص121. وللمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع الدكتور محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998

(3) د. نوفل علي عبدالله الصنفو، الإخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق،

وعليه فإن الفرق بين التناسب والمساواة يتضح في ان الأول جزء من الثاني، ومن هنا كانت العلاقة وثيقة بينهما. فالتناسب في مجال سياسة التجريم يعد بمثابة خطوة ضرورية لتحقيق المساواة في القانون الجنائي.⁽¹⁾

ثالثاً: التناسب والملائمة

الملائمة هي الصلة بين العمل القانوني (تشريع، لائحة.....الخ) وظروف إصداره، والاعتبارات التي تحيط به، اما التناسب فهو عبارة عن الصلة بين العمل القانوني والمبادئ والقواعد التي تحكمه، ومع ذلك يبقى مفهوم الملائمة أوسع من مفهوم التناسب.⁽²⁾

المطلب الثالث

أساس الالتزام بمبدأ التناسب في التجريم

أولاً: الأساس الفلسفي: - ان فلسفة النص الجزائي وما وراء سطوره تستند على فكرة إيجاد قدر من التناسب بين مقدار المساس بالحقوق والحريات حماية القيم والمصالح الاجتماعية العليا في المجتمع؛ فهذه الصلة يتحقق ما يسمى ب(الأمن القانوني) كونه مظهراً مهماً من مظاهر سيادة القانون، من الناحية الفلسفية يجب أن تكون (سياسة التجريم والعقاب) مبنية على فكرة التوفيق بين جانب فلسفي اجتماعي يحدد مضمون حق الدول في العقاب وبين جانب قانوني دستوري يحدد قيمة الحقوق والحريات التي يجب عدم المساس بها.⁽³⁾

ثانياً: الأساس الدستوري

ان مبدأ التناسب قد يذكر صراحة في صلب الوثيقة الدستورية أو تتم الإشارة إليه ضمناً من خلال النص على حقوق معينة، فالدستور يؤدي دوراً أساسياً في توجيه المشرع الجنائي نحو الأخذ بما يسمى بالضرورة والتناسب في التجريم، فعندما يتولى الدستور حماية الحقوق والحريات يتعين على المشرع الجزائي ضمان هذه الحماية وتنظيمها، ومن

←

السنة الحادية عشر، 2006، ص268 وما بعدها.

(1) د. دلشاد عبد الرحمن البر يفكاني، مصدر سابق، ص 124

(2) د. دلشاد البر يفكاني، مصدر سابق، ص 28.

(3) عباس عبد الرزاق مجلي السعيد، مصدر سابق، ص 184

وسائل هذا الضمان تقرير التجريم عند المساس بها.⁽¹⁾ وقد نص دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787 على أن تكون للكونغرس سلطة تنفيذ أحكام هذه المادة بالتشريع المناسب،⁽²⁾ وفي فرنسا أيضاً عدت أحكام الوثيقة الدستور مصدراً أساسياً لمبدأ التناسب وان لم يتضمن الدستور أي إشارة صريحة له لكونه ينبع من روح الدستور.⁽³⁾

أما في العراق فإن الدستور العراقي لعام 2005 لم ينص صراحة على مبدأ التناسب إلا أنه يمكن استجلاء ذلك بإمعان النظر بنص المادة 46 التي حرمت " تقييد أي حق من الحقوق إلا بناء على قانون يصدر بالخصوص على أن لا يمس هذا التقييد جوهر الحقوق والحريات".⁽⁴⁾

ثالثاً: الأساس الاجتماعي

إن التجريم يجب أن يكون متناسباً مع حجم الضرر أو الخطر الذي أصاب المجتمع من جراء الجريمة وفي ضوء ذلك دعا (بيكاريا) إلى أن العقوبات يجب أن تكون نافعة وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت متناسبة من حيث التكيف مع حجم الضرر أو الخطر الذي أصاب المجتمع من جراء وقوع الجريمة.⁽⁵⁾

رابعاً: الأساس الدولي

أما على صعيد الصكوك والإعلانات الدولية فقد وردت الإشارة إلى التناسب في مجال التجريم في صلب وثيقة العهد الأعظم الصادرة عام 1215 في المادة 20 منها على أنه "إن الغرامة يجب أن تكون متناسبة مع الجرم المرتكب وذلك بالنسبة لجميع الرجال الأحرار والتجار وعامة الناس)، كما وأشار إعلان الحقوق والمواطن الفرنسي في عام

(1) د أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الشرعية في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، دار الشروق، ط2، القاهرة، 2002، ص181.

(2) عباس عبد الرزاق، مصدر سابق، ص184

(3) د. د لشاد عبد الرحمن البر يفكاني، مصدر سابق، ص25.

(4) ينظر وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لسنة 2005، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، المجلد 21، العدد الثالث، 2013، ص663-647.

(5) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص155

1789 في المادة الثامنة منه والتي نصت على " لا يجوز أن يعاقب القانون الا العقاب المناسب الضروري...."⁽¹⁾ كما وتمت الإشارة إليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة عام 1948 إلى المادة الخامسة منه إلى عدم تعريض الإنسان إلى التعذيب ولا للعقوبات والمعاملات القاسية أو الوحشية...⁽²⁾

نستنتج من ذلك ان مبدأ التناسب يشغل حيزا مهما في الوثيقة الدستورية والإعلانات العالمية، والقوانين المحلية، ونستظهر وجوده في فلسفة النص الجنائي وقراءة ما وراء السطور، معنى ذلك ان مخالفته تجعل من النص الجنائي غير دستوري.

المطلب الرابع

ضرورة التجريم ومدى علاقته بمبدأ التناسب

اولا: مدلول ضرورة التجريم

يستهدف القانون الجزائي حماية المصالح الاجتماعية سواء كانت هذه القيم والمصالح جديرة في ذاتها بالحماية، أم ان المشرع أعطائها هذه الحماية بالنظر إلى جملة من الاعتبارات يقدرها هو، ومن هنا كانت ضرورة التجريم إحدى أهم ضمانات حماية الحرية الفردية في مواجهة سلطة المشرع الجزائي في التجريم. ومن الجدير بالذكر إلى ان من مقتضيات (مبدأ الشرعية الجنائية) الا يجرم المشرع أي سلوك الا إذا كانت هناك ضرورة ملحة لذلك التجريم؛ لكونه يعد انتقاصا من حرية الناس وتضييق من نطاق ما يتمتعون به من حقوق و ضمانات، وبما ان التجريم قيديا فإن القيود بطبيعتها يحكمها أصلا، الأول منهما: - أن تظل دائما هذه القيود في دائرة (الاستثناء) إذ ينبغي عدم التوسع فيها والإفراط في استخدامها، والا صارت الحرية (استثناء) والقيود (قاعدة عامة) ثانيهما: الا يلجأ المشرع إلى القيود الا حال وجود ضرورة تبرره، وانطلاقا من ذلك يمكن تعرف ضرورة التجريم "بأنها إجراء المشرع الجزائي الموازنة بين الأهمية الاجتماعية للمصلحة المراد حمايتها من خلال نصوص التجريم وبين الأثر المترتب على ذلك التجريم".⁽³⁾

(1) عباس عبد الرزاق السعدي، مصدر سابق، ص 188

(2) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
WWW.UN.ORG

(3) د. دلشاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 244

ويجب أن تكون المصلحة جديرة بالحماية؛ لأن القانون وجد من أجل البشر وذلك لحماية مصالحهم، وان غاية أي نص جزائي هي حماية المصالح، فالمشرع الجزائي عند صياغته لهذه النصوص تحده في ذلك فائدة معينة الا وهي حماية مصلحة إنسانية مشروعة مهما كانت قليلة القيمة⁽¹⁾.

ثانيا: علاقة الضرورة بمبدأ التناسب

تمس القاعدة الجنائية بما تقرره من تجريم وعقاب حقوق المخاطبين بها بالقدر الضروري والمتناسب لحماية الحقوق والحريات العامة، والمصلحة المعتبرة في التجريم قد يرتبط تحديدها بمراكز قانونية تقررها "قاعدة غير جنائية"، ذلك باعتبار ان هذه الحماية يكفلها في الأصل التشريع غير الجنائي الذي أنشأ هذه المراكز وعينها، الا انه لا بد من الإشارة ان التدخل الجنائي لا يكون الا لفرض حماية جنائية أوجبتها الضرورة الاجتماعية الملحة، فالقاعدة غير الجنائية كالقواعد الموجودة في القانون المدني تكفل حماية بعض المصالح والتي تكفل لصاحبها حقوق معينة وتفرض عليه التزامات معينة المثال: على ذلك (عقد الأمانة)⁽²⁾، وفي عقد الأمانة فإن قانون العقوبات لا يتدخل الا بالقدر الضروري الذي يتطلب تدخل القاعدة الجنائية عندما تقع جريمة خيانة أمانة⁽³⁾. وعلى هذا الأساس فإن عدم التناسب في مجال سياسة التجريم يتحقق عندما لا تتلاءم جسامة الجريمة مع الم العقوبة وشدتها كما ان عدم التناسب لا يرضي حاسة العدالة، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى انعدام اليقين القانوني الجنائي من خلال عدم مقبولية هذه النصوص لدى أفراد المجتمع⁽⁴⁾.

وعليه نستنتج من ذلك؛ بأنه كلما كان تدخل المشرع ضروريا في التجريم كلما تحقق التناسب وبالعكس إذا كان تدخل المشرع لا يستند إلى ضرورة ملحة في التجريم أدى ذلك إلى حصول إسراف وتضخم في التشريع الجنائي ومن ثم فإن هذا التشريع يكون

(1) د. خليل يوسف جندي ميرياني، سياسة التجريم في ظل العولمة، سبي ريز، دهورك، 2018، ص 44.
 (2) ينظر د. تميم طاهر أحمد الجادر والباحث سيف صالح مهدي العكيلى، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، كلية القانون، جامعة المستنصرية بحث متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.iasj.net

(3) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 66

(4) أحمد جابر صالح أحمد، اليقين القانوني الجنائي، أطروحة دكتوراة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2019، ص 295

عرضة لعدم المصدقية ويفتقد إلى الوضوح والاستقرار وبالتالي ينعدم فيه اليقين القانوني الجنائي.

المطلب الخامس

مواكبة الضرورة والتناسب في التجريم للمصالح الاجتماعية المتغيرة

بما ان المصالح الاجتماعية تتغير مكانيا وزمانيا، وعليه يجب أن تواكب الضرورة في التجريم هذه التغيرات؛ فالضرورة الاجتماعية ليست ثابتة بل انها متغيرة تبعا للتطور الذي يصيب المصالح والقيم، وقد صاحب التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي إلى ظهور جرائم مستحدثة، منها جرائم الاتجار بالمخدرات وغسل الأموال والجرائم ضد الإنسانية والاتجار غير المشروع بالسلاح، واتخذت العديد من هذه الأفعال شكل الجريمة المنظمة التي تكون عابرة لحدود الدولة⁽¹⁾، فأى تطور في العادات والمعتقدات والمصالح في مجتمع ما تؤدي إلى قيام الضرورة في تجريم التصرفات التي تتنافى مع تلك القيم والمصالح، وبالتالي يكون لزاما على المشرع أن يواجه تلك التصرفات بتشريعات جنائية خاصة يوازن في ثناياها بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى.

وشهد العراق صدور أول قانون تحت عنوان " قانون مكافحة غسل الأموال " بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة، وبعد صدور الدستور العراقي عام 2005 شرع مجلس النواب العراقي قانونا جديدا تحت مسمى قانون (مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 39 لسنة 2015) والذي الغي بموجبه القانون القديم (قانون مكافحة غسل الأموال رقم 2004)⁽²⁾.

من الجرائم المستحدثة في التشريع الجزائي العراقي، والتي أصبحت تمثل في الحقة الأخيرة خطرا جسيما على امن البلاد وسلامته واستقراره الجرائم التي نص عليها قانون

(1) د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة (النظرية العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010. ص 131.

(2) وللمزيد من التفصيل حول قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 39 لسنة 2015 راجع أسبابه الموجبة التي دعت البرلمان العراقي إلى إصداره متاح على الموقع الإلكتروني التالي
WWW.IRAQNA.COM

"منع استعمال وانتشار الأسلحة الكاتمة للصوت رقم 38 لسنة 2016"⁽¹⁾. وكذلك الأمر بالنسبة لإقليم كردستان إن الحاجة وحماية المصالح دفعت المشرع إلى تشريع قانون "مكافحة تهريب النفط والغاز ومشتقاته في إقليم كردستان رقم 3 لسنة 2020"، وكذلك قانون تبرع وزرع الأعضاء البشرية رقم 1 لسنة 2018⁽²⁾.

ونستنتج من ذلك ان الضرورة الاجتماعية هي التي دفعت المشرع العراقي إلى استحداث مثل هكذا جرائم، وذلك لحماية مصالح اجتماعية جديرة بذلك وعليه يجب أن يكون سلاح التجريم في التشريعات الجنائية الخاصة متناسبا مع الهدف من إصدارها.



(1) راجع الأسباب الموجبة لإصدار قانون منع انتشار واستخدام الأسلحة الكاتمة للصوت رقم 38 لسنة

2016 متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.prlamant.iq

(2) لابد من الإشارة إلى ان العديد من التشريعات الجنائية الخاصة كانت تشريعات رمزية لا تستند إلى هدف أو غاية معينة، وإنما فقط لإرضاء فئة معينة في المجتمع فهي عبارة عن حبر على ورق كقانون "الناجيات اليزيديات"

المبحث الثاني

ضوابط التناسب في التجريم

يتوقف تجريم فعل معين على مجموعة من الاعتبارات السياسية والاجتماعية والثقافية التي تسود في كل مجتمع، كما يتوقف هذا التجريم على نظرة الشارع في هذه المجتمعات. فالتجريم في حقيقته هو صدى لما يحصل في المجتمع من اعتبارات وتطورات تكنولوجية وعادات وتقاليد اجتماعية ثابتة⁽¹⁾. وعليه سوف نتناول في هذا المبحث مجموعة من الضوابط الموضوعية والشكلية لتحقيق التناسب في التجريم. وذلك من خلال المطالب التالية: -

المطلب الأول

الضوابط الموضوعية للالتزام بمبدأ التناسب في التجريم

سوف نتناول في هذا المطلب مجموعة من الضوابط الموضوعية المادية التي من شأنها تحقيق التناسب في التجريم إذا ما تم مراعاتها من قبل المشرع عند وضع النص الجزائي وذلك من خلال الفروع التالية: -

الفرع الأول

الفعل المادي مناط التجريم (مادية الجريمة)

هو النشاط المادي الخارجي الذي يأتيه الجاني ويعتد به القانون للعقاب ويطلق عليه الفقهاء (الفعل) أو (النشاط الإجرامي)، و غير ذلك من المسميات التي تؤدي المعنى نفسه، وهذا النشاط أمر ضروري لكي تتحقق به الجريمة، فهو إما أن يكون إيجابياً يأتيه الجاني بنشاط إيجابي كحركة عضلية تصدر من جانبه ليتوصل به إلى ارتكاب الجريمة أو أن يكون سلبياً،⁽²⁾ وبغير ذلك فإن المشرع الجزائي لا يتدخل بالعقاب، فكل ما لا ينطبق عليه وصف

(1) د. اشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا بحث متاح على الموقع الإلكتروني التالي: <https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/FMfcgxwKjnVGLsQbWGLvtfNbBRzD.JmxL?projector>

(2) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 114.

النشاط الإجرامي لا يكون محلاً للتجريم، فالأفكار التي تدور في ذهن الشخص بشأن ارتكاب جريمة معينة "كالإيذاء العمد" بل وعزمه على ارتكاب جريمة الاعتداء على حق الإنسان في التكامل الجسدي لا تعد من قبيل السلوك الإجرامي، ولذا فهي ليست محلاً للمسؤولية الجنائية، إذ أن ما يدور داخل النفس لا شأن للقانون به، لأن القانون لا يعاقب على مجرد النوايا والشهوات والرغبات، ويختلف هذا النشاط من جريمة عنها في أخرى فهو في جريمة القتل يتمثل في فعل إزهاق الروح وفي جرائم الاعتداء على حق الإنسان في التكامل الجسدي يتمثل في فعل "المساس بسلامة الجسم".⁽¹⁾

فالقاعدة في هذا المجال هو ان القانون الجزائي لا يتدخل الا إذا أصبح التصرف الإجرامي "مادياً" بشكل كاف وهذه القاعدة تجد أساسها القانوني فيما يسمى "بمبدأ مادية الجريمة" التي من مقتضاها انه لا جريمة دون نشاط مادي ملموس يمكن إدراكه والوقوف عليه وترجع أهمية ذلك في استبعاد تجريم النوايا والخواطر التي تدور في الذهن مهما بدت في حقيقتها إجرامية وشريرة وعليه فإن تجرد السلوك من ماديته تجعله غير جدير بالتجريم، فبغير ماديات الجريمة الملموسة لا ينال المجتمع أي ضرر ولا يصيب المصالح الجديرة بالحماية أي مساس أو عدوان يستوجب التدخل بسلاح التجريم، ومن هذا المنطلق فإن اشتراط مادية الجريمة كأساس ومناطق للتجريم من شأنه أن يحصر سلطة المشرع الجزائي في التجريم في مجال معقول، وفي نفس الوقت يصون حقوق وحرريات الأفراد عن عدم محاسبتهم عما يكمن في ضمائرهم وما يجول في خواطرهم⁽²⁾

وانطلاقاً من ذلك فقط بات لزاماً على المشرع الجزائي عدم التعرض بسلاح التجريم لحالات لا يوجد فيها "سلوك مادي" يمكن رؤيته في العالم الخارجي، والا كان مسلكه إفراطاً في التجريم يهدد بانتهاك حقوق الأفراد وحررياتهم وعندئذ يقع الإخلال بجوهر "مبدأ التناسب" في مجال سياسة التجريم.⁽³⁾

ولابد من الإشارة ان هناك حالات تدل على خطورة إجرامية فهل أن تجريم المشرع لهذه الحالات يعد خروجاً على "مبدأ مادية الجريمة" وبالتالي ينعدم التناسب بين حماية المصلحة المعتمدة من التجريم وبين عدم المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم. وجدت في

(1) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، 333 وما بعدها

(2) د لشاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 255

(3) المصدر نفسه، الصفحة نفسها

ذلك اتجاهاً الأول: - "المدرسة الوضعية" التي نظرت إلى الجاني باعتباره مصدر الخطورة على المجتمع، فليس مصدر هذا الخطر الجريمة التي ارتكبت، وإنما هي الشخصية الإجرامية لما تتضمنه من تهديد إلى العود لارتكاب الجريمة، وعليه يجب أن تتاح للمجتمع مكنة الدفاع عن نفسه، وأن يؤاخذ الجاني إذا بدت عليه دلائل تدل على خطورته الإجرامية، وقد أثار تجريم "الحالة الخطرة" خلافاً كبيراً في الفقه المقارن، فجرائم الحالة لا تنطوي في حقيقتها على فعل غير مشروع إيجابياً أو سلبياً يرتبط به سلوك الشخص، ومثال ذلك: "إدمان الخمر أو المخدرات أو التواجد في حالة سكر في محل عام"، والمعارضين على ذلك يستندون إلى مبرر يكون هذه الحالة لا تنطوي على الصفة الإرادية التي يتعين توافرها في الفعل المجرم، فالجاني هنا لا يملك القدرة على تغيير هذه الحالة والأثر المترتب على عدم توافر الصفة الإرادية في الفعل هو انتفاءه بمدلوله القانوني وهو ما يتنافى كذلك مع نصوص الوثيقة الدستورية التي تحظر العقاب إلا على الأفعال المادية ويضيف أنصار هذا الاتجاه حجة أخرى أن القانون الجنائي يهتم بما يفعله المرء لا بما هو عليه من حالة حتى وإن كانت خطيرة.⁽¹⁾

ويرى الاتجاه الثاني من الفقه بأنه لا يتنافى مع فكرة الفعل محل التجريم أن يقوم المشرع الجزائي بتجريم مجرد الحالة "كالتشرد والاشتباه" أو أن يعاقب على "الاتفاق الجنائي والتهديد" واستند هذا الرأي أنه في جميع هذه الحالات توجد عناصر مادية عرفها المشرع وأقام بها الركن المادي للجريمة، فعلى سبيل المثال في الاتفاق الجنائي والتهديد فإن الجاني عبر عن تصميمه الإجرامي بقول أو فعل أو إشارة، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هناك تطبيقاً هاماً لهذه الجرائم وهي "الانضمام إلى عضوية أحد التنظيمات غير المشروعة"، فالمشرع الجزائي يقرر فكرة المسؤولية لا على أساس الفعل المادي وإنما على اعتبار خطورة الحالة وصلة الفرد بالتنظيم⁽²⁾

أن من شأن الأخذ بالتجريم في مثل هذه الحالات أن يشجع أصحاب الفكر الواسع أو الشمولي أن ينال بالتجريم من الحقوق والحريات الفردية لفئات في المجتمع تمثل أقليات غير مرغوب فيها لأسباب ترجع إلى عرقهم أو دينهم أو ثقافتهم وأن لم تنطوي على أي

(1) د. اشرف توفيق شمس الدين، مصدر سابق، ص 8

(2) المصدر نفسه، الصفحة نفسها

فعل مادي ملموس، وهو ما يخالف الضوابط التي تحكم التجريم وفي مقدمتها مبدأ التناسب⁽¹⁾

نستنتج من ذلك بأن الأخذ بما يسمى بمبدأ مادية الجريمة من شأنه أن يقيد من سلطة المشرع الجزائي في التجريم وبعث الطمأنينة لدى أفراد المجتمع بعدم محاسبتهم عما يجول في خواطرهم من نوايا سيئة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مهمة الجهات التحقيقية في جمع الأدلة سوف تكون عسيرة فيما إذ لم يكن الفعل الإجرامي مادياً، والقضاء يعتمد على الأدلة المادية الملموسة.

الفرع الثاني

مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية

ان مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية تقوم على عنصرين أولهما عنصر مادي يعبر عن "الإسناد المادي" للنشاط ثانيهما عنصر شخصي يعبر عن "الإسناد المعنوي" للنشاط، وطبقاً للإسناد المادي للفعل لا تقوم المسؤولية الجزائية إلا عن الفعل الشخصي الذي يثبت إسناده إلى الجاني، ووفقاً للإسناد المعنوي لا تنعقد المسؤولية إلا إذا اتجهت إرادة الجاني المسند إليه هذا النشاط مادياً نحو ارتكابه، ويجب التفرقة بين الجريمة والمسؤولية الجزائية، فالجريمة هي الواقعة التي يترتب علي حدوثها " المسؤولية الجزائية " وتقوم بركنين أحدهما مادي مناطه "السلوك الإجرامي، والنتيجة والعلاقة السببية" والآخر معنوي يقوم على " القصد الجنائي والخطأ" غير العمدي اما المسؤولية الجنائية فإنها لا تتحقق إلا بالنسبة للشخص المسؤول عن ارتكاب هذه الجريمة وهو ما يتوقف بدوره على إسناد كل من الركنين المادي والمعنوي إليه.⁽²⁾

يعد مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية ضابطاً مهماً من ضوابط "التناسب" في مجال سياسة التجريم، لذا ينبغي على المشرع الجزائي التقيد به وعدم الخروج عن هذا المبدأ في نصوص التجريم التي يضعها، وإلا كان ذلك مدعاة لانتهاك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، فالعدالة تنتهك عندما تفرض قيود على حرية شخص ما بسبب جريمة ارتكبها

(1) راجع د. محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 161. نقلاً عن د. د لشاد البر يفكاني، مصدر سابق، ص 257

(2) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري مصدر سابق، ص 197.

غيره فمن المبادئ الأساسية في القانون الجزائي أن المسؤولية الجزائية شخصية، فلا يسأل جزائياً الا الشخص الذي ارتكب أركان الجريمة سواء بوصفه فاعلاً أصلياً أم شريكاً، ومهما كانت درجة الصداقة والقرابة، فإنها لا تبرر مؤاخذه الشخص بجريمة آخر فالفاعل لا يسأل الا عن فعله دون فعل غيره، وبالتالي فإن هذا المبدأ تمليه الفطرة السليمة ومبادئ العدالة الجزائية التي ترفض أن يتحمل مسؤولية الجريمة شخص أجنبي عنها⁽¹⁾.

الجدير بالذكر ان "مبدأ شخصية المسؤولية" يعد من المبادئ الدستورية والأثر المترتب على مخالفته يجعل من النص القانوني مشوباً بعيب عدم الدستورية ونصت عليه الكثير من دساتير دول العالم، في حين ان الدستور العراقي لعام 2005 لم ينص صراحة على هذا المبدأ الا ان المشرع قد افترض هذا المبدأ عندما نص على مبدأ شخصية العقوبة فهذا المبدأ ما هو الا اثر مترتب على مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية فتنص الفقرة الثامنة من المادة 19 من هذا الدستور على ان "العقوبة شخصية"⁽²⁾.

انطلاقاً من ذلك نذهب إلى القول ان مبدأ "شخصية المسؤولية الجزائية" باعتبارها من المبادئ الدستورية وضابطاً من ضوابط تحقيق التناسب في نصوص التجريم لا في جميع الأحوال وخاصة في حالة المسؤولية الجزائية عن "فعل الغير" وقد أقر قانون العقوبات العراقي هذه المسؤولية في المواد "81-83"، والمثال البارز جرائم النشر لما يحيط من تحديد شخص المسئول جنائياً عن جرائم النشر من غموض ناجم عن تعدد الأشخاص العاملين في مجال الصحفي من محرر وناشر وموزع ومصمم وتداخل أدوارهم وطابع السرية الذي يحيط ببعض أعمالهم، فقد أقر المشرع مسؤوليتهم جنائياً ووجد لهذه المسؤولية تطبيقات عديدة في القضاء فقد عوقب رئيس التحرير عن كل ما ينشر من جرائم في صحيفته بصفته فاعلاً رئيسياً واستند القضاء الفرنسي عند توقيعه العقاب على رئيس التحرير إلى الإخلال بواجب الإشراف والرقابة، وعليه أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الصادر بإدانة رئيس تحرير أحد الصحف لنشر مقالين بالصحيفة التي ترأسها تنطوي على كذب بالمدعين بالحق المدني وعللت تأييدها هذا ان المتهم رئيسة التحرير ملزمة بالرقابة والإشراف ومن ثم تسأل بصفتها فاعلة دون الاعتداء بحسن نيتها.

(1) د. دلشاد عبد الرحمن البر يفكاني، مصدر سابق، 261

(2) المصدر نفسه، ص 262

ويذهب جانب من الفقه إلى عدم دستورية المسؤولية الجزائية عن فعل الغير، لكونها تخرج على مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية وضوابط التناسب في التجريم، فالمبدأ العام في القوانين العقابية لا يعترف بهذه الصورة لعدم مساهمة الشخص فيها بفعل مادي حتى وإن أخل بواجب قانوني مفروض عليه كما لو امتنع عن القيام بفعل معين أوجبه القانون، ورافق ذلك الامتناع في حصول النتيجة الإجرامية فإنه يمكن مسألته عن تلك النتيجة، ولكن ليس بوصفه من الغير، بل انه اسهم في حدوثها بسلوك مادي تمثل في الامتناع، في حين يرى اتجاه آخر بصحة المسؤولية الجزائية عن فعل الغير ولا يشكل خروجاً عن مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية، وذلك؛ لأن مدير التحرير جريمته تقوم على ركنين الأول هو الامتناع عن القيام بواجب الرقابة والإشراف والركن الثاني "القصد الجنائي"⁽¹⁾ ونستخلص من ذلك ان إقامة المسؤولية الجزائية عن فعل الغير لا يشكل خروجاً على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية باعتباره أحد ضوابط التناسب في التجريم بل ان هذا الضابط يتم تحقيقه والشخص المسؤول يسأل عن امتناعه وإخلاله بواجبه القانوني.

الفرع الثالث

تجنب الخوض في الافتراضات القانونية

الافتراض القانوني: هو أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه، أو الاستناد إلى واقعة كاذبة باعتبارها صحيحة لينطبق القانون عليها. فإذا كانت الحاجة العملية في كثير من الأحيان تدعو المشرع الجزائي إلى الاستعانة بمجموعة من الافتراضات القانونية فإنه يجب عدم المغالاة فيها؛ فالحاجة دعت بالمشرع إلى افتراض "العلم بالقانون"، وكذلك إضفاء صفة الشخص على غير الآدمي أي مجموعة من الأشخاص والمصالح تسمى بالشخص المعنوي⁽²⁾.

لابد من الإشارة انه يشترط لكي يتوافر القصد الجنائي أن يتصور الجاني حقيقة الشيء الذي تتجه إرادته إليه، وهو ما يسمى "بالعلم" اذ يجب أن يحيط بجميع العناصر الأساسية اللازمة لقيام الجريمة، والأصل أن هذه العناصر أنها مجرد وقائع مادية، ولكن في العديد من الأحوال لا ينظر إلى هذه الوقائع الا من خلال نظرة القانون إليها والوصف الذي

(1) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق ص 212.

(2) د. دلشاد بريفكاني، مصدر سابق، 267.

يعطيها اياه، فهل يعنى ذلك ان "افتراض العلم" بالقانون ضروري لقيام القصد الجنائي؛ فيذهب البعض على انه لا يشترط لتوافر القصد الجنائي أن يعلم الجاني بنص قانون العقوبات علما حقيقيا، وعند حدوث أي خطأ في فهم القانون فإن ذلك لا يؤثر في توافر القصد الجنائي⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ذلك هناك العديد من الاعتبارات هي التي دعت المشرع العراقي إلى افتراض "فكرة الخطأ" في نطاق المسؤولية الجزائية منها حماية لمصالح الأفراد واطمئنان المجتمع، وهيبة النصوص الجزائية وعليه يجب عدم الغلو في هذه الافتراضات القانونية بحيث تؤثر على مبدأ التناسب في التجريم لكونها افتراضات لا تبنى على الواقع وعليه كلما كان النص الجنائي يشير إلى افتراض شيء ما يكون عشوائيا لا يتحقق فيه مبدأ التناسب. فالعدالة تأبى تأسيس نصوص التجريم على مثل هذه الافتراضات إذ ان حسن سياسة التجريم تفرض على المشرع الجزائي التزاما عاما بمراعاة مجموعة من الحقائق الكونية والواقعة والتقييد بها فيما يسنه من قواعد وأحكام خصوصا ان هذا الافتراضات، تعد في الكثير من الأحيان اخطر على القانون الجزائي منه على سواه⁽²⁾. ويحقق الضرورة والتناسب في التجريم الدور الاجتماعي لقانون العقوبات، فنصوصه تعبر عن القيم الاجتماعية العليا التي يؤمن بها المجتمع لحماية وأمنه واستقراره وسائر مصالحه⁽³⁾.

الفرع الرابع

احترام جوهر الحقوق والحريات الفردية

تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر اجتماعي يحدد إطار حق الدولة في العقاب "وفكر دستوري" يحدد قيمة الحقوق والحريات الجديرة بالحماية ويسهم كل من هذين الفكرين في حماية المجتمع وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات وتحقيق التوازن المطلوب بينهما. فكلما كان مبدأ التوازن بين مختلف المصالح القانونية هو المبدأ الحاكم لكافة القواعد القانونية، فإنه في ظل القواعد القانونية الجنائية يكتسب

(1) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، ط6، دار الشروق، القاهرة، ص 2015، ص 668.

(2) د. دلشاد البريفكاني، مصدر سابق 268.

(3) د. أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 331.

خصوصية معينة على اعتبار ان القانون الجزائي هو من أكثر المجالات التي يوجد فيها الصراع بين المصالح.⁽¹⁾

ان تطبيق التوازن ما بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في ظل مبدأ التناسب يضمن وحدة النظام القانوني، ومن خلال الرقابة على دستورية القوانين تراقب المحكمة الدستورية العليا تطبيق معيار التناسب للوصول إلى التوازن المطلوب الذي يكفل تحديد نطاق الحماية الدستورية للحقوق والحريات⁽²⁾. وكل تجاوز من المشرع الجزائي في مجال تقدير العقوبات يعد تزيده وتعسفا ينبغي رفعه، حيث أصبح التزام المشرع بالمحافظة على التناسب أصلاً من الأصول الدستورية الجنائية يقيد سلطة المشرع في تحديد العقوبات بعد ان ظل حيناً من الدهر يستأثر بسلطة واسعة في تقديرها حيث كان له وحده تقدير الضرورة الجزائية دون أن يخضع في ذلك لأي رقابة دستورية بدعوى ان هذا يعد من الملائمات التشريعية التي يستأثر بها المشرع الجزائي دون غيره، وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا في مصر على رقابة التناسب ما بين العقوبة الجنائية والجريمة رغم عدم النص عليه مباشرة في الدستور كغيره من المبادئ الدستورية كمبدأ "شخصية العقوبة"، "ومبدأ قضائية العقوبة". فإذا كانت سياسة التجريم تمنح المشرع الجزائي سلطة أن يجرم بعض صور السلوك، بالاستناد إلى الضرورة الاجتماعية والتناسب، فإن هذا التجريم لا يجب أن يكون مدخلا للمساس بجوهر الحقوق والحريات الفردية، إذ ان التناسب في إطار سياسة التجريم يتطلب رسم الحدود لممارسة هذه الحقوق والحريات دون أن يتطلب تقييدها بما ينال من جوهرها ومضمونها، وعليه كان للقضاء الدستوري الدور الأساسي في تسليط الضوء على ضرورة الالتزام بضابط التناسب في التجريم. والمثال على ذلك الحق في الحياة الخاصة حيث إن وسائل الإعلام الإلكترونية تحت تصرف الجمهور جميع الصور والوثائق والرسائل مهما كانت طبيعتها.⁽³⁾

(1) محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، أطروحة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس مصر، 2004، ص197.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 1999 ص96.

(3) راجع كل من د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص231، ود. أحمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق والحريات مصدر سابق، ص، 104 ود د لشاد بر يفكاني، مصدر سابق، ص 271.

المطلب الثاني

الضوابط الشكلية للالتزام بالتناسب في التجريم

فالدقة في صياغة النص الجزائي ومرونته ووضوحه من شأنها أن تجعله متطابقاً مع الغاية الأساسية من إصداره وبالتالي محققاً لمتطلبات اليقين القانوني الجزائي، وعليه سوف نتطرق لها من خلال الفروع التالية: -

الفرع الأول

سلامة صياغة النص الجزائي ووضوحه

يجب أن تتميز الصياغة التشريعية للنص الجزائي بالنقاط التالية هي الدقة والبساطة والوضوح

أولاً: أن تكون صياغة "القاعدة التشريعية" الجنائية واضحة وان يسن التشريع في صورة مدونة من السلطة المختصة وان تكون عباراته بسيطة شديدة الوضوح محكمة البناء عند وضعها في الجملة القانونية، وضبط أواخر الكلام في السياق القانوني لما لها من صلة بتوجيه المعاني وتحديد الدلالات المطلوبة واللجوء إلى استخدام الجمل القصيرة نسبياً، وعدم الإفراط في اتباع التقاليد التشريعية الفنية القديمة، وتجنب عيوب الصياغة من ضمنها اشتقاق المرادفات من أصول مختلفة بل يلزم أن يغلب عليها استخدام "زمن المضارع" كأن يقال "يلغي القانون" أو ينشأ بموجب هذا القانون وكذلك الإشارة إليها بالأعداد الرقمية منها مواعيد الإجراءات في القانون الجنائي وذلك تجنباً لحدوث لبس في المعنى⁽¹⁾، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يحرف النص الجزائي عن معناه الحقيقي، ويكون مدعاة إلى المساس بالحقوق والحريات وبالتالي ينعهد التناسب في التجريم.

وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون اللغة التي تصاغ بها القاعدة الجنائية واضحة بعيدة عن الجدلية، أي بمعنى أن تحدد عناصر الجريمة تحديداً دقيقاً وكذلك عقوبتها وذلك لفهم المعنى الظاهري للنص والمعنى الضمني أيضاً، والمثال على ذلك: مصطلح "الخطورة الإجرامية" الذي استخدمه القانون الإيطالي عندما رتب على ثبوت حالة المجرم

(1) د. اشرف رفعت عبد العال، القاعدة الجنائية بين الصناعة الفقهية والصياغة التشريعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص 173 وما بعدها

الخطرة ضرورة توقيع تدبير حسب المادة (23) منه واخذ عنه قانون العقوبات العراقي في المادة 103 وهذا فيه إخلال (بمبدأ الشرعية) وعدم تحقيق المساواة أمام القانون، وتحكم القضاة وشيوع تعذيب المتهمين... الخ فإنها تجعل القانون مغلقاً ومن ثم قد يجعل معنى النص الجزائي خاضعاً لعدة تفسيرات وقرارات تعسفية في ضوء السلطة القاضي التقديرية. يجب استخدام الألفاظ المستقرة من حيث وضوحها ومباشرتها في الدلالة، والابتعاد عن التأويلات الغير المنطقية التي من شأنها أن تعدم التناسب في التجريم.⁽¹⁾ والمثال على ذلك نص المادة الثانية من قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان التي أورد فيها المشرع جرائم غير واضحة المعالم منها جريمة "قطع صلة الرحم"، "وإبداء النظرة الدونية تجاهها" هذه كلها ألفاظ غير واضحة المعالم ومطاطية وتحتمل عدة تأويلات.⁽²⁾ وان يتم تحديد الفاعل القانوني بصورة واضحة، وان يبين أوامر ونواهي النص الجزائي بصياغة تشريعية جيدة حتى يتسنى على المخاطب بالقاعدة القانونية التنبؤ بها.⁽³⁾ والقول بخلاف ذلك يجعل مفهوم (الأمن القانوني) غير واضح وتحديد أمره ليس باليسير وبالتالي يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية الجزائية، فالاستقرار القانوني لا يتحقق الا إذا كان التأويل في أضيق نطاق للنصوص القانونية الجزائية.⁽⁴⁾

ونستنتج من ذلك بأن الصياغة التشريعية الرديئة للنص الجزائي تؤدي به إلى عدم الوضوح وعدم استقرار المراكز القانونية، وبالتالي يكون مدعاة إلى خرق ضابط التناسب في التجريم والنص الجزائي يفقد مصداقيته عند المخاطبين به وخاصة في التشريعات الجنائية الخاصة.

(1) المصدر نفسه، ص 176.

(2) أحمد جابر صالح أحمد، مصدر سابق، ص 273.

(3) د. ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الإصلاح القانوني، ص 388

بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: WWW.HRW.ORG

(4) عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، ص 57، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي

WWW.LASPORTAL.ORG

الفرع الثاني

مرونة صياغة وعدم الاستغراق في الأمور التفصيلية

يجب أن يلتزم صائغ القاعدة الجزائية بعبارات مرنة عند صياغة القواعد الكلية دون الخوض في التفاصيل والجزئيات؛ لأن من شأن هذا الاستغراق أن يبعدها عن الغاية أو الهدف المحدد لها، وحتى يستطيع القضاء والفقه مسايرة الوقائع التي لا تنتهي والمتغيرة وذلك بوضع الحلول المناسبة لظروف كل واقعة وعدم وضع القانون في نصوص جامدة⁽¹⁾.

وبالتالي يستطيع المشرع من خلالها الموازنة بين المصالح وتحقيق غايته في الحماية الفعالة للقيم والمصالح الاجتماعية الأساسية، وبالتالي فإن أسباب تبرير القاعدة الجنائية وفرضها تأتي من حرص المشرع على حماية هذه القيم والمصالح من أي خطر يهددها.⁽²⁾ ونستنتج من ذلك بأن النص الجنائي إذ لم يكن مرنا واستغرق في الأمور التفصيلية من شأن ذلك ان لا يحقق أي توازن بين المصالح وبالتالي قد يحابي طرف على حساب طرف آخر وذلك يمس بمبدأ التناسب في التجريم، والأفضل هو وضع تنظيم قانوني للكليات والأساسيات وتاركا التفاصيل للاجتهاد الفقهي بأن يجمع بين المعايير المرنة والجامدة ليسهل على رجل القانون قاضيا كان أم محاميا أن يطبق هذه النصوص أو يتعامل معها دون مشاكل أو معوقات⁽³⁾.

الفرع الثالث

ترشيد الإحالة التشريعية

والإحالة التشريعية قد تكون إحالة داخلية وهي الإحالة إلى نص في ذات القانون أو قد تكون إحالة خارجية وهي الإحالة إلى نص في قانون آخر وتعد الإحالة التشريعية

(1) د. اشرف رفعت عبد العال، مصدر سابق، ص 189. وللمزيد من التفصيل حول مرونة الصياغة للقاعدة الجنائية راجع د. عادل يوسف شكري، فن صياغة النص العقابي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص 224

(2) عبد ال محمد قادر، الموازنة بين المصالح في القانون الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة قسم القانون، 2017، ص 75

(3) د. اشرف رفعت عبد العال، مصدر سابق، ص 190

بنوعيتها من المتطلبات الأساسية التي يجب مراعاتها عند وضع القانون إذ أنها تؤدي إلى تجنب التكرار فضلاً على أنها تقوم بدور هام في تحقيق التكامل التشريعي فيما بين التشريعات النافذة في الدولة⁽¹⁾، فالعديد من التشريعات الجنائية الخاصة تستخدم أسلوب الإحالة الداخلية لشق العقاب إلى نص آخر موجود داخل القانون كقانون حماية وتحسين البيئة في العراق رقم 27 لسنة 2009 حيث تنص المادة 20 الفقرة الرابعة على " منع إدخال أي مواد خطيرة إلى داخل الأراضي والأجواء العراقية " وتحيل شق العقاب إلى نص المادة 33 من ذات القانون، والأثر المترتب على كثرة الإحالة التشريعية هو التكرار ويؤدي إلى ما يعرف (بظاهرة التضخم) في القواعد القانونية الجزائية أي انه تتزايد نسبة القواعد القانونية الجزائية بغير داعي وهي بدورها تشكل خطراً أساسياً على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد؛ وظاهرة التضخم التشريعي نلمس وجودها بكثرة إصدار تشريعات العفو في إقليم كردستان خلال العشر السنوات الأخيرة منها قانون العفو العام رقم 2 لسنة 2007 وقانون العفو العام "رقم 4 لسنة 2012" فهذه الإحالة من قانون إلى آخر من شأنها أن تخل بمبدأ التناسب في التجريم على اعتبار ان هذه القوانين لم تستند إلى ضرورة اجتماعية⁽²⁾.

يستتج من ذلك بأنه يجب ان لا نلجأ إلى الإحالة التشريعية الا إذا كانت هناك ضروري، والإقلال منها قدر الإمكان. كما يجب مراعاة عدم الإسهاب التشريعي، ويلزم أن يأخذ التشريع الدراسة القانونية الكافية من جهة المختصين من كافة الجوانب وتجنب تشريعات رد الفعل وتشريعات اللحظة التي تخرج بها عيوب كثيرة⁽³⁾.

(1) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(2) د. محمد رشيد حسن، وسير وان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية الجزائية كعارض من عوارض تحقيق الأمن القانوني، مجلة جامعة التنمية البشرية، السنة السابعة، العدد 02 2019، ص 349. وللمزيد من التفصيل حول موضوع التضخم التشريعي راجع د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ود. عبدالله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية التشريعية دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية السنة 6، العدد 23، 2014، ص 149

(3) د. اشرف رفعت عبد العال، مصدر سابق، ص 190

الفرع الرابع

مبدأ الواقعية في الصياغة التشريعية الجنائية

يقصد "بالواقعية" في القاعدة الجنائية هي أن يكون حكم القاعدة الجزائية منطبقاً على جزئيات موجودة في الواقع العملي، وصلاحياتها على استيعاب جميع الوقائع المستحدثة، فذلك دليل على قيمة هذه القاعدة، وقوة استيعابها، والتجدد في مجالاتها؛ لأن النصوص "تتناهى" والوقائع لا "تتناهى"، ولذلك فإن القاعدة الجنائية يجب تصاغ بنصوص عامة حتى تظل لها صلاحية لأطول زمن ممكن، والتشريع يهدف إلى إيجاد وضع جديد لم يكن موجوداً من قبل، ويجب أن يستفاد الصائغ التشريعي بنتائج ودراسات فقه "الواقع الاجتماعي"، وصياغة المبادئ المستقرة دون صياغة النظريات، وذلك لمنع الفساد وتحايل الناس على حكم القانون وذلك بتحقيق الملائمة بين الحكم من جهة وبين الصورة الواقعية من جهة أخرى بما يحقق المصلحة العامة فيها.⁽¹⁾ وهذا هو جوهر "التناسب" ما بين المصلحة العامة التي تدفع المشرع إلى التجريم وعدم المساس بحقوق الأفراد وحياتهم.

تحقيق التناسب والذي يحقق بدوره "اليقين القانوني الجنائي" أي إمكانية تنبؤ الأفراد بالقانون وبالشكل الذي يحميهم من تدخل الدولة التعسفي، ويمكنهم من معرفة أوامر القاعدة القانونية ونواهيها.

(1) المصدر نفسه، ص 194

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة توصلنا فيها إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- 1- يعد مبدأ التناسب من المبادئ الدستورية الأساسية، حتى وان لم يتم النص عليه صراحة داخل الوثيقة الدستورية، فهذا المبدأ نابع من روح الدستور ذاته وهو معيار للشرعية الدستورية في مجال القيود التي تفرض على الحقوق والحريات وعليه يجب على المشرع الجزائري الالتزام والتقيد به فيما يصدر عنه من تشريعات جنائية خاصة، والا كانت تلك التشريعات مشوبة بعيب عدم الدستورية.
- 2- ان مبدأ مادية الجريمة يعد من أهم الضوابط التي من شأنها أن يحقق التناسب في التجريم ويقيد سلطة المشرع الجزائري بأضيق حدود.
- 3- ان ترشيد الإحالة التشريعية المتكررة من شأنها أن تفقد النص الجزائري مقبوليته لدى المخاطبين بالقاعدة القانونية الجزائرية.
- 4- ان كثرة إصدار التشريعات الجنائية الخاصة التي لا تستند إلى ضرورة ملحة والتي تفتقد إلى أساليب الصياغة التشريعية الجيدة من شأنها أن تعدم جوهر التناسب وبالتالي يقين القانوني الجنائي
- 5- ان إضفاء صفة الشخص على غير الآدمي أي مجموعة من المصالح الحكومية أو ما يسمى بالشخص المعنوي هو مجرد افتراض قانوني لا يجب المبالغة فيه الا في حدود ضيقة، والا كان ذلك مدعاة إلى الإخلال بمبدأ الشرعية الجنائية التي يعد يقين القانوني الجنائي الركيزة الثانية من ركائزها.
- 6- ان عدم مراعاة الضوابط الشكلية للالتزام بمبدأ التناسب من شأنها أن يولد ما يسمى ب(ظاهرة التضخم التشريعي).

ثانياً: التوصيات

- 1- نرجو من المشرع الجزائري قبل أن يلجأ إلى سلاح التجريم أن يأخذ الضرورة الاجتماعية لتجريم أي سلوك بنظر الاعتبار وفيما إذا كانت الحاجة العملية تدعو إلى ذلك من عدمه، ودراسة ذلك يكون من خلال الموازنة بين المصالح.
- 2- أن يعيد المشرع النظر في كثرة إصدار التشريعات التي لا مبرر لها فمن شأن

كثرتها أن يهدد الأمن والاستقرار القانوني.

3- توحيد المنهج الذي يتبع في إعداد التشريعات وهيكلتها ومراعاة قواعد الصياغة المتفق عليها

4- الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين وذلك لكفالة الاستقرار التشريعي. ومن ثم تحقيق التناسب.



قائمة المصادر

أولاً: المعاجم

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، ج7، 1968.
- 2- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة.

ثانياً: الكتب

- 1- د. أحمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري الشرعية الدستورية في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، دار الشروق، ط2، القاهرة، 2002.
- 2- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، ط6، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 3- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2015.
- 4- د. اشرف رفعت عبد العال، القاعدة الجنائية بين الصناعة الفقهية والصياغة التشريعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020.
- 5- خليل يوسف جندي ميراني، سياسة التجريم في ظل العولمة، سببرز، دهبوك، 2018.
- 6- د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي، دار الكتب القانونية - دار شتات، مصر، 2016.
- 7- د. عادل يوسف شكري، فن صياغة النص العقابي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
- 8- عباس عبد الرزاق مجلي السعيد، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص، دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي، مصر، 2018.
- 9- فارس حامد عبد الكريم المعيار القانوني، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2009.
- 10- د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 11- د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح

- 1- أحمد جابر صالح أحمد، اليقين القانوني الجنائي، أطروحة دكتوراة مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2019.
- 2- عبد ال محمد قادر الموازنة بين المصالح في القانون الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة دهبوك، 2017.
- 3- محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، أطروحة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2004.

رابعاً: البحوث القانونية

- 1- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ود. عبدالله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية التشريعية دراسة نقدية في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، السنة السادسة، العدد

23، 2014.

- 2- د. محمد رشيد حسن وسيروان عثمان فرج، تضخم القواعد القانونية كعارض من عوارض تحقيق الأمن القانوني، مجلة جامعة التنمية البشرية، السنة السابعة، العدد 2، 2019.
- 3- د. نوفل علي عبدالله الصفو، الإخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق السنة الحادية عشر، 2006.
- 4- وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لسنة 2005، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، المجلد 21، العدد الثالث، 2013.

خامسا: البحوث الإلكترونية

- 1- د. اشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية بحث متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.pdfactory.com
- 2- د. تركي عطية، الطبيعة المتغيرة للضرورة والتناسب في سياسة التجريم بحث متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.net
- 3- د. تميم طاهر أحمد الجادر والباحث سيف صالح مهدي العكيلي، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، كلية القانون جامعة المستنصرية، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.net
- 5- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانونية وضرورة الأمن القضائي.
- 6- د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الإصلاح القانوني متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.hrw.org

سادسا: القوانين والداستاتير

- 1- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969
- 2- قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2005
- 3- قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 39 لسنة 2015
- 4- قانون منع انتشار واستخدام الأسلحة الكاتمة للصوت رقم 3 لسنة 2016
- 5- قانون مكافحة تهريب النفط والغاز ومشتقاته في إقليم كردستان لسنة 2020
- 6- قانون تبرع وزراعة الأعضاء البشرية في إقليم كردستان رقم 1 لسنة 2018
- 7- مشروع قانون الناجيات الأيزديات
- 8- قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان رقم 8 لسنة 2011
- 9- قانون العفو العام في إقليم كردستان رقم 4 لسنة 2017

سابعا: الإعلانات والداستاتير

- 1- الدستور العراقي لعام 2005
- 2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 متاح على الموقع الإلكتروني التالي www.un.org

الملخص

ان القانون يهدف إلى تحقيق العدالة في كل زمان ومكان، فهو يقف إلى جانب العدالة، بمعنى إذا تحقق أحدهما دون الآخر فإن ذلك لا يجدي مبرراً ونفعاً، وعليه فلكي تتحقق العدالة لا بد من وجود عدد من المبادئ الأساسية لتحقيقها ومن أهم المبادئ التي جاءت السياسة الجنائية بها في الوقت الحاضر هو مبدأ " التناسب " ومعناه هو مراعاة التناسب بين إلام العقوبة وجسامة الجريمة، فإنه من الواجبات التي تقع على عاتق المشرع عند تحديده للعقوبة في النموذج القانوني الجنائي، وعليه فإن مبدأ التناسب توجد فيه عدة ضوابط لا بد من أخذها بعين الاعتبار وخاصة في مجال التجريم حتى نضمن عدم المساس بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً، ومن ضمن هذه الضوابط مبدأ مادية الجريمة، ومبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، وعدم المساس بالحقوق والحريات، والابتعاد عن المبالغة في الافتراض القانوني، بالإضافة إلى عدد من الضوابط الشكلية منها الوضوح في القاعدة القانونية الجنائية، وترشيد الإحالة التشريعية، ومرونة الصياغة التشريعية.

پوخته

بيگومان له هه موو سهردهم وکات وشوینیک ئامانجی یاسا بریتی یه له بهدییهینانی دادپهروهری، که ئهوش شانهشانی دادپهروهری دهوستیت، بهو واتایه ی ئهگهر یهکیکیان بهیئ ئهوی دیکه بهدی بیئت ئهوا هیچ بیانویهک وسوودیکی نابیت، بویه بۆ ئهوی دادپهروهری بهدی بیئت ناکرئ بهیئ ههبوونی ژمارهیهک پرهنسیپی بنههتی بۆ بهدییهاتی ؛ وه له گرنگترین ئهو پرهنسیپانه که لهسهردهمی ئیستادا سیاسهتی تاوانکاری ئاماژهی پیداهه بریتی یه له پرهنسیپی " گونجاندن " که به واتای گونجاندن له نیوان ئازار وکاریگهری سزا لهگهڵ مهترسی تاواندا، که ئهوش لهو ئهرکهکانهیه که دهکوهیته ئهستوی یاسادانه لهکاتی دیاریکردنی سزا له نمونهی یاسایی تاوانکاری، بویه پرهنسیپی گونجاندن ژمارهیهک ریسای ههیه که دهبیئت لهبههراو بگیرین بهتاییهت لهواری بهتاواندانان بۆ ئهوی دهستهبههری دهستنهبردن بۆ ماف وئازادیهکان بکهین که لهدهستوردا پاریزراون، له چوارچیهی ئهو ریسایانه پرهنسیپی بهههستههی تاوان، وکسیهتی بههههستههی تاوانکاری، ودهستنهبردن بۆ ماف وئازادیهکان، دوورکهوتنهوه له زیادههوی کردن له گریمانهکردنی یاسایی یه، سههباری ژمارهیهک ریسای روالهتی لهوانه روونی له ریسای یاسایی تاوانکاری، باشکردنی رهوانهکردنی یاسادانانی، ونههمی له دارشتنی یاسادانانی.

ABSTRACT

The law aims to achieve justice in every time and place. It stands on the side of justice, meaning if one of them is achieved without the other, then this is not justified and beneficial. Therefore, in order for justice to be achieved, there must be a number of basic principles to achieve it, and one of the most important principles that came the criminal policy At the present time, it is the principle of “proportionality” and its meaning is taking into account the proportionality between the severity of the penalty and the gravity of the crime. In the field of criminalization in order to ensure that the rights and freedoms guaranteed by the constitution are not violated, and among these controls are the principle of materiality of the crime, the principle of the personality of criminal responsibility, and not to prejudice rights and freedoms, and to avoid exaggerating the legal assumption, in addition to a number of formal controls, including clarity in the criminal legal rule, Rationalization of legislative referral.

أثر جائحة كورونا على المسؤولية المدنية* - أزمة قانونية في الإبقاء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية-

الدكتور حمادي عبد النور (**)

أستاذ محاضر قسم -أ-(أستاذ مشارك) جامعة بلحاج بوشعيب-عين تموشنت-الجزائر

أستاذ مشارك سابقا بكلية الحقوق-جامعة ظفار - سلطنة عُمان

كاريغهرى پهتاي كورونا لهسهه بهرپرسياريهتى شارستانى
- تهنگهزهى ياساى مانهوه لهسهه ريسا كشتيهكانى بهرپرسياريهتى
شارستانى -

دكتور حمادى عهبدولنوور

ماموستاى بهشى - أ - (پروفيسورى ياريددههه) زانكوى بيلهاج بوشهعيب - عهين

تهموشيننت - جهزائير

پروفيسورى پيشووى ياريددههه له فاكهلتى ياسا - زانكوى زهفار - سولتانى عومان

تاريخ قبول النشر: 2022/12/15.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/9/7.

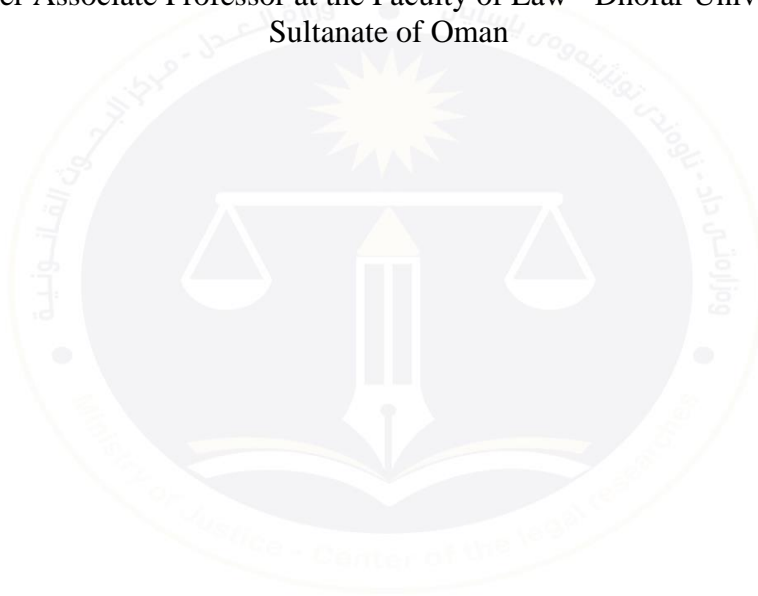
(**) abdenmour_13@live.fr

**The impact of the Corona pandemic on civil liability
-A legal crisis in the maintenance of the general rules of civil
liability**

Dr. Hammadi Abdel Nour

Lecturer, Department A- (Associate Professor) Belhaj Bouchaib University -
Ain Temouchent – Algeria

Former Associate Professor at the Faculty of Law - Dhofar University -
Sultanate of Oman



أثر جائحة كورونا على المسؤولية المدنية -أزمة قانونية في الإبقاء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية-

الدكتور حمادي عبد النور

أستاذ محاضر قسم أ- (أستاذ مشارك) جامعة بلحاج بوشعيب-عين تموشنت-الجزائر
أستاذ مشارك سابقا بكلية الحقوق-جامعة ظفار - سلطنة عُمان

الكلمات المفتاحية:

نظرية مخاطر التطور- المسؤولية المدنية - جائحة فيروس كورونا-
تعويض - صناديق خاصة للتعويض - أزمة مسؤولية مدنية.

كليه ووشه:

تيوري مهترسي پهرسهندن - بهرپرسياريتي شارستاني - پهنای كورونا
- قهرهبووكردنهوه - سندوقى تاييهت به قهرهبووكردنهوه - تهنگهزه
بهرپرسياريهتى شارستاني.

key words: Evolution risk theory ; civil liability ; corona virus pandemic;
compensation ; special compensation boxes ; civil liability crisis.

المقدمة

في حقيقة الأمر أن نظام المسؤولية المدنية بوجه عام عرف تطورا هاما، نتيجة التحولات الاقتصادية والاجتماعية الهائلة التي عرفتها المجتمعات في النصف الثاني من القرن الماضي وحتى بداية هذا القرن، والتي أدت بطبيعة الحال إلى تحول مهم في المفاهيم الأساسية للمسؤولية المدنية، نظرا لما يُواجه المجتمع المعاصر، إن على مستوى سلامته الجسدية التي تبقى أقدس حق على الإطلاق أو على مستوى ممتلكاته وأمواله التي تعتبر عصب الحياة

ولعل من أهم المجالات التي عرفت تحولات خطيرة، وكان لها تأثير واضح على الإنسانية بوجه عام، هي ما نعيشه من تداعيات جائحة فيروس كورونا على شتى مجالات الحياة التجارية وتسيير الأعمال وكذلك الضجة التي أبانت عن استعمال لقاحات كورونا وما تكلمت عنه الدراسات الطبية سواء بمشجع أو محذر من المخاطر المستقبلية لهذا اللقاح

وبالتالي تزايدت الأخطار المحدقة بجميع الأشخاص، كل هذه الاعتبارات جعلت مختلف التشريعات الحديثة، تُفكر في إعادة النظر في المبادئ العامة للنظام القانوني للمسؤولية المدنية، عن طريق تسليط الضوء والاهتمام بالمبادئ المستحدثة في أنظمة التعويض في ظل ما نعيشه من تحديات جائحة كورونا على أنظمة التعويض الكلاسيكية التي أثبتت محدوديتها وفشلها في منح ما يسمى بالتعويض العادل.

أهمية البحث:

تجلى الأهمية البالغة لموضوع تأثير جائحة كورونا على المسؤولية المدنية - أزمة قانونية في الإبقاء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية- في إبراز مكانة القواعد القانونية المستحدثة في مجال التعويض المدني في منح ما يسمى الأمن القانوني للأشخاص المتضررين من تداعيات جائحة كورونا، إذا قارنا الأمر هذا مع ما كان موجود من قواعد تقليدية تحكم مجال التعويض خاضعة للأحكام العامة في القوانين المدنية. لأن الاعتماد على القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية لم يعد كافياً لتغطية كل الأضرار الناشئة عن جائحة كورونا لاسيما على مستويات إثبات علاقة الأخطاء ومصدرها، مادام أن مثلاً أضرار لقاح فيروس كورونا لا تظهر إلا بعد وقت طويل.

إشكالية البحث:

إن الاعتبارات التي أوردناها في أهمية هذه الورقة البحثية، كانت كفيلة بدفع التشريعات الحديثة إلى وضع قواعد قانونية خاصة من أجل أن تتلاءم مع ظاهرة الأضرار الناجمة عن فيروس كورونا ولعل من أهمها التوجه نحو إثارة المسؤولية المدنية على أساس مخاطر التطور، وكذلك خلق صناديق تعويضية نظراً لعدم كفاءة القواعد العامة التعويضية التي تقوم عليها المسؤولية المدنية طبقاً للقانون المدني.

الأمر الذي يدفعنا لنحاول الإجابة عن واقع فرضته الأضرار المتولدة من جائحة كورونا وهو هل بقي للقواعد العامة للمسؤولية المدنية دوراً في التعويض؟ أم أن جائحة كورونا فرضت ضرورة التوجه نحو القواعد القانونية المستجدة في مسألة التعويض المدني ومحاولة الاستجداد بها من أجل حماية حقوق المضرورين من آثار جائحة كورونا؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى إبراز، مدى القيمة القانونية التي يمكن أن تشكلها القواعد المبادئ

القانونية المستحدثة، في تحقيق الأمان القانوني، والتي فيروس كورونا تسبب في إيضاح ضعف النظريات التقليدية للمسؤولية المدنية، كما يُبرز البحث ضرورة إعادة النظر أو محاولة خلق ما نسميه بقانون الأزمات الذي يؤدي إلى تعليق العمل بالقواعد العامة والتوجه نحو القواعد القانونية المستحدثة الكفيلة بمواجهة تطور الأضرار المستحدثة.

منهجية البحث:

إن عمق موضوع بحثنا يستند إلى الدفاع عن الأنظمة التعويضية الجديدة والتي ينبغي التعمق كثيرا في دراستها، وذلك من خلال دراسة تحليلية نقدية تبين حتمية إحياء أو تجديد المبادئ والقيم الأخلاقية والاجتماعية المكملة أو المساعدة لتدعيم العدالة داخل منظومة المسؤولية المدنية.

خطة البحث:

اخترنا تقسيم البحث إلى مبحثين، الأول يتعلق بأزمة تواجه القواعد العامة للمسؤولية المدنية من أجل منح التعويض في ظل آثار جائحة كورونا من خلال التطرق في مطلب أول إلى مظاهر تأثر القواعد العامة في المسؤولية المدنية بفعل جائحة كورونا وذلك من خلال ضرورة ملحة في تجديد ركن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، ثم كيف أن نظرية الظروف الطارئة تبقى الاستثناء المشروط لصالح مرونة الحياة والتي تعتبر تجديد قانوني لدفع المسؤولية المدنية.

وفي مطلب ثاني نتطرق إلى أزمة طبيعة ركن الضرر في المسؤولية المدنية الناجم عن جائحة كورونا

أما المبحث الثاني فيتعلق بالبحث في محاولات الاستنجااد بالقواعد القانونية المستجدة في مسألة التعويض المدني من أجل حماية حقوق المضرورين من آثار جائحة كورونا، من خلال البحث في كيف فرضت جائحة كورونا التوجه نحو مخاطر التطور كسبب لقيام المسؤولية المدنية، وكيف يمكن الاستنجااد بآليات التعويض الأخرى كصناديق التعويض، لتدارك عجز الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية

المبحث الأول

أزمة تواجه القواعد العامة للمسؤولية المدنية من أجل منح التعويض في ظل آثار جائحة كورونا

إن جائحة فيروس كورونا أثرت على كل مجالات الحياة سواء كان ذلك اجتماعيا، أو اقتصاديا أو سياسيا وكذلك كان التأثير قانونيا.

هذا وما نشاهده ونسمعه من إجراءات سواء إدارية أو حتى قضائية لجأت إليها العديد من دول العالم من أجل محاولة منها وأمام ضعف حيلتها أمام هذه الجائحة للتقليل والتخفيف من شدة حدتها وآثارها السلبية الكبيرة على سير المعاملات المالية والتنظيمية لأفرادها.

هذه الإجراءات المتخذة مسّت جميع العقود المدنية منها العقود الدولية-عقد الاستثمار-عقد السياحة-عقد الملكية الفكرية وبراءة الاختراع-عقد التمويلات البنكية-الاشتراطات التعاقدية-الآليات القانونية التي تقوم عليها قاعدة السبب الأجنبي والظروف الطارئة وحتى مسألة القوة القاهرة.

هذا ولا ننسى أن جائحة فيروس كورونا قد مست حتى أنظمة التعويض الحديثة ومجالات المسؤولية المدنية ومنها نظرية مخاطر التطور، فها هو قد كثر الحديث في بعض الدول عن انتهاج علاج فيروس كورونا عن طريق دواء عقار "هيدروكسي كلوروكين" الذي يُطبق على مرضى فيروس كورونا الجديد، بعد ورود تقارير عن تسببه بآثار جانبية خطيرة من بينها تشنجات، وفقدان الرؤية، والصداع النصفي في غضون أيام من تناول العقار. كما تسبب العقار لأحد المرضى بحدوث نبضات غير منتظمة لعضلة القلب إما بسرعة كبيرة أو بطيئة، مما قد يؤدي إلى حدوث نوبة قلبية قاتلة.

انطلاقاً من حوصلة ما فات، نجد التوجه التشريعي الحالي بفعل جائحة فيروس كورونا يتجه نحو أخلقة العقود المدنية كما نرى من جهة أخرى كذلك، التوجه نحو أخلقة وتطويع فكرة التعويض في المسؤولية المدنية عن طريق اعتبار فكرة مخاطر التطور كسبب لقيام المسؤولية المدنية، خاصة مع التقارير الطبية والواردة عن منظمة الصحة العالمية والتي تحذر من المخاطر الجانبية لدواء عقار "هيدروكسي كلوروكين" وهذا يذكرنا بما خلّفته مشكلة فيروس الكبد الوبائي "C"، من آثار اجتماعية وقانونية على المجتمع

الفرنسي. والدور الذي لعبته نظرية مخاطر التطور في منح تعويض للمضرورين، حيث أن أي نشاط إنساني بلغ ما بلغ، فإنه يحمل في طياته خطراً ما، وأن دور القانون هو توفير الآليات المناسبة لمواجهة هذا الخطر عند اكتشافه، وليس بلازم تطويع المبادئ القانونية المستقرة لتحقيق هذا الغرض، بل ينبغي الذهاب إلى أبعد من ذلك والبحث عن الجانب الأخلاقي في هذه المبادئ القانونية بغية توفير حماية للمضرورين

المطلب الأول

مظاهر تأثر القواعد العامة في المسؤولية المدنية بفعل جائحة كورونا

في هذه الأزمة الصحية العالمية زادت العناية بقواعد المسؤولية المدنية، حتى أصبحت محل اهتمام ودراسة من قبل الفقه القانوني، وكان من آثار ذلك أن حالت قواعد هذه المسؤولية وتغيرت، تابعة في تغييرها لزيادة الأخطار والأحداث التي تتعرض فيها الأنفس للهلاك، والأموال للتلف، ولقد صار إلى مساعدة المضرور وتسهيل الأسباب ليحصل على التعويض عما أصابه من ضرر.

فلقد أصبح بمقتضى القاعدة المشهورة "البينة على من ادعى"، لا يحصل على تعويض إلا إذا أقام الدليل على الضرر الذي لحقه، وخطأ الفاعل الذي سببه، وأثبت أن ذلك الضرر من هذا الخطأ، فأليس هذا أصبح إرهاباً على الشخص المضرور في ظل جائحة كورونا؟.

ولما كانت العدالة الصحيحة هي التي تحفظ التوازن بين كفتي الميزان في غاية من الدقة بحيث لا ترجح إحداها الأخرى، وجب المحافظة على التوازن بين كفتي المسؤولية (وأساسها الخطأ فيما عدا الأحوال التي استثناها القانون)، وكفة انتفاء المسؤولية (التي من مقتضاها حماية من لم يتسبب بخطئه في إحداث ضرر، فكما أن رجحان كفة المسؤولية يكون مخالفاً للعدالة كذلك يكون رجحان كفة عدم المسؤولية

الفرع الأول

ضرورة ملحة في تجديد ركن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

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 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"⁽¹⁾، 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 المتوقع personnel prévisible إلى خطر جماعي غير متوقع collectif imprévisible بحكم أن التوجه الحديث للمسؤولية المدنية يتجه نحو كفالة حقوق المضرورين⁽²⁾ وما ينادى كما سوف نرى من تجاوز لفكرة الخطأ. وعليه هذا التطور يؤدي كتحصيل حاصل إلى فرض التزامات قانونية أصبحت ضرورية في ظل جائحة كورونا

1- الالتزام بالإعلام وقيام المسؤولية المدنية عند انتفائه: بعد أن أصبح الواقع يُبين وبشكل جلي وواضح التفاوت بين التزامات المتعاقدين، كونه أمر طبيعي بين أشخاص تباينت فوائدهم بتفاوت تقديماتهم ومؤهلاتهم، وخاصة في العقود المهنية. وعليه نبين تأثير المشرع الجزائري بمسألة حسن النية في التقنين المدني وما يتفرع عنه باعتباره الشريعة العامة

فانطلاقاً من واجب التعاون بين المتعاقدين كما يُعبر عنه جُل من كتب في مسألة حسن النية⁽³⁾، وانطلاقاً من نص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري⁽⁴⁾ التي تنص على "ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

إذن المشرع الجزائري هنا يعتبر حسن النية الإطار والروح التي يجب أن تسود تفسير العقود وتنفيذها، ففي حال تعدد طرق تنفيذ العقد ومعانيه، فينبغي أن يُختار من الطرق ما

(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) لبان فريدة: مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية، 2008، 2009، ص 98. وانظر كذلك، علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة ماجستير-كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص 23

(4) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم - جريدة رسمية 44- 2005

تقتضيه الأمانة، والشرف، والعدالة والنزاهة.

وعلى ذلك يجب أن يسود حسن النية في إنشاء العقد وتفسيره وفي تنفيذه أيضاً، فإذا تعهد مقاول بتوصيل أسلاك كهربائية، وجب عليه أن يقوم بذلك من أقصر طريق ممكن، كما يجب أن يقوم أمين النقل بنقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها.

ونظراً لقناعة المشرع الجزائري بأن واجب الإخبار أو الإعلام يحقق كل ما يعنيه مبدأ حسن النية في إقامة العدل العقدي، نص بضرورة إعلام المتعاقد وخاصة في ما يسمى بعقود الاستهلاك التي تكون بين محترف أو مهني وبين مستهلك غريب عن اختصاص المحترف الذي يتعاقد معه وكل هذا جراء افتراض المشرع عدم التكافؤ في العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يجد الالتزام بالاستعلام أيضاً أساساً له ضمن المبادئ الأخلاقية وبالخصوص مبدأ حسن النية، والذي هو الإحاطة بما يخص موضوع التعاقد بالاستناد إلى كل مصادر المعلومة الممكنة والتي يكون بإمكان المتعاقد أن يتحرى فيها⁽²⁾، وعليه يقع على كلا من المتعاقدين التحلي بالنزاهة والصدق.

فإذا كانت المعلومة المستعلمة تدور خاصة حول المتعاقد معه من حيث مركزه القانوني وحدود سلطاته، وحول المحل بما يشمله من عناصره الأساسية، فلا يعني ذلك أنه عليه أن يحصل بنفسه على كل هذه المعلومات إذ يتقلص الالتزام بالاستعلام عند عدم خبرة الدائن به⁽³⁾.

ولكن ما هو تأثير فيروس كورونا على الالتزام بالإعلام؟ إذا كان فيروس كورونا الذي يؤدي إلى مرض كوفيد19 من أشد الأخطار التي واجهت البشرية جمعاء، فلا يمكن أن تتصور وجود عقد أخل أحد أطرافه بواجبه القانوني بضرورة إعلام الطرف الثاني، بالأضرار والأخطار التي تواجه الطرف الثاني جراء فيروس كورونا.

فمثلاً وبخصوص عقد النقل البري أو حتى الجوي أو البحري، ينبغي إعلام الناقل عن

(1) القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش - الجريدة الرسمية رقم 15- سنة 2009

(2) مصطفى أبو منظور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 165

Philippe Le tourneau: Responsabilité des vendeurs et fabricants-édition Dalloz-prix -2001-p53 -

(3)

الأخطار التي يواجهها من جراء سوء نقل بضاعة ما، قد تكون خطرا على حياته، أو كذلك إعلامه بمخاطر وجود وباء فيروس كورونا في تلك الدولة المتوجه إليها.

وعليه ومثلا بخصوص مسؤولية الناقل البري أو حتى البحري أو الجوي للبضائع لا يمكن مساءلته ونحن في زمن جائحة كورونا عن التأخير في الوفاء بالالتزام، بحكم أن العديد من الدول قد قامت بوضع إجراء الحجر الصحي الذي يمنع كل سكانها من التجول في أوقات محددة أو حتى المنع من خروج الأجنبي من أراضيها أو الدخول إليها، وهذا ما قامت به الجزائر في 20 مارس 2020 بإصدار مرسوم يقضي بالحجر الصحي لكامل ولايات الوطن بدءا من الساعة الثالثة ظهرا إلى الساعة السابعة صباحا⁽¹⁾

ففي هذه الظروف لا يمكن مطالبة ناقل البضاعة بالتعويض عن التأخر أو حتى لتف البضاعة بمقتضى هذا الحجر، لكن وننبه أن هذا الحكم قد يغيره الالتزام بالإعلام، أي إذا كان هذا الناقل قد تم إعلامه بانتشار فيروس كورونا بدولة ما، وقام الأخير بالتوجه إليها رغم تحذيره من طرف المتعاقد معه⁽²⁾.

حيث ليس من دخل لحسن نية المسؤول في تقرير التعويض، فإنه إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، فإن من صدر عنه الفعل الضار بخطئه يلزم بتعويض الضرر، ففي النطاق العقدي توجب المادة 107 مدني جزائري، أن تنفذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولكن نجد كذلك نص المادة 176 مدني جزائري التي تنص بأنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه"، وعليه فالمسؤولية تتوافر ولو حسنت نية المسؤول ما دام ثمة خطأ قد وقع منه، وهذا الخطأ قد يكون في جانب أحد أطراف العقد الذي أخل بالتزامه القانوني في ضرورة إعلام الطرف الثاني بما يمكن أن يلاقه من أخطار فيروس كورونا.

وعليه نجد أن فعلا فيروس كورونا يمكن أن يشكل عاملا مجددا في مفهوم الالتزام

(1) مرسوم تنفيذي آخر رقم 70/20 المؤرخ في 29 رجب عام 1441 الموافق لـ 24 مارس 2020 المحدد لتدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، سنة 2020

(2) أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك (إزاء المضمون العقدي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 110

بالإعلام فيما يخص العقود الصادرة في هذه الفترة من جائحة كورونا. والذي يقيم المسؤولية المدنية

2- التوجه نحو فكرة الخطأ المكسب استجابة للمتغيرات القانونية لجائحة كورونا:

يعرف الخطأ المكسب بأنه خطأ من طبيعة عقدية أو تقصيرية يتجسد في صورة سلوك غير أخلاقي وانتهازي يرتكبه فاعله عن عمد وبعد تفكير وتخطيط مُحكم وحساب لما سيعود عليه من ربح من ارتكاب الفعل الضار وما سيدفعه من تعويض للمضرور ثم المجازفة بارتكابه عن وعي وإدراك، لأن الربح الذي سيجنه سيتجاوز بكثير التعويض الذي سيحكم عليه به⁽¹⁾

حيث انتشر في دولة فرنسا حديثا وخاصة في السنوات العشر الأخيرة، التحدث عن صورة جديدة للخطأ وهي

حالة المُكسب أو المربح، ويعود الفضل في صك هذا الاصطلاح إلى القضاء الفرنسي الذي أشار إليه لأول مرة باعتباره عنصرا من عناصر المسؤولية المدنية وذلك في قضية⁽²⁾ تتلخص وقائعها في قيام ناقل بحري برص البضائع التي تعهد بنقلها على ظهر السفينة، بدلا من وضعها في العنابر، على الوجه المتفق عليه في العقد والذي قدرت على أساسه أجرة الناقل وقام بتخصيص العنابر لبضائع أخرى وهو ما ترتب عليه تلف البضاعة وتبعاً لذلك أقام صاحب البضائع دعوى على الناقل للبضاعة يطالبه فيها بالتعويض، فتمسك الناقل بشرط عدم المسؤولية الوارد في سند الشحن، إلا أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت أعمال ذلك الشرط على أساس أن ما قام به الناقل يشكل خطأ مُكسبا. وقررت في حكمها أن القيام بشحن البضاعة على ظهر السفينة وليس في داخل مخازنها، كما هو متفق عليه في العقد كان هو السبب الرئيسي في تلف البضاعة، حيث هذه الطريقة في رص البضاعة وشحنها تكون أقل كلفة بالنسبة للناقل وهو ما يزيد الكسب الذي يجنه، فالخطأ الذي ارتكبه الناقل هنا هو خطأ مريح له وضار بالنسبة للمالك للبضاعة وانتهت المحكمة إلى انعقاد المسؤولية المدنية للناقل البحري.

وبإسقاط فكرة الخطأ المكسب على فترة جائحة كورونا وما فرضته من توجه نحو

(1) عبد الهادي فوزي العوض: الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر، 2017-24

(2) عبد الهادي فوزي العوض: المرجع نفسه-ص63

العالم الافتراضي لتسيير المعاملات المختلفة خاصة عند فرض الدول الحجر الكلي، وكذلك توجه التعليم الحضوري إلى التعليم عن بعد وما يتطلبه من إمكانيات عالية في خدمات الإنترنت، هنا قد تعتمد شركات الإنترنت إلى قطع الاتصال بالإنترنت، ومن أجل تحقيق أكبر ربح خاصة لما شاهدت التوجه الكلي من عامة المستهلكين نحو خدماتها متدرة بالقوة القاهرة التي أجبرتها على عدم الوفاء بالتزاماتها أو قطع الخدمة على المشتركين، وإن كان من المسلم أن القوة القاهرة حال ثبوتها فعلا، يترتب عليها إعفاء الشركة من توفير الخدمة للمشارك المتعاقد معها الذي دفع ثمنها ولم يحصل على الخدمة. ولا شك هنا أن احتفاظ الشركة بمقابل الخدمة التي لم تُقدم للمستهلك يشكل ربحا غير مشروع حققته على حساب مصلحة المستهلك. وهنا الشركة عاملة حساب وهو أن الضرر يعتبر طفيفا على المستوى الفردي لذلك يرى المضرور أو مستهلك الخدمة أنه لا جدوى من الناحية الاقتصادية في رفع دعوى قضائية من أجل المطالبة بتعويض هذا الضرر الذي لحق به، نظرا لارتفاع تكلفة التقاضي.

والشركة هنا فإنها ستحقق ربحا كبيرا على نحو غير مشروع لأنها عمدت قبل أن ترتكب الخطأ المتمثل في قطع خدمة الإنترنت إلى دراسة دقيقة لردة فعل المستهلك حيث توقعت عدم رفع دعوى قضائية من طرف المستهلكين، وهنا للشركة مصلحة جديّة وحقيقية أن تعتمد إحداث الضرر بالمضرور لأن الكسب الذي ستحصل عليه في النهاية سيتجاوز بكثير مبلغ التعويض الذي ستلتزم بدفعه لأن التعويض يكون على قدر الضرر الذي أصاب المضرور دون أن يزيد عنه أو ينقص وهنا يكون خطأ الشركة مربحا وهو غير مقبول من نظر القانون والأخلاق، وبالتالي لا بد وخاصة في ظل جائحة كورونا من التوجه نحو فكرة التعويض عن الخطأ المربح

الفرع الثاني

نظرية الظروف الطارئة تبقى الاستثناء المشروط لصالح مرونة الحياة والتي

تعتبر تجديد قانوني لدفع المسؤولية المدنية

إن المساواة بين الأداءات التي تعد من شروط العدالة التبادلية في العقد، يمكن أن يُنظر إليها وأن يقع تقييمها في فترتين مختلفتين من حياة العقد وذلك، إما عند تكوينه أو عند تنفيذه، فمن

الممكن أن توجد

المساواة عند إبرام العقد، ولكنها تختفي في مرحلة تنفيذه، عندما تحدث تغيرات اقتصادية، وهذا ما يمكن

أن تواجهه نظرية الظروف الطارئة، فإن فقدان العقد لعدالته، وجدواه الاقتصادية يفقده إلزاميته، ويجوز للقاضي عند ذلك تعديله، ولا تمنع أحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري، دون ممارسة القاضي لسلطته التعديلية في العقد، ومراجعتها حتى تكون متطابقة مع مقتضيات العدالة والأخلاق العقدية. وبالتالي فإن نظرية الظروف الطارئة هي في الحقيقة قاعدة إنصاف بديهية تقضي بأنه "بحضور ظروف استثنائية يجب أن تغير القواعد المطبقة"⁽¹⁾.

ويعتبر القاضي قد حل محل الأطراف المتضررة من الظروف الطارئة، لأنه سيحاول إنقاذ الوضعية المستجدة بواسطة الحيلولة دون عرقلة تنفيذ العقد بحسن النية إلى تثبيت دوره بواسطة حل منصف، وهي الكيفيات التي أثبتت في المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري التي تنص "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مُرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك" وإذا رجعنا إلى قراءة حرفية *une lecture exégétique*، لنص المادة 107 فقرتها الثالثة، لوجدناها تتحدث عن نظرية الظروف الطارئة المؤدية إلى اختلال في التوازن الاقتصادي وهذا الأخير يُعزى إلى وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة.

ولكي يتولى القاضي دوره في إعادة هذا التوازن عن طريق تطبيق النظرية لا بد من توفر الشروط التالية التي سنبينها ونرى هل تستجيب هذه الشروط لخصائص فيروس كورونا وبالتالي يمكن للقاضي أعمال النظرية القانونية الخاصة بالظروف الطارئة لمواجهة تداعيات جائحة كورونا؟

(1) علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 1993، ص 90

أ- وقوع حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها: وليس المقصود فقط بانتفاء التوقع أن يكون الحادث لم يدخل فعلا في حساب المدعى عليه، إذ لو أخذنا بذلك لوجب اعتبار كل ما لم يحصل نوقعه حادثا فجائيا، بينما أن عدم توقع المدين بالفعل لذلك الحادث ليس معناه حتما أنه لم يكن في وسعه توقعه، وقد اجمع الفقهاء والقضاء⁽¹⁾، على أن الحادث لا يكفي فيه أنه لم يحصل توقعه، بل لا بد أن يكون غير ممكن توقعه، على أنه يجب أن لا يفهم من ذلك أن كل ما يمكن توقعه يتوافر فيه الإسناد المانع من اعتبار الحادث قوة قاهرة، ولو لم يكن هناك أي واجب يفرض على المدعى عليه ذلك التوقع الممكن، إذ أن المرء غير مطالب بكل ما في وسعه بل إن اللواجبات والتكاليف حدود لا يجوز تخطيها، وعليه فلا يسأل المرء إلا عما كان يجب عليه توقعه، لا عن كل ما كان في إمكانه توقعه⁽²⁾

عندما يتعلق الأمر بالطابع الاستثنائي للحوادث، فإنه من الصعب منحه "نطاقا قانوني juridique ذلك لأنه يمكن تركيب الأحداث بعدة أشكال: حسب أصلها، حسب طابعها، وحسب آثارها،

وتبسيطا للمسألة فإن دور القاضي ينحصر في البحث في أثر الحادث، على تنفيذ الالتزام مهما كان أصله أو السبب في حدوثه. ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تتطلب إعادة التوازن العقدي المختل بغية تحقيق العدالة العقدية، فلأن السبب يعود إلى تأكيد المشرع على استثنائية الحادث بمنح القاضي مجالا لتعديل العقد، وذلك حتى يؤمن الحد الأدنى من الاستقرار العقدي اللازم لها في حدود العدل والإنصاف وفعلا فبالرجوع إلى كرونولوجيا فيروس كورونا، في 25 فبراير، تحدثت منظمة الصحة العالمية⁽³⁾ عن خطر وباء عالمي، في اليوم التالي تخطى عدد الإصابات الجديدة

(1) سليمان مرقس: دفع المسؤولية المدنية، مطبعة الاعتماد، دون سنة نشر، القاهرة، جمهورية مصر، ص206

(2) هذه الفكرة كذلك سوف نبينها لاحقا بأنها لا بد من إعادة النظر فيها جراء الأخطار والأضرار المستحدثة، عندما نتكلم عن حتمية التوجه نحو المسؤولية المدنية القائمة على أساس مخاطر التطور، حيث نبين أنها لا تعد ممكنة في مواجهة التحديات القانونية لفيروس كورونا

(3) تاريخ مراجعة موقع منظمة الصحة العالمية يوم 2020/04/25

في العالم العدد في الصين.

وفي مطلع مارس، دعت منظمة الصحة العالمية إلى التزود بأجهزة المساعدة على التنفس وتوقّعت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي تباطؤاً حاداً في الاقتصاد. في السادس من مارس، سُجّلت 100 ألف إصابة في العالم. في الثامن من الشهر نفسه، عُزلت منطقة الشمال في إيطاليا، في إجراء توسّع نطاقه بسرعة ليشمل كل أرجاء البلاد.

في التاسع منه، أدى انهيار أسعار النفط إلى تراجع كبير في البورصات العالمية. في 11 مارس، أعلنت منظمة الصحة العالمية كوفيد-19 "وباء عالمياً". أغلقت الولايات المتحدة حدودها تدريجياً أمام حوالي ثلاثين دولة وأعلنت حكومات ومصارف مركزية عدة إجراءات هائلة لدعم الاقتصاد.

في 13 مارس، أعلنت منظمة الصحة العالمية أن أوروبا باتت "بؤرة" الوباء العالمي. وفرض العزل الإلزامي في إسبانيا في 14 مارس وفي فرنسا في 17 من الشهر نفسه وأوصت دول أوروبية أخرى أولاً بـ"البقاء في المنازل" وبتخفيف الاحتكاك بالآخرين. قلّصت شركات الطيران بشكل كبير رحلاتها وأغلقت دول كثيرة حدودها.

في 18 من الشهر نفسه، سُجّلت 200 ألف إصابة في العالم. في 19 مارس، باتت إيطاليا الدولة التي تسجّل أكبر عدد وفيات في العالم وتكثّف الإعلان عن تدابير عزل وطنية ومحلية.

في 20 مارس 2020 تم إصدار في الجزائر مرسوم رئاسي يقضي بإجراءات الحجر الصحي

في 23 من الشهر نفسه، حدّر صندوق النقد الدولي من ركود أسوأ من ذلك الذي حصل بعد الأزمة المالية عام 2008.

وتحصيلاً مما سبق يمكن القول أن فيروس كورونا لم يكن مُتوقع في جميع الدول، بحكم عدم وجود فيروس مماثلاً له سبق وأن ظهر، وعليه هذا الشرط المتعلق بالحوادث الاستثنائية العامة التي من غير ممكن توقعها متوفرة في جائحة كورونا.

ب- عمومية الحادث الطارئ

تستوجب المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، بأن يكون الحادث عاماً، أي لا يكون خاصاً بالمدين فقط، بل يجب أن يكون شاملاً يمس كافة الناس أو على الأقل فئة

منهم.

وبالرجوع إلى جائحة كورونا، نجد أنها قد مست جميع سكان العالم، بل وهي في تجدد انتشار رهيب، فقد بلغت وفيات كورونا ونحن نخط هذه الأسطر تقريبا حوالي 100 ألف، وإجراءات الحجر متواصلة عبر العالم، فشرط عمومية الحادث متوفر في جائحة كورونا وبالتالي الشرط الثاني للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، الذي يمكن أن يستند عليه القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، من أجل حماية بعض الفئات نظرا للظروف الطارئة والمحيطه بسبب انتشار فيروس كورونا بالعالم، متوفر.

ج- عدم توقعية الحادث الطارئ

هل يتعلق الأمر بعدم توقع حادث يندرج ضمن اللاتوازن العقدي المراد من الأطراف مبدئيا أم إلى

عدم توقع التوازن في حد ذاته؟

تستوجب المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري بأنه حتى يتم تكريس حكم الظروف الطارئة بالألا تكون متوقعة عادة وقت إبرام العقد من المعلوم أنه يمكن للالتزام العقدي أن يكون قائما على نطاق النشاط في حد ذاته، ودرجة الحذر

الموجهة فيه نحو المستقبل، أو على مستوى التوازن في الالتزامات أي بين القيمة الاقتصادية والظروف

الطارئة، حيث يستند هذا الأخير إلى الأولى.

ويظهر فعلا من تحقق الالتزام ظهور علاقيتين من العالم الخارجي le monde extérieur إحداهما وتعلق بالعلاقة بين النشاط بواسطة الحذر والحيطه التي تشكل له جوهر الإلزام في بعده الأول، وأحداث العالم، والعلاقة بين القيمة الاقتصادية المشكله لجوهر ذلك الالتزام في بعده الثاني وثمن السوق

Les prix sur le marché

هذا ويُعد الالتزام المرهق للمدين من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم

بأن هناك اختلالا في

التوازن العقدي ومن ثمة تطبيقا للنظرية. وقد نصت المادة 3/107 على هذا الشرط بقولها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...".

وتبرز أهمية شرط الإرهاق في أنه مهما تكن درجة الحوادث الاستثنائية من الخطورة وعدم توقع حدوثها فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة⁽¹⁾

عن العقد⁽²⁾، مثلا إذا تم إعلام الطرف الذي يدعي الإرهاق بانتشار جائحة كورونا في دولة ما، ولكنه قام بالسفر إليها، أو أن الدولة التي يقيم بها تعتزم إقامة حجر صحي، قد يتعذر معه مثلا تحصيل أمواله من مدينيه هو الآخر لكي يسدد بها التزاماته أمام دائنيه، وعليه فالالتزام بالإعلام قد يسحب صفة الإرهاق عن المدين وبالتالي لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ولكن إذا تكشف للقاضي أن الحادث الطارئ يجعل تنفيذ العقد مُرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة كان بإمكانه الاستفادة من الحماية المكرسة بمقتضى المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، بشرط أن يؤدي الإرهاق إلى اختلال في التوازن الاقتصادي. وفي هذا السياق أكدت المحكمة العليا "أنه لما أثر قضاة الموضوع زيادة نسبة 10 % من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد، فإنه كان لا بد على القضاة مراعاة إمكانية تعديل العقد طبقا للمادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، وذلك في حالة إذا تعلق الأمر بتنفيذ التزام ملقى على أحد الأطراف العقد وأن يكون مهدد بخسارة فادحة نتيجة ارتفاع الأسعار"⁽³⁾

ولعل الإرهاق المنصوص عليه في المادة 107 فقرتها الثالثة يحمل الكثير من الأبعاد الإنسانية والقضائية التي يجب مراعاتها، والقاضي يسعى إلى التخفيف من الأضرار التي تسبب إرهاقا للمدين، ويكون من الصعب على المتضرر من نتائج ظرف غير متوقع أن يتحمل تبعه هذا الظرف بمفرده، دون أن يكون هناك تعاون، والقاضي سيكون الأمين، وخاصة عندما نكون أمام العقود طويلة الأمد مثلما هو الحال في العقود الدولية.

(1) ياسر عبد الحميد الإفتيحات: جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد رقم 08، ديسمبر 2020، ص 782

(2) محمد محسوب: أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، ار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص 151

(3) المجلة القضائية الجزائرية، قرار صادر عن الفرقة العقارية-يوم 1999/10/24 ملف رقم 191705، سنة 1999، عدد خاص، ص 95

فليس للقاضي سلطة فسخ العقد بسبب الظرف الطارئ، لأن سلطته تتمثل في مراجعة العقد أو تعديله إلى الحد المعقول لأن وظيفة نظرية الظروف الطارئة تتمثل في تعديل اقتصادية العقد

Réajuster l'économie du contrat

وذلك بإعادة توازن الالتزامات وتنفيذ العقد طبقاً لمبدأ حسن النية، وتنفيذاً أيضاً لواجب التضامن العقدي⁽¹⁾.

وانطلاقاً مما سبق، وتأسيساً عليه، نرى بإمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقود المدنية بحكم أن الشروط القانونية المتطلبة في هذه النظرية، متوافرة في جائحة كورونا التي تسبب مرض كوفيد19

المطلب الثاني

أزمة طبيعة الضرر الناجم عن جائحة كورونا

بالنسبة إلى مسألة الضرر، ففي المسؤولية العقدية طبقاً للقواعد العامة، يتم التعويض عن الضرر المتوقع حيث من المبادئ المُتَّفَق عليها في إطار المسؤولية المدنية العقدية هو أن الضرر المستحق للتعويض لا بد أن يكون متوقعاً، أي المدين يكون مسؤولاً فقط عن تعويض الضرر المتوقع وحده، وذلك على خلاف ما هو مقرر في مجال المسؤولية التقصيرية فيشترط في الضرر أن يكون محققاً وليس محتملاً وأن يكون مباشراً متوقعاً 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 والغير المباشر⁽²⁾ 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 غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقُّعه عادة وقت التعاقد".

وعليه فيما يتعلق بمقدار التعويض، يذهب الفقه التقليدي إلى أن التعويض كامل في

(1) جاك غيستان: المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة سنة 2000، ص31

(2) جلال علي العدوي: أصول الالتزامات، القاهرة، 1997، ص97

المسؤولية التقصيرية ولا يكون كذلك في المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، لكن من الصعب تطبيق هذه القواعد على الأضرار الناجمة بفعل جائحة كورونا، فمسألة توقع أي ضرر عند التعاقد في ظل جائحة كورونا أمر غير معقول كما سنبينه لاحقاً.

وعليه كل هذه الأسباب تجعل من القواعد العامة للمسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار فيروس لا يسعها قالب المسؤولية العقدية ولا حتى قالب المسؤولية التقصيرية، وبالتالي فأي مسؤولية تستوعب أضرار جائحة كورونا؟



المبحث الثاني

محاولة الاستنجاذ بالقواعد القانونية المستجدة في مسألة التعويض المدني من أجل حماية حقوق المضرورين من آثار جائحة كورونا

لقد أعطى تدني دور الخطأ في تشغيل المسؤولية المدنية بروزاً لما يسمى بالتوجه نحو الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية الوظيفة *d'indemnisation Fonction* وهذا ما دفع بعض رجال القانون ورجال الاقتصاد إلى التساؤل عن فاعلية نظام المسؤولية المدنية في ظل التداعيات الاقتصادية لجائحة كورونا، لأن معظم الحوادث هي بالفعل، لا تنسب للصدفة، بل هي راجعة لعدم الاستعمال الأمثل للآلات المستخدمة أو نتيجة للقصور الفيزيائي، الذي لا يستطيع الرجل العادي أن يتفاداه، ما جعل هذا النوع من الأضرار تمثل نموذجاً بعينه يختلف عن باقي النماذج الأخرى.

فعدم كفاءة المسؤولية المدنية في تعديل آثار جائحة كورونا لدى الأفراد أدى إلى تفاقم دينها، ونتج عنه عجز في توفير حماية حقيقية للضحايا، كما أن عدم كفاية مبدأ ضمان العيوب الخفية بالنسبة للمنتجات المشوبة بعيب أو الأضرار الصناعية أدى إلى صعوبة تعويض هذه الأضرار من جهة.

من هنا فرضت جائحة كورونا ضرورة البحث في مسألة التعويض على أساس مخاطر التطور

المطلب الأول

التوجه نحو مخاطر التطور كسبب لقيام المسؤولية المدنية في ظل جائحة كورونا

لقد استتبع التقدم العلمي تطوراً كبيراً في تقنيات الإنتاج وابتكاراً للعديد من المنتجات التي تتسم بالخطورة والتعقيد، وإذا كان من الواجب على المنتج أن يبذل كل ما لديه من جهود لكي ينتج منتوجاً سليماً خالياً من العيوب والمخاطر، فإنه وبفعل التقدم العلمي وفي ظل قصور مستوى المعرفة العلمية لدى المنتج وقت تصنيع منتوجه وطرحه في السوق، بات من المتعذر عليه الإحاطة أو التنبؤ بما سيفرز منتوجه من عيوب ومخاطر في المستقبل، وهذا ما يطرح الإشكال عما إذا كان من الممكن أن يُساءل المنتج عن العيوب

المستقبلية لمنتوجه التي يُسفر عنها التطور العلمي والتي لم يكن باستطاعته اكتشافها أو تلافيها وقت طرحه للتداول.

وقد جاءتني هذه الفكرة ونحن نعيش تساؤلات عدة حول مدى فاعلية عقار "هيدروكسي كلوروكين" في القضاء على فيروس كورونا، خاصة أن منظمة الصحة العالمية تؤكد في أكثر من مقال على المضاعفات السلبية لفيروس كورونا خاصة على القلب. وعليه هل يمكن أن تُسأل الدولة على إقرارها لعقار هيدروكسي كلوروكين، على أساس نظرية مخاطر التطور؟

إن فكرة مخاطر التطور تفترض أن المنتج لم يكن به عيب وقت إنتاجه أو طرحه للتداول إلا أن تقدم المعارف الفنية بعد ذلك أفصح عن وجود مخاطر معينة فيه. فنحن، إذن، إزاء مخاطر لم يتم الكشف عنها مطلقاً ولا يمكن الكشف عنها من قبل المنتج ولا من غيره إلا أنه يتم الكشف عنها فيما بعد فنكون والحالة هذه أمام صورة من صور الاستحالة المطلقة التي لا يكون بمقدور الناس جميعاً كشفها⁽¹⁾

فعملاً بالفقرة الثانية من المادة 138 من القانون المدني الجزائري، اعتبر المشرع الجزائري السبب الأجنبي كسبب للإعفاء من المسؤولية ومكن المنتج بموجبها أن يثبت انتفاء مسؤوليته على أساس أن الضرر قد وقع بفعل الغير أو بسبب ظرف طارئ لم يتوقه المنتج ولم يتمكن من تداركه، أو بسبب قوة قاهرة أدت إلى إحداث الضرر، وعملاً بالمادة 11/1386 من القانون المدني الفرنسي، مكن المشرع الفرنسي المنتج أن يثبت انتفاء المسؤولية عن عيوب منتجاته إذا كان من المستحيل عليه كشف هذه العيوب باستخدام الوسائل العلمية وما أفرزته التقنية الحديثة، وهو ما اصطُح على تسميته

بمخاطر النمو، وبناءً عليه يطرح التساؤل هنا حول مدى اعتبار مخاطر التطور العلمي جانباً أو مظهراً من مظاهر القوة القاهرة أم أنها ذات طبيعة قانونية خاصة؟

مما لا شك فيه، أن شرطي عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع يمثلان الركيزة الأساسية للقول بتوافر القوة القاهرة، كما سبق وبيننا، ومن ثم اعتبارها سبباً للإعفاء المنتج من المسؤولية، وبإسقاط خصائص القوة القاهرة على فكرة مخاطر النمو نلاحظ أنها تتسم

(1) درع حماد: المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، عدد 8، سنة، العراق، ص 30

هي الأخرى بعدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع، فبالنسبة لعدم إمكانية التوقع فهي ناشئة من عدم توافر الوسائل العلمية لاكتشاف عيوب المنتجات، أي أن هناك قصور في المعارف العلمية، أما استحالة الدفع تُعد نتيجة مترتبة على عدم إمكانية التوقع طالما أن مالا يمكن توقعه يستحيل دفعه حتما.

قد يتوهم لنا من خلال ما سبق أن مخاطر التطور العلمي ذات طبيعة قانونية مماثلة للقوة القاهرة في مجال إعفاء المنتج من المسؤولية⁽¹⁾ على اعتبار أنهما يتفقان في المضمون والمبنى.

غير أن الأمر ليس كذلك إطلاقاً، إذ لا يمكننا اعتبار مخاطر النمو شكلاً من أشكال القوة القاهرة التي يمكن التمسك

بها لدفع المسؤولية طالما أن القوة القاهرة، تستوجب أن تكون أمراً خارجياً عن المسؤول، خلافاً لمخاطر التطور التي ليست أمراً خارجياً عن المنتج بالرغم من أنها غير متوقعة ويستحيل دفعها.

فمخاطر التطور تعني أنه وقت القيام بالنشاط الإنساني لم تكن هناك خطورة ظاهرة على الغير، ولا يعلم القائم بالنشاط ولا من يتعامل معه بوجود خطر ما متصل بالنشاط، فالجهل بهذه المخاطر لا يرجع إلى إهمال أو تقصير من قبل القائم بالنشاط، وإنما يرجع إلى محدودية المعرفة الإنسانية⁽²⁾، حيث لا يمكن الجزم بأن ما توصل إليه الإنسان هو اليقين، فقد يُغيره التقدم العلمي فيما بعد، وبما أن التطور سمة الحياة وقانونها فإن التقدم العلمي يكشف بعد فترة ان هذا النشاط أثناء القيام به كان متضمناً خطراً ما، فهل يُسأل الشخص عن هذا الخطر؟.

حيث أن الشخص باعتباره عضواً في الجماعة يمارس نشاطه غير مستقل عن باقي أفراد الجماعة، وكل ما عليه هو أن يتقيد بوجوده ضمن أفراد هذه الجماعة، وهذا الوجود يفرض عليه مجموعة من القيود في ممارسته لنشاطه، هذه القيود من شأنها أن تُحافظ على مصالح الباقين، فإذا ما مارس الشخص نشاطه متقيداً بهذه القيود فإنه طبعاً لا يمكن أن

(1) محمد محي الدين إبراهيم سليم: مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 2008، ص 30

(2) مهدي علوش: أثر تعذر إحاطة المنتج بمخاطر التقدم العلمي على مسؤوليته المدنية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد السابع، العدد 01، سنة 2018، ص 575

يُنسب إليه تقصير، ومنه لا تقام في حقه أية مسؤولية.

لكن نتيجة للتقدم العلمي يكتشف أن نشاطه كان معيبا ومُتضمنا خطرا ما سواء بالأشخاص أو الأموال، ولم يكن في وسع هذا الشخص الممارس للنشاط ومن حوله أن يكتشفه، فهو خطر حتمي لأنه ملازم للنشاط الإنساني فمخاطر التطور هي ظاهرة متصلة بالشيء أو الشخص أو النشاط الإنساني، ومن هذه الوجهة يُصبح خطر التطور مُنشئ للمسؤولية المدنية، ولا يُنظر لمخاطر التطور على أنها سبب مُعفي من المسؤولية المدنية كالسبب الأجنبي⁽¹⁾

هذه النتيجة يمكن الوصول إليها في التشريع الجزائري إذا رجعنا إلى نص المادة 45 قانون مدني جزائري على انه " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها" وكذلك نص المادة 47 من القانون المدني الجزائري "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"

وبالرجوع للمادتين 07 و08 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، نجد فيهما إقصاءات على منح الحماية القانونية لبراءة الاختراع ونجملهما في ما يلي:

1- الإقصاءات المؤسسة على غياب الاختراع والتطبيق الصناعي، والمبادئ أو النظريات وكذلك المناهج الرياضية، اكتشاف طريقة معينة للمحاسبة أو الاختزال، فهذه الاكتشافات لا تعدو أن تكون مجرد أفكار نظرية لا تُمكن مكثفها من الحصول على براءة اختراع، فاكتشاف مادة السيليلوز مثلا لا تمكن مكثفها من الحصول على البراءة كذلك لا يُعتبر اكتشاف البترول ابتكارا وإنما الذي يعتبر كذلك هو إيجاد وسيلة تطبيقية لاستخدام هذه المادة في الصناعة: كاستخدام البترول في تسيير الآلات.

2- الإقصاءات المؤسسة على محل الابتكار، وهي إما طرق علاج الإنسان والحيوان بالجراحة وكذلك مناهج التشخيص، لأن احتكار استغلالها والذي يُعد بمثابة الأثر المباشر للبراءة يؤدي إلى استغلال المرضى وربما يشكل خطر على حياتهم ولكن يستثنى من ذلك الأدوات الجراحية التي يمكن أن تكون محل براءة.

(1) حسن حسين البراوي: مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 22

وكذلك الأنواع النباتية والأجناس الحيوانية، ويهدف هذا الإقصاء إلى تحقيق مصلحة المجتمع بأن لا تكون محلا للاحتكار من طرف شخص واحد هو المخترع نظرا لأهميتها الخاصة للمجتمع⁽¹⁾.

ومنه نجد المشرع الجزائري حريصا على أن الجسد الإنساني وعناصره لا تكون محلا للحقوق المالية، وبالتالي تخرج عن نطاق التعامل التجاري، وقياسا عليه لا يمكن أبدا للدولة أو المنتج لدواء عقار هيدروكسي كلوروكين أن يدفع المسؤولية عنه، إن ظهرت فيما بعد المخاطر التي تتحدث عنها منظمة الصحة العالمية والمتعلقة بالآثار المستقبلية والوخيمة لهذا العقار خاصة تلك المتعلقة بالمضاعفات القلبية، وأمراض الكبد....

فنظرية مخاطر التطور تجعل الدولة أو المنتج مسؤولا مدنيا عن الأضرار التي تلحق بالإنسان مستقبلا، حتى ولو كانت المعارف العلمية الحالية لا تؤكد هذه المضاعفات. وهذا ما نراه من بين الأزمات القانونية التي طالت المبادئ التقليدية للمسؤولية المدنية التي جاء فيروس كورونا ليظهر مكانة فكرة مخاطر التطور في ضمان أمن قانوني للأفراد ويجعلها حيز التنفيذ.

ونجد في حالات عديدة يعترف فيها القضاء بمخاطر التطور كسبب لقيام مسؤولية المنتج، حتى ولو كان يجهل العيب، بل حتى ولو لم يكن العلم قد اكتشفه بعد وكان أساس ذلك قرينة قاطعة وضعها القضاء مضمونها افتراض علم المنتج بالعيب حتى ولو كان من المستحيل كشفه، حيث قضى بمسؤولية المنتج عن الأضرار التي سببها عيب المنتج برغم أنه ثبت للمحكمة استحالة كشف هذا العيب، حيث رفض القضاء كافة الدفوع التي أبداها المنتج في الدعاوى المرفوعة ضده في شأن الدم الملوث⁽²⁾، فقد قضى فيما يتعلق بفيروس -SIDA- بأن "العيب الداخلي للدم حتى الذي لا يمكن كشفه لا يمثل بالنسبة لمؤسسة المورد سببا أجنبيا بالنسبة له يبرر إعفاءه من المسؤولية" وفي سبيل التخفيف من مسؤولية المنتج لعدم توصل العلم لمعرفة العيب فقد ذهب

(1) محمد حسني عباس: الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 75 وما يليها

(2) محمد محي الدين إبراهيم سليم: مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، مصر، ص 22

إحدى محاكم الاستئناف إلى إعفاء مؤسسات نقل الدم من المسؤولية عن تلوثه بفيروس التهاب الكبد الوبائي نظراً لجهالة هذا الفيروس وقت استخدام الدم الملوث، إلا أن محكمة النقض ألغت هذا الحكم ولم تعتبر لعدم العلم أي سبب معفي للمسؤولية المدنية⁽¹⁾

المطلب الثاني

الاستنجااد بآليات التعويض الأخرى كصناديق التعويض، لتدارك عجز

الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية

إنّ الهدف من استحداث نظام صناديق التعويض، هو سدّ الثغرة والسماح للمضرورين من الحصول على تعويض، إذا لم يوجد مسؤول عن التعويض، أو إذا لم يتمكن المضرورين من الحصول على تعويض من المسؤول عن الضرر ولقد أولت الدراسات الفقهية اهتماماً كبيراً لهذا النظام باعتباره آلية تعويضية فعالة⁽²⁾، في حالات معينة، كالأعمال الإرهابية والكوارث، الطيبة مثل جائحة كورونا، وذلك جبراً للضرر الذي يمكن أن يصيب هؤلاء الضحايا ولا ذنب لهم فيه، والتي قد يكون من الصعب أو المستحيل عليهم تحديد المتسبب في إحداث هذا الضرر، وبالنتيجة تعذر عليهم الحصول على التعويض.

ومن إيجابياتها فإنه مع دخول البشرية عصر الآلة والتقدم الصناعي والتكنولوجي في كافة المجالات، أصبحت المسؤولية المدنية عاجزة عن توفير الحماية للمضرور، كونها كانت قبل ذلك تتماشى مع ظروف الحياة في بداية القرن التاسع عشر والتي كانت كافية بذاتها لتوفير الحماية للمضرور، كون انه كان من السهل إثبات الخطأ الشخص المسؤول في إطار المسؤولية المدنية، فكان يتعين أن يثبت الخطأ سواءً الواجب الإثبات أو المفترض في حق الشخص الذي تشير إليه قواعد المسؤولية المدنية، إلا أن الأمر لم يعد كذلك، خاصة مع ظهور ذمم أخرى تتحمل التعويض إلى جانب المسؤول أولاً بدلاً منه، دون التقيد بما تمليه قواعد المسؤولية المدنية من ضرورة قيام الخطأ من ناحية، والإعفاء منه من ناحية أخرى.

(1) Cass.Civ.12-4-1995.J.C.P.199511.22467

(2) رحوي محمد: الأنظمة الخاصة للتعويض في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، السنة الجامعية، 2019، 2020، جامعة تلمسان، الجزائر، ص 270

مثلا بالجزائر يعتبر هذا النص المبدأ العام للأنظمة الخاصة بالتعويض، فهو يمثل خروج تام عن قواعد المسؤولية المدنية ويترتب عن ذلك اعتبار هذا النص المبدأ العام للأنظمة الخاصة بالتعويض، فهو يمثل خروج تام عن قواعد المسؤولية المدنية ويترتب عن ذلك، إعفاء المضرور من إثبات خطأ المسؤول

ومفاد ذلك أنه في حالة تعرض المضرور لحادث من الحوادث المذكورة أنفة، وتطبيقا لأحكام المادة 140 مكرر⁽¹⁾ من القانون المدني وفي حالة تعرض المضرور فإنه يعفى من إثبات الخطأ ويصبح التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الجسمانية قائما في حالة انعدام أو جهالة المسؤول عن الضرر بعد ما كان ذلك يمثل عقبة حقيقية للتعويض.

وفي مجال مسؤولية المهندس المعماري رفض القضاء إعفاء المقاول والمهندس المعماري من المسؤولية عن العيوب التي تكشفت في المبنى وأثرت على سلامته وقضت بمسؤولية كل منهما وقررت المحكمة أنه "إذا كان المقاول لا يعلم ولا يستطيع العلم -في مرحلة متقدمة من التقنية- بالعييب المرتبط بالمادة المستخدمة من جانبه فإن ذلك لا يمثل وحده سببا غريبا من شأنه إعفائه من مسؤوليته تجاه رب العمل"⁽²⁾

كذلك نجد اعتبار الدولة الضامن لضحايا الأضرار الجسمانية حيث أن القراءة الأولية للنص المستحدث من طرف المشرع الجزائري، تبرز أهمية النص وخصوصيته، فهو يلزم الدولة بالتكفل بالتعويض عن الأضرار الجسمانية في حالة انعدام المسؤول، ويجعلها تضمن تعويضا لمضروري الحوادث الجسيمة والتي ألحقت أضرارا جسمانية عندما لا يوجد مسؤول

وأخيراً تجسيد التضامن الاجتماعي بين الدولة ورعاياها حيث تسعى فكرة التضامن لمساعدة مضروري الأضرار الجسمانية طبقا كما هو موجود بنص المادة 140 مكرر 1 من قانون المدني الجزائري، بعيدا عن اطر المسؤولية المدنية، و تجاهلا لفكرة الخطأ وسلوك الفاعل

ونفس الأمر بالنسبة إلى نظام تعويض ضحايا حوادث المرور القائم على أساس قانون

(1) الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007

(2) محمد محي الدين إبراهيم سليم: المرجع السابق، ص 24

خاص بالمسؤولية المدنية الناشئة عن المركبات البرية ذات محرك⁽¹⁾، إذ هو مبين على نظرية الضمان وليس على أساس الخطأ⁽²⁾. وفقا لما هو مقرر في المادة 08 من الأمر 74-15⁽³⁾

وبالرجوع إلى التشريع المقارن نجد المرسوم السلطاني رقم 26/2004 الخاص بإنشاء صندوق لتعويض الأخطاء الطبية المعدل بالقرار الوزاري رقم 142/2014 الخاص بتعديل لائحة صندوق التعويضات عن الأخطاء الطبية⁽⁴⁾



- (1) عبد الرزاق بن خروقة: التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، "التأمينات البرية"، مطبعة ردكول، الطبعة الثالثة، الجزائر 2002، ص 227.
- (2) الغويتي بن ملح: نظام التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث المرور في القانون الجزائري، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية-السياسية، العدد 04، الجزائر، 1995، ص 997.
- (3) الأمر 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار
- (4) الجريدة الرسمية - عدد 1077 - الموافق لـ 28-10-2014 - سلطنة عمان

الخاتمة

نلاحظ من خلال ورقتنا البحثية تأثير فيروس كورونا على النظام القانوني للمسؤولية المدنية، وكيف أصبحت القواعد العامة في المسؤولية المدنية غير قادرة على مواجهة الأضرار الحاصلة بفعل جائحة كورونا، وبالتالي صعوبة التعويض المدني في هذا الجانب ومن خلال عرض هذا البحث ومناقشة أفكاره توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نراها مهمة وجديرة بالإطلاع عليها ومناقشتها ودعمها:

أولا النتائج:

ولعل من أبرز نتائج البحث ما يلي:

- بينا كيف للتعويض المدني على أساس نظرية المخاطر، يتماشى مع الطرح بأن فيروس كورونا أظهر الجانب الأخلاقي وقيمه القانونية في مسائل المسؤولية المدنية وأساس التعويض المدني
- اللجوء إلى صناديق التعويض الخاصة يكون الحل لحماية حقوق المتضررين من آثار جائحة كورونا، خاصة عند تعذر الوصول إلى المسؤول عن الضرر.
- طبيعة الضرر الناتج عن فيروس كورونا يختلف عن طبيعة الأضرار الممكن التعويض عليها سواء في إطار المسؤولية المدنية العقدية أو التقصيرية.

ثانيا التوصيات:

- وبناءً على هذه النتائج، فإننا نقترح بعض التوصيات وذلك على الشكل التالي:
- توجه أبحاث الباحثين حالياً إلى بحث الآليات القانونية الكفيلة بتعويض المتضررين بفعل جائحة فيروس كورونا، إثر قصور القواعد القانونية في قوانين المعاملات المدنية في هذا المجال
- الاستفادة من تأثير فيروس كورونا على المعاملات المالية للأفراد والتي أصبح من الصعب حلها إلا باللجوء والاعتماد على الجانب الأخلاقي في الأنظمة القانونية سواء تلك المنظمة للعقود أو المنظمة لآثارها كمسألة تطور أنظمة التعويض الحديثة، بعد ما تبين قصور أنظمة التعويض الكلاسيكية في مواجهة تحديات فيروس كورونا.
- توسيع رؤية اللجوء إلى الآليات الجماعية للتعويض من خلال توسيع دائرة الإعلام بدور هذه الصناديق التعويضية
- التوجه نحو أخلاق المبادئ القانونية التعويضية والتوجه نحو سن ما يسمى بتشريعات الأزمات

المصادر والمراجع

1- باللغة العربية

- أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك (إزاء المضمون العقدي)، دار النهضة العربية القاهرة، 1994، 110
- جاك غيستان: المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة سنة 2000
- جلال علي العدوي: أصول الالتزامات، القاهرة، 1997
- حسن حسين البراوي: مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008
- درع حماد: المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، عدد 8، سنة، العراق
- رحوي محمد: الأنظمة الخاصة للتعويض في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، السنة الجامعية، 2019، 2020، جامعة تلمسان، الجزائر
- سليمان مرقس: دفع المسؤولية المدنية، مطبعة الاعتماد، دون سنة نشر، القاهرة، جمهورية مصر
- عبد الرزاق بن خروفة: التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، "التأمينات البرية"، مطبعة ردكول، الطبعة الثالثة، الجزائر 2002
- عبد الهادي فوزي العوض: الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر، 2017
- علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة ماجستير-كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008
- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 1993
- قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007
- لبان فريدة: مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية، 2008، 2009.

محمد حسني عباس: الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971

محمد محسوب: أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني—دار النهضة العربية—مصر—
بدون سنة نشر

محمد محي الدين إبراهيم سليم: مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار
النهضة العربية، 2008، القاهرة، مصر

محمد محي الدين إبراهيم سليم: مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية،
مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 2008.

مصطفى أبو منظور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة
العربية، القاهرة، 2000
2- باللغة الأجنبية:

Cass.Civ, 2ème, 20 déc 1996, D 1967

Cass.Civ.12-4-1995.J.C.P.199511.22467

Philippe Le tourneau: Responsabilité des vendeurs et fabricants-édition Dalloz-
pris -2001-

3-المجلات العلمية:

الغويتي بن ملححة: نظام التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث المرور في القانون
الجزائري، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية-السياسية، العدد 04، الجزائر،
1995

المجلة القضائية الجزائرية، قرار صادر عن الفرقة العقارية-يوم 1999/10/24 ملف رقم
191705، سنة 1999، عدد خاص

مهدي علوش: أثر تعذر إحاطة المنتج بمخاطر التقدم العلمي على مسؤوليته المدنية،
مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد السابع، العدد 01، سنة 2018

ياسر عبد الحميد الإفتيحات: جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات
التعاقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد رقم 08، ديسمبر 2020

4-النصوص والقوانين:

الجريدة الرسمية -عدد 1077-الموافق ل28-10-2014-سلطنة عمان

القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش -
الجريدة الرسمية رقم 15-سنة 2009

مرسوم تنفيذي آخر رقم 70/20 المؤرخ في 29 رجب عام 1441 الموافق لـ 24 مارس 2020 المحدد لتدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته،
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، سنة 2020
الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007
الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن
القانون المدني المعدل والمتمم - جريدة رسمية 44-2005
الأمر 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام
التعويض عن الأضرار
5-مواقع الإنترنت:
موقع منظمة الصحة العالمية يوم 2020/04/25

الملخص

لقد أثرت جائحة كورونا على مختلف الميادين في الحياة، ومنها التعاملات فيما بين الأفراد، أين تأثرت التصرفات القانونية للأفراد، فجراء فرض الحجر الصحي، تأثرت جميع المعاملات القانونية للأفراد وأنجر عنها أضرار بليغة مست مصالح المتعاملين، ووجد أصحاب المعاملات حجة في الدفع بعدم التعويض بحكم أن الأضرار كانت بفعل الجائحة.

من هنا تأتي ورقتنا البحثية لتجيب عن إشكالية مهمة وهي هل بقي للقواعد العامة للمسؤولية المدنية دورا في التعويض؟ أم أن جائحة كورونا فرضت ضرورة التوجه نحو القواعد القانونية المستجدة في مسألة التعويض المدني ومحاولة الاستنجاذ بها من أجل حماية حقوق المضرورين من آثار جائحة كورونا؟

پوخته

پهتای کۆرۆنا کاریگهري لهسهه بواره جیاجیاکانی ژیانی ههبوو، لهنیویدا مامهلهی نیاوان تاکهکان، چۆن مامهلهی یاسایی نیاوان تاکهکان کاریگهه بوو له نهجای سهپاندنی کههنتینه، ههموو مامهله یاساییهکانی تاکهکان پێی کاریگهه بوو وه زیانی توند به بهرژهوهندیهکانی مامهلهکاران کهوت، وه مامهلهکاران ئارگومینتیان دهستکهوت بو نهدانی قهرهبوو بهوپییهی که زیانهکان بههۆکاری پهتاکههبوون.

لهو سۆنگهیهوه توێژینهوهکهمان دیت بو وهلامدانهوهی کیشهیهکی گهنگ که بریتی یه لهوهی ئایا ريسا گشتهکانی بهرپرسياریهتی رۆلیان ماوه له قهرهبووکردنهوه؟ یاخود پهتای کۆرۆنا پێوویستی کردوه که دهبیت بههوه ريسای یاسایی دیکهه نوێ ههنگاوبنیهی له بابتهی قهرهبووکردنهوهی شارستانی وههولێ هاوکاری ليوهرگرتنیان بدهین له پیناوی پاراستنی زیانهندیوان له پهتای کۆرۆنا؟.

Abstract

The Corona pandemic has affected various fields of life, especially civil life, where the legal actions of individuals have been affected. As a result of the imposition of the quarantine, all legal transactions of individuals were affected and caused severe damage to the interests of dealers.

The owners of the transactions found an argument in the payment of non-compensation by virtue of the fact that the damages were caused by the pandemic. From here comes our research paper to answer an important problem, which is whether the general rules of civil responsibility have a role in compensation? Or has the Corona pandemic imposed the necessity of moving towards the new legal rules in the matter of civil compensation and trying to seek help from them in order to protect the rights of those affected from the effects of the Corona pandemic?

الموارد المالية للإدارات المحلية (*)

"دراسة تطبيقية مقارنة"

م.م. إسراء مراد محمد مصطفى (**)

كلية القانون/ جامعة دهوك/ إقليم كردستان/ العراق

م.م. نيجيرفان صدقي عمر عبدالله (***)

كلية القانون/ جامعة دهوك/ إقليم كردستان/ العراق

سهرچاوه داراييه كاني كارگيري ناچه ييه كان

"تويژينه وهيه كي جيبه جي كاري بهر اوردي كاريه"

م.م. نيسرا موراد مهحه مهده مستهفا

كولنيزي ياسا/ زانكوي دهوك / هيري مي كردستان / عيراق

م.م. نيجيرفان صدقي عومهر عهبدوئلا

كولنيزي ياسا/ زانكوي دهوك / هيري مي كردستان / عيراق

The Financial Resources of local Administrations "An empirical Comparative Study"

Israa Murad Muhammed

College of Law/ University of Duhok / Kurdistan Region / Iraq

Nichirvan Sidqi Omar

College of Law/ University of Duhok / Kurdistan Region / Iraq

تاريخ قبول النشر: 2022/10/20.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/8/21.

(**) Israa.muhammed@uod.ac

(***) Nichirvan.omar@uod.ac



الموارد المالية للإدارات المحلية "دراسة تطبيقية مقارنة"

م.م. إسراء مراد محمد مصطفى

كلية القانون/ جامعة دهوك/ إقليم كردستان/ العراق

م.م. نيجيرفان صدقي عمر عبدالله

كلية القانون/ جامعة دهوك/ إقليم كردستان/ العراق

الكلمات المفتاحية:

الموارد المالية، الإدارات المحلية، الحكومة المركزية، الموارد المالية الخارجية، الموارد المالية المحلية، معوقات الموارد المالية.

كليه ووشه:

داهاتين دارايي، دام ودهزگههين ناخويي، حكومهتا ناخهندي، داهاتين دارايين دهرهكي، داهاتين دارايين ناخويي، ئاستهنگين داهاتين دارايي.

key words: financial resources, local Administrations, central government, external financial resources, local financial resources, financial resource constraints.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

إن تحصيل الموارد المالية يعد من المسائل التي أثارت جدلاً واسعاً في الدول الاتحادية، وخاصة مسألة تحديد السلطة التي تتمتع بها حكومات الإقليم على مصادر الثروة التي تقع ضمن حدودها، في مقابل السلطة التي لا بد أن تمارسها الحكومة الاتحادية على مثل هذه الثروات التي تشكل مصدر الدخل القومي للدولة، وقد يعود سبب هذا الجدل والخلاف إلى عدم وجود نظام مالي موحد يصلح أن يحتذى به لكل الأنظمة التي كل دولة اتحادية، مما يدفع بالدول أن تضع لنفسها نظاماً مالياً يتناسب مع ظروفها السياسية والاقتصادية، وحجمها السكاني، وطبيعتها الجغرافية، إضافة إلى نوع العلاقة التي

تربط بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

إن تحديد الموارد المالية للإدارات المحلية موضوع في غاية الأهمية، لأن حجم الموارد المالية المتاحة للحكومة في المركز أو الإقليم هو الذي يحدد مدى إمكانية نهوض السلطات الاتحادية أو الإقليمية بمهامها المختلفة من عدمها، سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، عليه فإن تحديد الموارد المالية لحكومات الأقاليم ومجالس المحافظات يعد أمراً مهماً للإدارات المحلية من أجل المضي في تنفيذ المهام والاختصاصات المناطة بها وفقاً للدستور الاتحادي.

ثالثاً: مشكلة موضوع البحث

تكمن مشكلة موضوع البحث في وجود صراع ما بين الحكومة الاتحادية ولإدارات المحلية في الحصول على الموارد المالية، من أجل بسط نفوذها وسيطرتها على الموارد المالية، ووجود ثغرات قانونية بسبب عدم صياغة النصوص القانونية صياغة دقيقة مما يؤدي إلى تفسير النصوص تفسيراً يتوأكب مع مصالحها، وهناك مشكلة أخرى هي عدم التوزيع العادل للموارد المالية بين المحافظات، مما يؤدي إلى حصول بعض المحافظات على الكثير من الموارد المالية وحرمان محافظات أخرى من تلك الموارد، سواء كانت بسبب الموقع الجغرافي (المنافذ الحدودية) لتلك المحافظة، أو لعدم امتلاكها لبعض الموارد المالية كالثروات الطبيعية (النفط والغاز).

رابعاً: فرضية موضوع البحث

ينطلق البحث من فرضية تقضي بأن زيادة الموارد المالية للإدارات المحلية يساهم في تنظيم شؤونها الإدارية بشكل جيد، إضافة إلى إشباع حاجات السكان المحليين، وذلك من خلال إعطاء كل هيئة من الهيئات المحلية حصة عادلة من الموارد المالية بموجب عدد سكانها وموقعها الجغرافي.

خامساً: منهجية البحث

إن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي والتطبيقي والمقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية ذات العلاقة بالموضوع في كل من العراق ومصر وفي بعض الأحيان فرنسا إضافة إلى تعزيز البحث بتطبيقات من الواقع العراقي.

سادساً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث في بيان مفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية، وبيان الموارد المالية للإدارات المحلية، والمعوقات التي تواجه الإدارات المحلية في تحصيل الموارد المالية سواء كانت داخلية أو خارجية، كما يتحدد نطاق دراستنا بإجراء مقارنة من ناحية الموارد المالية للإدارات المحلية في كل من العراق ومصر وفي بعض الأحيان في فرنسا.

سابعاً: الدراسات السابقة

من المهم لأي باحث أن يرجع إلى البحوث التي سبقت بحثه، لتجنب التكرار وتفاذي أخطاء الآخرين، لذلك حاولنا قدر الإمكان الحصول على دراسات سابقة لهذا الموضوع، ولكن لم نعثر على أي دراسة سابقة بخصوص موضوع البحث، ومع ذلك هناك بحث بعنوان (الإطار القانوني لمصادر تمويل الهيئات المحلية ومعوقاته في العراق) للباحثين (د. فواز خلف طاهر، د. علياء غازي موسى) في كلية الحقوق بجامعة تكريت لسنة 2020. ويمكن لنا أن نميز دراستنا من هذه الدراسة في النقاط التالية:

1. جرى تناول موضوع بحثنا كدراسة مقارنة مع جمهورية مصر العربية وفي بعض الأحيان مع فرنسا، أما البحث المشار إليه فقد تناول موضوع البحث في دولة العراق فقط من دون مقارنة مع أي دولة أخرى.

2. سنتناول في دراستنا مفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية، وتمييزها عن غيرها من المفاهيم، إضافة إلى بيان خصائص الموارد المالية للإدارات المحلية، أما البحث المشار إليه فلم يبين هذه الجزئية من الموضوع، وإنما اكتفى ببيان المصادر المالية المحلية، ومعوقاتها في العراق.

ثامناً: هيكلية البحث

من أجل الإحاطة بكافة جوانب موضوع البحث، ارتأينا تقسيم البحث إلى ثلاث مباحث، سنتناول في المبحث الأول مفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية، وذلك من خلال مطلبين سنتناول في المطلب الأول تعريف الموارد المالية للإدارات المحلية وتمييزها عن غيرها، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه مقومات الموارد المالية المحلية وخصائصها، وسنخصص المبحث الثاني للموارد المالية للإدارات المحلية في مطلبين، المطلب الأول سنبين فيه الموارد المالية الداخلية للإدارات المحلية، أما المطلب الثاني فسنخصصه للموارد المالية الخارجية للإدارات المحلية، وخصصنا المبحث الثالث

لصعوبات الموارد المالية للإدارات المحلية في مطلبين، سنتناول في المطلب الأول صعوبات الهيئات المحلية في الحصول على الموارد المالية الداخلية، وفي المطلب الثاني سندرس صعوبات للإدارات المحلية في الحصول على الموارد المالية الخارجية، وسنختتم البحث بخاتمة تتناول أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات.



المبحث الأول

مفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية

إن توافر الموارد المالية للإدارات المحلية أمر ضروري، من أجل قدرة هذه الإدارات على العمل بفعالية وبما يكفي لتعزيز نجاحها على مختلف المستويات. والموارد المالية هي جميع الموارد المتاحة للإنفاق في الهيئات المحلية وتعد جزء من أصولها السائلة، وتضمن الموارد المالية التسيير الدائم لكافة العمليات في المؤسسات المحلية. ولهذا يستلزم ضبط مفهوم الموارد المالية المحلية التصدي لتحديد مدلوله وتمييزها عن غيرها وذلك في المطلب الأول وبيان مقوماتها وخصائصها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف الموارد المالية للإدارات المحلية وتمييزها عن غيرها

ان الموارد المالية هي وسيلة بيد الحكومات المحلية لغرض اشباع الحاجات الأساسية للمواطنين لتنهض بالواجبات الملقة على عاتقها، كما ان مفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية يختلط مع بعض المفاهيم الأخرى وعليه ولغرض الإحاطة بما ذكر سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي.

الفرع الأول

تعريف الموارد المالية للإدارات المحلية

مع غياب التعريف التشريعي للموارد المالية للإدارات المحلية (الإقليمية)⁽¹⁾ وضع كل

(1) يقصد بالإدارات المحلية (الإقليمية) الأشخاص المعنوية التي يتعلق اختصاصها بنطاق جغرافي معين من الدولة وهي تشمل الوحدات الإدارية (المحافظات والأقضية والنواحي)، وترتبط فكرة الإدارات المحلية بالديمقراطية التي تسمح لكل إقليم من أقاليم الدولة أن يدير شؤونه المحلية من خلال ممثليه من سكان الإقليم في المحافظة. ويرتبط على منح الشخصية المعنوية العامة نتائج التالية:

- ممارسة امتيازات السلطة العامة: فمن حقها ممارسة امتيازات السلطة العامة، وتمتعها بخصائص القانون العام ذلك أن كفة الإدارة أرجح من كفة الأفراد فهي تهدف للخدمة العامة وإشباع حاجات أفراد المجتمع وهذا هو واجب الدولة بينما الشخص المعنوي الخاص أو الأفراد يسعون

←

من الفقه القانوني والفكر المالي العديد من التعاريف لهذا المصطلح، ويمكن جمع وحصر هذه التعاريف في اتجاهين، الاتجاه الأول يضيق من نطاق الموارد للإدارات المحلية، والاتجاه الثاني يوسع من هذا النطاق.

أولاً: التعريف الضيق للموارد المالية للإدارات المحلية: يقصد بالموارد المالية المحلية تلك ((الموارد المالية الداخلية والخارجية التي تعود للإدارة المحلية، كما يقصد بها أيضاً ميزانيتها والحسابات الخاصة بها، فالموارد المالية المحلية هي صلاحية موارد السلطة المحلية، حيث تستمد السلطة المحلية اللامركزية ما يلزمها من أموال من موارد متعددة، منها الضرائب المحلية سواء انصبت على أموال الأشخاص أو النشاطات الاقتصادية، ومنها الرسوم التي تحصل عليها السلطة مقابل الانتفاع بالخدمات التي تقدمها كرسوم استهلاك الكهرباء أو المياه، ومنها الإيرادات التي تحصل عليها من أملاكها أو مشاريعها، وكذلك التبرعات التي تأتيها من المواطنين الذي يدفعهم للتبرع شعورهم

←

إلى جني الربح بأسرع وقت وبأكبر كمية في سبيل المصلحة الشخصية.

- أهلية الأداء: وتعني صلاحية الشخص المعنوي وقدرته على إبرام التصرفات وهي أهلية أو قدرة تأخذ مفهوماً يتفق مع طبيعة الشخص المعنوي.
- ذمة مالية مستقلة: حيث يتمتع الشخص المعنوي بذمة مالية خاصة مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية باعتبار الذمة المالية مجموعة ترابط فيها العناصر الإيجابية والسلبية بحيث تتكون منها مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها، مما يترتب عليه أن عناصرها الإيجابية هي الحقوق تكون ضامنة للوفاء بعناصرها السلبية وهي الديون.
- الاستقلال الإداري: أي إعطاء وجود قانوني للإدارات التي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة وكيان ذاتي خاص ومستقل عن الدولة من جهة وعن الأشخاص المكونين لها أو الذين يتولون إدارتها من جهة أخرى، بحيث يبقى هذا الوجود مستمراً بصرف النظر عن تغير المجالس أو الهيئات التي تتولى إدارتها. للمزيد من التفصيل راجع د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والعربي، ط4، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1961، ص50 وما بعدها. د. مازان ليلو راضي، القانون الإداري مطبعة هاوار، دهوك، 2008، ص41. د. ملكية الصروخ، القانون الإداري، ط6، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، 2006، ص72 وما بعده. د. عبدالقادر الشبخلي، القانون الإداري السعودي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص104 وما بعدها.

بعودتها عليهم في تجمعهم الصغير نظراً لتمتع السلطة المحلية بذمة مالية مستقلة⁽¹⁾. كما عرفت الموارد المالية للإدارات العامة بأنها ((مجموعة الموارد الناتجة عن الضرائب والرسوم المحلية الأصلية والمضافة على الضرائب والرسوم الوطنية، إضافة إلى الموارد الخاصة الناتجة عن تشغيل واستثمار المرافق المحلية، التي تختلف في تنوعها من بلد إلى آخر بحكم الإمكانيات المالية والنظام الاقتصادي))⁽²⁾. وما يعيب هذا التعريف انه ركز على بعض العناصر التي تدخل في تكوين المالية المحلية وتجاهل العديد من عناصرها الأخرى، حيث اهتم بمصادر التمويل المحلي من ضرائب ورسوم وتبرعات من ناحية أولى، وبالميزانية والحسابات الخاصة باعتبارها "الوثيقة المعتمدة التي تتضمن تقدير للموارد المالية والنفقات المتوقعة للجماعات المحلية عن فترة زمنية محددة تقدر عادة بسنة" من ناحية ثانية، وتجاهل باقي القواعد والظواهر التي ترتبط بها المالية المحلية، سواء كانت طبيعة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم ثقافية من ناحية ثالثة.

ثانياً: التعريف الواسع للموارد المالية للإدارات المحلية: من أجل تجاوز النقد الموجه للتعريف الضيق للموارد المالية للإدارات المحلية عرفها جانب من الباحثين بأنها ((مجموعة القواعد والظواهر المتعلقة بالعمليات المالية من نفقات وإيرادات، والتي تخص الجماعات المحلية))⁽³⁾ أو انها ((مجموعة المداخل التي تحصل عليها الهيئات الإقليمية من المصادر المختلفة من أجل تغطية نفقاتها وتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي))⁽⁴⁾.

وما يميز هذه التعاريف أنها اعتبرت الموارد المالية مجموعة من القواعد والظواهر، سواء كانت هذه الأخيرة من طبيعة قانونية (مثل طريقة إعداد الميزانيات المحلية، وطرق

(1) لخضر مرغاد، الإيرادات العامة للجماعات المحلية في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، 2005، ص3.

(2) مصدر نفسه، ص3.

(3) شيماء سعدون عزيز الصجري، الاستقلال المالي للهيئات الإدارية اللامركزية "دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2021، ص58.

(4) قويدري رشيد، مصادر تمويل الجماعات المحلية دراسة حالة "بلدية بسكرة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد الخضير - بسكرة، الجزائر، 2018-2019، ص6.

تحصيل الضرائب، والرسوم، وأنماط الرقابة القضائية على قرارات صرف النفقة أو تحصيلها) أو محاسبة (مثل الوثائق والجداول التي يتعمد عليها لتحصيل الأموال المحلية أو إنفاقها) أو سياسية (مثل التوازنات والتوقعات بين الأحزاب السياسية أثناء المصادقة على الميزانيات المحلية) أو الاجتماعية (مثل مشاركة السكان المحليين في تحديد الحاجات الواجب إشباعها عن طريق الإنفاق المحلي حسب درجة أهميتها).

بهذا يتضح أن الموارد المالية للإدارات المحلية لها مفهوم واسع جداً، لأنها تجمع العديد من المفاهيم مثل الهيئات المحلية، ومختلف أجهزتها والنفقات المحلية ومن ضمنها تلك الناتجة عن التدخل الاقتصادي، والإيرادات المحلية، والجباية المحلية، وكذلك الميزانيات المحلية من مرحلة التحضير إلى مرحلة التنفيذ إلى مرحلة الرقابة عليها دون أن ننسى مرحلة المحاسبة.

ونحن بدورنا نؤيد التعريف الواسع للموارد المالية للإدارات المحلية كون هذا التعريف يعطي لمفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية حجمها ويرعى تحولاتها ويركز على تطور الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، والمتمثلة بالأساس في التنمية المحلية.

الفرع الثاني

تمييز الموارد المالية للإدارات المحلية عن غيرها

يتجاوز مفهوم الموارد المالية للإدارات المحلية مع العديد من المفاهيم القريبة لها في المدلول والتي تتقاطع معها في المعنى، الأمر الذي يستوجب التمييز بينها وبين الموارد المالية الاتحادية، وبينها وبين تمويل الموارد المالية للأشخاص المعنوية المحلية، وذلك من خلال فقرتين مستقلتين وعلى النحو الآتي:

أولاً: التمييز بين الموارد المالية للإدارات المحلية والموارد المالية الاتحادية: كانت النظم المالية في المجتمعات القديمة تتصف باختلاط ماليتها مع مالية الحكام الذين لهم مطلق الحرية في التصرف بتلك الأموال وتحديد أوجه الإنفاق، وكان الحكام يعتمدون في تمويل نفقات إدارة بلادهم على موارد ممتلكاتهم الخاصة وعلى موارد الأمم المغلوبة، وحينما توسعت الاحتياجات والأعباء المالية اضطر الحكام إلى الاستعانة بأنواع معينة من الضرائب والرسوم الجمركية، ولم يكن تنظيم هذه الميزانيات يختلف كثيراً عن تنظيم ميزانية الدولة، عدا بعض الخصوصيات التي يفرضها حجم ميزانية الدولة أو طبيعة الموارد

والنفقات.⁽¹⁾

غير أن الوضع بدأ في التغير منذ سنة 1628 لما اضطر الملك شارل الأول في بريطانيا أن يصدر وثيقة إعلان الحقوق التي تقرر فيها ضرورة موافقة البرلمان على ما يفرض من الضرائب، وشهدت فرنسا نفس التطور الذي عرفته بريطانيا تقريباً ولكن بصورة متأخرة نسبياً،⁽²⁾ حيث أعطى إعلان الحقوق الصادر سنة 1789 الحق للسلطة التشريعية في الموافقة على الضرائب ومراقبة استعمالها، وكان من حصيلة هذا التطور التاريخي أن ظهرت المالية العامة للدولة، ومع إقرار نظام اللامركزية في فرنسا والحكم المحلي في بريطانيا تم الاعتراف بالإدارات المحلية والأقاليم بماليتها المحلية، كما أدى ظهور المرافق العمومية إلى اعتراف المشرع لها بماليتها الناتجة عن ممارسة وظيفتها الإدارية أو التجارية.⁽³⁾

وينتهي الفقه إلى أن مفهوم الموارد المالية العامة ينصرف إلى ثلاثة معاني، المعنى الأول يتعلق بالموارد المالية للإدارات المحلية الخاضعة لأحكام القانون العام والمتمثلة في الدولة والأقاليم والهيئات المحلية والمؤسسات العامة وبعض الهيئات الخاضعة لأحكام القانون العام، أما المعنى الثاني فيتعلق بالموارد المالية للمؤسسات العمومية الإدارية، وهي الوحدات التي يتمثل نشاطها أساساً في القيام بعمليات التوزيع أو تقديم خدمات غير ربحية، أما المعنى الثالث فيرتبط بالقطاع العام حيث يضيف إلى ما سبق المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية الخاضعة لرقابة السلطة العامة، والتي تباشر نشاط محدد وتقوم بإشباع حاجات معينة.⁽⁴⁾

وعليه فإن الموارد المالية المحلية لها علاقة وطيدة بالموارد المالية العامة للدولة، على أساس أن أغلب المخططات التنموية التي تضعها الأجهزة المنتخبة على مستوى

(1) د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي الضريبي، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ص39.

(2) د. رائد ناجي أحمد، الإطار الدستوري لتوزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وأحوال الخروج عنه في التطبيقات العملية، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص5.

(3) د. حافظ علوان حمادي الدليمي، حقوق الإنسان، مطبعة هاوار، دهوك، 2006، ص50 و71.

(4) د. محمد عبدالله الفلاح، التشريعات المالية والضريبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص11.

الهيئات المحلية تكون مدعومة إضافة إلى الإيرادات الذاتية-من إعانات تقدمها الدولة. والسبب في ذلك يرجع إلى أن الإدارات المحلية بمواردها المالية الذاتية، والتي بالطبع تختلف قيمتها من إدارة محلية إلى إدارة محلية أخرى، ليس بمقدورها أن تؤدي وظائفها ومهامها الأساسية دون مساعدات وإعانات من قبل الإدارة المركزية.

غير أن هذا التقارب بين مفهوم كل من الموارد المالية المحلية والموارد المالية العامة للدولة، لم يمنع وجود اختلاف بينهما والذي يمكن إيجازه في النقاط الآتية:

1- من حيث الهدف: تستهدف الموارد المالية العامة للدولة لتحقيق النفع العام وإشباع حاجات السكان وصيانة النظام العام على كل الإقليم الوطني (البري والبحري والجوي)، بينما الموارد المالية المحلية تستهدف تحقيق تلك الأهداف على مستوى إقليمها فقط (أي المحافظة والأقضية والنواحي).

2- من حيث الموارد: يتم تمويل الموازنة العامة للدولة من الموارد التي توجد في كل الإقليم الوطني إضافة للموارد التي تحصل عليها الدولة من المؤسسات المالية الدولية سواء كانت في شكل قروض أو أخذت شكل هبات أو مساعدات، أما تمويل الميزانيات المحلية فيعتمد على الموارد الموجودة في الإقليم المحلي كأصل عام⁽¹⁾.

3- من حيث الإعداد القانوني: يتم إعداد وتنفيذ الموازنة العامة للدولة من طرف السلطة التي حولها الدستور ذلك والمتمثلة بالسلطة التنفيذية والتشريعية⁽²⁾، بينما إعداد وتنفيذ الميزانيات المحلية يتم من خلال الأجهزة المحلية التداولية المنتجة⁽³⁾.

ثانياً: التمييز بين الموارد المالية للإدارات المحلية والتمويل المحلي: يعرف التمويل المحلي بأنه ((كل الموارد المالية المتاحة والتي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة لتمويل التنمية المحلية على مستوى الجماعات المحلية بصورة تحقق أكبر معدلات التنمية عبر الزمن، وتعظم استقلالية الإدارات المحلية عن الحكومة المركزية في تحقيق تنمية محلية

(1) معامير سفيان وقرقب أسامة، أثر التحصيل الضريبي على ميزانية الجماعات المحلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أحمد دراية- ادرار، الجزائر، 2016-2017، ص6.

(2) المادة(62) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.

(3) الفقرة الخامسة من المادة(7) والفقرة الأولى من المادة(31) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم(21) لسنة 2008 المعدل.

منشودة⁽¹⁾.

كما عرف التمويل المحلي بأنه ((حجم الموارد المالية للمجالس المحلية بقدر ما يتضمنه التشريع من مصادر إيرادات تخص هذه المجالس وأن تتناسب هذه الموارد لهذه المجالس المحلية مع الاختصاصات التي تمارسها المسؤوليات التي تضطلع بها⁽²⁾). وبمقابلة تعريف التمويل المحلي بتعريف الموارد المالية المحلية يتضح جلياً بأن العلاقة بين المفهومين هي علاقة الجزء بالكل، فالتمويل المحلي ما هو إلا عنصر من العناصر المشكلة لمفهوم الموارد المالية المحلية والتطابق في المعنى، وحثهم في ذلك أن التمويل المحلي هو أهم عنصر في الموارد المالية المحلية فغيابه يمنع قيام باقي العناصر خاصة إعداد الميزانيات المحلية والتصويت عليها، وتنفيذ بنودها، والرقابة عليها سواء كانت قضائية أم إدارية أم سياسية.

المطلب الثاني

مقومات الموارد المالية المحلية وخصائصها

الموارد المالية المحلية طريقة من طرق توزيع سلطة القرار المالي بين السلطات المركزية متمثلة في السلطتين التنفيذية والتشريعية، والإدارات المحلية متمثلة في (المحافظات والأفضية والنواحي ومجالسها المنتخبة) كل ذلك تحت إشراف الدولة، لذا فإن مقومات الموارد المالية المحلية تتمثل في وجود مصالح محلية مختلفة عن المصالح العامة الوطنية، وموارد مالية ذاتية، وأجهزة محلية تثبت لها سلطات خاصة لها اختصاصات مالية. وبذلك تتميز الموارد المالية المحلية عن الموارد المالية للدولة وباقي المؤسسات الإدارية، بأنها متشعبة ومتعددة الأبعاد والمستويات محدودة وجامدة، إضافة إلى أولوية للموارد المالية المحلية في تمويل التنمية وإشباع الحاجات، وعلى هذا الأساس لا بد لنا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين.

(1) د. عبد الحميد عبد المطلب، التمويل المحلي والتنمية المحلية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 24.

(2) كليلي عواد، تمويل الجماعات المحلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس - سيدي بالعباس، الجزائر، 2016-2017، ص 54.

الفرع الأول

مقومات الموارد المالية المحلية

للموارد المالية المحلية مقومات عدة يمكن أن نجملها على نحو الآتي:
 أولاً: وجود مصالح وحاجات محلية: اتفق الفقه على أن وجود مصالح محلية يعتبر مقوم من مقومات اللامركزية الإدارية، والتي تعد الموارد المالية المحلية مظهراً من مظاهرها، وهذه المصالح تختص إقليم محدد من أقاليم الدولة، وقد لا تهتم جميع المواطنين في الدولة بقدر ما تهتم أهالي إقليم بذاته، نتيجة ترابط مصالح مجموعة من الأفراد تقيم ضمن رقعة جغرافية محددة، مما يخلق بينهم نوعاً من التضامن الاجتماعي⁽¹⁾.
 وهذا ما قصده جانب من فقه القانون الإداري عندما ذكر أن النشاط الإداري للدولة، يقسم إلى نوعين من المرافق: مرافق وطنية (قومية) تهتم جميع المواطنين الموجودين في الدولة ويتسع نشاطها ليشمل كل إقليم الدولة وتشبع حاجاتهم المتماثلة، مثل خدمات توزيع البريد الذي يربط المواطنين في مختلف أنحاء البلاد، ومرافق محلية تقتصر أهميتها على مواطني جهة محلية معينة، ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كتزويد منطقة محددة بالكهرباء أو توزيع المياه⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يختلف عمل السلطات المركزية عن عمل الإدارات المحلية، لأن مصالح السلطة المركزية تستهدف تحقيق السياسة العامة للحكومة التي تتميز بطابعها السياسي، لأن السلطة التشريعية هي التي توافق عليها عند قبولها لبرنامج الحكومة من جهة، وهي التي تراقب مدى تنفيذها وتجسيدها في الواقع من جهة أخرى، بينما في حالة المصالح المحلية فإن النشاط المالي للمجالس المحلية المنتخبة يستهدف على الدوام إشباع حاجات السكان على المستوى الإقليمي، والتي قد تختلف في الكثير من الحالات والفروض عن حاجات عموم المواطنين في إقليم الدولة.

ثانياً: وجود موارد مالية: يجب أن تتمتع كل إدارة محلية بموارد مالية ذاتية منفصلة عن موارد السلطة المركزية لدعم استقلالها الإداري والمالي، ويستتبع استقلال الإدارات

(1) د. عبدالقادر الشخلي، الإدارة المحلية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2001، ص115.

(2) د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص105.

المحلية بموارد مالية أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للدولة، وبالتالي تتمتع الأخيرة بحرية أكبر في إنفاق أموالها.

وتتطلب الفلسفة المالية المحلية توافر شروط معينة في الموارد المالية التي تحوزها الإدارات المحلية، لا يستلزم أن تتوافر في الموارد المالية العامة (الاتحادية)، وقد لخص الفقه هذه الشروط على نحو الآتي:

1- أن تكون الموارد محلية: ويقصد به أن يكون وعاء الموارد في نطاق الهيئات المحلية التي تستفيد من حصيلة هذا الوعاء، وأن يكون متميزاً بقدر الإمكان عن أوعية الموارد المركزية. ومثال ذلك الضرائب التي تفرض على العقارات والمباني التي توجد داخل إقليم الهيئات المحلية.

2- أن تكون موارد ذاتية: يعني أن تستقل الإدارات المحلية ولو في حدود معينة بسلطة تقدير سعر الموارد وربطه وتحصيله، حتى تتمكن من التوفيق بين احتياجاتها المالية وحصيلة الموارد المتاحة لها، وفي هذا الصدد لا خلاف على اعتبار الإعانات الحكومية موارد خارجية، وعلى اعتبار الرسوم ومبالغ عقارات الأملاك الخاصة للهيئات المحلية أنها موارد ذاتية بامتياز⁽¹⁾.

3- كفاية الموارد المحلية: أي تكون الموارد المالية المحلية كافية لتغطية كل احتياجات الهيئات المحلية.

4- مرونة الموارد المحلية: يعني السماح بمواجهة النمو المطرد في نشاط الوحدات الإدارية المحلية، إذ كلما كانت إجراءات الجباية وسعة حجم الموارد المالية مرنة، زادت مقدرة الإدارات المحلية في الإنتاج والنمو⁽²⁾.

5- سهولة إدارة الموارد المالية المحلية: ويقصد بذلك أن يتم تحصيل الموارد المالية بأقل تكلفة ممكنة، حيث أنه لو زادت تكلفة تحصيله فيعني ذلك أن هناك عقبات إدارية

(1) د. وهيب بن ناصر، التمويل المحلي ودوره في عملية التنمية المحلية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدة، 2، العفرون، الجزائر، العدد 6، ص 91-92. وأيضاً د. عبدالحميد عبدالمطلب، مصدر سابق، ص 65.

(2) زغبة رضا ومناصري عبدالكريم، الاستقلالية المالية للجماعات المحلية، رسالة مقدمة إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف- المسلية، الجزائر، 2019-2020، ص 23.

تسببت في ارتفاع هذه التكلفة، كما تتحقق سهولة إدارة الموارد المالية في أن يتم إنفاقها بإرادة الإدارات المحلية بعيداً عن ضغوطات أو إملاءات السلطات المركزية، هذه الإرادة لا يحدها إلا ضابط المصلحة العامة المشروعة للتصرفات المالية من الناحيتين القانونية والمحاسبية.

ثالثاً: وجود سلطات خاصة مستقلة: من مقومات المالية المحلية أن تدار شؤون الإدارات المحلية من طرف أجهزة مستقلة عن السلطات المركزية، ويتم تعيين أعضائهم عن طريق عملية الانتخاب المباشر من طرف الأهالي المقيمين على إقليم الإدارات المحلية متى توفرت فيهم الشروط التي حددها قانون الانتخابات ونصوصه التنظيمية، فيكون لهذه الأجهزة صلاحيات إدارية وأخرى مالية تتمثل في إعداد الميزانيات المحلية وتحصيل الموارد المالية وإنفاقها⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن موظفي الإدارات المحلية هم موظفون عموميين، وعلاقتهم بالإدارات المحلية علاقة تنظيمية وتسري عليهم الأحكام والقواعد القانونية التي تسري عادة على موظفي السلطة المركزية من تعيين ونقل وترقية وتأديب، على أن وجود تشريعات مستقلة تحكم موظفي الإدارات المحلية لا يمنع موظفي الإدارات المحلية من خضوعهم لقوانين الموظفين العموميين في الدولة.

ويجدر بالذكر أن استقلالية الإدارات المحلية في المجال المالي والإداري يظل خاضعاً لرقابة تتفاوت شدتها من دولة إلى دولة أخرى، ففي العراق يبقى الأصل أن السلطة المركزية تحترم الاختصاصات المالية الممنوحة للإدارات المحلية ولا يجوز أن تصدرها أو أن تمارسها نيابة عن أجهزتها المنتخبة، إلا في حالة وجود نص قانوني يجيز ذلك صراحة. ومن أهم صور الرقابة التي أجازها القانون على النشاط المالي للإدارات المحلية في العراق هي رقابة مجلس النواب على مجالس المحافظات وهي رقابة من نوع خاص وهي تسمى بالرقابة السياسية⁽²⁾، فضلاً عن رقابة ديوان الرقابة المالية على دوائر المحافظة ومجالسها⁽³⁾.

(1) شيماء سعدون عزيز الصجيري، مصدر سابق، 52-53.

(2) الفقرة الثانية من المادة (2) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم، رقم (21) لسنة 2008.

(3) المادة (47) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم، رقم (21) لسنة 2008.

الفرع الثاني

خصائص الموارد المالية المحلية

تتميز الموارد المالية المحلية بخصائص تختلف عن الموارد المالية الأخرى نذكرها على نحو الآتي:

أولاً: تشعب الموارد المالية المحلية: يتفق كل من الفقه القانوني والمالي على أن للموارد المالية المحلية مفهوم متشعب ومتعدد الأبعاد والمستويات ويتضح هذا التشعب والتعدد في المستويات التالية:

1- على المستوى المالي: لا يمكن النظر إلى الموارد المالية المحلية على أنها ظاهرة مالية وحسب، بل هي مفهوم متعدد الجوانب، فالجانب المالي يتجلى في توزيع الاختصاصات المالية وتحصيل الإيرادات على مستويات متدرجة بين الحكومة المركزية والإدارات المحلية.

2- على مستوى الاستقلالية: هناك بعداً هاماً لا تقل أهميته عن البعد المالي يتمثل في مدى استقلالية الإدارات المحلية عن الحكومة المركزية في صنع القرار ورسم السياسة الخاصة على المستوى المحلي⁽¹⁾.

3- على المستوى السياسي: أما البعد الآخر للموارد المالية المحلية أنها من طبيعة سياسية، حيث أن الإدارات المحلية تسيير شؤونها وتدار من طرف فعاليات سياسية سواء كانت أحزاب أو منتخبيين أحرار، الأمر الذي يؤدي إلى بلورة القرار المالي المحلي وإصداره وتنفيذه والرقابة عليه هو سياسي بامتياز.

4- على مستوى المشاركة للسكان المحليين: نتج عن تحول الديمقراطية التمثيلية، لإخفاقاتها العديدة في تحقيق التنمية وجودة إشباع حاجات السكان المحليين، إلى الديمقراطية التشاركية، التي جعلت من المشاركة في تسيير الشؤون المحلية، بما فيها الشأن المالي أن تنفتح الإدارة على مختلف منظمات المجتمع المدني على المستوى المحلي⁽²⁾.

(1) Dabla- Norris, E, and Wade, P, 2022, "The challenge of Decentralization in Transition Countries" IMF Working Paper, WP/02/103IMF, Washington, PP: 10.

(2) محمد إبراهيم الشافعي، تمويل اللامركزية المحلية في مصر، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 56، 2013، ص 364.

ثانياً: محدودية وجمود الموارد المالية المحلية: من أبرز خصائص الموارد المالية المحلية ضآلة مواردها الذاتية، على نحو يجعل الإدارات المحلية عاجزة عن إدارة وتصريف شؤونها وتحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي من أجلها تأسس نظام اللامركزية الإدارية. ففي الوقت الذي تسيطر فيه الإدارة المركزية على مصادر التمويل وتتمتع بسلطة مالية ونقدية واسعة تمكنها من زيادة مواردها، نجد أن الإدارة المحلية تعاني عجز كبير في إيراداتها المالية⁽¹⁾.

ويرجع الفقه المالي هذا العجز والجمود المستمر إلى العديد من الأسباب، لخصها في أربعة عوامل وهي:

العامل الأول: قلة مصادر التمويل المحلي وضعف حصيلة هذه المصادر، يرجع هذا إلى أن الإدارات المحلية على عكس السلطة المركزية، حرمت من حق فرض الضرائب لأسباب تاريخية وسياسية، الأمر الذي يحرمها من الإيرادات أو يحد من تدفقها المنتظم والمستدام.

العامل الثاني: يتخلص في أن باقي المصادر التقليدية والمتمثلة بالرسوم والأملاك الخاصة والمرافق المحلية ذات الطبيعة الصناعية والتجارية تقف عاجزة عن الوفاء بالحاجات المالية للإدارات المحلية، حيث أن الرسوم المحلية التي تحصلها الإدارات المحلية من خدمات للمواطنين على إقليمها تتسم بالجمود بسبب تردد أجهزة مجالس المحافظات والأقضية والنواحي في زيادة نسبتها والرفع منها حتى لا تتضرر الطبقات الضعيفة اقتصادياً⁽²⁾.

العامل الثالث: في الدول التي تبني نظام اللامركزية الإدارية، ومنها العراق تتحمل الإدارات المحلية تبعه تحقيق التنمية على إقليمها وتطور الخدمات التي يتحصل عليها المواطنون. إلا أنه في الوقت الذي أتسعت فيه اختصاصات الإدارة المحلية لم تجد هذه الأخيرة الإيرادات المالية الكافية التي تعينها على تحقيق الأهداف التي حددها القانون لها، الأمر الذي أضحت معه اللامركزية الإدارية مجرد إطار شكلي يختفي وراءه الطابع المركزي المقيت للدولة.

(1) د. عبدالقادر الشихلي، مصدر سابق، ص 120.

(2) حسن محمد عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية، ط1، مؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1983، ص 222.

العامل الرابع: لا يقل أهمية هذا العامل عن العوامل السابقة ويتمثل في خضوع موارد الإدارات المحلية لرقابة السلطة المركزية، الأمر الذي يجعلها أسيرة للأوامر والنواهي الصادرة عن هذه الأخير من جهة أولى، ويؤدي إلى عجز الموارد المالية للإدارات المحلية باستمرار، وهو ما يلزمها باللجوء الدائم إلى السلطة المركزية طلباً للإعلان من أجل سد هذا العجز من جهة ثانية⁽¹⁾.

ثالثاً: سيادة مبدأ أولوية الموارد المالية المحلية: ساد إلى وقت طويل مبدأ أولوية النفقات العامة في ظل المالية التقليدية، ويقصد بهذا المبدأ ضرورة قيام الدولة بتحديد حجم نفقاتها العامة على نحو لا يتجاوز حجم إيراداتها المتوقعة تحصيلها، وهذا ما يعرف بالتوازن الحسابي للميزانية العامة، ومع أزمة الكساد الكبير وتدخل الدولة في النشاط الصناعي والتجاري، حل مفهوم التوازن الاقتصادي والاجتماعي للميزانية العامة محل التوازن المحاسبي. وبهذا أصبح الهدف النهائي للدولة تحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، حتى ولو جاء ذلك على حساب حدوث عجز في الميزانية العامة. إن ذلك هو حال المالية المركزية في ظل الفلسفة المالية الحديثة⁽²⁾.

وإذا رجعنا إلى الموارد المالية المحلية نجد أن الواقع العملي كشف لنا عجز الميزانيات المحلية الأمر الذي فرض على الإدارات المحلية باعتماد مقاربة عقلنة قرارات الإنفاق المحلي، بحيث أصبح من اللازم عليها ترشيد نفقاتها وتحديدتها في ضوء ما تتوقع تحصيله من إيرادات، حتى ولو جاء ذلك على حساب عدم تحقيقها للحد الأدنى من أهدافها الاقتصادية والاجتماعية المنوط بها تنفيذها. إن هذا الواقع جعل جانب من الباحثين ينتهي إلى أن ((المالية اللامركزية- ويقصد بها المالية المحلية ترد إلى الماضي لتعتنق مبدأ كنا نظن بأن التطورات الاقتصادية الحديثة قد أخفته وهو مبدأ أولوية الإيرادات العامة))⁽³⁾.

(1) شيماء سعدون عزيز الصجري، مصدر سابق، ص 71 وما بعدها.

(2) محمد إبراهيم الشافعي، مصدر سابق، ص 369.

(3) مصدر نفسه.

المبحث الثاني

مصادر الموارد المالية للإدارات المحلية

ان تحديد الموارد المالية للإدارات المحلية تعد ضرورة، لغرض إشباع الحاجات الأساسية للمواطنين، لذلك لا بد من تنوع الموارد المالية لهذه الإدارات المحلية لتنهض في سبيل قيامها بالواجبات الملقاة على عاتقها، كما ان هذه الموارد لا بد من وجود مجموعة من القواعد القانونية التي تتولى تنظيمها والتعد أساساً قانونياً لها، وتنقسم الموارد المالية للإدارات المحلية إلى موارد مالية داخلية تتمثل بأجور الخدمات والمشاريع الاستثمارية، والرسوم والغرامات، وبدلات بيع وإيجار أموال الدولة، والضرائب المحلية، وموارد مالية خارجية تتمثل بحصة الإدارة المحلية في الموازنة الوطنية من القروض والتبرعات والهبات، ولغرض الإحاطة بمصادر الموارد المالية سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول

الموارد المالية الداخلية للإدارات المحلية

يقصد بالموارد المالية الداخلية للإدارات المحلية تلك التي تنشأ وتتولد بقدر الإمكان داخل نطاق الوحدة الإدارية، بحيث تكون خاضعة في فرضها وتحصيلها للسلطة المحلية المختصة⁽¹⁾، وتعد الموارد المالية مهمة بالنسبة للإدارات المحلية، لكي تؤدي المهام الموكولة إليها في تنمية وتطوير المجتمع، وتحقيق خططها التنموية، وعليه فلا بد من توفير الإمكانيات المالية اللازمة لتغطية هذه النفقات، وان قلة الموارد المالية لعبت دوراً أساسياً وجوهرياً في فشل العديد من الإدارات المحلية، حيث لا يكفي أن يكون للإدارة المحلية طموحات تنموية محلية، بل يجب أن يكون لديها التمويل المالي الكافي واللازم لتحقيق ووضع تلك الطموحات موضع التنفيذ⁽²⁾. ويتولى المشرع عادةً بيان أن الإدارات المحلية تمتلك مصادر تمويل داخلية أي ذاتية تتمثل بالضرائب والرسوم والإيرادات الاستغلالية

(1) د. سامي حسن نجم عبدالله، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في العراق والدول المقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 136.

(2) د. علي خطار شطناوي، الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2001، ص 220.

الاستثمارية، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب لذلك ارتأينا تقسيمه إلى أربعة فروع.

الفرع الأول

الإيرادات المتحصلة من أجور الخدمات والمشاريع الاستثمارية

أقر المشرع العراقي للإدارات المحلية بموجب المادة (44\الفقرة ثانيا\1) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم الحق في الحصول على الإيرادات المتحققة من الخدمات التي تقدمها كالإيرادات المتحصلة من ساحات وقوف السيارات والحدائق العامة والمتنزهات، إضافة إلى عوائد المشاريع الاستثمارية كمراكز التسوق والفنادق السياحية، وذلك لتنوع الاختصاصات التي تقوم بها هيئات الإدارة المحلية في المحافظات، إلا أنه وبالرغم من أهمية هذه الإيرادات إلا أنها لا تشكل في الواقع إلا نسبة ضئيلة قياساً بحجم الموارد المالية التي تحتاجها المحافظة للقيام بأعبائها، وذلك لأن الرسوم التي تفرضها المحافظة نظير الخدمة التي تقدمها رمزية ولا تغطي في الواقع سوى تكلفة تقديمها⁽¹⁾.

وفي فرنسا تعد أثمان الخدمات التي تقدمها المجالس المحلية للمواطنين من الموارد المالية للمحافظات، كذلك إيرادات الأملاك الخاصة للمجالس المحلية كأجور المساكن والعقارات المملوكة للمجلس المحلي وأرباح المشروعات الاستثمارية، ولكن هذه الموارد في الحقيقة تعد ذات حصيله محدودة قد لا تتجاوز نسبة 8-9% من إجمالي الموارد التي تحصل عليها المجالس المحلية⁽²⁾.

وفي مصر نصت المادة(51) من قانون الإدارة المحلية رقم(43) لسنة 1979 على أن تشمل موارد المدينة ما يأتي من (إيرادات استثمار أموال المدينة والمرافق التي تتولاها وإيرادات الأسواق العامة الواقعة في نطاقها)⁽³⁾.

(1) رائد عوفي حسين، الموارد المالية للمحافظات غير المنتظمة في إقليم، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد12، العدد2\2، 2016، ص648.

(2) د.سامي حسن نجم عبدالله، مصدر نفسه، ص289.

(3) الفقرة التاسعة من المادة(51) من قانون الإدارة المحلية رقم(43) لسنة 1979 المعدل.

الفرع الثاني

الإيرادات المتحصلة من الرسوم والغرامات

تعرف الرسوم بصورة عامة بأنها "مبلغ من المال تجببه الدولة أو أحد الأشخاص العامة الأخرى جبراً من الأفراد مقابل خدمة خاصة تقدمها لهم أو مقابل نفع خاص يعود عليهم من هذه الخدمة"، ويعد الرسم من الإيرادات الدورية والمنتظمة التي تدخل خزانة الدولة ويساهم في تمويل نفقاتها العامة كما يعمل على تنظيم الخدمة والحد من الاستغلال⁽¹⁾. وتعد الرسوم والغرامات المحلية المفروضة وفقاً للدستور والقوانين من الموارد المالية الداخلية التي منحها المشرع العراقي للمحافظات في المادة (44\ثانياً\2) من قانون المحافظات⁽²⁾.

إلا أن أهم ما يلاحظ على هذا النص انه لم يحدد الجهات التي لها الحق في فرض هذه الرسوم والغرامات كما انه لم يبين مفهوم هذه الرسوم والغرامات، وبما أن النص جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه فإنها تشمل جميع الرسوم والغرامات التي تفرضها الدوائر الحكومية في المحافظة والتي تتولى تقديم الخدمات العامة للمواطنين، كدوائر البلدية والمرور والمرافق العامة الاقتصادية⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى ان التشريعات المحلية التي تتعلق بالجانب المالي والتي تصدر من مجالس المحافظات لتنظيم بعض الجوانب المالية في المحافظة، لا يمكنها أن تتناول الرسوم كونها تعد من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية المركزية، استناداً إلى مبدأ قانونية الضريبة والرسم، وان أكثر الدول قد ضمنت هذا المبدأ في صلب دساتيرها، وهذا هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي في دستور عام (2005) في المادة (28\أولاً) حيث نصت على انه "لا تفرض الضرائب والرسوم، ولا تعدل، ولا تجبى، ولا يعفى منها، إلا بقانون". ويمكن استنتاج مسألة مهمة من هذا النص الدستوري وهي ان النص القانوني للمادة

(1) د. عادل فليح العلي، مصدر سابق، ص 84.

(2) تنص المادة (44\ثانياً\2) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) المعدل على انه "تتكون الموارد المالية للمحافظة مما يأتي: ثانياً: الإيرادات المتحصلة من الرسوم والغرامات المحلية المفروضة وفقاً للقوانين الاتحادية والمحلية النافذة ضمن المحافظات".

(3) د. سامي حسن نجم عبدالله، مصدر سابق، ص 356.

(7\ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) والتي تنص على انه " يختص مجلس المحافظة بإصدار التشريعات المحلية والأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية"، لا يمكن لنا تفسيره تفسيراً واسعاً وتحمله أكثر مما يحتمل، وفي هذا الشأن صدر عدد من الفتاوي والقرارات لمجلس شوري الدولة توضح ذلك، ومنها ما استوضح عنه وزير العدل الاتحادي من مجلس شوري الدولة عندما منع مجلس المحافظة (مصرف الرافدين فرع الشهداء) تسلم الواردات الخاصة بمديرية التسجيل العقاري في كربلاء ما لم يتم استقطاع (5%) منها وإيداعها باسم مجلس محافظة كربلاء، وقد جاء في قرار مجلس شوري الدولة بأنه " لا يجوز لمجالس المحافظات فرض ضريبة أو ضريبة أو رسم الا بقانون"، وعليه فإنه ينبغي على مجالس المحافظات أن تراعي ذلك الجانب عند أدائها لدورها التشريعي في هذا الشأن، وان التشريعات التي يمكن لمجالس المحافظات أن تصدرها يجب ألا تخرج عن حدود وأطر معينة ولا يمكن أن تكون الا مسهلة لتنفيذ وتطبيق الدستور والقوانين الاتحادية⁽¹⁾.

اما بالنسبة للغرامات فإن قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم عدها من مصادر التمويل للمحافظة وفقاً للمادة (44)، والغرامة تكون مفروضة بنص القانون، أي بمعنى تكون محكومة بمبدأ القانونية الذي نص عليه الدستور العراقي النافذ في المادة (19\ثانياً)، وتجدر الإشارة إلى ان قانون المحافظات أشار إلى فرض هذه الغرامات وفق القوانين الاتحادية وعدم مخالفتها للدستور.

والغرامات التي تفرض داخل المحافظة تكون على نوعين، النوع الأول هي تلك التي تفرض بموجب القوانين الاتحادية كقانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة (2009)، وقانون المرور رقم (8) لسنة (2019)، اما النوع الثاني فهي تلك الغرامات التي تفرض بموجب القوانين المحلية، والتي تنظم الشؤون الاقتصادية كجزاء على مخالفتها، وقد أكدت المحكمة الاتحادية على صلاحية مجلس المحافظة بفرض الغرامات بموجب القرار المرقم (25\اتحادية\2008) والذي قضى بأنه "...لما كان فرض الضرائب وإنفاقها

(1) أحمد غازي فيصل، التنظيم القانوني للوحدات الإدارية المحلية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الحيرة، 2019، ص150.

وفرض الرسوم والغرامات والضميمة من الأمور المالية التي أشارت إليها المادة (122\ثانيا) من الدستور لذا يكون لمجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم حق سن القوانين بفرض وجباية وانفاق الغرامات و...⁽¹⁾.

وعليه يتبين لنا بأن المادة (44\ثانيا\2) من قانون المحافظات العراقي قد بينت بأن المحافظات يمكن لها أن تقوم بتحصيل الإيرادات الناشئة عن الرسوم والغرامات المحلية، ولكن بشرط أن تكون تلك الرسوم والغرامات قد فرضت استناداً إلى الدستور والقوانين الاتحادية النافذة وان لا تتعارض معها، بمعنى آخر ان مجالس المحافظات لا تستطيع أن تشرع قرارات محلية تفرض رسوم غير مقترنة وفقاً لأحكام الدستور والقوانين الاتحادية النافذة، ومع ذلك يمكن القول ان لمجالس المحافظات أن تصدر قرارات محلية يمكن من خلالها فرض الرسوم والغرامات حينما تتوافق مع أحكام القوانين الاتحادية، كالغرامات التي تفرض من قبل البلديات أو مديرية المرور العامة، ولهذا يكون لمجالس المحافظات مجال أوسع في فرض الرسوم والغرامات من فرض الضرائب، كون الغاية من فرض الغرامات مسألة تنظيمية أكثر مما هي مالية، على عكس الضرائب التي تكون المسألة فيها مالية بحثية⁽²⁾.

اما بالنسبة لإقليم كردستان- العراق، فإن قانون المحافظات في المادة (27) لم يشر إلى اعتبار الرسوم والغرامات كأحد الموارد المالية الداخلية للمحافظات في إقليم كردستان⁽³⁾.

وفي مصر تنحصر الموارد المالية الخاصة بكل محافظة من المحافظات المصرية تنحصر بموجب المادة (35\فقرة 2) من القانون رقم (43) لسنة (1979) في ربع حصيلة الضريبة الأصلية المقررة على الأطنان وضرائب رسوم السيارات وحصيلة استثمار أموال المحافظة والضرائب والرسوم ذات الطابع المحلي التي تفرض لصالح المحافظة⁽⁴⁾.

(1) شيماء سعدون عزيز الصجري، مصدر سابق، ص 99-100.

(2) أبو ذر شاكر عبد مرزوك، النظام القانوني لإدارة المجالس البلدية دراسة مقارنة بين العراق والأردن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013.

(3) ينظر المادة (27) من قانون المحافظات لإقليم كردستان رقم (3) لسنة (2009).

(4) طاهر محمد مايح الجنابي، اللامركزية الإدارية الإقليمية سلاح ذو حدين، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017، ص 164.

كما ان لمجلس المحافظة في مصر فرض رسوم محلية أو تعديلها أو تقصير أجل سريانها أو الإعفاء منها بعد موافقة مجلس الوزراء⁽¹⁾. وفي فرنسا تعد الرسوم المحلية أحد الموارد المالية للمحافظات، حيث للأخيرة القدرة الواسعة على فرضها وفقاً لظروفها ونظير الخدمة التي تقدمها كالرسوم على الدبائغ، والكشف عليها، ورسوم استهلاك المباني، ورسوم المناجم، والملاهي، والمتاحف، والملاعب، حيث تساهم كل هذه الرسوم في زيادة الموارد المالية للمحافظة⁽²⁾.

الفرع الثالث

الإيرادات المتحصلة من بدلات بيع وإيجار أموال الدولة

تهدف الدول إلى زيادة مواردها المالية للإدارات المحلية عن طريق استغلال بعض الإيرادات التي تتولد من ممتلكاتها الخاصة، وتمثل هذه الموارد الممول الحقيقي للموارد المحلية بسبب الاستغلال الكامل للإدارة المحلية في تحديد مصدورها، وتقدير مبالغها، ومن ثم تحصيلها، ويتمثل ذلك بمجموعة الأموال التي تحصل عليها الدولة مباشرة باعتبارها شخصاً قانونياً، له حق التملك، من دون أن تقتطعها من دخول الأفراد⁽³⁾.

وبما أن التشريعات أقرت بالذمة مالية مستقلة لكافة الإدارات المحلية نتيجة تمتعها بالشخصية المعنوية فإنه يتمتع عن ذلك أن تدر هذه الذمة دخلاً مالياً للوحدات الإدارية ويشمل هذا الدخل إيجار عقاراتها وأرباح مشروعاتها، وإيرادات أوراقها المالية وتقسيم أموال الإدارات المحلية من حيث كونها مصدراً للإيرادات إلى دوميين مالي ودوميين صناعي وتجاري ودوميين عقاري، ويقصد بالدوميين المالي الأوراق المالية المملوكة للمحافظات أو الإدارات المحلية، أما الدوميين العقاري فيقصد به ما تملكه المحافظة أو الهيئات المحلية من ثروات طبيعية ومعادن ومناجم وأراضي زراعية، أما الدوميين الصناعي والتجاري فهو ما تملكه الإدارة المحلية من مشروعات تجارية أو صناعية تدر عليها الأموال نتيجة بيع منتجاتها وتعتبر هذه الإيرادات أرباحاً للإدارات المحلية بعد طرح نفقة

(1) المادة (12\الفقرة 7) من قانون الإدارة المحلية رقم (43) سنة (1979).

(2) عماد فرج الخياط، نظام التمويل في الإدارة المحلية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002، ص 324.

(3) شيماء سعدون عزيز الصجري، مصدر سابق، ص 97.

الإنتاج منها وتستخدم في تمويل ميزانيتها⁽¹⁾. ومن الناحية أخرى يمكن أن تكون أملاك المحافظات أو الإدارات المحلية مملوكة ملكية خاصة وتخضع للقانون الخاص وحيث يقصد من ملكيتها تحقيق دخل مالي وهذا ما يقابل الدومين الخاص للدولة ويسمى بالدومين المحلي، وهو يتحدد بأموال الإدارات المحلية ضمن حدودها الإقليمية، مثال ذلك المشروعات الصناعية والأراضي الزراعية، ومنها ما تكون مملوكة ملكية عامة فلا يقصد منها الحصول على الأرباح حيث تكون مخصصة للمنفعة العامة، وتتولى الدولة إدارة مرافقها العامة وهذه الأموال تخضع لأحكام القانون العام ويسمى الدومين العام المحلي⁽²⁾.

وللإدارات المحلية في العراق سلطة الحصول على الموارد المالية، وتستند هذه السلطة إلى نص المادة (44\ثانيا\الفقرة 3) من قانون المحافظات غير المنظمة في إقليم، حيث أشارت هذه المادة إلى إيرادات المحافظات ومنها بيع وإيجار أملاك الدولة، إلا أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ذلك من ناحيتين، فمن الناحية الأولى لم يحدد الجهة المختصة بالبيع والإيجار، لذلك ينبغي تلافياً للنقص الذي يعترى تلك الفقرة وذلك بالاستناد إلى قانون إيجار وبيع أموال الدولة رقم (21) لسنة (2013)، حيث بموجبه يجوز للمحافظة أن تبيع الأموال المنقولة وغير المنقولة باعتبار المحافظ وزيراً مختصاً لأغراض هذا القانون، ومن الناحية الثانية جعل المشرع صلاحيات المحافظات غير المنتظمة في إقليم مطلقة، وكان من الأفضل أن يجعل هذه الصلاحيات مقيدة، وذلك بالرجوع إلى السلطة المركزية قبل القيام ببيع أو إيجار أي عقار من عقارات المحافظة⁽³⁾.

الفرع الرابع

الإيرادات المتحصلة من الضرائب المحلية

يقصد بالضرائب المحلية كل فريضة مالية تتقاضاها إحدى الهيئات المحلية على سبيل الإلزام في نطاق الوحدة الإدارية التي تمثلها ودون مقابل بقصد تحقيق أو إشباع منفعة عامة محلية، وبهذا يتبين لنا فإن الضريبة المحلية تدفع في نطاق الوحدة المحلية أو

(1) رائد عوفي حسين، مصدر سابق، ص 632.

(2) مصدر نفسه.

(3) شيماء سعدون عزيز الصجري، مصدر نفسه، ص 98.

المناطقية أي في رقعة جغرافية محددة ضمن الدولة الواحدة، ويتم دفعها إلى المجالس المحلية من قبل الأفراد المحليين أو المجتمع المحلي"⁽¹⁾.

وتعد الضرائب المحلية أحد الموارد المالية للمحافظات في العراق بموجب المادة (44\ثانياً\2) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ويجدر بالذكر أن المادة (28\أولاً\ثانياً) من الدستور العراقي لسنة (2005) قد أخذ بمبدأ قانونية الضرائب، عندما نصت على أن فرض الضرائب والإعفاء منها وتعديلها وإلغائها لا يتم إلا بقانون، إلا ان قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) لم يساير توجه المشرع الدستوري عندما منح مجالس المحافظات في البند ثالثاً من المادة (7) سلطة إصدار التشريعات المحلية والأنظمة والتعليمات لإدارة شؤونها الإدارية والمالية، وفقاً لمبدأ اللامركزية الإدارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية.

وقد مارست مجالس المحافظات هذه السلطات والصلاحيات بإصدار عدة قوانين منها على سبيل المثال قيام مجلس محافظة النجف بإصدار القانون رقم (1) لسنة 2010⁽²⁾ المتضمن فرض الضمان على ضرائب الدخل المفروضة بموجب قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982 المعدل وضريبة العقار المفروضة بموجب القانون رقم (162) لسنة 1959 وجميع الضرائب الأخرى المفروضة بموجب القوانين العراقية بنسبة 10% من مبلغ هذه الضرائب⁽³⁾.

إضافة إلى الضرائب المحلية في العراق، هناك ضرائب تفرض على الشركات نتيجة التعويض عن الأضرار البيئية والتي تعرف بأنها الضرائب التي يتم فرضها على الملوّثين الذين يقومون بإحداث أضرار بيئية كبيرة نتيجة أفعالهم ونشاطاتهم المختلفة التي تنتج عن منتجاتهم الملوّثة⁽⁴⁾.

وفي مصر تنحصر الضرائب المحلية كمورد مالي خاص بكل محافظة في ربع حصيلة

(1) د.خيري إبراهيم مراد، دراسات في القانون العام، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019، ص19.

(2) نشر هذا القانون في جريدة الوفاء النجفية بالعدد(5) لسنة 2010. منشور على الموقع الإلكتروني للمكتبة القانونية للحكم المحلي www.iraq.lq.lqw.org.

(3) د.خيري إبراهيم مراد، مصدر نفسه، ص32.

(4) ينظر المادة (44\ثانياً\5) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم سنة (2008) المعدل.

الضريبة الأصلية المقررة على الأطنان وضرائب رسوم السيارات وحصيلة استثمار أموال المحافظة والضرائب والرسوم ذات الطابع المحلي التي تفرض لصالح المحافظة⁽¹⁾. أما في فرنسا، فإن الموارد المالية المتحصلة من الضرائب تحتل جانباً كبيراً من الأهمية حيث نص الدستور الفرنسي على أنه "تستفيد الجماعات المحلية من الموارد التي يمكن استخدامها بكل حرية وفق الشروط التي يحددها القانون، ويجوز لها أن تستلم كامل حصيلة الضرائب، أو جزء منها، أيا تكن طبيعتها، ويجوز أن يرخص لها القانون بتحديد أساس تقييم الضرائب ونسبتها ضمن الحدود التي وضعتها تلك القوانين"⁽²⁾.

المطلب الثاني

الموارد المالية الخارجية للإدارات المحلية

يقصد بالموارد المالية الخارجية للإدارات المحلية تلك الموارد التي تأتي من جهة خارجية تكون مستقلة تماماً عن الإدارات المحلية سواء كانت من الحكومة المركزية أم من الأفراد أم من الهيئات غير الحكومية أم من الدول الأجنبية والمنظمات الدولية، كما تتمثل هذه الموارد بالتخصيصات الاتحادية (الموازنة)، والقروض، والتبرعات أو الهبات، وموارد أخرى، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع. وعلى نحو الآتي:

الفرع الأول

الإيرادات المتحصلة من التخصيصات الاتحادية

يقصد بالتخصيصات الاتحادية الأموال الممنوحة من السلطة المركزية إلى الإدارات المحلية وذلك لغرض قدرتها على القيام بواجباتها التي عهدت إليها، وتعتبر التخصيصات الاتحادية السنوية أحد أهم الموارد الخارجية التي تحصل عليها المحافظة⁽³⁾، وتعتبر

(1) المادة (35\فقرة 2) من قانون الإدارة المحلية رقم (43) لسنة (1979) المعدل.

(2) المادة (72-2) من الدستور الفرنسي المعدل لسنة (1958).

(3) تنص المادة (44) الفقرة أولاً من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) المعدل على أنه "تتكون الموارد المالية للمحافظة مما يأتي: أولاً: ما تخصصه الموازنة الاتحادية للمحافظة بما يكفي للقيام بأعبائها ومسؤولياتها وحسب نسبة السكان فيها ودرجة المحرومية وبما يؤمن التنمية المتوازنة لمختلف مناطق البلاد".

السلطة الاتحادية مسؤولة عن إعداد الموازنة العامة الاتحادية بقسميها الاستثماري والجاري والتي تنظم نفقات وإيرادات كافة الوزارات والإدارات والأقاليم والمحافظات، حيث تقوم بتخصيص حصة عادلة لأقاليم ومحافظات الدولة من الإيرادات المتحصلة اتحادياً، والتي يجب أن تكفي للقيام بأعبائها مع الأخذ بعين الاعتبار مواردها ونسبة سكانها وحاجاتها⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد نص الدستور العراقي النافذ على تأسيس هيئة عامة بموجب القانون مهمتها مراقبة تخصيص الواردات الاتحادية، أي توزيع الحصص بموجب نسب معينة بين الحكومة الاتحادية من جهة، والأقاليم والمحافظات من جهة أخرى، وتتكون هذه الهيئة من خبراء الحكومة الاتحادية وخبراء الأقاليم والمحافظات إضافة إلى ممثلين عن تلك الجهات، وتقوم بالمسؤوليات التي تقع على عاتقها وأولها التحقق والتدقيق في عدالة توزيع المنح والمساعدات التي ترد إلى الدولة من دول وجهات خارجية، لإعانتها على تحقيق أهدافها وكذلك القروض الدولية، وهذا التوزيع يجري بموجب استحقاق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، كذلك من مسؤولية هذه الهيئة التحقق من الاستخدام الأمثل دون تبذير أو دون تخطيط غير ناجح ووفق سياسة هادفة للموارد الاتحادية وتقاسمها بين الحكومة الاتحادية وبين الأقاليم والمحافظات، وان تضمن هذه الهيئة بموجب مسؤولياتها الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم وفقاً للنسب المقررة بموجب كثافة السكان⁽²⁾.

وقد أشارت المادة (27) من قانون المحافظات لإقليم كردستان العراق رقم (3) لسنة (2009) على أنه "تتكون الموارد المالية للمحافظة مما يأتي: أولاً: ما تخصصه حكومة الإقليم للمحافظة ضمن الميزانية العامة للإقليم...".

وفي مصر فإن الحكومة المركزية تكفل للإدارات المحلية ما تحتاجه من مبالغ مالية للوفاء بأعبائها في شكل إعانات متنوعة وذلك نظراً لعجز الموارد المالية المحلية من جهة، ولتفاوت المحافظات في مواردها المالية من جهة أخرى، وقد تكون الإعانات مخصصة لبعض المرافق الأساسية كالتعليم الإلزامي والصحة العامة والأمن الغذائي، كما قد تكون

(1) ينظر المادة (121) الفقرة (ثالثاً) من دستور العراق النافذ لسنة (2005).

(2) المادة (106) من دستور العراقي النافذ لسنة (2005).

الإعانة التي تمنحها الحكومة المركزية غير مقيد بشرط أو قيد، وقد نص قانون الإدارة المحلية على الإعانات الحكومية بوصفها إحدى الموارد الخاصة بكل محافظة⁽¹⁾. وتقوم فلسفة نظام الإعانات الحكومية في مصر على أساس سد الفجوة بين إجمالي الإيرادات والنفقات على المستوى المحلي، وتتحكم الحكومة المركزية في النفقات من خلال المديرات والإدارات التابعة للوزارات التي تلعب دوراً رئيسياً في تحديد النفقات على الخدمات الرئيسة وترسل الإعانات إلى الوحدات المحلية على شكل دفعات ربع سنوية⁽²⁾. أما في فرنسا فإن موازنة الدولة تخصص سنوياً في إطار قانون المالية اقتطاعات لفائدة الهيئات المحلية والتي تقدر بحوالي (23) اقتطاع تقسم إلى ثلاثة أنواع: القسم الأول المخصصات المالية التي تشمل في إعانات تقدمها الدولة للإدارات المحلية وأهمها المخصص الإجمالي للتسيير، والمخصصات الموجهة للمؤسسات التربوية، أما القسم الثاني فهي الاقتطاعات المتعلقة بالتعويض عن الإجراءات التي تتخذها الدولة وتمس بمالية للإدارات المحلية، ونجد ضمنها المخصصات التي توجه لصندوق تعويض الرسم على القيمة المضافة والتعويض عن الإعفاءات المتعلقة بالجباية المحلية، أما القسم الثالث فهي الإيرادات الموجهة والتي تتمثل أساساً في الاقتطاعات الموجهة للإدارات المحلية ومحافظة⁽³⁾.

الفرع الثاني

الإيرادات المتحصلة من القروض

يعد القرض عقداً تبرمه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة مع الجمهور أو مع دولة أخرى، تتعهد بموجبه على سداد أصل القرض وفوائده عند حلول موعد السداد وذلك طبقاً لأذن يصدر من السلطة المختصة⁽⁴⁾. أما القرض بمفهومه المحلي فهو مبلغ التي تحصل عليها الإدارات المحلية من أجل تمويل نشاطاتها العامة من أحد الأشخاص معنوية أو طبيعية أو

(1) ينظر المادة (35) الفقرة (ثانياً-هـ) من قانون الإدارة المحلية رقم (43) لسنة (1979) المعدل.

(2) رائد عوفي حسين، مصدر سابق، ص 654-655.

(3) فراري محمد، نظام التضامن المالي ما بين الجماعات الإقليمية: الصندوق المشترك للجماعات المحلية، المجلة الجزائرية للمالية العامة، العدد الثاني، 2012، ص 116.

(4) د. عادل فليح العلي، مصدر سابق، ص 150.

البنوك، أو المؤسسات المالية المتخصصة الإقليمية أو الدولية مع تعهد برد مبلغ القرض والفوائد المترتبة عليه، خلال مدة معينة وفق شروط محددة⁽¹⁾.

ويجدر بالذكر، أن المشرع العراقي والكوردستاني لم يذكروا القروض كأحد الموارد المالية للإدارات المحلية في قوانين المحافظات، على الرغم من أهميتها في تمويل الموازنات المحلية، إلا أن المشرع العراقي ذكر القروض في موضع واحد، وذلك عندما حدد في المادة (106) من الدستور العراقي مهام الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

أما عن إمكانية أو مدى صلاحية مجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم باللجوء إلى القروض فهناك اتجاهين: الاتجاه الأول وهو الاتجاه المعارض وينص على أن الدستور العراقي لا يجيز للمحافظات اللجوء إلى القروض استناداً إلى المادة (110-أولاً) من الدستور والتي تنص على أن سياسات الاقتراض والتوقيع عليها وإبرامها تكون من الاختصاصات الحصرية للحكومة الاتحادية، ويكون بهذا النص قطع الطريق عليها بممارسة الاقتراض، إضافة إلى ذلك فإن نص المادة (122\ثانياً) من الدستور أحال تنظيم الاختصاصات الإدارية والمالية لقانون ينظم الصلاحيات الممنوحة للمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وأن قانون المحافظات بالرغم من التعديلات المتتالية فإنه لم يشر إلى القروض كمورد من موارد المحافظات بموجب المادة (44) منه.

أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه المؤيد والذي يرد على الاتجاه المعارض بقوله أن نص المادة (110) المتعلقة بالاختصاصات الحصرية ومن ضمنها أن سياسات الاقتراض تضعها السلطة المركزية من خلال مؤسساتها الإدارية والمالية وفي مقدمتها وزارة المالية والتخطيط، هو أن دورها يقتصر على وضع سياسة الاقتراض للدولة، باعتباره أحد مصادر تمويل الإنفاق، وهذا لا يسمح للسلطة المركزية بمصادرة ممارسة المحافظات حق الاقتراض، كما أن نص المادة (122\ثانياً) يمنح الصلاحيات الإدارية والمالية للمحافظات بما يمكنها من إدارة شؤونها، وكذلك المادة (122\خامساً) التي نصت على أنه "لا يخضع مجلس المحافظة إلى أية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة وله مالية مستقلة، ومن هذا

(1) د.محمد محمد بدران، أسس تمويل الحكم المحلي ومصادره، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص74. نقلاً عن: شيماء سعدون عزيز الصجري، مصدر سابق، ص127.

المنطلق يفترض أن يجيز لها المشرع صلاحية الاقتراض والا سوف يتنافى وصف المشرع الدستوري بكونها تتمتع بالصلاحيات المالية والإدارية الواسعة⁽¹⁾. ونحن بدورنا ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون يجيز للمحافظات حق اللجوء إلى الاقتراض سواء كان القرض محلياً أو دولياً، وذلك لأهميتها في تمويل الموازنات المحلية. اما في مصر فقد نص قانون الإدارة المحلية المصري رقم (43) لسنة (1979) وتعديلاته المتعاقبة على ان القروض أحد الموارد المحلية للمركز وللمدينة وللقرية، الا انه لم ينص صراحة على ان القروض مورد من الموارد المحلية⁽²⁾. وقد نص القانون أعلاه على جواز قيام المجلس الشعبي للمحافظة بالاقتراض للقيام بمشروعات إنتاجية أو استثمارية لازمة للمحافظة أو للوحدات المحلية التي في نطاقها وذلك بشروط محددة. وفي فرنسا تمثل القروض مصدر من مصادر التمويل المهمة للإدارة المحلية، حيث تلجأ الإدارات المحلية إلى إبرام القروض لغرض تمويل مشروعاتها الكبيرة وتنفيذ برامج التنمية المحلية، وتشكل القروض نسبة (10%) من إجمالي الإيرادات التي تحصل عليها الإدارات المحلية، ومن أهم الجهات التي تمنح القروض للإدارات المحلية هو الصندوق القومي للأعمال العقارية، وصندوق الودائع والتأمينات الذي يقدم قروضاً لفترات تصل إلى عشرين عاماً، وكذلك الصندوق القومي للغابات والذي يحصر قروضه للمحافظة على الغابات حيث تصل مدة هذه القروض إلى ثلاثين عاماً⁽³⁾.

الفرع الثالث

الإيرادات المتحصلة من التبرعات والهبات

تعد التبرعات والهبات من الإيرادات المالية الخارجية للإدارات المحلية، وقد أقر قانون المحافظات غير المنتظمة هذه الإيرادات، حيث تحصل عليها الإدارات المحلية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية النافذة⁽¹⁾.

(1) شيماء سعدون عزيز الصجري، مصدر سابق، ص 132-133.

(2) ينظر المادة (43) الفقرة خامسا) والمادة (51) الفقرة حادي عشر) والمادة (69) الفقرة ثامنا) من قانون الإدارة المحلية رقم (43) لسنة (1979) المعدل.

(3) د. سامي حسن نجم عبدالله، مصدر سابق، ص 290.

(1) المادة (44/ ثانياً/ 6) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008).

وتعرف التبرعات والهبات بأنها مبالغ مالية وعينية مقدمة من المنظمات والمؤسسات أو المواطنين، وتساهم هذه التبرعات والهبات في تعزيز الموارد المالية لمجالس المحافظات، ويلاحظ ان المشرع قد أعطى المحافظة اختصاص يتعلق بالمصادقة على قبول أو رفض التبرعات والهبات، خاصة المقدمة من دول أجنبية أو منظمات دولية على أن تكون مقيدة بضرورة مصادقة السلطات الاتحادية المختصة وهي بطبيعة الحال وزارتي المالية والتخطيط، عليه فإن التبرعات المقدمة من سكان الوحدة الإدارية لا تشكل أي خطورة مثلما تشكله التبرعات المقدمة من الدول الأجنبية أو من المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، لذلك من الواجب أن تخضع هذه التبرعات إلى موافقة السلطة المركزية كونها تمس سيادة واستقلال الدولة، ويذكر ان لهذا النوع من الموارد أهمية كبيرة، حيث من خلالها يتبين مدى قناعة السكان المحليين بما تقدمه المحافظة من خدمات ومعرفة مساهمة السكان المحليين في دعم السلطة المحلية، وهو ما يعكس مدى تعاونهم معها⁽¹⁾.

وقد أشارت المادة (27) الفقرة (ثالثاً) من قانون المحافظات لإقليم كردستان- العراق إلى التبرعات والهبات كمورد مالي للمحافظات، ولكنها اشترطت موافقة مجلس الوزراء في الحصول عليها.

اما بالنسبة لمصر فإن التبرعات والهبات كمورد مالي للمحافظات، يشترط لقبولها موافقة رئيس مجلس الوزراء فيما يرد إلى المحافظات من هيئات أو أشخاص أجنبية، كما لا يجوز للمجلس الشعبي للمحافظة قبول التبرعات المقيدة بشرط يخرج تنفيذه عن سلطة المجلس أو أن يقيد تخصيصها الا بموافقة المحافظ، ولهذا القيد ما يبرره سواء من ناحية الأمن الوطني بالنسبة للتبرعات وإنفاقها بما لا تتعارض مع المصالح العليا للوطن، أو من ناحية ضمان حسن تشغيل النظم المحلية، إذ لا يقبل قبول تبرعات أو هبات يتناقض رصدها مع المهام الملقاة على عاتق مجلس المحافظة⁽²⁾.

وفي فرنسا تعد التبرعات والهبات من الموارد الأخرى التي تقدمها المؤسسات الخاصة الوطنية والأجنبية فضلاً عن المنح التي يقدمها الاتحاد الأوروبي، وبلغت هذه الموارد جميعها حوالي 11% من إجمالي الإيرادات التي تحصل عليها الإدارات المحلية

(1) رائد عوفي حسين، مصدر سابق، ص 642.

(2) ينظر نص المادة (128) من قانون الإدارة المحلية في مصر رقم (43) لسنة (1979).

في عام 2006⁽¹⁾. ويكون قبول الهبات والوصايا المقدمة للمحافظة من المسائل التي يختص بها مجلس المحافظة⁽²⁾.

الفرع الرابع موارد مالية أخرى

أضاف قانون المحافظات العراقي مورد مالي آخر للمحافظات وهو نصف إيرادات المنافذ الحدودية⁽³⁾، كما أشار قانون الموازنة الاتحادية لسنة (2021) إلى هذا المورد حيث نص على أنه "تخصص نسبة 50% من إيرادات المنافذ الحدودية إلى المحافظات الموجودة فيها تلك المنافذ على أن تخصص تلك المبالغ لتقديم الخدمات للمحافظة أو إنجاز مشاريع استثمارية أو تمويل المشاريع المستمرة في المحافظة ضمن أبواب الموازنة..."⁽⁴⁾. وهناك مورد مالي آخر يدخل ضمن الموارد المالية للمحافظة، وهو (5) دولارات عن كل برميل نפט خام منتج في المحافظة، و(5) دولارات عن كل (150) متراً مكعباً منتجاً من الغاز الطبيعي في المحافظة⁽⁵⁾، وأشار إلى هذا المورد المالي قانون الموازنة الاتحادية في العراق في المادة (2\أولاً\5) حيث نصت على انه "تعتمد نسبة 5% من إيرادات النفط الخام المنتج في الإقليم والمحافظات المنتجة، و5% من إيرادات النفط الخام المكرر في مصافي الإقليم والمحافظات، و5% من إيرادات الغاز الطبيعي المنتج في الإقليم والمحافظات المنتجة..."⁽⁶⁾. ويذكر ان المشرع الدستوري العراقي نظم مسألة ملكية النفط والغاز وهما الثروة الأكثر أهمية في العراق، وعلى واردات النفط والغاز إيرادات الموازنة الاتحادية العامة وبنسبة كبيرة جداً، حيث أكد الدستور في المادة (111) منه على ان النفط والغاز هو ملك للشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات.

(1) د. سامي حسن نجم عبدالله، مصدر سابق، ص 290.

(2) د. دانا عبدالكريم سعيد وصالح توفيق حمه رشيد، الاختصاص المالي والإداري لمجلس المحافظات، المجلة العلمية لجامعة جيهان- السليمانية، المجلد(2)، العدد(2)، 2018، ص 290.

(3) ينظر المادة (44\ثانياً\7) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم سنة (2008) المعدل.

(4) ينظر المادة (19\الفقرة 2) من قانون الموازنة الاتحادية لسنة (2021).

(5) ينظر المادة (44\ثانياً\8) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم سنة (2008) المعدل.

المبحث الثالث

معوقات تحصيل الموارد المالية للإدارات المحلية

ان الإدارات المحلية في العراق ومصر تتمتع باختصاصات مالية وإدارية واسعة بموجب الدستور والقوانين النافذة، وتهدف هذه الاختصاصات قيام هذه الإدارات بواجباتها المتمثلة بإشباع حاجات ومصالح السكان المحليين. ولكن وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارات المحلية في العراق ومصر تعاني الكثير من المعوقات، وتقف أمامها مشاكل عديدة عند حصولها على مواردها المحلية المحددة قانوناً. وهذه المعوقات قد تكون على مواردها المالية المحلية أو الخارجية ولأجل الإحاطة بهذه المعوقات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص المطلب الأول لدراسة معوقات الحصول على الموارد المالية الداخلية، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه معوقات الحصول على الموارد المالية الخارجية.

المطلب الأول

معوقات الحصول على الموارد المالية الداخلية

أن الإدارات المحلية تمتلك العديد من الموارد المالية المحلية، وان القانون قد أعطى لهذه الإدارات صلاحيات مالية واسعة لاستحصال هذه الموارد، ولكن استحصال هذه الموارد المالية يواجه الكثير من الصعوبات والمعوقات ما يؤدي إلى تقليل التخصيصات المالية للإدارات المحلية. وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الأول

معوقات استحصال أجور الخدمات والمشاريع الاستثمارية

يواجه العراق بشكل عام ظاهرة خطيرة أخذت بالظهور في الآونة الأخيرة وهي الفساد المالي، وتعد هذه الظاهرة أكثر انتشاراً وممارسة بين بعض المسؤولين والعاملين في مؤسسات الدولة، وذلك لسرعة الحصول على الهدف من ممارسة هذا النوع من الفساد مقارنة بالأشكال الأخرى، والسبب هو ضعف دور الأجهزة الرقابية. ومن جانب آخر تعاني الإدارات المحلية من تردي الأوضاع الاقتصادية، وسوء الخدمات التي تقدمها

للسكان المحليين⁽¹⁾، ومن المعوقات التي تواجهها الإدارات المحلية بخصوص هذه الموارد، أن تعليمات تنفيذ الموازنة العامة الاتحادية لعام 2019، قد نصت على أنه يمكن للمحافظات غير المنتظمة في إقليم التصرف بالعائدات المالية المتحصلة من هذه الموارد بنسبة (70%) للجهة المستفيدة منه، في حين تذهب نسبة (30%) من تلك الإيرادات للخزينة العامة للدولة، ولهذا السبب وعلى الرغم من أهمية هذا المورد إلا أنه لا يشكل في الواقع سوى نسبة ضئيلة، بالقياس إلى حجم الموارد المالية التي تحتاجها تلك الهيئات للقيام بأعبائها، وأن الرسوم التي تتقاضاها الإدارات المحلية في الواقع رمزية لا تغطي سوى تكلفة تقديمها⁽²⁾.

وفي مصر يعد الإنفاق التبذيري وانتشار الفساد المالي في أجور الخدمات والمشاريع الاستثمارية من أهم العقبات التي تواجه التمويل المحلي، وهو ما يتناقض مع ما استقر عليه الفقه المالي من ضرورة اتباع الجهات العامة للعديد من ضوابط الإنفاق العام عند قيامها بعملية الإنفاق. ومن ناحية أخرى لا يجوز نقل اعتمادات مخصصة لمشروع استثماري معين إلى مشروع استثماري آخر إذا كان هذا الأخير يتبع وزارة أخرى⁽³⁾.

الفرع الثاني

معوقات استحصال الضرائب والرسوم المحلية

بعد عام 2003 تحول العراق من دولة بسيطة إلى دولة اتحادية "مركبة" بموجب الدستور العراقي لسنة 2005، وقد أخذ بمبدأ قانونية فرض الضرائب والرسوم عندما نص على أنه: (لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون)⁽⁴⁾.

- (1) د. إنصاف محمود رشيد، د. رافعة إبراهيم الحمداني، د. عدنان سالم الأعرجي، فاعلية نظام الرقابة المالية وأثرها على الفساد المالي في العراق، مجلة جامعة أنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 4، العدد 8، 2012، ص 317.
- (2) د. فواز خلف طاهر، د. علياء غازي موسى، الإطار القانوني لمصادر تمويل الهيئات المحلية ومعوقاته في العراق، مجلة الباحث للعلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الفلوجة، المجلد 1، العدد 2، 2020، ص 159.
- (3) اللامركزية من أجل حكم الرشيد، تقرير التنمية البشرية في مصر، معهد التخطيط القومي، 2004، ص 2.
- (4) الفقرة الأولى من المادة (28) من الدستور العراقي لسنة 2005.

وترتيباً على هذا النص فإنه لا يحق للإدارات المحلية أن تفرض الضرائب والرسوم، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في العراق في قرارها رقم (13) في 2007/7/31 الذي بينت فيه أنه... من خلال تدقيق أحكام المادة (115) والمواد الأخرى من الدستور تبين أن مجالس المحافظات لا تتمتع بصفة تشريعية لسن القوانين المحلية...⁽¹⁾.

فعلى الرغم من عدم استقرار موقف المحكمة الاتحادية العليا بهذا الصدد ورجوعها من موقفها عندما عدل عن توجهها السابق وتبني موقفاً جديداً يعطي للمحافظات صلاحية وسلطة فرض الضرائب والرسوم المحلية⁽²⁾، إلا أنه يتضح من القرار أن الإدارات المحلية لا تمتلك اختصاصات فرض الضرائب والرسوم لأن هذا الفرض لا يكون إلا بسن التشريعات المحلية وهي ممنوعة على الإدارات المحلية بموجب هذا القرار.

أما موقف الحكومة الاتحادية في هذا الشأن، يلاحظ وجود صراع بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية حول موضوع سن التشريعات الضريبية والرسوم من قبل الإدارات المحلية، مما حدا بالحكومة الاتحادية بإصدار قراراً بعدم صلاحية الإدارات المحلية بفرض الضرائب والرسوم على الفلاحين مقابل الحصول على المشتقات النفطية وقد جاءت في مضمون القرار ما يلي⁽³⁾:

1- صلاحية مجالس المحافظات في إصدار التشريعات المحلية في فرض الضرائب والرسوم معطلة في الوقت الحاضر ما لم يصدر قانون اتحادي من السلطة المركزية يبين نوع الضرائب ووعائها وحدودها ونوع الخدمات التي تستوفي ثمن الرسوم وعدم استطاعة لمجلس المحافظات فرض الضرائب والرسوم الا بصدر قانون.

2- ليس لمجلس المحافظات فرض ضرائب ورسوم الا بصدر القانون الاتحادي المذكور أنفاً من مجلس النواب.

3- إعلام مجلس النواب بمخالفة قرار مجلس محافظة بابل بفرض ضرائب ورسوم على الفلاحين جراء حصولهم على المشتقات النفطية واتخاذ الإجراءات المقتضية لإلغاء القرار استناداً إلى أحكام المادة (4) من القانون رقم (15) لسنة 2010 أي قانون التعديل

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (13) لسنة 2007 منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا.

(2) للمزيد من المعلومات راجع قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (16) الصادر في 2008/4/21.

المنشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا.

(3) قرار الحكومة الاتحادية رقم (27) في 2012/1/17.

الأول لقانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم(21) لسنة (2008)⁽¹⁾.
 أما موقف مجلس الدولة العراقية بهذا الخصوص فقد أصدر المجلس فتاوى عديدة بشأن هذا الموضوع منها الفتوى التي أبدتها المجلس رداً على طلب الاستضاحه المقدم من قبل وزارة البلديات والإشغال العامة بشأن مدى صلاحية الإدارات المحلية بفرض الضرائب والرسوم، فقد أجاب المجلس عن ذلك بقوله، ((بما أن الدستور وتحديداً في المادة(28/ أولاً) نصت على أنه: (لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون)). وحيث إن القانون وفق المفهوم الوارد في الدستور هو ما يتماشى إليه مع التشريعات المتعلقة بفرض الضرائب والرسوم وأن يتضمن تفاصيل عن الضرائب والرسوم ونوعها ومقدارها والخاضعين لها، وتأسيساً على ما تقدم من الأسباب يرى المجلس أنه لا يجوز لمجالس المحافظات فرض الضرائب والرسوم إلا بقانون يحددها⁽²⁾.
 أما في إقليم كردستان العراق فإن قانون المحافظات رقم(3) لسنة 2009 لم يعطي لمجلس المحافظة، صلاحية إصدار القوانين. وإنما أعطى له حق إصدار القرارات والأنظمة والتعليمات وتقديم التوصيات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية وتحسين إدارة الخدمات العامة في المحافظة⁽³⁾.

وبما أن الضرائب والرسوم لا يمكن فرضها إلا بقانون، فلا يمكن تصور قيام الإدارات المحلية في الإقليم بسن التشريعات الضريبية والرسوم. ويبدو أن مسألة جواز أو عدم جواز فرض الضرائب والرسوم من قبل الإدارات المحلية محل خلاف الفقه والقضاء، وهذا بحد ذاته يعتبر من الصعوبات والمعوقات التي تواجهها الإدارات المحلية وتؤثر على الموارد المالية لهذه الإدارات وتؤثر على قيام هذه الإدارات بنشاطها المتمثلة في إشباع حاجات السكان المحليين.

أما في مصر فإن ضعف الإيرادات المحلية يرجع في المقام الأول إلى عدم تمتع السلطات المحلية بالاستقلالية في فرض الضرائب من ناحية، وإلى ضعف وعاء الضرائب

(1) د. خيرى إبراهيم مراد، مصدر سابق، ص33.

(2) قرار مجلس الدولة العراقية رقم (399) الصادر 2008/3/11 مشار إليه د. رائد ناجي أحمد، مدى اختصاص المحافظات غير المنتظمة بإقليم بفرض الضرائب والرسوم، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد4، العدد 12/1، السنة 2015 ص393.

(3) المادة(6) من قانون المحافظات لإقليم كردستان- العراق، رقم(3) لسنة 2009.

المشتركة ومن ثم ضعف حصيلتها من ناحية أخرى. ولقد ساهم في تعميق معاناة الإدارة المحلية من نقص في التمويل وعجز في موازنتها سلب السلطة المركزية لحق الإدارات المحلية في فرض الضرائب واعتمادها الدائم على الإعانات المركزية للتغلب على إشكالية عجز الموازنة المحلية، كما أن الجزء الأكبر من الحصيلة يوجه للسلطة المركزية بينما لا تحصل السلطة المحلية إلا على القدر اليسير الذي لا يتجاوز ربع الحصيلة وفقاً لنص القانون، إن الاعتماد المتواصل من قبل السلطات المحلية على الحكومة المركزية من شأنه أن يشجع الأجهزة اللامركزية على التبذير والإسراف من ناحية، وأن تتهاون في تنمية مصادر تمويلها الذاتي من ناحية أخرى⁽¹⁾.

الفرع الثالث

معوقات استحصال بدلات بيع وإيجار أموال الدولة

ذكرنا في السابق أن قانون المحافظات النافذ نص صراحة على هذه الموارد للإدارات المحلية، وعلى حقها في الاحتفاظ بتلك الموارد، سواء كان عائداتها للإدارة الاتحادية أم للإدارات المحلية، إلا أن المشرع العراقي في قوانين الموازنات نص على تقييد جميع الإيرادات المحصلة اتحادياً إيراداً نهائياً للخزينة العامة، واحتفاظ تلك الإدارات بالأموال المتأتية من الأموال التي تعود ملكيتها لتلك الإدارات المحلية⁽²⁾، وبذلك يتم حرمان تلك الإدارات من جزء كبير من تلك الأموال.

أما في مصر قد نصت المادة (5) من قانون رقم (145) لسنة 1988 قانون تعديل قانون الإدارة المحلية في مصر رقم (43) لسنة 1979 على أنه (تعتبر أموال الحسابات المنشأة بالوحدات المحلية وفقاً لأحكام هذا القانون أموالاً عامة، ويصدر بتنظيم إدارة هذه الحسابات وقواعد وإجراءات الصرف منها قرار من مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص. ولا يجوز الصرف منها إلا في الأغراض التي أنشئت من أجلها هذه الحسابات)⁽³⁾.

(1) محمد إبراهيم الشافعي، مصدر سابق، ص 393 وما بعدها.

(2) المادة (16) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (22) لسنة 2012.

(3) المادة (5) من قانون رقم (145) لسنة 1988 لتعديل قانون الإدارة المحلية في مصر رقم (43) لسنة 1979.

يتضح من هذه المادة أن ملكية الموارد المالية المتحصلة من (المنشأة) بدل بيع وإيجار الأموال المنقولة وغير المنقولة للوحدات الإدارية في مصر تعود للدولة، أي ترجع إلى الخزينة العامة في الدولة ولا يجوز للإدارات المحلية التصرف بتلك الأموال إلا بموافقة مجلس الوزراء الاتحادي، وبهذا تفقد الإدارات المحلية مورداً كبيراً من مواردها المحلية.

الفرع الرابع

معوقات استحصال الموارد الأخرى

لقد اعتبرت المادة (110) من الدستور العراقي النافذ السياسات المالية والكمركية من الاختصاصات المالية الحصرية للسلطات الاتحادية⁽¹⁾. وجعلت إدارة الكمارك من الاختصاصات المشتركة بين الحكومة الاتحادية وسلطات الأقاليم والمحافظات، وهذا ما نصت عليه المادة (114) من الدستور⁽²⁾. وعليه فإن إدارة المنافذ الحدودية تعد دائماً محل صراع بين الحكومة الاتحادية وسلطات الأقاليم، وان سياسة كل هذه السلطات تتجه نحو بسط نفوذها على هذه المنافذ الحدودية، مما يؤثر سلباً على هذا المورد من ناحية، ومن ناحية أخرى إن المشكلة في المنافذ الحدودية في العراق لا تتعلق فقط بالإيرادات بل بوجود منافذ غير رسمية والتي لا تخضع إلى سيطرة الحكومة، ولوجود هذه المنافذ آثار اقتصادية سلبية لا تقتصر على الإيرادات بل عدم الالتزام بقوانين وتعليمات تنظيم التجارة⁽³⁾.

وقد أضاف قانون التعديل الثاني رقم (19) لسنة 2013 لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم أنه تتكون الموارد المالية للمحافظة مما يأتي: (نصف إيرادات المنافذ الحدودية)⁽⁴⁾. فعلى الرغم من إيجابيات هذا النص إلا أن هناك بعض المحافظات لا توجد

(1) المادة (110) من الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.

(2) الفقرة (الأول) من المادة (114) من الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.

(3) مستقبل العلاقة بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان العراق، تقرير أعده مركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية بمشاركة نخبة من الأكاديميين والخبراء، متاح على موقع التالي <https://annabaa.org/arabic/reports/24683>، تاريخ آخر زيارة 15 / 8 / 2022.

(4) الفقرة (الثانية/7) من المادة (44) من قانون تعديل الثاني رقم (19) لسنة 2013 لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 نشر في الوقائع العراقية بالعدد (4284) بتاريخ، 5/8/2013.

فيها منافذ حدودية مع الدول المجاورة بحكم طبيعة جغرافيتها، على سبيل المثال محافظات (كربلاء، ناصرية، بابل، ذي قار، كركوك)، وعلى العكس من ذلك هناك محافظات توجد فيها منافذ حدودية مثل محافظات (البصرة، دهوك، أربيل، الأنبار، نينوى، السليمانية)، وهذا يؤدي إلى وجود تفاوت كبير وتميز مجحف في الإيرادات المالية بين تلك الإدارات المحلية، بمعنى آخر حرمان المحافظات التي لا تمتلك منافذ حدودية من هذا المورد المالي، واختلاف المورد المالي بنسبة المحافظات التي توجد فيها منافذ حدودية بسبب اختلاف الموقع الجغرافي للمحافظة، إضافة إلى أهمية المنفذ الحدودي نفسه، وذلك من خلال كمية البضائع والأشخاص الداخلين والخارجين منه.

وفيما يخص بالمعوقات المتعلقة بحصة المحافظات من (البترو دولار) النفط والغاز المنتج في المحافظة، فإن ما جاء به الدستور بشأن النفط والغاز لم يكن موفقاً حيث نجد أن الدستور نص في المادة (111) على أن (النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات)⁽¹⁾. ونعتقد أن عدم دقة صياغة هذا النص في تحديد ملكية الثروات الطبيعية وخاصة النفط والغاز، يثير جدلاً وخلافاً في انتزاع المعنى المقصود منه خاصة مع إضافة عبارة في كل الأقاليم والمحافظات. ففي المسألة رأيان: الأول، يذهب إلى أن كل الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات هو مالك لكل النفط والغاز الموجود في الإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم على وجه الشروع. والرأي الثاني يذهب إلى أن سكان كل إقليم أو محافظة هم من يملكون النفط والغاز الموجودين في أقاليمهم ومحافظتهم حصراً. وهكذا تتوزع ملكية هذه الثروة وتختلف نسبتها من البترو دولار بحسب محل وجود الثروة في هذا الجزء أو ذاك من الدولة⁽²⁾. بموجب هذا الرأي ينفرد سكان إقليم أو محافظة بالتصرف بعائدات هذه الثروة من دون باقي الشعب في المناطق الأخرى، ويسبب حرمان المحافظات غير المنتجة للنفط والغاز من إيرادات هذا المورد المالي.

هناك مشكلة أخرى تتعلق بتفسير النصوص المتعلقة بإدارة النفط والغاز حيث نصت المادة (112) من الدستور على أن (تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج

(1) المادة (111) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(2) د.رائد حمدان عايج المالكي، المنازعات المتعلقة بإدارة النفط والغاز بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، مجلة البحوث والدراسات النفطية، العدد 34، الجزء 1، 2022، ص 26.

من الحقول الحالية مع حكومة الأقاليم والمحافظات المنتجة...⁽¹⁾. وبصدد هذا النص حصل خلاف في تفسيره، لأن الدستور حدد بالنص الجهات المعنية بإدارة النفط والغاز المستخرج من (الحقول الحالية) وعند تفسير النص يثار التساؤل بشأن من له الحق في إدارة واستغلال الحقوق المستقبلية التي تستكشف مستقبلاً؟ وهو أمر من شأنه أن يكون محل للنزاع بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم أو المحافظات. إن عدم الصياغة الدقيقة لهذه المادة أدى إلى خلق النزاع بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان في إدارة النفط والغاز حيث ذهب إقليم كردستان بأن الإدارة المشتركة لحقول النفط والغاز تقتصر على المستكشف منها قبل نفاذ الدستور، ولا تشمل الحقول التي تكتشف وتستغل في المستقبل⁽²⁾. بسبب هذا الصراع بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان وعدم التعاون في إدارة ملف النفط والغاز وقطع ميزانية الإقليم عمدت حكومة الإقليم إلى استكشاف حقول جديدة وإبرام عقود لاستخراج النفط وتصديره وبيعه دون إذن الحكومة الاتحادية وبسعر أقل من الأسعار العالمية وبطرق مختلفة وبتكاليف باهظة، هذا من جانب ومن جانب آخر أدى هذا الخلاف إلى عدم تنفيذ حكومة إقليم كردستان المادة 44/ثانياً/7 من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 والتي تؤكد على نسبة (5) دولارات عن كل برميل نفط خام المنتج في المحافظة و(5) دولارات عن كل برميل نفط خام مكرر في مصافي المحافظة و(5) دولارات عن كل (150) متراً مكعباً منتجاً من الغاز الطبيعي في المحافظة، مما يؤثر سلباً على هذا الإيراد وحرمان محافظات الإقليم من هذا المورد المالي.

ومن المعوقات الأخرى التي تواجه هذا المورد هو التفاوت الكبير في نسب الأموال المتحصلة منه، فهناك محافظات تتمتع بغزارة ووفرة كميات النفط والغاز المنتج أو المكررة في تلك المحافظات، فمثلاً محافظات (كركوك والبصرة) من أغنى محافظات العراق لاحتواها على كميات كبيرة من النفط والغاز، واحتواها على شركات ومصانع لإنتاج وتكرير النفط والغاز، بينما هناك محافظات فقيرة بهذا الخصوص لقلّة مخزون النفط والغاز فيها، إن لم تكن معدومة أصلاً، ومنها على سبيل المثال محافظات (بابل

(1) المادة (112) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(2) د. رائد حمدان عاجب المالكي، مصدر نفسه، ص 27.

والمثني والأنبار)، فتكون الموارد المالية لتلك المحافظات قليلة جداً مقارنة مع المحافظات الغنية التي توجد فيها كميات كبيرة من النفط والغاز، فينبغي تعويض المحافظات الغير المنتجة للنفط وذلك بزيادة تخصيصاتها المالية، من أجل الارتقاء بجميع المحافظات، ولتجنب حصول تفاوت كبير بين المحافظات⁽¹⁾.

وبالنسبة لمعوقات هذا المورد المالي في مصر، فإن قانون الإدارة المحلية في مصر رقم (43) لسنة (1979) مع تعديلاته لم يتطرق إلى المنافذ الحدودية والبترو دولار كمورد مالي للمحافظات في مصر.

المطلب الثاني

معوقات استحصال الموارد المالية الخارجية

تعتبر الموارد المالية الخارجية كما ذكرنا مصدر رئيس من المصادر المالية للهيئات المحلية، وهي جزء مهم من الإيرادات المالية للإدارات المحلية والتي لا يمكن لهذه الإدارات القيام بمهامها وإدارة شؤونها بدون تلك الإيرادات. وتحصيل الإدارات المحلية هذه الموارد من الضرائب والرسوم الخارجية فضلاً عن القروض والهبات والتبرعات والموازنة العامة للدولة. ولكن تواجه الإدارات المحلية العديد من المعوقات عند الحصول على هذه الموارد. لبيان هذه سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول

معوقات استحصال التخصيصات الاتحادية

تعد الموازنة العامة الاتحادية من أهم مصادر تمويل الإدارات المحلية، وأن الموازنة العامة في العراق تعرضت للكثير من الصعوبات في توفير الأموال اللازمة لتمويلها. ويرجع سبب ذلك أن الموازنة العامة للدولة العراقية هي موازنة ريعية، وتعتمد بشكل كبير على تصدير النفط والغاز ومشتقاته، بما يقارب (95%) وأن هذا الاعتماد الكبير يجعل الموازنة عرضة للتأثر بشكل كبير بالأسعار العالمية لتلك الموارد، وهذا ما ظهر جلياً بعد انتشار جائحة كورونا في العالم التي سببت تفاقم المشاكل المالية وأهمها انخفاض أسعار

(1) د. فواز خلف ظاهر ود.علياء غازي موسى، مصدر سابق، ص 161.

النفط الغاز ومشتقاته وهو ما نجم عنه أزمة السيولة النقدية⁽¹⁾، وعلى أثر ذلك فقد العراق إيرادات مالية بقيمة (11) مليار دولار في مطلع عام 2020 جراء تدهور أسعار النفط بسبب تفشي جائحة كورونا مقارنة بالأسعار التي كانت سائدة في الفترة ذاتها من عام 2019. وأكدت شركة (سومو) الوطنية المتخصصة ببيع النفط ومشتقاته- في إحصائية رسمية إن العراق باع خلال الأربعة أشهر الأولى من عام 2020. ما يقارب (409.96) ملايين برميل نفط. بمعدل سعر (38) دولاراً، بإجمال إيرادات تصل إلى (15.39) مليار دولار. وكان العراق باع خلال الأشهر الأربعة الأولى من عام 2019 كميات من النفط بلغت (423.28) مليون برميل بمعدل سعر (62) وإيرادات بلغت (26.27) مليار دولاراً⁽²⁾. وهذا الأمر بالتأكيد سيؤدي إلى قلة الموارد المالية المتحصلة من الموازنة العامة الاتحادية بعد حصول تلك الأزمة، وبالفعل تم تخفيض حصة المحافظات من الموازنة العامة الاتحادية وخاصة فيما يتعلق بالمشاريع الاستثمارية والاقتصادية على الموازنة التشغيلية.

ومن المعوقات الأخرى المتعلقة بهذا المورد، هو مدى إمكانية تحقيق العدالة والشفافية في توزيع الموارد المالية الاتحادية، وقد جاء النص الدستوري ليؤكد على ضرورة تأسيس هيئة عامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية وهي تتكون من خبراء الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات وممثلين عنها وتضطلع بالمسؤوليات الآتية:

1. التحقق من عدالة توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية بموجب استحقاق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.
 2. التحقق من الاستخدام الأمثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها.
 3. ضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم وفقاً للنسب المقررة⁽³⁾.
- وبالفعل تم تشريع قانون هذه الهيئات. وهو قانون الهيئات العامة لمراقبة تخصيص

(1) محمد عبدالأمير وجواد الطائي والآخرين، دور الموازنة المستجيبة في حل الأزمة المالية العراقية- جائحة كورونا-covid19، مجلة كلية التراث الجامعة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العدد 30، 2020، ص 409.

(2) للمزيد من المعلومات راجع موقع شركة تسويق النفط(سومو) المتوفر على رابط التالي <https://www.somooil.gov.iq/>

(3) المادة (106) من الدستور العراقي لسنة 2005.

الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017⁽¹⁾، ولكن إلى الآن لم تشكل هذه الهيئة، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى حرمان بعض الإدارات المحلية من حصتها من الأموال المتحصلة من الحكومة الاتحادية على حساب إدارات أخرى.

وفي مصر على الرغم من أن المجالس التنفيذية للوحدات المحلية هي الجهة المختصة لإعداد الموازنة المحلية، إلا أن دور المجالس الشعبية يقتصر على الموافقة عليها مما يجعل دورها شكلياً دون أن يتاح لها الوقت الكافي لمناقشة واقتراح تعديلات بالموازنة، حيث أن هناك العديد من القيود التي أقرتها القوانين والتي تتعلق بإعداد وتنفيذ الموازنة المحلية والتي يمكن أن نجملها بما يأتي⁽²⁾:

1- تعد السلطات المركزية المسؤولة عن الموازنة العامة والمحلية مثل وزارة المالية ووزارة التخطيط والوزارات التي تتبعها مديريات الخدمات، وهو ما يعزز دورها في فرض رؤيتها المالية على السلطة المحلية، بالإضافة إلى صعوبة تحديد المسؤولية في حالة قصور الخدمات نظراً لتعدد المسؤولين عن توفير الخدمات.

2- انفراد السلطة المركزية في الموازنة العامة بتحديد وعاء الضريبة وسعرها وطرق تحصيلها مركزياً وانفراد وزارة المالية بتحديد مخصصات الهيئات المحلية، كما تحدد الحكومة المركزية رسوم الخدمات وكذلك حجم القروض والجهة المانحة للقروض.

3- حظر القيام بإعادة توزيع بنود الموازنة، ومن ثم فلا يجوز للمحافظة مثلاً نقل مخصصات الموازنة من باب إلى آخر أو في الباب نفسه. كما لا يجوز نقل اعتمادات مخصصة لمشروع استثماري معين إلى مشروع استثماري آخر إذا كان هذا الأخير يتبع وزارة أخرى. ومن ناحية أخرى، فإنه يجوز لوزارة التنمية المحلية نقل مخصصات محافظة معينة إلى محافظة أخرى دون الرجوع لمحافظ المحافظة الأولى.

الفرع الثاني

معوقات استحصال القروض

تنص المادة (110/أولاً) من الدستور العراقي النافذ أن السلطات الاتحادية تختص

(1) قانون الهيئات العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017، نشر في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد 4443 في 2017/4/17.

(2) محمد إبراهيم الشافعي، مصدر سابق، ص 400.

بالاختصاصات الحصرية الآتية (رسم السياسة الخارجية... الاقتراض والتوقيع عليها وإبرامها...⁽¹⁾). وبالرجوع إلى قانون المحافظات غير المنتظمة في الإقليم نرى أن المشرع لم يذكر القروض من الموارد المالية للمحافظات، كذلك لم يذكرها المشرع من بين إيرادات المحافظة، فالسؤال هنا مدى قدرة الإدارات المحلية من اللجوء إلى الاقتراض؟ برأينا المتواضع على الرغم ان النص الدستوري أعلاه يعد من أكبر الصعوبات والإعاقات أمام الإدارات المحلية للحصول على الاقتراض إلا أنه من الممكن أن تلجأ الإدارات المحلية إلى الاقتراض كوسيلة لتمويل مشاريعها الاستثمارية الإنتاجية وإدارة شؤونها المحلية وإشباع حاجات السكان المحليين وهذا ما أكدته قانون الإدارة المالية الاتحادية رقم(6) لسنة 2019 المعدل بشأن اللجوء إلى الاقتراض الداخلي.

وتنص المادة(15) من قانون الإدارة المحلية المصري رقم(43) لسنة 1979 المعدل على أنه لا يجوز للهيئات المحلية الاقتراض بنسبة 40% من المجموع السنوي للإيرادات الذاتية للمحافظة أو للوحدة المحلية، أو الاقتراض من جهة أجنبية إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء⁽²⁾.

يستنتج من هذه المادة أن هناك قيوداً على الاقتراض كمصدر من مصادر التمويل المحلي، تتعلق بعض هذه القيود بضرورة الحصول على العديد من الموافقات من أجل الحصول على القروض، بينما تتعلق البعض الآخر بسقف القرض الذي يتعين ألا تتجاوز قيمته 40% من مجموع الإيرادات الذاتية للمحافظة أو الوحدة المحلية التي تنشأ بها هذه المشروعات، وأن الحكومة المركزية هي التي تحدد حجم القروض والجهة المانحة للقروض، كما لا يجوز من ناحية أخرى لوحدات الإدارة المحلية إبرام أي قرض أو الارتباط بأي مشروع غير وارد في الخطة أو الموازنة إذا كان يترتب عليه إنفاق مبالغ في فترة مقبلة إلا بعد موافقة مجلس الشعب، أضف إلى ما سبق ان عدم وجود مؤسسات متخصصة في الإقراض المحلي من شأنه أن يقلل من فرص هذه الهيئات في النفاذ إلى الأسواق المالية والجهاز المصرفي من أجل الاقتراض.

(1) الفقرة الأولى من المادة(110) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(2) المادة(15) من قانون الإدارة المحلية في مصر رقم(43) لسنة 1979 المعدل.

الفرع الثالث

معوقات استحصال التبرعات والهبات

تعد التبرعات والهبات المقدمة للإدارات المحلية من بين الموارد المالية لتلك الإدارات كما ذكرنا سابقاً. وهذا ما أكد عليه قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم عندما نص أن (التبرعات والهبات التي تقدم للمحافظة وفق الدستور والقوانين الاتحادية)⁽¹⁾. إلا أن هذا القانون اشترط قبول التبرعات والهبات مصادقة بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس على قبول أو رفض التبرعات والهبات التي تحصل عليها المحافظة⁽²⁾. وقد أوجب قانون الإدارة المالية الاتحادية رقم(6) لعام 2019 على وزارة المالية تقييد جميع الواردات بما فيها التبرعات والهبات إيراداً نهائياً في الحسابات العامة في الدولة⁽³⁾. وأن المشرع في قوانين الموازنات الصادرة اشترط تقييد مبالغ المنح والتبرعات المقدمة من حكومات ومؤسسات أجنبية إلى الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة أو المحافظات ومجالس المحافظات بموجب مذكرات التفاهم أو المقدمة من القطاع الخاص إيراداً نهائياً للخزينة سواء أكانت هذه المنح والتبرعات على شكل مساعدات فنية أم تنفيذ مشاريع عدا الدورات التدريبية على أن يتم قيد أقيمها التخمينية في سجلات الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو الأقاليم والمحافظات ذوات العلاقة ويكون قبول المنح النقدية أو العينية وإعادة تخصيصها بالتنسيق بين الجهات المستفيدة وكل من وزارتي التخطيط والمالية الاتحاديين⁽⁴⁾.

أما قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام 2019 فقد اشترط موافقة وزير المالية الاتحادية لقبول تلك الهبات أو المنح والتبرعات⁽¹⁾. من كل ما سبق يتضح لنا أن السياسة المالية للحكومة الاتحادية تتجه نحو تعطيل دور الإدارات المحلية من الحصول على

(1) المادة(44) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم(21) لسنة(2008) المعدل.

(2) الفقرة سادس عشر من المادة(7) من نفس القانون.

(3) الفقرة الرابعة من المادة(27) من قانون الإدارة المالية الاتحادية رقم(6) لسنة2019.

(4) الفقرة الرابعة من المادة (1) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق، رقم(23)، لسنة 2021.

(1) الفقرة الثالثة من المادة(1) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق رقم(1)، لسنة 2019.

مواردها المالية، ويسري هذا الكلام على التبرعات والهبات التي تحصل عليها هذه الإدارات إذ تعتبر هذه الموارد إيرادا نهائياً للخزينة العامة للدولة، مثال على ذلك ان حصول الإدارات المحلية على التبرعات والهبات أمر واقف على قبول أو رفض الحكومة الاتحادية وإن هذا الموقف يشكل مساساً بالاستقلال المالي للإدارات المحلية وخرقاً للنصوص الدستورية التي تمنح للإدارات الحلية صلاحيات مالية واسعة.

أما في مصر، فقد نصت المادة(35) من قانون الإدارة المحلية رقم(43) لسنة 1979 على أنه الموارد الخاصة في المحافظة تتضمن ما يأتي (التبرعات والهبات والوصايا، بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء على قبول ما يرد إليها من هيئات أو أشخاص أجنبية)⁽¹⁾. وتوصف هذه الإيرادات بأنها ثانوية لأنه لا يجوز للوحدات الإدارية المحلية قبول التبرعات والهبات والوصايا من جهة أجنبية إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء، وهذا يؤدي إلى تعميق معاناة الإدارات المحلية في سبيل الحصول على هذا المورد.

الفرع الرابع

معوقات استحصال الضرائب والرسوم الاتحادية

إن القيود المفروضة على الموارد المالية المحلية تعني وجود وصاية إدارية تمارسها الحكومة الاتحادية، فمصالح الأخيرة تحدد معدلات الضرائب والرسوم وتحصيلها وإنفاقها، كل هذه العوامل تقر بتبعية النظام الضريبي المحلي للدولة وتفسر عدم قدرة الإدارات المحلية على التحكم في ماليتها.

ومن المعوقات المتعلقة بمدى إمكانية الإدارات المحلية في الاحتفاظ بالموارد المالية المتحصلة من الضرائب والرسوم المحلية نرى أن الحكومة الاتحادية قامت بمنع الإدارات المحلية من الاحتفاظ بهذه الموارد، سواء التي تستوفىها الدوائر الاتحادية أم المحلية، وعلى الرغم من صراحة النص باحتفاظ تلك الإدارات المحلية بتلك الموارد المالية⁽¹⁾، نجد أن المشرع ينص دائماً في قوانين الموازنة الاتحادية السنوية على (تقييد جميع إيرادات الدوائر المملوكة مركزياً إيرادا نهائياً للخزينة العامة الاتحادية للدولة ويتم إظهارها

(1) الفقرة(و) من المادة(35) من قانون الإدارات المحلية رقم(43) لسنة 1979 المعدل.

(1) المادة(44) من قانون المحافظات غير المنتظمة في الإقليم رقم(21) لسنة 2008 المعدل.

في موازين المراجعة⁽¹⁾. أن هذا النص يجعل هذه الموارد المالية للإدارات المحلية معطلة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى سيؤدي إلى تقليل هذه الموارد المالية، الأمر الذي يستوجب على المشرع القيام بأعمال هذا النص وتقييد تلك الموارد في حسابات الإدارات المحلية.



(1) المادة(16) من القانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق، رقم(22) لسنة 2012.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (الموارد المالية للإدارات المحلية "دراسة تطبيقية مقارنة") توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والاقتراحات نلخصها على النحو الآتي: -

أولاً: الاستنتاجات

1. وردت الموارد المالية للإدارات المحلية على سبيل الحصر في المادة (44\أولاً-ثانياً-ثالثاً)، من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) العراقي المعدل، وفي المادة (51) والمادة (69) من قانون الإدارة المحلية المصري رقم (43) لسنة (1979) المعدل.
2. ان الموارد المالية للإدارات المحلية في العراق، قليلة لا تكاد تسد حجم النفقات والخدمات التي تنيط بها، فضلاً عن ان المحافظات تعتمد على ما تقدمه الحكومة المركزية من التخصيصات الاتحادية من الموازنة الاتحادية، مما يجعلها بحالة التبعية المالية في قراراتها وهذا بدوره يؤدي إلى تدخل الحكومة المركزية في نشاط المحافظات غير المنتظمة في إقليم.
3. لم يذكر المشرع العراقي القروض كأحد الموارد المالية للإدارات المحلية في قوانين المحافظات، على الرغم من أهميتها في تمويل الموازنات المحلية، وفي مصر فقد نص قانون الإدارة المحلية القروض بوصفها أحد الموارد المحلية للمركز وللمدينة وللقرية، إلا انه لم ينص صراحة على ان القروض مورد من الموارد المحلية.
4. تمتلك الإدارات المحلية في العراق ومصر العديد من الموارد المالية المحلية، وان استحصال هذه الموارد المالية يعاني الكثير من المعوقات، وتقف أمامها صعوبات عديدة عند حصولها على مواردها المحلية المحددة قانوناً، وهذه الصعوبات قد تكون على مواردها المالية المحلية أو الخارجية.

5. إن ضعف الإيرادات المحلية يرجع في المقام الأول إلى عدم استقلالية الإدارات المحلية في السيطرة على إيراداتها المالية واعتمادها على إيرادات تتسم أوعيتها بالضعف والجمود مثل الضرائب والرسوم الخدمية.

ثانياً: الاقتراحات

1- ندعو المشرع العراقي أن يقوم بتعديل المادة (2/أولاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 النافذ، على غرار القانون المحافظات لإقليم كوردستان- العراق رقم (3) لسنة 2009 ليجعل المجلس سلطة رقابية ضمن الحدود الإدارية للمحافظة وله حق إصدار القرارات والأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية في المحافظة، وحذف عبارة السلطة التشريعية، لأن مجلس المحافظة هو جهة إدارية رقابية لا يمتلك صلاحية تشريع القوانين.

2- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص إلى قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) النافذ، يقضى بإمكانية قيام الإدارات المحلية بالاقتراض لتعزيز مواردها المالية، وتحديد الشروط اللازمة لذلك، لغرض إزالة التعارض الذي حصل بين القانون أعلاه وقانون الإدارة المالية الاتحادية رقم (6) لسنة (2019) والذي أعطى للإدارات المحلية صلاحية الاقتراض الداخلي.

3- تطبيقاً للمادة (106) من الدستور، ندعو المشرع العراقي إلى الإسراع في سن قانون (الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية) لما لهذه الهيئة من دور رقابي في مجال توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية، والتحقق من الاستخدام الأمثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها، وضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

4- ندعو المشرع العراقي إلى جعل جميع الأموال المتأتية من بدلات بيع وإيجار أموال الدولة المنقولة وغير المنقولة تقيد في حسابات الإدارات المحلية.

5- نقترح المشرع العراقي أن يأخذ بنظر الاعتبار حصة المحافظات الفقيرة أو غير

منتجة للنفط أو الغاز في الموازنة العامة الاتحادية، وزيادة حصتها لتعويضها عن النقص في مواردها المالية، في سبيل تحقيق أكبر قدر من العدالة في توزيع الموارد المالية، خاصة إذ ما علمنا أن دستور العراق لعام 2005 وفي المادة(111) منه قد نص بصريح العبارة على أن النفط والغاز هو ملك للشعب العراقي، وبالتالي يجب أن يستفيد جميع أبناء العراق منه، وبالتساوي قدر الإمكان.



قائمة المصادر

أولاً: الكتب

- 1- أحمد غازي فيصل، التنظيم القانوني للوحدات الإدارية المحلية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2019.
- 2- د. حافظ علوان حمادي الدليمي، حقوق الإنسان، مطبعة هاوار، دهوك، 2006.
- 3- حسن محمد عواضة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في الدول العربية، ط1، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1983.
- 4- د.خيري إبراهيم مراد، دراسات في القانون العام، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019.
- 5- د. رائد ناجي أحمد، الإطار الدستوري لتوزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وأحوال الخروج عنه في التطبيقات العملية، دار السنهوري، بيروت، 2019.
- 6- د.سامي حسن نجم عبدالله، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في العراق والدول المقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 7- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والعربي "دراسة مقارنة"، ط4، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1961.
- 8- شيماء سعدون عزيز الصجري، الاستقلال المالي للهيئات الإدارية اللامركزية "دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2021.
- 9- طاهر محمد مايح الجنابي، اللامركزية الإدارية الإقليمية سلاح ذو حدين، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017.
- 10- د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي الضريبي، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.
- 11- د. عبدالقادر الشихلي، الإدارة المحلية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2001.
- 12- د. عبدالقادر الشихلي، القانون الإداري السعودي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

- 13- د. عبد الحميد عبد المطلب، التمويل المحلي والتنمية المحلية، دار الجامعة، الإسكندرية، 2001.
- 14- د. علي خطار شطناوي، الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2001.
- 15- د. مازان ليلو راضي، القانون الإداري مطبعة هاوار، دهوك، 2008.
- 16- د. محمد عبدالله الفلاح، التشريعات المالية والضريبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.
- 17- د. محمد محمد بدران، أسس تمويل الحكم المحلي ومصادره، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 18- د. ملكية الصروخ، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، ط6، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، 2006.
- ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية
1. أبو ذر شاكر عبد مرزوك، النظام القانوني لإدارة المجالس البلدية دراسة مقارنة بين العراق والأردن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013.
 2. زغبة رضا ومناصري عبد الكريم، الاستقلالية المالية للجماعات المحلية، رسالة مقدمة إلى قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف- المسلية، الجزائر، 2019-2020.
 3. عماد فرج الخياط، نظام التمويل في الإدارة المحلية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002.
 4. قويدري رشيد، مصادر تمويل الجماعات المحلية دراسة حالة "بلدية بسكرة"، رسالة الماجستير مقدمة إلى قسم العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد الخيضر - بسكرة، الجزائر، 2018-2019.
 5. معامير سفيان وقرقب أسامة، أثر التحصيل الضريبي علي ميزانية الجماعات المحلية، رسالة الماجستير مقدمة إلى قسم العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أحمد دراية- ادرار، الجزائر، 2016-2017.
- ثالثاً: المجلات العلمية والدوريات
- 1- د. إنصاف محمود رشيد ود. رافعة إبراهيم الحمداني، د. عدنان سالم الأعرجي،

- فاعلية نظام الرقابة المالية وأثرها على الفساد المالي في العراق/ دراسة تطبيقية على جامعة موصل، مجلة جامعة أنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد4، العدد8، 2012.
- 2- د. دانا عبدالكريم سعيد وصالح توفيق حمه رشيد، الاختصاص المالي والإداري لمجلس المحافظات، المجلة العلمية لجامعة جيهان- السليمانية، المجلد(2)، العدد(2)، 20118.
- 3- رائد حمدان عاجب المالكي، المنازعات المتعلقة بإدارة النفط والغاز بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، مجلة البحوث والدراسات النفطية، العدد34، الجزء1، 2022.
- 4- رائد عوفي حسين، الموارد المالية للمحافظات غير المنتظمة في إقليم، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد12، العدد2\2، 2016.
- 5- د. رائد ناجي أحمد، مدى اختصاص المحافظات غير المنتظمة بإقليم بفرض الضرائب والرسوم، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد4، العدد12/1، السنة 2015.
- 6- فراري محمد، نظام التضامن المالي ما بين الجماعات الإقليمية: الصندوق المشترك للجماعات المحلية، المجلة الجزائرية للمالية العامة، العدد الثاني، 2012.
- 7- د. فواز خلف طاهر، د. علياء غازي موسى، الإطار القانوني لمصادر تمويل الهيئات المحلية ومعوقاته في العراق، مجلة الباحث للعلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الفلوجة، المجلد1، العدد2، 2020.
- 8- د. لخضر مرغاد، الإيرادات العامة للجماعات المحلية في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، 2005.
- 9- محمد إبراهيم الشافعي، تمويل اللامركزية المحلية في مصر، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد56، 2013.
- 10- محمد عبدالأمير وجواد الطائي وآخرون، دور الموازنة المستجيبة في حل الأزمة المالية العراقية- جائحة كورونا-covid19، مجلة كلية التراث الجامعة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العدد30، 2020.
- 11- د. وهيبه بن ناصر، التمويل المحلي ودوره في عملية التنمية المحلية، مجلة البحوث

والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2،
العفرون، الجزائر، العدد6.

رابعاً: الدساتير

1- الدستور الفرنسي المعدل لسنة (1958).

2- الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.

خامساً: القوانين

1. قانون الإدارة المحلية في مصر رقم(43) لسنة 1979 المعدل.

2. قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم(21) لسنة 2008 المعدل.

3. قانون المحافظات لإقليم كردستان - العراق رقم (3) لسنة (2009).

4. قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق، رقم(22) لسنة 2012.

5. قانون الهيئات العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم(55) لسنة 2017.

6. قانون الإدارة المالية الاتحادية في العراق رقم(6) لسنة2019.

7. قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق رقم(1)، لسنة 2019.

8. قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق رقم(23) لسنة (2021).

سادساً: القرارات والأحكام القضائية

1- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم(13) لسنة 2007 منشور على موقع المحكمة
الاتحادية العليا.

2- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم(16) الصادر في 2008/4/21. المنشور على موقع
المحكمة الاتحادية العليا.

سابعاً: المراجع الإلكترونية

1- موقع شركة تسويق النفط(سومو) المتوفر على رابط التالي <https://www.somooil.gov.iq/>

2- مستقبل العلاقة بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان العراق، تقرير أعده
مركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية بمشاركة نخبة من الأكاديميين
والخبراء، متاح على موقع التالي <https://annabaa.org/arabic/reports/24683>.

ثامناً: المصادر باللغة الأجنبية

- 1- Dabla- Norris, E, and Wade, P, 2022, "The challenge of Decentralization in Transition Countries "IMF Working Paper, WP/02/103IMF, Washington.

تاسعاً: التقارير العلمية:

- 1- اللامركزية من أجل حكم الرشيد، تقرير التنمية البشرية في مصر، معهد التخطيط القومي، 2004، ص2.



الملخص

يعد المال عصب الحياة بالنسبة للإدارات المحلية، وعلى هذا الأساس فإن الإدارات المحلية لا تتمكن من سد وإشباع الحاجات المحلية والأنفاق عليها إلا إذا كانت تحت سيطرتها مالياً تستطيع التصرف فيه، وطبيعي كلما كانت هذه الإدارات تعتمد على الموارد في سد نفقاتها كان ذلك أكثر ضماناً لاستقلالها ويبعد عنها الرقابة الشديدة التي تمارسها الحكومة المركزية، ولا يعني هذا القول عدم الاعتماد على الحكومة المركزية، لأن الحكومة المركزية تقدم المنح والإعانات من مواردها بنسب عالية جداً، لذلك من المفترض أن يكون هناك تعاون وثيق بين الجهتين، وعلى الرغم من السلطات الواسعة التي منحها قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008) للإدارات المحلية للحصول على الموارد المالية وتنوع هذه الموارد، إلا أنها تواجه الكثير من المعوقات والصعوبات، وذلك لأن مواردها لم تعد تتناسب مع نفقاتها، لأكثر من سبب، منها متعلقة بالصياغة غير الدقيقة للقوانين المنظمة لهذه الموارد، ومنها متعلقة بالفساد المالي والإداري، مما يؤدي إلى هدر المال العام، إضافة إلى الأعباء الكثيرة التي تنوء بها في الوقت الحاضر، ومنها عدم التعاون بين الحكومة الاتحادية والإدارات المحلية في مسألة تنظيم وتحصيل الموارد، وعليه فإن جميع هذه الأسباب التي تضعف المؤسسات المالية وتعطي دور سلبي وفعال في بقاء حالة الجمود وضعف الإمكانيات وعدم القدرة على الأداء ولو بجزء يسير من الخدمات التي من المفروض أن تقدمها الإدارات المحلية.

پوخته

ژیدهرین دارایی دهیته ههژمارتن دهمارا ژيانا کارگیرین ناخویی، و لسهر فی بنهمایین کارگیرین ناخویی نهشین پیتفین خو بین ناخویی تیر بکن بتنی نهگهر ژیدهرین دارایی لبن دهسهلاتا وئ قه ههبن ویشین رهفتاری تیدا بکن، و چهند نهقان کهسان ژیدهرین دارایی بین بخو قه ههبن وپشت بهستنی لسهر قان داهاتا بکته بو پرکرا مزاحتین خو، پتر دئ گهرهنتیا سهربهخویا خو ونه کارتیکرن ژ چاقدیریا توند یا حوکمهتا نافندی کته، وئ قه وئ چندی نافههینیت کو پشت بهستن لسهر دهسهلاتا نافندی نههیتهکرن، ژ بهرکو دهسهلاتا نافندی پاداشت وهاریکاریان ژ ژیدهرین خویین دارایی وبریزهکا بلند پیشکیشی دام ودهزگههین ناخویی دکته، ژ بهر چهندیا پیدقیه ههماهنگیا بهیز دناقبهرا قان ههردوولا لایماندا ههبت.

سههرای وئ چندی کو یاسا پاریزگههین نه ریکخستی له ههریمی یا ژماره (21) ی سال (2008) دهسهلاتین بهرفره ههداینه دام ودهزگههین ناخویی ژ بو قه دهستهنینا داهاتین دارایی وهههه جور کرنا قان داهاتا، لی ئهف دام ودهزگهههش توشی گهلهک ئاستهنگا دین ژ بو کومکرنا داهاتین خویین دارایی، ژ بهر کو ئهف داهاته ناگونجن دگهل خهرجین وان، ژ بهر گهلهک ئهگهران، ژ وانا دارشتهکا نه هویر بین د نفیسینا وان تیکستین یاسابین ریکخستنا وان داهاتا دکن ههنه، ههبونا گهندهلیا دارایی وکارگیری بین کو دبنه نهگهری ژ دهسدانا داهاتی گشتی، سههرای ئاستهنگین توشی قان دام ودهزگههان دبن، وهکی نا هاریکاریکرنا دهسهلاتی نافندی د ریکخستن و وهرگرتنا قان داهاتاندا، ئهف نهگهر وئاستهنگه ههمی کارتیکرنی لسهر کاری قان دهزگههان دکته ودمینه راوهستیای وداهاتی وان یی دارایی کیم دبیت دبیته نهگهری نهپیشکیشکرنا خزمهتان بین کو پیدقیه پیشکیشبکن.

Abstract

Fund is critical for the local Administrations, and thus without fund under its control the local Administrations are incapable to satisfy the local needs. It is recognized that the availability of financial resources owned by the local administrations that they depend on in covering the local expenditures will give the administrations a greater independence and protect them from being affected by the severe control exercised by the central government. But this does not mean not relying on the central government, because this government provides significant grants and subsidies from its resources, so it is assumed that there will be close cooperation between this government and the local ones. Despite the wide powers granted by the Law of Governorates not Organized in a Region No. 21 of 2008 to local administrations in collecting its financial resources and diversifying them, but it faces many obstacles and difficulties, in collecting its financial resources due to the fact that these resources are no longer commensurate with local expenditures. There are several reasons behind this, including the inaccurate formulation of the laws regulating these resources, the financial and administrative corruption which leads to waste of public money and the lack of cooperation of the central government in organizing and collecting local resources. Accordingly, all these reasons and challenges affect the performance of local authorities and keep them in a state of stagnation with the continued contraction of its financial resources, which limits the ability of providing the services that should be provided.

الحالة الصحية بوصفها مانعا من موانع المسؤولية الجزائية(*)

د. مهدي نورالدين محمد(**)

مدرس في جامعة (قه لا)

مدير مكتب المعلومات في المديرية العامة للجنسية والجوازات والإقامة في إقليم

کردستان

دۆخی تهنروستی بهوشیوهی ریگریهکه له ریگریهکانی بهرپرسیاریهتی
تاوانکاری

د. مهدي نورالدين محمد

ماموستا له زانکوی قه لا

بهرپرسی نوسینگهی زانیاری له بهرپوهبهرايهتی رهگهزنامه وپاسهپورت ونیشینگه له

ههریمی کوردستان

The state of health as a contraindication of criminal liability

Dr. Mahdi Noureddine Muhammad

Lecturer at (Qa La) University

Director of the Information Office at the General Directorate of Nationality,
Passports and Residence in the Kurdistan Region

تاریخ قبول النشر: 2023/1/29.

(*) تاریخ استلام البحث: 2022/11/19.

(**) mahdi.n1981@gmail.com



الحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية

د. مهدي نورالدين محمد

مدرس في جامعة (قه لا)

مدير مكتب المعلومات في المديرية العامة للجنسية والجوازات

والإقامة في إقليم كردستان

الكلمات المفتاحية:

المسؤولية الجزائية - التشريعات الجنائية - أسباب موانع المسؤولية -
التدابير الاحترازية - الموانع - العقاب - الإكراه.

كليه ووشه:

بهرپرسياريهتي تاوانكارى - ياسا تاوانكاريهكان - هوكارهكانى
بهرپرسيا رنهوونى تاوانكارى - ريكاره خوپاريزيهكان - ريگريهكان -
سزا - زورليكردن.

key words: criminal liability - criminal legislation - reasons for impediments
to liability - precautionary measures - impediments - punishment
- coercion.

المقدمة

الأصل ان القانون يجرم الاعتداء على حق الإنسان في سلامة بدنه أو المساس بحالته الصحية، ولما يشكله هذا الحق من أهمية لدى المشرع الجنائي فلم يقتصر دوره على تجريم الأفعال التي تمس حقه في سلامة جسده والحفاظ على حالته الصحية، وإنما أتم هذا الدور فوازن بين مصلحتين متعارضتين من خلال عدم مساءلة الأشخاص جزائياً عما يرتكبه من أفعال مجرمة قانوناً في حالات محددة بنص قانوني، وذلك عندما تعتري حالتهم الصحية عوارض تؤدي إلى فقدهم التمييز أو حرية الاختيار، والتي هي أساس المسؤولية الجزائية، لذا نجد ان فلسفة المشرع الجنائي اتجهت إلى الاعتراف بالحالة الصحية للجاني بوصفها سبباً من أسباب موانع المسؤولية الجزائية، إذ يعد التمييز والإرادة مناط المسؤولية الجزائية في مختلف التشريعات المقارنة وان المشرع العراقي لم يحدد عن هذه القاعدة عندما أورد حالات موانع المسؤولية وهي (الجنون وعاهة العقل، والسكر أو التخدير غير الاختياري، والإكراه، والضرورة، وصغر السن) وذلك بالمواد (60 - 64) من

قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل، والأسئلة التي تثار في هذا الصدد، ماهي موانع المسؤولية الجزائية؟ وماهي طبيعتها القانونية؟ وماهي الآثار التي تترتب على تحقق مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية؟ وما اثرها على المسؤولية المدنية وجوداً وعدماً؟ وماهي الحالات التي تكون فيها الحالة الصحية للجاني سبباً من أسباب موانع المسؤولية الجزائية؟ هذا ما سنتناوله في موضوع بحثنا.

أهمية البحث:

تتركز أهمية البحث من خلال تطرقه:

- 1- لأثر الحالة الصحية على حتمية وقوع الجريمة.
- 2- أثر الحالة الصحية في تحديد الخطورة الإجرامية للجاني.
- 3- أثر الحالة الصحية في وجوب اتخاذ الإجراءات الخاصة بالجاني.
- 4- أثرها على المسؤولية المدنية.
- 5- أثرها في اتخاذ التدابير الاحترازية والعلاجية.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في الآتي:

- 1- مدى مواكبة التشريعات الجنائية للتطورات العلمية في تحديد العوارض التي تعتري الحالة الصحية للأشخاص بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية؟
- 2- بيان فيما إذا أورد المشرع الجنائي أسباب موانع المسؤولية الجنائية على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ ومدى إمكانية القاضي الجنائي من الاجتهاد والقياس والتوسع في تفسيرها؟
- 3- مدى اهتمام المشرع الجنائي العراقي بالحالة الصحية للأفراد وماهي الحالات التي تكون فيها الحالة الصحية مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية؟

منهجية البحث:

اقتضت ضرورة البحث العلمي اتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية لقانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل، والقوانين ذات الصلة بموضوع البحث.

خطة البحث:

الفرع الأول: ماهية موانع المسؤولية الجزائية.

الفرع الثاني: تطبيقات الحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية.
 الفرع الثالث: اثر موانع المسؤولية على التدابير الاحترازية والتدابير العلاجية.
 بدءاً لابد لنا من أن نتعرف على (ماهية موانع المسؤولية الجزائية وهذا ما سنتناوله في
 الفرع الأول، اما الفرع الثاني فخصصناه للحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية
 الجزائية مع تناول تطبيقات حول ذلك من خلال بيان الحالات التي تعتبر مانعاً من موانع
 المسؤولية الجزائية اما الفرع الثالث فقد خصصناه لأثر موانع المسؤولية على التدابير
 الاحترازية والتدابير العلاجية.

الفرع الأول

((ماهية موانع المسؤولية الجزائية))

لمعرفة ماهية موانع المسؤولية الجزائية لابد لنا أن نتعرف عن مفهوم هذه الموانع
 وبيان طبيعتها القانونية والآثار المترتبة على تحققها، وهذا ما سوف نتناوله في هذا الفرع
 ومن خلال ما يلي:

أولاً: تعريف موانع المسؤولية:

تعرف موانع المسؤولية بتعريفات عدة، فقد عرفها البعض بأنها (الحالات التي تتجرد
 فيها الإرادة من القيمة القانونية فلا يعتد بها القانون ولا تصلح محلاً للمسؤولية و)مانع
 المسؤولية لا يُسقط الركن المعنوي لأن الركن المعنوي لو انتفى لانتفت الجريمة بالكامل
 وفي حالة موانع المسؤولية الجريمة قائمة⁽¹⁾.

كما عرفها آخرون بأنها (هي الأسباب الشخصية التي تعترض الفاعل بالذات فتصيب
 إرادته وتعييها كالإكراه، أو تعدمها كالجنون، أو تنقصها كصغر السن)⁽²⁾.

ويمكن لنا من خلال ما تقدم أن نعرفها بأنها (تلك الأسباب الشخصية التي تفقد
 الشخص قدرته على التمييز والاختيار فتجعله غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية).
 وبما ان جوهر الركن المعنوي هو الإرادة الإجرامية ولا توصف الإرادة بذلك الا إذا

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1963، ص 608.

(2) د عبد الرحمن عباس ادعين، موانع المسؤولية الجزائية في القانون العقوبات العراقي، منشور على
 شبكة العالمية على الموقع <https://alsharqpaper.com/news.php?action=view&id=16293> وقت

الزيارة 01: 35 ظهراً بتاريخ 2022/3/7.

كانت ذات قيمة قانونية أي كانت جديرة بأن يعتد بها القانون فيسبغ عليها الوصف القانوني السابق ويقيم بها الركن المعنوي للجريمة، ولا تكون الإرادة ذات قيمة قانونية الا إذا توفرت لها شروط معينة فإن انتفت كلها أو بعضها تجردت الإرادة من هذه القيمة، وتوافر بذلك مانعاً من موانع المسؤولية وان شروط اعتداد القانون بالإرادة المعتبرة هي (التمييز وحرية الاختيار) فإن هذين الشرطين يعدان أساساً للمسؤولية الجزائية إذن لا بد أن نتعرف عن معنى هذا الأساس من خلال الآتي:

1- التمييز هو (المقدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الاثار التي من شأنه إحداثها) وهذه المقدرة تنصرف إلى ماديات الفعل فتتعلق بكيانه وعناصره وخصائصه، وتنصرف كذلك إلى اثاره من حيث ما تنطوي عليه من خطورة على المصلحة أو الحق الذي يحميه القانون.

2- حرية الاختيار وهي (مقدرة الجاني على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته، أي قدرته على دفع إرادته لوجهة بعينها من الوجهات المختلفة التي من الممكن أن يتخذها) وتتفني حرية الاختيار بنوعين من الأسباب فهي اما تكون أسباب خارجية كالإكراه وحالة الضرورة، واما أسباب داخلية كالعوارض التي تصيب الحالة العقلية أو النفسية.

ومن هنا يتبين إذا انتفى أحد هذين الشرطين أو كلاهما، تتجرد الإرادة من قيمتها القانونية وهنا تسقط المسؤولية الجزائية بسبب تحقق أحد موانع المسؤولية الجزائية، وعلى هذا النحو فإن مانع المسؤولية الجزائية يعني انتفاء التمييز أو حرية الاختيار أو كلاهما، ويتحقق الانتفاء بالنسبة للتمييز بحالة صغر السن وهو سبب طبيعي كونه يمثل مرحلة من مراحل حياة الإنسان التي يمر بها قبل أن تكتمل ملكاته الذهنية ببلوغه سن التمييز، اما حالة انتفاء حرية الاختيار فهي متحققة في حالات فقدان الإدراك بالجنون أو عاهة بالعقل أو الإكراه أو الضرورة أو حالة تناول مواد مسكرة أو مخدرة فإن جميع هذه الأسباب عارضة لأنها تقوم على خلاف الأصل في الإنسان لأنه بالأصل حر في الاختيار وعاقلة وسوي وغير مضطر لارتكاب فعل رغباً عنه، فإن علة مانعاً المسؤولية يقوم على فقد الإدراك والإرادة أي انها ترتبط بالركن المعنوي للجريمة.

وقد نظم قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل، موانع المسؤولية وذلك في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الأول تحت عنوان (المسؤولية الجزائية وموانعها) وتحديداً في المواد من (60 - 64)، ونلاحظ ان المشرع أورد هذه

الأسباب على سبيل الحصر ومن ثم لا يجوز أن يضيف الفقه أو القضاء سبباً جديداً، ولكن ينبغي ملاحظة في ما يتعلق بفقد الإدراك أو الإرادة ان المشرع العراقي استعمل عبارة رحبة تتسع بما يكشف عنه التقدم العلمي وهي ((أو لأي سبب آخر يقرر العلم انه يفقد الإدراك أو الإرادة...))، وهذا يعني ان كل ما يتوصل إليه العلم لأي سبب يفقد به الإنسان قدرته على الإدراك أو الإرادة أو كلاهما يصلح لأن يكون سبباً لامتناع المسؤولية الجزائية، ومن خلال دراسة وتحليل هذه النصوص القانونية يتبين ان المشرع العراقي لم يضع معياراً عاماً لموانع المسؤولية الجزائية بل نص على أسباب مختلفة وان هذه الأسباب تحيط بكل ما من شأنه فقد الإدراك أو حريه الاختيار أو كلاهما، إذا توفرت احدها امتنعت المسؤولية الجزائية، وبالرغم من اختلاف الآراء الفقيه الا ان ما ستقر عليه الفقه لا يمنع القضاء إلى اللجوء للتفسير أو القياس إذا تطلب الأمر لأن ذلك لا يؤدي إلى خرق مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ولكن لا يجوز التوسع إلى أكثر من ذلك، فلا يجوز اعتبار حالة ما من موانع المسؤولية الجزائية إذا لم تدخل تحت إحدى هذه الموانع التي نص عليها القانون.⁽¹⁾

ثانياً: الطبيعة القانونية لموانع المسؤولية:

تعد موانع المسؤولية الجزائية ذات (طبيعة شخصية) الأمر الذي يترتب عليه ان موانع المسؤولية يتسم بنطاق شخصي من اثره كونه يقتصر على من توافر مانعاً لديه ولا يمتد إلى سواه ممن ساهم معه في ارتكاب الجريمة، علماً أن توافر المانع لا يؤدي إلى زوال الصفة الجرمية عن الفعل وإنما يبقى الفعل جريمة وتنتفي مسؤولية مرتكبه وتمنع تبعاً لذلك معاقبته، إذن فهي ذات علاقه مباشرة بذات الجاني⁽²⁾، اما من حيث شروطها فهي ذات (طبيعة موضوعية) لكونها ترتبط ارتباطاً مباشر في (العلم والإرادة) وهما العناصر المكونة للركن المعنوي للجريمة بغض النظر عن شخصية الجاني.

ثالثاً: الأثر المترتب على تحقق موانع المسؤولية:

أن الأثر المترتب على تحقق أحد موانع المسؤولية هو إسقاط المسؤولية الجزائية عن الجاني الذي توافرت فيه إحدى الموانع، فإذا ما تحقق مانعاً من موانع المسؤولية فإنه

(1) سلطان الشاوي، مبادئ قانون العقوبات العراقي، العاتك للطباعة، القاهرة، ط2010 ص355.

(2) سلطان الشاوي، مصدر سابق، ص357

يجرد الإرادة من قيمتها القانونية مما يؤدي إلى اعتبارها غير موجودة في نظر المشرع، وبذلك يزول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجزائية وهي الإرادة المعتبرة قانوناً، وبما ان المسؤولية الجزائية قد زالت فالنتيجة الطبيعية زوال العقوبات تبعاً لها إذ لا عقوبة من غير مسؤولية، ولكي يحقق مانع المسؤولية مفعوله وينتج آثاره والتي تتمثل بإسقاط المسؤولية الجزائية يتعين أن يكون متحققاً أو متوافراً ((وقت ارتكاب الجاني لفعله)) وليس وقت تحقق النتيجة الإجرامية، أما إذا كان متوافراً قبل ارتكاب الفعل أو بعده فلا ينتج اثره وان كان له تأثير على إجراءات الدعوى الجزائية وإجراءات تنفيذ العقوبة، وذلك لأنه وقت ارتكاب الجاني للفعل الجرمي هو وقت توجيه إرادته إلى مخالفة القانون، والى هذه الإرادة ينصرف تأثير مانعاً المسؤولية مما يتطلب تعاصرها حتى يتحقق اثرها، ولكن هذا لا يمنع من اتخاذ تدابير احترازية إذا توافرت الخطورة الإجرامية لدى الجاني، كما ان مانعاً المسؤولية الجزائية لا يؤثر على المسؤولية المدنية فهي تبقى قائمة.⁽¹⁾

رابعاً: تمييز موانع المسؤولية عن أسباب الإباحة وموانع العقاب:

1- من حيث النص:

إن موانع المسؤولية الجزائية نص عليها المشرع في قانون العقوبات على سبيل الحصر وهي حالات الجنون والعاهة في العقل والسكر والتخدير غير الاختياري والإكراه وحالة الضرورة وصغر السن، وكذلك بالنسبة إلى أسباب الإباحة فهي أيضاً وردت في قانون العقوبات على سبيل الحصر في ثلاث حالات هي أداء الواجب واستعمال الحق والدفاع الشرعي، اما موانع العقاب فقد أوردها المشرع في حالات معينة لاعتبارات المنفعة الاجتماعية التي تحددها السياسة العقابية.

2- من حيث اثرها على النموذج القانوني:

ان النصوص القانونية التي نصت على موانع المسؤولية الجزائية تبدأ بعبارة لا يسأل جزائياً أي بمعنى ان الفعل يبقى يشكل جريمة ولكن الجاني يكون غير مسؤول جزائياً عندما تتعرض هذه الموانع مرتكب الفعل الجرمي فتجعل إرادته غير معتبره قانوناً بأن تجردها من الإدراك أو حرية الاختيار أو كلاهما، اما النصوص القانونية التي نصت على أسباب الإباحة فإنها تبدأ بعبارة لا جريمة أي بمعنى ان هذه الأسباب ترفع الصفة الجرمية

(1) سلطان الشاوي، المصدر نفسه، ص 357.

عن السلوك الذي يشكل جريمة وتجعله مشروعاً ومباحاً، أما النصوص القانونية التي نصت على موانع العقاب فإنها تبدأ بعبارة لا عقاب وبالتالي فإن الفعل الذي يرتكبه الجاني يبقى يشكل جريمة والجاني يكون مسؤولاً جنائياً عن هذا الفعل ولكن لوجود مانعاً من موانع العقاب التي أوردها المشرع فلا يعاقب الجاني⁽¹⁾.

3- من حيث اثرها على العقوبة:

يترتب على توافر مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية امتناع المسؤولية الجزائية للجاني وتبقى مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي تكون قد نشأت عن جرمته وجواز فرض التدابير الاحترازية بحقه إذا شكل إطلاق سراحه خطورة على المجتمع أما إذا توافر سبب من أسباب الإباحة فإن الجاني لا يتحمل المسؤولية الجزائية ولا المسؤولية المدنية ولا تفرض بحقه التدابير الاحترازية أما موانع العقاب فإن الجاني لا يحكم عليه بالبراءة وإنما بالإعفاء، وتبقى مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي تكون قد نشأت عن جرمته، والعدر المعفي من العقاب يمنع من الحكم على الجاني بأي عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية.

4- من حيث اثرها على المساهمين في ارتكاب الجريمة:

بما ان موانع المسؤولية الجزائية ذات طبيعة شخصية فإن اثرها ينصرف إلى من توافرت فيه إحدى هذه الموانع ولا يمتد تأثيرها إلى غيره ممن ساهم معه في ارتكاب الجريمة، أما أسباب الإباحة ذات الطبيعة الموضوعية فإن اثرها ينصرف إلى جميع من ساهم مع الجاني في ارتكاب الجريمة سواء كان فاعلاً أم شريكاً. أما بالنسبة لموانع العقاب فإن تأثيرها يقتصر على شخص من توافرت فيه ولا يستفيد منهم من ساهم معه في ارتكاب الجريمة سواء كان فاعلاً (فقط) أم شريكاً⁽²⁾. وهنا يثار تساؤل في ما إذا تحقق لدى الجاني سبب من أسباب الإباحة ومانعاً من موانع المسؤولية وقت ارتكابه للجريمة؟

ومن خلال ما ذهب إليه الاتجاه الفقهي بأنه ليس هنالك ما يحول دون أن يجتمع سبب الإباحة مع مانعاً من موانع المسؤولية لدى الجاني في نفس الوقت كما لو دافع مجنون عن نفسه أو غيره دفاعاً شرعياً فالجاني في هذه الحالة قد توافر لديه سبب للإباحة

(1) د. علي حسين الخلف ود سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بيروت 2015 ص - 325.

(2) د. علي حسين الخلف ود سلطان الشاوي، مصدر سابق - ص 330.

وهو حالة الدفاع الشرعي وحالة الجنون باعتبارها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية فلا يفرض العقاب عليه استناداً إلى السببين أعلاه ولو ان اقتناع القاضي بتوافر سبب الإباحة يجعله في غنى عن البحث عن مانعاً المسؤولية باعتبار ان البحث عن مانعاً المسؤولية بحث عسير كونه يتناول الحالة الصحية والنفسية للجاني.

الفرع الثاني

((تطبيقات الحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية))

نصت المادة (60) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل على: (لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً أو على غير علم منه بها، أو لأي سبب آخر يقرر العلم انه يفقد الإدراك أو الإرادة.....).

ومن خلال تحليل النص القانوني أعلاه نجد بأن المشرع اعتد بالحالة الصحية للجاني بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية في حالتين وهما تقسم إلى:

أولاً: الجنون والعاهة بالعقل:

يعرف الجنون بأنه ((كل ما يصيب العقل فيخرجه عن حالته الطبيعية، ويترتب عليه الفقدان الكلي للإدراك والإرادة أو أحدهما، سواء أكان ذلك خلقياً أم عارضاً))⁽¹⁾، والجنون اما أن يكون مؤقت متقطع أو مطبق دائم، ففي حالة الجنون المطبق الدائم فتمنع المسؤولية الجزائية عن الفاعل بشكل مطلق، اما في الحالة الأولى فيكون الفاعل غير مسؤول جزائياً عن الأفعال التي يرتكبها فقط في وقت إصابته بالجنون المؤقت اما في غير ذلك فهو مسؤول جزائياً.

اما العاهة العقلية فعرفت بأنها (كل مرض يؤثر في حالة المخ أو الجهاز العصبي بعد نموه نمواً طبيعياً عادياً، فيؤثر على وظيفتهما تأثيراً لا يصل إلى حد الجنون بمعناه المعروف طبيياً وإنما يشمل ملكة الإدراك عند الشخص بحيث لا يستطيع السيطرة على أفعاله بصورة دائمية أو مؤقتة).⁽²⁾

(1) د. حسن صادق المرصفاوي، الإجرام والعقاب في مصر، 1973، ص 191.

(2) سلطان الشاوي، مصدر سابق، ص 362.

وان تحديد حالات العاهة العقلية يقع على عاتق ذوي الاختصاص، سنتطرق إلى أكثر الحالات شيوعاً بوصفها عاهة عقلية وبيان أثرها على المسؤولية الجزائية للجاني:

1- الصرع: يكون على صورة نوبات يفقد خلالها المصاب شعوره وإرادته، بمعنى فقدته للإدراك وحرية الاختيار من خلال عدم استطاعته بالسيطرة على أعضاء جسمه وبالتالي في حالة ارتكابه للجريمة فإنه لا يسأل جزائياً، حيث نجد ان المشرع قد راعى الحالة الصحية للجاني بعدم مسألتته جزائياً.

2- الشيزوفرنيا (الفصام): وهي نوع من أنواع الهستيريا، إذ يعاني المصاب بها من ازدواج للشخصية بحيث لا يذكر وهو في إحدى الشخصيتين ما اقترفه من أفعال حينما كانت له الشخصية الأخرى.

3- الضعف العقلي: ويعني بها وقوف الملكات الذهنية في نموها دون النضج الطبيعي وهو على درجات أدناها العته، ثم البله، ومن ثم الحمق.

4- البارانويا أو جنون العقائد الوهمية: - وهي حالة أن يعاني المريض أفكار تتسلط عليه فلا يستطيع مقاومتها، كان يعتقد انه ضحية اضطهاد أو انه نبي أو انه يتقمص شخصية تاريخية معروفة، وهذا النوع من الجنون يدفع إلى ارتكاب الجرائم تحت تأثير الأفكار المتسلطة عليه.

ومن خلال ما تقدم ان الحالات التي سبق ذكرها إذا ما تسببت في فقدان الجاني لإدراكه أو حرية الاختيار لديه أو كلاهما وقت ارتكابه للجريمة فإنها تمنع من مسألتته جزائياً، اما إذا تسببت في ضعف الإدراك وحرية الاختيار لديه فإنها لا تمنع من مسألتته جزائياً وإنما تعد عذراً مخففاً للعقوبة، اما إذا لم يترتب على هذه العوارض أي تأثير على الإدراك أو حرية الاختيار لدى الجاني فإنه يبقى مسؤولاً جزائياً عما يرتكبه من أفعال مجرمة.

ومع ذلك فهناك صور تحتاج إلى تفصيل وهي حالة التنويم المغناطيسي وحالة الشخصية السيكوبانية وحالة اليقظة النومية وحالة الصم والبكم: --

أ-التنويم المغناطيسي: - وهو افتعال حالة نوم غير طبيعي⁽¹⁾، يتقبل فيها النائم الإيحاء من المنوم دون محاولة منه لتبريره أو إخضاعه للمنطق واما أن يكون من الدرجة اليسيرة

(1) Hypnosis and the Law - A Critical Review of Some Recent Proposals NCJ Number 95989 Journal Criminal Law Review Dated: (March 1983).p.152-157.

التي لا يسلب النائم كلياً قوة الشعور أي الإدراك ولا الإرادة، وبعكسه النوم العميق فهو يؤدي أن يفقد النائم الإدراك والإرادة كلياً مما ينفي مسؤوليته الجزائية.

ب- الشخصية السيكوبائية: - وهي شخصية شاذة في تكوينها النفسي غير ملتزمة مع المجتمع في قيمه ومعاييرها، يتمتع صاحبها بالإدراك المعتاد ولكن موضع الشذوذ لديه هو انحراف في الغرائز أو اختلال في العاطفة مما يؤدي إلى فساد القيم الاجتماعية التي تسيطر عليها، وهو أقرب إلى المعتوه من الناحية الأخلاقية ولكن شذوذه ليس أساسه نقص الإدراك بل التكوين النفسي غير الطبيعي لشخصيته مما يستوجب على القاضي فحص حالة المتهم للتحقق فيما إذا كانت تكشف عن عاهة في العقل فتمتنع المسؤولية أم انها لا تكشف عن ذلك فظل المسؤولية قائمة.⁽¹⁾

ج- حالة اليقظة النومية: وهي نوع من الأحلام تتميز بأن النائم فيها ينفذ بأعضاء جسمه ما يرد إليه من صور ذهنية، وهو لا يعي ما يفعل، ولا يذكر عند صحوة ما أقدم عليه من أفعال أثناء نومه، ان فقدان الوعي لدى الإنسان في هذه الحالة إنما يستتبع انعدام الاختيار والإدراك لديه مما يترتب عليه امتناع المسؤولية الجزائية لديه عن الأفعال التي قام بها أثناء يقظته النومية.

د- الصم والبكم: - قد يولد الإنسان أصماً أبكماً، أو قد يصاب بهما في سن مبكرة، أما لو أصيب بها في سن متأخرة، أو إذا أتاحت له فرصة الاستفادة من وسائل التعليم الحديثة على الرغم من إصابته بهما في سن مبكرة فلا يؤثران في الإدراك أو الإرادة بما يترتب عليه، ضرورة فحص كل حالة على حدة لتقدير نصيب صاحبها من التمييز.⁽²⁾

ومن خلال ما تقدم ان الحالات التي سبق ذكرها إذا ما تسببت في فقدان الجاني لإدراكه أو حرية الاختيار لديه أو كلاهما وقت ارتكابه للجريمة فإنها تمنع من مساءلته جزائياً، اما إذا تسببت في ضعف الإدراك وحرية الاختيار لديه فإنها لا تمنع من مساءلته جزائياً وإنما تعد عذراً مخففاً للعقوبة، اما إذا لم يترتب على هذه العوارض أي تأثير على إدراك أو حرية اختيار لدى الجاني فإنه يبقى مسؤولاً جزائياً عما يرتكبه من أفعال مجرمة، وان تقدير الحالة الصحية للجاني يكون بناءً على تقرير طبي صادر من جهة مختصة لبيان

(1) سلطان الشاوي، مصدر السابق، ص 365.

(2) محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص 623.

في ما إذا كان الجاني تعثره عارض من عوارض المسؤولية الجزائية وقت ارتكابه للفعل الجرمي، وبناءً على ذلك تقرر المحكمة على ضوء تقرير اللجنة الطبية ان الجاني غير مسؤول جزائياً من عدمه.

وعليه لا بد من توافر شروط لامتناع المسؤولية في حالة الجنون أو العاهة في العقل تتلخص بالآتي:

- أ - إصابة المتهم بجنون أو عاهة بالعقل.
- ب - أن يقضي ذلك إلى فقد المتهم للإدراك أو الإرادة.
- ج - معاصرة ذلك لارتكاب الفعل المكون للجريمة.

ومن خلال تحليل ما تقدم نجد ان المشرع قد راعى الحالة الصحية للجاني في حالة الجنون أو العاهة في العقل وقت ارتكاب الجريمة بعدها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية لما ينشأ عنهما من فقدان للإدراك والإرادة إلا ان الإصابة بالمرض العقلي ليست دليلاً بذاتها على الفقد إذا انه في حالة إذا تبين أثناء التحقيق أو المحاكمة ان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه لأصابته بعاهة في عقله أو اقتضى الأمر فحص حالته العقلية لتحديد مسؤوليته الجزائية فيوقف التحقيق أو المحاكمة بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة ويوضع تحت الحراسة في إحدى المؤسسات الصحية الحكومية المعدة للأمراض العقلية إذا كان متهماً بجريمة لا يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة. اما في الجرائم الأخرى فيوضع في مؤسسة صحية حكومية أو غير حكومية على نفقته بطلب ممن يمثله قانوناً أو على نفقة ذويه بكفالة شخص ضامن وتكلف هيئة طبية رسمية مختصة بفحصه وتقديم تقرير عن حالته العقلية.⁽¹⁾

أما إذا ثبت ان الفاعل كان غير متمتع بقواه العقلية ما ينجم عنه عدم قدرته على تمييز ماهية الفعل الذي قام به، وحيلولة إرادته دون وقوع الجريمة، وفي حالة ثبوت ان الفاعل كان غير متمتع بقواه العقلية وقت ارتكاب الجريمة بسبب المرض العقلي تحكم المحكمة بعدم مسؤوليته عن الجريمة بناءً على تقرير طبي صادر من جهة مختصة.⁽²⁾

(1) ينظر نص المادة (230) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل.

(2) إذ نصت المادة (232) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل على (إذا تبين من تقرير اللجنة الطبية ان المتهم غير مسؤول جزائياً لإصابته وقت ارتكاب الجريمة بعاهة في عقله فيقرر القاضي عدم مسؤوليته وتصدر المحكمة حكماً بعدم مسؤوليته مع اتخاذ أي إجراء ←

ثانياً: السكر أو التخدير غير الاختياري:

نصت المادة (60) من قانون العقوبات العراقي سابقة الذكر على: (لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً أو على غير علم منه بها، أو لأي سبب آخر يقرر العلم انه يفقد الإدراك أو الإرادة.....).

لم يحدد القانون تعريفاً للمواد المسكرة أو المخدرة إنما ترك هذا الأمر إلى الفقهاء وأحكام القضاء، وهذا مسلك حسن من لدن المشرع فقد لا يستطيع أن يضع نصاً شاملاً بحيث يلحق أو يواكب التطور العلمي السريع في هذا المجال وعموماً، وعليه يقصد بالمواد المسكرة أو المخدرة هي تلك المواد التي يؤدي تعاطيها إلى فقد الوعي للإسكار أو التخدير الذي تحدثه ولا عبرة بنوعها إذ يدخل في معناها المواد الكحولية كالخمور بأنواعها كما يدخل في المواد المخدرة الحشيش والأفيون والمورفين وغيره، ولا عبرة بوسيلة أخذها فقد يكون عن طريق الطعام أو الشراب أو الحقن أو الشم.⁽¹⁾

ويلزم لتحقيق مانعاً المسؤولية بسبب فقد الإدراك أو الإرادة لتناول مسكر أو مخدر أن تتحقق جملة من الشروط هي:

1- أن يكون المتهم قد تناول المواد المسكرة أو المخدرة قسراً أو من دون علم منه بها، ويقصد بالتناول قسراً هو أن يتناول الشخص المادة بالإكراه أي جبراً أو ما في حكم الإكراه كأن يكون قد تناولها كضرورة للعلاج، أما تناولها على غير علم منه هو أن يتناول تلك المواد وهو يجهل خواصها وبالتالي لا يعلم انها مسكرة أو مخدرة ستفقده وعيه.

أما تناول الجاني تلك المواد باختياره وبمحض إرادته وعلمه فهو يسأل عن الجريمة الواقعة في هذه الحالة ولو كانت ذات قصد خاص كما لو وقعت منه بغير تخدير وبالتالي لا تعد مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية.

2- يشترط لكي يعد السكر أو التخدير مانعاً للمسؤولية الجزائية، أن يؤدي إلى فقد

←

مناسب في تسليمه إلى أحد ذويه لقاء ضمان لبذل العناية الواجبة له).

(1) المحامية منال داود العكيدي، موانع المسؤولية الجنائية لتناول مواد مسكرة أو مخدرة / القانون العراقي، 2017، مقالة منشورة على شبكة الإنترنت <https://www.mohamah.net/law>، وقت الزيارة 12: 43 صباحاً، بتاريخ 2022/3/11.

الجاني للإدراك أو الإرادة وعليه إذا ترتب على السكر أو التخدير مجرد الانتقاص من الإدراك أو الإرادة فالمسؤولية لا تمتنع وإنما يعد ذلك عذر مخففاً للعقوبة.

3- أن يكون فقدان الإدراك أو الإرادة بسبب تناول مواد مسكرة أو مخدرة معاصراً لارتكاب الجريمة لكي ينتج اثره باعتباره مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية، أما إذا حصل فقد الإدراك أو الإرادة قبل ارتكاب الفعل المكون للجريمة أو بعده وكان الجاني يحتفظ بهما وقت ارتكاب لفعل فالمسؤولية لا تمتنع.

ومن الجدير بالذكر ان إثبات حالة السكر مسألة موضوعية خاضعة لتقدير المحكمة من غير رقابة عليها من محكمة التمييز.

أما بقية موانع للمسؤولية الجزائية التي أوردها المشرع في قانون العقوبات العراقي رقم (111 لسنة 1969 المعدل) والتي تتمثل بحالات (الإكراه، الضرورة، صغر السن) سنتناولها كما يلي:

1- الإكراه:

نصت المادة (62) من قانون العقوبات العراقي على (لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطيع دفعها)، والمقصود بالإكراه هنا هو عبارة عن قوة من شأنها أن تشل إرادة الشخص أو تقيدها إلى درجة كبيرة على أن يتصرف وفقاً لما يراه بسبب هذا الإكراه فهو كالجنون عارض نفسي يمنع المسؤولية الجنائية غير انه يختلف عنه في اثره إنما ينصب على الاختيار بينما اثر الجنون ينصب على الإدراك.

أنواع الإكراه:

1- الإكراه المادي: وهي (كل قوة مادية توجه إلى شخص لا يستطيع مقاومتها ومن شأنها أن تعدم اختياره وتؤدي به إلى ارتكاب الجريمة)، وتشمل ما إذا كانت القوة ناشئة عن إنسان أو حيوان أو من قبل الطبيعة ومن أجل أن ينتج الإكراه المادي اثره لابد أن تتوفر فيه أركان الأول أن يكون من الجسمامة بحيث يفقد الاختيار لدى الجاني تماماً، والثاني أن لا يكون في استطاعة الجاني توقع سبب الإكراه كي يعمل على تلافيه والا كان مسؤولاً، كمن يحسب شاهداً ويمنعه من تأدية شهادته أمام المحكمة.⁽¹⁾

2- الإكراه المعنوي: كل قوة معنوية توجه إلى شخص لا يستطيع مقاومتها من شأنها

(1) سلطان الشاوي، مصدر سابق، ص 371.

أن تضعف الإرادة لديه لدرجة يحرمها من الاختيار وتؤدي به إلى ارتكاب الجريمة، كما لو هدد شخص موظفاً بقتل ابنه في حالة عدم إرساء المناقصة عليه. ويتميز الإكراه المعنوي عن الإكراه المادي في الوسيلة، ففي الإكراه المعنوي تكون قوة معنوية كالتهديد اما في الإكراه المادي فتكون القوة مادية، إضافة إلى ان الأول لا يصدر الا عن إنسان عكس الثاني فيمكن أن يصدر عن الطبيعة أو الحيوان أيضاً⁽¹⁾.

شروط الإكراه:

- 1- وقوع الإكراه على المكره.
 - 2- ان يقضي ذلك إلى فقد المكره حرية الاختيار.
 - 3- معاصرة ذلك لارتكاب الجريمة.
- والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد، ماذا لو تحقق الإكراه على شخص مجنون أو معتوه أو كان تحت تأثير المواد المخدرة؟

للإجابة على هذا التساؤل ان الإكراه بنوعيه سواء كان ماديا أو معنويا يشترط لتحقيق أثره كمانعاً من موانع المسؤولية الجزائية أن يكون من الجسمامة بحيث يفقد حرية الاختيار لدى الجاني وان لا يكون في استطاعته توقع سبب الإكراه كي يعمل على تلافيه والا كان مسؤولاً جزائياً⁽²⁾، وبما ان المجنون والمعتوه والشخص الخاضع تحت تأثير التخدير يكون فاقداً للتمييز كونه غير مدرك ولا يعلم ماهية الفعل الذي يرتكبه وبالتالي فإنه يتمتع بمانع من موانع المسؤولية الجزائية ولا تأثير للإكراه على حرية الاختيار لكونها أساساً مفقودة لديه ولا يدرك سواء كان الفعل الذي ارتكبه يشكل جريمة من عدمه.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ ومن وجهة نظرنا بأن حالة الإكراه باعتبارها مانعاً من موانع المسؤولية لا تتعلق بالحالة الصحية للجاني، بحيث حتى لو كان الإكراه بالتهديد بإحداث أذى يمس شخص الجاني أو شخص تربطه علاقة قرابه به، فإن هذا التهديد هو (مستقبلي واحتمالي) قد يقع وقد لا يقع.

2- حالة الضرورة:

إذ نصت المادة (63) منه (لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة أُلجأته إليها ضرورة وقاية

(1) د. علي حسين الخلف ود سلطان الشاوي، المصدر السابق - ص 376

(2) Kenneth Einar Himma; <https://doi.org/10.1093/oso/9780198854937.003.0001>. P. 1-22. Last seen; 20.01.2023.

نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد إتقانه. ولا يعتبر في حالة ضرورة من أوجب القانون عليه مواجه ذلك الخطر). ويتبين بأن المقصود بحالة الضرورة، هو أن يجد الإنسان نفسه في ظروف تهدده بخطر لا سبيل إلى تلافيه الا بارتكاب جريمة⁽¹⁾، ومثال ذلك كمن يظهر عاريا في الطريق العام بسبب حصول حريق في منزله واضطراره إلى الخروج على هذه الحالة، وهذا التصرف يشكل جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء، ولتوفر حالة الضرورة بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية فإن الجاني لا يسأل جزائياً عن فعله⁽²⁾.

ولتتحقق حالة الضرورة لابد من توفر الشروط التالية:

- أ- وجود خطر جسيم.
- ب- أن يكون الخطر حال (محقق).
- ج- أن يكون الخطر مهددا النفس أو امال.
- د- أن لا يكون لإرادة الشخص دخل في حلول الخطر.
- هـ- أن لا يكون في استطاعة الشخص دفع الخطر بطريقة أخرى.
- و- أن يكون الفعل المرتكب متناسبا مع جسامه الخطر.

ومن خلال ما تقدم وتحليل نص المادة يتبين لنا بأن الجاني عندما ارتكب جريمته بضرورة ووقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم قد يهدد حقه في الحياة أو سلامة بدنه أو غيره، فإن حق الجاني في هاتين المصلحتين المحمية لم تمس بعد ولكن فلسفة المشرع ولأهمية المصلحة المحمية جعلته يعد ارتكاب الجاني لجريمة في حالة الضرورة من أجل وقاية نفسه في حقه بالحياة وسلامة بدنه قبل أن تمس أساسا (مانعاً من موانع المسؤولية).

3- صغر السن:

نصت المادة (64) من قانون العقوبات رقم (111 لسنة 1969) المعدل على (لا تقام

(1) د. علي حسين الخلف ود سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بيروت 2015، ص 381.

(2) State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments University of Heidelberg, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law and the University of Chile, March 2008 Marie Christine Hoelck Thjoernelund. A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 13, 2009, p. 423-480.

الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره، اما قانون رعاية الأحداث رقم (76 لسنة 1983) فقد نصت المادة (47) منه على: (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره)⁽¹⁾ وبما ان قانون الأحداث قانون خاص ووفقاً للقاعدة (الخاص يقيد العام) فإن سن امتناع المسؤولية الجزائية في العراق هو (9) سنوات.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ ان المشرع العراقي عد من لم يتم التاسعة من عمره لا إدراك له وبالتالي لا مسؤولية عليه، إذا يعد صغر السن سبباً طبيعياً كونه يمثل مرحلة من مراحل حياة الإنسان التي يمر بها قبل أن تكتمل ملكاته الذهنية ببلوغه سن التمييز، ويمنع من مسألة الصغير جزائياً قبل إتمامها تأسيساً على افتراض عدم إدراك الصغير لماهية العمل الإجرامي وعواقبه، وعلّة امتناع مسؤولية الصغير هي انتفاء التمييز لديه، ومع ذلك فإن امتناع المسؤولية الجزائية بسبب صغر السن لا يؤثر على المطالبة بتعويض الضرر الذي أصاب الغير بسبب فعل الصغير⁽²⁾، وبإمكان المتضرر أن يقيم الدعوى أمام المحكمة المدنية لاقتضاء التعويض من مال الصغير فإذا لم يكن له مال أو تعذر الحصول على التعويض من ماله جاز للمحكمة أن تلزم وليه أو الوصي عليه بمبلغ التعويض استناداً النص المادة (191) من القانون المدني العراقي.

الفرع الثالث

((التدابير الاحترازية والعلاجية لمن تعثره إحدى موانع المسؤولية الجزائية))

سنتناول في هذا الفرع النصوص القانونية التي أوردها المشرع العراقي في قوانين مختلفة كتدابير احترازية لمواجهة الخطورة الإجرامية للجاني الذي تعثره عارض من عوارض المسؤولية الجزائية وكذلك التدابير العلاجية له

(1) قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983.

(2) Professor Chris Cunneen, ARGUMENTS FOR RAISING THE MINIMUM AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY COMPARATIVE YOUTH PENALTY PROJECT RESEARCH REPORT Suggested citation: Cunneen, C. (2017) Arguments for Raising the Minimum Age of Criminal Responsibility, Research Report, Comparative Youth Penalty Project, University of New South Wales, Sydney. Available at <http://cypp.unsw.edu.au/node/146> School of Social Sciences University of New South Wales.

1- في قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983:

نصت المادة (10) على: ((تتكون الدور ومدارس التأهيل من: أولاً - دار الملاحظة - مكان معد لتوقيف الحدث بقرار من المحكمة أو السلطة المختصة ويجري فيها فحصه بدنيا وعقليا ودراسة شخصيته وسلوكه من قبل مكتب دراسة الشخصية تمهيدا لمحاكمته)).

وهنا نجد ان المشرع العراقي قد اهتم بالحالة الصحية والعقلية للحدث وذلك بتهيئة أماكن لتوقيف وتأهيل الأحداث والمعدة لتوقيفه من الجهات المختصة لغرض إجراء الفحص البدني والعقلي ودراسة شخصيته للوقوف على الحالة الصحية والعقلية للحدث في ما إذا كان يعتره عارض من عوارض المسؤولية الجزائية قبل إجراء محاكمته.

2- في قانون الصحة النفسية رقم 1 لسنة 2005:

نصت المادة (5) من القانون أعلاه على:

أولاً - تتولى اللجنة الفرعية المهام الآتية: -

أ - متابعة ومعالجة ورعاية المرضى من النزلاء والمودعين والمحجوزين في المستشفيات والوحدات النفسية والتقارير التي ترفعها إدارات المستشفيات واللجان الطبية النفسية العدلية بحقهم.

ب - دراسة الاعتراضات والشكاوى بشأن المرض من النزلاء والمودعين والمحجوزين وإحالتها إلى الجهات المعنية بما في ذلك المحاكم واللجان الطبية المختصة مشفوعة بتقرير مفصل عن القضية وراي لجنة المتابعة فيها.

ج - رفع تقارير إلى اللجنة الوطنية.

ثانياً: - للجنة استئناف قرارات اللجان الطبية النفسية العدلية كلما دعت الحاجة إلى

ذلك وفقاً لأحكام المادة 94 من قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981.

ثالثاً: - للجنة مخاطبة جميع الوزارات والجهات ذات العلاقة بجميع ما يتعلق بوضع

المرضى والمودعين والمحجوزين.

رابعاً: - تعقد اللجنة اجتماعاتها كل 15 خمسة عشر يوماً في الأقل بناء على دعوة من

رئيسها على أن تكون خارج أوقات الدوام الرسمي)).

من خلال تحليل النص أعلاه نجد ان المشرع اهتم بالحالة الصحية والنفسية للمرضى

المحجوزين والمودعين في المستشفيات والوحدات النفسية وتشكيل لجان طبية لمتابعة

حالتهم ورفع التقارير الخاصة بهم كونهم قيد التحقيق وهذا ما يخص موضوع بحثنا لبيان الأثر الموانع المسؤولية اما بالنسبة للنزلاء فهم قد صدرت أحكام قضائية سابقة بحقهم عن جرائم قد اقترفوها.

فيما نصت المادة (8) من قانون الصحة النفسية رقم 1 لسنة 2005 على:

أولاً - إذا وجدت اللجنة الطبية المتخصصة ان المريض يشكل خطراً على نفسه أو على غيره فلها أن توصي بإيداعه في وحدة طبية علاجية مغلقة لمدة أقصاها 30 ثلاثون يوماً على أن تعرض توصية اللجنة على قاضي التحقيق المختص خلال 72 اثنتين وسبعين ساعة لإصدار القرار بالموافقة على الإيداع بالمعالجة.

ثانياً: - إذا كانت حالة المريض المنصوص عليها في البند أولاً من هذه مادة تتطلب علاجاً طويلاً الأمد فللجنة التوصية بعلاجه لمدة 180 مئة وثمانين يوماً أو أقل قابلة للتجديد وتعرض توصياتها على قاضي التحقيق المختص خلال 7 سبعة أيام لإصدار قراره بالموافقة على الإيداع للمعالجة.

ثالثاً: - تبلغ قرارات قاضي التحقيق المختص المنصوص عليها في البندين أولاً وثانياً من هذه مادة حال صدورهما إلى الادعاء العام للمتابعة وفق القانون)).

من خلال تحليل النص أعلاه نجد بأن المشرع العراقي قد راعى الحالة الصحية للجاني وما قد تشكله من خطر على نفسه أو على أفراد المجتمع بوضعه تدبير احترازي وعلاجية في نفس الوقت وذلك من خلال توصية اللجنة الطبية المختصة بإيداعه في وحدة طبية علاجية مغلقة وحسب المدد المذكورة في النص أعلاه.

بينما نصت المادة(11)من قانون الصحة النفسية رقم 1 لسنة 2005 على:

أولاً: - تشكل لجنة طبية نفسية عدلية من ثلاثة أطباء اختصاصيين في الطب النفسي العدلي أو الطب النفسي يسميهم وزير الصحة لا تقل ممارسة كل منهم في هذا المجال عن ثلاث سنوات تتولى فحص المتهمين المحالين إليها لتقدير حالتهم النفسية ومسؤولياتهم الجنائية ومدى خطورتهم على أنفسهم وعلى المجتمع.

ثانياً: - إذا وجدت الجهات التي تتولى التحقيق أو المحاكمة في قضية متهم ضرورة فحص حالته النفسية بناء على اشتباه بإصابته باضطراب نفسي أو بناء على طلب المتهم أو ذويه أو محامي الدفاع أو الادعاء العام فيحال إلى اللجنة الطبية النفسية العدلية لفحصه ووضعه تحت المشاهدة والمراقبة الدقيقة وتقديم التقرير الطبي بحقه.

ثالثاً: - تتم إحالة المتهم المذكور في البند ثانياً من هذه مادة إلى اللجنة الطبية النفسية العدلية خلال مدة أقصاها 7 سبعة أيام وفق نموذج خاص مشفوع بملخص عن القضية المتهم بها وملابساتها وأية معلومات أو تقارير طبية أو اجتماعية عن حالته وتعطى نسخة من نموذج الإحالة للجنة الفرعية المنصوص عليها في مادة 4 من هذا القانون.

رابعاً: - يودع المريض المتهم المحال بموجب البندين ثانياً وثالثاً من هذه مادة في وحدة علاجية مغلقة تحت الإشراف الطبي النفسي ويعرض على اللجنة الطبية النفسية العدلية بشكل دوري لوضع تقرير عن حالته النفسية ومدى إدراكه لتصرفاته ومسؤولياته عنها خلال 30 ثلاثين يوماً قابلة للتجديد).

من خلال تحليل النص أعلاه يتبين بأن المشرع قد خول الجهات التي تتولى التحقيق في قضية متهم ما يشتبه بإصابته باضطراب نفسي أو بناء على طلب منه أو من يمثله قانوناً أو من قبل الادعاء العام بإحالته إلى لجنة طبية نفسية عدلية لتقرير حالته النفسية ومدى إدراكه لتصرفاته وما يشكله من خطورة سواء على نفسه أو على المجتمع وفي ما إذا كان مسؤول جزائياً من عدمه.

وتبعاً فقد نصت المادة 13 من قانون الصحة النفسية رقم 1 لسنة 2005 على:
أولاً - إذا قررت المحكمة بناء على تقرير اللجنة الطبية المنصوص عليها في مادة 12 من هذا القانون، ان المتهم غير مسؤول جزائياً وقت ارتكابه الجريمة تصدر المحكمة قراراً بحجزه في وحدة علاجية مغلقة إلى حين زوال خطورته.

ثانياً: - يخضع المريض المنصوص عليه في البند أولاً من هذه مادة إلى برنامج علاجي وتأهيلي لحين زوال خطورته تقدم خلاله تقارير دورية عن حالته إلى اللجنة الطبية النفسية العدلية.

ثالثاً: - لا يجوز للمحكمة المختصة إخراج المريض المنصوص عليه في البند أولاً من هذه مادة من المستشفى إلا بناء على تقرير طبي من اللجنة الطبية النفسية العدلية يؤيد زوال خطورته).

رابعاً: - للدعاء العام وللجنة الفرعية وذوي المريض المتهم استئناف قرار اللجنة الطبية النفسية العدلية لدى اللجنة الطبية النفسية الاستئنافية خلال 30 ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار.

من خلال تحليل هذا النص يتبين لنا إذا ما قررت المحكمة وبناءً على التقرير الصادر

من اللجنة الطبية المختصة ان المتهم ليس مسؤولاً جزائياً عن الجريمة فتصدر المحكمة قراراً بحجزه في وحدة علاجية مغلقة لغرض علاجه وتأهيله لحين زوال ما يشكله سلوكه من خطورة إجرامية.

اما المادة (19) من قانون الصحة النفسية رقم 1 لسنة 2005 فقد نصت على: ((للادعاء العام ولكل ذي شأن إذا وجد شخصا يتصرف تصرفات شاذة وغير مألوفة أو منافية للأخلاق أو الآداب العامة أو ان سلوكه يشكل خطراً على نفسه أو على المجتمع بما يوحي أي منها إصابته بمرض أو اضطراب نفسي أن يبادر إلى إخبار الشرطة لاتخاذ ما يلزم لعرضه على اللجنة الطبية النفسية العدلية المختصة للإصدار قرار طبي عدلي يوصي بحجزه في وحدة علاجية مغلقة للمدة التي تحددها اللجنة وبقرار من القاضي المختص إلى حين زوال أعراض المرض مع مراعاة أحكام مادة 7 من هذا القانون)).

من خلال تحليل نص المادة أعلاه نجد ان المشرع قد منح الادعاء العام وكل شخص له شأن إذا وجد أن تصرفات أحد الأشخاص شاذة أو منافية للأخلاق أو الآداب العامة وان سلوكه قد يشكل خطراً على نفسه أو على المجتمع نتيجة إصابته بمرض عقلي أو اضطراب نفسي أن يقوم بإخبار الشرطة لغرض عرضه على اللجنة الطبية المختصة لإصدار قرار طبي يوصي بحجزه في وحدة علاجية مغلقة لغرض تلقي العلاج والحد من خطورته لمدة تحددها اللجنة المختصة وبقرار من القاضي المختص لحين زوال أعراض المرض عنه.

الخاتمة

في ختام بحثنا عن الحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية، توصلنا جملة من الاستنتاجات والتوصيات يمكن تلخيصها بالآتي:
الاستنتاجات:

- 1- تبين ان الحالات التي أوردها المشرع العراقي باعتبارها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية لا تتعلق جميعها بالحالة الصحية للجاني وإنما يقتصر الأمر على حالة الجنون أو العاهة بالعقل أو تناول المواد المسكرة والمخدرة قسراً ومن غير علم بها.
- 2- بالرغم من صدور قانون العقوبات العراقي عام 1969، إلا انه واكب التطورات التي قد يكتشفها العلم في المستقبل والتي من شأنها أن تفقد الإنسان الإدراك أو الإرادة أو كلاهما وذلك من خلال إيراد عبارة رحبة تتسع لما يكشف عنه التقدم العلمي مستقبلاً وهي ((أو لأي سبب آخر يقرر العلم انه يفقد الإنسان الإدراك والإرادة)).
- 3- تبين ان المشرع العراقي أورد موانع المسؤولية الجزائية على سبيل الحصر، اما أسباب كل مانع من الموانع فقد جاءت على سبيل المثال، ولذلك فإنه الاتجاه الفقهي الراجح أجاز للقاضي القياس دون التوسع على أي عارض يفقد الإنسان إدراكه أو إرادته يدخل ضمن الأسباب التي أوردها المشرع كونها لا تشكل خرقاً لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات.
- 4- إن موانع المسؤولية الجزائية قد وردت في الكتاب الأول من قانون العقوبات العراقي الخاص بالمبادئ العامة وبالتالي يسري اثرها على كافة الجرائم التي يكون مرتكبها فاقداً لإدراكه أو إرادته أو كلاهما بسبب مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية.
- 5- إن العوارض التي تصيب الحالة الصحية للجنة تُعد مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية وهذا يتفق مع أهداف العقوبة، وذلك انه لا جدوى من معاقبة شخص تتنفي لديه حرية الاختيار والتمييز.

التوصيات:

- 1- نوصي المشرع العراقي بزيادة الاهتمام بالحالة الصحية للأفراد من خلال تعديل النصوص القانونية بما يواكب التطور العلمي وما يفرزه من حالات تؤثر في الإدراك وحرية الاختيار للأشخاص بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية.

2- نوصي بزيادة الاهتمام وتطوير قابليات الجهات الطبية المختصة بتقييم حالة الأفراد الصحية والعوارض التي تصيبها بما يواكب التطور العلمي الحاصل في دول العالم المتطور لتوفير الرعاية الصحية لمواجهة ما قد يشكله سلوكهم من خطورة إجرامية على أنفسهم أو على أفراد المجتمع من ناحية، ومن ناحية أخرى كون كلمة الفصل للقضاء تعتمد وبدرجة كبيرة على ما تقدمه هذه الجهات من تقارير طبية لكي يكون قرار القضاء محققاً للعدالة.



قائمة المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

أ- الكتب والمؤلفات:

- 1- سلطان الشاوي، مبادي قانون العقوبات العراقي، العاتك للطباعة، القاهرة، ط2010.
- 2- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1963.
- 3- د. حسن صادق المرصفاوي، الإجرام والعقاب في مصر، 1973.
- 4- د. علي حسين الخلف ود سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بيروت 2015.

ب- القوانين والداستاتير:

- 1- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.
- 2- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971
- 3- قانون رعاية الاحداث رقم 76 لسنة 1983.
- 4- قانون الصحة النفسية رقم 1 لسنة 2005.

ج- المواقع الإلكترونية:

- 1- د عبد الرحمن عباس ادعين، موانع المسؤولية الجزائية في القانون العقوبات العراقي، منشور على شبكة العالمية على الموقع <https://alsharqpaper.com/news.php?action=view&id=16293> وقت الزيارة 01: 35 ظهرا بتاريخ 2022/3/7.

- 2- المحامية منال داود العكيدي، موانع المسؤولية الجنائية لتناول مواد مسكروه أو مخدرة / القانون العراقي، 2017، مقالة منشورة على شبكة الإنترنت << <https://www.mohamah.net/law/%D9%85%D9%88%D8%A7%D9%86%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D8%A4%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D8%AA%D9%86%D8%A7%D9%88%D9%84-%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AF> >>

3- الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية /الهيئة العامة <https://www.hjc.iq/qview.1951/>

ثانياً: المصادر باللغة الإنجليزية

1. State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments University of Heidelberg, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law and the University of Chile, March 2008 Marie Christine Hoelck Thjoernelund. A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 13, 2009.
2. Hypnosis and the Law - A Critical Review of Some Recent Proposals NCJ Number 95989 Journal Criminal Law Review Dated: (March 1983). Kenneth Einar Himma
3. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198854937.003.0001>.
4. Professor Chris Cunneen, ARGUMENTS FOR RAISING THE MINIMUM AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY COMPARATIVE YOUTH PENALTY PROJECT RESEARCH REPORT Suggested citation: Cunneen, C. (2017) Arguments for Raising the Minimum Age of Criminal Responsibility, Research Report, Comparative Youth Penalty Project, University of New South Wales, Sydney. Available at: <http://cypp.unsw.edu.au/node/146> School of Social Sciences University of New South Wales.

الملخص

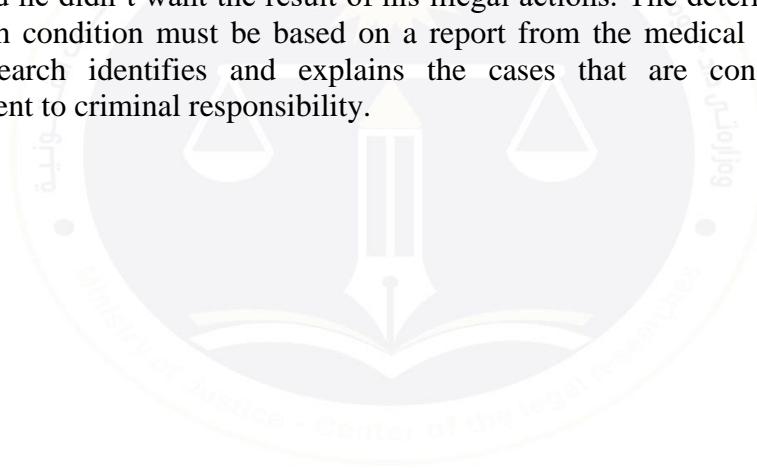
المسؤولية الجزائية والحالة الصحية لهما أهمية كبيرة في القرار القضائي، لذا فإن المشرع الجنائي اهتم بهذا الموضوع اهتماماً واسعاً وبشكل خاص في المواد (60 - 65) من قانون العقوبات العراقي. حيث اعتبر الحالة الصحية بوصفها مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية، لأنها قد تكون سبباً في فقد الإدراك والإرادة أو فقد حرية الاختيار عند المرتكب وقت ارتكابه للجريمة، وعلى اثر ذلك تمنع مسائلته جزائياً، لأنه لم تكن إرادته متجهة إلى إحداث النتيجة الجرمية. ويشترط في اعتبار الحالة الصحية مانعاً من موانع المسائلة الجزائية أن تكون مستندة إلى توصية من لجنة طبية مختصة. وقد خصصنا البحث للتطرق للحالات التي يعتد بها بوصفها مانعاً من موانع المسائلة الجزائية.

پوخته

بهرپرسياريهتي ياسايي و باري تهنروستي كاريگهريهكي زوريان هميه لهسهر برياري دادوهري، ياسادانهري تاوانكاري گرينگيهكي زوري بهو بابهته داوه بهتاييهت له ماددهكاني 60 تاوهكو 65 له ياساي سزاداني عراقي. ياسادانهري عراقي باري تهنروستي تاوانبار بهگرننگ داناوه چونكه هوكاريكه له هوكارهكاني ريگري كردن له بهرپرسياريهتي تاوانكاري، كاتيگ باري تهنروستي بيته هوي لهدهست داني بيرو هوش و هلبزاردن لهلايهن تاوانبار و نهتوانيت برياري دروست و نا دروست لهيهكتر جيا بكانهوه ناتوانريت لينچينهوهي ياسايي بهرامبهر بكريت لهبر نهوهي هوش و برياري هلبزاردن و چاك و خراب لهيهكتر جيا ناكاتهوه و نهويستوه نهو تاوانه نهجام بدات و نهو نهجامهشي نهويستوه كه بههوكاري تاوانهكه رويداوه بهلام پيوسته باري تهنروستي تاوانبار لهلان ليژنهي پزيشكي پسيور دياري بكريت، نهو تويزينهويه حالتهكاني لينچينهوهي ياسايي و ريگريهكاني شيدهكاتهوه.

Abstract

Criminal responsibilities and the health circumstance are significant for judicial decisions and the criminal legislator has paid wide attention to this subject, especially in Articles 60 to 65 of the Iraqi Penal Code. Therefore, the Iraqi legislator took the health condition seriously because it is one of the reasons for the impediments to criminal responsibility. If the health condition causes a loss of awareness and will, or a loss of freedom of choice for him at the time of committing the crime, it prevents him from being criminally accountable, because he has lost awareness and will did not tend to do the crime and he didn't want the result of his illegal actions. The determination of the health condition must be based on a report from the medical committee. This research identifies and explains the cases that are considered an impediment to criminal responsibility.







المقالات
وتاريخها كان

ARTICLES



آفاق نظام العدالة الجنائية

أ.د. واثبه داود السعدي⁽¹⁾

المستشارة القانونية وأستاذة القانون الجنائي
وعضوة محكمة جنابات الأحداث سابقا / بغداد

ناسوكاني سيستمى دادوهرى تاوانكارى

پ.د. واسبه داود سهعدى

راويزكارى ياسايبى وپسيپورى ياساى ياساى تاوانكارى وئهندامى پيشووى دادگاي
تاوانهكانى نهوجهوانان / بهغداد

Prospects for the criminal justice system

Mr. Dr. Wathba Dawood Al-Saadi

Legal advisor, professor of criminal law, and former member of the Juvenile
Criminal Court / Baghdad

(1) watheba@hotmail.com



آفاق نظام العدالة الجنائية

أ.د. واثبه داود السعدي

المستشارة القانونية وأستاذة القانون الجنائي
وعضوة محكمة جنابات الأحداث سابقا / بغداد

المقدمة

يهدف نظام العدالة الجنائية إلى إعادة التوازن الذي أخلت به الجريمة وذلك بملاحظة مرتكبي الجرائم والاقتصاص منهم وفق برامج علمية وخطط مدروسة نفذ بأيدي مختصين في مجال التتبع والتحقيق والمحاكمة وتقدير العقاب وتنفيذه في مؤسسات عقابية أو علاجية مغلقة أو مفتوحة حسب الحالة كما يضمن للمشتبه به أو المدان كل الحق في الحماية الإنسانية والاستجابة لما يطرحه من استفسارات ودفع. فالعدالة قيمة عليا على الدولة أن توفرها للجميع بغض النظر عن سلبية أو إيجابية الموقف المهم هو الوصول إلى الحقيقة لإعادة التوازن في المجتمع الذي أخلت به الجريمة وإعادة التوازن لا يتحقق بترجيح كفة على أخرى بل بالنظر إلى كفتي الميزان نظرة واحدة والنظرة العادلة هي التي تحقق التوازن الذي يحمي المجتمع من شرور الإجرام وتبعاته

المطلب الأول – المبادئ العامة للعدالة الجنائية

في التشريعات الداخلية.

يؤدي القانون الجنائي وظيفة في إطار الدستور، حيث يستوحي المشرع الجنائي منه المبادئ والقواعد التي تضمن صيانة المصالح العامة والخاصة في المجتمع. ومن هنا نجد بأن مسؤولية إقامة التوازن بين الحقوق والحريات الشخصية من جهة وبين المصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على النظام من جهة أخرى تقع على عاتق المشرع الجنائي، في حين يقوم القاضي الجنائي بدور الحارس الأمين لهذه الحقوق والحريات والمصالح وتقوم الأجهزة المساعدة التحقيقية والإدارية بتنفيذ ما يتطلبه القانون من كشف للحقيقة وتنفيذ للأحكام وتطبيق البرامج الإصلاحية.

ومن مجمل هذه السلسلة تشكل أجهزة العدالة الجنائية لذا فالعلاقة وثيقة بين

السياسة الجنائية بعناصرها والتي تمثل لنا الجانب النظري وبين أجهزة العدالة الجنائية التي تمثل لنا الجانب العملي الذي ينقل هذه السياسة من النظرية إلى التطبيق. أولاً - المعايير التي يجب أن تعتمدها السلطة التشريعية للوصول إلى نظام عدالة أفضل.

تمثل السلطة التشريعية الركيزة الأساسية لنظام العدالة الجنائية ولكي تنهض بمسؤولياتها في تحقيق العدالة عليها أن تعتمد المعايير التالية:

1. إن الدولة لم تعطي للمواطن حريته وحقوقه الشخصية وذلك لأن الإنسان ولد حراً وهذا المبدأ هو أول المبادئ المنصوص عليها في لائحة حقوق الإنسان والمستوحاة من الشريعة الإسلامية الغراء وأذكر هنا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً)، إذن الإنسان يولد حراً متمتعاً بحقه في الحرية.
2. إن الحرية ليست مطلقة وإنما نسبية حيث تنتقص من حرية كل شخص بما يوازي تمتع الشخص الآخر في الحرية ضمن مجتمع واحد.
3. إن الدولة هي التنظيم الرسمي الذي اختاره المجتمع بأفراده لينظم هذه الحقوق والحريات، وبما يكفل التنسيق والمواءمة بين حقوق وحرية كل مواطن وحقوق وحرية سائر المواطنين الآخرين في ظل نظام اجتماعي متكامل.
4. إن أفراد المجتمع جميعهم متساوون أمام القانون دون تمييز لأي سبب كان.
5. إن الإجرام ظاهرة اجتماعية لا يخلو منها أي مجتمع فهي ليست ظاهرة فردية لصيقة بإنسان معين أو بمجموعة من المجرمين بالقطرة.
6. إن الإنسان كل نتاج وفاعل في وضع سياسي واقتصادي واجتماعي معين.
7. إن الإصلاح وإعادة التأهيل للجاني خير من استئصاله.
8. إن العقوبة شخصية لا يجوز تطبيقها إلا على مرتكب الفعل الجرمي.
9. إن إشباع الحاجات الأساسية بصورة إنسانية يؤدي إلى تقليص ظاهرة الإجرام ويمثل وقاية عامة من الجريمة.

ثانياً - الالتزامات المفروضة على السلطة التشريعية.

1. حصر التجريم والعقاب بالسلطة التشريعية وذلك تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وهو من أهم المبادئ الدستورية والمستوحاة من الشريعة الإسلامية الغراء "1" لذا

يجب أن تقوم السلطة التشريعية بنفسها بسن نصوص التجريم والعقاب أو تخول جهة معينة بإكمال النص الذي أوردته على بياض على أن لا يصل التحويل إلى خلق جرائم وعقوبات.

2. يجب أن تصدر تشريعاتها واضحة بعيدة عن الغموض وأن وجد هناك غموض أن تلحق التفسير بقانون صادر عنها أو بتحويل لجهة ذات اختصاص بتفسير القانون.

3. يجب أن توضع قواعد التجريم والعقاب من أجل المستقبل. فلا يجوز لها أن تجرم أفعال وقعت قبل صدور القانون. فالأفراد يجب إحاطتهم علماً عن طريق التشريع بعدم مشروعية الفعل قبل ارتكابه وبالعقوبة المقررة له وهذا ما يسمى بقاعدة عدم رجعية القوانين العقابية على الماضي وهذا ما أخذت به أغلب التشريعات الدولية والعربية.

4 هذا وقد رسمت الدساتير كيفية إعلام الجمهور بالقانون وحددت تاريخ سريانه حيث بينت وجوب نشر القوانين في الجريدة الرسمية

ومنها من حددت سريان القانون من تاريخ نشره إن لم ينص القانون على خلاف ذلك ومنها من حددت مدة معينة لبدء سريانه.

5 يجب على السلطة التشريعية أن تكفل حق التقاضي للجميع وأن تكفل حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة.

6. يجب أن تكفل حق المتهم في أن يعامل معاملة إنسانية في الإجراءات القضائية والتحقيقية وتحرم المساس بكرامته وتحرم ممارسة أي نوع من أنواع الإكراه أو التعذيب النفسي أو الجسدي لإرغامه على الاعتراف.

7. أن تعتمد المبادئ الجنائية المستقرة كالمتهم بريء حتى تثبت إدانته، وأن الشك يفسر لصالح المتهم وأن لا يضار المعتبرض على الحكم باعتراضه وأن للعدالة أخطاؤها.

8 يجب أن تكفل حرية الشخص ولا تجيز حبسه أو توقيفه إلا في الحالات التي ترسمها بقانون.

9. يجب أن تكفل حرية الحياة الخاصة ولا تجيز دخول المنازل أو التفتيش أو الإطلاع على المراسلات إلا لضرورات تحقيق العدالة وبالحدود التي ترسمها بقانون.

10 يجب أن تراعي إمكانية التفريد العقابي والقضائي عند إدراجها للعقوبات بحيث تمكن القاضي من إصدار حكمه العادل في الواقعة آخذاً بنظر الاعتبار الظروف الشخصية والموضوعية عند تقدير العقوبة. إضافة إلى إقرارها لمبدأ نبتد العقوبات قصيرة الأمد

لتعارضها مع البرامج الإصلاحية، وذلك بإبدالها بعقوبات غير سالبة للحرية كالغرامة والعمل الإصلاحي والاختبار القضائي.

11. أن تعتمد في إقرار المسؤولية الجزائية على الوعي والإرادة والخطأ. فلا جريمة إن لم يكن هناك خطأ مقصود أو غير مقصود. ولا مسؤولية إن لم يكن الشخص قادراً ذاتياً وموضوعياً على الإدراك والتمييز.

12. إقرار عدم جواز معاقبة الجاني على الفعل الواحد أكثر من مرة كما لا يجوز أن يحاكم المتهم بالتهمة نفسها مرة أخرى بعد الإفراج عنه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة.

13. إقرار الإبطال للإجراءات الجزائية المخالفة للقانون.

14. يجب أن تكفل تعويض من صدر بحقه حكم غير عادل أضربه مادياً ومعنوياً.

15. يجب اعتماد مبدأ التقاضي على درجات وتتيح للمواطن الطعن في الحكم أمام المحكمة الأعلى درجة إن لم يقتنع بالحكم الصادر.

16. اعتماد الإسراع في إنجاز القضايا وعدم التسوية في إجراءات التقاضي.

17. اعتماد مبدأ علانية المحاكمة بالنسبة للكبار إلا أن ارتأت المحكمة لأسباب مقنعة إجراءها سرية على أن لا تشمل العلانية محاكمة الأحداث.

18. اعتماد الفصل بين أجهزة العدالة الجنائية للكبار وأجهزتها للأحداث وذلك بإنشاء شرطه خاصة بالأحداث ومكاتب خدمة اجتماعية ومحاكم خاصة بالأحداث ومؤسسات إصلاحية لمن يحكم منهم بتدابير سالبة للحرية ومكاتب رعاية لاحقة لإصدار الحكم وأخرى لاحقة لتنفيذه.

19. نقل إدارة المؤسسات العقابية والإصلاحية من وزارة الداخلية إلى وزارة العدل أو وزارة الشؤون الاجتماعية.

20. اعتماد مبدأ النقد القضائي لما لهذا المبدأ من أهمية في كشف الأسباب غير الاعتيادية التي تسببها جهات رسمية وغير رسمية وتؤدي إلى ارتكاب جريمة معينة وحدوث نتائج وخيمة فعلية التشخيص هذه من قبل المحكمة وجهاز التحقيق يلزم المحكمة بإرسال نسخة من قرارها إلى الجهة المسؤولة لمحاسبة المتسببين من ناحية ولتدارك الأسباب القائمة من ناحية ثانية مما يوفر وقاية من الإجرام ونتائجه الوخيمة.

المطلب الثاني – أجهزة العدالة الجنائية

من المتفق عليه أن الأجهزة الرسمية للعدالة الجنائية هي: -

1. الشرطة.
 2. النيابة العامة.
 3. المحاكم.
 4. المؤسسات العقابية.
- ومن الدول من تفرد للأحداث أجهزة خاصة بهم: -
1. شرطة الأحداث.
 2. النيابة العامة.
 3. محاكم الأحداث.
 4. المؤسسات الإصلاحية.

ومن الدول من تضم إلى أجهزة العدالة الجنائية أجهزة غير رسمية تطوعية من الجمعيات الشعبية والمحامين والمتخصصين في شؤون الخدمات الاجتماعية يقومون بدور التوجيه والرعاية اللاحقة لتنفيذ الحكم.

ويرى فريق من الفقهاء ضم المجني عليه أو المتضرر من الجريمة إلى أجهزة العدالة الجنائية باعتبار أنه صاحب الحق الأول في تحريك الدعوى وفي تقديم الأدلة والإسهام في كشف الجريمة، إلا أن هذا الاتجاه منتقد ويجد معارضة شديدة لأن المجني عليه هو من يجب أن يحقق نظام العدالة الجنائية العدالة له، فلا يمكن أن يعتبر جزءاً منها.

هذا وتختلف نظم وإدارة هذه الأجهزة باختلاف الأيديولوجية السياسية المطروحة في الدستور في بلد ما، وبالذات فيما يتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات فصلاً تاماً أو جزئياً أو اعتبار السلطات الثلاث مرافق من مرافق الدولة.

أولاً – في الدول التي تعتمد مبدأ الفصل بين السلطات

توزع أجهزة العدالة الجنائية على وزارات متعددة حيث تتبع الشرطة وزارة الداخلية وتتبع المحاكم والنيابة العامة وزارة العدل، وتتبع المؤسسات العقابية والإصلاحية وزارة الشؤون الاجتماعية. ويتسم نظام العدالة الجنائية في مثل هذه الأنظمة بالسماح التالية: -

1. وضوح دور الشرطة في مجال منع الجريمة والكشف عنها وتسليم الإجراءات الجزائية

للنيابة العامة خلال فترة زمنية محددة، قبل القبض والتفتيش والاتهام. حيث ينحصر دور الشرطة في التحري الأولي فقط. أما التحقيق فهو من اختصاص النيابة العامة حصراً.

2. حرية النيابة العامة في اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً طبقاً للقانون، فإن وجدت الأدلة كافية للإحالة أحالت المتهم على المحكمة، وإن وجدت أن الفعل لا يشكل جريمة أطلقت سراحه، وإن وجدت هناك ما يوجب الإسقاط كوفاة المشتبه به أو العفو أو التقادم أسقطت الدعوى، ولها أن تطلق سراح المتهم المحال إلى المحاكمة بكفالة أن كان لا يُخشى فراره وكان إطلاق سراحه لا يخل بالأمن والنظام العام.

3. تنوع المحاكم وتدرجها وإنشاء محكمة خاصة للرقابة على دستورية القوانين وبتقيد القضاء في مثل هذا النظام بالنظر في الواقعة المحالة إليه مع بياناتها وأدلتها وعدم جواز النظر في واقعه لم تحال إليه من النيابة العامة حتى وإن ظهرت أمامه من خلال نظره في الواقعة المنظورة، حيث عليه أن يحيلها إلى النيابة العامة للتحقيق فيها وإحالتها، عدا جرائم الجلسات حيث يحق له النظر فيها مباشرة.

ثانياً: النظم التي تقوم بتفويض الشرطة بقدر كبير من الصلاحيات والمهام، كالأنظمة الانجلوسكسونية.

تخول هذه النظم جهاز الشرطة بجزء كبير من مهام أجهزة العدالة الجنائية، حيث تقوم الشرطة بأعمال منع الجريمة وجمع الأدلة والتحري في القضايا الجنائية وتقديمها إلى المحاكم الجنائية، كما تخولها إدارة السجون والمؤسسات الإصلاحية والعقابية مما يوضح لنا الخلط بين السلطات فالشرطة التابعة لوزارة الداخلية تتدخل في صلاحيات النيابة العامة وهي صلاحيات قضائية وفي صلاحيات إدارة السجون والمؤسسات الإصلاحية وهي صلاحيات إدارية عدلية ومن سمات هذا النظام:

1- السلطات الواسعة لرجال الشرطة المسلحة وغير المسلحة في التوقيف والقبض والتفتيش وكافة إجراءات التحقيق والتقديم إلى المحاكمة، ففي بريطانيا مثلاً الشرطة هي صاحبة القرار في اتخاذ الإجراءات أو عدم اتخاذها بعد استشارة مدعي التاج وهي التي تقوم بإحالة القضايا إلى المحاكم الجنائية.

2- انحسار دور النيابة العامة، ودورها استشارياً للدولة وللأجهزة الأمنية.

3- إعطاء القضاء حق الإشراف على إجراءات الشرطة في جميع مراحلها مما يفقد

القاضي الاستقلال التام.

ثالثاً: الأنظمة المختلطة:

وفق هذا النظام تقسم الشرطة إلى شرطة إدارية تقوم بإجراءات منع الجريمة وأعمال الدوريات والإشراف على تطبيق القانون، والى شرطة قضائية تقوم بجمع الأدلة والتحريات الجنائية والقبض والتفتيش وتتبع فيئاً للنائب العام وتتبادل مع جهاز النيابة العامة المعلومات والقضايا بصورة متجانسة، ومن سمات هذا النظام:

- 1- قيام الشرطة القضائية بواجبات جمع الأدلة الجنائية بعيداً عن استعمال القوة التي تتميز بها عادة الشرطة الإدارية، وتتعامل مع مرتكبي الجرائم ومخالفين القوانين، وتصل مهامها إلى حد الفصل في المخالفات كما هو الحال في فرنسا.
- 2- جهاز النيابة العامة يكون أكثر انسجاماً مع الشرطة القضائية ويكون أكثر الماماً بما يجري في المراحل الأولية من إجراءات ضبط الجرائم وجمع الأدلة ويوكل إليه الأمر في نهاية التحقيق في إصدار القرار بالإحالة أو بالإفراج.
- 3- اعتماد مبدأ تنوع المحاكم وتدرجها وإنشاء محاكم تنظر في دستورية القوانين في الغالب.

المطلب الثالث

آفاق نظام العدالة الجنائية

إن تطور الحياة بكل جوانبها وتطور الاتجاهات الفكرية أبرز لنا حقيقة أن الإنسان لا يحتاج إلى الأمن الاجتماعي فقط بل أن حاجاته متطورة ومتجددة فهو بحاجة إلى أمن فكري يحقق له الاستقرار والتوازن النفسي ضد أخطار الجهل والمرض والبطالة، وهو بحاجة إلى أمن جنائي يأمن فيه ضد أي اعتداء على حياته وحياة أفراد أسرته ويحفظ أمواله وممتلكاته ويصون عرضه وكرامته، وهو بحاجة إلى امن بيئي يستطيع أن يحميه من أخطار التلوث وآثار الحروب، وبحاجة إلى أمن ثقافي يحمي فيه فكره ومعتقداته وموروثه الثقافي، وهو بحاجة إلى أمن اقتصادي يحمي فيه مصادر دخله وأمواله من جرائم النصب والاحتيال والتزوير والتزيف، هذا وبتنوع الحاجات الأمنية للإنسان تتنوع أساليب وطرق تحقيقها. وفي مدار البحث عن كيفية الوصول إلى ذلك ظهرت لنا مفاهيم جديدة في أفق الفقه الجنائي منها "الوقاية من الجريمة مسؤولية الجميع" و"الأمن مسؤولية

الجميع" و"الشرطة المجتمعية" و"المساهمة الجماهيرية في الوقوف أمام تفاقم الجريمة وفي تحقيق الإصلاح وإعادة التأهيل" و"التشريع هو الركيزة الأولى لإنجاح نظام العدالة الجنائية: و"دور القضاء الصالح وسبل تطويره".

الفرع الأول

تأثير المفاهيم الجديدة على دور الشرطة في العدالة الجنائية.

أولاً: في الميدان الداخلي:

في إطار هذه المفاهيم الجديدة سعت فرنسا في بداية الثمانينات إلى تطبيق مفهوم المسؤولية الجماعية لمواجهة الجريمة والتي من أهم سبل تحقيقها تطبيق مفهوم الأمن مسؤولية الجميع، وتتلخص التجربة الفرنسية في اعتماد مبدأ التقارب بين جهاز الشرطة والمواطنين، فاعتمدت استراتيجية شاملة حيث أنشأت مجالس وطنية متعددة للوقاية من الجريمة، شملت كافة الولايات الفرنسية، وتضم هذه المجالس نخبة من رجال الأمن والعدل والتربية والاجتماع والعلوم الجنائية وممثلي النوادي الشبابية والجمعيات الأهلية، وتعمل هذه المجالس تحت إشراف وزارة الداخلية. وتقوم بإعداد برامج خاصة للوقاية من الجريمة موجهة للمجتمع ككل وللطبقات المعرضة للجنوح بشكل رئيسي، وتتنوع هذه المجالس فمنها مجالس تعنى بشؤون الشباب العاطل عن العمل والشباب المتهرب من الدراسة والشباب المتخلف في الدراسة، ومنها مجالس تهتم بشكل أساسي في أسلوب تطوير المدن بتحسين السكن وإنشاء مشاريع وبرامج ومراقبة وعناية بالصحة البدنية والنفسية وبتنظيم أوقات الفراغ وتشجيع الرياضة بالتعاون مع القطاعات الأهلية والحكومية في حدود الولاية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تسعى هذه المجالس إلى إيجاد مكاتب وساطة ومكاتب عدالة، وتسعى هذه المكاتب إلى تثقيف وتوعية المواطنين في مختلف الأحياء بالقوانين والأنظمة وتبصيرهم بالإجراءات القضائية والإدارية المتبعة في النظام الجزائي. كما تقوم باستقبال ضحايا الإجرام ومساعدتهم وتبصيرهم بحقوقهم وبكيفية الحصول عليها كما وتقوم بالوساطة بين المتخاصمين ومحاولة إنهاء المشاكل العالقة بينهم لحل نزاعاتهم بدلاً من اللجوء إلى أقسام الشرطة مما يخفف الأعباء على الشرطة والقضاء ويحقق مصالحه. كما تخصص مكاتب العدالة هذه أيام معينة لاستقبال الأحداث الموضوعين تحت رقابة السلوك لمتابعة حالاتهم وتوجيههم وإعادة تأهيلهم. هذا ومن

الدول التي

اعتمدت مفهوم الأمن مسؤولية الجميع إضافة إلى فرنسا، اليابان، أستراليا، إنكلترا، فنلندا، هولندا، الولايات المتحدة الأمريكية.

إن تطبيق مفهوم المشاركة المجتمعية في حفظ الأمن يختلف حسب ثقافة كل مجتمع وظروفه الاجتماعية والاقتصادية، لذا فاعتماد سياسة المشاركة المجتمعية يتطلب الكثير من الجهد والعمل الجاد الذي لا يقتصر فقط على إعادة هيكلة الأجهزة الأمنية بل ينبغي أن يكون التغيير عاماً شاملاً للسياسات الأمنية والسياسات المجتمعية وتطوير كل مؤسسات المجتمع المدني لتكون الظهير القوي لأجهزة العدالة الجنائية في مهمتها في الكفاح ضد الجريمة وتحقيق العدالة وإصلاح المحكوم عليهم وإعادة دمجهم بالمجتمع وهذا يتطلب من السلطة التشريعية وضع أطر تنظيمية متكاملة لاستراتيجية أمنية شاملة تتضمن استحداث آليات عمل مناسبة وفاعلة للمشاركة المجتمعية كإنشاء مجالس وطنية وجمعيات أهلية ومراكز بحوث تهدف إلى حل المشكلات الاجتماعية ونشر الثقافة وتنمية الحس الأمني والشعور بالمسؤولية، بما يحقق أهداف الوقاية ومنع الجريمة وإصلاح رآب ما تصدع من علاقات اجتماعية وإعادة تأهيل من جنح عن السلوك السوي.

هذا ولنا بعض التجارب في الدول العربية ومن أبرزها تجربة شرطة دبي والتي تعتبر من التجارب الناجحة في إشراك المواطن بالمسؤولية الأمنية وذلك باعتمادها مبدأ أن خدمة المجتمع من المبادئ الأساسية لعمل جهاز الشرطة، وانطلاقاً من هذا المبدأ بدأت الشرطة في دبي بتقديم خدمات متنوعة للجمهور اجتماعية وثقافية وترفيهية، حيث أنشأت حضانة خاصة لرعاية أطفال السجينات في سجن النساء، وعقدت دورات تثقيفية وتعليمية، وأطلقت حملات توعية بأضرار التدخين وأضرار المخدرات، وأنشأت مكاتب للخدمة الاجتماعية في الأحياء التي تعاني من حدوث مشكلات وترتفع فيها نسبة الفقر والمرض والجهل وفتحت مدارس لمحو الأمية وتعليم الكبار، وسمحت للمعاقين بمزاولة الرياضة في نواديها، حتى وقامت بتعيين بعض المعاقين في مسلكها، وأنشأت دار جمعية الإمارات للموهوبين لرعاية الطلبة الموهوبين وتنمية قدراتهم وتشجيعهم على الإبداع، كما قامت بإنشاء عدد من المجالس المحلية الاستشارية والخدمية لتقوم بدراسة القضايا الأمنية التي تهم أهل الحي مثل مشكلات الشباب والمخدرات والمرور ووضع خطط للوقوف أمام هذه المشكلات وحلها. كل ذلك بهدف تفعيل التعاون بين الشرطة والجمهور وتحسين

صورة الشرطة لدى أفراد المجتمع وتحفيزهم على مساعدة الشرطة في ضبط السلوك القريب من الانحراف والسلوك المنحرف وضبط الخارجين عن القانون. ومن هنا نجد بأن أهم أفق من آفاق النظام الأمثل للعدالة الجنائية هو أفق الوقاية والمنع ويتحقق ذلك بوسائل عدة أهمها اعتماد مبدأ أن الأمن مسؤولية الجميع ورسم السياسة الوقائية في المجتمع على هذا الأساس وباعتماد الآليات المقترحة التالية:

1. إيجاد شرطة خاصة بالأحداث على مستوى عالي من الكفاءة والإعداد.
2. إيجاد مجالس وطنية وإقليمية ومحلية مستقلة للوقاية من الجريمة لها نظامها الإداري والمالي تعمل وفق نظم ولوائح تضع شروط الانتساب والعضوية.
3. إنشاء جمعيات أهلية من أهل الخبرة كجمعية مكافحة المخدرات وجمعية مكافحة جرائم الإنترنت، وجمعية رعاية وتوجيه الأحداث وجمعية أصدقاء المرور، وجمعية الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم والى ذلك من الجمعيات حسب الحاجة التي تقتضي الوضع الاجتماعي والأمني لكل دولة.
4. نشر الوعي لدى الجماهير بأهمية استراتيجية الأمن مسؤولية الجميع لتعميق الأسس التالية:

أ. الاقتناع بأن المساهمة مع الشرطة في تحقيق الأمن هي خدمة اجتماعية على المجتمع أن يقبلها ويساهم بها بكل فخر واعتزاز.

ب. أن تبني العلاقة بين الطرفين الشرطة وأفراد المجتمع على الثقة المتبادلة والوضوح بغية تحقيق الأهداف المشتركة في الوصول إلى مجتمع آمن.

ج. اعتماد مبدأ النقاش والحوار لدراسة الأوضاع والحالات ورسم السبل الكفيلة لحل المعضلات.

د. اعتماد التطوير والتحديث والتعليم المستمر للوصول إلى إقرار أفضل برامج الوقاية وأفضل سبل الرعاية اللاحقة في ميدان تبادل المعلومات بين وحدات البحوث الجنائية على المستوى الدولي والعربي.

ثانياً- في الميدان الدولي

من الأمور الهامة لتحقيق الوقاية من الجريمة ومنع ارتكابها تبادل المعلومات بين وحدات البحوث الجنائية على المستويين الدولي والإقليمي.

لذا اتفقت كافة الدول المنطوية تحت لواء الأمم المتحدة على ضرورة تبادل المعلومات الجنائية وخصصت أجهزة ومكاتب لذلك، فالمعلومات المتعلقة باكتشاف الجريمة وملاحقة الهاربين هي من اختصاص المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) بينما يقوم مكتب مكافحة الجريمة والعدالة الجنائية التابع للأمم المتحدة بمهمة الإشراف على تبادل المعلومات الجنائية الخاصة بمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين، وفي وقتنا الحالي أصبحت الجريمة بلا حدود ونتيجة التطور العلمي في مختلف وسائل الاتصال، البرية والبحرية والجوية والسلكية واللاسلكية والتكنولوجية والإنترنت ووسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة كل هذه الوسائل مثلما أدت إلى تطور وتقدم البشرية في كل المجالات أفرزت أنواع من الجرائم المتزايدة بشكل متواتر، حيث سقطت الحدود بين مكونات المنظومة الأرضية وأصبحت الجريمة بلا حدود مما دعا إلى ضرورة تبادل المعلومات بالطرق الرسمية وشبه الرسمية بين الدول بطرق مختلفة منها:

- 1- منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الانتربول) ومقرها باريس.
- 2- مكتب مكافحة الجريمة والعدالة الجنائية ومقرها فيينا.
- 3- معهد الأمم المتحدة للبحث الجنائي والاجتماعي ومقرها روما.
- 4- معاهد الأمم المتحدة الإقليمية لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين ومقرها (هلسنكي- طوكيو- سان جونس).
- 5- الجمعية الدولية لعلوم الإجرام.
- 6- الجمعية الدولية لعلوم ضحايا الجريمة.
- 7- الجمعية الدولية للقانون الجنائي.
- 8- ويعتبر التعاون العربي في مجال مكافحة الجريمة وتبادل المعلومات الجنائية المتمثل في مجلس وزراء الداخلية العرب، والمكتب العربي للشرطة الجنائية، وأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية تعتبر نموذجاً متقدماً لتبادل المعلومات الجنائية على المستوى العربي رغم عدم كفايته لا سيما وأن الدول العربية أصبحت الآن مفتوحة أمام العالم وغزتها أنماط من الجرائم الغريبة عن الثقافة العربية ومنها جرائم المخدرات وجرائم التخريب الاقتصادي والجرائم المنظمة والجرائم الإرهابية والجرائم الإلكترونية والمعلوماتية. مما يتطلب إيجاد تقنية عالية لتبادل المعلومات وللتعاون على المستوى العربي للوقوف أمام هذا الغزو الإجرامي للوطن العربي.

الفرع الثاني

تأثير المفاهيم الجديدة على دور القضاء في العدالة الجنائية

ما خلصنا إليه من مراجعة المعاهدات الدولية والاتفاقيات والمقررات الصادرة عن المؤتمرات الإقليمية الحكومية وغير الحكومية والإعلانات الصادرة، كإعلان القاهرة 2003، وإعلان ميلانو 1985، وإعلان بكين عام 1995، والميثاق العالمي للقضاة في تايوان عام 1999 والميثاق الأوروبي حول موقف القضاء في ستراسبورغ عام 1998 وإلى ما توصل إليه لقاء الخبراء العرب لمناقشة مبادئ القضاء الصالح وسبل تطويره الذي تم في عمان المملكة الأردنية الهاشمية تاريخ 25/24 أيلول 2005 استخلصنا المبادئ التالية لمقومات القضاء العادل والقضاء العادل هو من أهم أجهزة العدالة الجنائية:

1. استقلال القضاء.
2. الحياد.
3. النزاهة.
4. الكفاءة.
5. فعالية النظام القضائي.

اولا - الاستقلال - الحياد - النزاهة

هذا وارتأينا أن ندمج استقلال القضاء وحياده ونزاهته في فقرة واحدة، حيث لا يمكن تجزأت الكلام عن هذه المبادئ المترابطة فالقضاء العادل هو القضاء المستقل النزاهة الحيادي، وللوصول إلى مثل هذا القضاء هل يكفي النص عليه في الدستور؟ لو اطلعنا على أغلب الدساتير في العالم ومنها الدساتير العربية "2"، لوجدنا أغلبها إن لم تكن جميعها قد نصت في دساتيرها على استقلال القضاء، ولكن هل القضاء مستقل فعلاً في جميعها أو أغلبها؟ الجواب كلا فالعبرة ليست بالتشريع بل العبرة بالتطبيق والممارسة الحقيقية للنصوص، مع إقرارنا بأن التشريع هو الوسيلة الأكثر فعالية في عملية البناء القانوني والإقرار للمبادئ وتطويرها وفي الوقت الذي لا يأتي النص بالعموميات بل يأتي بمحتوى يضمن سلامة التطبيق إذ لا يكفي أن ينص الدستور على استقلال القضاء بل يجب أن يبين أن القضاء سلطة مستقلة من جميع النواحي الإدارية والمالية بحيث لا يتبع السلطة التنفيذية لا إدارياً ولا مالياً فتبعية القضاء بما فيه النيابة العامة إدارياً إلى وزير العدل

قد يؤثر في استقلاله وحياده وكذلك تبعته إلى السلطة التنفيذية مالياً يؤثر في استقلاله وحياده ونزاهته حيث يخشى سطوة السلطة على مركزه وامتيازاته وحتى استمراره في الخدمة أو في الدرجة نفسها أو في تخفيض هذه الدرجة أو ترقيتها كل ذلك يؤثر في القاضي أو عضو النيابة العامة تأثيراً سلبياً وعليه نرى ضرورة أن ينص الدستور على ما يلي:

1. إنشاء محكمة دستورية لضمان دستورية القوانين.
2. إنشاء مجلس قضاء أعلى يتولى إدارة شؤون الهيئات القضائية بما فيها النيابة العامة والإشراف عليها وترشيح رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية ورئيس وأعضاء محكمة التمييز ورئيس النيابة العامة ورئيس هيئة الإشراف القضائي العليا ويعرضها على مجلس النواب، كما ويقترح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية ويعرضها على مجلس النواب أيضاً للموافقة عليها. إن عرض الترشيحات والموازنة على مجلس النواب أمر هام جداً باعتبار أن هذا المجلس قد انتخبه الشعب وهو الممثل الحقيقي له.
3. أن ينص الدستور على حظر إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية.
4. أن يترك الدستور أمر تشكيل المحاكم الأدنى إلى قانون ينظم المحاكم ليحدد أنواعها ودرجاتها واختصاصاتها.

هذا ونجد من الأفضل للوصول إلى قضاء عادل أن نعتمد الولاية الممتدة للقضاء بعد إنهاء القضاة فترة زمنية محددة للتجربة فإن أثبتوا صلاحيتهم للقضاء ثبتوا للمدة المقررة للخدمة الطويلة

على أن يخضع القضاة في فترة ولايتهم لشروط الكفاءة وحسن الأداء والنزاهة والحياد لاستمرار ولايتهم ولترقيتهم وحصولهم على المكافآت والحوافز. إن الولاية الممتدة المشروطة بحسن الأداء لا تسمح بفصل القضاة إلا في حالة ثبوت ارتكابهم لأفعال جرمية، حيث أن نظام الترقية وحجبها والحوافز وحجبها يدفعهم إلى تحسين أدائهم. وفي كل الأحوال لا يجوز تخفيض راتب القاضي المقرر له بل يمكن تأخير ترفيعه إن لم يحسن الأداء. إن نظام الولاية الممتدة يكسب القاضي الخبرة والتمرس في القضاء وهذه الصفة لا يمكن تجاوزها للحصول على الحكم العادل. هذا ولضمان استقلال القضاء يجب أن يتمتع القضاة بالحصانة المقررة بموجب القانون لسمو شأن القضاء إلا في الجرائم المشهودة كما يجب أن يتمتع القضاة بالحماية اللازمة في ما يصدر عنه من أحكام

حتى وإن ثبت خطأ هذه الأحكام، إلا إذا كان الخطأ مقصوداً ولسبب غير مشروع كعدم النزاهة فهنا تتحقق مساءلة القاضي.

كما ويجب لتحقيق حياد القاضي أن نعتمد مبدأ عدم تضارب المصالح وبذلك يمنع على القاضي أو عضو النيابة العامة المشاركة في التحقيق أو المحاكمة في واقعة هو طرف فيها أو أحد أقربائه إلى الدرجة الرابعة، مما يحقق حياد القاضي وعدم تحيزه في إصدار القرار.

ولتحقق النزاهة يجب أن يصرح القاضي عن دخله وممتلكاته عند التعيين فمثل هذا التصريح يحمي القاضي من الانزلاق في هوة عدم النزاهة كما ويجب أن تخصص للقاضي رواتب مناسبة تؤمن له الحياة الكريمة، والسكن اللائق، بحيث لا يقع فريسة الإغراء المادي.

ثانياً- الكفاءة

يجب الاهتمام بوضع قوانين وقواعد وسياسات تعيين موضوعية لتعيين القضاة "3" نرى بأن الأسلوب التالي هو أفضل الأساليب في اختيار وتعيين القضاة:

1. أن يكون حاصلًا على شهادة في القانون من جامعة معترف بها كي نضمن تأهيله العلمي.

2. أن يتمتع بسمعة طيبة وضمير حي كي نضمن نزاهته وحياده.

3. أن لا يكون منتمياً إلى حزب سياسي كي نضمن نزاهته وحياده.

4. أن يقضي فترة معينة كأن تكون ثلاث سنوات في ممارسة المحاماة أو شغل أي وظيفة قانونية كي نضمن تأهيله المهني/العملي.

5. أن يتخرج من المعهد القضائي الخاص لإعداد القضاة علمياً ومهنياً وأخلاقياً لتولي القضاء.

ثالثاً- فعالية النظام القضائي:

يستمد النظام القضائي فعاليته من التشريع وقد أشرنا سابقاً إلى المبادئ التي يجب أن يلتزم بها المشرع للوصول إلى نظام عدالة أفضل ومنه الوصول إلى نظام قضائي فعال، ومنها:

1. إنشاء قضاء خاص ومتخصص للأحداث تحقيقاً ومحكمة.

2. قوانين ملائمة وواضحة تحدد مجريات التحقيق والمحاكمة وتوضح طرق الطعن

بالأحكام.

3. وضع عقوبات مناسبة لمن يحجز حرية المشتبه به ويتقاعس عن تقديمه للسلطة التحقيقية في المواعيد المقررة قانوناً.
4. وضع إجراءات تنفيذ عادلة وواضحة ومبسطة لتنفيذ الأحكام.
5. الإسراع في إجراءات التحقيق وإجراءات المحاكمة وعدم إطالتها بدون سبب "4.
6. تعويض ضحايا أخطاء العدالة.

الفرع الثالث - تأثير المفاهيم الجديدة على دور المؤسسات العقابية والإصلاحية في العدالة الجنائية

لم تعد أهداف العقوبة منحصرة بالإيلاء والردع العام والخاص، بل أصبحت أهدافها الإصلاح وإعادة التأهيل إضافة إلى الإيلاء والردع العام والخاص. ويتطور هذا المفهوم الفلسفي للعقاب تطورت الأفكار والدعوات لإحداث تغيير جذري للمؤسسات العقابية ابتداء من تسميتها وإدارتها ومؤسساتها وبرامجها. لذا كان لزاماً البدء بتغيير تسميتها إلى مؤسسات الإصلاح والتأهيل بدلاً من

المؤسسات العقابية. هذا وقد سارت أغلب الدول على هذا التغيير سواء شمل التغيير الاسم والمعنى والجوهر أم اقتصر على تغيير الاسم فقط.

ومن متطلبات النظرة الجديدة للإصلاح وإعادة التأهيل تغيير إدارة وتبعية هذه المؤسسات بنقلها من وزارة الداخلية إلى وزارة العدل أو إلى وزارة الشؤون الاجتماعية، فقد عملت دول متعددة ومنها دول عربية بهذه المناقلة وهناك دول نقلت الإدارة الفعلية إلى وزارة العدل أو إلى وزارة الشؤون الاجتماعية مستعينة بالشرطة المحلية التابعة لوزارة الداخلية في الجانب الأمني للمؤسسة فقط.

إن ما يهمنا هنا هو اعتماد أسس علمية ومنهجية تحقق بواسطتها أهداف العقوبة وحماية المجتمع من الإجرام، وأهم هذه الأسس:-

أولاً - ما يتعلق بالمنشآت

1. أن تكون المنشآت بالمستوى الإنساني اللائق في حيث توفير السكن بمستلزماته الصحية اللازمة للحياة والمعيشة الطبيعية للإنسان. مع الأخذ بنظر الاعتبار الطاقة الاستيعابية للمؤسسة المغلقة وشبه المغلقة.

2. الفصل النهائي بين المؤسسات الإصلاحية للبالغين عن المؤسسات الإصلاحية للأحداث.
 3. الفصل النهائي بين مؤسسات الإيداع المؤقت للتحقيق عن مؤسسات الإصلاح التي يودع فيها المحكوم عليهم لقضاء محكومياتهم.
 4. لفصل النهائي بين المؤسسات الإصلاحية للإناث والمؤسسات الإصلاحية للذكور.
 5. تقسيم المؤسسات الإصلاحية إلى مؤسسات مغلقة تنفذ فيها العقوبات السالبة للحرية ومؤسسات مفتوحة تنفذ بواسطتها العقوبة في المجال المفتوح.
 6. وجود مركز صحي في كل مبنى ومستشفى داخل المؤسسة المغلقة لعلاج الحالات الطارئة والتي لا تستدعي نقل المحكوم عليه إلى مستشفى متخصصة خارج المؤسسة.
 7. انتشار معاهد تعليم علمي ومهني داخل المؤسسة تشمل مكافحة الأمية، التعليم الابتدائي، التعليم الإعدادي والتعليم الثانوي، والتعليم المهني والتقني، وذلك لتأهيلهم للاندماج بالمجتمع عند إنهاء محكومياتهم والحصول على عمل شريف.
 8. إنشاء معامل وورش داخل المؤسسة لتدريب وتأهيل المودعين لكسب الخبرة ويدفع لهم بدل عملهم وإنتاجهم مما يساعدهم على إعالة أنفسهم ومساهماتهم في إعالة ذويهم مما يعزز في نفوسهم الشعور بالمسؤولية.
 9. إيجاد أسواق داخل المؤسسة تدار من قبل المحكوم عليهم ويتبضعون منها.
 10. إيجاد مكتبة داخل المؤسسة توفر فيها المطبوعات العلمية والأدبية والمسلية لتساهم في ثقافة المودعين وتمضية أوقات فراغهم بما يفيد.
 11. إيجاد صالة يقضي فيها المودعون أوقات فراغهم وتعزز صلتهم بالعالم الخارجي وذلك عن طريق الإعلام المرئي والمسموع والمكتوب المتوفر داخل الصالة.
 12. إيجاد ساحات لممارسة الرياضة البدنية داخل كل مبنى يمارس فيه المودعون الرياضة وتنظيم مباريات بين فصائلهم.
 13. إيجاد قاطع استقبال يستقبل المحكوم عليهم حال وصولهم لتصنيفهم.
- ثانياً - ما يتعلق بالبرامج الإصلاحية والتأهيلية
1. يقوم مكتب الاستقبال باستقبال المحكوم عليه ودراسته بملفه وبشخصه لفترة قصيرة لتقرير البرنامج الإصلاحي الأفضل لمثل حالته.

2. يرسل مكتب الاستقبال المحكوم عليهم بالجرائم الخطيرة إلى مبنى خاص بالجرائم الخطيرة وإرسال المحكوم عليهم بالجرائم البسيطة إلى مبنى خاص بالجرائم البسيطة.
3. يتم تصنيف المحكوم عليهم أ- حسب نوع الجريمة المرتكبة.
 - ب- حسب السوابق القضائية.
 - ج- حسب الخطورة الإجرامية المستشفة من ملفه ومن دراسة حالته.
 - د- حسب المستوى الثقافي.
 - هـ- حسب الفئة العمرية.
4. يتابع فريق من العاملين في مكتب الاستقبال بمتابعة الموعد في المؤسسة الإصلاحية ومدى جدية البرنامج المطبق بحقه ويرفع توصيات بذلك إلى إدارة المؤسسة وقاضي تنفيذ العقوبة إن وجد وإلى المدعي العام إن لم يوجد هناك قاضي تنفيذ العقوبة وتشمل التوصيات ما يلي: -
 - أ. حاجة الموعد إلى رعاية صحية خاصة بدنية أو نفسية أو عقلية.
 - ب. حاجة الموعد إلى انتظامه في التعليم بالمستوى اللازم / مكافحة امية / ابتدائي / إعدادي / ثانوي / مهني.
 - ج. حاجة الموعد إلى تأهيل مهني وعمل داخل المؤسسة في معاملها أو ورشها.
 - د. إمكانية انتظام الموعد بالدراسة الجامعية أو تأدية الامتحان بالدراسة بالانتساب في الحالات التي لا يخشى هروبه وبتعهد وكفالة.
 - هـ. إمكانية انتظام الموعد في العمل خارج المؤسسة في معامل ومزارع الدولة والقطاع المختلط إن كان لا يخشى هروبه وبتعهد وكفالة.
 - و. إمكانية خروج الموعد في إجازات عائلية إن كان لا يخشى هروبه وبتعهد وكفالة وبالذات في الحالات الإنسانية التي يتطلبها الترابط الأسري.
 - ز. إمكانية استفادة المحكوم عليه من الإفراج الشرطي بعد مضي المدة المطلوبة.
5. كما يقوم فريق من العاملين في المكتب بمساعدة إدارة المؤسسات في ضبط الزيارات الدورية لذوي المحكومين للمحكومين داخل المؤسسة.
6. كما يقوم المكتب بتزويد المحكوم عليهم بشهادة خبرة في المجال الفني والمهني الذي تدرّبوا عليه وبشهادة حسن سير وسلوك توثق من قاضي تنفيذ العقوبة ومن إدارة المؤسسة.

7. كما يقوم المكتب بمساعدة المفرج عنهم أو المنتهية مدة محكوميتهم بالحصول على عمل شريف إن أمكن وذلك بالتعاون مع مكتب الرعاية اللاحقة لتنفيذ الحكم.

ثالثاً - ما يتعلق بالبرامج الإصلاحية في المؤسسات المفتوحة

تقوم بالإشراف على هذه المؤسسات أجهزة متخصصة ومعدة في مجال الخدمة الاجتماعية والإصلاح لتطبيق البرامج على المحكوم عليهم بمراقبة السلوك أو الاختبار القضائي كما تقوم بمتابعة المفرج عنهم شرطياً، وإعداد التقارير بشأنهم ومدى نجاح التدبير المتخذ بحقهم؟ وهل هو بحاجة إلى إعادة نظر أم لا؟

وفي الختام أود أن أبين بأن الأيديولوجية السياسية لكل بلد تعكس نظام العدالة الجنائية فيه. لذا نجد بأن النظام السياسي الديمقراطي الحقيقي يكفل وجود مؤسسات سياسية فعالة على رأسها السلطة التشريعية المنتخبة، والقضاء المستقل والحكومة الخاضعة للمساءلة الدستورية والشعبية والأحزاب السياسية بمختلف تنوعاتها الفكرية والأيديولوجية.

الخلاصة

إن الأيديولوجية السياسية لكل بلد تعكس نظام العدالة الجنائية فيه، ولذا نجد أن النظام السياسي الديمقراطي الحقيقي يكفل وجود مؤسسات سياسية فعالة على رأسها السلطة السياسية المنتخبة والقضاء المستقل والحكومة الخاضعة للمساءلة الدستورية والشعبية.

فالسلطة التشريعية في مجالها الجنائي تمارس وظيفتها في إطار الدستور، إذ تستوحي منه المبادئ والقواعد التي تضمن صيانة المصالح العامة والخاصة في المجتمع. ومن هنا نجد بأن مسؤولية إقامة التوازن بين الحقوق والحريات الشخصية من جهة وبين المصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على النظام من جهة أخرى تقع على عاتق المشرع الجنائي في حين يقوم القاضي الجنائي بدور الحارس الأمين لهذه الحقوق والحريات والمصالح وتقوم الأجهزة المساعدة التحقيقية والإدارية بتنفيذ ما يتطلبه القانون من كشف للحقيقة وتنفيذ للأحكام وتطبيق للبرامج الإصلاحية. ومن مجمل هذه السلسلة تشكل أجهزة العدالة الجنائية، لذا نجد العلاقة وثيقة بين السياسة الجنائية بعناصرها والتي تمثل لنا الجانب النظري وبين أجهزة العدالة الجنائية التي تمثل لنا الجانب العملي الذي ينقل هذه السياسة من النظرية إلى التطبيق.

وبتطور الحياة بكل جوانبها وتطور الاتجاهات الفكرية ظهرت لنا مفاهيم جديدة في أفق الفقه الجنائي منها "الوقاية من الجريمة مسؤولية المجتمع" و"الشرطة المجتمعية" و"مساهمة الجمهور في الوقوف أمام تفاقم الجريمة وفي تحقيق الإصلاح وإعادة التأهيل" و"التشريع هو الركيزة الأولى لإنجاح نظام العدالة الجنائية" ودور القضاء الصالح وسبل تطويره لتحقيق العدالة"، وفي إطار المفاهيم الجديدة هذه عرضنا ما يلي:

- 1- المعايير التي يجب أن تعتمد عليها السلطة التشريعية للوصول إلى نظام عدالة أفضل. كما عرضنا الالتزامات المفروضة على السلطة التشريعية.
- 2- عرضنا الدور المجتمعي للشرطة ومساهمة المجتمع في تحقيق الوقاية من الجريمة ومنع ارتكابها وركزنا على التعاون الدولي والعربي في هذا الإطار وعرضنا تجربة الإمارات المتحدة/تجربة دبي.
- 3- عرضنا مقومات القضاء العادل باعتباره من أهم أجهزة العدالة الجنائية وأوصينا

بأن تنص الدساتير على الأسس الكفيلة بتحقيق استقلال القاضي ونزاهته وحياده، وكما أوصينا بأن تنص القوانين على الأساليب المفضلة لاختيار القاضي وتحديد ولايته ورسم الإطار الذي يمكنه من تحقيق العدالة. إذ أن نص الدستور بنصوص مجردة غير كاف كما هو عليه الحال في الدساتير العربية.

4- وفي إطار المؤسسات الإصلاحية حاولنا أن نوازن بين المفهوم الحديث للعقوبة وأهدافها وبين ما يتطلبه هذا المفهوم الجديد من تغيير أساسي في تسمية المؤسسات من مؤسسات عقابية إلى مؤسسات إصلاحية وتأهيلية، كما أوصينا بنقل تبعية إدارتها من وزارة الداخلية إلى وزارة العدل أو الشؤون الاجتماعية. كما بينا ضرورة تنوعها وتطويرها وتحديث برامجها الإصلاحية والتأهيلية بما يكفل تحقيق العدالة وإعادة دمج المحكوم عليهم بالمجتمع بعد انتهاء محكومياتهم. حيث أن تغيير التسميات بدون تغيير المضمون لا يكفي لإنجاح نظام العدالة الجنائية.

المصادر

- 1- سورة الإسراء بسم الله الرحمن الرحيم ""ومن اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذيين حتى نبعث رسولا"
- 2- وعلى سبيل المثال المادة 97 من الدستور الأردني والمادة 65 من الدستور المصري والمادة 104 من الدستور البحريني والمادتين 129 و130 من الدستور القطري والمادة 19 من الدستور العراقي.
- 3- وهذا يشمل الادعاء العام "النيابة العامة" لانهم قضاة أصلاً وهذا ما تسيير عليه أغلب الأنظمة القضائية ومنها العربية.
- 4- للمزيد من المعلومات انظر www.Arab rule of law.org
- 5- قانون إصلاح النظام القانوني في العراق 1975
- 6- الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الجنائية أ.د. واثبه داود السعدي بغداد 1989
- 7- الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والعقاب أ.د. واثبه داود السعدي



المادة (353) عقوبات بحريني بين الإبقاء والإلغاء

زياد علي عبدالغفار

أمين سر تنفيذي، مجلس النواب البحريني

مادهى (353) له ياساى سزادانى بهحرهينى له نىوان مانهوه
وههلوه شانوه هدا

زياد على عهبدولغهار

سكرتيرى جنيهجيكردن له نهجومهنى نوينهرانى بهحرهين

Article (353) of the Bahraini Benal code between dropping and existing

Zeyad ali Abdulghaffar

Executive Secretary, Bahraini Parliament



المادة 353 عقوبات بحريني بين الإبقاء والإلغاء

زياد علي عبدالغفار

أمين سر تنفيذي، مجلس النواب البحريني

تشير المادة 353 من قانون العقوبات بحريني عدة تساؤلات حول مدى أهميتها والجدوى المرجوة منها، ومدى إنصافها للضحية بما يحقق العدالة، ومدى تحقيقها للردع العام والردع الخاص كهدف للعقوبة الجنائية؛ وهذه المادة -وما شابهها من مواد تتعلق بزواج المعتصب بالضحية سترأ عليها وحفاظاً على سمعتها وشرفها- تعكس موضوعاً ليس بالهين، وقد عايشت هذا الموضوع سنين عدة، نظراً لعملي في اللجنة المختصة بدراسة قانون العقوبات، ومراجعتي اللغوية للبحث الذي سبق إعداده بواسطة الأستاذة حنان المضحكي في هذا الشأن، والموسوم بعنوان (تطبيق العذر المعفي في المادة 353 من قانون العقوبات البحريني على جرائم الاغتصاب الجنسي بين الفلسفة العقابية والواقع).⁽¹⁾

ولدراسة الموضوع باختصار، وإبداء الرأي فيه، نستهل الحديث باستعراض المادة محل النقاش، لمحاولة إدراك نمط تفكير المشرع وأسلوبه في تشريعها، وبيان الدافع الذي حدا به إلى تقنين الحكم الذي اشتملت عليه.

إن المادة 353 عقوبات بحريني تنص على أنه:

لا يُحكم بعقوبة ما على من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة إذا عُقد زواجٌ صحيح بينه وبين المجني عليها، فإذا كان قد صدر عليه حكم نهائي قبل عقد الزواج، يُوقف تنفيذه وتنتهي آثاره الجنائية.

وهذه المادة مرتبطة بالمواد التي قبلها، والتي وردت في الفصل الثاني (الاغتصاب والاعتداء على العرض) أي أن الحكم المبين فيها سيمتد في تأثيره إلى تطبيق المواد السابقة عليها في هذا الفصل.⁽²⁾

(1) بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، الصادرة عن مجلس النواب البحريني، العدد السادس.

(2) ومن ضمنها المادة 345 التي تنص على أنه:

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشرين سنة من واقع أنثى أتمت الرابعة عشرة ولم تتم السادسة عشرة برضاها.

فالسؤال هو: هل تخدم هذه المادة المجرم بجعله يُفلس من العقاب الذي ينتظره؟ في الواقع، إن المادة لا تتضمن إلزاماً للفتاة بالزواج من جلادها، فهي إنما تسمح لها بذلك، فالأمر محض رخصة وتقدير للضحية ولأهلها أيضاً، فالأمر يعود للضحية نفسها في تقدير مدى احتياجها إلى استغلال هذه الرخصة في صالحها، وما إذا كان الزواج محققاً

←

ويعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على عشر سنوات، من واقع أنثى أتمت السادسة عشرة ولم تتم الحادية والعشرين برضاها.

فهذه المادة مشمولة بحكم المادة 353 المتضمنة عدم تطبيق العقوبة في حال تم الزواج بين المجرم والضحية، ولكن سنتوقف قليلاً عند المادة 345 لتأمل سبب عدم الاعتداد برضا البنت التي لم تتم الحادية والعشرين، بجعل عقوبة موافقتها مساوية أو مقاربة لعقوبة جريمة الاغتصاب التي ذكرت في الفقرة الأولى من المادة 344 والتي تنص على أنه: يعاقب بالسجن المؤبد من واقع أنثى بغير رضاها.

فما الذي دفع المشرع إلى التسوية بين الأمرين؟؟ ولماذا لم يُفرد جريمة واقعة الأنثى دون الحادية والعشرين في تجريم مستقل وتحت تسمية مستقلة؟ على غرار أخذ مال بغير وجه حق، فإنها أحياناً تكون سرقة، وأحياناً احتيالاً، وأحياناً اختلاساً، وهكذا. فما الذي دفع المشرع إلى إدراج جريمة واقعة أنثى دون الحادية والعشرين برضاها ضمن جرائم الاغتصاب؟

أرى أن وجهة نظر المشرع أن الاغتصاب ينقسم إلى قسمين، الأول: اغتصاب مادي، وهو الذي يتبادر إلى الذهن عادة، وهو عبارة عن القهر والإكراه، والاعتصاب الجنسي هو واقعة الأنثى عنوة دون رضاها. والثاني: اغتصاب معنوي، وهو أن يقوم الجاني باستغلال قصور عقل الضحية، أو اللعب على مشاعرها، ما يجعله يتمكن منها ويحصل على ما يريد بشكل يشبه الإكراه والقهر ولكن على المشاعر والتفكير، وليس على الجسد.

ولكن سيبقى السؤال قائماً، ما هو وجه الصلة بين الاغتصاب المادي والاعتصاب المعنوي؟ أو بعبارة أدق: ما الذي جعلنا نعدُّ قدرة المجرم على إقناع ضحيته دون الحادية والعشرين على معاشرته اغتصاباً وليس جريمة أخرى؟

والجواب هو أن الاغتصاب سلب للإرادة، والإرادة تكون مادية جسدية، وتكون معنوية من ناحية الإقناع أو حتى التنويم المغناطيسي، ونظراً لصغر سن الضحية، وقلة تجربتها في الحياة، فإن عملية إقناعها سيكون سهلاً على المجرم. ولا يدفع هذا الأمر كون الفتاة هي من يتصل بالمجرم ويدعوه إلى ارتكاب الفعل المشين، لأن هذه الحالة لن تكون بادئ الأمر منها، وإنما بعد أن بدأ المجرم بالحديث معها وإقناعها به، وفي حال كان الأمر بادئاً من الفتاة فما زال المجرم له عقل يدرك الصواب من الخطأ، وله أن يرفض ويمتنع.

لمصلحة معتبرة لها ترتبط بتجاوز الآثار الفادحة للجريمة، فلها ألا تتزوج بالمجرم فيقع في شر فعلته وينال العقاب الذي يستحق، ولها أن تتزوجه إن كانت ظروفها ترغمها على ذلك، فقد تكون الضحية أسيرة ظروف اجتماعية صعبة، تتنوع بدورها بين مشاكل عائلية، أو ظروف مالية رديئة، فيكون زواجها على أي نحو كان أهون الضررين.

كما لا يمكن تزويج المجرم وسجنه في الوقت نفسه، حيث لن يتحقق الغرض الأهم من التزويج وهو الستر على الضحية، لأنه في السجن سيُسأل عن سبب عقوبته، وسيُعرف أنه قام باغتصاب الضحية، بما يسيء إليها وإلى أسرتها، فانتفت الحكمة من الزواج هنا. كذلك فإن تزويجه منها لن يُفرحها، فهو يعلم أنها فتاة مغتصبة، وإن كان هو المرتكب للجريمة، فهي في نظره ليست الفتاة التي يريد الزواج منها، وعليه فلن يكون زواجه منها مكسباً له، أو أمنية تحققت فيفرح بها، فزواجه منها هو نوع من العقوبة له أيضاً، لا سيما مع وضع الأعباء المالية المناسبة التي تحفظ للضحية حقها إذا ما تنصل لاحقاً من تلك الزيجة.


وعندما تتأمل نص المادة محل النقاش نرى فيها عبارة (عقد زواج صحيح)، وهذا ما يربطنا بقانون رقم 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة، وخاصة المادة 20 منه، والتي تنص على أنه:

لا تزوج الفتاة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة ميلادية إلا بإذن من المحكمة الشرعية بعد التحقق من ملاءمة الزواج.

فهذه المادة تشكل خط دفاع ثانٍ للضحية، حيث إن المحكمة الشرعية ستتكفل بالنظر في حال الفتاة وحال أهلها، ومدى كون زواجها من الجاني يصب في مصلحتها، كما للمحكمة كذلك أخذ الضمانات على الجاني بما يجعل زواجه منها أكثر جدية، لا أن يكون مجرد تملص من العقوبة.

في الختام نرى أن المشرع كان على بصيرة من أمره، وقد أحسن في وضع هذه المادة وصياغتها، مما يدفعنا إلى التمسك بالمادة والدعوة إلى الإبقاء عليها، وذلك تغليباً لمصلحة الضحية.





التعليق على الأحكام القضائية
كؤمئنتى نه حكامه كانى دادوهرى
The Commentary on Courts
Decisions



تعليق على قرار محكمة تمييز إقليم كردستان – العراق بخصوص اعتبارها تسجيل عقد المساطحة للتوثيق وليس للانعقاد

أ.م.د. هيو إبراهيم قادر الحيدري
كلية القانون/ جامعة صلاح الدين – أربيل

أولاً- نص القرار موضوع التعليق:

جاء في قرار محكمة تمييز إقليم كردستان – العراق، رقم (58/الهيئة العامة المدنية/2011) في 2012/2/27، أن ((عقد المساطحة ينعقد بمجرد اتفاق إرادة طرفي العقد وينتقل الحق من صاحبه إلى المتعاقد الآخر من تأريخ الاتفاق أما التسجيل بدائرة التسجيل العقاري فليس ركناً في العقد وإنما هو لغرض توثيق العقد وعلى هذا استقر القضاء... والشكلية هي لغرض الاحتجاج بالعقد على الغير فالعقد غير المسجل ينتج آثاره بالنسبة للمتعاقدين...)).

ثانياً- الوقائع والطلبات والقرارات المتخذة:

تتمثل وقائع القضية في قيام المدعى عليه (وزارة البلديات صاحبة الأرض) بفسخ عقد المساطحة دون أي مسوغ قانوني أو إنذار مما ألحق أضراراً بالمدعي (المساطح) لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بإلزامه بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن فسخ عقد المساطحة.

بنتيجة المرافعة الحضورية العلنية أصدرت محكمة بداءة أربيل حكماً قابلاً للاستئناف والتمييز يقضي بإلزام المدعى عليه بتأدية مبلغ التعويض المقدر للمدعي عن الأضرار اللاحقة به بسبب فسخ عقد المساطحة.

ثم نقض الحكم بموجب القرار التمييزي رقم (164/الهيئة المدنية/2010) للأسباب الواردة فيها بتاريخ 2010/5/4. واتباعاً للقرار التمييزي أصدرت محكمة بداءة أربيل في 2020/6/15 وفي نفس الدعوى البدائية المرقمة (677/ب/2008) حكماً حضورياً قابلاً

للاستئناف والتمييز يقضي برد دعوى المدعي.

وبعد الطعن الاستئنافي في الحكم، أصدرت محكمة استئناف منطقة أربيل بصفتها الأصلية بتاريخ 2010/11/9 وفي الدعوى المرقمة (112/س/2010) حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي بفسخ الحكم البدائي المرقم (677/ب/2008) في 2010/6/15 والصادر من محكمة بداءة أربيل فسخاً كلياً وإلزام المستأنف عليه بدفع مبلغ التعويض المقدر إلى المستأنف عن الأضرار اللاحقة به بسبب فسخ عقد المساطحة.

لاحقاً نقض الحكم المذكور بموجب القرار التمييزي رقم (5/الهيئة المدنية الاستئنافية/2011) في 2011/2/1 للأسباب الواردة فيها. ولجريان المرافعة الحضورية أصدرت محكمة استئناف منطقة أربيل بصفتها الأصلية حكماً قابلاً للتمييز يقضي بالإصرار على قرارها المنقوض سابقاً تماشياً مع الاستقرار القضائي بهذا الاتجاه في العراق وإقليم كردستان - العراق في العديد من القرارات. وبما أن الحكم البدائي المستأنف في قضائه قد سار باتجاه مغاير ولعدم قناعة عضو الادعاء العام بالحكم المذكور بادر إلى تمييزه بموجب لائحته التمييزية في 2011/5/25 طلب فيها نقضه للأسباب الواردة فيها.

ثالثاً- قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، موضوع التعليق:

قضت محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، في قرارها رقم (58/الهيئة العامة المدنية/2011) في 2012/2/27، بإلزام المستأنف عليه (المدعى عليه) بتأدية مبلغ التعويض المقدر إلى المستأنف (المدعي) عن الأضرار التي لحقت به نتيجة فسخ عقد المساطحة واستندت في حكمها إلى التسبب الآتي: ((إن عقد المساطحة ينعقد بمجرد اتفاق إرادة طرفي العقد وينتقل الحق من صاحبه إلى المتعاقد الآخر من تاريخ الاتفاق أما التسجيل بدائرة التسجيل العقاري فليس ركناً في العقد وإنما هو لغرض توثيق العقد وعلى هذا استقر القضاء... والشكلية هي لغرض الاحتجاج بالعقد على الغير فالعقد غير المسجل ينتج آثاره بالنسبة للمتعاقدين، عليه كان المستأنف يستحق التعويض عن الأضرار التي لحقت به...)).

رابعاً- التعليق على القرار المذكور:

يلاحظ على نص القرار المذكور لمحكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، أنها صرحت بما يأتي:

1- تسجيل اتفاق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري هو لغرض توثيق العقد، ومن ثم لا يعد عقد المساطحة غير المسجل باطلاً.

2- استقر القضاء في إقليم كردستان - العراق على اعتبار تسجيل اتفاق المساطحة هو لغرض التوثيق وليس لانعقاد العقد.
3- غرض الشكلية هو للاحتجاج بالعقد على الغير، ومن ثم فإن العقد غير المسجل ينتج آثاره بالنسبة للمتعاقدين.

وفيما يلي نبين تعليقنا وأهم ملاحظتنا على ما جاء في القرار المذكور:

الملاحظة الأولى: تسجيل اتفاق المساطحة هو لانعقاد وليس للتوثيق:

أدت صياغة نص المادة (2/1266) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 إلى انقسام الفقه والقضاء على اتجاهين، اتجاه يقول بأن التسجيل هو للتوثيق، مقابل اتجاه آخر يقول بأن التسجيل هو لانعقاد، وبدورنا نؤيد الاتجاه الثاني، إذ نؤكد على أن وجوب تسجيل عقد المساطحة في القانون العراقي هو لانعقاد وليس للتوثيق، وذلك بناءً على المبررات الآتية:

1- لم تصرح المادة (2/1266) من القانون المدني العراقي بأن التسجيل هو للتوثيق والإثبات، صحيح أنه لم يصرح بأن التسجيل هو لانعقاد، ولكن الثابت من تتبع ومراجعة القوانين العراقية، أن المشرع العراقي لم يستخدم كلمة (التسجيل) للإثبات، أي أنه لم يصرح في أي قانون آخر بأن التسجيل هو للتوثيق والإثبات. وبعبارة أخرى فإن لفظ الكتابة يستخدم للتوثيق والإثبات بخلاف لفظ التسجيل الذي يستخدم لانعقاد، إذ يلاحظ أن المشرع العراقي قد استخدم كلمة (الكتابة) للإثبات، ومنها ما نصت عليه المادة (711) من القانون المدني العراقي، من أنه ((لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي)). فهذا النص يقر بأن كتابة الصلح هي للتوثيق والإثبات وليس لانعقاد. وإذا أخذنا بنظر الاعتبار أن المشرع العراقي أوجب التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وليس دائرة الكاتب العدل، فإن التوثيق والإثبات يكون في دائرة الكاتب العدل وليس في دائرة التسجيل العقاري، كما أقرت المادة (15/ثالثاً) من قانون الكتاب العدول العراقي رقم (33) لسنة 1998، بعدم جواز قيام الكاتب العدل بتنظيم أو توثيق العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية أو أي تصرف آخر يفرض القانون لانعقاده شكلاً معيناً.

2- لا شك أن التسجيل في ذاته شكلية معينة فرضها القانون بحكم المادة (2/1266) من القانون المدني العراقي، وتتمثل هذه الشكلية في التسجيل وهو عملية التدوين في سجلات معينة وفقاً للإجراءات المرسومة قانوناً، وبدلالة المادة (1/90) من القانون المدني العراقي،

والتي تقضي بأنه ((إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك))، فإن القاعدة في القانون المدني العراقي أن شكل العقد هو للانعقاد وليس للإثبات، عليه لا ينعقد عقد المساطحة إلا باستيفاء شكلية التسجيل، ويترتب على تخلفها بطلان العقد استناداً لحكم المادة (3/137) من القانون المذكور.

3- استناداً إلى نص المادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971، والتي تقضي بأنه ((لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)). وقد أقرت المادة (1/3) من القانون المذكور بأن ((التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة))، ووفقاً لنص المادة (1/68) من القانون المدني العراقي، فإن حق المساطحة من الحقوق العينية الأصلية، ومن ثم فإن التصرف المنشئ له يعد تصرفاً عقارياً لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، واستناداً لحكم المادة (2) من القانون المدني العراقي، فإنه ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)).

4- بموجب حكم المادة (1/229) من قانون التسجيل العقاري، فإن حق المساطحة ينشأ على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقاً صحيحاً وذلك بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساح في السجل العقاري، وهذه المادة صريحة في عبارتها التي تؤكد على عدم نشوء حق المساطحة إلا بتسجيل اتفاق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري، وهذا دليل على أن التسجيل هو للانعقاد وليس للتوثيق.

5- قضت المادة (1/230) من قانون التسجيل العقاري، بتسجيل عائدة حق المساطحة وشروطها ومدتها في الحقوق الخاصة من السجل العقاري، فإذا لم يسجل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري، فكيف يتصرف المساح في حقه وفقاً للمادة (1/1269) من القانون المدني العراقي، والمادة (1/232) من قانون التسجيل العقاري؟ واللتين اعتبرتا المساح مالكاً للأبنية والمنشآت المقامة من قبله على الأرض، وله أن يتصرف فيه مقترناً بحق المساطحة بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري، وذلك دون إخلال بحق صاحب الأرض وبالغرض الذي أعد له البناء أو المنشآت، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه.

الملاحظة الثانية: لم يستقر القضاء على اعتبار تسجيل عقد المساطحة هو لغرض

التوثيق:

يلاحظ أن عبارة (وعلى هذا استقر القضاء) الواردة في قرار محكمة التمييز ليست في محلها، إذ لم يستقر قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق على اعتبار تسجيل عقد المساطحة هو لغرض التوثيق، فهناك العديد من القرارات الأخرى للمحكمة ذاتها تؤكد على أن التسجيل هو للانعقاد وليس للتوثيق⁽¹⁾. حيث قضت محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، بأن القانون أوجب ((تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري المادة 1/1266 من القانون المدني والمادة 1/229 من قانون التسجيل العقاري وإذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، فعليه يعتبر العقد الجاري باطلاً لعدم توفر الشكلية التي فرضها القانون))⁽²⁾، وأن ((العقد المبرم بين الطرفين لا يمكن اعتباره عقد مساطحة وبالتالي اعتباره باطلاً لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة))⁽³⁾، ولكن لاحقاً ذهبت المحكمة المذكورة في أحدث قراراتها⁽⁴⁾، إلى أن ((عقد المساطحة من العقود الرضائية التي تنعقد باتفاق ولو لم يسجل لدى الدائرة المختصة لأن الغاية من التسجيل هي للتوثيق والإثبات)).

إذن، يلاحظ تردد قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، وعلى غرار محكمة التمييز الاتحادية، بين اعتبار عقد المساطحة من العقود الشكلية⁽⁵⁾، واعتباره من العقود الرضائية على أساس أن التسجيل هو لغرض التوثيق والإثبات وليس من أركانه⁽⁶⁾. وبناءً على ذلك، لم تستقر محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، على اتجاه واحد بخصوص

(1) تراجع قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق والتي اعتبرت التسجيل ركناً في عقد المساطحة: قرار رقم (10/الهيئة العامة/1996) في 1996/7/29؛ رقم (242/الهيئة المدنية/2008) في 2007/9/28؛ رقم (45/الهيئة المدنية/2009) في 2009/2/18؛ رقم (5/الهيئة المدنية الاستثنائية/2011) في 2011/2/1؛ رقم (83/مدنية أولى/2013) في 2013/1/27؛ رقم (305/الهيئة المدنية الاستثنائية/2014) في 2014/8/18.

(2) قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، رقم (10/الهيئة العامة/1996) في 1996/7/29.

(3) قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، رقم (2/الهيئة المدنية/2007) في 2007/2/5.

(4) قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، رقم (139/الهيئة المدنية الاستثنائية/2020) في 2020/2/25.

(5) تراجع قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق: رقم: (21/الهيئة المدنية الأولى/2005) في 2005/3/17؛ رقم (181/الهيئة العامة/2010) في 2010/8/24؛ رقم (63/الهيئة العامة المدنية/2015) في 2016/1/10.

(6) تراجع قرار محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق: رقم (58/الهيئة العامة المدنية/2011) في 2011/2/27؛ وكذلك القرار رقم (222/الهيئة المدنية/2019) في 2019/5/2.

الغرض من تسجيل اتفاق المساطحة.

الملاحظة الثالثة: لا يقتصر غرض الشكلية على الاحتجاج بالعقد على الغير:

إذا كانت الشكلية (تسجيل اتفاق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري) للتوثيق وأن غرض الشكلية يقتصر على الاحتجاج بالعقد على الغير على اعتبار أن العقد غير المسجل ينتج آثاره بالنسبة للمتعاقدين، حسبما ذهبت إليه محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق في القرار موضوع التعليق، وعلى افتراض عدم تسجيل عقد المساطحة في دائرة التسجيل العقاري المختصة؛ فكيف ينتج هذا العقد غير المسجل (غير الموثق) آثاره بالنسبة للمتعاقدين إذا لم يمكن إثباته من قبل أحد المتعاقدين عند إنكار المتعاقد الآخر في ظل عدم توثيقه؟! لأننا، في هذه الفرضية، لم نعد دليلاً مكتوباً للعقد في هذا الخصوص يسهل معه إثباته.

أما إذا كانت الشكلية (التسجيل في دائرة التسجيل العقاري) للانعقاد وليس للتوثيق حسب صريح النصوص القانونية ذات الصلة في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، وعلى ما أوضحناه في الملاحظة الأولى، فإن عدم استيفاء الشكلية يؤدي إلى بطلان عقد المساطحة استناداً إلى نص المادة (3/137) من القانون المدني العراقي، والعقد الباطل، بموجب المادة (1/138) من القانون ذاته، لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً، فكيف ينتج العقد غير المسجل (الباطل) آثاره بالنسبة للمتعاقدين؟! لذا الأدق أن غرض الشكلية (التسجيل في دائرة التسجيل العقاري) بخصوص عقود المساطحة هو للانعقاد وليس للتوثيق نظراً لاعتبارها من التصرفات العقارية التي تستلزم التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة لتحقيق الثقة والاطمئنان بين المتعاملين.

وختاماً ندعو السادة القضاة في محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق إلى التعمق أكثر في هذا الموضوع وتبني اتجاه واحد حاسم وسليم وتلافي التناقضات الواردة في القرارات الصادرة عنها المتعلقة بعقود المساطحة لا سيما بخصوص المتعاملين في مجال الاستثمار والمساطحات الحكومية بغية تحقيق استقرار المعاملات وحفظ الحقوق المترتبة عليها ومنع إنكارها.

إعمال حق التنفيذ وأثره في حق الدعوى دراسة تحليلية من منظور إجرائي لموقف القضاء الكوردستاني تجاه إسقاط حق الدعوى لسبق تنفيذ الكمبيالة

الأستاذ المدرس الدكتور سيروان رؤوف علي

كلية القانون - جامعة جيهان / السليمانية

أصدرت محكمة بداءة رانية بتاريخ 2021/3/13 الحكم البدائي المرقم 268/ب/2021 القاضي برد دعوى المدعى (-) وتحمله المصاريف؛ وأنها قد سببت حكمها بأنه (...تم تثبيت الحق المطالب به في الكمبيالة بموجب الإضارة التنفيذية المجلوبة من قبلها...)، وأشارت المحكمة إلى (...أنه لا يمكن المطالبة بذات الحق مرتين...)، وتم تمييز الحكم المذكور من قبل المدعى خلال المدة القانونية، وأصدرت الهيئة المدنية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان القرار المرقم 281/الهيئة المدنية/2022 في 2022/5/30 فيها القاضي بـ (... وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية تقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، لأسبابه المعتمدة، حيث كان يقتضي على المدعي إضافة لعمله المبادرة لاستحصال على حكم قضائي بدينه ليتجنب أحكام المادة 82، ثانياً من قانون التنفيذ قبل تنفيذه كمبيالته لدى دائرة التنفيذ لذا تقرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2022/5/30)⁽¹⁾.

من خلال النظر والتمعن في الحكم البدائي وكذلك القرار التمييزي المصدق له، يتبين لنا بأن اتجاه المحكمتين بخصوص موضوع الدعوى محل النظر، ويحتمل أكثر من ملاحظة، منها شكلية، ومنها موضوعية؛ لذلك سنتعرض لبيان جل ملاحظتنا على القرار المذكور وذلك في فقرتين، إذ سنتناول في الفقرة الأولى الملاحظات الشكلية، أما الفقرة

(1) اتجهت المحكمة في قرارات أخرى لها على النهج المذكور على سبيل المثال ينظر: القرار التمييزي المرقم 912/الهيئة المدنية/2022 الصادر منها في 2022/12/1 (غير منشور).

الثانية سنخصصها لملاحظاتنا الموضوعية بخصوص اتجاه المحكمتين.

الفقرة الأولى: الملاحظات الشكلية: من خلال قراءة الحكم البدائي، والقرار التمييزي المصدق له، نجد بأن محكمة البداية قد أصدرت حكمها برد دعوى المدعي باعتباره مديراً مفوضاً لشركة (-) للتجارة العامة المحدودة، لكن الذي قدم الطعن التمييزي هو (-) دون إضافة الصفة إليه؛ لذلك فإن الطعن لم يقدم من قبل شخص بذوي صفة قانونية، وكان من الأجدر لمحكمة التمييز أن تراعي هذا الجانب الشكلي قبل الخوض في موضوع الطعن؛ لأن المبدأ الذي يحكم الأوراق الإجرائية في قانون المرافعات هو مراعاة الشكلية فيها، بمعنى أن إغفال النواحي الشكلية بالطريقة التي رسمها القانون حين اتخاذ عمل إجرائي، يحتم فرض الجزاء الإجرائي المقرر له⁽¹⁾، لذلك فإن لجوء المحكمة إلى تطبيق المادة (205) من قانون المرافعات المدنية ورد الطعن التمييزي شكلاً هو القرار السليم والصحيح الذي يقتضيه التطبيق السليم للقانون⁽²⁾. هذا من جانب ومن جانب آخر فإن

(1) بهذا المعنى ينظر: القرار التمييزي المرقم 237/الهيئة الموسعة المدنية/2010 الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في 2010/8/21 المتضمن (... يرد الطعن التمييزي إذا لم تشتمل العريضة على البيانات الجوهرية المتعلقة بأسماء الخصوم وشهرتهم....) منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الثالث (تموز-آب-أيلول)، 2012، ص 175 و176.

(2) وإن كان الذي أوردناه في المتن عبارة عن القاعدة العامة في مجال العمل الإجرائي، ولكن هناك اتجاه آخر في القضاء العراقي، وكذلك الكوردستاني يذهب إلى قبول العمل الإجرائي واعتباره مصححاً، نظراً لما يستلزمه حسن سير مرفق القضاء، وتبسيطاً للشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة، ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق، للمزيد حول هذا الموضوع ينظر: سيروان رؤوف علي، نظرية العمل الإجرائي في قانون المرافعات المدنية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى مجلس المعهد القضائي في إقليم كردستان، 2021، ص 71 وما بعدها، وتطبيقاً لهذا الاتجاه على سبيل المثال ينظر: القرار التمييزي المرقم 7136/هيئة الأحوال الشخصية/2016 الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في 2016/11/7 والمتضمن (... أن اتجاه المحكمة برد دعوى المدعية لعدم توجه الخصومة ليس في محله إذ كان المقترضى وتبسيطاً للشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه وفقاً لأحكام المادة 4 من قانون الإثبات أن تعيين وصيا مؤقتاً إكمالاً للخصومة ولاغراض هذه الدعوى للدفاع عن حقوق القاصرات ولا استمرار بنظرها موضوعاً....)، وكذلك ينظر القرار التمييزي 2033/هيئة الأحوال الشخصية/2016 الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في 2016/3/15 والمتضمن (... كان على المحكمة الطلب منها تصحيح الخصومة تبسيطاً للشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة

←

الدعوى البدائية وكما يتبين من قيمتها كانت قابلة للطعن الاستئنافي والتمييزي، وأن الطاعن قد طعن منه تمييزاً دون استئنافه، مما يستلزم معه إرفاق المميز استشهاد من محكمة الاستئناف يؤيد عدم تقديمه استئناف عن الحكم المذكور، إذ إن إرفاق هذا الاستشهاد وكما يتجه إليه الفقه الإجرائي هو واجب إجرائي على الخصم، بحيث إذا لم يستجيب الخصم لهذا الواجب، فإن عمله الإجرائي المتمثل بالطعن يتم استخاره بقرار من محكمة التمييز، لكن من خلال النظر والتمعن في القرار المذكور لم نجد أية إشارة من محكمة التمييز لا في ديباجة القرار، ولا في أية فقرة من فقراتها إلى هذا مراعاة هذا الواجب، علماً بأن قرار الاستئخار هو الخيار الوحيد والحتمي في هذه الحالة، مادام الطاعن لم يقدم الاستشهاد؛ وبذلك فإن البت في الطعن دون مراعاة هذا الواجب، يجعل القرار مشوباً بالعيب؛ لأن الصيغة التي وردت في المادة (4/205) من القانون لا تحتمل التأويل، وكانت سلطة المحكمة تجاه الأمر المذكور مقيدة، وليست تقديرية⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: الملاحظات الموضوعية: قبل البدء بعرض ملاحظتنا الموضوعية بخصوص اتجاه المحكمتين من المنظور الإجرائي، أود أن أشير ولو بصورة مختصرة إلى الموضوع الإجرائي الذي تصدت إليه محكمة التمييز، ولم يسعفها الحظ الخروج منه بمخرجات صحيحة؛ والسبب في ذلك كما يتجه إليه علماء المنطق هو أنه إذا بني الاستنتاج على مدخلات خاطئة، فإن النتيجة كمخرجات تكون خاطئة، حيث إن محكمة البداية، ومن بعدها محكمة التمييز قد ناقشت موضوعاً إجرائياً دقيقاً، وحاولت أن تعالجه،

←
 (العامه...)) أشار إليهما فلاح كريم وناس آل جحيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز إقليم كردستان ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، تطبيقات قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ط 1، 2018، ص 27-29، لكن الذي تلمسنا في القرار التمييزي محل الطعن أنه كان خالياً من الإشارة إلى قبولها الطعن المذكور لأسباب التي أوردوها أصحاب الاتجاه الثاني.

(1) ينظر: المادة (4و3/205) من قانون المرافعات المدنية العراقي، وللمزيد حول مفهوم سلطة القاضي المقيدة والتقديرية وأهمية التفريق بينهما ينظر: د.نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية تطبيقية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 83 وما بعدها، وكذلك مؤلفنا التعسف القضائي والمسؤولية المدنية الناجمة عنه، دراسة تحليلية، ط 1، مكتبة يادكار، 2018، ص 22 وما بعدها.

ولكن بوسائل غير إجرائية؛ لذلك أصبح تفسيرها للواقعة محلًا للنظر، مما يجعلنا أن نبدي ملاحظاتنا عليه.

حيث إن المدعى في الدعوى البدائية المذكورة قد مارس نوعين من الحقوق الإجرائية المقررة له، أولها هي حق التنفيذ وما يتفرع منه من الحقوق الإجرائية، إذ إنه قد قام بتنفيذ سند الكميالة لدى دائرة التنفيذ في الإضبارة التنفيذية 68/ت/2018، ولكن المدين بعد أن سدد عدة أقساط قد امتنع عن تقديم التسوية التي قدمها، أو التي عرضت عليه، وأن الدائن لم يستطع طلب حبسه لكونه موظف والذي لم يجيز القانون حبسه تطبيقاً للمادة (41/رابعاً) من قانون التنفيذ، بالإضافة إلى إن هناك حظر قانوني بخصوص حجز الراتب ومخصصاته⁽¹⁾، مما دفع بالمدعى (الدائن) إلى التخلي عن الإجراءات التنفيذية التي لا تفيده، ولا توصله إلى حقه، والتوجه إلى القضاء بغية استحصال حكم قضائي بات لكي يتمكن حجز راتبه، ومن ثم الوصول إلى عين الحماية القانونية المتوفرة لحقه، وإن لجوء الدائن إلى أعمال هذه الحماية الأصلية المقررة له، هو الآخر الذي يدخل ضمن عناصر الحق الإجرائي، ولكن على شكله الأصلي المقرر وهو (المكنة الإجرائية)، مما يعني إن المشرع قد وفر لمن بيده سند عادي طريقتين لاستحصال دينه⁽²⁾، يتمثل الأولى بحقه في طلب التنفيذ مباشرة، أما الثاني فهو حقه في الدعوى.

ويعد حق التنفيذ من الحقوق الإجرائية المقررة للخصوم في مرحلة التنفيذ، إذ تتضمن هذه المرحلة مجموعة من الحقوق الإجرائية منها، حق الحضور، والاعتراض، والدفع، والظعن، وهذه الحقوق مقررة لخصوم التنفيذ، شأنها شأن حق الدعوى وما يتفرع عنه من الحقوق الإجرائية أثناء الخصومة القضائية⁽³⁾.

وقد صرحت الصكوك الدولية الخاصة بحقوق الإنسان على ضرورة توفير حق التقاضي أو حق الدعوى للمواطنين، وعدم جواز تقييد هذا الحق إلا بقانون وفي أحوال

(1) ينظر: المادة (82/ثانياً) من قانون التنفيذ العراقي.

(2) ينظر: المادة (14/أولاً) من قانون التنفيذ العراقي.

(3) للمزيد حول ماهية الحق الإجرائي التنفيذي ينظر: رجب محمد أحمد مرعي، الحق الإجرائي نشأته وانقضاءه قواعده وتطبيقاته في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، 2010، ص 327 وما بعدها.

معينة بشرط أن يوفر بدائله حين التقييد⁽¹⁾، مما دفع بالمشرع الوطني أن يرفع من مكانة هذا الحق وأن يضعه ضمن الحقوق الدستورية التي لا يمكن سلبه من صاحبه⁽²⁾.

وقد اعتبر الفقه المدني بأن حق الدعوى هو العنصر الحمائي للحق الموضوعي⁽³⁾، بحيث إن افتقار هذا العنصر يجعل الحماية المدنية له معدومة، مما يجعل الدعوى معرضة لأحد الجزاءات الإجرائية المقررة له، إن أقيمت دون توفيره، وبسبب أهمية حق التنفيذ وأثره الواضح والبين على الحق الموضوعي، فإن مشرعي أكثرية البلدان تلجأ إلى تنظيم أحكام التنفيذ، وكذلك الحقوق الإجرائية المتعلقة به ضمن قانون المرافعات المدنية (الإجراءات المدنية)، وأناط مهمة التنفيذ بقاضي التنفيذ⁽⁴⁾، مما يعني أن حق الدعوى وحق التنفيذ يعدان من الحقوق الإجرائية المقررة للخصوم، وهما مستقلان عن الآخر، فتبدأ حياة الطائفة الأولى منذ لحظة الاعتداء الموجب لإقامة الدعوى، مروراً بمراحل الخصومة المختلفة، وانتهاء بصدور الحكم فيها، أما حياة الطائفة الثانية تبدأ بمراجعة مديريات التنفيذ سواء عن طريق تنفيذ الحكم القضائي الذي اكتسبه جراء مباشرة حق الدعوى، أو بشكل مباشر كما في تنفيذ الأوراق التجارية أو السندات المتضمنة إقراراً بدين أو المثبتة لحق شخصي، فضلاً عن اختلاف كلا الحقيين من وجوه أخرى.

يتبين مما سبق أهمية حق الدعوى وحق التنفيذ بالنسبة للحق الموضوعي، وكذلك اختلافهما من جهة، ووجود نوع من المساندة والاكتمال بينهما بغية وصول الحق الموضوعي إلى صاحبه من جهة أخرى، بمعنى أن الحقوق الإجرائية المقررة في مرحلة الخصومة القضائية تكون الغاية منها هي التيسير مع المتقاضي وضمان وصوله إلى حقه،

(1) ينظر: المادة (8) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والمادة (1/2) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966..

(2) ينظر: المادة (19/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) ينظر: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، 2، الحق، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص 107.

(4) على سبيل المثال ينظر: المواد (274-486) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968، وكذلك المواد (189-304) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

وأن المشرع لا يتخلى عنه بمجرد صدور الحكم، بل تمتد هذه الحماية لحين التنفيذ الفعلي للحق وفق الطرق المرسومة قانوناً، مما يوحي بأن مرحلة التنفيذ قد تكون امتداداً لمرحلة الخصومة، وإن كان المشرع قد أقر بحق الدائن من مراجعة دوائر التنفيذ في أحوال معينة للمطالبة بحقه وبشروط بصورة أصلية⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن حق التنفيذ قد يكون مكماً لحق الدعوى وتحقيق غايته، ولا يتم أعماله إلا بعد أن تم أعمال الأولى، وصدور الحكم في فيها، وقد يكون أعماله أصلياً، بحيث إنه كان مستقلاً وبعيداً عن حق الدعوى وما يتفرع منه عن الحقوق الأخرى، وهذا يعني أن أعمال هذه الطائفة من الحقوق لا يكون الهدف منها سلب حق الدعوى عن صاحبه، أو إسقاطه عنه، بل قد يكون الهدف منها تحقيق الغاية التي أراد المشرع تحقيقها لصاحب حق الدعوى، وهي الوصول إلى الحق الموضوعي، بمعنى أن حق التنفيذ يدخل ضمن العناصر التي يتكون منها الحق الإجرائي بصورة عامة وهي (المكنة، الرخصة، السلطة)⁽²⁾، أي إذا لجأ صاحب الحق الموضوعي إلى المحكمة وأقام دعواه، وأراد استحصال حكم قضائي لحقه، فإنه بذلك قد استعمل المكنة الإجرائية التي وفرها المشرع لحماية حقه، أما إذا لجأ صاحب الحق الموضوعي إلى دوائر التنفيذ، وكان السند من السندات التنفيذية، فإنه قد استعمل الرخصة الإجرائية التي أعطاه المشرع على سبيل الاستثناء؛ لأن الأصل هو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحق، لكن الاستثناء هو جواز اللجوء مباشرة إلى دوائر التنفيذ في أحوال معينة وهي التي سماها الفقه الإجرائي بالرخصة الإجرائية، كونها مقررّة على خلاف الأصل.

وبعد هذا الكلام الوجيز عن حقي الدعوى والتنفيذ، باعتبارهما وسيلتان إجرائيتان وفرهما المشرع، كل بشروطه لتحقيق الحماية القانونية المقصودة لصاحب الحق الموضوعي، لكي يتمتع بالسلطات الممنوحة له قانوناً، ومن هذا المنطلق الإجرائي أردنا أن نعلق على موقف القضاء الكوردستاني مؤخراً تجاه حق التنفيذ وما له من أثر سلبي

(1) ينظر: المادتان (14 و15) من قانون التنفيذ العراقي.

(2) ينظر: أطروحتنا للدكتوراه تحت عنوان نظرية الحق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة السليمانية، 2022، ص 21 وما بعدها.

على حق الدعوى، بمعنى أن القضاء الكوردستاني قد اتجه إلى إن لجوء صاحب الحق الموضوعي إلى دوائر التنفيذ في الأحوال التي أجازها القانون لاستحصال حقه، يحرمه من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه، وأنه لم يجز الجمع بين المباشرة بحق التنفيذ واللجوء إلى القضاء بصورة مطلقة؛ لأن الجمع بينهما حسب رأيه يساوي المطالبة بالحق الواحد مرتين؛ وبذلك فإنه قد أوجب على المدعي اللجوء إلى القضاء أولاً، ومن ثم اللجوء إلى المباشرة بالتنفيذ، لكي يتمكن الاستعانة بالحماية المقررة في المادة (82/ثانياً) من قانون التنفيذ بخصوص حقه في طلب حجز راتب المدين ومخصصاته؛ لذلك سنحاول هنا أن نعرض جل ملاحظتنا الموضوعية على الاتجاه المذكور، ونقيم هذا الموقف ونبين مدى انسجامه وموقف قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، وكذلك قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980.

إن محكمة تمييز إقليم كوردستان اتجهت في القرار المرقم 281/الهيئة المدنية/2022 الصادر منها في 2022/5/30 إلى أنه (... كان يقتضي على المدعي إضافة لعمله المبادرة لاستحصال على حكم قضائي بدينه ليتجنب أحكام المادة 82/ثانياً من قانون التنفيذ قبل تنفيذه كميالة لدى دائرة التنفيذ...)، وأكدت المحكمة على هذا الاتجاه أيضاً في قرارها المرقم 912/الهيئة المدنية/2022 الصادر منها في 2022/12/1 والذي جاء فيه (... حيث كان المقتضى مراجعة القضاء قبل تنفيذ الكميالة لكي لا يشمل بأحكام المادة 82/ثانياً من قانون التنفيذ...).

ولدى التمعن في مضمون كلا القرارين نجد بأن محكمة التمييز قد اعتبرت أن لجوء الدائن إلى دائرة التنفيذ للمطالبة بحقه الوارد في السند التنفيذي يحول دون إمكانه العدول عن التنفيذ، وإقامة الدعوى بالحق الموضوعي. وإن هذا التفسير يتضمن بين دفتيه تفسير آخر، وهو أن محكمة التمييز قد فرضت على الدائن نوعين من الواجبات الإجرائية، يتمثل الأولى منها بضرورة مراعاة المدعي للتسلسل الإجرائي المرسوم في صدر القرار محل الطعن، لكي يتمكن من طلب حجز راتب المدين ومخصصاته المنصوص عليه في المادة (82/ثانياً) من قانون التنفيذ، أما الثانية يتمثل بأن محكمة التمييز كيفت حق الدعوى في هذه الحالة بأنه عبارة عن واجب إجرائي على كاهل صاحب الحق الموضوعي، ويقتضي اللجوء إلى إقامتها قبل المباشرة بالتنفيذ، وإذا لم يراع هذا الواجب، فلا يقبل منه،

ويتعرض دعواه إلى جزاء إجرائي، لكننا نعتقد بأن هذا التفسير بظاهره، وباطنه لا ينسجم وموقف المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية، وكذلك قانون التنفيذ، وهو تفسير منقطع الصلة أيضاً بالمفاهيم أو الأفكار الإجرائية الراسخة في ساحة الفقه والقضاء المقارن⁽¹⁾، وتعرض هنا إلى أهم الأفكار الإجرائية والنصوص التي تتصدى وموقف محكمة التمييز في اتجاهها المذكور وكما يلي:

1. يتبين من القرار المذكور بأن محكمة التمييز قد أوجبت واجباً إجرائياً على المدعي، وهو يمثل بضرورة إقامته للدعوى قبل المباشرة بالتنفيذ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنها قد اشترطت لقبول دعوى المدعي أن يسبقها التنفيذ، وهذا يعني أن محكمة التمييز الموقرة لم تفرق بين فكرة الحق الإجرائي، وفكرة الواجب الإجرائي، وهما فكرتان إجرائيتان مقررتان للخصوم بإرادة المشرع، حيث لا يمكن فرض الواجب إلا بالنص، كما لا يجوز تقييد الحق أو سلبه أيضاً إلا بالنص؛ لأن مبدأ حصريّة الحقوق والواجبات الإجرائيتان هو الذي يحكم المراحل المختلفة لخصومتي القضائية والتنفيذ⁽²⁾؛ وبذلك فإن موقف محكمة التمييز لا ينسجم وهاتين الفكرتين؛ لأن محكمة التمييز، وكما بيناه أعلاه قد أوجبت على المدعي إقامة دعواه، قبل اللجوء إلى دائرة التنفيذ، علماً بأن إنشاء الواجب، وفرضه على الخصوم ليس من مهام القضاء، ولا يدخل ضمن السلطات المقررة له، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن حق الدعوى ومباشرته يعد حقاً إجرائياً مقرراً، وتم التأكيد عليها في أكثر من مناسبة، ولم يجيز القانون التعرض لهذا الحق، أو تقييده، أي أن صاحب الحق حينما يقيم دعواه لحماية حقه الموضوعي، فإن إقامته للدعوى يعد حقاً إجرائياً أقر له القانون، وحينما يمارس حقه، فلا إيجاب فيه، وهو حر في أن يمارس، ومن ثم تركه، أو لا يمارسه أصلاً، ولا ينقضي حقه إلا في الأحوال

(1) إن اتجاه المحكمة كان مخالفاً أو مناقضاً للمفاهيم الإجرائية التالية(الحق الإجرائي، الواجب الإجرائي، مبدأ الشرعية الإجرائية، التكامل الوظيفي للعمل الإجرائي، فكرة الجزاء الإجرائي).
 (2) للمزيد حول مفهوم الواجب الإجرائي واختلافه عن الحق الإجرائي ينظر: د.نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص25 وما بعدها، وينظر: د.عمار سعدون المشهداني، واجبات الخصم الإجرائية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، عدد 39، السنة 2009، ص29 وما بعدها.

المنصوصة عليها قانوناً⁽¹⁾؛ لذلك لا يجوز فرض الجزاء تجاهه إلا بالنص، وإن كان فكرة استعمال الحق يدور مع فكرة المصلحة، وفي حالة انتفائه يحق للقضاء أن يحكم بعدم قبوله استناداً لأحكام نظرية التعسف في استعمال الحق والتي أصبحت نظرية عامة تحكم كافة مجالات القانون⁽²⁾.

2. يتبين مما سبق إن تسيب محكمة التمييز في اتجاهها المذكور قد شابه القصور، وكان من المستحسن لها أن تكون أكثر مدققاً للأفكار الإجرائية، والوقوف أمامها، والتأكد من مضامينها، ومن ثم الخوض في مناقشتها، وبيان حكمها القضائي في ضوءها؛ لأن محكمة التمييز تمثل رأس الهرم القضائي في كل بلد، وإن الأحكام التي تصدرها تلك المحكمة ترسم الخرائط التي تطبقها المحاكم الدنيا في القضايا المماثلة⁽³⁾.

3. إن محكمة التمييز في اتجاهها المذكور لم تتحقق من توفر الشروط العامة للدعوى في دعوى المدعي، وخاصة شرط المصلحة، أو الذي عبر عنه الفقه الإجرائي الحديث بالمصلحة الإجرائية للعمل الإجرائي الصحيح، حيث كان من الأسهل لها أن تتحقق من هذا الشرط قبل مناقشة المواضيع الجانبية المنبئة الصلة بموضوع الدعوى، إذ إن المصلحة تمثل الشرط الذي يدور معها الدعوى، وإن افتقار الدعوى لهذه الأخيرة يؤدي إلى تعرضها لجزاء عدم القبول، ومن هنا يأتي دور أعمال القاعدة الأصولية القائلة (الحكم على الشيء فرع عن تصوره)، بمعنى لو تصورت المحكمة تصوراً كاملاً للواقعة، وراعت المصلحة الدافعة إلى إقامة الدعوى، وتأكدت من مدى توفير الحماية القانونية لهذه المصلحة عن طريق الرجوع إلى المادة (82/ثانياً) من قانون التنفيذ، والتي لم تجز حجز راتب المدين ومخصصاته إلا بحكم قضائي بات⁽⁴⁾، لَمَّا اتجهت إلى رد الدعوى أو رد

(1) للمزيد حول طبيعة الدعوى بين الحق والواجب ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009، ص 54.

(2) ينظر: الفقرة (12) من الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدني العراقي.

(3) ينظر: ثاريز آزاد حسن، القصور في التسيب وأثره على الحكم القضائي في نطاق الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة السليمانية، 2022، ص 107 وما بعدها.

(4) عدلت المادة (82/ثانياً) من قانون التنفيذ، وأضيفت إليها عبارة (أو بحجة زواج رسمية فيما يتعلق

الطعن التمييزي بالطريقة التي أشرنا إليها أعلاه، حيث كان من المفروض أن ترسم للمحكمة طريقة التحقق من هذه المصلحة، وربطها بفكرة استعمال الحق، بحيث لو ثبت لديها توفر المصلحة بالمعنى المذكور أعلاه، فيكون استعمال حق الدعوى استعمالاً مشروعاً، ويكون شرط المصلحة متحققة في الدعوى، أما إذا ثبت لديها بأن لا يكون المدعى عليه (المدين) موظفًا عامًا، وأنه امتنع عن تقديم التسوية التي قدمها، أو المعروضة عليه، فلا تكون المصلحة متحققة في دعوى المدعي، ويكون استعمال حق الدعوى في هذه الحالة استعمالاً غير مشروع، ويتعرض دعواه إلى جزاء عدم القبول لافتقار شرط أساسي من شروط قبول الدعوى ابتداءً، بالإضافة إلى ذلك فإن التشريعات الإجرائية الحديثة قد اتجهت أكثر من ذلك بحيث قررت بالإضافة إلى عدم قبول الدعوى، فرض جزاء الغرامة بحق المدعي، وكذلك منح حق مطالبة التعويض للخصم المتضرر من جراء هذا المسلك التعسفي من الخصم الذي ثبت تعسفه في استعمال حق الدعوى⁽¹⁾.

يتبين مما سبق بأن فكرة المصلحة والتحقق من شروطها، هي التي تشكل الأرضية الخصبة للتعويل عليها، أو الرجوع إليها حين الحكم في الدعوى المنظورة، ولا يمكن الوصول إلى حكم صحيح وسليم ينسجم والأفكار الإجرائية بغير الرجوع إليها، لأن الإقرار بإسقاط حق الدعوى بمجرد سبق تنفيذه دون التحقق من مصلحة المدعي فيها، معناه سلب حق الدعوى منه من جهة، ولا يتناسب وأهداف قانون التنفيذ التي تؤكد على تيسير إجراءات التنفيذ، ويخل بالمبدأ الذي أسس عليه قانون التنفيذ وهو تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع، ومصلحة المدين في الا يتخذ من أمواله من جهة أخرى⁽²⁾.

4. بيّننا سابقاً بأن الحق الإجرائي يمثل الوسيلة الإجرائية التي وفرها المشرع في صورة أشكال مختلفة بغية توفير الحماية القانونية للحق الموضوعي، وهذه الأشكال قد تكون على شكل مكنة، أو رخصة، أو سلطة، وتتميز هذه الأشكال المختلفة بأن كلها في

←

بتحصيل المهر) وذلك بموجب قانون رقم 32 لسنة 1998.

(1) ينظر: المادة(3) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(2) ينظر المادتان(1و2)من قانون التنفيذ.

مرتبة واحدة، لا تكون الممكنة في مرتبة عليا من الرخصة، ولا تكون الرخصة في مرتبة وسطي، مثل ما قدمه الفقه المدني من المراتب المختلفة لعناصر الحق الموضوعي⁽¹⁾، لذلك لا يكون اللجوء إلى تنفيذ السند مسقطاً لحق الدعوى بالكيفية المطلقة الواردة في اتجاه محكمة التمييز؛ لأن الإسقاط هو من أشد الجزاءات الإجرائية التي لا يجوز فرضه استنباطاً أو افتراضاً، بل يجب أن تكون إرادة المشرع واضحة نحو فرضه عن طريق التنصيص عليه، والقول بخلاف ذلك يجعل العمل الإجرائي الصادر من المحكمة معيياً، ويصطدم بمبدأ إجرائي آخر وهو (مبدأ الشريعة الإجرائية)، والذي يفرض على القاضي أن لا يقدم إلى اتخاذ عمل إجرائي سواء كان على شكل واجب، أو إقرار بحق إلا وله سند من القانون.

يتضح مما سبق أن اتجاه محكمة التمييز نحو رد دعوى المدعي لسبق تنفيذ الكمبيالة فيه نوع من الافتراض الذي لم يجزه القانون، ويمثل تجاوزاً على مبدأ الشريعة الإجرائية، لأن القاعدة التي تحكم الجزاءات الإجرائية هي (قاعدة لأجزاء إلا بالنص)، حيث إن المحكمة فرضت جزاء الرد دون أن يكون هذا الجزاء مقرراً للواقعة المطروحة، وكان من المفروض عليها أن تتحقق من المصلحة، وأن تعيد الأوراق لمحكمة البداء للسؤال من المدعي عن وجه المصلحة الدافعة إلى إقامة الدعوى، على الرغم من تنفيذ الكمبيالة⁽²⁾، فإن تحقق لها توفر تلك المصلحة، فتستجيب لطلبها، وبعكسها تقرر عدم قبول الدعوى بسبب عدم توفر المصلحة.

5. إن المشرع هو الذي ينشأ الحقوق الإجرائية، ويبيّن أحوال استعمالها وطرق انقضائها، أو الجزاء المقرر حين الاستعمال غير الصحيح أو المخالف للنموذج القانوني لها، مثلاً أن المشرع قد منح المدعي عليه حق الدفع بالاختصاص المكاني للمحكمة،

(1) للمزيد حول هذا الفكرة ينظر: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص417 وما بعدها.

(2) إن السبب في لجوء المميز(المدعي) في القرار المذكور إلى إقامة تلك الدعوى، وكما أظهرتها وقائعها تتمثل بأن دائرة تنفيذ رانية قد أفهمته بأن راتب المدين ومخصصاته لا يتم حجزه بالكمبيالة المنفذة في الإضبارة، بالنظر للحظر الوارد في المادة(82/ثانياً) من قانون التنفيذ، وإذا رغب في حجزهما من المفروض عليه أن يستحصل على حكم قضائي بات بها من المحكمة المختصة.

وبين حكم القانون تجاه الشخص الذي لا يدفع بهذا الدفع في الجلسة الأولى للمرافعة في الدعوى، ونفس الحكم بالنسبة للدفع الموجه إلى بطلان ورقة التبليغ، لكن المشرع نفسه قد أوجب على الخصم أن يراعي الترتيب أو التسلسل في إبداء الدفوع الشكلية وذلك لتحقيق مصلحة كانت محل النظر بالنسبة له، وأن هذا التسلسل أو الترتيب لا يتم فرضه إلا في الأحوال التي أوردها القانون، بمعنى ليس للقاضي أن يفرضه فرضاً، أو استنباطاً، لكن بالرجوع إلى مضمون قرار محكمة التمييز يتبين بأن المحكمة قد فرض على المدعي مراعاة هذا التسلسل دون بيان سندها القانوني، علماً بأن الاتجاه المذكور قد يرسم طريقاً، فإن استقر في أذهان صاحبه، فيعد بمثابة وضع قيد على حق التقاضي، إن لم يكن إخلالاً به، وهذه النتيجة يأبها المشرع الدستوري والقانوني، ولا ينسجم والمنطق القانوني السليم.

6. من خلال النظر إلى الصيغة التي كتبت بها القرار البدائي، وكذلك القرار التمييزي محل التعليق، يتبين أن محكمة التمييز الموقرة قد خلطت بين أمرين اثنين، ولا يمكن الجمع بينهما إطلاقاً، وهما فكرة سبق الفصل في الدعوى، وفكرة حرية التقاضي أو حق التقاضي والتي لا يمكن تقييده أو التضيق منه، ويفهم القارئ من الصيغة بأن المحكمة أرادت أن تستلهم فكرة سبق التنفيذ من فكرة سبق الفصل المبحوثة في المادة (105) من قانون الإثبات، وهي فكرة إجرائية تحول دون عرض النزاع أمام القضاء ثانية حين اجتماع شروط الدفع بها، وتكون كافية بذاتها لفرض جزاء عدم القبول، ويجوز الدفع بها في كافة مراحل التقاضي، لكن الفكرة الثانية وهي تعطي الاختيار لصاحبه في استعمال الشكل الإجرائي الذي يضمن تحقيق مصلحته، دون أن تترتب عليه أية تبعات قانونية، سوى ما قرره القانون من الجزاء حين ثبوت التعسف فقط، وبذلك كان الأجدر لمحكمة التمييز أن لا تواجه موضوع الأسبقية في مراجعة القضاء أو التنفيذ؛ لأن حق المدعي أو الدائن مضمون في أن يراجع القضاء، أم يباشر بالتنفيذ استقلالاً، وحينما يختار الأخيرة بإمكانها العدول عنها، والذهاب إلى استعمال المكنة الأصلية المتمثلة بحق الدعوى، إذا تحققت مصلحته، وهذه المصلحة تكون متحققة إذا أوضح المدعي بأن السند المنفذ كان عبارة ورقة عادية أو رسمية، والتي لا تصلح لحجز راتب المدين ومخصصاته، وإن السبب من وراء العدول عن التنفيذ واللجوء إلى القضاء هو لغرض استحصال حكم قضائي لكي

يتمكن أخيراً الحجز على راتب المدين ومخصصاته، وبعكسه تكون الدعوى بلا مصلحة وموجبة للرد، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن المشرع في قانون التنفيذ قد أورد تطبيقات لفكرة الجمع بين أعمال كلا الحقين في آن واحد، دون أن يشكل ذلك استيفاءً للدين مرتين، وذلك تارة بجواز تنفيذ الورقة التجارية والسند المتضمن إقراراً بدين ابتداءً أمام دائرة التنفيذ، وجواز الاعتراض عليه من قبل المدين، مما يتحتم على الدائن من مراجعة القضاء⁽¹⁾، وتارة أخرى جواز تنفيذ الحكم بمجرد صدوره، واستيفاء الحق الذي يتضمنه الحكم خلال مدة الطعن في أحوال معينة، حتى وأنه قد عالج مسألة استرداد ما دفعه المدين من المبالغ بعد فسخ أو نقض الحكم المطعون فيه⁽²⁾، بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة(17) من القانون بخصوص جواز سحب المحرر التنفيذي من قبل طالب التنفيذ، بعد أن قطعت الإجراءات التنفيذية أشواطها بخصوص استيفاء الدين، ومنحه حق التنفيذ ثانية لدى الجهة التنفيذية التي يرغبها، أو مراجعة القضاء لاستحصال حكم بالمبلغ المتبقي منه دون أن يشكل ذلك استيفاءً للدين مرتين، إذ إن العدول عن حق التنفيذ، والذهاب إلى القضاء أو أية دائرة أخرى للتنفيذ لا يعني استيفاءه مرتين؛ لأن المحكمة تتحقق عن المبلغ المتبقي في ذمة المدين، بعد أن تأكدت عن المبلغ الذي وافاه المدين في الإضبارة التنفيذية، وتحكم فقط بالمبلغ المتبقي دون المبلغ الكلي المثبت في السند، أو الكمبيالة⁽³⁾؛ لذلك فإن أعمال حق التنفيذ ابتداءً، ومن ثم العدول عنه، والذهاب إلى القضاء للمطالبة بالحق ذاته لا يشكل استيفاءً للدين مرتين، بل عبارة عن تعدد الوسائل الإجرائية التي وفرها القانون لصاحب الحق للوصول إلى حقه؛ وذلك لأنه لا يلجأ إلى أعمال حق الدعوى إلا بعد أن تبين له أن المدين هو موظف، وأنه لا يتمكن طلب حبسه، وأن طلبه بحجز راتبه أصبح أمراً مستحيلاً، مادام الدين لم يكن ثابتاً بحكم قضائي بات، مما اضطر إلى أعمال حق الدعوى لتحقيق تلك الغاية، ولا يخفى ما لهذه الأخيرة دور في تلطيف مفعول الجزاء الإجرائي حين مخالفته لنموذجه القانوني⁽⁴⁾.

(1) ينظر: المادة (26) من قانون التنفيذ.

(2) ينظر: المواد (51-53) من قانون التنفيذ.

(3) ينظر: المادة (17) من قانون التنفيذ.

(4) للمزيد حول فكرة الغاية ودورها في تلطيف مفعول الجزاء ينظر: د.فارس علي عمر، فكرة الغاية في

7. يعتبر حق الدعوى من الحقوق التي وفرها المشرع لصاحب حق الدعوى حين الاعتداء على حقه، وهذا الحق يدخل ضمن طائفة الحقوق التقديرية التي تخضع لرقابة القضاء، ولا تكون ممارسة حق الدعوى بمنأى عن المسؤولية، بل يكون صاحبه مسؤولاً على أساس نظرية التعسف، وعليه تعويض المتضرر من استعماله التعسفي لحقه، بالإضافة إلى ذلك إن المشرع الحديث يذهب إلى فرض جزاءات إجرائية منها وقائية، ومنها علاجية على صاحب الحق الذي يتعسف في استعمال الحق الإجرائي، وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية، وقانون الإثبات، وقانون الإثبات نجد تطبيقات لهذه الفكرة، مما يعني أن فكرة التعسف أصبحت من الأفكار القانونية العامة التي تحكم كافة النواحي القانونية سواء كانت الموضوعية، أم إجرائية، وسواء أكان على مستوى القانون العام، أم القانون الخاص؛ لذلك كان من الأرجح للقضاء الكوردستاني أن يستلهم فكرته من هذه الأفكار الإجرائية دون الاستعانة بالأفكار القانونية الأخرى التي كانت منبت الصلة بموضوع القرار التمييزي محل التعليق.

8. إن موقف القضاء الكوردستاني في القرار محل التعليق لم يكن موافقاً لما رسمه قانون المرافعات، وكذلك قانون التنفيذ، إذ إن استقلال مرحلة الخصومة القضائية عن مرحلة خصومة التنفيذ لا يعني عدم جواز الجمع بينهما، بل أجاز المشرع هذا الجمع في حالات عديدة، والسبب في ذلك هو اعتبار مراجعة القضاء، أو التنفيذ من الحقوق الإجرائية الممنوحة للخصوم، وبإمكانه اختيار الطريقة التي تحقق مصلحته، دون إمكان تقييده بأحدهما دون الآخر، إذ من المعلوم أن المشرع الإجرائي قد يرسم طرقاً قانونية لتحقيق غاية إجرائية واحدة، مثل الحالة المطروحة على القضاء في القرار محل التعليق، وقد تكون وسيلة إجرائية واحدة من بينها لتحقيق تلك الغاية، وقد يحتاج المدعى من أعمال كافة الوسائل للوصول إلى مبتغاه وهذا ما سماه الفقه الإجرائي بمبدأ التكامل

←

قانون المرافعات المدنية، دراسة تحليلية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الثامن، العدد 31، الجزء الأول، 2019، ص 400 وما بعدها.

الوظيفي للأعمال الإجرائية⁽¹⁾.

في نهاية هذا التعليق نقول أن ما أبديناه من الملاحظات لا تقلل من شأن محكمة التمييز، وما قدمته تلك المحكمة من الاجتهادات الرصينة التي لا يمكن الاستغناء عنها في المجالات القانونية المختلفة، وإن الغاية من وراء هذا التعليق ليست إلّا إغناء أو إثراء الفكر القانوني وتطوره سواء على مستوى القضاء، أو الفقه، والرقي إلى المستوى الرفيع من التفكير؛ لأننا نعتقد بأن الرقابة العلمية على الجهاز القضائي لا يمكن أن تمارس أو لا تتحقق إلّا من خلال التعليق على الأحكام وحسن صياغتها، وأخيراً نهيب بمحكمة التمييز الموقرة العدول عن اتجاهها المذكور، والسير نحو البت في مثل هذه المنازعات بمنظور إجرائي، لكي تمثل القرارات التي تصدرها التطبيق الصحيح للنصوص الناظمة لها من جهة، وتنسجم مع المفاهيم أو الأفكار الإجرائية التي أصبحت من المسلمات من لدن الفقه الإجرائي من جهة أخرى؛ وبذلك تتحقق حالة التطابق أو الاتساق بين موقف القانون من زاوية، وموقف القضاء والفقه من زاوية أخرى.

(1) للمزيد حول هذا المبدأ ونطاق تطبيقه في قانون المرافعات ينظر: د.نبيل إسماعيل عمر، التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 27 وما بعدها.



النتيجة المحتملة في ميزان محكمة التمييز تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو العدد (140 / الهيئة الموسعة الجزائية / 2023)

مصطفى حامد إسماعيل

ماجستير قانون جنائي - جامعة بغداد

القرار: -

تشكلت الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ 12/شوال/1444 هـ الموافق 3/5/2023م برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية القاضي الدكتور فائق زيدان وعضوية نائبي الرئيس السيدين كاظم عباس وحسن فؤاد والقضاة السادة صالح شمخي وصباح رومي وحجاب إبراهيم ومحمد عبد علي وعصام عبدالحميد ويحيى خضير وصباح عريبي وشهاب أحمد ومحمود عباس وماجد حسين وفيصل إبراهيم وأحمد علي خلف المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي: -

المتهمه / ز س ص تولد/... اسم الأم/ح ج

إتباعاً لقرار محكمة التمييز ال بالعدد3183/الهيئة الموسعة الجزائية/2018 والمؤرخ في 2021/1/26 قررت محكمة جنابات الرصافة/هـ2 بالدعوى المرقمة 3490-ج2-2021 وبتأريخ 2022/8/7 إدانة المتهمه (ز س ص) وفق أحكام المادة (406/أ/ج) من قانون العقوبات وبدلالة المواد (47،48،49) منه المعدلة بالأمر 3 لسنة 2004 وعن جريمة الاتفاق والاشتراك مع متهمين آخرين مفرقة قضايهم بقتل المجنى عليها (د ا د) عمداً والحكم عليها بالسجن المؤبد استدلالاً بأحكام المادة (1/132) من قانون العقوبات مع احتساب مدة موقوفيتها وإعطاء الحق للمدعين بالحق الشخصي للمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، بتاريخ 2022/8/11 قدمت وكالة المتهمه المذكورة أعلاه المحامية نغم حسن علي لائحة تمييزية طالباً نقض القرار الصادر ضد موكلتها. طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة 105/هيئة عامة/2023 والمؤرخة في 2023/2/19 إبدال الوصف القانوني وتخفيف العقوبة المفروضة بحقها إلى

الحد المقتضى قانوناً.

القرار // لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية وجد إن محكمة جنابات الرصافة الهيئة الثانية قد أصدرت قرارها المرقم 3490-ج2-2021 في 2022/8/7 والمتضمن إدانة المتهم (ز س ص) وفق أحكام المادة (406/أج) من قانون العقوبات وبدلالة الاشتراك (47،48،49) منه والمعدلة بأمر مجلس الوزراء رقم 3 لسنة 2004 والحكم عليها بالسجن المؤبد استدلالاً بأحكام المادة (1/132) من قانون العقوبات مع احتساب مدة موقوفيتها وإعطاء الحق للمدعين بالحق الشخصي للمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وحيث إن خلاصة الدعوى كما مبين في وقائعها إنه وبتاريخ 2018/3/3 حضر المدعي بالحق الشخصي للمجنى عليها (د ا د) إلى مركز شرطة النهروان للإخبار عن فقدانها وقد تم إخبارهم بوجود جثة لأمرأة عُثر عليها في منطقة سياج بغداد وبعد مُعاينتها من قبلهم فقد تعرفوا عليها من إنها جثة المجنى عليها ثم دونت أقوالهم بطلب الشكوى وبعد القبض على المتهم (ز س ص) وتدوين أقوالها وتوافر كافة الضمانات القانونية لقد اعترفت بانفاقها مع المتهمين المفارقة قضايهم (س م ر، ب م ر) على استدراج المجنى عليها لغرض ممارسة الفعل الجنسي وعند دخولها إلى الدار ومحاولة المتهم (س م ر) ممارسة الفعل معها ورفضها ذلك فقد قام بقتلها وإنها أي المتهمه أثناء ارتكاب الجريمة قد هربت إلى غرفتها وقامت لاحقاً بغسل الدار لإخفاء معالم الجريمة وقد تعزز اعترافها بأقوال بقية المتهمين بصفة شهود وأقوال المدعين بالحق الشخصي ومحضر الكشف على محل الحادث ومخططه ومحضر الكشف على الجثة، وحيث إن المتهمه لم تشترك في ارتكاب جريمة القتل ولم يكن هنالك اتفاق مسبق على ارتكاب الجريمة وأن دور المتهمه كان استدراج المجنى عليها لغرض ممارسة الفعل الجنسي معها من قبل بقية المتهمين الا أنها أي المتهمه قد أحجمت عن الإخبار عن جريمة القتل وبالتالي فإن فعلها ينطبق وأحكام المادة (247) من قانون العقوبات لذا قررت هذه المحكمة وبالأكثرية إبدال الوصف القانوني للفعل الذي ارتكبه المتهمه (ز س ص) إلى المادة (247) من قانون العقوبات وإدانتها بموجبه وحيث إن العقوبة المفروض بحقها قد أصبحت غير مُتناسبة مع الوصف الجديد للجريمة لذا قرر الحكم عليها بالحبس الشديد لمدة خمس سنوات مع احتساب موقوفيتها ولاستغراق مدة العقوبة قرر إخلاء سبيلها من الحبس حالاً ما لم تكن مطلوبة

عن قضية أخرى وإشعار الجهة الإصلاحية المودعة فيها بذلك وصدر القرار استناداً لأحكام المادة (260) من قانون أصول المحاكمات الجزائية في 12/شوال/1444 هـ الموافق 2023/5/3.

التعليق: -

النتيجة المُحتملة في المساهمة: - إن النتيجة المُحتملة كفكرة هي ليست من مُشكلات القانون الصرفة، وإنما هي بالدرجة الأساس إحدى مُشكلات التفكير الإنساني بصفة عامة يحتكم فيها الإنسان إلى تقدير الذهن تعويلاً على الخبرة الإنسانية الموروثة والمُكتسبة. وإن وصفها بأنها من مُشكلات التفكير الإنساني قد جاء ذلك في صدد اعتمادها بالدرجة الأساس على الخبرة الإنسانية وأعمال العقل. وتبعاً لذلك فتُعرف النتيجة المُحتملة للنشاط الإجرامي بأنها هي تلك النتيجة التي يُحتمل عقلاً وبحكم المجرى العادي للأمر أن تنشج كأثر عن السلوك متى ما كانت متوقعة وفق المجرى العادي للأمر أي كان في استطاعة المُساهم ومن واجبه أن يتوقعها ولو لم يتوقعها فعلاً. لذلك فإن فكرة المسؤولية عن النتيجة المُحتملة تكمن في فكرة استطاعة التوقع وهي قاعدة سائدة في القانون الإنكليزي تقوم على أساس افتراض تعمد الشخص كل النتائج الطبيعية والمُحتملة لفعله ومن هذا الأساس قد يحدث أن يرتكب أحد المُساهمين جريمة غير الجريمة التي كانت المُساهمة في الجريمة في صددِها ابتداءً ولكن هذه الجريمة المرتكبة تكون نتيجة مُحتملة للجريمة المُتفق على ارتكابها فإن ذلك المُساهم -فاعلاً كان أم شريك- فإنه يُساءل عن تلك النتيجة، المُرتبطة ارتباطاً احتمالياً بالنتيجة الأصلية، سواء قد توقعها المُساهم حقيقةً وفعلاً أم لم يتوقعها البتة كون إن مناط المسؤولية عن هذه النتيجة ليس ما خَطَرَ على ذهن المُساهم أو لم يَخَطُر وإنما تُرمى هذه المسؤولية على عاتق المُساهم رميةً اعتبارياً دون البحث في التأصيل النفسي لها لدى المُساهم والاكتفاء فقط باحتمالية تلك النتيجة التي وقعت بأنها مُلائمة للمجرى العادي للأمر. وقد أشار المشرع العراقي إلى موضوع النتيجة المُحتملة في المادة (53) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 المعدل النافذ حيث نص ((يعاقب المُساهم في جريمة -فاعلاً أو شريكاً- بعقوبة الجريمة التي وقعت فعلاً ولو كانت غير التي قصد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت نتيجة مُحتملة للمساهمة التي حصلت)).

لذا ووفق هذا النص فإن مسؤولية المُساهم تنهض بمجرد وقوع النتيجة المُرتبطة

احتمالاً بالنتيجة الأصلية التي تم انعقاد المساهمة على تحقيقها ابتداءً قياساً بالمجرى العادي للأمر.

-ومن أمثلة النتائج الجرمية المُحتملة للنتائج الجرمية الأصلية المُبتغاة أساساً -كغاية- من المساهمة الإجرامية هي نتيجة إزهاق الروح في جريمة القتل -كنتيجة مُحتملة- لنتيجة اختلاس المال المنقول بنية تملكه في جريمة السرقة -كنتيجة أصلية مُبتغاة من المساهمة الإجرامية- لذلك إن المُساهم يُسأل عن جريمة القتل (إزهاق الروح) كنتيجة مُحتملة للسرقة وفق المجرى العادي للأمر لها. -اغتصاب أنثى نتيجة مُحتملة لجريمة خطف أنثى -السب والقذف نتيجة مُحتملة لجريمة الإيذاء العمدي -قتل أنثى نتيجة مُحتملة لجريمة الاغتصاب فهذه النتائج المُحتملة يُسأل عنها المُساهمين في الجريمة-فاعلين كانوا أو شركاء- توقعوها أم لا وسواء أرادوا حدوثها من عدمه كونها نتائج مُستساغة الوقوع وفق المجرى العادي للأمر. ومن الإطلاع على القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية -الهيئة الموسعة الجزائية- إن هُنالك مساهمة إجرامية من ثلاثة أشخاص على ارتكاب جريمة اغتصاب أنثى عن طريق استدراجها إلى الدار ومن ثم ممارسة الفعل الجنسي معها وأثناء محاولة أحد المتهمين البدء بتنفيذ الفعل الا أن المُجنى عليها قاومت ورفضت ذلك مما دفع أحد المتهمين إلى قتلها، وقد حكمت محكمة جنابات الرصافة على المُتهمة (المرأة) بجريمة المساهمة في القتل العمدي وفق المادة (1/406/ج) ((إذا كان القتل لدافع دنيء أو مقابل أجر أو إذا استعمل الجاني طُرقاً وحشية لارتكاب الفعل)) وفق مواد المساهمة (47، 48، 49) وإن الحكم لم يُبين سبب التشديد وفق المادة آنفة الذكر، ولعلها يكون سبب التشديد هو الدافع الدنيء وهذا ما تفصح عنه وقائع القضية، لكن كان من الأجدر بل من واجبها أن تُبين أي من أجزاء الفقرة (ج) هي المُنطبقة مما حملها على التشديد.

إلا أن القرار التمييزي يرى إن فعل المُتهمة لا ينطبق مع الوصف القانوني الذي أسبغته محكمة الجنابات على الواقعة، حيث ترى محكمة التمييز بأن فعل المُتهمة ينطبق ونص المادة (247) أي جريمة الإحجام عن الإخبار. الا أن عند إمعان النظر في الوقائع وتقليبها على كافة الوجوه يتبين إن القتل يندرج ويُعد من ضمن النتائج المُحتملة التي قد تترتب كأثر لجريمة الاغتصاب، والتي انعقدت المساهمة من أجلها ابتداءً، فإن مسؤولية المُتهمة عن واقعة القتل مُنعقدة كونها أحد المساهمين في الجريمة الأصلية الا وهي

جريمة الاغتصاب وإن ذلك يوافق المجرى العادي للأمر، بالإضافة إلى مسؤولية المُتهمة عن الجريمة الأصلية التي وقعت المُساهمة من أجلها الا وهي استدراج أثنى للاعتداء عليها جنسياً من قبل المُتهمين الآخرين ولكون أن نتيجة هذه الجريمة لم تتحقق فتكون مسؤوليتهم جميعاً، ومن ضمنهم المُتهمة، قائمة على أساس جريمة الشروع في هذه الجريمة أي -شروع باغتصاب- أي أن المُتهمة تكون مسؤولة عن جريمتين الأولى هي شروع في اغتصاب والثانية -وهي التي في صدد بيانها- جريمة القتل كنتيجة مُحتملة للجريمة الأصلية التي حصلت المُساهمة من أجلها. لذا فإن قرار محكمة التمييز الموقرة بأبدال الوصف القانوني للجريمة قد جانب الصواب حيث إن مناط مُسائلة المُتهمة عن الجريمة الثانية أي جريمة القتل تجد سنداً لها في ضوء المادة (53) وبما أن أحد المُتهمين هو الذي أقدم على القتل فإن المسؤولية الناشئة عن هذا القتل تسري على جميع المُساهمين الآخرين على الرغم من أنها جريمة مُختلفة عن تلك التي أرادوا ارتكابها وانعقدت مُساهمتهم من أجلها وذلك لكونها نتيجة مُحتملة لها، وإن المُبرر الذي استند عليه القرار التمييزي في عدم مُسائلة المُتهمة عن جريمة القتل هو (...إن المُتهمة لم تشترك في ارتكاب جريمة القتل ولم يكن هنالك اتفاق مُسبق على ارتكاب هذه الجريمة وإن دور المُتهمة كان استدراج المُجنى عليها لغرض ممارسة الفعل الجنسي معها من قبل بقية المُتهمين...) الا إن ما فات محكمة التمييز الموقرة هو أن القتل هنا يندرج ضمن مفهوم النتيجة المُحتملة والتي قد تنشئ عن جريمة الاغتصاب والتي لا يتطلب اتفاق مُسبق عليها أو حتى إرادتها من أجل المُسائلة عنها حيث إن هذه المسائل زائدة وغير مُتطلبية وإن الشرط الوحيد المُتعلق بالنتيجة التي وقعت ونهوض المسؤولية عنها هو الطبيعة الاحتمالية لتلك النتيجة ضمن المجرى العادي للأمر، وبالتالي فإن عُنصري الإسناد والذنب بالنسبة للمُتهمة مُتحقق قانوناً بالتالي فلا مُسوغ من عدم مُعاقبتها عن جريمة القتل التي حصلت. ومما تجدر الإشارة إليه في هذا القرار بأنه قد صدر بأكثرية الآراء وليس باتفاقها ولعل هذا يُبرر الحكم بالحد الأقصى لعقوبة المادة (247).

هذا من جانب، ومن جانب آخر نلاحظ بأن قرار محكمة التمييز قد أشار إلى مسألة تخص وقائع الدعوى وهي بأن المحكوم عليها (ز س ص) قد قامت بعد وقوع الحادث بغسل الدار لإخفاء معالم الجريمة وهذا ما قد تعزز باعترافها وبأقوال بقية المُتهمين بصفة شهود... وعند تدقيق ما جاء في القرار التمييزي يتبين إن فعل المُتهمة هنا يُشكل جريمة

قائمة بحد ذاتها ألا وهي جريمة تضليل القضاء وفق أحكام المادة (248) إنها قد قامت بغسل الدار وغيرت من حالة الأماكن والأشياء وكان ذلك بقصد إخفاء معالم الجريمة التي وقعت، وهذا يستدعي من سلطة محكمة الموضوع -أثناء نظرها للدعوى- أو من سلطة محكمة التمييز أثناء تدقيقها لأوراق الدعوى من أن تُخاطب السلطات التحقيقية بشأن اتخاذ الإجراءات القانونية بشأن هذه الجريمة، وإن هذه الجريمة مع الجرائم السابقة تُمثل وتُجسد بوجودها تعدد الجرائم المُرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة والذي يجمع بينها وحدة الغرض، حيث الارتباط الوثيق بين الجرائم واضح إذ أن جريمة تضليل القضاء ما كانت لُترتكب لولا جريمة القتل والتي بدورها أيضاً ما كانت لُترتكب لو لا خيبة أثر الجريمة الأولى وهي جريمة الاغتصاب والوقوف عند الشروع فيها وإلى كل ذلك وحدة الغرض الذي تجمعهم، مما يُجب الحكم بالعقوبة المُقررة لكل جريمة والأمر بتنفيذ العقوبة الأشد دون سواها. وإن الأثر المُباشر والحال والذي ترتب من القرار هو إن الموماً لها في الحكم بعد إبدال الوصف القانوني من القتل العمد إلى الإحجام عن الأخبار لكونه أكثر انطباقاً من وجهة نظر محكمة التمييز الموقرة- مع التحفظ على ما ذهبت إليه - تكون قد استنفدت المحكمة مدة محكوميتها وبالتالي إخلاء سبيلها حالاً من المؤسسة الإصلاحية. وفي النهاية إن ما ارتأت إليه محكمة التمييز الموقرة في قرارها بشأن الوصف القانوني الأكثر انطباقاً واستبعاد الأوصاف الجُرمية الأخرى هو منحى واجب الاحترام وواجب الإلتباع والتنفيذ كونها تُمثل الهيئة القضائية العليا في البلاد والتي تمارس رقابتها على جميع المحاكم.

المراجع

- 1- مصطفى محمد عبد المحسن، القصد الجنائي الاحتمالي في القانون الوضعي والنظام الإسلامي، دراسة تأصيلية مُقارنة، أطروحة دكتوراه جامعة عين الشمس، 1996، ص281.
- 2- للتفصيل يُنظر د.محمود نجيب حسني المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، ط2، 1992، ص 468. د.علي أحمد راشد، القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، ط2، 1984، ص482.
- 3- رفعت محمد علي رشوان، المسؤولية الجنائية عن النتيجة المُحتملة في قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق، 1998، ص2.
- 4- المادة (142) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المُعدل النافذ.





ملخصات

الرسائل والأطرح الجامعية المجازة

پوخته کانی ماسته رنامه

ودکتور انامه کانی

په سه ندر اوی زانکو

Abstracts of Approved Universities'

Dissertations and Theses



شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة في القانون العراقي دراسة تحليلية مقارنة

One Person Limited Liability Company in Iraqi Law An Analysis – Comparative Study

رسالة ماجستير للباحث: هيو ابراهيم قادر الحيدري

بإشراف: الأستاذ المساعد الدكتور حسين توفيق فيض الله

الاختصاص العام: القانون الخاص

الاختصاص الدقيق: القانون التجاري

مكان وتاريخ المناقشة: كلية القانون/ جامعة صلاح الدين – أربيل في 2007/7/26.

لجنة المناقشة: أ.د. سعدي إسماعيل البرزنجي (رحمه الله)/ رئيساً، أ.م.د. جبار صابر

طه/ عضواً، د. ناصر خليل جلال/ عضواً، أ.م.د. حسين توفيق فيض الله/ عضواً ومشرفاً.

ملخص عن الرسالة:

تمثلت إشكالية موضوع البحث في استحداث شركة الشخص الواحد بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (64) لسنة 2004 المعدل لقانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997، على الرغم من تعارضها مع الفكرة العقدية للشركة وما تستلزمها من تعدد الشركاء، ومع مبدأ وحدة الذمة المالية وعدم قابليتها للانقسام ضماناً للدائنين في القانون العراقي، إضافة لمواجهتها لمشاكل قانونية وعملية ناجمة عن اكتفاء مشروع الأمر (2004/64) باستحداث هذه الشركة دون بيان أحكامها، كما لم يفرد لها تنظيمًا قانونياً مستقلاً، مكتفياً بنص المادة (4/ثانياً/2) من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل، وعلى الرغم من تطبيق أحكام الشركة المحدودة عليها، إلا أنها أحكام قانونية تنظم شركة مؤلفة من شريكين فأكثر. أي أنه وإن كانت شركة الشخص الواحد تماثل الشركة المحدودة من حيث أن مسؤولية كليهما محدودة، ولكنها – أي شركة الشخص الواحد – تخالف الشركة المحدودة في تعدد الشركاء.

وبرزت أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره – آنذاك – في أن استحداث (شركة الشخص الواحد المحدودة) كان تغييراً جذرياً ومن أهم المستجدات في قانون الشركات

العراقي، وذلك بعد تحويل نظام الاقتصاد العراقي من نظام مركزي غير شفاف ومخطط إلى نظام السوق الحر ونظام شفاف وذلك عن طريق تفعيل القطاع الخاص، ومن أهم أدوات هذا التفعيل بالطبع هي الشركات التجارية وفي مقدمتها شركة الشخص الواحد باعتبارها الإطار الأنسب لتشجيع المشاريع الصغيرة والمتوسطة لا سيما في نطاق الشركات الإلكترونية.

لذلك كان من بين أهداف البحث بيان نشأة شركة الشخص الواحد وتطورها القانوني في الأنظمة القانونية المقارنة للوقوف على طبيعة نشأتها والمبررات الكامنة وراء بروزها، لمعرفة جدوى استحداثها في القانون العراقي، وأهم المزايا القانونية والاقتصادية لها، والتطرق إلى موقف القوانين المقارنة والقضاء والفقهاء من هذه الشركة. كذلك بيان المعوقات القانونية التي تواجه هذه الشركة، وفي مقدمتها أوجه التعارض بينها وبين الفكرة العقدية للشركة ومبدأ وحدة الذمة المالية، ورفع هذا التعارض. كما تمثلت أهداف البحث أيضاً في بيان أهم أحكام هذه الشركة من حيث التأسيس، والرأس مال، والإدارة، والرقابة، والانقضاء، والاندماج، والتحول، والتصفية.

وتم الاعتماد في كل ذلك على المنهج التحليلي المقارن لبعض القوانين التي تنتمي إلى نظم قانونية مختلفة جرمانية ولاينية وأنكلوأميركية. إذ تناول هذه الدراسة النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في القانون الفرنسي، كونه المصدر التاريخي للقانون المدني العراقي، وأحد المصادر التاريخية لقانون الشركات العراقي. والقانون الألماني، كونه المنبث الأصلي لشركة الشخص الواحد وفكرة تخصيص الذمة المالية. والقانون الإنكليزي، كونه أحد المصادر التاريخية لقانون الشركات العراقي. والقانون الأميركي، كون التعديل الجديد باستحداث شركة الشخص الواحد، قد جاء من قبل سلطة الائتلاف المؤقتة الممثلة لفلسفة الولايات المتحدة الأميركية، كما أن القانون الأميركي يعد من أكثر القوانين التي تعمل على ملاءمة التشريعات مع الحاجات الاقتصادية والعملية وتكييفها لخدمة هذه الحاجات. إضافة إلى القوانين العربية التي نظمت شركة الشخص الواحد، وكل ذلك للإفادة من تجربة هذه الدول في هذا المجال، لفائدة القانون الوطني.

وفي ضوء ما تقدم، وبهدف التعرف على النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في القانون العراقي، والقوانين المقارنة، ارتأينا تقسيم الرسالة إلى ثلاثة فصول، تناولنا بالبحث في الفصل الأول نشأة شركة الشخص الواحد وتطورها القانوني، وبحثنا في الفصل الثاني

مفهوم شركة الشخص الواحد، معوقاتهما القانونية، أساسها القانوني ومبررات تنظيمها، وخصصنا الفصل الثالث لبيان أحكام شركة الشخص الواحد، من حيث التأسيس ورأس المال والإدارة والانقضاء.

ومن بين أهم استنتاجات الرسالة ما يأتي:

1- لا تطابق بين فكرة العقد وفكرة الشركة، فالشركة ليست هي العقد، بل العقد مصدر منشئ لها، ولو سلمنا بهذا الأمر وفصلنا بين العقد والشركة، لرفعنا التعارض بين شركة الشخص الواحد وفكرة العقد، إذ أن هذه الشركة لا تنشأ عن العقد لتعارض معها، وإنما تنشأ عن الإرادة المنفردة لمؤسسها، وبالتالي اعتبار الإرادة المنفردة أساساً قانونياً لتأسيس شركة الشخص الواحد.

2- خرج القانون العراقي، والقوانين المقارنة، بعدة استثناءات على الفكرة العقدية (مبدأ تعدد الشركاء)، منها إجازة وجود شركة الشخص الواحد في مجال القطاع العام، وعن طريق التأمين، وحالة اجتماع جميع أسهم الشركة أو حصصها في يد شريك واحد، والمشروع الفردي في القانون العراقي، ولكن في ظل التمسك بمبدأ وحدة الذمة المالية.

3- إذا سلمنا بأن العقد هو المصدر الرئيسي للالتزام والإرادة المنفردة استثناء يجب أن يقرر بنص، فإن تأسيس شركة الشخص الواحد مصدره الإرادة المنفردة المقررة بنص خاص هو نص المادة (4/ثانياً) من قانون الشركات العراقي المعدل. هذا في حالة القول بأن الشركة ليست عقداً، وإنما العقد مصدر لتأسيس الشركة إلى جانب الإرادة المنفردة. وحتى لو سلمنا بدمج فكريتي الشركة والعقد معاً، واعتبار العقد المصدر الوحيد لإنشاء الشركة، أي أنه لا يمكن تأسيس الشركة إلا بعقد، وذلك عند القائلين بها، فإنه، ووفقاً للتكييف الذي قال به أستاذنا الدكتور سعدي البرزنجي، فإنه لا وجود للتعارض بين شركة الشخص الواحد وفكرة العقد، طالما أن الالتزام بالعقد نفسه إنما هو التزام بالإرادة المنفردة لأطراف العقد، أي أن الإرادة المنفردة هي المصدر الرئيسي للالتزام، وأنها - أي الإرادة المنفردة - تصلح كأساس قانوني لشركة الشخص الواحد.

4- توجد العديد من الاستثناءات القانونية والقضائية على مبدأ وحدة الذمة والتي هي في الوقت ذاتها تطبيقات لفكرة تخصيص الذمة المالية. وفي مقدمتها تخصيص ذمة القاصر المأذون بالتجارة وتخصيص الذمة البحرية وتعدد ذمة المفلس قبل التفليسة والأموال غير القابلة للحجز وشركات الأموال وغيرها.

5- إن الواقع القانوني يؤكد أن حجة ضعف ائتمان شركة الشخص الواحد مقبولة أيضاً بالنسبة للشركة المحدودة متعددة الشركاء، ذلك أن مسؤولية الشركاء فيها تقتصر على قيمة الأسهم (أو الحصص) المقدمة لرأسمالها فقط، فلماذا إذن، أخذنا بالشركة المحدودة متعددة الشركاء ولم نرفضها في تشريعاتنا لضعف ائتمانها؟ وأوضحنا أنه إذا كانت الحجة حماية الدائنين، فإنه لا مجال للقول بذلك ما دامت المسؤولية محدودة بقيمة رأسمال الشركة، فإنه لا تأثير على الدائنين فيما إذا كان رأس المال هذا مملوكاً لشريكين أو أكثر (شركة محدودة متعددة الشركاء) أو كان مملوكاً لشريك واحد (شركة شخص واحد) ما دام أنه مسدد بالكامل.

6- إن تعدد الشركاء ليس شرطاً لاكتساب الشركة للشخصية المعنوية، بل هو نتيجة حتمية لعقد الشركة المنشئ للشخص المعنوي. ومرد هذا الالتباس هو الدمج بين مفهوم الشركة ومفهوم العقد في القانون العراقي وغالبية القوانين العربية، بنصها صراحة على ضرورة تعدد الشركاء لإنشاء الشركة، سواء من خلال نصوص القانون المدني أو القانون التجاري. فمن حيث المبدأ فإن الشخصية المعنوية للشركة لا يمكن أن تنشأ في ظل هذه القوانين إلا بوجود تعدد للشركاء تتوافر فيما بينهم نية المشاركة. فإذا فصلنا بين فكريتي العقد والشركة، وأصبحت الإرادة المنفردة إلى جانب العقد مصدراً لتأسيس الشركة، حينئذٍ تكتسب الشركات الشخصية المعنوية إما عن طريق العقد، وبالتالي استلزام تعدد الشركاء، وإما عن طريق الإرادة المنفردة، كما في حالة شركة الشخص الواحد.

7- تسري الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لانعقاد الشركة بوجه عام، والشركة المحدودة بوجه خاص، على البيان الذي يصدره الشريك الوحيد، والذي اقترحنا تسميته بـ (بيان شركة الشخص الواحد). والمقابلة لعقد الشركة المحدودة.

8- لا يجوز لشركة المساهمة التحول إلى شركة شخص واحد، وأوضحنا بأن هذه الحالة ثغرة في قانون الشركات العراقي، تؤدي إلى التصفية الإجبارية للشركة المساهمة إذا لم تكمل النصاب القانوني ذلك أن طريق التحول أمامها مسدود، مع أن هذه الحالة لم تذكر من ضمن أسباب انقضاء الشركات في القانون العراقي.

9- لم يساير القانون العراقي القوانين المقارنة، في ضرورة أن يكون مراقب الحسابات شخصاً محايداً لا تربطه صلة قرابة بالشريك الوحيد كزوجته أو أصوله أو فروعها أو أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة، لضمان استقلالية المراقب ونزاهته، رغم أن المشرع

العراقي كان يتبع هذا النهج في ظل قانون (1957)، وتخلّى عنه في ظل قانون (1983) و(1997).

وكان من بين أهم توصيات الرسالة، ما يأتي:

1- ضرورة إصدار قانون جديد للشركات في العراق مراعيًا التعديلات الجوهرية التي أتى بها الأمر رقم (64) لسنة 2004، بصياغة قانونية رصينة تتسم بالدقة والوضوح والإيجاز، ومعالجة المواد المعلقة من قانون (1997).

2- ضرورة الفصل بين فكرة الشركة وفكرة العقد، لأن عدم الفصل بينهما، هو العقبة القانونية الوحيدة، في رأينا، أمام شركة الشخص الواحد. وبعبارة أخرى أنه يجب التمييز بين الشركة كنظام قانوني والعقد كمصدر منشئ لها، فعلاقة الشركة بالعقد كعلاقة الالتزام بالعقد. فكما أن الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام إلى جانب العقد، فإنها مصدر منشئ للشركة إلى جانب العقد. وفي ضوء ذلك اقترحنا على المشرع العراقي تعديل المادة (4) من قانون الشركات العراقي المعدل، ليكون على النحو الآتي: ((تنشأ الشركة بعقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة. ويجوز في الحالات التي ينص عليها القانون أن تنشأ الشركة، بقانون خاص أو بعمل إرادي: 1- من شخص واحد، طبيعي أو معنوي، يخصص أمواله لممارسة نشاط اقتصادي معين. يُشار له فيما بعد بـ (شركة الشخص الواحد المحدودة). 2- أو من شخص طبيعي واحد لممارسة نشاط اقتصادي معين. يُشار له فيما بعد بـ "المشروع الفردي"). أو كما اقترحنا في الفصل الأول من هذه الرسالة تسميته بـ(شركة الشخص الواحد غير المحدودة)

3- نقترح تعديل المادة (6/ثانياً) من قانون الشركات العراقي المعدل، وذلك للتعريف بشركة الشخص الواحد وتكوينها المباشر وغير المباشر، لمسايرة اتجاه القوانين المقارنة الحديثة، لتكون على الوجه الآتي: ((ثانياً/ أ- تتألف الشركة المحدودة من شخص واحد أو أكثر لا يزيد عددهم عن (25) خمسة وعشرين شخصاً، ويساهم هؤلاء في أسهم الشركة ويتحملون مسؤولية ديونها بالقيمة الاسمية للأسهم التي ساهموا بها. ب- يُقصد بشركة الشخص الواحد المحدودة لأغراض تطبيق أحكام هذا القانون، كل نشاط اقتصادي يمتلك رأسماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو معنوي. ج- تستمر الشركة المحدودة في حالة اجتماع جميع أسهمها في يد شريك واحد. د- ويمارس (الشريك الوحيد) في (شركة

الشخص الواحد المحدودة) السلطات المخولة لجميع الشركاء، وتسري الأحكام العامة للشركة المحدودة على شركة الشخص الواحد المحدودة فيما لا يتعارض وطبيعة الشريك الوحيد)).

4- يجب الحرص، عند تنظيم شركة الشخص الواحد قانوناً، على تحقيق التوازن الدقيق بين مصلحة الشريك الوحيد والمصالح المشروعة للدائنين، وذلك عن طريق تغليب مصلحة الشركة على مصلحة الشريك الوحيد عند التعارض بينهما. وتقرير عدة ضمانات أساسية للدائنين. ومن أهم هذه الضمانات، والتي نرى ضرورة في إقرارها من قبل المشرع العراقي، هي الحرمان من ميزة المسؤولية المحدودة في حالات الغش والتحايل والتعسف في استعمال الحق. فالمشرع العراقي، جعل من حماية الدائنين من الغش والاحتيال أحد أهداف قانون الشركات العراقي المعدل، ولكنه، لم يخص شركة الشخص الواحد بنص خاص يقرر المسؤولية الشخصية للشريك الوحيد في حالة تحايله على القانون. وبالتالي فإنه - أي المشرع العراقي - لم يقرر إحدى أهم ضمانات الدائنين في شركة الشخص الواحد، وهو ما لا يتوافق وهدف قانون الشركات العراقي من حماية الدائنين من الاحتيال. لذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة جديدة إلى الفصل الثالث (أحكام عقابية) من قانون الشركات العراقي المعدل، تنص على ما يأتي: ((في حالة قيام الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد بالتحايل على القانون وعدم التزامه بالفصل التام بين ذمته الشخصية وذمة شركته الفردية، يكون مسؤولاً شخصياً عن ديون الشركة والتزاماتها كافة)).

5- إجازة تحول الشركة المساهمة إلى شركة محدودة، متعددة الشركاء أو بشريك واحد، في حالة الاضطرار، على أقل تقدير. وإن كان يتعارض مع القاعدة العامة في القانون العراقي من إجازة التحول نحو الأعلى، لأنه في حالة نقصان عدد أعضاء الشركة المساهمة إلى عضو واحد، بصورة لا إرادية، فإن الإبقاء عليها بتحولها إلى شركة شخص واحد أفضل بالطبع من حلها واختفاءها نهائياً عن الوجود.

التنظيم القانوني لتمويل مشاريع البنى الأساسية المنفذة عن طريق القطاع الخاص دراسة مقارنة

أطروحة دكتوراه فلسفة

تقدم بها

نواف علي خليف الطائي

القانون الخاص / القانون التجاري

كتبت في كلية الحقوق جامعة الموصل ونوقشت بتاريخ 15 / 3 / 2015 وتألقت لجنة المناقشة حسب الأمر الجامعي الصادر عن جامعة الموصل / مكتب رئيس الجامعة / ذي العدد 1422 س في 8 / 2 / 2015 من السادة المدرجة أسمائهم أدناه:

- | | |
|--------------|------------------------------------|
| رئيساً | 1- أ.د. محمد سليمان محمد الأحمد |
| عضوا | 2- أ.م.د. اكرم محمود حسين |
| عضوا | 3- أ.م.د. دانا حمه باقي عبد القادر |
| عضوا | 4- أ.م.د. عامر عاشور إبراهيم |
| عضوا | 5- أ.م.د. بيرك فارس حسين |
| عضوا ومشرفاً | 6- أ.م.د. ندى زهير الفيل |
- أولاً- التعريف بموضوع البحث:

مما لا شك فيه أن توافر البنية الأساسية من طاقة ونقل وطرق وإمدادات مياه وصرف صحي واتصالات وكهرباء... الخ بالكم المناسب والجودة الملائمة يعد من الدعائم الأساسية لدفع عجلة التنمية الاقتصادية في مختلف الدول وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

ولذلك ومن أجل القيام بالمشروعات المكونة لهذه البنية، فإن الأمر يتطلب تدبير التمويل اللازم لإنجازها، وهو ما كانت حكومات الدول تنهض بها عادةً من خلال موارد مالتها العامة باعتبارها سلطة عامة تحتكر تقديم خدمات البنية الأساسية من خلال

الأجهزة التابعة لها.

إلا أن هذا الوضع لم يقدر له في الواقع الاستمرار على النحو المتقدم وذلك بسبب ما طرأ أولاً على دور الدولة الاقتصادي والاجتماعي من تحولات وتطورات أدت بمجملها إلى التوجه نحو التخفيف من الأعباء المالية الواقعة على كاهل موازنتها العامة وثانياً بسبب اتساع حجم الفجوة بين المتاح والمطلوب من خدمات البنية الأساسية اللازمة لتنفيذ برامج التنمية الاقتصادية في العديد من الدول النامية ومن بينها العراق، سيما أن هذه الفجوة في تزايد مستمر نظراً للزيادة المضطردة في عدد السكان والامتداد العمراني السريع، وعجز الأرصدة المالية المخصصة في الموازنة العامة عن تلبية الاحتياجات المتزايدة للأفراد، وانعكس ذلك بدوره سلباً على جودة حجم المتاح من خدمات البنية الأساسية.

وازدادت مشكلة التمويل الحكومي هذه والتي تشكل - في رأينا - أحد أهم معوقات تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بشكل عام، إضافة إلى ما يترتب على هذا التمويل من قيود وشروط باهظة تؤدي في النهاية إلى إضعاف اقتصاديات الدول في المجالات المختلفة، فقد تجسدت ضرورة البحث عن مصادر تمويلية أخرى بديلة عنه أو مكمل له يعطي لها دوراً يمكنها من الإسهام في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية وهذا ما دفع الدول إلى مشاركة القطاع الخاص لها في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية للوصول إلى إتاحة أساليب أكثر كفاءة وأقل كلفة في تقديم خدمات هذه المشروعات حتى أصبح الاستثمار فيها واحد من المتطلبات الأساسية الواجب توافرها لتحقيق النمو الاقتصادي المستمر والمتسارع، ورغم ذلك فقد لوحظ أن القطاع الخاص لا تتوافر له في كثير من الحالات موارد التمويل اللازم للوفاء بتنفيذ المشروعات المتعاقد عليها، وإذ باتت الحاجة إلى البحث عن مصادر لتمويل هذا القطاع ملحّة وعلى نحو تتوافق مع طبيعة هذه المشروعات خاصة بعد أن شهدت أسواق التمويل الدولية ثورة حقيقية أنتجت تغييرات جذرية في وسائل انتقال الأموال وفقاً لأساليب وأدوات مستحدثة اتجهت مؤسسات التمويل بمقتضاها إلى الدخول في مجالات تمويلية وأنشطة جديدة... لذلك يبقى التساؤل المهم والقائم في هذا الصدد يدور حول الكيفية التي يتمكن من خلالها القطاع الخاص من توفير التمويل اللازم لأداء مهامه في إنجاز وتنفيذ مشروعات البنية الأساسية وحيث أن لهذا التمويل صوراً عديدة، فإن السؤال الذي يثار أيضاً هو ما أفضل هذه الصور؟

ثانياً- أسباب اختيار الموضوع:

إن من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار (التنظيم القانوني لتمويل مشاريع البنى الأساسية المنفذة عن طريق القطاع الخاص) لتكون مشكلة للبحث والدراسة في هذه الأطروحة هو أن هذا التمويل لم يحظَ باهتمام الباحثين القانونيين ولم تؤخذ الجوانب القانونية له حقها من البحث والدراسة والتحليل، فبقي لصيقاً بالدراسات الاقتصادية والمالية وظلت وجهته اقتصادية بحتة، لذلك حاولنا إخراجها - رغم الصعوبات التي واجهتنا بسبب ندرة المصادر التي تتناول الجانب القانوني لهذا البحث- من نطاق الدراسات الاقتصادية لتكون له وجهة أخرى قانونية وتكون نقطة البداية التي ينطلق منها باحثون آخرون في تناول الأحكام القانونية المتعلقة بهذا التمويل والإشكاليات التي يمكن أن تثار بشأنه مستقبلاً خاصةً في العراق الذي يعاني من انهيار مشروعات البنية الأساسية وظهور الحاجة الماسة إلى إعادة بنائها لضمان توفير الخدمات الأساسية لجمهور المواطنين.

إن هذه الدراسة تنصب على مشكلة لها جانب كبير من الخصوصية لكونها تثير العديد من التساؤلات في ناحيتين: -

الناحية الأولى/ إن لجوء الدول - وبالأخص النامية منها- إلى مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بسبب ضعف إمكانياتها وعجزها عن تمويل هذه المشروعات التي تحتاج إلى مبالغ طائلة لتمويلها لم يحل مشكلتها تماماً، لأنها ستواجه مشكلة أكثر تعقيداً ألا وهي مشكلة الآلية التي ستبناها في إشراك القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشروعات ومدى نجاح هذه الآلية، فهل يكون من المستحسن للدولة أن تلجأ إلى أسلوب الخصخصة لتقوم بخصخصة مشاريع البنية الأساسية القائمة وفق إجراءات محددة أم تقوم بخصخصة مشاريع البنية الأساسية المستقبلية بنظام B.O.O وللخصخصة مزايا وعيوب؟ أم من الأفضل أن تلجأ إلى التعاقد وفق نظام B.O.T الذي يتوقف نجاحه على إمكانية الدولة في الحصول على مستثمر (شركة المشروع) يمتلك الخبرة السابقة والملاءة المالية الكافية والضمانات التي تؤمن إكمال تنفيذ المشروع وتجنب المشروعات المتعثرة والتحوط من التعاقد مع مستثمر عاجز لا تتوافر لديه الإمكانيات والضمانات التمويلية الكافية لإنجاز المشاريع التي عهدت إليه؟

الناحية الثانية/ عندما يتولى القطاع الخاص - المستثمر- تنفيذ مشاريع البنية الأساسية

في الدولة- بعد أن وجدت حكومات الدول ضرورة مشاركته لها من أجل التخفيف عن كاهل موازنتها العامة- فإنه حتماً سيعاني هو الآخر من مشكلة إيجاد التمويل اللازم للقيام بإنجاز المشروعات التي عهد إليه تنفيذها، وهي مشروعات عادةً ما تكون ضخمة جداً تحتاج إلى مبالغ طائلة لتمويلها، إذ يفترض أنها تقدم خدمات عامة لجمهور المواطنين بأعلى مستويات الكفاءة والدقة إضافة إلى أنها تنطوي على مخاطر كبيرة يتحمل أغلبها القطاع الخاص، فكيف سيواجه هذا القطاع مشكلة التمويل موضوع البحث؟ هل سيلجأ إلى التمويل النقدي أي التمويل بالإقراض من الجهات والمؤسسات المتخصصة، وهنا ستكون المبالغ المطلوبة ضخمة جداً ربما تشترك عدة مؤسسات مالية في تأمين توفير هذه المبالغ، علاوة على ارتفاع نسبة الفوائد المفروضة على هذه المبالغ والتي يتحملها القطاع الخاص وتثقل كاهله؟ أم أنه يستعين بنظام تمويل المشروع (Project Finance) وهنا يتوجب عليه أن يضع المستندات التعاقدية (مستندات ووثائق وعقود المشروع) والحقوق المقررة له في مواجهة أطراف المشروع لصالح مؤسسات التمويل أو رهنها لديها بما يمكنها من الحلول محل هذا المستثمر إذا ما توقف المشروع عن التشغيل أو تلكاً في تنفيذ أحد التزاماته؟ أم أنه سيلجأ إلى التمويل بإصدار الأسهم والسندات، وهنا لا بد من تحقق شروط إصدارها ومراعاة الإجراءات التي تفرضها القوانين الوطنية في الدولة المضيفة، وهل يستطيع هذا القطاع أن يستغني عن التمويل النقدي ويعتمد على التمويل العيني ليأخذ بإحدى صورتيه التأجير التمويلي أو التمويل العقاري أم أنه لا بد من اللجوء ابتداءً إلى التمويل النقدي وإلى التمويل العيني في إحدى مراحل المشروع ولا يفوتنا أن نذكر بأن أنواع التمويل هذه لا بد وأن تتخذ من الاتفاق إطاراً قانونياً لها، والتساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الشأن هو ما هي أحكام وبنود هذه الاتفاقات وما هي الإجراءات السابقة عليها، ومن هو الذي سيتولى دراسة جدوى للمشروع الذي يعد أهم هذه الإجراءات للوصول إلى اتخاذ قرار التمويل بعد التأكد من قابلية المشروع للتمويل.

إن ما تم طرحه من تساؤلات لا يغني عن القول بأن البحث في موضوع هذه الأطروحة قد جعلنا أمام العديد من المسائل التي تحتاج إلى الخوض في مناقشتها وتحديد الأحكام القانونية التي تخضع لها وذلك بسبب غياب التنظيم التشريعي الموحد لصور وآليات تمويل مشروعات البنية الأساسية وهذه المسائل هي:

1- المخاطر العديدة والمتنوعة التي تواجه المشروع ومدى تأثيرها على قابلية هذه

التنظيم القانوني لتمويل مشاريع البنى الأساسية المنفذة عن طريق القطاع الخاص/نواف علي خليف الطائي 561

المشروعات للتمويل، إذ كلما زادت المخاطر كلما ضعفت فرص تمويله وقابليته للدعم بنظام تمويل المشروع.

2- الاتفاقات العديدة والمتشابكة التي يتوجب على مؤسسات التمويل أن تدخل كطرف فيها لكي تضمن استرجاع المبالغ التي قامت بإقراضها للقطاع الخاص - المستثمرين-.

3- تعدد مستندات الضمان والتأمينات المقدمة لسداد قيمة القرض والتي تلجأ مؤسسات التمويل إلى الحصول عليها من أجل ضمان وضع يدها على أصول المشروع عند تعثر القطاع الخاص لأي سبب.

4- حاجة الواقع العراقي الآن إلى تنظيم تشريعي يعالج الكيفية التي يتم من خلالها تمويل مشروعات البنية الأساسية والمسائل الواجب الاتفاق عليها في العقود المبرمة مع الشركات التي ستقوم بتنفيذ هذه المشروعات والضمانات التي يجب أن تقدم إلى جهات ومؤسسات التمويل وبيان الآليات التي يمكن اللجوء إليها للحصول على التمويل.

ثالثاً- منهجية البحث:

1- اعتمدت الدراسة في موضوع هذه الأطروحة على المنهج العلمي المقارن، وذلك لمعرفة عناصر التوافق والاختلاف بين التشريعات محل المقارنة للوصول إلى تكوين التصور الواضح والدقيق والمحدد للكيفية التي عولج بها هذا التمويل في تلك التشريعات وبما يعكس مواطن النقص والخلل في تشريعاتنا الوطنية بشأن هذا الموضوع ولفت نظر المشرع العراقي إليها، وعليه فقد عقدت المقارنة مع عدد من التشريعات العربية كالتشريع المصري واللبناني والأردني إضافة إلى التشريع الفرنسي كأحد التشريعات الغربية التي انصبت على تنظيم العديد من الجوانب القانونية لموضوع الأطروحة، كما أننا حاولنا الاستعانة وعلى طول صفحات هذه الأطروحة تقريباً بنصوص وتوصيات دليل الاونستيرال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولية بوصفه دليلاً رسم الإطار العام لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، كما حدد هذا الدليل صور التمويل ومؤسساته التي يمكن للقطاع الخاص اللجوء إليها.

ولم يمنعنا غياب التشريع الموحد لتمويل مشروعات البنية الأساسية في العراق من الرجوع إلى العديد من القوانين والتعليمات والأنظمة التي وجدنا بأن لها مساس بموضوع

الأطروحة.

2- كما اعتمدت هذه الدراسة أيضاً المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص التشريعية وشرحها وبيان العلاقة القانونية فيما بينها ومدى إمكانية مساهمتها في تحقيق الهدف الذي رسمه المشرع من خلال تنظيمه لبعض صور التمويل وعرض الآراء والاتجاهات الفقهية التي ظهرت بشأن كثير من المسائل المتعلقة بآليات التمويل وأفضلية بعضها على البعض الآخر وبيان موقف القضاء منها وتقديم رأينا المتواضع بشأنها. رابعاً- هيكلية البحث:

حتى يتسنى لنا الإلمام بالجوانب المختلفة لتمويل مشاريع البنى الأساسية عمدنا إلى تقسيم هذه الأطروحة إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة اشتملت على أهم نتائج البحث وتوصياته. وتفصيل ذلك على النحو الآتي: -

الفصل الأول: المفهوم القانوني لتمويل مشاريع البنى الأساسية.

المبحث الأول: التعريف بالتمويل.

المبحث الثاني: التعريف بالبنى الأساسية.

المبحث الثالث: الصفة التجارية لتمويل مشاريع البنى الأساسية.

الفصل الثاني: آليات القطاع الخاص لتمويل وإنشاء مشاريع البنى الأساسية.

المبحث الأول: خصخصة مشاريع البنى الأساسية.

المبحث الثاني: عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T.

الفصل الثالث: اتفاقات التمويل ومؤسساته.

المبحث الأول: الإجراءات السابقة لاتفاقات التمويل.

المبحث الثاني: اتفاقات التمويل.

الفصل الرابع: صور تمويل مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية.

المبحث الأول: التمويل النقدي.

المبحث الثاني: التمويل العيني.

خاتمة: تشتمل على خلاصة ونتائج الدراسة.

وبعد دراسة مستفيضة لموضوع البحث ثم التوصل إلى نتائج هامة وتوصيات قيمة ينبغي على المشرع مراعاتها في حال إصدار تشريعات تنظم موضوع البحث وفيما يلي نذكر أهم ما توصل إليه الباحث من نتائج وأفضل التوصيات وحسب التفصيل الآتي:

أولاً- النتائج:

1- عدم وجود مدلول قانوني محدد لمصطلح التمويل على الرغم من تداوله من الناحية التشريعية، كما أنه لم يكن محلاً للتعريف به من قبل الفقه القانوني، لذلك حاولنا إيجاد مفهوم قانوني يستوعب مختلف صور التمويل ضمن مدلول محدد.

2- لا يوجد عقد مستقل يسمى عقد التمويل وإنما توجد صيغ أو أساليب للتمويل يتم من خلالها تنظيم العلاقة في مجال استعمال رأس المال، لذلك يقسم التمويل إلى أقسام عدة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، فهناك التمويل طويل الأجل والتمويل قصير ومتوسط الأجل وهناك التمويل العيني والتمويل النقدي والتمويل الذاتي والتمويل الخارجي.

3- إن الحاجة للتمويل لم تعد قاصرة على الاستثمارات الوطنية بل ارتفعت لتصل إلى المستوى الدولي ليتخذ التمويل طابعاً دولياً من خلال قيام المصارف ومؤسسات التمويل تمويل الاستثمارات في دول أخرى.

4- ينصرف مفهوم مشاريع البنى الأساسية إلى ذلك النوع من المرافق الاقتصادية العامة التي تتولى تقديم خدمات أساسية للجمهور كتلك التي تتعلق بالطاقة الكهربائية والاتصالات والطرق وتوفير مياه الشرب وغيرها... ولم تحظ هذه المشروعات بتعريف تشريعي أو فقهي محدد، لذلك حاولنا إعطاء تعريف لها من حيث أنها تجد أساسها في نظريات القانون الإداري إذ أنها لا تخرج عن كونها مرافق اقتصادية عامة خرجت عن هيمنة الدولة وإدارتها وأصبحت تنفذ وتدار من قبل القطاع الخاص بصفته مستثمراً في هذه المشروعات، وأن هذه المشاريع تتعدد مكوناتها وتقسم وفق معايير مختلفة فمنها ما يقسم على أساس اقتصادي ومنها ما يقسم على أساس الحاجة إلى خدمات هذه المشروعات.

5- تتعد آليات القطاع الخاص للمشاركة في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية، وقد وردت في دليل الاونستيرال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممول من القطاع الخاص، وقد تناولت هذه الدراسة كل من الخصخصة وعقود البوت (B.O.T) وذلك لأن

الجهات الحكومية المانحة تتعاقد مع المستثمر من القطاع الخاص على قدم المساواة وتخضع تعاقدات الأطراف لأحكام القانون الخاص.

6- تتعدد مؤسسات التمويل التي يمكن اللجوء إليها لتمويل مشروعات البنية الأساسية فقد تكون مؤسسات تمويل دولية كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير ومؤسسة التمويل الدولية (I.F.C) والمؤسسة الدولية للتنمية (I.D.A)، كما تكون مؤسسات مالية تعمل وفق الصيغ الإسلامية من خلال صيغ التمويل بالمشاركة أو المرابحة أو التمويل بالسلم، كما يمكن الحصول على التمويل من وكالات التنمية الوطنية مثل الوكالة الأميركية للتنمية الوطنية والبنك الآسيوي للتنمية.

7- ممارسة نشاط التأجير التمويلي - في التشريعات المنظمة لهذا النشاط- يكاد يقتصر على الشركات المساهمة والمصارف وخضوعها في ممارسة هذا النشاط لرقابة وإشراف البنك المركزي وعدم السماح للأشخاص الطبيعية ممارسة هذا النشاط على اعتبار أن نشاط التأجير التمويلي يعد من أعمال الائتمان مما ينبغي عدم التوسع والإسراف فيه.

8- تحتاج مشروعات البنية الأساسية إلى قاعدة تمويلية واسعة وقادرة على تغطية نفقات الاستثمار في هكذا مشروعات ليس في الأجل القصير فحسب بل في الأجل المتوسط والطويل لذلك أصبح تمويل هذه المشروعات يتم بصفة رئيسية من خلال صورتين من التمويل هما التمويل النقدي والتمويل العيني.

9- التمويل بالأسهم يمثل أولى صور التمويل التي يلجأ إليه متعهدي المشروع وذلك من خلال تأسيس شركة مشروع وطرح أسهمها للجمهور، كما يمكن التمويل بالأسهم في مرحلة لاحقة أثناء فترة التشغيل من خلال زيادة رأس مال شركة المشروع. وتتميز هذه الأسهم بأنها متساوية القيمة وقابلة للتداول وعدم قابليتها للتجزئة، كما أن لها أنواع متعددة كالأسهم العادية والممتازة والعينية وتبين لنا أن المشرع العراقي لم يجر إصدار الأسهم الممتازة كما أنه قصر إصدار الأسهم العينية فقط في مرحلة تأسيس الشركة.

10- بعد التمويل بالأسهم يلجأ متعهدو المشروع إلى التمويل من خلال الاقتراض من المصارف ومؤسسات التمويل الأخرى، وتتنوع هذه القروض فقد تكون قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل، إلا أن هذا الاقتراض قد يتم بأحد أسلوبيين فأما أن يقترض متعهدي المشروع وفق الأساليب التقليدية للاقتراض وتقديم ضمانات تقليدية مقابل هذه القروض

التنظيم القانوني لتمويل مشاريع البنى الأساسية المنفذة عن طريق القطاع الخاص/نواف علي خليف الطائي 565

وقد يقترح متعهدي المشروع وفق نظام تمويل المشروع (Project Finance) بأحد صوره الثلاثة بضمانات مستحدثة تستند أغلبها أما على رهن أصول المشروع أو تدفقاته النقدية أو من خلال استخدام أنظمة القانون المدني - كحوالة الحق والإبابة في الوفاء- كوسائل ضمان للمصارف ومؤسسات التمويل لغرض الحصول على حقوقها.

11- وقد يلجأ المستثمرين أو متعهدي المشروع إلى التمويل من خلال إصدار السندات لسداد قروض المصارف ومؤسسات التمويل على اعتبار أن السندات تعد من صور التمويل طويل الأجل ولها من الخصائص ما يميزها، كما أن جميع التشريعات محل المقارنة أجازت للشركات المساهمة إصدار مثل هذه السندات لغرض الاقتراض من الجمهور وفق شروط محددة.

12- يمثل التأجير التمويلي النقطة التي انطلق منها التطور التاريخي للصيغ التمويلية التي تحقق للمشروعات الحصول على المعدات والآلات والعقارات دون حاجة إلى تملكها من خلال استئجارها من مؤسسات التأجير التمويلي، لذلك يعد التأجير التمويلي مكماً لصور التمويل الأخرى وليس منافساً لها.

ثانياً- التوصيات:

1- ندعو المشرع العراقي إلى اتخاذ الخطوات التالية بصدد نظرية الأعمال التجارية:-
أ- أن يعيد النظر في موقفه من نظرية الأعمال التجارية بالتبعية وضرورة الأخذ بها أسوة ببقية التشريعات محل المقارنة، حيث يمكن من خلال هذه النظرية إضفاء الصفة التجارية على الأعمال التي يقوم بها التاجر وترتبط بأعمال تجارته إضافة إلى ذلك ندعوه إلى اتخاذ موقف صريح وواضح من نظرية الأعمال التجارية المختلطة والأخذ بها من خلال إيراد نص صريح بذلك بدلاً من ترك هذه المسألة للقواعد العامة.

ب- ضرورة تعديل نص الفقرة الخامسة عشر من المادة الخامسة من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 النافذ على نحو ينص على تجارية تأسيس الشركات بدلاً من ترك ذلك لاجتهاد الفقهاء.

ت- إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة الخامسة من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 تجعل من التأجير التمويلي عملاً تجارياً، ذلك أن نص الفقرة الأولى من هذه المادة قد لا يستوعب كل صور التأجير التمويلي من حيث إضفاء الصفة التجارية عليها.

ث- إيراد فقرة أخرى إلى المادة الخامسة من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984

تقضي بتجارية التمويل العقاري بدلاً من الاحتكام إلى الفقرة الثالثة عشر من هذه المادة التي تضيفي الصفة التجارية على أعمال المصارف. حيث قد لا يسعفنا هذا النص في حال ممارسة نشاط التمويل العقاري من قبل الشركات الأخرى إذ أن ممارسة هذا النشاط في الدول التي تنظمه في تشريعات خاصة قد لا يقتصر على المصارف بل تمارسه شركات المساهمة إلى جانب المصارف كما هو الحال في مصر.

2- ضرورة إصدار المشرع العراقي قانون خاص ينظم مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مشاريع البنية الأساسية من خلال قواعد تحدد الجوانب المختلفة للمشاركة ويقوم على أساس تبني مفهوم حديث للشراكة بين القطاعين العام والخاص ويمكن الاستعانة في هذا الشأن بما ورد في التشريعات محل المقارنة لاسيما المشرع المصري الذي نظم هذه المشاركة بموجب القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية كما يمكن الاسترشاد بدليل الاونستيرال التشريعي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وأن يتم من خلال هذا القانون تنظيم عقود ال (B.O.T) بكافة صورها وأشكالها وأن يحدد في هذا القانون شروط انعقاد وضوابط اختيار شركة المشروع وحقوق أطرافه والتزاماتهم.

3- ندعو الجهات المانحة أو الوزارات التي تقدم على التعاقد وفق صيغ عقود البوت

إلى ما يلي: -

أ- وضع صيغ نموذجية للتعاقد مع القطاع الخاص سواء كان ذلك مما يتعلق بالخصخصة من خلال صيغ (R.O.O و P.B.O و B.O.O)، أو فيما يتعلق بصور عقود البوت الأخرى التي لا يوجد فيها نقل ملكية المشروع إلى القطاع الخاص، وأن تتضمن هذه العقود بنوداً تفصيلية لكل ما يتعلق بحقوق الطرفين والتزاماتهم والشروط الواجب توافرها في شركة المشروع والضمانات التي ينبغي مراعاتها عند التعاقد، إضافة إلى تحديد الجزاءات المترتبة على إخلال أي من الطرفين بالتزاماته.

ب- إلزام المستثمر في هذه المشروعات بتقديم دراسة جدوى للمشروع محل العقد من أجل الوقوف على طبيعة وحجم الحوافز التي يتعين تقديمها لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار في هذه المشروعات وكذلك من أجل الوصول إلى تحديد دقيق لمدة التعاقد الملائمة مع القطاع الخاص للاستثمار في هذه المشروعات.

ت- تنظيم الإجراءات السابقة على التعاقد مع المستثمر في مشروعات البنية الأساسية

وإلزام هذا المستثمر في تحديد مصادر وصور التمويل التي يمكن من خلالها الحصول على الموارد المالية المختلفة واللازمة لتغطية التكاليف المتوقعة للمشروع.

ث- لا بد للجهات المانحة لعقود الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية أن تتبع جانب الحيطة والحذر في التعامل مع الشركات المتعددة الجنسية وذلك من خلال وضع ضوابط وقيود قانونية معينة تكفل لها ضمان تنفيذ هذه المشروعات على أكمل وجه والاستفادة من تلك الشركات وتمنعها من السيطرة على اقتصادنا الوطني، إضافة إلى وضع بنود تعاقدية تتيح لهذه الجهات المانحة بالرجوع إلى الشركة الأم في حال إخلال الشركات الوليدة العاملة في مشروعات البنية الأساسية بالتزاماتها التعاقدية.

4- نقترح على المشرع العراقي تعديل نصوص المواد (29 و55) من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 المعدل بما يسمح تقديم الحصص العينية سواء من المؤسسين أو غيرهم من المكتتبين في أي مرحلة من مراحل حياة الشركة لما لهذا الحكم من أثر في تدعيم القدرة التمويلية للشركة عن طريق تقديم بعض الأصول المملوكة للقطاع الخاص (كالعقارات) كحصة تساهم في سد حاجة مشروعات البنية الأساسية لمثل هذه الأصول.

5- لا بد من السماح للمصارف من الإفراض وفق نظام تمويل المشروع باعتباره من أساليب التمويل الشائعة في العمل الدولي في إطار مشروعات البنية الأساسية.

6- ندعو المشرع العراقي أن يجيز في قانون الشركات للشركة المساهمة إصدار سندات قابلة للتحويل إلى أسهم أسوة ببقية التشريعات محل المقارنة ولما يحققه هذا النوع من السندات من مزايا لكل من الشركة المصدرة لهذه السندات وحامل هذه السندات، فالشركة المصدرة لهذه السندات تستطيع تحويل جزء من رأس المال المستقرض إلى رأس مال حقيقي، أما بالنسبة لحامل السندات فإن هذا النوع من السندات يتيح له الحصول على فائدة ثابتة كما يكون له الحق في أن يحول سندات إلى أسهم في المواعيد المحددة في نشرة الإصدار.

7- نرى ضرورة تدخل المشرع العراقي بإصدار قانون ينظم التأجير التمويلي باعتباره وسيلة تمويلية توفر التمويل العيني لمختلف المشروعات أسوة ببقية التشريعات محل المقارنة حيث لم يتخلف إلا المشرع العراقي عن تنظيم هذا النشاط، لذلك ندعوه للاستفادة من التشريعات محل المقارنة عند صياغة مثل هكذا تشريع على أن يؤخذ بنظر الاعتبار المسائل الآتية: -

أ- أن يكون القانون المنظم للتأجير التمويلي شاملاً لكل من العقار والمنقول وأن يقتصر على الأموال اللازمة لمباشرة نشاط إنتاجي وذلك لغرض استبعاد الأنشطة الاستهلاكية من نطاق هذا التشريع.

ب- أن يقتصر مزاوله نشاط التأجير التمويلي على الشركات المساهمة على أن لا يقل رأسمالها عن مبلغ معين يحدد حسب مقتضيات المصلحة العامة، كما يسمح للمصارف بمزاولة هذا النشاط على أن تحصل على ترخيص مسبق من البنك المركزي العراقي والخضوع لرقابته أثناء ممارسة هذا النشاط.

8- نقترح على المشرع العراقي توحيد أحكام التمويل العقاري في قانون واحد بدلاً من تناثرها في أكثر من قانون، وتوحيد الجهات المرخص لها مزاوله هذا النشاط من حيث خضوعها لقانون واحد ووحدة جهات الرقابة والإشراف على المؤسسات المرخص لها ممارسة نشاط التمويل العقاري وأن يكون التمويل العقاري متاحاً لكل من المشروعات السكنية والاستثمارية.

عقد الوكالة الرياضية

رسالة ماجستير للباحث: إبراهيم عمر إبراهيم خوشناو

إشراف: الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد

تاريخ المناقشة: (10-11-2016)، مكان المناقشة: كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية.

لجنة المناقشة: أ.م.د. بمو برويز خان الدولي، أ.م.د. علي عادل، أ.م.د. إسماعيل نامق حسين، والأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد (المشرف).

الملخص

تحولت طبيعة ممارسة الرياضة من مجرد هواية إلى مهنة، وتطورت الرياضة المحترفة في الآونة الأخيرة بشكل ملحوظ إلى أن أصبحت قاسما مشتركا بين شعوب العالم ومصدرا متعة لهم فضلا عن انها قطاع بارز في اقتصاد العالم، وأنبثق من هذا التطور بعض المهن لم يسبق ظهورها منها مهنة وكلاء الرياضيين عن طريق إبرام عقد الوكالة الرياضية، ويتكون هذا الأخير من نمطين، الأول يسمى عقد وكالة اللاعبين، بموجبه يقوم وكيل اللاعب بأعمال وتصرفات قانونية عديدة لحساب موكله الرياضي (لاعب أو مدربا أو ناديا رياضيا) ويمكن تقسيمها إلى قسمين، الأول ترد على النشاط الرياضي ذاته، كعقد احتراف أو انتقال أو تدريب الرياضي أو تقديم المشورة المهنية للرياضي وغير ذلك من الأدوار، والثاني لا ترد على النشاط الرياضي ذاته، بل ترد على النشاط المدني أو التجاري، والتي تتأثر بالنشاط الرياضي كعقود تأييد السلع وخدمات من قبل الرياضي وإدارة واستثمار أموال الرياضيين وعقد التسويق لصورة الرياضي وغير ذلك من العقود والتصريفات القانونية.

وبما أن الاحتراف الرياضي يتسم بمبدأ التنافس بشكل عام، لذلك تحاول الفرق الرياضية المحترفة الوصول إلى الفوز في المنافسات والبطولات، ولتحقيق هذه الغاية على الفريق الرياضي المحترف تكوين فريقه بشكل جيد، ويتم ذلك عن طريق ضم أفضل اللاعبين والمدربين المحترفين في صفوف فريقه، وأدت ذلك إلى زيادة عقود الانتقال والاحتراف والتدريب الرياضي والتي أدت إلى زيادة قيمة انتقال خدمات اللاعبين

والمدرين ومن ثم زيادة رواتبهم ومكافاتهم، فضلا عن انخراط الشركات المنتجة للسلع والخدمات لعالم الرياضة المحترفة لتأييد سلعهم وخدماتهم من قبل اللاعبين والمدربين والأندية الرياضية، فهذه الأمور أدت إلى تعقيد المعاملات المالية في عالم الرياضة المحترفة، وكما هو معلوم ان ممارسة الرياضة المحترفة تقتضي تفرغ تام لمن يمارسها ويرتبط بها، فضلا عن انها تكون مهنة قصيرة المدة وبالأخص للاعبين، لذلك عليهم أن ينووا حياتهم المالية، وفي الوقت نفسه فإن الكثير من الرياضيين ليس لديهم خبرة في مجال التفاوض وإبرام العقود وادت هذه الأمور إلى زيادة عقود وكلاء اللاعبين بحيث أصبح لكل لاعب أو مدرب أو نادي رياضي محترف وكيلاً خاصاً به.

فهذه الأمور لا يمكن تحقيقها الا عن طريق الصورة الثانية لعقد الوكالة الرياضية، فهي عقد وكالة المباريات، والذي يتمثل بتوفير وترتيب الوحدات التدريبية وتنظيم المباريات والمسابقات الرياضية التنافسية والودية بين الفرق الرياضية أو بين المتنافسين في الألعاب الفردية أو الجماعية من خلال إبرام عقود عديدة، ويختلف صاحب الحق في تنظيم المسابقات الرياضية حسب طبيعة المسابقة وحدودها ائي في تنظيمها، أم إنها مسابقة وطنية عندئذ يختص الاتحاد الوطني أو الأندية الرياضية بتنظيمها، وبما أن تنظيم المسابقات الرياضية تحتاج إلى مصروفات كثيرة وأدوات تقنية متطورة وإبرام عقود عديدة لذلك يناط الهيئات الرياضية هذا الأمر إلى أشخاص مهنيين في هذا المجال وهم وكلاء المباريات عن طريق إبرام عقد وكالة المباريات معهم.

وبالرغم من أهمية عقد الوكالة الرياضية في كافة النواحي الرياضة المحترفة من خلال الأدوار التي يقوم بها الوكيل الرياضي إلا انه لم يحظ بالتنظيم القانوني الخاص، ويشير ذلك العديد من الإشكاليات القانونية، أهمها بيان مفهومه وكيفية انعقاده والشروط الواجب توافرها في طرفيه لإبرامه وصحته، فضلاً عن الشروط التي تقتضيها طبيعة العقد وخصوصيته، كما أن هناك إشكالية أخرى تتصل بتحديد طبيعته القانونية والتي بموجبها تحدد النظام القانوني الذي يخضع له العقد، هل هو ذو طبيعة مدنية أم تجارية أو ذو طبيعة مزدوجة؟ وكذلك مشكلة تكييفه القانوني والذي بموجبه يتم تحديد وصفه القانوني بإعطائه اسما من أسماء العقود المسماة والتنظيم الخاص به، أو بإلحاقه لأقرب نموذج عقدي مسمى عبر تطبيق القواعد القانونية الخاصة للعقد المسمى الأقرب له في ماهيته وطبيعته،

مما يطرح بعض التساؤلات عن مدى إمكان وصفه بأنه عقد وكالة بمعناه المعروف في القانون المدني أو في القانون التجاري، أو أنه عقد عمل، أو أنه عقد وساطة، أو أنه عقد مقاوله، أم أنه ذو صفة مزدوجة؛ فضلاً عن ذلك فإن خضوع هذه الرابطة العقدية للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني، وتطبيق بعض القواعد القانونية للعقود المسماة الأقرب إليه في ماهيته وطبيعته، فإنه يختلف عن كل القواعد العامة للعقد والقواعد الخاصة ببعض العقود المسماة، نظراً لخصوصية النشاط الرياضي من جهة وخصوصية القواعد والأعراف والممارسات الخاصة بمهنة وكلاء الرياضة به من جهة أخرى مما يُحتّم، بلا شك، تطبيق قواعد تختص بعقد الوكالة الرياضية.

إن هذه المشاكل وغيرها التي تتعلق بعقد الوكالة الرياضية تحتاج لدراسة وتحليل قانوني، لذا قام الباحث من خلال هذه الدراسة بتغطية عقد الوكالة الرياضية في شتى جوانبه والتي قد تكون خافية من قبل.

وفي خاتمة الرسالة سجل الباحث عدة استنتاجات وتوصيات، إبراز أهم الاستنتاجات التي انتهينا إليها، والتوصيات تتمثل فيما يأتي:

أولاً: الاستنتاجات، أهمها:

1. بعد دراستنا لتاريخ وكيفية نشأة مهنة وكلاء الرياضيين، تبين لنا بأنها ظهرت تحت تسميات مختلفة منها (الوسطاء) و(كشفاء اللاعبين) و(أصدقاء اللاعبين) و(أقرباء اللاعبين)، وبالرغم من انها ظهرت كعمل وكلاء الرياضيين وليست كمهنة في أواخر القرن (19) في الولايات المتحدة الأميركية إلا إنها لم تحظ بتنظيم تشريعي حتى المنتصف الثاني من القرن العشرين حينما صدر أول تشريع خاص بهم في ولاية كاليفورنيا في عام (1981) باسم قانون وكلاء الرياضيين لكاليفورنيا (California Athlete Agents Act)، ومن ثم نظمها المشرع الفرنسي كمهنة في عام (1992) بنصوص خاصة ضمن قانون الرياضية الفرنسي، وبعد ذلك نظمها الاتحاد الدولي لكرة القدم بلوائح رياضية خاصة منها لائحة وكلاء اللاعبين ولائحة وكلاء المباريات.

2. توصلنا إلى تعريف لعقد الوكالة الرياضية بأنه: (عقد بمقتضاه يقوم شخص

مرخص بالتوسط أو ينوب عن الرياضي (اللاعب /المدرّب) أو الأندية الرياضية لإجراء أعمال أو تصرفات قانونية أو ينظم ألعاب رياضية لحساب الجهة المعنية مقابل مكافأة مالية).

3. بالرغم من أن المشرع العراقي أصدر بعض القوانين لتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية كقانون الاتحادات العراقي وقانون الأندية العراقي وقانون اللجنة الأولمبية وغير ذلك من القوانين إلا انه لم ينظم عقد الوكالة الرياضية لا بقانون رياضي خاص ولا ضمن أي قانون آخر.

4. بما أن عقد الوكالة الرياضية لم يحظ بتنظيم تشريعي في شتى نواحيه في التشريع العراقي على الأقل، فُتطبق عليه أحكام أقرب العقود تشابهاً به، فضلاً عن القواعد العامة للعقد في القانون المدني، في كل ما لا تتعارض مع الأحكام الخاصة الواردة في اللوائح والأنظمة الرياضية المنظمة له، وما اشتملت عليه بنود العقد من شروط مشروعة.

5. إن عقد الوكالة الرياضية ليس عقد الوكالة المنظم في القانون المدني ولا عقد الوكالة التجارية في القانون التجاري، بل أضافت إليه التشريعات واللوائح الرياضية توصيفات خاصة تجعله مختلط الأحكام بين عدة عقود منها عقد الوكالة وعقد الوساطة وعقد المقاولة، لذلك وصلنا من خلال دراسة التكييف القانوني لعقد الوكالة الرياضية، إلى أنه ذو صفة مزدوجة، تختلف صفته بطبيعة العمل محل العقد.

6. يقوم الوكيل الرياضي بأدوار مختلفة لا يمكن حصرها، لكن الأدوار الأكثر شيوعاً هي: التفاوض وإعادة التفاوض على العقود، تقديم وتوفير المشورة الرياضية والقانونية، تنظيم وتوفير الوحدات التدريبية والمسابقات الرياضية، إدارة الشؤون المالية للاعب أو المدرّب، تسويق الرياضي (اللاعب /المدرّب) أو النادي من خلال عقود التأيد أو الإعلانات أو عقود الرعاية، وإعداد جدول أسبوعي لأعمال اللاعب والمدرّب.

7. يقع على عاتق وكيل اللاعب التزامات عديدة أهمها، التزامه بنصائح وإرشادات موكله الرياضي، لكي يتخذ هذا الأخير قراراً صائباً وسليماً في حياته المهنية، لأن يترتب عليه بناء أو هدم موهبته وحياته المهنية، وكذلك على وكيل اللاعب أن لا يبرم العقد مع قاصر وان كان مميزاً وإلا لا يستحق أية مكافأة مالية ويعد تعاقدّه باطلاً وفقاً للنظام

الفرنسي، فضلاً عن إنه يخضع لعقوبات جزائية وتأديبية، وذلك لحماية اللاعبين الشباب.
8. لا يُشئ عقد وكالة اللاعب أية علاقة بين وكيل اللاعب والطرف الثالث في العقد محل عقد وكالة اللاعب، بخلاف عقد الوكالة الوارد في القانون المدني، إلا باتفاق الأطراف الثلاثة.

9. إن وكالة المباريات عبارة عن عقد بمقتضاه يتعهد وكيل المباريات بترتيب وتنظيم لعبة أو المسابقة عن طريق تهيئة ملعب وتوفير المستلزمات اللازمة لإجرائها لحساب الاتحاد الرياضي أو الأندية الرياضية المعنية أصلاً بأمر تنظيم اللعبة أو المسابقة لقاء مكافأة مالية.

10. إن عقد وكالة المباريات يبرم بين وكيل المباريات والهيئات الرياضية المعنية أصلاً بأمر تنظيم المسابقة الرياضية بهدف ترتيب وتنظيم المسابقة من قبل وكيل المباريات، وتمثل تلك الهيئات باللجان الأولمبية، الدولية أو الوطنية، والاتحادات الرياضية، الدولية أو الوطنية أو الأندية الرياضية.

11. لا يمكن لشخص ما أن يزاول مهنة وكلاء المباريات إلا بعد حصوله على رخصة خاصة بمزاولتها من قبل الفيفا في حال قيامه بتنظيم المسابقات الرياضية الدولية، ورخصة صادرة من قبل الاتحاد الكونفدرالي القاري في حال قيامه بتنظيم المسابقات الرياضية الإقليمية(القارية)، ويتم ذلك بعد إبرام المرشح(وكيل المباريات) عقد تأمين ضد مسؤوليته المهنية لكي ينفذ من أي التزام مالي في حال إلحاق الضرر بالآخرين.

12. ينشئ عقد وكالة المباريات التزامات عديدة تقع على عاتق وكيل المباريات أهمها، التزامه بترتيب وتنظيم الوحدات التدريبية والمسابقة الرياضية وفقاً لبنود العقد وبمراعاة فنون وأصول تنظيم المسابقات الرياضية وإن لم يذكر في بنوده، والتزامه بضمان سلامة المشاركين والمتفرجين للمسابقة الرياضية، فهذه الالتزامات هي التزامات بتحقيق نتيجة يسأل وكيل المباريات عن تحقيقها ما لم يتدخل السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة، فعل الغير، خطأ المتضرر، وقد يتفق الأطراف على تشديد التزام وكيل المباريات، بأنه مسؤول ولو وجدت تلك الأسباب.

ثانياً: التوصيات: ويمكن تلخيصها كالآتي:

1. نوصي المشرع العراقي أن يسلك الطريقة التي سلكها المشرع الفرنسي في تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية بقانون خاص تحت اسم (قانون الرياضة)، وتقنيه بشكل يتضمن جميع قضايا الأنشطة البدنية والرياضية ذات الطابع القانوني.

2. نوصي المشرع العراقي أن ينص في قانون الرياضة المقترح بموجبه بمنح صلاحية إصدار اللوائح التنفيذية والتنظيمية للاتحادات الرياضية الوطنية المعنية لكل لعبة، فضلاً عن الاعتراف بالقواعد القانونية الصادرة من الهيئات والاتحادات الرياضية الدولية لكي تعد جزءاً من القانون الوطني، وبما تصدره محاكم التحكيم الرياضية ولجان فض المنازعات المنبثقة من الهيئات والاتحادات الرياضية الدولية.

3. بما أن مهنة وكلاء الرياضة تحتل نطاقاً واسعاً في الرياضة المحترفة، بشكل أصبحت جزءاً مؤثراً من الاحتراف الرياضي، من الأجدر على المشرع العراقي تنظيمها بالقواعد والمبادئ القانونية ضمن قانون الرياضة المقترح بنصوص قانونية على الوجه الآتي:

أ. لا يجوز لأي شخص أن يمارس مهنة وكلاء الرياضة إلا بعد حصوله على رخصة معينة بممارستها.

ب. يصدر الترخيص من قبل الاتحاد الرياضي المعني إذا توافرت الشروط الآتية في طالب الترخيص:

- I. أن يكون بالغاً راشداً واكملاً الخامسة والعشرين من عمره.
- II. أن يكون غير محكوم عليه بجنحة مخلة بالشرف والاستقامة أو بجناية ماعدا المخالفات المرورية.
- III. أن يكون غير محكوم عليه بعقوبة تأديبية تصل إلى حد تعليقه من قبل الاتحاد الرياضي المعني.
- IV. أن يكون لديه خبرة في مجال الرياضة التي ستمارس مهنة الوكلاء عليها لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

- V. يجب أن يكون حاملاً لشهادة بكالوريوس في القانون كحد أدنى.
- VI. أن لا يكون منتسباً في الهيئة الرياضية بأي حال من الأحوال سواء كان عضواً أو رئيساً أو أي شكل آخر، ولا يكون لاعباً ومدرباً في العام الماضي.
- VII. أن يتعهد بأنه يمارس عمله وفقاً للقانون واللوائح الرياضية المعنية وإلا يخضع لعقوبات تأديبية ويسحب رخصته.
- VIII. أن ينجح في الامتحان التحريري الخاص بإصدار التراخيص المتعلقة بقانون واللوائح الرياضية.
- IX. بعد نجاحه من الامتحان عليه أن يبرم عقد تأمين المسؤولية المهنية مع المؤمن لتغطية مخاطر المسؤولية التي يمكن أن تحدث نتيجة ممارسة نشاطه لدى شركات التأمين أو إيداع كفالة مصرفية إذا لم توجد شركة التأمين.
- X. فضلاً عن الشروط أعلاه، يحدد الاتحاد الرياضي المعني المتطلبات الأخرى بلائحة خاصة كاسمه الثلاثي وصورتين شخصية حديثة ومحل إقامته ودفع رسوم الترخيص وغير ذلك من المتطلبات.
4. نقترح على المشرع العراقي بأن يسمح بممارسة مهنة وكلاء الرياضة لكل من الشخص الطبيعي والمعنوي.
5. نوصي المشرع العراقي بأن ينص على تشكيل لجنة وكلاء رياضية دائمية لكل اتحاد رياضي معني، تختص بإصدار وتعليق وسحب التراخيص ومراقبة نشاط الوكلاء وفرض العقوبات التأديبية عليهم في حال انتهاكهم لنصوص القانون واللوائح.
6. نصت المادة (L222-19) من قانون الرياضة الفرنسي على تفويض الاتحادات الرياضية المختصة بسن العقوبات التأديبية لمساءلة وكلاء الرياضة المرخص لهم والشركات التابعة لهم في الأحوال الآتية:
- أ. عدم كشف العقود المشاركة في إبرامها.

- ب. إبرام عقد مع قاصر إن كان مميزاً.
- ت. عدم الكشف عن الوثائق اللازمة لرصد نشاط الوكيل.
- نوصي المشرع العراقي بأن يأتي بنص مماثل للنص أعلاه، ضمن النصوص الخاصة بتنظيم مهنة وكلاء الرياضة في التقنين الرياضي المقترح، وذلك لشفافية أعمال الوكلاء الرياضية والسيطرة على نشاطهم.
7. نوصي المشرع العراقي بأن يقرر عقوبات جزائية وتأديبية لمن يخالف القواعد والنصوص القانونية المنظمة لمهنة وكلاء الرياضة، لما يترتب على مزاولتها بناء أو هدم حياة رياضي مهنيا وماليا، وبالأخص صغار الرياضيين.
8. نقترح على المشرع العراقي أن ينظم عقد الوكالة الرياضية بكل أنماطه بنصوص خاصة ضمن النصوص الموضوعية لمهنة وكلاء الرياضة، ويحدد فيها بوضوح كيفية انعقاده وتنفيذه والتزامات أطرافه وحقوق كل منهم، كما يجب أيضاً أن يأخذ بعين الاعتبار ما لهذا العقد من خصوصية يفرضها طبيعة مهنة وكلاء الرياضة وطبيعة الاحتراف الرياضي.
9. نقترح على المشرع العراقي بأن يضع عقداً نموذجياً لأنماط عقد الوكالة الرياضية بشكل واضح فيما يتعلق بالتزامات أطراف العقد وعلى الأطراف ملء الفراغات التي توجد في النموذج.
10. نقترح على المشرع أن يقنون نص بموجبه يمنع الوكيل الرياضي من تضارب المصالح على الوجه الآتي: (يجب على الوكيل الرياضي أن يتجنب كل تصرف أو عمل ينتج عنه تضارب للمصالح).

شرط التعديل التلقائي للعقد - دراسة مقارنة

آمنة ياسين مرزوق العارضي

ناقشت كلية القانون / جامعة القادسية بتاريخ 2019/3/18 رسالة الماجستير بعنوان (شرط التعديل التلقائي للعقد- دراسة مقارنة) للطالبة آمنة ياسين مرزوق العارضي وقد

حصلت الرسالة على تقدير امتياز (90) وتألّفت لجنة المناقشة من:

- 1- أ.د منصور حاتم محسن (جامعة بابل/رئيساً).
- 2- أ.م. د أسماء صبر علوان (الجامعة المستنصرية/عضواً)
- 3- أ.م. د عقيل سرحان محمد (جامعة القادسية/عضواً).
- 4- أ.د عبد المهدي كاظم ناصر (جامعة القادسية/عضواً ومشرف).

وتعتبر الدراسة محاولة مبدئية للتأصيل لأسلوب خاص وغير مألوف في التعديل يثري الأفكار القانونية ويقدم مادة جديدة للمكتبة القانونية، لقلّة الدراسات المتخصصة بموضوع التعديل الاتفاقي عموماً ليكون بداية لقراءة مطولة لأساليب التعديل الاتفاقي، ذلك ان شرط التعديل التلقائي للعقد نمط قانوني جديد يدعو إلى ترتيب أحكام قانونية لممارسة عقدية واقعية، كما ان دراسة الشرط تظهر العلاقة بين الاقتصاد والقانون والتي تتجلى في مظاهر التأثير والتأثير لاسيما ان الشرط يعالج مشكلة تغيير قيمة الالتزام⁽¹⁾. والتلقائية هي الآلية المختارة من قبل الأطراف للتعديل وهذا ما عبرت عنه بعض أحكام القضاء الفرنسي إذ استخدمت مصطلح (التقنية) أو (الآلية) للتعبير عن تلقائية الشرط، يقصد بالتلقائية تعديل الالتزامات الناشئة من العقد من دون حاجة إلى تدخل الأطراف أثناء التعديل، أو تدخل القضاء على وفق كيفية متفق عليها سلفاً في بند عقدي، وقد تؤدي التلقائية في التعديل لتطبيقه عند تغير الظروف دون أن يحتاج الدائن لتقديم طلب للمدين بهذا الشأن.

وأمام كل التعقيدات والتقلبات التي يشهدها العالم والتي تؤثر في توازن العقد مما يستدعي تعديل الالتزامات بما يتناسب مع هذه التقلبات نلاحظ اهتمام القوانين وحرصها على معالجة مشكلة تغير الظروف لمقتضيات العدالة، حيث تسمح غالبية القوانين

(1) Emmanuelle CHAVANCE, op cit., p.23.

للأطراف تارة وللقاضي تارةً أخرى بالتدخل وتعديل العقد، وإذا كان القانون المدني العراقي يمنح الأطراف الحق بتعديل العقد من منطلق من يملك حق الإنشاء يملك حق التعديل فإن دراسة شرط التعديل التلقائي للعقد تثير سؤالاً رئيساً أو مركزياً وهو ما مدى إمكانية تبني نمط قانوني جديد لممارسة تعاقدية أوجدها الفن التعاقدية في ضوء القواعد العامة؟ بمعنى هل تكفي القواعد العامة الخاصة بالتعديل للأخذ بهذه الصورة الخاصة من صور التعديل الاتفاقي؟

وجاءت الرسالة بهدف إيجاد الحل لقطع النزاعات العقدية التي قد تنشأ بسبب تغيير قيمة الالتزام نتيجة تغيير الظروف ويغني عن الحلول التي تستلزم إعادة النظر في العقد وما قد يتسبب بخرق للقوة الملزمة، كذلك التخلص من خطر الفسخ وما يترتب عليه من آثار سلبية تهدم العلاقة العقدية بالكامل ليكون لزاماً على الأطراف إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وهذا ما يكون صعباً من الناحية العملية في كثير من الأحيان، وبالتالي فإن المحافظة على العقد خير من إهداره، وهذا ما يجعل الشرط يرتبط من الناحية العملية بمرحلة هي الأهم في العقود، وهي مرحلة تنفيذه التي قد لا تسيّر طبقاً لما تم الاتفاق عليه نتيجة تغيير الظروف المصاحبة لها، كل ذلك من الممكن تفاديه أو الحد منه لو ان العقد تم تضمينه بشرط يضمن للأطراف تجاوز مشكلة تغيير الظروف التي تطرأ على تنفيذ العقد وهو شرط التعديل التلقائي للعقد محل دراستنا.

وأبرز النتائج: التي جاءت بها الدراسة هي:

- تبين لنا إن شرط التعديل التلقائي للعقد أحد الشروط التي خلفها الفن التعاقدية كعمالة اتفاقية لمشكلة تغيير الظروف وما تسببه من اختلال في التوازن العقدي، وآلية تسمح بالتعديل حال وقوع ظروف وأحداث من شأنها أن تخل بالتوازن، وهذا ما يجعله نظاماً قانونياً مميزاً يُمكن أطراف الرابطة العقدية من الحفاظ على توازن العلاقة العقدية طيلة فترة التنفيذ.

- إن شرط التعديل التلقائي للعقد صورة خاصة من صور التعديل الاتفاقي يعكس رغبة الأطراف في إنقاذ العقد، ويفتح المجال للحديث عن أسلوب جديد وناجع للتعديل بعيداً عن الأساليب التقليدية يجمع بين مَزِيَّتَيْنِ يسعى القانون تأكيدهما العدالة العقدية، والتعاون بين أطراف العقد.

- يستمد الأطراف سلطتهم في التعديل بوجه عام من مبدأ سلطان الإرادة وهذا

الأسلوب يجعل العقد أكثر مرونة في مواجهة التغيرات التي قد تطرأ أثناء التنفيذ، ووجدنا إن القانون الفرنسي قد تناول التعديل التلقائي بالتنظيم بصورة مباشرة وغير مباشرة كما تناول تطبيقاً تشريعياً للشرط ورد في قانون التجارة الفرنسي، وهذا من شأنه أن يفتح مجال واسع لأعمال فكرة هذا الشرط في باقي الأنظمة لاسيما المصري والعراقي اللذان لا يعارضان هذه الممارسة العقدية بموجب القواعد العامة من حيث المبدأ.





جرائم الإغواء في التشريع العراقي

- دراسة مقارنة -

رسالة ماجستير مقدمة من قبل: أسامة فريد جاسم.

معهد العلمين للدراسات العليا - قسم القانون العام.

تاريخ المناقشة: 2020/8/20م.

تألفت لجنة المناقشة من: -

رئيساً

1- أ.د. عادل يوسف الشكري

عضواً

2- أ.م.د. مبدّر سلمان الويس

عضواً

3- أ.د. خالد خضير دحام

عضواً ومشرفاً

4- أ.د. إسماعيل نعمة عبود

فكرة موضوع الرسالة وأهميته:

لاشك في أنّ الجريمة تعد سلوكاً غير مشروع تصدر عن إرادة إجرامية يسعى القانون إلى وضع الجزاء الكافي لها من أجل عدم وقوعها، فتسعى الدول كافة إلى التصدي للجرائم؛ لأنّها تؤدي إلى الإخلال بالنظام المجتمعي العام، فعندما يجرم القانون الجرائم فإنه يهدف إلى مقصدين الأول هو الردع أو الزجر والثاني هو الإصلاح، وتمثل ظاهرة جرائم الإغواء آفة على مرّ العصور، فهي من السلوكيات المنحرفة، وتمثل ضدّاً نوعياً مرتكباً من قبل الإنسان على الإنسان الآخر، وهذا كان محل حماية الشارع أو المشرّع في الأديان جميعاً ما كان منها سماوي أو أرضي، وكذلك التشريعات الوضعية التي عنت بمكافحة هذه الجرائم بكافة صورها وأشكالها وأنواعها؛ وذلك بسبب خطورتها على الأفراد خاصة والمجتمع عامة، فالتشريعات الجزائية حرصت على تجريم أفعال الإغواء ونصّت على تلك الأفعال في نصوصها العقابية؛ لتعارض تلك الأفعال مع المصالح التي

لها اعتبار في نظر المشرع الجنائي عند وضعه النصوص العقابية الخاصة بها، وهذا الإغواء يمكن تحديده على وفق مجموعة من القيم الاجتماعية ذات المصدر الديني أو الأخلاقي. وقد تصدى الشارع الجزائي العراقي لتجريم تلك الجرائم، وقد نص على ذلك في قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل والنافذ، وكذلك في القوانين الجنائية الخاصة، فقد جرم إغواء أنثى بوعدهم الزواج في الباب التاسع من الكتاب الثاني لقانون العقوبات تحت عنوان (الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة)، وقد بينت درجة الجسامة في تلك الجرائم فعند ابتداء جرائم الاغتصاب واللواط وهتك العرض جرائم أكثر جسامة من جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء، في حين أن المشرع الجنائي العراقي قد جعل جريمة المواقعة بالإغواء بوعدهم بالزواج أقل جسامة أي أنه اعتبرها جنحة، إلا أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى جريمة إغواء الحدث والأطفال جنسياً في قانون العقوبات العراقي، ولم يبين عقوبتها على الرغم من الأهمية الكبيرة التي تحظى بها هذه الجريمة، فضلاً عن ذلك نجد أن قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي الحالي رقم (50) لسنة 2017 قد عاقب على إغواء حدث على تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية، فموضوع الدراسة تركز حول الجريمتين السابقتين؛ وذلك لأنهما من جرائم الإغواء واشتراكهما بفعل الإغواء، داعنا لجمعهما في هذه الرسالة.

وترتيباً على ذلك، تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع (جرائم الإغواء) في نقطتين أساسيتين، الأولى نظرية والثانية عملية، فالنظرية تكمن في توصيف ودراسة جرائم الإغواء كجرائم تخلو منها المكتبات القانونية، فلا توجد دراسة قانونية واضحة على تلك الجرائم بشكل مباشر وغير مباشر، وأما الأهمية العملية للموضوع فتتمثل في أن جوهر الكثير من هذه الجرائم التي تقع في المجتمع تكمن في سلوكيات فعل الإغواء، وإن عدم تنظيم هذه الجرائم من قبل المشرع الجزائي العراقي بدقة صار مورداً لفرار العديد من المجرمين من نطاق التجريم، لذلك كان لابد من دراسة هذا الموضوع، علاوة على ذلك، الخطورة الإجرامية لتلك الجرائم وأثرها السلبي في الأفراد، فأضحت ظاهرة تهدد الاستقرار في المجتمع، فهي تتميز بقدر كبير من الخطورة، فجرائم الإغواء تؤثر في العلاقات

الاجتماعية، وتؤثر في سلوكيات الأحداث، وتؤدي إلى نتائج خطيرة في المجتمع.
مشكلة موضوع الرسالة:

تكمن مشكلة الدراسة في أنَّ الإغواء ناجم عن إيجاد تصوّر جميل لذلك السلوك؛ لأنَّ فعل الإغواء يمتاز بأسلوب ظاهره حسن، ولكن باطنه شيء يوهم المجني عليه فيوقعه في مصيدة الجريمة. فجرائم الإغواء ليست حديثة العهد، وإنما ازدادت في السنوات الأخيرة، وهذا يدعو إلى تحديد سياسة المشرِّع الجنائية في التجريم والعقاب عليها، فالمشرِّع الجنائي العراقي لم يأخذ بسياسة موحدة بصدد هذه الجرائم، فالتسميات التي جاء بها المشرِّع كانت متفاوتة فنص في بعضها على الإغراء، ومنها جريمة إغراء شاهد، وجريمة إغراء حدث على التسول، غير أنَّ المشرِّع استعمل مصطلح (الإغواء) في جريمتي إغواء أنثى بوعد الزواج وإغواء حدث على التعاطي، وعلى ما سبق يمكن بيان مشكلة الدراسة بالنقاط الآتية: -

1- إنَّ سياسة المشرِّع العراقي الجنائية لم تكن موحدة بشأن أفعال الإغواء، فالتسميات التي جاء بها المشرِّع لم تكن موحدة، وهذا امرٌ غير دقيق بشكلٍ ما.
2- بالنسبة لجريمة إغواء الأنثى بوعد الزواج، التي تنتمي لطائفة الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، فلم يكن المشرِّع موفقاً في تنظيمها من حيث العقوبة، فقد جعل عقوبتها الحبس، وهذا تساهل من قبل المشرِّع لمرتكب هذه الجريمة فهي عقوبة غير كافية، لا تردع المجرمين، فضلاً عن أنَّ المشرِّع لم يتبنَ نظرية الظروف المشددة لهذه الجريمة، وهذا نقص تشريعي واضح، إضافة إلى أنَّ المشرِّع لم يضع تعويضاً مناسباً لضحية الجريمة أسوةً بما فعله مع بقية الجرائم المخلة بالأخلاق، فضلاً عن أنَّ السلوك الإجرامي فيها سلوكاً متراكباً يتكون من شقين: هما الوعد بالزواج ورفض الزواج، وهذا محل خلاف في الفقه الجزائي.

3- وبشأن جريمة إغواء الحدث على التعاطي، فلم يحدد المشرِّع الجنائي حالة وقوع الإكراه على الحدث ولم يعاقب عليها، كذلك إنَّ سياسة المشرِّع في هذه الجريمة تتعلق بتعاطي المخدرات فهي لا تشمل الحيازة والتجارة والزراعة، وهذا نقص على المشرِّع

تلافية. أضف إلى ذلك فإن المشرع لم يحدد موقفه بشأن الحدث الذي يتعاطى المخدرات نتيجة الإغواء، وما قد يقوم به من جرائم نتيجة ذلك التعاطي.

4- علاوة على ما تقدم فإن المشرع الجنائي العراقي لم يتطرق إلى جريمة إغواء الحدث جنسياً، وجريمة إغواء الأطفال جنسياً، وهذا نقض تشريعي يجب معالجته. لذا إننا سنركز على تقييم الحماية التي وفرها المشرع الجنائي العراقي والمقارن للمصالح المعتدى عليها بواسطة أفعال الإغواء ومن ثم نشير إلى أماكن الخلل (الضعف) فيها.

خطة الرسالة:

بالنظر لطبيعة موضوع (جرائم الإغواء) وما يحظى به من أهمية كبيرة، ألزمتنا بدراسته مقسماً على مقدمة ومبحث تمهيدي وفصلين ومن ثم خاتمة، يتناول المبحث التمهيدي التعريف بفكرة الإغواء وعلى مطلبين، نتعرف في المطلب الأول على مفهوم الإغواء، ونبحث في المطلب الثاني أساس جرائم الإغواء. ونعالج في الفصل الأول جريمة إغواء أنثى بوعده الزوج ومن خلال مبحثين، نوضح في المبحث الأول ماهية جريمة إغواء أنثى بوعده الزوج، ونقسمه على مطلبين، نفرد الأول لمفهوم جريمة إغواء أنثى بوعده الزوج، ويستظهر الثاني الطبيعة القانونية للجريمة والمصلحة المعتمدة، وتتناول في المبحث الثاني الأحكام الموضوعية لجريمة إغواء أنثى بوعده الزوج بمطلبين، يبين الأول أركان جريمة إغواء الأنثى، ويوضح الثاني أحكام عقوبة جريمة إغواء أنثى بوعده الزوج.

ونستعرض في الفصل الثاني جريمة إغواء حدث على تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية وعلى مبحثين، نبين في المبحث الأول الإطار المفاهيمي لجريمة إغواء الحدث على التعاطي بمطلبين، نتعرض لتعريف الجريمة في المطلب الأول، وتتناول في المطلب الثاني ذاتية الجريمة، ونتكلم في المبحث الثاني عن الأحكام الموضوعية لجريمة إغواء الحدث على التعاطي، ونقسمه على مطلبين، يبين الأول أركان الجريمة، ويوضح الثاني أحكام عقوبة الجريمة، وأخيراً تنتهي الدراسة بخاتمة، تصبوا على أهم الاستنتاجات والمقترحات.

خاتمة الرسالة:

إنَّ الانتهاء من موضوع الدراسة الموسوم بـ(جرائم الإغواء في التشريع العراقي- دراسة مقارنة) بفضل الله تعالى ومنه، يحثُّم علينا استعراض أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها في دراستنا، ومن ثمَّ تقديم جملة من المقترحات، التي يعتقد الباحث أنَّها سوف تسهم ولو بعض الشيء في سد الثغرات التي تحتويها النصوص العقابية المتعلقة بموضوع الدراسة، وعلى النحو الآتي: -

أولاً- الاستنتاجات

- 1- أظهرت الدراسة أنَّ المشرِّع الجنائيَّ العراقي والمقارن لم يُورد تعريفاً محدداً لمفهوم الإغواء، وهذا على ما يبدو مسلك محمود، فليس من مهمة المشرِّع وضع التعاريف؛ لأنَّ محاولة وضع تعريف عام للإغواء في متن قانون العقوبات لا يخلو من ضرر؛ وذلك لأنَّ هذا التعريف مهما بذل في صياغته من جهد فلن يأتي جامعاً لكل معاني الإغواء، وقد بيَّنا أثناء الدراسة تعريف الإغواء وقلنا إنَّه "سلوك موجه إلى شخص معين من خلال التأثير في نفسه وحمله على القيام بعمل معين خارج إطار القانون وجعله راغباً فيه".
- 2- ركَّزت الدراسة على جريمتين أساسيتين، الأولى جريمة إغواء الأنثى بوعده الزواج التي ذكرها المشرِّع العراقي في الفصل الأول من الباب التاسع من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، أمَّا الثانية فهي جريمة إغواء الحدث على تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية، التي نظمها المشرع العراقي في الفصل التاسع من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (50) لسنة 2017، وأشارت الدراسة إلى أحكام كل منهما الخاصة.
- 3- أوضحت الدراسة أنَّ سياسة المشرِّع الجنائيَّ في النص على جرائم الإغواء لم تكن موحدة فلم ينتهج المشرع سياسة واضحة المعالم في ذلك، فتارةً نجد في نصوص معينة يذكر مصطلح الإغراء وكما في جريمتي، "إغراء شاهد على شهادة الزور" و"إغراء حدث على التسول"، وتارةً أخرى ينص على الإغواء وكما في جريمتي "إغواء أنثى بوعده الزواج" و"إغواء حدث على التعاطي"، وهذا امرٌ واضح في نصوص التشريع الجنائيَّ العراقي.

4- على الرغم من وجود بعض أوجه التشابه ما بين مفهوم الإغواء والمفاهيم الآتية: "التحريض والإكراه والتشجيع" غير أن ذلك لا يمنع من وجود مفارقات كبيرة فيما بينهم، فالإغواء بوصفه مفهوماً يمتاز بخصائص مختلفة عن تلك المفاهيم وهذا ما تم ذكره خلال هذه الدراسة.

5- اتضح من خلال التعمق والتدقيق في البحث، أن المشرع الجنائي العراقي لم يتطرق إلى جريمة إغواء الحدث على الأفعال الجنسية، ولم ينظمها لا في قانون العقوبات العراقي، ولا في القوانين الجنائية الخاصة، فلا يوجد نص عقابي يعرّفها بصراحة ووضوح، وهذا نقض تشريعي يحسب على المشرع العراقي.

6- لم يضع المشرع الجنائي العراقي والمقارن تعريفاً لجريمة إغواء الأنثى، وهو مسلك محمود علاوة على أنه ليس من مهمة المشرع التعريف، وكذلك، فقد عدّ المشرع العراقي جريمة إغواء الأنثى من جرائم النتيجة، فاشترط ولأجل إيقاع العقوبة أن يغوي شخصاً الأنثى بوعد الزواج ويوقعها ومن بعدها يرفض الزواج، فالمواقعة مع الرفض هي النتيجة الجرمية التي ابتغها الجاني من جريمته.

7- بينت الدراسة أن الركن الخاص (محل الجريمة) في جريمة إغواء الأنثى، هي الأنثى وبانتفائها تنتفي الجريمة، غير مشروط فيها أن تكون بكرًا أم عذراء، على العكس مما جاء في التشريع الجنائي اللبناني والسوري والأردني، وهذا مسلك محمود من قبل المشرع العراقي.

8- أظهرت الدراسة أن جريمة الإغواء بوعد الزواج من الجرائم العمدية، فيستحيل قيامها بالخطأ، وأوضحت إمكان قيام ركنها المادي بالفعل الإيجابي والسلبي لاسيما وإن النص الذي جاء به المشرع العراقي يحتمل أكثر من وجه، وكذلك اتضح لنا أن هذه الجريمة من جرائم الجرح في التشريع العراقي والمقارن، ونعتقد أن هذه العقوبة غير ملائمة لهذه الجريمة؛ وذلك لأنها تمتاز بالخطورة الإجرامية الكبيرة والتي تفوق غيرها من الجرائم الجنسية.

9- تبين لنا من الدراسة أن المشرع الجنائي العراقي والمقارن، لم يأخذ بنظرية

الظروف المشددة في جريمة الإغواء بوعده الزواج، فلم يوفر المشرع العراقي الحماية الكافية للأنثى في هذه الجريمة، كذلك أن المشرع لم يضع للمجني عليها تعويضاً مناسباً كما فعل المشرع في قانون العقوبات البغدادي، وهذا أمرٌ غير مستحسن من قبل المشرع العراقي والمقارن، فكان الأولى به الأخذ بذلك.

10- إنَّ المشرع الجنائي العراقي قد فتح الباب بإجازته للمواقعة الجنسية، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية السمحاء، إذ إنَّه سمح بالمواقعة الناتجة عن فعل الإغواء غير المشروع، فعلق العقاب على رفض الزواج وليس على أساس المواقعة، غير أنَّ التشريعات المقارنة كانت أكثر دقة في ذلك فهي لم تشترط الرفض لقيام هذه الجريمة.

11- إنَّ جريمة الإغواء بوعده الزواج تتحقق بصورتي الركن المادي، المساهمة والشروع، وعلى الرغم من اتجاه معظم الفقه إلى عدم تصور الشروع فيها، إلاَّ إننا، وكما بيَّنا سابقاً نرى بإمكان تصور الشروع فيها، وأوضحت الدراسة أن هذه الجريمة لا يشترط فيها القصد الخاص، فيكفي لقيامها تحقق القصد العام.

12- لم يبيِّن المشرع الجنائي العراقي والمقارن وسائل أو طرق الإغواء بوعده الزواج، فترك ذلك للفقه والقضاء تحسباً لظهور وسائل أخرى في القريب العاجل، وقد فعل حسناً المشرع في ذلك.

13- بينت الدراسة أنَّ المشرع الجنائي المصري والبحريني لم ينص على جريمة إغواء الأنثى بوعده الزواج في باب الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة من قانون العقوبات، على الرغم من الأهمية الكبيرة لهذه الجريمة في الوقت الراهن، غير أنَّ المشرع الجنائي اللبناني والسوري والأردني قد نصوا عليها، بيدَّ أنَّ المشرع الجنائي العراقي كان أفضل من ناحية صياغة النص، لأنه شمل بالحماية الجنائية للمرأة وبشكلٍ عام.

14- أظهرت الدراسة أنَّ المشرع الجنائي العراقي والمقارن لم يعرف جريمة إغواء الحدث على التعاطي، فليس من مهمة المشرع صياغة التعاريف، وبيَّنت الدراسة أنَّ الجريمة إغواء الحدث تعد من جرائم الجنائيات، ويشترط المشرع فيها تحقق النتيجة الجرمية، على اعتبار أنها من الجرائم الخطرة.

- 15- بيّنت الدراسة أنّ جريمة إغواء الحدث على التعاطي تتطلب فضلاً عن الأركان العامة للجريمة توافر الركن الخاص، الذي يتمثل بصفة المجني عليه وهو الحدث.
- 16- أشارت الدراسة إلى خلو قانون المخدرات العراقي من فعل الإكراه الواقع على الحدث من أجل تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية، كذلك أوضحت الدراسة بعدم تنظيم المشرّع العراقي لحالة إغواء حدث لآخر أقل منه سناً.
- 17- توصلت الدراسة بأنّ المشرّع الجنائيّ العراقي قد نص على أحكام المساهمة والشروع في جريمة إغواء الحدث على التعاطي بشكل مباشر في متن قانون المخدرات.
- 18- أشارت الدراسة إلى أنّ العقوبة المقررة لجريمة إغواء الحدث على تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية تتراوح ما بين العقوبات الأصلية والتبعية والتكميلية، وهي عقوبة مناسبة على حدّ ما.
- 19- بيّنت الدراسة أنّ المشرّع الجنائيّ العراقي قد أخذ بنظرية الظروف المشددة في جريمة إغواء الحدث، وكذلك بالأعذار القانونية المعفية والمخففة للعقوبة.
- 20- بيّنت الدراسة أنّ المشرّع الجنائيّ المصري والسوري والبحريني لم يستعمل لفظ "الإغواء" وإنما استعمل مصطلح الإغراء على التعاطي.
- 21- يقوم الركن المعنوي في جريمة إغواء الحدث على التعاطي بتحقيق القصد العام دون القصد الخاص، فقصد الجاني فيها يتمثل بإغواء الحدث على التعاطي.

ثانياً - المقترحات

- 1- نقترح على المشرّع الجنائيّ العراقي أن يعدل من سياسة الجنائية فيما يخص أفعال الإغواء، وأن يوليها عناية أكثر وذلك بتبني سياسة واضحة وموحدة في ذلك، وذلك لما تشكل جرائم الإغواء من أهمية كبيرة في المجتمع، فهو مدعو إلى تعديل النصوص القانونية التي تحمل مصطلح "الإغراء" واستبدالها بمصطلح "الإغواء"، كون الأخير أكثر دلالة واعم، فهو مصطلح واسع ومطاط.
- 2- نقترح على المشرّع الجنائيّ العراقي بإضافة فقرتين إلى نصّ المادة (394)، الأولى تكون بالصيغة الآتية (من أغوى حدثاً على الأفعال الجنسية يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن

عشر سنين، وإذا أدى ذلك الفعل إلى موت الحدث فتصبح العقوبة الإعدام)، أمّا الثانية فتنص على (من أغوى الأطفال على الممارسات الجنسية وبأي كيفية كانت يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمسة عشرة سنة وبغرامة مالية لا تزيد على عشرة ملايين دينار).

3- نقترح على مشرّعنا الجنائيّ تعديل نص المادة (395)، وإضافة فقرتين، الأولى تتعلق بالظروف المشددة، والأخرى تتعلق بالتعويض، لتصبح المادة بالصياغة الجديدة الآتية: -

1- من أغوى أنثى أتمت الثامنة عشرة من العمر بوعد الزواج ثم رفض بعد ذلك الزواج بها يعاقب بالحبس والغرامة. وفي حال أدى الإغواء إلى المواقعة فيعاقب بالسجن.
2- إذا كانت المجني عليها بكرةً فعلى المحكمة أن تحكم بتعويض وجوبي مناسب لها.

3- يعتبر ظرفاً مشدداً، ويعاقب بالسجن المؤقت أو المؤبد إذا وقع الفعل في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الجاني من الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة أو من رجال الدين أو الأطباء أو استغل مركزه أو مهنته أو ثقته به.

ب- إذا كان الجاني من أقارب المجني عليها إلى الدرجة الثالثة.

ج- إذا أصيبت المجني عليها بمرض تناسلي نتيجة ارتكاب الفعل.

د- إذا حملت المجني عليها أو أزيلت بكارتها.

هـ- إذا كانت المجني عليها من ذوات الإعاقة الجسدية.

و- إذا أفضى الفعل إلى موت المجني عليها يعاقب بالإعدام).

4- نقترح على مشرّعنا الجنائيّ إعادة النظر في المادة (398)، وذلك لأنها بحسب اعتقادنا تؤدي إلى ارتكاب المزيد من جرائم الاغتصاب واللواط والإغواء وهتك العرض من قبل ضعاف النفوس، لذا ندعو المشرع إلى إلغائها.

5- نقترح على المشرّع الجنائيّ المصري إضافة "جريمة إغواء الأنثى بوعد الزواج" إلى نطاق جرائم هتك العرض وإفساد الأخلاق الواردة في الباب الرابع من القسم الثاني

- من قانون العقوبات؛ وذلك لما لها من أهمية كبيرة في الوقت الراهن.
- 6- نقترح على مشرّعنا العراقي الإسراع جهد الإمكان في تشريع مشروع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية والذي تأخر طويلاً لدى السلطة التشريعية، وذلك لما لتلك الجرائم من خطراً حقيقياً بوقوع جرائم الإغواء عموماً وجريمة إغواء الأنثى والحدث خصوصاً، كذلك نقترح على الجهة التشريعية بتعديل المادة (22/ثانياً/ب)، وذلك بإدخال فعل الإغواء إليها لتصبح كالآتي (عرض صغيراً أو أغوى حدثاً لأنشطة مخالفة للآداب باستخدام شبكات المعلومات...).
- 7- نقترح على المشرّع الجنائي العراقي إضافة فقرة إلى نص المادة (423)، لتكون على النحو الآتي (من خطف أنثى بقصد الزواج يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين).
- 8- نقترح على المشرّع الجنائي العراقي تعديل نص المادة (28/خامساً) من قانون المخدرات وإضافة فقرتين لها لتصبح كالآتي: -
- 1- من أغوى أو أكره حدثاً على تعاطي أو تجارة أو زراعة المخدرات والمؤثرات العقلية.
- 2- إذا كان الفاعل حدثاً يفرض عليه تدبيراً.
- 3- وتكون العقوبة الإعدام إذا أدى التعاطي إلى موت الحدث).
- 9- نقترح على المشرّع الجنائي العراقي بزيادة مدة الغلق الواردة في المادة (35/ثالثاً) من قانون المخدرات، وجعلها لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات.
- 10- نقترح على المشرّع الجنائي العراقي تعديل الفقرة الثالثة من المادة (29) من قانون المخدرات، وذلك بإضافة العصابات الوطنية كظرف مشدد لجرائم المخدرات، لتصبح كالآتي (... إذا اشترك الفاعل في عصابة دولية أو وطنية).
- 11- نقترح على مشرّعنا العراقي تعديل نص المادة (99/أ) من قانون العقوبات وذلك بإدخال المخدرات ضمن الجرائم التي تسري عليها مراقبة الشرطة لتصبح كالآتي (من حكم عليه بالسجن لجناية ماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي أو تزييف نقود أو

تقليدها أو تزوير طوابع أو سندات مالية حكومية أو محررات رسمية أو عن مخدرات أو رشوة أو اختلاس...)، أو إن يقوم المشرّع العراقي بإضافة فقرة إلى المادة (35) من قانون المخدرات بالصيغة الآتية (يوضع تحت مراقبة الشرطة كل من ارتكب جريمة معاقب عليها بالسجن المؤبد أو المؤقت الواردة ضمن هذا القانون).

12- نقتّرح على المشرّع الجنائي العراقي إضافة مصطلح الإغواء لنص المادة (5) من قانون البغاء العراقي رقم (8) لسنة 1988، لتصبح كالاتي (1- من استبقى ذكراً أو أنثى للبعث أو اللواط في محل ما بالإغواء أو بالإكراه والقوة والتهديد...).





عرض موجز لكتاب
خستنه پرووی پوختهی کتیب
Book summary



جرائم الدم (الجرائم الواقعة على الأشخاص) في قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل

تأليف د. عبد الستار الجميلي

عرض: مصطفى حامد إسماعيل

تبرز أهمية شرح القوانين بصفة عامة وشرح القوانين العقابية بصفة خاصة في استجلاء مقاصد التشريع وأغراضه وبيان حدوده العامة ولعل إن الأنظار والأضواء تتجه إلى القانون العقابي العام الا وهو قانون العقوبات فتجد بمجرد صدوره يتسابق الشراح إلى تبين تفاصيله واستعراض أحكامه لخصوصية وأهمية هذا القانون المفصلي في حياة الدولة من جهة وحياة الأفراد من جهة أخرى.

فقد صدر كتاب -جرائم الدم- للدكتور المرحوم عبد الستار الجميلي في سنة 1970 وهو من أوائل الكتب التي تشرح قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969 عقب صدوره مباشرة فكان الدكتور سباقاً حيث يُعد هذا الكتاب هو أول كتاب مُتخصص يشرح ويسلط الضوء على طائفة محددة من الجرائم من ذلك القانون بشكل مُستقل.

وإن المُميز في هذا الكتاب وهو سلاسة الأفكار ونجاحتها بخصوص الجرائم محل البحث بالشكل الذي يُعطي لها رونقاً تأصيلياً مُحتفظاً بقيمتها ولها وزنها ورجحانها على الرغم من مرور خمسة عقود وتيف على صدور القانون. فالكاتب انبرى لشرح نوع محدد من جرائم القسم الخاص وفي نفس الوقت لا يخلو من نفس القسم العام، ويتصدى من خلاله، وبمعرض شرحه للجرائم، لصياغة النصوص ومعالجات القانون لتلك الجرائم ومدى كفاءة ونجاحة تلك الصياغة في معالجة وتغطية جميع جوانب المصلحة المحمية جنائياً، وبيان أوجه العيب في تلك الصياغة مع المُقترحات الصياغية التي تفضل بها المؤلف. ووجدت عند الانتهاء من قراءة الكتاب وعند صفحته الأخيرة وفي ذيلها يُشير الكاتب إلى انتهاء الجزء الأول من هذا الكتاب في دلالة لوجود جزء أو أجزاء أخرى لاحقة تُخص جرائم الدم وما يُعضد هذا الكلام هو إن خطة المؤلف في البحث وتقسيمه

للكتابة تُشير إلى أن هنالك تكملة لشرح الجرائم المُتبقية. وأن هذا الكتاب والذي لا يوجد على غلافه (cover book) أي إشارة لأن يكون بدايةً لسلسلة مكونة لعدة أجزاء سوى تلك العبارة الموجودة في الصفحة الأخيرة والتي اعتبرتها إماراً ودلالةً أتمسكُ بها للوصول إلى الجزء أو الأجزاء الأخرى فما بي الا أن أُلجأ إلى المكتبة التي فُطنتُ بها على هذا الكتاب الا وهي مكتبة القاضي المرحوم (مُنير خضر القاضي) -بعد تأميمها وإناطة إدارتها لأحد الأوقاف الدينية- والتي لم أجد أثراً لأي جزء آخر سوى الذي بين يديّ، فلا حيلة لي الا أن اتجه لأكبر مكتبة قانونية حكومية الا وهي مكتبة (كلية القانون جامعة بغداد) لعلي أجدُ جزءاً أو أجزاءً أخرى تخص الكتاب لا سيما إن الكاتب قد تخرَّج من ودرّس في تلك الجامعة، الا إنني وبكل أسف لم أجد أثراً لجزء آخر فما كان تمسكي بتلك الكلمات في نهاية الكتاب إلا تمسكاً بأضغاث أحلام فهي لا تُسمن ولا تُغني عن جوع. فبالنهاية كان نصيب هذا الكتاب من جرائم الدم هو الفصل الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ألا وهو جريمة القتل العمدي فقط وهو بذلك يُعدُّ أكثر كتاب أُنطب في شرح جريمة القتل العمدي في التشريع العراقي وتناولها بشرح تفصيلي شامل.

مقدمة الكتاب: -

يستهل الكتاب مُقدمته ببيان أهمية مبدأ الشرعية الجزائية ودوره في ضمان حريات الأفراد وإن غرض المُشرع لا ينتهي بمجرد حصر الأفعال المُحرمة وإنما لا بُد لكي يكون هذا المنع مُطاعاً هو أن ينص على عقاب كل من يخالف هذا المنع بارتكابه إحدى الأفعال المُحرمة. حيث إن العقوبة هي وسيلة من وسائل حماية المجتمع فلا يُقصد بها أساساً إيلاء الجاني بل إلى إصلاحه قبل كل شيء وبذل الجهد لأعادته إلى المجتمع كعضو شريف نافع فيه. وإن قانون العقوبات العراقي قد ضَمَّنَ القسم العام في الكتاب الأول وأورد ثلاث كُتبٍ أخرى خصها للقسم الخاص، وإن الباب الأول من الكتاب الثالث هو الذي في صدره الكتاب والذي أسماه المُشرع ب(الجرائم الماسة بحياة الإنسان وسلامة بدنه، وعندني-الكاتب- إن هذه التسمية غير موفقة إذ كان على المُشرع أن يُسميها بالجرائم المُرتكبة ضد أو الواقعة على حياة الإنسان أو سلامة بدنه فذلك أدق من كلمة (ماسة) إذ الجرائم لا تمس وإنما توجه أو ترتكب على أو ضد.

وقد أورد الكاتب بعض الملاحظات -وهي جديرة بالذكر- على فصول الباب الأول

من الكتاب الثالث، حيث إن هذا الباب قد قسمه المُشرع إلى خمس فصول:

الفصل الأول: - القتل العمد في المواد 405-409

الفصل الثاني: - الضرب المفضي إلى الموت والقتل الخطأ في المواد 410-411. ولست أدري ماهي الرابطة التي تجمع بين الضرب المفضي إلى الموت وهي جريمة في الأصل عمدية وبين جريمة القتل الخطأ والتي ينعدم فيها القصد الجنائي. وكان من الأوفق من أن يفصل الشارع بينهما وأن يضع كل جريمة في موضعها. فموضع جريمة الضرب المفضي إلى الموت بعد جرائم الجرح والضرب والإيذاء العمد، أما جريمة القتل الخطأ فإن موضعها يأتي قبل المادة 416 وهي جريمة الإيذاء الخطأ.

الفصل الثالث: - جرائم الجرح والضرب والإيذاء العمد. في المواد 412-416، ويلاحظ على المشرع بأنه قد حشر بين هذه الجرائم التي ميزها بأنها جرائم عمدية جريمة الإيذاء الخطأ في المادة 416 وفي ذلك إغفال ظاهر إذ العنوان لا يتفق مع المحتوى وهذا شيء معيب للمشرع والذي يجب عليه أن يحرص على الدقة ويتفادى التناقضات. أما كان من الأوفق على المشرع أن يفرد فصلاً للقتل الخطأ والإيذاء الخطأ؟ -والحقيقة إن هذا الاستفهام الاستغرابي هو في محله لعدم استساغته أو تقبّل تلك الجرائم من أن تُدرج تحت هكذا عناوين، وأن وضع تلك الجرائم تحت هذه العناوين فإنه يقدح بصياغة العنوان ويكشف عن عدم دقته حيث يجب أن يأتي عنوان الفصل مُنسجماً مع الجرائم الواردة فيه. -

الفصل الرابع: - الإجهاض في المواد 417-419

الفصل الخامس: - وقد أختتم المشرع هذا الباب بالفصل الخامس والذي خصصه

لجريمة إخفاء جثة قتيل في المادة 420

هذه هي الجرائم التي تصيب حياة الإنسان أو سلامة بدنه أو صحته والتي ستكون موضع دراستنا. وقد أسماها الكاتب ب(جرائم الدم) تغليباً، حيث يُغلب في هذه الجرائم أن يسيل عنها الدم.

محاور الكتاب والأفكار المطروحة فيه: -

سنسلط الضوء على بعض الأفكار والآراء التي أتى بها كتاب -جرائم الدم- وهي آراء في الحقيقة تستحق أن تُذكر وأن يعلوا شأنها بإقحامها في النقاشات القانونية بدلاً من أن

تكون مكونةً في رفوف المكتبات ينال منها غبار الزمن ما ينال وتُهيمن آراء الكُتُب الحديثة، والتي لا حداثة لبعضها إلا في ورقها، على صناعة الفكر القانوني السائد والذي نقولُه وبكل أسف إن الماضي قد غلب الحاضر في دقة وسداد الرأي القانوني الأصيل.

جريمة القتل العمدية: -

يتناول الكاتب جريمة القتل ضمن امتدادها في العصور الغابرة والتطور التاريخي لهذه الجريمة ونظرة الجماعة إليها بنظرة مُقتضبة، ويستعرض صور القتل العمدية وهي القتل البسيط والقتل العمدية المُشدد والقتل العمدية المخفف، ويُبين محل جريمة القتل تفصيلاً ويناقش مسألة إمكانية الحياة وتأثيرها على تحقق الجريمة، وموقف المشرع العراقي من القتل الرحيم، وطبيعة الفعل المحقق لجريمة القتل وماهيته وصورته-السلبية والإيجابية-، وتقييم القتل بالامتناع في التشريع العراقي بعد استعراض لشروطه العامة، ويوضح العلاقة السببية في جريمة القتل وينتقد موقف المشرع العراقي في إيراد نص المادة (29) والتي ترسم تلك المادة معالم العلاقة السببية ويفضل لو أن المسألة تكون متروكة إلى القضاء كما كان في السابق في ظل قانون العقوبات البغدادي الملغي، حيث إن النص الحالي سيقضي على مبدأ تفريد معيار العلاقة السببية وإخضاعه إلى معيار كل قضية، والنتيجة الجرمية لجريمة القتل والمُتمثلة بإزهاق روح المُجنى عليه. إضافة إلى الركن المعنوي في الجريمة والمُتمثل في القصد الجرمي وموقف القصد الاحتمالي من الركن المعنوي والملاحظات الصياغية التي يوردها المؤلف على تلك النصوص التي تناولته. القتل العمدية البسيط والذي تجسد الصورة التقليدية لجريمة القتل العمدية بالعقوبة المرسومة له قانوناً وهي السجن المؤبد أو المؤقت وفق المادة 405.

القتل العمدية المُشدد والذي يمثل الصور الأكثر جسامة في القتل والتي يستتبعها بحسب وجهة نظر المشرع غلظة في العقاب، ونستعرض بعض نماذج التشديد الوجوبي التي تناولها الكتاب بشيء من التفصيل جريمة القتل العمدية المقترنة بسبق الإصرار فسبق الإصرار على الرغم من التطور الكبير الذي شهده مفهوم القتل العمدية المُشدد فقد ضل سبب الإصرار ظرفاً مُشدداً ومع إن الكثير من التشريعات الحديثة قد احتفظت بهذا المعيار التقليدي إلا أن ذلك لا يعني محافظته على قوة مركزه في العلوم الجنائية، حيث إن سرعة ارتكاب الفعل ليس لها أي علاقة مع طبع الجاني القابل للإصلاح من عدمه وحجج

عديدة في معرض نقد (سبق الإصرار) كظرف مشدد وجوبي، حيث أن سبق الإصرار لوحده لا يكفي لتشديد العقوبة وهذا الحكم الأخير هو الذي يميل إليه الكاتب ويدعو إلى تبنيه وإيراده تشريعاً. وكذلك تبيان تفصيلي لظرف التشديد في حالة وقوع القتل العمدي بالشتم أو بمادة مُفرقة أو مُتفجرة وموطن النقد في هذا النص. وكذلك في حالة إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد... ويبيد المؤلف ملاحظة على صياغة النص، حيث يقول المشرع (إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد.. وكان من الأجدر بالمشرع أن يقول (إذا قصد الجاني قتل أكثر من شخص....) وهكذا فإنه يكون قد شمل الشخصين والأكثر وذلك لعدم وجود عدد بين الواحد والأثنين على حد تعبير المؤلف. وإلى جانب ذلك يقول المشرع... فتم ذلك بفعل واحد... في الحقيقة إن كلمة تم لا تُفيد المطلوب، ذلك إن مصطلح التمام له في القانون الجنائي معنى خاص وهو يشير إلى الجريمة التامة والتي يتميز عنها الشروع بعدم حصول النتيجة فالتامة تفيد إذن أن النتيجة التي قصدها الجاني قد تحققت. والمشرع لم يرد ذلك من استعمال مصطلح (تم) وإنما قصد أن يكون الجاني قد ارتكب فعلاً واحداً بقصد قتل شخصين فأكثر. والأدق عندي- المؤلف- في المعنى أن يقول المشرع إن النتيجة قد تحققت... (بارتكابه فعلاً واحداً). إلا اللهم إذا قصد المشرع من وراء إيراد هذا المصطلح في هذا النص عدم إمكانية تصور الشروع في مثل هذه الجرائم. وينتقل بعد ذلك المؤلف ليُبين القتل العمدي المُخفف الذي يكون في ظروف وأحوال يستتج منها المشرع بأنها لا تستوجب العقوبة المفروضة لجريمة القتل العادية أو المشددة، منها جريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة اتقاءً للعار ومقارنة مفهوم الشرف بالنسبة للمجتمعات الغربية والمجتمعات الشرقية- المجتمع العراقي على وجه الخصوص-.

وكذلك جريمة قتل الزوجة أو إحدى المحارم نتيجة المفاجأة تلبساً بالزنى، وتبيان الخلاف الفقهي الذي طال لفظ (المحارم) وبيان الرأي الذي يكون أكثر دقة وعدالة. ويتطرق الكتاب في النهاية إلى جريمة التحريض والمساعدة على الانتحار بشيء من التفصيل وينتقد جزئية من صياغة المادة 408، حيث أشارت المادة إلى معاقبة الجاني بعقوبة القتل أو الشروع فيه إذا كان المنتحر فاقد الإدراك أو الإرادة، وهنا في الحقيقة تجسيد لفكرة الفاعل المعنوي والذي (يدفع بأي وسيلة شخصاً على ارتكاب الجريمة إذا



مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کومه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

Social Contract Journal (SCJ)

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

ISSN 1100-2789

Deposit number: 715/0201/at the Directorate General of Libraries in Erbil

The Journal was approved for academic purposes by the Ministry of Higher Education and Scientific Research in the Kurdistan Region of Iraq, pursuant to Ministerial Order N° (9930/9) on 27/7/2021, and finally accredited in accordance with ministerial order N° (13561) on 17/08/2022.

Issue 6/October 2023

All correspondence should be send to the following address:

**Kurdistan Region-iraq-Erbil- 60m st. Francois Mitterrand's Junction-
Ministry of Justice-legal research centre. Prof. Dr. Mohammed Sulaiman
Alahmed. The head of the centre.**

E-mail: clr.kurdistan@gmail.com prof.alahmed@gmail.com

prof.alahmed@clr.gov.krd

All correspondence to be send to the editor in chief.

**Our publications are requested from Zain's legal publications in Beirut-
Lebanon.**

General Administration:

Beirut-Lebanon-Al Chiyh-Old Saida Road-Dallas Centre

www.zeinjuridique.com 66903 3 193 193

Email: wassim@zeinjuridique.com 66903 1 311 311



The General Supervisor
H.E. Mr. Farsit Ahmed Abdullah
Minister of Justice



Social Contract Journal SCJ:

In each country, the Ministry of Justice stands at the head of the institutions concerning with disseminating legal culture, educating citizens to know their rights and support them, and realizing their duties and encouraging them to fulfil them, are among the core tasks of the ministry that do not usually visible in the public domain. While the faculties of law are involved in the field of law teaching and legal research support, the Ministry of Justice, through the Legal Research Centre, decided to make its contribution in the field of scientific research, but in a new style that brings together originality and contemporary in the field of publishing legal research that concerns all fields related to the right, law and the state, being the hierarchical triad of all juridical studies, in a manner consistent with and observing the internationally known publishing rules, and supports the novelty of scientific research through research peer-viewing and subjecting it to an accurate and precise scientific evaluation consistent with the well-established scientific contexts and recognized by the competent scientific authorities. The Ministry of Higher Education and Scientific Research was the prominent supporter of this project, which encompasses it with a fortified scientific framework, and will make the journal a supportive tool to all researchers in order to publish their legal research, whether the purpose of publishing is to strengthening the legal culture, or to benefit from publishing the research for the purposes of consolidating research and scientific promotion for teaching staff in faculties of law and institutes specialized in law study.

We, the Editorial Board, have seen the great care and enthusiasm of the Minister of Justice in the Kurdistan Regional Government of Iraq, Professor “Firsat Ahmed Abdullah”, who was behind the idea of establishing the Legal Research Center in the Ministry, and he overcame all obstacles to preparing the journal and bringing it to light, and from the keenness of the Editorial Board Supported by the opinion of the Minister, the journal took the initiative to choose the phrase (the Social Contract). This title contains meanings related to the idea of right, law and the state. It is the term that was used for theories that explained the emergence of the state, and it expresses the general will represented by the law, In addition to the fact that it highlights the role and status of rights in setting laws and regulations, sponsoring and organizing them, and it will constitute a landmark for the journal that distinguishes it from other journals specialized in publishing legal research.

The law, with its prominent role in society, is its pulse and the true regulator for it, makes us face a scientific and social responsibility in

publishing all the developments taking place within its scope, and because Iraq and the Kurdistan Region lack a journal of an international character, whose position derives from the diversity of experiences of its advisory body in all disciplines and multiple countries, and it will surround itself with a set of procedures that prevent favouritism or preference except per the abstract objective scientific foundations approved by satisfied scientific journals and known worldwide. The referees for research will be from outside the editorial board's circle, and the scholarly peer-review process will be framed. With a confidential nature that guarantees the impartiality and subjectivity of the referee. It is also the only journal that does not charge the researcher fees for publishing his research. Rather, it provides a reward to the researcher for his published research, and it also offers periodic appreciation awards for the three best research papers from a scientific point of view each year, for every two issues; From here, the journal's mission is embodied in supporting legal research. It corresponds to advance the legal reality and develop state and government institutions concerned with legal affairs, whether it is a legislative, judicial or administrative matter.

The SCJ will be the journal for all legal professionals in Iraq in general and the Kurdistan Region in particular, and will launch towards globalization, for its reliance on internationally approved foundations, and its adoption of the scientific standards recognized in all international journals recognized for their scientific and sobriety. The scholar and researcher will find the right place in which to disseminate constructive, valuable, and original ideas. It will be issued only to support the scientific research movement in the field of legal studies, to achieve its goals in publishing Legal culture and the establishment of a new era that crystallizes the meanings advocated by thinkers in raising the word of truth and making justice a value that transcends all its obstacles, consecrating virtues and making the law closer to morals than ever before, devoting our effort towards achieving goodness, peace, security, and reassurance for every right holder found in the law his sanctuary, and witnessed the justice under the authority of the state, which he participated to create through the social contract.

The Editorial Board

Editor-in-Chief

Prof. Dr Mohammed Sulaiman Al-Ahmed

Professor of civil law, University of Sulaymaniyah /the head of Legal Research Centre

Editorial Secretary.

Dr. Hadi Muslim Younis

Asst Professor of Commercial Law (Associate)/ the Senior Adviser in the Shura Council of the Kurdistan Region of Iraq

The members

Prof. Dr. Adnan Ibrahim Sarhan

Prof of Civil Law/
University of Sharjah UAE

Prof. Dr Umaid Sabah Othman,

Prof.of Civil Law/
Head of the Cabinet of the Council of Ministers of the KRI.

Prof.Dr Dana AbdulKareem Saeed

Prof. Administrative Law/Dean of the Faculty of Law at the University of Sulaymaniyah

Prof. Dr AbdulKareem Saleh AbdulKareem

Prof of Civil Law
University of Duhok

Dr Khalid Ibrahim Al-Saleem

Asst Prof of Public International Law
University of Soran

Editorial Director

- **Dr Haseeb Saleh Ismael** The Director of Scientific Affairs at the Ministry of Higher Education in the KRG.

- **Mr. krmanj Younis Othman.**The Adviser to the Ministry of Justice in the region.

Technical Supervision

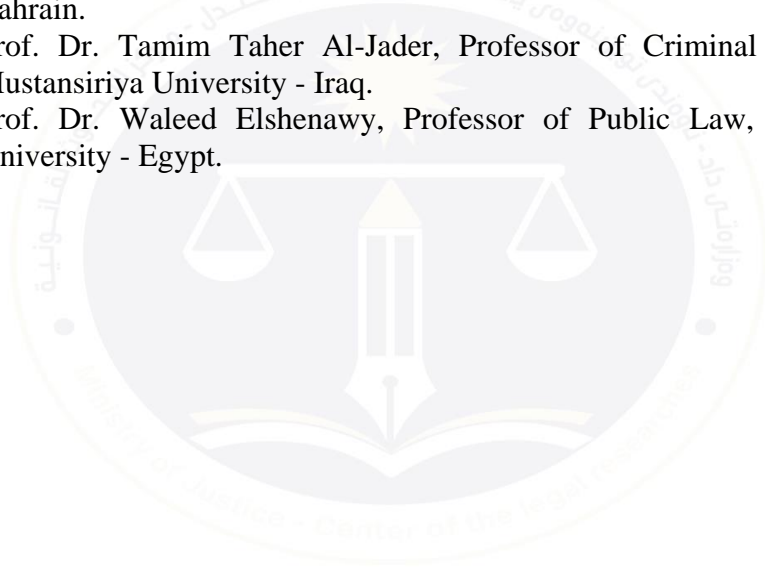
- **Mr. Twana Sami Abdulrahman.**The Secretary of the Council of Legal Research Center.

The Journal's Advisory Board:

The journal received highly effective scientific support from competent scholarly figures from multiple countries attested by its rich and sober scientific output, as the members of the advisory board of the journal expressed their great happiness in joining the journal's family, and the journal will benefit from the accumulation of their experiences and their good opinions. The following names are the advisory board for the journal, in alphabetical order:

- 1-Prof. Dr. Abdulfattah Abdulrazaq Mahmood, Professor of Public International Law, Deputy of the Ministry of Higher Education and Scientific Research in the Kurdistan Regional Government of Iraq.
- 2-Adviser. Prof. Dr Adel Al-Tabtabaei, Advisor at the Amiri Diwan, Professor of Public Law, and Dean of the Faculty of Law at Kuwait University.
- 3-Prof. Dr. Akram Yamulki, former Professor of Commercial Law at the University of Baghdad - Iraq.
- 4-Prof. Dr. Ali Hadi Al-Hilali, Professor of Public Law, and Dean of the College of Law, University of Baghdad, Iraq.
- 5-Prof. Dr. Carlos Fernández Lisa, Professor of Public International Law and International Relations, the University of Carlos III in Madrid - Spain.
- 6- Prof. Dr. Elshehabi Al-Sharkawi, Professor of Civil Law, College of Law and Political Science, King Saud University, Saudi Arabia.
- 7-Prof. Dr. Faek Al-Shamma, an experienced professor of commercial law, University of Baghdad - Iraq.
- 8-Prof. Dr. Haitham Hamed Al-Masarweh, Professor of Civil Law, King Abdulaziz University - Saudi Arabia.
- 9-Dr. Harith Al-Dabbagh, Associate Professor of Comparative Law and Private International Law, University of Montreal - Canada.
- 10- Prof. Dr. Hossam El-Din El-Ehwany, Professor of Civil Law, Ain Shams University - Egypt.
- 11- Prof. Dr. Ibrahim Eldesoky Abiellail, Professor of Civil Law at the Kuwait international college of law, Kuwait.
- 12- Prof. Dr. Jaafar Al-Fadhli, Professor of Civil Law at the University of

- Mosul - Iraq.
- 13- Prof. Dr. Jan De Groof, Professor in International Law, at the Antwerp University, Belgium.
 - 14- Prof. Dr. Mohammed Hassan Kassem. dean of College of law. Arabic Beirut, University - Libanon.
 - 15- Prof. Dr. Mohammad Shalal Al-Ani, Professor of Criminal Law, University of Sharjah - UAE.
 - 16- Prof. Dr. Munir Maniruzzaman, Chair in International and Business Law, University of Portsmouth, UK.
 - 17- Dr. Soadoon Al Ameri, Head of the Private Law in College of law, Bagdad University, "previously" Iraq.
 - 18- Adviser Dr. Salih Ebrahim Al-Ghatheth, Chairman of the Council of Advisors in Parliament / Editor-in-Chief of Legal Studies Journal - Bahrain.
 - 19- Prof. Dr. Tamim Taher Al-Jader, Professor of Criminal Law, Al-Mustansiriya University - Iraq.
 - 20- Prof. Dr. Waleed Elshenawy, Professor of Public Law, Mansoura University - Egypt.



Publishing rules

The journal publishes legal research and legal studies in Arabic, Kurdish and English languages, and it is concerned with publishing all research and studies related to the journal's fields of interest, as well as commenting on judicial rulings, abstracts of academic theses and dissertations from masters and doctorates, scientific reports on seminars and conferences, and presenting and reviewing new books and publishing the activities of the Legal Research Center at the Ministry of Justice, including seminars, scientific conferences, and round tables, and translating legal research from other languages. And that is according to the following rules:

A- Scientific research and studies:

-General rules:

1. An undertaking from the researcher that the research or study has not been previously published - on paper or electronically - and that it is not submitted for publication to any other party.
2. The research should be characterized by depth, originality, and a new contribution to legal knowledge.
3. Commitment to scientific research principles and general rules, and observance of accurate scientific documentation of research materials.
4. The research or study should not be part of a doctoral thesis or a master's dissertation submitted by the researcher, or part of a book he has previously published.
5. The number of research or study pages should not exceed 15,000 words, including references, margins, tables, figures, and appendices.
6. The research may not be published in another scientific journal after approval of its publication in the Social Contract journal.
7. The research papers shall be sent in printed form to the e-mail of the journal, and the precise correction should be taken into account in the sent copy.
8. The researcher should attach a brief of his biography.
9. The researcher should attach an abstract of his research within the limits of one page in Arabic, Kurdish, and English languages.
10. The materials included in the published research express the opinions of their owners and do not necessarily express the opinion of the journal.
11. Research papers are sent to the address of the editor-in-chief of the Social Contract Journal or the journal's email.

-Special rules:

1- A list of references shall be allocated at the end of the research, which includes all the references to which have been referred to in the text, and shall be placed on separate pages, provided that the sources and references are arranged to start with the Arabic sources and then the foreign sources.

2- Footnotes are indicated by serial numbers throughout the research pages, and they are explained and numbered according to their sequence.

3- Each researcher is given one copy of the issue in which his research is published, along with five extracts from his published research.

4- The journal reserves all copyright - paper and electronic - for the accepted research.

5- The order of the research published in the journal is subject to technical considerations.

B- Commentary on judicial rulings:

The journal publishes commentary on judicial rulings, believing in the importance of legal scholarly opinions in analyzing, establishing, and criticizing the judgment based on the reality of the link between law theory and science, and practical application, according to the following rules:

- The commentator should be a law specialist.
- That the commentary deals with a final judgment that the appeal has been exhausted.
- The comment only discusses the principles on which the judgment has built its basis.
- Not presenting any abuse to the judicial body and the judges who issued it.

C - Presentation of university theses abstracts:

The journal publishes summaries of university theses and dissertations (master's - doctorate) that have been approved, taking into account that they are recent, that they are prepared by the author of the thesis, and that they represent a new academic contribution in one of the known fields of law, provided that the presentation does not exceed (10) pages, taking into account that It includes the following:

- An introduction to the significance of the thesis topic.
- A summary of the thesis topic and how to define, and it shall be included in the thesis.
- A summary of the methodology, hypothesis, and tools.
- A conclusion of the most important findings and recommendations by the author.

D - Reports of scientific meetings:

The journal publishes scientific reports on seminars and conferences whose topics are related to one or more of the journal's areas of interest, which were held recently in the Kurdistan Region or Iraq and the outside country, and taking into account:

- That the report covers the activities of the symposium or conference, focusing on scientific research and the submitted working papers and their results, and the most important recommendations reached.
- The report should not exceed (5) pages.

E- Books review:

The journal publishes evaluative reviews of recently published or old-published books if the editorial board is satisfied with the richness of its content, about any field of law in which the following conditions are met:

- The book should be distinguished and include a new scientific contribution.
- The reviewer must be a specialist in the same scientific field as the book.
- The proposal has not been submitted for dissemination in another publication.
- The reviewer must present a complete summary of the contents of the book with an indication of the most important aspects of distinctions and shortcomings, provided that the presentation does not exceed (5) pages.
- The journal offers a financial grant for reviewing the books, which is only commissioned by the journal.

F - Translating foreign research into one of the journal's languages:

The journal publishes translations of foreign legal research into one of the journal's languages; Arabic, Kurdish or English, as part of the activities of the Comparative Law Studies Unit of the Legal Research Center. This is by following the regulations adopted in translation on the one hand, and the controls of the mentioned unit on the other hand.

Note: Researches and studies are sent to the email of the editor-in-chief,
Prof. Dr. Mohammed Sulaiman Al-Ahmed
prof.alahmed@gmail.com

Researches And Articles
In English

تویژینه وه کان ووتاره کان به زمانى

ئینگلیزى

البحوث واملقالات باللغة الإنكليزية



EVOLUTION OF COMPANIES LAW IN IRAQ

Professor. Dr. Akram YAMULKI

Baghdad- IRAQ 2022

پەرەسەندنی یاسای کۆمپانیایان له عێراق

پروفیسۆر دکتۆر ئەکرەم یامولکی

بەغداد _ عێراق 2022

تطور قانون الشركات في العراق

الأستاذ الدكتور أكرم ياملي

بغداد - العراق 2022





EVOLUTION OF COMPANIES LAW IN IRAQ

Professor. Dr. Akram YAMULKI
Baghdad- IRAQ 2022

1- THE ORIGINS

The companies constitute a very important phenomena in the economic and social life. Their roots goes further back to the most remote time in the history.

In fact, the ancient Iraqis, known under the name ((Mesopotamians)) has proceeding continually of this kind of organization of commerce and business. The eight Articles (100-107), which was consecrated for them, before four Thousand years in Hammurabi's Code, the King of Babylon, are the best witness for that.

Article (S) of this Code stipulated that ((If a Man gives to another money for a joint work, they must divide equally the profit or loss in the front of God)).

A great turn occurred by the advent of Islam, which norms encouraged the resort to business by contracting Commerce, rather than borrowing with interests, prohibited by this religion.

These norms continued to manage the totality of the activities exercised in the form of company until the promulgation of the Ottoman Law of Commerce in 1850, which provisions were been copied from the French Code of Commerce of 1807.

Thus, Iraq who was an integrated Part of the Ottoman Empire has been endowed with a relatively recente law to rule the total activity of the commercial companies on his ground, particularly under the form of ((Anonyme)), (Anonymous), equivalent to English Joint-Stock company or Public company limited by shares. In addition of the form of ((Collectif)) (Collective), as the unlimited partnership, and the form of ((Commandit)), as the limited partnership. And that until the end of the first world war, which led to dismembering of the great part of the Ottoman Empire between Great-Britain and France, Victorious of the war , during which Iraq fell under the

occupation, then the Mandate of G.B.

Immediately, the British authority declared in 1919 The Indian companies law of 1913, copied from English Companies law of 1908, applicable in Iraq, on the both Public Company Limited by shares and Private Company Limited by shares, leaving the unlimited partnership and limited Partnership under the provisions of the ottoman law.

When Iraq has obtained his independence in 1932, national laws has promulgated, especially the law of commerce of 1943, which replaced almost the provisions of the Ottoman law of commerce of 1850, except those governing unlimited and limited partnerships and that until the promulgation of the Civil Code No (40) Of 1951, which replaced the ottoman (Al-Maj'allah) of 1876 and regulated the contract of partnership and three kinds of civil partnerships:

- 1- Sharikat Al-Woojough (personalities Partnership).
- 2- Sharikat Ál-Moudharabah (speculation Partnership).
- 3- Sharikat Al-Aamal (works Partnership).

Then, after six years, the promulgation of the first independent Iraqi Companies law, the Commercial Companies Law No (31) of 1957, which replaced the Indian Companies Law and the provisions of Ottoman Commercial Law stayed in force until that time.

2- COMMERCIAL COMPANIES LAW No (31) OF 1957

This new law was a synthesis of the two origins, French and English Laws, especially regarding the Company with limited liability, which in spite of being named so, was a company by shares, like in English laws, not by parts like in French law.

To remark, also, that this law of 1957 was knowing six forms of Commercial companies:

- 1- Sharikat Al-Tadhamun (Unlimited Partnership), by Parts.
- 2- Sharikat Al-Tawssiah Al-Basita (Limited Partnership), by parts.
- 3- Sharikat Al-Muhassah (Joint Partnership).
- 4- Sharikat Al-Tawssiah Bil-As-hum (Limited partnership), by Shares.

5- Al-Sharikat Al- Musahamah (Public Company Limited by Shares).

6- Al-Sharikat that Al-Masouliah Al-Mahdoodah (Private Company Limited by Shares).

All, except (Al-Muhassah), endowed with legal personality, distinct from the Partners or Share-holders.

Then, after six years, Consequently of the abolishment of the Royal regime, by the military ((Coup d'Etat)) of 14th July 1958, and of the influence of the Socialist ideas in that time, several laws concerning the companies were promulgated in 14th July 1964, which modified deeply the provisions ruling the commercial companies.

3- THE SOCIALIST LAWS OF 1964

Among these Laws, named Socialist, the law No (99) which nationalized (29) industrial companies and all Insurance and reinsurance companies, and the law No (100) nationalizing all the Banks. Also, as it is said in the preamble of these laws, the activities of Banking and Insurance companies, Sement, Asbestos and Cigarettes were declared to be of Public sector , and that there is no possibility after that to be exercised by Private companies.

whereas the law No (103) imposed on all industrial enterprises having Properties of (70.000) Seventy thousand Dinars or plus to take the form of Public or Private company limited by Shares, and limited the nominal value of the shares, except in public Moral (Legal) persons, that a shareholder can posses in a public company limited by shares established since five years or more, to only (10.000) Ten thousand Dinars.

These two Laws, and the others Socialist Laws of 1964 had, luckless affect on Companies and Shareholders, also on National Economy.

The Author of this article, since he began teaching the commercial Law in Autumn 1964 in the Faculty of Law/ University of Baghdad, and during the Six years succeeded, didn't cease to recommend the revision of the Provisions of these Laws until he was charged to preside a special Commission for this purpose which efforts have been succeeded in revision the Law No (103) of 1964 by the Law No(79) of 1975, to impose the form of Public company limited by shares only on industrial enterprises having a Properties of (300.000) three hundred thousand Dinars or more. After that, it has been revised again by the Law of industrial investment and the Mixed and Private

sectors No (115) of 1985 , which increased the Nominal - Capital of the Industrial and of Service Companies to 1.500.000) one million and five hundred thousand Dinars.

4- LAW No (36) of 1983

The great change have been accomplished by the promulgation of the Law No 36/1983 regulating the mixed and private Companies, Successively (Public or Private companies limited by Shares in which the State or other public sector possess %25 or more of its social capital), and (All private companies belonging in whole or %75 or more of its Social Capital to the Private Section). Which realized several radical changes in the companies field, especially:

1- Application of its provisions on all Companies, not only on Commercial Companies as it has been under the Law No 31/1957, precisely on the Commercial Companies.

Adding to that, that the Law No 30/1984 on commerce abandoned the norm according to which the company is considered a commercial company) by taking the form of one of the companies organized by the companies law, to consider a company ((commercial)) if it, like a physical person, exercises a commercial act in his name usually for his account.

2- Annulment of the total provisions of the contract of partnership forming the third Chapter of the first Title of the second Book of the Civil Code No 40 of 1951.

3- Abandonment of the partnership named Sharikat Al-Muhassah (Joint Partnership).

4- Abandonment of the two forms of Partnership, Sharikat Al-Tawssiah Al-Basitah (Limited Partnership by parts) and Sharikat Al-Tawssiah Bil-As-hum (Limited Partnership (by Shares). 5- Innovation of a new kind of Company, by parts, named Al-Mashrooa Ál-Fardi (Individual Enterprise), owned only by one physical person, Caraterized by his personal and limited liability for the whole debts of the Enterprise.

6- Innovation of another kind of Partnership by part's named, Al-Sharikat Al-Basitah (Simple Company), composed of two- five persons, contributing by kind, or some of them by kind, the others by work, and could be constituted by simple legalization of their contract and deposit of a copy to the Companies

Register, contrary to all other forms of companies which cannot be constituted without previous Authorization of the Ministry of Commerce.

7- Shortening the denomination of the Company Al Sharikat that Al-Masouliah Al-Mahdoodah (Company with limited liability=Private Company Limited by Shares), to only Al-Sharikat Al- Mahdoodah (Limited company).

5- LAW No 21 of 1997

After fourteen years, another Law on Companies have been promulgated, replacing the previous Law 36/1983, the Law No 21/1997, which is still in force (2022).

This Law is composed of (222) Articles, distributed on eight Titles:

1- First Title, (Articles 1-12) entitled (General provisions), composed of three Chapters. First Chapter (Articles 1-3) on Aims of the Law. Second Chapter (Articles 4-11) on Company, in general, divided into two Sections. First Section (Articles 4 and 5) on Contract of the Company. Second Section (Articles 6-11) on kinds of Companies. Third Chapter (Article 12) on the quality of the Member of the Company.

2- Second Title (Articles 13–25) entitled (Constitution of the Company), divided into two Chapters. First Chapter (Articles 13-16) on the Requirements for the constitution. Second Chapter (Articles 17-25) on the Formalities for constitution.

3- Third Title (Articles 26-84), entitled (Credit of the Company), divided into Eight Chapters. First Chapter (Articles 26-28) on Social Capital. Second Chapter (Articles 29-37) on the division of the Social Capital, divided into two Sections. First Section (Articles 29-33) on the division of the Social Capital in the public and private Companies by Shares. Second Section (Articles 34-37), on the social capital in the Al-Sharikat Al-Tadhamuniah, previously Sharikat Al-Tadhamun (unlimited Partnership). Third Chapter (Articles 38 - 47) on the public subscription to the Social Capital. Fourth Chapter (Articles 48-53) on payment of the Social Capital. Fifth Chapter (Articles 54-63) on Increasing and Reduction of the Social Capital, divided into two Sections. First Section Articles (54-57) on Increasing the Social Capital. Second Section (Articles 58-63) on Reduction of the Social Capital. Sixth Chapter (Articles 64-72) on disposition of Shares and Parts, divided into two Sections. First Section

(Articles 64-70) on Transfer of the property. Second Section (Articles 71 and 72) on Pledge and Garnishment of shares and parts. Seventh Chapter (Articles 73-76) on Profits and Losses. Eight Chapter (Articles 77-84) on Bonds.

4- Fourth Title (Articles 85-124) on the Administration of the company. In three Chapters. First Chapter (Articles 85-102) on The General Assembly, divided into two Sections. First Section (Articles 85-101) on the composition of the General Assembly and its Meetings, Second Section (Article 102) on The Competencies and Attributions of the General Assembly. Second Chapter (Articles 103-120) on the Board of Directors in the public company limited by shares divided into three Sections. First Section (Articles 103-110) on the composition of the Board of Directors, Second Section (Articles 111-116) on the Meetings of the Board of Directors Third Section (Articles 114-120) on the Competencies and Attributions of the B.D. Third Chapter (Articles (121-124) on the Delegate Director, divided into two Sections. First Section (Articles 121 and 122) on the Designation of the D.D. Second Section (Articles 123 and 124) on the Competencies and Attributions of the D.D.

5- Fifth Title (Articles 125-146) on the Control of the companies, in three Chapters. First Chapter (Articles 125-132) on the Aims of the Control and its Exigencies. Second Chapter (Articles 133-139) on the Financial Control. Third Chapter (Articles 140-146) on the Inspection.

6- Sixth Title (Articles 147-180) on the Extinction of the companies, in four Chapters. First Chapter (Article 147) on the causes of the Extinction. Second Chapter (Articles 148-152). On the Melting of the companies. Third Chapter (Articles 153-157) on the Transformation of the companies. Fourth chapter (Article 158-180) on the Liquidation of the companies.

7- Seventh title (Articles 181-199) on the Simple company.

8- Eighth Title (Articles 200-221) on Divers provisions in four Chapters. First Chapter (Articles 200-209), General provisions. Second Chapter (Articles 210-212), Transitory provisions. Third Chapter (Articles 213-219), Penal provisions. Fourth Chapter (Articles 220 and 221), Final provisions.

This Law No21/1997 is Characterized by the following changes:

Firstly: Organization of the Financial Investissement Company, as being a Company whose essential activity is to direct the Savings towards Placement and Investment in Iraqi stocks and shares, including Shares, Bonds Treasury

Bonds and Fixed Deposits (Article 9).

Secondly: Imposition of the form of Public company limited by shares on the companies exercising the activities of Insurance, Reinsurance or Financial Investment (Article 10).

Thirdly: Organization of Contribution in Social Capital of Mixed and Private Companies by Shares (Public and private Companies Limited by Shares) in Kind, on which the previous Laws stayed Dumb (Article 29).

It is also necessary to signalize that according to the Article (22) of this Law of 1997, as it was under the precedent laws, the companies acquire the Moral (Legal) personality from issuing the Certificate of Foundation, which is reputed the evidence of that the required formalities of registration have been accomplished in accordance with the law.

In addition, according to the next Article (23), the company constituted in conformity with Law, as before, is Iraqi.

Concerning penal provisions, we draw the attention to the Article (215), first Paragraph, which stipulated originally that is punishable by six months imprisonment or a Fine from Thousand to three Thousand Dinars anyone exercises an activity in the name of a public or private company Limited by Shares , Unlimited company or Individual interprise company, without obtention the certificate of foundation, except for the preliminary acts of the founders of the public and private companies limited by shares authorized by Article (2) Paragraph two. Also, to the Second paragraph stipulating origially in maximum two Years imprisonment or a Fine from ten Thousand to fifty Thousand Dinars anyone exercises an activity in the name of a Branch or Agency of a foreign economic Company or Establishment without obtention previous Licence. Punishments reduced by the Ordinance No(64) of 2004 issued by The provisional Coalition Authority of Iraq, followed its occupation by the United States of America and her Allied, notwithstanding their constitutional and international incompetencies, to only a Fine not exceeding (3.000.000) three Million Dinars.

DEFINITION OF DIFFERENT KINDS OF COMPANIES IN THE LAW No. 21/1997 Article (4):

Firstly - The Company is a contract by which two persons or more undertake to that every one of them parcipate in an economie interprise by

offering a part in Kind or work to divid what results from profit or loos.

Secondly-Excepting from the provisions of paragraph (Firstly) of this Articles, it is admitted for a company to be formed by one physical person in conformity with this Law and shall be called later ((Individual Interprise)).

Article (6):

Firstly-Mixed or Private ((Public Company Limited by Shares)) is a Company formed by a number of Members of persons not less than five, in which the shareholders subscribe to the shares by public subscription and become liable of the company's debts by the nominal value of their shares.

Secondly- Mixed and Private ((Private Limited Company) is a company formed by a number of persons not less than two and not more than twenty five, in which the share holders subscribe to the shares and become liable of the companies debts by the nominal value of their shares.

Thirdly - Unlimited company by Parts is a company formed by a number of Physical persons not less than two and not more than ten, in which every one of them become liable personally and jointly for the whole obligations of the company.

Fourthly- Individual Interprise is a company formed by one physical person in which he will be the possessor of the unique part, and be liable personally for the whole debts of the company.

Article (14):

The Founder of the Individuals Interprise prepares a Declaration which substitutes the contract of the company. It is governed by the rules of the Contract where is cited in this Law.

Article (181):

Simple Company is formed by a number of persons not less than two and not more than five offering parts in the Social Capital or offering one or more of them work and the others Kind.

7- ORDINANCE No (64) of 2004

ordinance No (64) issued in 2004 by the Provisional Coalition Authority occupying our country since 2003, notwithstanding constitutional and international incompetencies to modify the national laws as we sayed before,

has modified, among others, our Law of Companies No (121) Of 1997 on several points, particularly by:

- (1) Replacing the term (Socialist Sector) by the term (Sector of the State).
- (2)- Admission for foreigners (non Iraqis) to constitute or adhere to any Kind of Iraqi company included Bank companies, which was not admitted Previously.
- (3)- Admission for Banks to take any form of Companies, not necessarily the form of public company limited by shares as it was before.
- (4)- Admission to constitute a ((Private Limited company by shares)) only by one physical or moral (legal) person, which was not admitted before.
- (5)- Increasing the maximum number of the members in an Unlimited company by Parts from (10) ten to (25) twenty five. Inappropriat solution.
- (6)- Simplifying the formalities for constitution and function of the Foreign Establishments.

8- LAW No (17) of 2019 mdifying Companies Law No (21) of 1997

After twenty two years, the iraqi Parliement has adopted in 2019 the Law No (17) modifying the Companies Law No (21) of 1997, especially in:

- (1)- Adding Article (7B) for defining and regulating Holding company, which was existing in practice since long time without being regulated by the Law.
- (2)- Restricting the right of the Foreigners to constitute or adhere to a company in Iraq to only in Public or Private Companies Limited by Shares and for not exceeding (%49) of the social capital.
- (3) Permitting, in general, to the physical or moral (legal) Person to Constitute or Participate to any kind of Company.

9_ PUBLIC COMPANIES LAW NO (22) Of 1997

This Law is consecrated to the Public Companies belonging in whole to the State. Article First defines the Public Company as being ((The Economic Unity autofinanced and possessed in totality by the State , enjoying the moral (legal) Personality, Financial and Administrative independency and functioning on economic bases)).

This Law is composed of (45) Articles distributed on (11) Chapters:

- Chapter First (Articles 1-7) on the Aims of the Law and the Requirements for the Constitution.
- Chapter Second (Articles 8-10) on The Social capital.
- Chapter Third (Articles 11–14) on Profits and Losses.
- Chapter Four (Articles 15-18) on Investment and Borrowing.
- Chapter Fifth (Articles 19–26) on the Management of the Company and the Board of Directors.
- Chapter Sixth (Article 27) on the General Director of the Company.
- Chapter Seventh (Articles 28-36) on the Interior Control.
- Chapter Eighth (Articles 31-34) on Merging the Companies.
- Chapter Ninth (Articles 35-38) on Conversion of the Company.
- Chapter Tenth (Article 39) on Liquidation of the Companies.
- Chapter Eleventh (Articles 40-45) on General and Final Provisions.

What holds the attention in this Law, is especially the provisions of the Article (15), following which it is permissible to the Public Company to invest its monetary excedents by participating in (Public companies limited by shares) or by entering in partnership with them in carrying out works in relation with the ends of the company in Iraq, but by obtention the consent of Ministers Council if the project is outside of Iraq (Paragraph one).

It is also necessary to obtain the consent of the Ministers Council for investment of the monetary excedents in Arab and Foreign Establishments or for association in carrying out works in relation with the objectives of the company inside Iraq (paragraph second),

Additionally, it is permissible for the Public Company to participate with the Arab and Foreign companies and Establishments for carrying out the works in relation with the objectives of the company inside Iraq (paragraph third).

Professor Dr. Akram YAMULKI
Baghdad-Iraq
2022

Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves in the Kurdistan Region - Iraq

Dr. Anwer Omar Qader^(**)

Lecturer in College of Law, Knowledge University, Erbil

كارىگهري ريکاره ياساييه بهرکاره کان بو دامهزrandنى و پاراستنى يهدهگى
سروشتي له ههريمى كوردستان – عيراق

د. نهنوهر عومهر قادر
وانهبيژ له فاكهلتى ياسا له زانكوى نولج، ههولير

فاعلية الإجراءات القانونية القائمة لإنشاء وحماية الحميات الطبيعية في إقليم
كوردستان – العراق^(*)

د. أنور عمر قادر
محاضر في كلية القانون ، جامعة نولج، أربيل

(**) anwer.qader@knu.edu.iq

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/11/3. تاريخ قبول النشر: 2023/2/20.



Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves in the Kurdistan Region - Iraq

Dr. Anwer Omar Qader

Lecturer in College of Law, Knowledge University, Erbil

key words: natural reserves, legal measures, wildlife, environment, Kurdistan region.

كليله ووشه:

پاراسته‌ی سروشتی، نامرازه یاساییه‌کان، ژیان‌ی کئیوی، ژینگه، ههریمی کوردستان.

الكلمات المفتاحية:

المحمیات الطبيعية، التدابير القانونية، الحياة البرية، البيئة، إقليم كوردستان.

Introduction

Natural reserves are created by isolating a specific area that contains plants, animals, or both of them, or archaeological sites, and declaring the designated area a natural reserve in order to preserve what is distinguished by them, then protecting them from human aggression and keeping original forms, according to special laws or regulations. It is known that the Kurdistan Region of Iraq was rich in wildlife since ancient times, but it extinct continuously due to wars and battles against Kurdish liberation movements. Unfortunately, after uprising in 1991 the process of extinction did not stop due to the political and economic situation in the region.

Now the remainder of this life in the region has become an urgent necessity, the government has recently set up its own laws and regulations with police forces that they have been formed to protect the environment. The next

32 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves step is to give priority for establishing natural reserves.

According to International Union for Conservation of Nature (IUCN) (2008), natural reserve is defined as: "An area of land and/or sea especially dedicated to the protection and maintenance of biological diversity, and of natural and associated cultural resources, and managed through legal or other effective means. Also, it was defined in the regulation for establishing and managing natural reserves in the Kurdistan Region – Iraq, (2011 version) in article (1) as: "A natural reserve is intended to be any area of land or water of the same nature has specific geographical dimensions that contain unique natural systems or living organisms that coexist with each other according to certain environmental systems". What is stated in the definitions of nature reserves revolves around one main axis, which is the assumption of the existence of a land and / or a water area characterized by biological diversity and wildlife that coexist with each other according to a specific ecosystem, it deserves to be protected. Accordingly, natural reserves can be defined as "the habitat of wildlife or a heritage site protected and administered by law."

Since there is no research or study on this subject in the Kurdistan region of Iraq and the existence of many defects and deficiencies in the current laws and regulations, from this standpoint, this study has been suggested and conducted to enlighten the way towards the desired goal, The aims of the study were: 1.) analyzing of the existing Laws and regulations relating to natural reserves in the region, 2.) estimating the effectiveness of the legal measures for establishing and protecting natural reserves, 3.) discovering legal loopholes in the valid laws and regulations.

Suitable areas for natural reserves

There are many areas in the Kurdistan region can be taken as natural reserves and can be classified in (8) types as show in table (1).

Table 1: Types of areas can be taken as natural reserves and protected areas in the Kurdistan region

Classes	Types	Description of the area
Landscape	The wild natural reserve	The area where wild life grows and lives, Also, has some characteristics or distinct environmental features, such as (Mergasur) and (Qupi Qaradagh) in the region.
National Park	National Park	It is an area devoted to the protection of nature and the ecosystem in order to create a distinct natural area that is protected for recreational and educational purposes. It is called a national park as combines recreation and tourism with environmental culture, wildlife and water. Such as Hasarost-Sakran in Erbil governorate.
Natural Parks	Aquatic natural reserve	It is the marine area where aquatic life grows and lives in it, such as Dukan Lake in Sulaymaniyah governorate.
	Biosphere reserve	It is the natural ecosystem that works to preserve the fungal life and genetic diversity. It is called the Biosphere because it allows the settler population to use the land within the framework of the reserve as far as possible. 30% of the lands in the region fall within this type, especially the mountainous areas.
	Protective reserve	It is a specific area was rich in natural life, but exposed to natural or human dangers, and where life became extinct, and the protection is to rehabilitate it. The most mountainous border areas of the region fall within this type

34 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

Classes	Types	Description of the area
	Traditional life reserve	includes human participates in the natural ecosystem by living with wildlife, they have a positive impact on biological diversity and enriched it instead of harming it. This type can be applied in the Kurdistan Region to sheep owners who move between the summer and winter houses.
World heritage reserve	National heritage reserve	This type contains monuments or archaeological sites of global significance, such as the Erbil Citadel in the region.

Research Questions:

- 1- To what extent the existing laws and regulations are adequacy to establish and protect natural reserves in the region?
- 2- Do deficiencies in the laws and regulations impede the process?
- 3- What are the appropriate legal measures for establishment and protection of natural reserves in the region?

Hypotheses:

HO1: The current laws and regulations does not encourage the establishing natural reserves in the region.

HO2: It is not possible to implement a regulation violates the law that was relied upon in its issuance.

Research plan:

We adopted the following research plan:

Section 1, gives the introduction, Suitable areas for natural reserves, research questions, hypotheses and research plan.

Section 2, gives an overview the methods used in the research.

In Section 3, we presented Laws, Regulations on Legal measures of establishment and protection of natural reserves in the Kurdistan Region.

Section 4, We devoted it to discussing the existing legal measures for the establishment of nature reserves.

Section 5, has been allocated for suggestions to improve the legal basis for the establishment and protection of natural reserves in the region.

In Section 6, we presented conclusions and recommendations.

Methods

The paper is exploratory and theoretical study. The methods used in this paper are classical legal research methods. They are an analysis of existence legal resources in the region to answer the research questions. Which contain analyzing of the existing laws and regulations, lead to come up with satisfactory results in diagnosing weaknesses, deficiencies of legal measures in valid laws and regulations and fixing them in the future, to be a guide towards establishing more natural reserves in the region. The environmental protection law of the Kurdistan region-Iraq No. (8) (2008 version) and the regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan region of Iraq and its administration No. (9) (2011 version) are main legal resources which selected to study with other legal resources were relevant to the paper and benefit to answer the research questions via examine region's legislation on natural reserves establishing and protecting. In the end of this paper some adequate suggestions on effective measures for establishing and protecting natural reserves are proposed.

Results: The Constitution, Laws, Regulations on Legal measures of establishment and protection of natural reserves in the Kurdistan Region

The Constitution

As the Kurdistan Region does not have a constitution yet, so we leave this issue aside, but if we go through the federal constitution of Iraq (2005 version), which contains an article on the environment and its protection and the protection of biological diversity, that is stipulated in Article 33 which states: *“First: Everyone has the right to live in safe environmental conditions. Second: The state guarantees the protection and preservation of the environment and biological diversity”*.

36 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

As it is known, that most of the rules of the constitution need a law to apply them, and the texts mentioned above also, need a law, such as the law of natural reserves, biological diversity, the environment law, and others.

Primary Laws

The primary law for natural reserves is the environmental protection law of the Kurdistan region-Iraq No. (8) (2008 version). Despite this law which is not referring directly to the measures, mechanisms of establishing and protecting natural reserves, that's why the main dependence is on the regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version) (hereinafter, the regulation). Also, the instructions No. (1) of 2015 on hunting and protecting wild animals and birds in the Kurdistan region of Iraq provide financial penalties for those who attack wild animals and birds. The texts of primary laws explained in the table 2 below:

Table 2: primary laws and regulations

Laws and Regulations	Article No.	Contents
Environmental protection law in the Kurdistan region No. (8) (2008 version)	Article 31	For the purpose of protecting nature, preventing and combating desertification, and preserving the animal and plant species and their habitats, the following is prohibited:
		First: Any act or activity that leads to annihilation or threat to the animal and plant species.
		Second: Hunting fish, birds and animals in the seasons of their mating and reproduction.
		Third: Hunting fish, birds and animals by using explosives, firecrackers, poisons, electric shock, or any other method of overhunting.
		Fourth: Cutting, uprooting, or removing trees, shrubs, wild and aquatic plants and herbs in public properties.
Fifth: Hunting, killing, catching, possessing or transporting endangered birds and animals, wandering in them, offering them for sale, or destroying their eggs or nests.		

Laws and Regulations	Article No.	Contents
	Article 32	The Ministry, in coordination with the concerned authorities and the relevant external authorities, shall establish parks, natural reserves and public parks, and preserve natural sites with a heritage dimension
The Regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) in (2011)	Article 4	The following conditions are required for the site when choosing it as a protected area: 1- Distinguished by the clear richness of the components of biological diversity. 2- Availability of a significant number of single endemic species. 3- Availability of one or more rare or endangered species. 4- Habitat uniqueness. 5- A qualified and distinctive landform that is of historical, aesthetic, social or cultural value related to the nature of the area. 6- The region is rich in sites of importance for long-term scientific research. 7- The place is important for ecotourism.

38 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

Laws and Regulations	Article No.	Contents
	Article 5	<p>First: It is prohibited to practice the following behaviors within natural reserves:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- Damage or alteration to physical, geological, or morphological formations and all natural manifestations. 2- Cutting, uprooting, damaging or removing plants or their parts from the protected area. 3- Hunting, transporting, killing, slaying, harming, disturbing, ejecting or threatening the stability of any endemic or migratory wild life or aquatic, including types of birds, their eggs, chicks, nests, or parts thereof such as feathers, horns and dander. 4- The introduction or settlement of any alien plant or animal species. 5- Any activity that negatively affects natural areas, such as activities related to the extraction of oil and mineral resources. 6- Anything that could harm the natural ecosystems in the area and lead to the deterioration of the environment. 7- Any activity or experiment that leads to pollution of the soil, air, or water of the protected area. 8- Using natural resources in a way that leads to soil degradation, loss of fertility, or degradation of biological species and landscapes. 9- Uprooting and transporting rocks, gravel, soil, or surface or ground water outside the protected area. 10- Entry of all kinds of vehicles, except vehicles of site management. 11- Establishing camps without a permit. 12- Carrying out any agricultural, economic or commercial activities. 13- Erecting facilities, roads, railways, and airports. 14- Holding various military maneuvers and activities. 15- Changing the using of the land.

Laws and Regulations	Article No.	Contents
Instructions No. (1) of 2015 on hunting and protecting wild animals and birds in IKR	Article 3	Prohibitions on hunting: Not to use guns, explosives, poisons, pesticides, electric, cars, and intense lights (projectors). It is also forbidden to hunt inside natural reserves. Also, forbidden to hunt in the breeding season for animals and birds. Hunting is forbidden at night and on springs and rivers.
	Article 5	Announcing a list of the names of wild animals and birds, and the fines imposed on those who hunt without a license, ranging from 100,000 dinars to 10,000,000 Iraqi dinars

Discussion: Existing legal measures and their lacks

According to the opinions of specialists (Perez & Rosario, 2008; Franson, 1972; Changlee, 2016; Jianming, 1997; Yuan & Xitun, 2021; Matz 2003), as well as based on the legal provisions of the natural reserves (the regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version), and the Iraqi regulation of natural reserves No. (2) (2014 version), the effective legal measures to establish natural reserves are eight measures and with three measures to protect them. We will discuss these measures in detail with their shortcomings in the legislation of the Kurdistan Region as below:

Legal measures of establishing natural reserves in the regulation of reserves in the region

By browsing the texts of the regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version), we find only three out of eight effective legal measures to establish natural reserves that they are:

Choosing the area:

The most important and first measure is to choose the area to be a natural reserve. It must be selected carefully after the conditions and specifications are met. Also, it must be determined and selected on the basis of biological diversity, the presence of a rare or endangered species or aquatic life, the

40 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

presence of wild and / or aquatic life, the enormous majority of the areas that are selected for the establishment of natural reserves have wild life, the presence of archaeological for instance: the Kurdistan Region is rich in this feature, such as Erbil Citadel, Shanader Cave, Charmo Village and other archaeological sites in the region that have a civilizational dimension (Articles 3-5 of the regulation).

The main mechanisms for designating an area as a natural reserve are administrative designations and the statutory designation. The administrative designation is related to the administration's work. Legal designation assumes the enactment of a special law defining a particular area as natural reserve. However, this can be addressed by issuing a special law on natural reserves in the region (Perez & Rosario, 2008).

Choosing the area is the first procedure when considering the establishment of natural reserves through the availability of a number of characteristics and specifications in the area which required for the area to be natural reserve (Merauskas, 2004). The regulation of nature reserves in the Kurdistan region provides for this measure in Article (4), with some characteristics and features or specifications required for the area such as:

- 1- The presence of wildlife and/or aquatic life in the area.
- 2- The suitability of the area to attract tourists .An important advantage for attracting tourists and increasing sources of income (Zainadin, 2012).
- 3- The presence of special archaeological sites, such as Erbil Citadel that registered by UNESCO in 2014.
- 4- Adequacy of the area from the social point of view. For example, the acceptance of the reserve by the local population. Through extrapolating the regulation of reserves in the region, we find that it provides for all these features and characteristics except the main feature which is: the presence of geological, geophysical, hydrological or hydrogeological factors. As it is necessary, we suggest addressing them in the future when the regulation of reserves (2011 version) is changed or modified or when a new law is issued for natural reserves.

Approval measure

Approval measure means authorizing a department or body to issue a decision regarding the establishment of the reserve, whether by acceptance or rejection, through studying the applications submitted and ensuring that the conditions and characteristics of the candidate area are met. In some countries, the task is entrusted to the Environment Council, as in Iraq, according to the Article (2) of its regulation No. (2) (2014 version). In some other countries, the task is entrusted to the Council of Ministers, as is in Egypt, according to Article (1) of natural reserves law No. (102) (1983 version), where the environmental affairs agency proposes the site and the Council of Ministers decides on it, whether by approval or rejection. In Japan, the minister of environment is concerned with the approval after it was proposed by the environment council according to Article (5) of the Japanese natural reserves law No. (161) (1957 version).

As for the Kurdistan Region and according to the regulation (2011 version), the task is entrusted to a mutual committee as stated in Article (3) and the task of the committee is to study the nominations regarding the establishment of natural reserves and then approving and classifying the reserves, with the development of the necessary plans for their management.

The main reason for the failure of the establishment of natural reserves in the region is due to this mechanism, and in particular this joint committee, because it consists of a chairperson and members representing multiple parties, and the main deficiency of the regulation is about the head of the commission with a number of experts and specialists that the regulation did not indicate where these experts and specialists come from. After more than (10) years, specifically in 2022, this committee was formed.

Finding alternative projects measure:

The measure refers to the governmental procedure that aims to establish alternative projects for the indigenous people to practice their activities instead of what they previously practiced and lost as a result of the establishment of the reserve, in order to accept and protect the reserve by residents and encourage

42 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

them to be an effective force to promote the required and expected happiness in the reserve. As it would seem that unless more is done to convince the residents of the importance of wildlife retention the prospects do not bode well and success (Franson, 1972).

On the other hand, the participation of the local community in the management of the nature reserve is important for the success of the reserve plan and for convincing them to accept the reserve (Perez & Rosario, 2008).

The measure is provided for by the regulation No. (9) (2011 version) in the region. The region's regulation distinguishes from among the available laws and regulations by providing for this measure in item (4) of the second paragraph of Article (3). It means any government measure aimed to compensate the indigenous population by creating job opportunities through the establishment of alternative projects and facilities in the area instead of those who lost them through the establishment of the natural reserve. It's an improper act to force local residents to leave their settlements without providing alternative projects of their livelihoods (Changlee, 2016). For instance, during withdrawing farmland from farmers to allocate it for nature reserve, it will be more successful when the withdrawing is in a plan and orderly, with ensure that farmers retire, stable, developable and rich (Yuan & Xitun, 2021).

This measure encourages the population to accept the reserve and to become an effective force to achieve the goals behind the establishment of the reserve (Jassica & Victor, 2014). It is known that the vast majority of nature reserves are established on agricultural lands, forest lands and natural pastures, and they are exploited by farmers, livestock and animal owners.

To compensate for the loss of agricultural, plant and animal resources, others must be provided to the population instead of what we mentioned so that they do not take a negative attitude towards the reserve. Moreover, it will be desirable that the alternative be more income if it is not equal to the previous one. The implementation of this measure requires observance of the traditions and customs of the population. In this case, establishing a special fund for natural reserves in which funds, gifts, donations, visitors' fees and subsidies are

collected, so, it can be used for this purpose. Or, establishing mixed organizations between the public and private sectors to collect funds, is an effective instrument for the same purposes (Franson, 1972).

Lack of effective measures for establishment

As it is mentioned above the regulation in the region No. (9) (2011 version) provides for only three measures among eight effective measures for establishment of natural reserves. The lack of five measures means that the legislation on natural reserves is not integrated, because the non-existent measures have a direct impact on the lack of integration of this aspect. In addition to this fact, that the measure for the approval is existed, but it is not usable because the decision-making is entrusted to a committee and not to a department. We will explain below the measures that are not found in the regulation of the region in some detail:

Demarcation of the area measures

After choosing the area, the second measure comes, which is to demarcate the required area on the maps and download all attractions on it. The prepared map becomes a basis for taking the decision to establish the reserve and determine the rights of others within the chosen area, as well as the content of the local population, their lifestyles, traditions, and other matters that will become the basis for decisions in the future (Perez & Rosario, 2008). Despite the importance of this measure and its utmost necessity for the establishment of the reserve, the regulation is devoid it.

Setting goals and policies measures

Setting goals and policies measure means defining the goals behind the establishment of the natural reserves. Setting goals has a great importance to the success of the reserve and which enlightens the way for the administration to evaluate the procedures, plans and the benefit behind each step or the alignment of the works and achievements according to the drawn plan and to monitor its progress towards achieving those goals.

The policy in the practical field of natural reserves means how to act and

44 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

control resources in the field of protecting wildlife and ensuring its safety, and it serves as a guide for the scientific development of the natural environment and the national economy. Moreover, how to obtain financing, and how to persuade decision-makers, local and international organizations to provide it. Also, setting goals and policies within a scientific and realistic plan will direct the decision-making process during the establishment of the natural reserve and then its operation, and set up a comprehensive strategy to be exercised during the implementation of the plan (Perez & Rosario, 2008).

Develop a plan for each natural reserve is necessary in order to clarify the objectives and policies, also, to determine the entity that implements the plan and bears responsibility for the failure to implement the plan and managing the natural reserve (Article 7 of the Lebanese Protected Areas Law No. 130, (2019 version)).

Some examples of the objectives, such as protecting wildlife and biodiversity, preserving the ecosystem and ensuring its sustainability, protecting endangered species, encouraging the environmental tourism and other objectives (Jianming, 1997).

It is understood from the foregoing that anyone or any party when would submit a request to establish a nature reserve has to define its goals behind the establishment of the reserve in advance. Also, policies measure in conjunction with goals has a significant impact on natural reserves, for example: tax policy, employment policy for the management of nature reserves and social security policy along with environmental compensation and how residents are compensated for giving up their rights (Feng, 2014). As we explained in the previous measure, the regulation did not provide for it as well.

Data collection measures:

Data collection measure is very effective, as any project has not been successful unless sufficient data and necessary information are available about it. In addition, the correct data helps the concerned authority to take appropriate and correct decisions regarding the natural reserve. Moreover, with data collection, it is necessary to take into account the particularities of each zone and its historical matters (Yuan & Xitun, 2021). Also, it is collecting and

analyzing data on the area, as well. For instance, when establishing a natural reserve suggests to protect wildlife or aquatic life, the information must be collected on the numbers of prey and predators.

Despite the effectiveness and importance of this measure, the regulation is devoid of it.

Publishing and Advertising Measures:

The approval for establishing a natural reserve will not be completed unless it is announced officially by publishing the decision in the official way, such as publishing it in an official gazette in order to be known by citizens and government departments, because the decisions can only be achieved by publishing them in a formal way. Although the regulation is free of this measure, but the issue is not that difficult, because it is possible to return to the general rules of publication according to the law of publication in the official gazette No. 78 (1977 version).

Compensation measure:

Compensation means giving the value of the land, facilities and implants on which the natural reserves are built to their owners in return for their abandoning them for the benefit of the reserve. Most of natural reserves are located inside a rural property which keeps natural vegetation, forests and wild life in the landscape, such as: biodiversity, and the survival of species threatened with extinction.

According to the region's law most of these lands are private owned. The current international trend is to pay compensations rather than land grabs, or other confrontational means (Matz 2003). As stipulated in the Iraqi constitution and the laws in force in the region when the government acquires owned lands, the owners must be compensated. Compensation is an economically interesting alternative for non-compliant landowners interested in regularizing their situation, which facilitates to occupy rural areas to set up natural reserves (Jassica & Victor, 2014).

Given the importance of this measure when establishing a natural reserve by compensating the owners of the lands in the selected area, and natural

46 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

reserves usually need large areas of land. When these lands are seized or expropriated for the benefit of natural reserves, we believe that the government in the region cannot afford to compensate them according to the laws currently in force, which contain general rules for compensation, including law No. 53 (1976 version) on outside municipal boundaries. When property rights in agricultural lands outside municipalities are extinguished, this law is compensated by 50% of its real value. If the land is located within municipal boundaries, the land owner is compensated for pure property at a rate of 20% with land residential not cash, and 12% if the owner has the right to dispose according to Law No. 3 (1998 version) as amended by the law No. 5 in 2007, and 3% if the farmer uses it under a lease contract according to the law No. 1(2008 version).

Since the majority of the lands allocated to natural reserves lie outside the municipal boundaries so, they must be compensated by 50% of its value and the government must pay it, which is a heavy burden on public finance. It is preferable to separate the issue of compensation for natural reserves from the general rule and arrange them according to the reality of the situation within a natural reserves code.

As it is mentioned above that the compensation in the case of natural reserves differs from another cases, because the owner can acquire an environmental reserve quota or he donates to the State an area within a public conservation and instead of that he will obtain a commercial store in the protected area or something like that (Jassica & Victor, 2014).

Legal measures for protecting natural reserves:

Ban measure:

This means preventing any activities that harms the natural reserve, it enhances the administration's endeavors to protect the natural reserves. When reviewing the legal texts related to the protection of natural reserves in the region, we find that the forestry code No. (10) (2012 version), rangeland code No. (2) (2011 version), law of the wild animals' protection No. (21) (1979 version), the regulation of natural reserves No. (9) (2011 version), and the instructions of hunting and protecting wild animals and birds No. (1) (2015

version) provide for the ban measures by prohibiting many actions and practices in the protected land. According to the provisions of them, the prohibited behaviors can be divided into four groups as follows:

1- The actions harmful to non-live elements: such as physical, geological and morphological formations and the groundwater, oil and minerals contained in the protected land in its interior, as well as the protection of its land, water, soil and rocks, and changing the utilizes of the protected land. Based on the nature of natural reserves, we find that non-living elements are important and any damage to them negatively affects all components of the natural reserve. Therefore, protecting them by prohibiting actions and behaviors harmful to them helps to sustain life in reserves with saving them in its natural form and preserve its entity.

2- The actions harmful to live elements: the living elements are the unique biological component in the natural reserves and their ecosystem, so any damaging to them is considered as a damage of natural reserve and its ecosystem. Accordingly, the laws and regulation emphasized the prohibition of every act that harms such as cutting, uprooting, damaging or removing plants, hunting, fishing, transporting, killing, displacing, harming, disturbing, expelling or threatening the stability of endemic or migratory terrestrial or aquatic organisms, and the introduction or settlement of any plant or animal species.

3- The Polluting behaviors: one of the main goals behind the establishment of natural reserves is to keep the natural environment clean, so it is necessary to prohibit polluting activities in them. Accordingly, the region's laws and the regulation emphasized the prevention of any behavior that harms the environment of natural reserves and leads to its pollution and stipulate the prevention of everything that could harm the natural ecosystems in the area and any activity or experiments that lead to the pollution of the soil, air or water of the protected area.

4- Distorted behavior: it means those distort and change the appearance of the reserve from inside and outside by affecting its soil, inside and above-ground, its air, its aesthetics, and everything that distorts its living and non-living components. The region's laws and the regulation emphasized the prohibition of any behaviors that distorts the nature and appearance of the

48 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

natural reserve such as: entering vehicles of all kinds except vehicles for the administration, the location and the establishment of camps without a license, the practice of any agricultural, economic or commercial activities, the establishment of facilities, roads, railways or airports, and finally the various military activities.

The compulsion measure:

The compulsion measure means the obligation to perform or do some things for the benefit of the natural reserve, which is positive measure, and opposite of the ban measure which represents negative measures. By browsing through the texts of the region's laws and the regulation, we find that it did not include this measure despite its importance and effectiveness, and we did not find a text that obliges citizens to take action or activity to protect the natural reserves, but it stipulates the obligation of the administration and the supervising committee to take some actions and take some measures in favor of the nature reserve, as stipulated in paragraph (5) of Article (2) of the regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version), as educating citizens about the importance of preserving natural reserves and the importance of plant and animal genetic resources as a national heritage for the region. As well as coordination with the administration of the natural reserve regarding the encouragement and development of traditional knowledge for the residents surrounding the reserve, which has a positive impact on the components of biological diversity.

Since, the compulsion measure is more effective than the ban measure as a positive measure and not a negative, so we suggest that the region's legislator takes into account the compulsion measure to take the following actions and take them in order to protect the natural reserves when amending the regulation:

1- Obligating the local community that close to the reserves to participate in sustainable environmental activities that protect their environmental and cultural heritage within the natural reserves system.

2- Requiring the farmers to use organic fertilizers to fertilize their cultivated and planted lands instead of chemical fertilizers.

3- Following the integrated pest management system to control diseases and insects.

The Punishment measure:

The punishment measure comes in various forms, including administrative, civil and criminal protection, which is an effective way to protect the public interest. The most important measure of deterrence is punishment through its forms as following:

Administrative protection:

Administrative protection is a measure that imposed by the administration and institutions concerned with natural reserves on those who intend to harm the natural reserve. Administrative protection is necessary because the protection in the administrative law means prevention from the occurrence of harm.

The regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version) did not provide for the administrative punishment for protecting natural reserves. In another side, considering that the natural reserves are part of the public properties, therefore, Article (71) of the Iraqi Civil Code No. (40) (1951 version) is applied on them. So, the previews article expressly states that: "Everything allocated for the public benefit is public Properties." Although, the region's regulation was free from this procedure, but it is possible to refer to the general rule that we mentioned in the civil law and its application to protect natural reserves.

Regarding procedures contained in Articles (2 & 3) of the Iraqi wild animals protection law No. (21) (1979 version) related to natural reserves are considered as administrative measure to protect natural elements that carried out by the concerned administrative authority or department in the Ministry of Agriculture, which states: "*on the competent department carry out raising local wild animals inside enclosures or protected lands, breeding wild animals and adapt them to the local environment and others*".

Civil protection:

Civil protection is unlike administrative protection, which is not preventive

50 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

but curative, as it comes after the occurrence of the damage, and is intended to redress the damage with compensation. As we discussed in the previous paragraph that natural reserves are part of public properties, so, civil protection of those properties must be withdrawn on them, and as stated in paragraph (2) of Article (71) of the Iraqi Civil Code No. (40) (1951 version), which states: “*And these properties may not be disposed of, seized or possessed by prescription*”. So, that any action against it is annulment and subject to civil penalties, which are nullity, removal and compensation.

Criminal protection:

Regarding criminal protection in the Kurdistan Region - Iraq and despite the fact that the regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version) is free of penalties and devoid of text to refer to the application of the punitive provisions contained in the law for the protection and improvement of the environment in the region, as the Iraqi natural reserves regulation did, which stipulates in Article (11) of it that: “*The punitive provisions stipulated in the environmental protection and improvement law No. (27) (2009 version) shall be applied to violators of the provisions of this regulation*”. Since the regulation of establishing natural reserves in the region was based on the provisions of the environmental protection and improvement law in the region No. (8) (2008 version) and there is an explicit reference in this law to the penalties for violators of it and the regulations and instructions issued according to it.

Legally, the punitive provisions stipulated in it are applied to violators of the provisions of the regulation of establishing natural reserves in the region. So, we are looking at the penalties that address this aspect and stipulated in the law of protection and improvement the environment with relevant laws in the region. The penalties in the law of protection and improvement the environment are deprivation of freedom and financial fines, as stated in Article (42), which provides penalties for violating the provisions of the law and the regulations and instructions issued thereunder, which states that: “*First: ... the violator of the provisions of this law and the regulations and instructions issued according to it shall be punished by imprisonment for a period of no less*

than (one month) or a fine of no less than (150,000) one hundred and fifty thousand Iraqi dinars and no more than (200,000,000) two hundred million Iraqi dinars or both penalties”.

The penalty in instructions No. (1) (2015 version) on hunting and protecting wild animals and birds in the region in Article (4) is fine which imposed on those who hunt animals and birds without a license, ranging from 100,000 Iraqi dinars to 10,000,000 Iraqi dinars. The penalties in the forest law in the Kurdistan region No. (10) (2012 version) (Articles 21 – 24) are imprisonment and a fine between (3,000,000) Iraqi dinars and (5,000,000) Iraqi dinars for anyone who assaults on components of natural forests or extracts plant and animal genetic assets from natural forest areas. Also, the penalties in the rangeland law of the Republic of Iraq No. (2) (1983 version) (which is applied in the region because it was issued in Iraq before the uprising in 1991 and the region does not have its own law for rangeland) are imprisonment and a fine (Article 12) for those who encroach on the lands and components of natural pastures.

Finally, due to the presence of a large number of laws in the region and the absence of a specific law on natural reserves, it has created confusion in the presence of many punitive texts that generate conflict between them and as a result confuse the proper application of the law.

It is worth noting through the research that the regulation of establishing natural reserves in the region created some crimes by preventing actions that harm the natural reserves, which is presented in detail in the subsequent paragraphs.

Lack of effective measures for protecting natural reserves

The regulation of establishing natural reserves in the Kurdistan Region of Iraq No. (9) (2011 version) provides for two measures for protecting of natural reserves, ban measure and punishment measure. However, the punishment measure is incomplete because it contains only criminal penalties, without administrative and civil penalties. It is known that the required protection for the natural reserves comes through effective legal measures provided by the law or regulation. Clearly appear that there is one entire measure present in the

52 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

regulation, which is the ban measure, and the second measure, which is the obligation, as we have explained, has great importance in protecting the natural reserves especially towards local people but nonexistent. As for the most important measure here, it is the penalties measure, but the regulation is free of civil and administrative penalties and only provides for criminal penalties.

It is evident that the criminal penalties have shortcomings, along with other shortcomings in the legal measures to protect the natural reserves stipulated in the regulation and it is not possible to talk about effective protection for natural reserves in the region without addressing them by the legislator. The shortcomings will be discussed in the following paragraph.

Incomplete legislation:

First of all, it is worth mentioning that natural reserves must be regulated from their establishment, management and protection by law and not by regulation or instructions, because as it is known that the regulation has a lower degree of strength than legislation, and instructions have a lower degree of strength than the regulation. As the case in the majority of countries that organize natural reserves by law, not by regulation or instructions. For example, Egypt (Natural Reserves Law No. (102) (1983 version), the Sultanate of Oman (Natural Reserves and Wildlife Conservation Law No. (6) (2003 version) and Japan (Natural Reserves Law No. (161) (1957 version). Therefore, it can be said that the legislation in the region is incomplete due to the organization of the natural reserves by a regulation and not by a law, this is on one hand.

On the second hand, as mentioned, there is a lack of necessary measures for the establishment of natural reserves, so that there are three measures out of the eight legal measures necessary exist for the establishment of natural reserves.

On the third hand, for protecting natural reserves there is only one complete measure among three measures necessary to protect it, so that the regulation (2011 version) did not stipulate the second measure (the compulsion measure), and the third measure (the punishment measure) exists, but in an incomplete form.

In addition to above notes, the regulation (2011 version) has another shortcoming such as: forming mutual committee as an authority to approve on establishing natural reserves and supervising them, which is a complex mechanism and does not help in accomplishing the task of approving the establishment of natural reserves. Practically, giving the approval authority to such committee is illogical, which supposed to be given to a department specialized in natural reserves, which is the board of protection and improvement environment in the region. Moreover, the procedure for forming the committee is not clear, as mentioned previously. Despite this, the regulation did not resolve the institutional barriers or did not give the responsibility for the establishment, management and protection of the natural reserves to a specific administrative authority.

The problem is more difficult when a natural reserve is located between more than two administrative areas. For example, the borders of the reserve extend to two sub districts, or two districts, or two governorates (Miao & Cliquet, 2020), and all of these are not resolved by a joint committee.

On the other hand, the main lack of the regulation of establishing natural reserves (2011 version) is exceeded its constitutional and legal limits, as we mentioned above, in terms of stipulating some crimes that do not exist in the law with changing the name some of them. It is known that creating or criminalizing actions and behaviors is not task of the regulation which issued by the executive authority but, is the task of the law that issued by Parliament. For instance, the crimes stipulated in the regulation and not provided for by the law: displacing, harming, ejecting or threatening the stability of any of the wild life and aquatic creatures. In addition, the regulation provides for some prohibited behavior and activities differ to what are stipulated in the law, that means there is a clear difference between the regulation and the law.

Suggestions to improve the legal basis for the establishment and protection of natural reserves in the region:

Taking into cognizance the findings of this study and to build a strong legal basis and improve it for the establishment and protection of natural reserves in the region, the researcher suggests the following:

54 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

Enactment a specific law for natural reserves:

If the region wants to take care of natural reserves and retention them, it must organize this vital artery of the ecosystem with a special law that includes the substantive and procedural texts for its establishment, management and protection, as many countries did which are interested in natural reserves, for instance, Morocco (the law No. 22.7 in 2010), Egypt (the law No. 102 in 1983), Tunisia (the law No. 49 in 2009), Sultanate of Oman (the law No. 6 in 2003), Lebanon (the law No. 130 in 2019), etc.

According to the estimates and studies that were conducted previously, the Kurdistan Region was rich in wildlife and the first cradle for the domestication of wildlife, where animals and birds were domesticated for the first time (Ahmed, 1983). Despite this fact, the government did not pay much attention to this aspect. Rather, it organized this vital area with the regulation and not a law in 2011, that is, twenty years after the formation of the government. In addition, as explained previously, the regulation is tainted by deficiencies and defects. So, until now, the natural reserves in the region did not have a legal system of their own, but the existing ones fall within the legislative policy to protect the environment. Therefore, we suggest to create a legal system for natural reserves through enact a law for them to set the general legal framework for the establishment, management and protection of natural reserves within the sustainable development of the environment in order to protect the rest of the wildlife and aquatic in the region.

Finally, through a specific law, natural reserves can be a source of revenue for the government, the local community and the reserve itself by encouraging eco-tourism and imposing fees, for instance: entrance fees, permit fees and concessions such as food stands (Perez & Rosario, 2008).

Adopt effective legal measures

According to what was discussed in this research, it was found that the regulation (2011 version) and the related laws included only a few effective legal measures to establish and protect natural reserves. The most important measures are needed to be adopted in the region's law or regulation in the future are as follows: Demarcation of the area, setting goals and policies for

natural reserves, data collection on the area before establishing reserves, publishing and advertising the approval decisions of natural reserves, the obligation measure and community co-management system. All of these are necessary to build a solid legal system and to have effective legal measures for establishing and protecting natural reserves.

Promoting popular participation

To build a solid foundation for natural reserves, the participation of local people in their management and protection must be enhanced through awareness and training of local community. As well as training and educating the natural reserves staff to become leaders in this field. Therefore, we suggest adapting the relevant provisions of the laws and regulations with this strategy by setting the necessary and effective measures and obligating the concerned authorities to provide the budget and qualified workers and employees to create popular participation in the management, protection of the natural reserves and the implementation of the required approaches within the plan drawn up for the natural reserves.

There are many advantages recognized as a result of local participation such as: legitimization of State actions, efficiency and effectiveness in management practices, response to the problems of local community, joining of popular knowledge to formal management systems (Perez & Rosario, 2008). As well as, the introduction of the principle of participation of the local population in the management of the reserve and they bear responsibility for it (Al-Hussein, 2004).

Also, the wide participation in the selection of areas to establish natural reserves, and finding alternative projects for the local population as a result of the loss of their agricultural lands, natural pastures and others. Furthermore, to adopt the education and awareness programs on the protection of natural reserves through courses, seminars, religious and guiding sermons. In this regard, community co-management mechanism with publicity and education in Fujian in China has led to an improvement in the comprehensive management of natural reserves, although the mechanism of public participation is not perfect but, it has achieved remarkable results (Wu, 2019). Community co-

56 Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves

management able to play a great role in running conservation and environment (Cheng, 2012). Also, the participation of the local population in the research that is carried out in their areas for this purpose is important, and then communicating the results of research and development to them by establishing local and national communication networks.

A good model for local participation in natural resource management and conservation appears in the Tanzanian (Fred & others, 2007). Examples of laws that allow popular participation are the Moroccan protected areas law No. 22.7 and Tunisian law No. 49 of 2009 relating to marine and coastal protected areas.

Appointing a specialized government agency as a reference for natural reserves

Achieving goals and reaching satisfactory results in any sector belongs to the party that bears responsibility and implements the drawn plan. From this point of view, the main reason for not implementing the regulation in the region and for not establishing any reserve so far is due to the lack of a competent department or authority to do so. According to what is shown in this research and based on what is stated in the regulation, this structure is non-existent and the task was entrusted to a joint committee instead of a concerned department specialized in natural reserves.

Therefore, we suggest amending the regulation No. (9) (2011 version), or issuing a law on natural reserves and giving these tasks to a specialized department such as the environmental protection and improvement authority. And first of all, this department must set the terms of reference for the establishment of natural reserves and study requests in the light of them, also, the budget for natural reserves has to be addressed because there is a lack of rules regarding the budget in the regulation (2011 version).

Conclusions and recommendations:

At the end of the research, we concluded that there is a clear neglect of natural reserves in the Kurdistan region, although is rich in natural resources and wildlife, which qualifies it to establish many natural reserves. The reason is

due to the lack of legislation, as the legislator in the region regulated this aspect by regulation, not by law. In addition, the existing regulation does not provide for effective measures for establishing natural reserves. Also, contains shortcomings and legal loopholes, which caused this neglect.

Towards more natural reserves, protect the natural environment and create a source of income for citizens and the government through eco-tourism we recommend that this paper be the legal base in the region for the legislative improvement in the establishment and protection of natural reserves, and enhancing popular participation in establishing and protecting natural reserves.



References

1. **Ahmed Susa** .*History of the mesopotamian civilization*.1983 .
2. **Al-Hussein, Jamal Ahmad**. *Human and environmental pollution*. Al-Balqa Applied University : Dar Al-Amal for publishing and distribution,Jordan., 2004.
3. **Chang Lee, Kuang**. *Towards collaborative planning and management of natural protected areas: a case study in the Formosan landlocked salmon wildlife refuge*. Taiwan : Published by ProQuest LLC (2016). Available at: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10100007>.
4. **Cheng, Yanfei**. *The role of co-management in enabling livelihoods change in context of creating natural reserves*. Swedish university of agricultural sciences, 2012. Avialable at: <http://epsilon.slu>.
5. **Feng, Weijnan**. *Study on community co-management model of San Tiang Yuan nature reserves*. Shanxi, 2014, published by Atlantis press. Available at: <https://www.atlantis-press.com/proceedings/icibet-14/11365>.
6. **Franson, R.T**. *Legislation to establish ecological reserves for the protection of natural areas, 1972*, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 10, No. 3. Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj>.
7. **Fred Nelson, Rugemeleza Nshala and W.A. Rodgers**. The evaluation and reform of Tanzanian wildlife management, 2007, conservation and society journal.Vol.5, No. 2 (2007), pp. 232-261. Available at: <https://www.jstor.org/stable/26392882>.
8. **Jassica Santos Da Silva, Victor Eduardo Lima Ranieri**. The legal reserve aereas compensation mechanism and its economic and environmental implications, Journal article n São Paulo v. XVII, n. 1 n p. 115-132 n Jan.-mar. 2014, Available at: <https://biblat.unam.mx/hevila/Ambiente&sociedade/2014/vol17/no1/7>.
9. **Jianming, Jin**. The construction and management of nature reserves in China. 1997, journal of environmental sciences,Vol. 9, No. 2, pp. 129-140. Available at:

https://www.jesc.ac.cn/jesc_en/ch/.

10. **Matz, Nele**, *Protected areas in international nature conservation law. Can states obtain compensation for their establishment?*, 2003. Publisher: Kohlhammer. Available at:
<https://oceanrep.geomar.de/id/eprint/41987>.
11. **Merauskas, Pranas**. *An evaluation of the strict nature reserves management in Lithuania and their correspondence to international requirements*. 2004. Journal of environmental research, engineering and management, 2004. No. 3(29), P.62-70. Available at:
<https://www.researchgate.net/profile/Pranas-Mierauskas/publication/228711142>
12. **Miao He, An Cliquet**. *Challenges for protected areas management in China*. Sustainability journal, 2020, 12, 5879, pp. 1-29. Available at:
<https://www.mdpi.com/journal/sustainability>.
13. **Perez, Joseph Reillo and Javier E. Rosario**. *Public participation guide in the development and management of natural reserves with marine ecosystems in Puerto Rica*. 2008. Available at:
<https://repository.library.noaa.gov/view/noaa/511>.
15. **Wu, Miaoli**. *Network in nature reserves of Fujian and its current management*. Fuzhou, 2019, Atlantis press SARI, Vol. 110. Available at:
<https://www.atlantis-press.com/proceedings/emle-19/125931494>.
16. **Yuan, Baqiang Zhai & Xitun**. *Discussion on the integration and optimization plan of natural reserve- Take Gannan Tibetan Autonomous prefecture as an example*. 2021. Available at: HYPERLINK "<https://doi.org/10.1051/e3sconf/202125703003>"
<https://doi.org/10.1051/e3sconf/202125703003> .
17. **Zainadin, Ali**. *The role of natural reserves in the development of eco tourism in Lebanon*. National defence magazine, No. 81, 2012.

Abstract

The aim of this study is to determine the level of efficiency of legal measures to establish and protect nature reserves in the Kurdistan Region - Iraq.

Despite the importance of natural reserves in preserving nature and wildlife, it is noticed that this aspect is neglected in the region which is rich in wildlife. To keep remaining wildlife in the area, the government has issued a regulation for the establishment and management of natural reserves No. (9) in 2011, but it has many legal loopholes, and lacks many measures to establish and protect natural reserves.



پوخته

ئامانجی ئەم توێژینهوه بریتیه له دیاریکردنی ئاستی کارایی ئامرازه یاساییهکانی دامهزراندن و پاراستنی پاراسته سروشتیهکان له ههریمی کوردستان - عیراق.

سهرباری بایهخی پاراسته سروشتیهکان له پاراستنی سروشت و ژیانی کۆی، کهچی تیبینی دهکریت که ئەم لایهنه له ههریم پشتگۆی خراوه هه چهنده دهولههمنده به ژیانی کۆی. له پیناو پاریزگاریکردن له ژیانه کۆیانهی که ماونهتهوه له ههریم، حکومهت پهیرهوی دامهزراندن و بهرپوهبردنی پاراسته سروشتی به ژماره (9)ی سالی (2011) ی دهکرد، بهلام کهلینی یاسایی زۆری ههیه و لهگهڵ نهبوونی ژمارهیهک له ئامرازهکانی دامهزراندن و پاراستنی پاراسته سروشتی.



الملخص

يهدف البحث إلى تحديد مستوى كفاءة التدابير القانونية لإنشاء وحماية المحميات الطبيعية في إقليم كردستان - العراق. وعلى الرغم من أهمية المحميات الطبيعية في الحفاظ على الطبيعة والحياة البرية ، إلا أنه يلاحظ أن هذا الجانب مهم في الإقليم الغني بالحياة البرية. وللحفاظ على الحياة البرية المتبقية في الإقليم ، أصدرت الحكومة نظام إنشاء وإدارة المحميات الطبيعية رقم (9) لسنة 2011 ، لكن بها العديد من الثغرات القانونية ، وتفتقر إلى العديد من التدابير لإنشاء وحماية المحميات الطبيعية.



محتويات العدد

Researches In English

تويژينه وه كان به زمانى ئينگليزى

البحوث باللغة الإنكليزية

EVOLUTION OF COMPANIES LAW IN IRAQ	17
Professor. Dr. Akram YAMULKI Baghdad- IRAQ 2022	
Efficiency of existing legal measures for establishing and protecting natural reserves in the Kurdistan Region - Iraq	29
Dr. Anwer Omar Qader Lecturer in College of Law, Knowledge University, Erbil.....	



