

إعادة تقييم الحصانة البرلمانية في ضوء معايير السلوك البرلمانية

أ.د. حنان محمد القيسي

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

The regulation of parliamentary behavior and ethics standards is an essential element to secure public trust in the efficacy, transparency and equity of democratic systems, and to foster a culture of public service that favors public interest over private gains as well. So continuous scandals and controversies in various countries suggest that reform of ethics regulations carried out in a transparent manner, could be an important element in restoring trust in democratic systems of governance.

On other hand, there appears a risk that regulation of parliamentary standards could interfere with aspects of parliamentary work. So it is necessary to protect members' rights to freedom of speech and freedom of expression in carrying out their role, such as when they are speaking in parliament, voting or promoting legislative initiatives. Such freedoms are fundamental to parliament's independence and to its ability to carry out its roles of representing constituents and scrutinizing executive power. In this paper we are trying to discuss ways of intervention between these two demands, regulating ethics standards and immunity.

المقدمة

تلعب المعايير الأخلاقية دوراً حاسماً في ضمان أن يتماشى سلوك النواب مع دستور الدولة أو قوانينها من جهة، وأن يُلبى توقعات الشعب حول الكيفية التي ينبغي أن يتصرف بها نوابهم في البرلمان. لا سيما مع إمكان قيام الناخبين بمساءلة النواب عن الفشل في الإرتقاء إلى المعايير الأخلاقية، حتى من دون مخالفة صريحة للقانون.

وإذا كانت للعديد من الحرف والوظائف مجموعة من المعايير التي ترد في هيئة قوانين أو أنظمة توجه سلوك أعضائها، ويطلب من الأعضاء التوقيع عليها، أو أداء اليمين على التمسك بها عند الدخول في تلك المهنة، مثل قسم أبقراط (القسم الطبي)، فإن النواب لا يخرجون عن نفس الإلتزام على التصرف مهنيًا،

أي، الإضطلاع أخلاقياً بمجموعة متخصصة من المهام، بما يتماشى مع القيم التي تُشكل السلوك السليم لعضو البرلمان.

إلا أن مما يُثير الإستغراب إنَّ إستطلاعات الرأي أظهرت عدم إلتزام واضح من النواب مما يؤثر بالنتيجة على ثقة الشعب بهم، ففي استراليا - على سبيل المثال - أظهرت إستطلاعات الرأي أنَّ نزاهة وأخلاق أعضاء كل من برلمان الإتحاد وبرلمانات الولايات (في سويسرا) أفضل بقليل من النزاهة التي يملكها بائعي السيارات، إذ أنَّ ٧% فقط من الاستراليين يعتقدون أنَّ أعضاء كلا المجلسين يمتلكون معايير نزاهة وأخلاق عالية أو عالية جداً (وقد إنخفضت هذه النسبة الى ٢% منذ ١٩٩٧)، والمهنة الوحيدة التي حصلت على نسبة أدنى من أعضاء البرلمان هي مهنة بائعي السيارات، والتي كانت ٢% ثم إنخفضت الى ١%.^(١) ومع ذلك، فإنَّ كون الشخص نائباً وممثلاً للأمة ينطوي على مسؤوليات خاصة. ولا ريب أنَّ يتم إنتخاب أعضاء البرلمان لخدمة المصلحة العامة، ومن أجل القيام بتلك المهمة فهم بحاجة إلى سلطة لتمثيل دوائهم الإنتخابية، ومن ثم للوصول إلى ممارسة دورهم الرقابي بأشكاله المختلفة. ومع هذه السلطة تأتي القدرة على أنَّ يُسيء النواب إستخدام مراكزهم لخدمة المصالح الخاصة من دون المصلحة العامة.

ومن المحتمل أنَّ تؤدي عملية تنظيم المعايير البرلمانية الى التداخل مع جوانب معينة من العمل البرلماني. لذا بات من الضروري حماية حقوق البرلمانيين في حرية التعبير أثناء ممارستهم لإختصاصاتهم النيابية، كإبداء الآراء في البرلمان، أو التصويت أو تقديم المقترحات التشريعية. إذ تُعدّ هذه الحريات أساسية لإستقلال البرلمان وقدرته على تنفيذ وظائفه في تمثيل الناخبين والرقابة على السلطة التنفيذية.

ومع الحديث المتواصل عن أهمية تنظيم معايير السلوك البرلمانية تظهر إمكانية التداخل مع ما يملكه النواب من حصانة برلمانية، لذا فكرنا في البحث بشئ من الإيجاز في هذا الموضوع، لا سيما مع صدور مدونة قواعد السلوك النيابي لمجلس النواب العراقي في آذار ٢٠١٦، مع ضرورة التنويه الى أننا لن نناقش ما جاء في هذه المدونة في بحثنا هذا بل سنتركه لدراسة لاحقة، وسنكتفي ببيان إمكان التعارض ما بين تنظيم قواعد السلوك البرلماني وما يملكه النائب من حصانة، وعلى وفق ما سيأتي:

المطلب الأول

1 -Politicians Fall To Low Levels Of Honesty and Ethics-Only Car Salesmen Rate Lower, The Roy Morgan Research Centre Pty Ltd, Finding No. 3088, 21 May 1998. Available at: www.roymorgan.com.au

في الحصانة البرلمانية^(١)

يُشير دليل حقوق الإنسان للبرلمانيين الصادر عن الإتحاد البرلماني الدولي الى أنه "لا يمكن للبرلمان أن يؤدي دوره ما لم يتمتع أعضائه بحرية التعبير الضرورية والتي تُمكنهم من التحدث نيابة عن الناخبين. إذ يجب أن يكون أعضاء البرلمان أحراراً في طلب وتلقي ونقل المعلومات والأفكار من دون خوف من الإنتقام. ولهذه الغاية يتم منحهم عموماً وضعاً خاصاً، يهدف إلى تزويدهم بالإستقلال المطلوب، ومن ثم فإنهم يتمتعون بالإمتيازات أو الحصانات البرلمانية. وتضمن الحصانة البرلمانية إستقلال وكرامة ممثلي الأمة من خلال حمايتهم ضد أي تهديد أو تخويف أو أي إجراء تعسفي موجه ضدهم من جانب المسؤولين الحكوميين أو غيرهم من المواطنين. وهي (الحصانة) ضمانة لإستقلال مؤسسة البرلمان".^(٢)

والحصانة البرلمانية، تعني في شقها الأول (الحصانة) إمتياز يمنحه المشرع الوطني أو الدولي إلى بعض الأشخاص بحكم وظائفهم، يعفيهم بموجبها من عبء أو تكليف أو مسائلة قانونية تُفرض على جميع الأشخاص الموجودين على أرض الدولة، أو يمنحهم إمتياز بعدم الخضوع للسلطات العامة ومنها السلطة القضائية أو بعض أوجه مظاهرها، أما الشق الثاني (البرلمان) فإنه يعني - إصطلاحاً - المؤسسة السياسية المكونة من مجلس واحد أو عدة مجالس تتألف من عدد من الأعضاء وتتمتع بسلطة تشريعية تتولى تشريع القوانين، مع التأكيد على إن مصطلح (البرلمان) يحمل معنى واسع، إذ أنه يشتمل على البرلمانات الوطنية وكذلك الهيئات التمثيلية الأخرى كالمجالس البلدية والمحلية والإقليمية، ومجالس المحافل الدولية والعبارة للحدود الوطنية مثل الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا (PACE) والبرلمان الأوروبي.

وقد تعددت المعاني الإصطلاحية للحصانة، فهي حماية، كما أنها إمتياز أو مزية، وقد تعني الإعفاء، وعليه فقد عرفها البعض تعريفاً واسعاً، بأنها "أداة قانونية تمنع بشكل مؤقت أو دائم الإجراءات والتدابير القانونية والتحقيق، أو تدابير إنفاذ القانون في المسائل الجنائية أو المدنية ضد أعضاء البرلمان".^(٣) وعرفها غيرهم بأنها "إمتياز دستوري مقرر لأعضاء مجلس النواب بصفاتهم لا بأشخاصهم يتيح لهم أثناء قيامهم بواجباتهم البرلمانية حرية الرأي والتعبير عن إرادة الأمة دون أي مسؤولية جنائية أو مدنية تترتب على ذلك، وكذا عدم إتخاذ أي إجراء من الإجراءات الجنائية . في غير حالة التلبس بالجريمة . ضد أحد أعضاء البرلمان بغير إذن من المجلس".

١ - د. حنان محمد القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق - دراسة تحليلية مقارنة بين النظام الداخلي لمجلس النواب والمجلس الوطني الكوردستاني، مجلة القاضي / اربيل، العدد ٣، ٢٠١١.

2 - Inter-Parliamentary Union, and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Human Rights: Handbook for Parliamentarians", No. 8, 2005, pp. 63-64, www.ohchr.org.

3 - parliamentary immunity in a European context, directorate- general for internal polices, European parliament , 2015 , p6.

وعرفها آخرون بأنها تعني إعفاء بعض الأفراد - وهم أعضاء البرلمان في هذا الفرض - من التزامات ومسؤوليات معينة وعدم إتخاذ إجراءات عقابية بحقهم إلا بإذن من الجهة التي ينتمون إليها، لعدم جواز أن تُتخذ ضد عضو البرلمان أية إجراءات تتعلق بالتحقيق عند إتهامه بجريمة وقعت خارج المجلس أو داخله إلا بعد الحصول على إذن من المجلس.^(١)

وأياً ما كان تعريف الحصانة، فإنها لا تعدو عن أن تكون نوع من الحماية التي يكفلها الدستور والقوانين للبرلمانيين لئلا يمكنوا من أداء مهامهم بعيداً عن تأثير السلطة التنفيذية، وحتى القضائية، وهي - أيضاً - تتصرف لمعنى الميزة التي تُمنح لأعضاء مجلس النواب، ويمكن من خلالها إيقاف ومنع متابعة أي عضو من أعضاء البرلمان أو البحث عنه أو إلقاء القبض عليه أو اعتقاله أو محاكمته بسبب إبدائه الرأي أو قيامه بالتصويت خلال مزاولته لمهامه البرلمانية.

وعلى الرغم من استخدام خيارات تشريعية مختلفة لتحقيق الحصانة، إلا أن الغرض العام منها يتمثل دائماً في تمكين البرلمان من تنفيذ مهامه من دون تدخل خارجي لا مبرر له. ومن المسلم به فقهاً وقضاءً ومن ممارسات معظم البرلمانات الوطنية والعديد من الهيئات التمثيلية الأخرى أن الحماية التي تكفلها الحصانة لا غنى عنها في ممارسة العملية الديمقراطية.^(٢)

وتاريخياً، تم إدخال الحصانة البرلمانية كمؤسسة قانونية لحماية السلطة التشريعية من تدخلات السلطة التنفيذية على وجه الخصوص. وقد كان هذا ضرورياً في الفترة التي كان فيها نطاق دور البرلمان وسلطاته لا تزال في كثير من الأحيان مسألة خلافية شرسة بل وعنيفة في بعض الأحيان. ومع ذلك، كان من المهم إستقلال البرلمان أيضاً في مواجهة السلطة القضائية، والتي غالباً ما كانت (وفي بعض النظم القانونية لا تزال) مرتبطة مؤسسياً بالسلطة التنفيذية، أو تُعدّ أداة في الإجراءات القانونية ذات الدوافع السياسية.^(٣)

وقد ظهرت الحصانة البرلمانية في انكلترا عام ١٦٨٨ على أثر قيام الثورة الإنجليزية وإقرار الوثيقة الدستورية المعروفة بإسم (قانون الحقوق)، أما في فرنسا فقد كان يُقصد بالحصانة إعفاء بعض الأفراد من إلتزامات معينة مفروضة عليهم، أي من إلتزامات كان من الواجب عليهم أداؤها فيما لو لم تنقرر لهم حصانة

١ - ونشير في هذا الصدد الى تعدد المصطلحات في هذا السياق، اذ الى جانب مصطلح الحصانة البرلمانية يوجد مصطلحي المناعة البرلمانية و الحصانة النيابية، والواقع نعتقد ان مصطلح الحصانة البرلمانية اعم واشمل من مصطلح المناعة البرلمانية، اضافة الى شيوع إستخدامه لدى فقهاء القانونين الجنائي والدستوري والبرلمانات العربية، اما مصطلح الحصانة النيابية فانه ينصرف الى النواب المنتخبين فقط في حين ان مصطلح الحصانة البرلمانية ينصرف الى النواب المعيّنين والمنتخبين معاً. لمزيد من التفاصيل راجع د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٤ - ص ٢٠٠ .

2 - Cf. observations of the Dutch Government, annexed to the judgment in A. v. The United Kingdom, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97.

3 -parliamentary immunity in a European context, op. cit., p6.

في شأنها، وقد ظهرت في هذه الفترة الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية كذلك، إذ نص عليها بداية قرار الجمعية التأسيسية الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٧٩٠، أما بعد الثورة الفرنسية فنجد أنّ الحصانة قد ظهرت في معظم المواثيق الدستورية الفرنسية، فقد نص عليها قرار الجمعية التأسيسية الفرنسية الصادر في ٢٣ يونيو ١٧٨٩ ثم نص عليها دستور عام ١٧٩١، ثم دستور ١٧٩٥ وكذلك الدساتير المتتالية حتى دستورها الحالي لسنة ١٩٥٨.

ثم بدأ مصطلح حصانة يظهر بعد ذلك في بعض المواثيق الدستورية كضمانة مهمة وأساسية لحماية إستقلال أعضاء البرلمان أثناء مباشرة عملهم النيابي وإن كانت هذه المواثيق لم تُشر صراحة إلى مصطلح حصانة برلمانية وإنما تضمنت فقط مضمون أو جوهر هذا المصطلح وذلك بالنص على إعفاء أعضاء البرلمان من المسؤولية السياسية عما يصدر منهم من أقوال وأفكار أثناء أداء أعمالهم البرلمانية، وإعفائهم من مواجهة بعض الإجراءات الجنائية التي تؤثر على إستمرارية العمل. الى أن أصبح من الشائع اليوم أن تنص دساتير دول العالم على هذين النوعين من الحصانة وذلك لتمكين أعضاء البرلمان من ممارسة دورهم النيابي بكل جرأة وإطمئنان بعيداً عن تسلط وتهديد السلطات الأخرى.^(١)

والحصانة البرلمانية - سواء في ذلك الحصانة ضد المسؤولية البرلمانية أم الحصانة ضد الإجراءات الجنائية وكما سنوضح لاحقاً - ليست في حقيقة الأمر إمتيازاً شخصياً لعضو البرلمان وإنما هي مقررة في جميع الأحوال لصالح البرلمان الممثل الحقيقي للأمة ضمناً لإستقلاله في عمله وحماية لأعضائه. وهي تمثل إستثناء من القانون العام، إقتضته ضرورة جعل السلطة التشريعية - الممثل الحقيقي للأمة - بمنأى عن إعتداءات السلطات الأخرى وطغيانها كما ذكرنا.

ولا بد من التأكيد على أنّ هنالك إختلافات كبيرة بين البرلمانات فيما يتعلق بالخصائص الفردية ونطاق الحصانة. وهذه الإختلافات تتعلق على حد سواء بالآثار الخارجية للحصانة، أي من الذي يملك الحماية ومن ماذا، والتصميم التشريعي والطبيعة القانونية للحصانة أيضاً. فقد ينص الدستور على الحصانة الدستورية أي منع المحاكم من ولاية سماع الدعاوى المدنية أو الشكاوى الجنائية ضد البرلمانيين، وقد يؤدي ذلك - إجرائياً - الى منع تطبيق القانون، إلا أنّ ذلك لا يؤثر من حيث المبدأ على صحة الدعوى المدنية أو ينفي الطبيعة الجرمية للفعل. من جهة أخرى تؤثر الحصانة البرلمانية على الوضع القانوني لأفعال أو أقوال

١ - لاحظ نص المادة ٦٣ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، والتي جاء فيها " او لا :.... ثانيًا: أ- يتمتع عضو مجلس النواب بالحصانة عما يدلي به من آراء في اثناء دورة الانعقاد، ولا يتعرض للمقاضاة امام المحاكم بشأن ذلك. ب - لا يجوز القاء القبض على العضو خلال مدة الفصل التشريعي الا اذا كان متهمًا بجناية، وبموافقة الأعضاء بالاغلبية المطلقة على رفع الحصانة عنه، او اذا ضبط متلبسًا بالجرم المشهود في جناية. ج - لا يجوز القاء القبض على العضو خارج مدة الفصل التشريعي الا اذا كان متهمًا بجناية، وبموافقة رئيس مجلس النواب على رفع الحصانة عنه، او اذا ضبط متلبسًا بالجرم المشهود في جناية".

أحد أعضاء البرلمان، ومن ثم يجب أن لا تكون البيانات التي أُلقيت خلال المناقشة البرلمانية - عموماً - مُهينة أو ذات طابع جنائي، وبالتالي لا يمكن أن ينشأ بسببها إجراءات قانونية.^(١)

بعبارة أخرى إن إقرار الحصانة دستورياً لا يعني أن الأعمال أو الأفعال التي يقترفها عضو البرلمان والتي يحظرها قانون العقوبات تُصبح أعمالاً أو أفعالاً مشروعة، إذ أن الحصانة ضد الإجراءات الجنائية (الحصانة الإجرائية)، تعني إرجاء إتخاذ الإجراءات الجنائية ضد العضو حتى يتم الإذن بها من المجلس التابع له، إذ يُصبح هذا العضو بعد صدور الإذن شخصاً عادياً يخضع لكافة أحكام التشريع الجنائي فيما إقترفه من فعل أو عمل. فالحصانة لا تجعل أعضاء البرلمان فوق القانون، أما الحصانة الموضوعية فلم تقرر لمصلحة العضو الشخصية وإنما لصفته الوظيفية كي يُباشِر وظيفته النيابية على أكمل وجه، ومن ثم منع عقاب النائب عما يُبيده من قول أو رأي طالما أن ذلك يتم في إطار وحدود وظيفته البرلمانية. والمشرع حين قرر الإعفاء من العقاب وازن بين مصلحتين، مصلحة العمل النيابي وتمثيل الأمة تمثيلاً صادقاً ومصلحة من تضرر من جراء ما صدر عن عضو البرلمان من قول أو رأي، ثم رجّح وهو أمر طبيعي المصلحة الأولى على الثانية لكونها الأكثر أهمية. فإذا ارتكب العضو داخل المجلس أو داخل إحدى لجانه جريمة من الجرائم التي تقع بالقول كجرائم السب والقذف بصفة خاصة فهذه الجرائم تتحسر عنها صفة عدم المشروعية ليصبح الفعل مشروعاً بينما هو في قانون العقوبات يظل فعلاً غير مشروع.

المطلب الثاني

تداخل تنظيم قواعد السلوك البرلماني مع الحصانة الموضوعية

أسلفنا أن هذه الحصانة تتعلق بحماية البيانات (الآراء أو التصريحات) التي يُدلي بها البرلمانيون، حتى يمكن لهؤلاء أثناء ممارستهم لإختصاصاتهم "قول ما يشاؤون من دون التعرض لخطر العقوبات، إذا ما تركنا جانبا التنكر لهم من الناخبين".^(٢) وهذا النوع من الحصانة يُطلق عليه "الحصانة الموضوعية" أو "عدم المسؤولية البرلمانية".

وتضمن الحصانة الموضوعية لعضو البرلمان الحماية المناسبة في نطاق عمله البرلماني، مما يتيح له حرية العمل من دون تهديد أو ضغط. وهي تعني عدم مسؤولية أعضاء البرلمان عن الأقوال أو الأفكار أو

1 - parliamentary immunity in a European context, op. cit., p6.

2 - Inter-Parliamentary Union, op. cit., p. 65

الآراء التي تصدر منهم أثناء ممارستهم لوظائفهم النيابية ولهذا يُطلق عليها اللا مسؤولية البرلمانية أو الحصانة ضد المسؤولية البرلمانية، إذ يتمتع عضو البرلمان بالإعفاء من أية مسؤولية جنائية أو مدنية عن آرائه أو أقواله.

ومن أقدم الأمثلة على هذا النوع من الحصانة قضية النائب في البرلمان الانكليزي (توماس هاكسي) في القرن الرابع عشر، الذي قدم خلال جلسات البرلمان للفترة من ١٢ كانون الأول - ١٢ شباط ١٣٩٧ مشروع قانون يُدين سلوك بلاط الملك ريتشارد الثاني. وقد حوكم وحكم عليه بالإعدام بتهمة الخيانة، إلا أنه مُنح في وقت لاحق عفواً ملكياً بعد ضغوط من مجلس العموم.^(١)

ثم نصت عليه وثيقة الحقوق الصادرة في إنكلترا عام (١٦٨٨) في الفقرة التاسعة من المادة الأولى منها، والتي جاء فيها "أنّ حرية القول - المناقشات - والإجراءات داخل البرلمان لا يمكن أن تكون سبباً للملاحقة القضائية أو محلاً للمساءلة أمام أي من المحاكم". والملاحظ أنّ إقرار هذه الحصانة في إنكلترا - حينها - كان يهدف أساساً إلى حماية النواب من سلطات الملوك وليس حمايتهم من مواطنيهم، ومن ناحية ثانية كانت هذه الحصانة قاصرة على الدعاوى المدنية، والإجراءات الخاصة بالدعاوى الجنائية البسيطة، ومن ثم فقد أُستثنت من نطاق هذه الحصانة قضايا الخيانة العظمى وقضايا الجنايات وقضايا الإخلال بالأمن.

كما أصدرت الجمعية الوطنية الفرنسية قراراً في ٢٣ حزيران ١٧٨٩ جاء فيه "تُعلن الجمعية الوطنية أنّ شخص كل نائب محصن وأنّ كل فرد أو جماعة، محكمة أو لجنة، يحاول أثناء أو بعد هذه الجلسة تعقب أو توقيف أو حبس نائب، بسبب إقترح أو رأي أو فكرة أو خطاب صدر في الجمعية، يُعدّ متهماً بالجريمة الكبرى (الخيانة) وستتخذ كافة التدابير الضرورية ضد هذا القرار".^(٢)

وتنص معظم دساتير العالم اليوم على الحصانة الموضوعية (عدم المسؤولية البرلمانية)، كما أيدت ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (محكمة حقوق الإنسان الأوروبية) في قضية كاستلز ضد إسبانيا عام (١٩٩٢)، في أعقاب إدانة نائب عن نشر مقال يتهم فيه الحكومة بالتواطؤ في الهجمات والقتل. وجاء في الحكم الصادر من محكمة حقوق الإنسان الأوروبية "لما كانت حرية التعبير عن الرأي مهمة للجميع، فإنّ لها أهمية خاصة بالنسبة للنائب المُنتخب من الشعب... وبناء على ذلك، فإنّ التدخل في حرية أحد أعضاء المعارضة في البرلمان في التعبير... يقتضي من المحكمة فحصاً دقيقاً...".^(٣)

1 - Council of Europe, "Report on the Regime of Parliamentary Immunity" (Strasbourg, 1996). Available at: www.venice.coe.int.

٢ - د. ادمون رباط، نظرية الحصانة البرلمانية في القانون الدستوري اللبناني، مجلة العدل، ع١، بيروت، ١٩٦٧، ص١٤.
3 - IPU Handbook, Human Rights: A Handbook (2005), note 24, p. 116.

كما أكدت المحكمة أن " .. حدود النقد المسموح به أوسع فيما يتعلق بالحكومة من ذلك المسموح به للمواطن العادي، أو حتى السياسي... فالمركز المهيمن الذي تحتله الحكومة يجعل من الضروري بالنسبة لها أن تتمتع بإنضباط في اللجوء إلى الإجراءات الجنائية".^(١)

وهذا يؤكد الأساس المنطقي لعدم المسؤولية البرلمانية، إذ أنها وجدت لحماية البرلمانيين من التهريب أو الضغط الحكومي عندما يمارسون اختصاصاتهم في تمثيل الناخبين والرقابة على السلطة التنفيذية كما أسلفنا.

وهكذا نستطيع القول بأن الحصانة ضد المسؤولية البرلمانية إمتياز دستوري مقرر لأعضاء البرلمان بصفاتهم لا بأشخاصهم سواء أكانوا منتخبيين أم معينين يُتيح لهم أثناء قيامهم بواجباتهم البرلمانية حرية الرأي والتعبير من دون أي مسؤولية جنائية أو مدنية تترتب على ذلك، فالحصانة على هذا النحو تُعدّ بحق مبدأ من أقدس المبادئ الدستورية.

ومع ذلك، لا بد من التأكيد على أنّ الحصانة الموضوعية الممنوحة للنواب في البرلمان لا يُقصد منها أن يُترك النواب عرضة للتشهير والقذف من قبل زملائهم. فقد ظهرت حالات في عدة ولايات قضائية لم يتمكن البرلمانيون فيها من رفع دعاوى لتبرئة ساحتهم عندما إتهمهم زملائهم بالتصرف بطريقة غير شريفة فيما يتعلق بواجباتهم البرلمانية، لأنه من المستحيل الإعتماد على الإجراءات البرلمانية كدليل لدحض المزاعم.^(٢) مما يجعل هذه المسألة تستحق دراسة متأنية، لا سيما في المجتمعات التي تُسبب فيها وسائل الإعلام.^(٣) لذا يظهر التعارض جلياً ما بين الحصانة الموضوعية وتنظيم معايير السلوك البرلماني، إذ تشمل العديد من مدونات قواعد السلوك الإلتزام بمعاملة الزملاء بإحترام أو إستخدام لغة برلمانية مناسبة.

ويقدم مجلس العموم البريطاني تعريفاً لما يُعدّ لغة غير برلمانية: "وهي تلك اللغة التي تخرق قواعد الأدب في مجلس العموم". ومن بين واجبات رئيس المجلس ضمان عدم إستخدام النواب لغة مُهينة أو غير مهذبة وأن لا يتهم بعضهم بعضاً بالكذب، أو الظهور في حالة سكر أو تحريف أقوال بعضهم البعض. ومن بين الكلمات التي كان يعترض عليها رئيس المجلس على مدار السنوات (حقير، جبان، همجي، خائن وغيرها). وفي العادة يطلب رئيس المجلس من النائب الذي إستخدم لغة غير برلمانية سحبها. وقد يؤدي رفض النائب سحب تعليقه إلى فرض اجراءات إنضباطية بحقه. مع ملاحظة أنه يحق لرئيس المجلس إعطاء

1 - IPU Handbook, Ibid., p. 116

2 - House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privilege, "First Report", United Kingdom, 1999, paragraphs 60–82, www.publications.parliament.uk.

3 - McGee Simon, Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament and the Member States of the European Union, Brussels, ECPRD Publication, 2001. Also see: Inter-Parliamentary Union, PARLINE Database, 2012, www.ipu.org

ألقاب للأعضاء من دون أن يُعدَّ ذلك إهانة. وفي بعض الأحيان يبرع النواب في الإلتفاف على القواعد. مثلاً كان (ونستون تشرشل) يستخدم عبارته الشهيرة "عدم دقة المصطلحات" في حين أنه يعني بها "كذبة".^(١) ومن الشائع حظر استخدام اللغة المسيئة أو التمييزية. ومثل هذه الشروط تُساعد على ضمان مناخ مناسب لشريحة متنوعة من المجتمع وكذلك أعضاء الأقليات، كما أنها تُشجع النقاش الجدي والفعال. إذ تُشير العديد من الأمثلة إلى معاناة الشرائح الممثلة تمثيلاً ناقصاً أو الأقليات من لغة تمييزية أو مُهينة. وتملك العديد من البرلمانات في العالم قواعد قانونية تتعلق باللغة البرلمانية المناسبة. إذ تُلزم مدونة لاتفيا للسلوك البرلماني النواب بتجنب "إستخدام الكلمات والإيماءات وغيرها من الأفعال التي قد تكون مُهينة"، وكذلك "التصريحات المُسيئة أو غير اللائقة التي يُمكن أن تُسئ إلى البرلمان".^(٢) وتتضمن المدونة أيضاً أحكاماً بشأن الإشارات والإيماءات المُهينة، أو الظهور في الحياة العامة تحت تأثير الكحول.^(٣) في حين تنص قواعد المناقشات البرلمانية في كندا على "يُمنع منعاً باتاً استخدام لغة مُسيئة، أو إستفزازية في المجلس. ويُعدَّ مخالفاً لنظام الجلسة أي هجمات شخصية أو شتائم أو لغة أو كلمات بذيئة. وعلى رئيس المجلس أن يأخذ في الإعتبار عند تعامله مع اللغة غير البرلمانية لهجة وطريقة تعبير العضو المتحدث ونيته، كما يأخذ في الإعتبار الشخص الذي تم توجيه الكلام اليه، ودرجة الإستفزاز، والأهم من ذلك، فيما إذا خلقت تلك التصريحات إضطراباً في المجلس أم لا. وبالتالي، ما يُعدَّ لغة غير برلمانية في مناسبة معينة قد لا يُعدَّ بالضرورة لغة غير برلمانية في مناسبة أخرى.... وحالما يُقرر رئيس المجلس أن نائِب معيناً قد إستخدم لغة هجومية أو غير منضبطة يجب على ذلك النائب سحب الكلام غير البرلماني وقوفاً وبشكل لا لبس فيه".^(٤)

ولعل كل ما تقدم، ومثله، يُعدُّ نقاطاً مهمة يجب على مدونة السلوك البرلماني أخذها بالحسبان لضمان عدم تعارضها مع الحصانة الموضوعية التي يملكها النواب.

المطلب الثالث

تداخل تنظيم قواعد السلوك مع الحصانة الإجرائية

يتعلق النوع الآخر من الحماية التي يملكها البرلمانيون بالحصانة الإجرائية، إذ يجوز منح البرلمانيين حصانة قانونية من الملاحقة القضائية، والإعتقال في بعض الحالات بالنسبة للجرائم العادية. وهذا ما يسمى

1 - Excerpt from United Kingdom House of Commons, "Glossary". Available at: www.parliament.uk.

2 - Latvian Parliament, "Rules of Procedures of the Saeima", 2006, p. 36, www.saeima.lv.

3 - Latvian Parliament, Ibid., p. 36-37.

4 - Excerpt from Canadian House of Commons, "Compendium – Rules of Debate" 2006, www.parl.gc.ca.

بالحصانة البرلمانية الرسمية" أو "الحصانة"، وعادة ما تكون هذه الحصانة محدودة النطاق، أي أنها لا تدوم إلا لفترة النيابة ويُمكن رفعها إذا ما تم إستيفاء شروط معينة.

والحصانة البرلمانية على هذا النحو ضمانة دستورية بعدم إتخاذ أي من الإجراءات الجنائية في غير حالة التلبس بالجرائم ضد أعضاء البرلمان أثناء إنعقاده بغير إذن من المجلس التابع له ذلك العضو، ولذلك فقد أُستثبت من نطاق أعمال تلك الضمانة حالة التلبس بالجريمة، إذ تتوافر مع هذه الحالة جدية الإجراءات بما لا يكون معه ثمة حاجة إلى إشتراط أخذ إذن المجلس أو رئيسه.

ومن ثم فإنّ إذن أو موافقة المجلس على رفع الحصانة، يُعدّ بمثابة إعلان بأنّ هذا العضو البرلماني أصبح شخصاً عادياً يخضع لكافة أحكام التشريع الجنائي فيما إقترفه من فعل أو عمل. وحتى إذا لم يأذن المجلس برفع الحصانة فإنّ الفعل أو العمل المقترف من جانب عضو البرلمان يظلّ فعلاً أو عملاً مجزماً طبقاً للتشريع الجنائي إن كان كذلك، أو يُحاسب عليه الشخص إذا زالت عنه صفة العضوية في البرلمان.

ونؤكد مرة أخرى، على أنّ هذا النوع من الحصانة يجد أساسه المنطقي في القلق التأريخي من سعي السلطة التنفيذية في بعض الأحيان لإزالة النواب المزعجين أو المنتقدين. فقد لاحظ الإتحاد البرلماني الدولي "أنه كثيراً ما كانت الإجراءات القضائية ذريعة للحكومات للتخلص من البرلمانيين الذين يُكثرون من نقدها ويُمثلون عوائق في مواجهتها".^(١)

إلا أنّ الحصانة مع ذلك لا تُعادل الإفلات من العقاب، أي أنها لا تعني أنّ البرلمانيين فوق القانون أو أنّ بإمكانهم إرتكاب جرائم عادية من دون خوف من الملاحقة القضائية. وكما هو واضح ليس الهدف من هذه الحصانة حماية الأعضاء من نتائج الجرائم التي يرتكبونها، وإنما فقط أخذ موافقة المجلس على إتخاذ الإجراءات القانونية قبل الشروع فيها، فهذه الحصانة تستهدف إفساح المجال أمام العضو حتى يؤدي وظيفته النيابة من دون خوف أو وجل، فالقبض على العضو قد يحول بينه وبين المشاركة في إحدى جلسات المجلس المهمة.

لهذا السبب، فمن المنطقي تحديد المدى الذي يمكن للبرلمانيين أنّ يستفيدوا فيه من الحصانة. في هذا الصدد، على سبيل المثال، عادة ما تُعلّق الحصانة عندما يتم إكتشاف العضو في حالة التلبس وفي حالة إرتكاب جريمة. فإذا ما حدث ذلك فإنّ الحصانة البرلمانية تُرفع عن النائب في معظم الدول، ولكن فقط بموافقة البرلمان. وهذا يُخول البرلمان سلطة التحقق من أنّ الدعوى التي أُقيمت ضد أحد أعضائه تقوم على أُسس قانونية.^(٢)

1 - IPU Human Rights: A Handbook (2005), op. cit., note 24, p. 38.

2 - Inter-Parliamentary Union, op. cit., p. 65

في جورجيا، يملك النواب الحصانة من الملاحقة القضائية. ويتعين الحصول على إذن السلطة التشريعية من أجل إلقاء القبض على النائب، أو تفتيش أملاكه أو توقيف نائب يُلقى القبض عليه في مكان الجريمة. كما أنّ النواب مخولين بحجب المعلومات التي تم الحصول عليها خلال عملهم، ولا يمكن توجيه أية تهم لهم عن التعبير عن آرائهم التي أدلوا بها كجزء من نشاطهم البرلماني.^(١) وأي قرار لرفع الحصانة يجب أن يصدر وفق الإجراءات القانونية مع منح النائب فرصة كافية للدفاع عن نفسه، في المحاكمة والاعتراض. إلا أنّ الملاحظ قيام بعض النواب بالتصرف وكأنهم فوق القانون، وإنّ الحصانة تمنحهم امتيازاً على بقية الأفراد، إذ يسعى بعضهم إلى الإستفادة من الحصانة لإساءة إستخدام السلطة وتجنب الملاحقة القضائية عن الأفعال الجرمية، بما في ذلك الفساد وإساءة إستخدام السلطة، مما يؤدي الى التعارض ما بين الحصانة الإجرائية وأهمية تنظيم السلوك البرلماني.

وعلى أية حال يمكن لنا الإشارة الى بعض الأفعال التي نرى إحتمال تداخلها مع الحصانة الإجرائية، ونعتقد أنّ الأوان قد حان لإعادة النظر فيها، وعلى النحو الآتي:

١. تعارض المصالح: إذ أنّ واحدة من الأهداف الرئيسية لتنظيم السلوك المهني تجنب - أو الحد - من تعارض المصالح. ويمكن تعريف تعارض المصالح بأنه "الصراع بين الواجبات العامة والمصالح الخاصة لموظف عام، إذا ما كان للموظف العام مصالح وقدرات خاصة يمكن أنّ تؤثر بشكل غير صحيح على أدائه لواجباته ومسؤولياته الرسمية".^(٢)

ولا ريب في أنّ تتطلب قواعد السلوك البرلمانية من النواب غالباً الإلتزام بوضع المصلحة العامة فوق المصالح الخاصة، وهنالك نهجين رئيسيين في هذا المجال. يتمثل أولهما في منع النواب من تولي بعض الوظائف الخاصة، وذلك من خلال وضع نصوص في الدستور أو القوانين الخاصة تنص على عدم توافق المصالح أي (تعارض المصالح).

وهذا يعني أنّ هنالك بعض الوظائف التي تتعارض في جوهرها مع تولي منصب برلماني، أو لا يمكن الوثوق بالنواب في إعطاء حُكم مستقل فيما يتعلق بواجباتها، ومن ثم أصبح الكشف عن المصالح المالية (الذمة المالية) وعلى نحو متزايد يُمثل الحد الأدنى للمتطلبات البرلمانية.

٢. قبول الهدايا : والحقيقة تختلف القواعد بشأن قبول الهدايا إختلافاً كبيراً بين الدول، لكن يُمكن ملاحظة ثلاثة توجهات، الأول أن تحظر الدولة على البرلمانيين قبول الهدايا، ومن ذلك الإتجاه الولايات المتحدة الأمريكية التي تحظر على أعضاء الكونغرس قبول هدايا تزيد قيمتها عن الخمسين دولاراً، وثانيهما أنّ تسمح

1 - Transparency International, "Georgia National Integrity System Assessment", Tbilisi, 2011, p. 33, <<http://transparency.ge>.

2 - OECD, "OECD Guidelines for managing conflict of interest in the public service", 2007, p. 2, www.oecd.org.

الدولة بقبول الهدايا من أي قيمة، ولكنها تشترط على البرلمانين الإعلان أو الإفصاح عنها، كما هو الحال في جمهورية التشيك، والثالث تُتيح فيه الدولة للبرلمانين تلقي أية هدية، إلا أنها تتطلب الإعلان عن الهدايا فقط إذا تجاوزت قيمة معينة، كأن تكون خمسين يورو، كما في هولندا.

٣. التصريح بالثروة: يشترط على النواب غالباً تقديم تفاصيل عن ثروتهم أو أصولها عند إنضمامهم للبرلمان وعند مغادرتهم إياه، فضلاً عن إشتراط التحديث المُنتظم لهذا التصريح. ومن ثم يُمكن تقييم ما إذا كانت ثروة النائب قد تراكمت أو ازدادت من مصادر غير معروفة.

٤. سوء إستخدام النواب للموارد البرلمانية أو المال العام: وهذا يُمكن أن يمتد ليشتمل على رواتب النواب أو نفقاتهم، وتعيين الموظفين أو إستخدام الموارد البرلمانية لأغراض شخصية أو لأغراض الحزب السياسي. إذ يُثير موضوع توظيف أفراد الأسرة كسكرتيرين أو مستشارين أو باحثين مخاوف من أن يستخدم النواب المال العام لزيادة دخل الأسرة. وقد نظم عدد قليل من الدول أمر توظيف أفراد الأسرة، وذلك لمنع المحسوبية. إذ يُحظر على النواب في مجلس النواب في النمسا توظيف الأقارب كمساعدين شخصيين تدفع رواتبهم من الأموال العامة.^(١) وفي المملكة المتحدة يمكن توظيف أفراد الأسرة من قبل النواب، على أن يُعلن عن هذه الوظيفة.

وقد تظهر أحياناً فضائح تتعلق بإستخدام النواب للموارد الإدارية البرلمانية، بما في ذلك الموظفين، لأغراض الحزب السياسي، مثل الحملة الإنتخابية، وعلى الرغم من ثبوت صعوبة تحقيق مثل هذا الفصل في العمل السياسي اليومي، إلا أن القانون الإسكتلندي لقواعد السلوك نظم ذلك، إذ أن الأعضاء ممنوعين من وضع الموظفين البرلمانين في "موقف من شأنه أن يتعارض مع أو يُشكك في حيادهم السياسي، أو يُمكن أن يُثير النقد بإستخدام الأشخاص الذين يُدفع لهم من الأموال العامة (يستلمون رواتبهم من الخزينة العامة) لأغراض الحزب السياسي".

الخاتمة

تضمن الحصانة البرلمانية إستقلال وكرامة ممثلي الأمة من خلال حمايتهم ضد أي تهديد أو تخويف أو أي إجراء تعسفي موجه ضدهم من أي من السلطات الأخرى، السلطة التنفيذية أو القضائية، أو حتى من المواطنين، وهي ضمانة لا غنى عنها في ممارسة العملية الديمقراطية.

وقد كثر الحديث مؤخراً عن أهمية تنظيم قواعد السلوك البرلماني، لا سيما مع تبني مجلس النواب العراقي لمدونة قواعد السلوك النيابي في آذار ٢٠١٦ ، إلا أننا نعتقد بإمكان ظهور تداخل مع ما يملكه

١ - إذ يحظر قانون التوظيف البرلماني توظيف الاقارب، وقد حدد درجاتهما، ويشمل ذلك ابناء العمومة والشركاء خارج رابطة الزوجية، راجع المادة (٢) من القانون، منشور على www.ris.bka.gv.at.

النواب من حصانة برلمانية مع ضرورة تنظيم السلوك البرلماني، لا سيما فيما يتعلق بتنظيم علاقات النواب مع بعضهم البعض، إذ يثير الأمر أسئلة مهمة تستدعي إمعان النظر فيها.

فإذا كانت الحصانة الموضوعية تعني إبداء النائب لأرائه بحرية - كما أسلفنا - إلا أنها لا تعني في نفس الوقت ترك النواب عرضة للتشهير والقذف من زملائهم، ومن ثم تظهر بعض التساؤلات المهمة التي تدور حول التداخل ما بين الحصانة الموضوعية وتنظيم السلوك البرلماني، فهل تمتد الحصانة لتشمل هذه الأفعال أم أنها تدخل ضمن الإخلاقيات البرلمانية؟ هل يتمكن النائب من إقامة الدعوى على نائب آخر بسبب التعامل السيء أو المهين أو المتحيز أو غيرها؟ وهل تُعدّ جريمة عدم معاملة الزملاء بالإحترام المطلوب أم لا؟ ومن يُحاسب على استخدام لغة برلمانية غير مناسبة، كالشتائم أو الكلمات البذيئة، أو الإيحاءات أو التصريحات المسيئة أو غير اللائقة أو الظهور في الحياة العامة تحت تأثير الكحول؟ وما الحكم فيما إذا ترتب على ذلك السلوك اضطراباً في المجلس؟

من جهة أخرى إذا كانت الحصانة الإجرائية تعني منح النواب حصانة قانونية بعدم إتخاذ أي من الإجراءات الجنائية في غير حالة التلبس بالجرائم ضد أعضاء البرلمان أثناء انعقاده بغير إذن من المجلس التابع له ذلك العضو، وإذا كان هدفها حماية النائب من بطش السلطة التنفيذية إلا أنّ الحصانة لا تعني الإفلات من العقاب، وإنما فقط أخذ موافقة المجلس على إتخاذ الإجراءات القانونية قبل الشروع فيها.

إلا أن الملاحظ أنّ تنظيم معايير السلوك البرلماني يقتضي تنظيم مسائل تُعدّ بنظرنا جرائم قد يحاول البرلمانين التغاضي عنها، إذ يسعى بعضهم إلى الإستفادة من الحصانة لإساءة استخدام السلطة وتجنب الملاحقة القضائية عن الأفعال الجرمية، بما في ذلك الفساد وإساءة استخدام السلطة وعدم الإعلان عن الذمة المالية أو تعارض المصالح أو تعيين الأقارب وإستغلال الموارد البرلمانية لمصلحة النواب الشخصية أو مصلحة أحزابهم، مما يؤدي الى التعارض ما بين الحصانة الإجرائية وأهمية تنظيم السلوك البرلماني، فهل ستبقى الحصانة الإجرائية قائمة على الرغم من إرتكاب النائب أفعالاً جُرمية، والى أي مدى يمكن التغاضي عن سلوك النواب وما هو نطاق تجريم النواب؟

ونشير أخيراً الى ما خلصت اليه اللجنة الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون (لجنة فينيسيا) في الآونة الأخيرة، في تقرير لها يتعلق بنطاق ورفع الحصانة البرلمانية، الى أنه "عادة ما يُبرر عدم المسؤولية البرلمانية" وأنها "بحاجة قليلة للإصلاح"، في حين أنّ الحصانة الإجرائية "ليست جزء ضروري من الديمقراطية الحديثة الفاعلة و... يمكن أن يُساء استخدامها بطرق قد تُقوض الديمقراطية وتعتدي على سيادة القانون وتُعرقل سير العدالة".⁽¹⁾

1- European Commission for Democracy Through Law, Report on The Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, (Study No. 714/2013) Strasbourg, 14 May 2014, paras. 98 and 99.

المصادر

أولاً: المصادر العربية:

١. د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٤.
٢. د. ادمون رباط، نظرية الحصانة البرلمانية في القانون الدستوري اللبناني، مجلة العدل، ع١، بيروت، ١٩٦٧.
٣. د. حنان محمد القيسي، الحصانة البرلمانية في العراق - دراسة تحليلية مقارنة بين النظام الداخلي لمجلس النواب والمجلس الوطني الكوردستاني - مجلة القاضي - اربيل - العدد ٣ - ٢٠١١.

ثانياً : المصادر الاجنبية:

1. Cf. observations of the Dutch Government, annexed to the judgment in A. v. The United Kingdom, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97.
2. Council of Europe, "Report on the Regime of Parliamentary Immunity" (Strasbourg, 1996). Available at: www.venice.coe.int.
3. Excerpt from Canadian House of Commons, "Compendium – Rules of Debate" 2006, www.parl.gc.ca.
4. European Commission for Democracy Through Law, Report on The Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, (Study No. 714/2013) Strasbourg, 14 May 2014.
5. House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privilege, "First Report", United Kingdom, 1999, www.publications.parliament.uk.
6. Inter-Parliamentary Union, PARLINE Database, 2012, www.ipu.org; Excerpt from United Kingdom House of Commons, "Glossary". Available at: www.parliament.uk.
7. Inter-Parliamentary Union, and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Human Rights: Handbook for Parliamentarians", No. 8, 2005, www.ohchr.org.
8. IPU Handbook ,Human Rights: A Handbook (2005)
9. Latvian Parliament, "Rules of Procedures of the Saeima", 2006, www.saeima.lv.
10. McGee Simon, Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament and the Member States of the European Union, Brussels, ECPRD Publication, 2001.
11. OECD, "OECD Guidelines for managing conflict of interest in the public service", 2007, www.oecd.org.
12. parliamentary immunity in a European context, directorate- general for internal polices, European parliament , 2015.
13. Politicians Fall To Low Levels Of Honesty and Ethics-Only Car Salesmen Rate Lower, The Roy Morgan Research Centre Pty Ltd, Finding No. 3088, 21 May 1998. Available at: www.roymorgan.com.au.
14. Transparency International, "Georgia National Integrity System Assessment", Tbilisi, 2011, <http://transparency.ge>

اجتماع القصد والخطأ في الجرائم متعدية النتيجة

أ.د. مجيد خضر أحمد - قسم القانون - جامعة سوران / اربيل
أ.م.د. بان حكمت عبد الكريم - كلية القانون - الجامعة المستنصرية

Abstract

The idea of meeting the intent and error in the Penal Code is the idea of sticking. And there are a lot of opinions that appeared in question to the fact that meeting the intent and error thing ambiguous, as the person who commits a crime shall have the will and intent toward the commission of the crime and at the same time happens act as a result of another error.

The fundamental problem Search lies in the dialectical given to the mental element in crimes translational intent, where debate has raged in the law as well as in Islamic law where the meeting about how the intent with the error in the corner of a moral one? That is strange and rare nor imagine the mind nor logic nor the law sometimes.

So we had to accept the idea that the offender be deliberate and wrong at the same criminal activity and is hard to believe, especially that the legislation did not clearly disclose this philosophy task that came out jurisprudence French and Islamic law before.

Therefore, we assume in our research that the logical explanation for the exit condition is acceptable between crimes translational outcome ((translational intent)), such as murder and abuse intentional, but rather lies in the acceptance of the idea of exceeding mayors and error in the corner of a moral one and the need to justify that legal justification, and we have adopted the style of response theoretical ideas and arguments in line with the title search, content and style comparison to Islamic law and the adoption of comparative research on the style Islamic law was necessary and important.

المقدمة

لقد كان للمجتمعات كلها، ومنذ القدم، طرقها في التنظيم سواء أكانت قبلية أم عشائرية أم متحضرة. وكان لكل مجتمع نظريته الخاصة لهذا التنظيم. وبمرور الزمن وتطوره، تطورت أساليب هذا التنظيم إلى أن وصلت إلى حد تشريع القوانين في كل مناحي الحياة. وهكذا ظهرت القوانين المختلفة لتنظيم المجتمع، ومنها القانون الجنائي الذي يندرج تحته بحثنا هذا حيث حدد كل جريمة وعرفها ونص على عقوبتها، ومنها الجرائم العمدية وغير العمدية والجرائم الواقعة على الأموال وعلى الأشخاص وغيرها من الجرائم. لذلك؛ وبما أن القانون الجنائي هو الوسيلة لتنظيم افعال الأفراد في المجتمع حيث أن كل شيء مباح إلا ما نظم في القانون، فقد ارتأينا بأن نختار موضوعاً من القانون الجنائي هو: (إجتماع القصد والخطأ في الجرائم متعدية النتيجة) عنواناً لبحثنا، لإهمية هذا الموضوع بالنسبة للمجتمع، ولبيان مفهوم الخطأ سواء أكان عمدياً أم غير عمدي لعلنا نوضح جوانب لم تكن - بالنسبة لنا على الأقل - واضحة كما يجب.

أولاً . مشكلة البحث:

تكمن المشكلة الأساسية التي يعالجها البحث في الجدلية التي حظي بها الركن المعنوي في الجرائم متعدية القصد. فقد احتدم النقاش الفقهي في القانون الجنائي، بل حتى في نطاق الشريعة الإسلامية حول هذا الموضوع. كما ان اجتماع القصد مع الخطأ في ركن معنوي واحد هو أمر غريب ونادر لا يتصوره العقل والمنطق القانوني أحياناً. فكيف يمكن قبول فكرة أن الجاني يكون متعمداً و مخطئاً في ذات النشاط الإجرامي ؟ ومايزيد من تعقيد الموضوع أن التشريعات لم تكشف بوضوح عن هذه الفلسفة المهمة التي جاء بها الفقه الفرنسي والشريعة الإسلامية من قبل. من هنا، فإن مهمة تبرير هذه الفكرة قانونياً أمر في غاية الصعوبة يحاول البحث تحقيقها.

ثانياً . فرضية البحث (هدف البحث):

يفترض البحث أن التفسير المنطقي للخروج بحالة التمييزية المقبولة بين الجرائم متعدية النتيجة (متعدية القصد) والنتائج العمدية (الخالصة) كالقتل والايذاء العمدي إنما يكمن في قبول فكرة تجاوز العمد والخطأ في ركن معنوي واحد، وضرورة تبرير ذلك تبريراً قانونياً مستساغاً، وهو الأمر الذي يسعى إليه البحث.

ثالثاً . منهجية البحث :

يعتمد البحث على اسلوب السرد النظري للأفكار والحجج بما ينسجم مع عنوان البحث ومضمونه، ثم يعرض لاسلوب المقارنة بالشريعة الاسلامية. كما يعتمد البحث على منهج التحليل العلمي لبعض النصوص القانونية في جوانب محددة منه.

وإن أسباب اعتماد البحث على اسلوب المقارنة بالشريعة الاسلامية كان أمراً ضرورياً ومهماً لما للآراء الفقهية التي تزدان بها الشريعة الاسلامية من أهمية بالغة في ردف الفكرة التي يعتمد عليها البحث.

رابعاً . هيكلية البحث : سوف نتناول موضوعنا وفقاً لخطة البحث التاليه :

المبحث الاول

فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات والفقهاء الاسلامي

إذا كان من المتفق عليه ان القصد المتعدي يمثل خليطاً من القصد الجرمي والخطأ غيرالعمدي، فان انصار نظرية اجتماع القصد والخطأ يختلفون فيما بينهم حول مصدر الخطأ غير العمدي في هذه الصورة من صور الرابطة النفسية، كما إن نطاق القصد المتعدي ليس محل اتفاق بينهم. ولما كانت نظرية اجتماع القصد والخطأ تجد جذورها في الفقه الاسلامي فسوف نتناول في هذا المبحث مطلبين، سيتضمن الاول مضمون فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات وتقييمها، في حين سيضم الثاني مضمون فكرة اجتماع القصد والخطأ في الفقه الإسلامي وتقييمها.

المطلب الاول: مضمون فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات وتقييمها

بغية توضيح فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات ومن ثم تقييمها، سينقسم هذا المطلب الى فرعين، الأول : مضمون فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات. والثاني: تقييم فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات، وكما يلي :-

الفرع الاول: مضمون فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات

ترجع هذه الفكرة الى العصور الوسطى حيث قال بها عدد كبير من الفقهاء منهم بيكسيو وبارتليينو وأول من نادى بها في العصر الحديث الفقيه فيريخ باسم الخطأ المستثار بالعمد^(١).

وتتلخص هذه الفكرة في ان هناك حالات يتحد فيها القصد الجنائي والخطأ غير العمدي في سلوك انساني واحد سواء اكان ذلك السلوك فعلاً أم امتناعاً. و ذلك عندما تتجه إرادة الفاعل الى إحداث نتيجة

إجرامية معينة فتحدث نتيجة أشد جسامة مما أَرادها، فيتوفر العمد بالنسبة للأولى، ويتوفر الخطأ بالنسبة للآخرى. فالقصد المتعدي يمثل اتجاهاً ارادياً لأحداث نتيجة إجرامية معينة اتحد به خطأً تجنب حدوث نتيجة إجرامية تتجاوز ما اتجهت إرادة الفاعل الى تحقيقه أصلاً^(٦).

وهذا الاتحاد بين القصد الجنائي والخطأ غير العمدي يتولد عنه صورة جديدة من صور الرابطة النفسية تسمى "القصد المتعدي"^(٧). يكون أقل من العمد، لأن إرادة الفاعل لم تتجه لإحداث النتيجة الجسيمة، وأكبر من الخطأ غير العمدي، لأن إرادة الفاعل قد انصرفت الى تحقيق نتيجة أقل جسامة من النتيجة التي حدثت^(٨).

وتمثل هذه النظرية الاتجاه السائد في الفقه، فقد لاقت تأييداً واسعاً في كل من إيطاليا^(٩) و مصر^(١٠)؛ كما اعتنق القضاء المصري هذه النظرية حيث يلقي بعبء المسؤولية عن النتيجة الجرمية على الجاني متى كان في مقدوره أن يتوقع حصولها على أساس إن إرادة الفاعل لا بد أن تكون قد اتجهت نحو الفعل^(١١). وقد تم إقرار هذا الموقف في كثير من التشريعات؛ مثال ذلك: المادة (١٢٤) من قانون العقوبات السويسري والمادة (١٨) من قانون العقوبات في ألمانيا الاتحادية، والمادة (٤٣) من قانون العقوبات الإيطالي. أما قانون العقوبات اليمني فإنه لم يضع نصاً عاماً للقصد المتعدي وإنما نص في كل حالة على حدة إذا ترتب على سلوك الفاعل نتيجة أشد جسامة مما أَرادها. مثال ذلك: المادة (٢٤١) والمادة (٢٤٣).

وعلى الرغم من أن أنصار هذه النظرية يتفقون على أن أساس المسؤولية الجنائية عن النتائج المتجاوزة قصد الفاعل يرجع إلى اجتماع القصد والخطأ - القصد بالنسبة للنتيجة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الإجرامي، والخطأ بالنسبة للنتيجة إلى حدثت تجاوزاً لما قصد - بيد أنهم يختلفون في تحديد مصدر الخطأ غيرالعمدي للنتيجة المتجاوزة قصد الفاعل. فبعضهم يرجع مصدر الخطأ إلى إهمال الفاعل. فبالرغم من إدراكه لعلاقة السببية بين السلوك الذي ارتكبه وتلك النتيجة، أو بالأحرى بالرغم من توقعه حدوث النتيجة الجسيمة كأثر مترتب على السلوك الذي أقدم على ارتكابه، إلا أنه لم يتخذ الاحتياطات الكافية لمنع حدوثها. أما إذا لم يتوقع حدوثها، فإن مسؤوليته تنتفي عنها^(١٢).

بيد أن هذا الرأي محل للنقد من ناحيتين، فهو من الناحية الأولى يقصر الخطأ غير العمدي على صورة واحدة، هي صورة الخطأ مع التوقع. مخالفاً بذلك ما استقر عليه الفقه والقضاء في أن للخطأ صورتين: الخطأ مع التوقع، والخطأ بدون توقع^(١٣).

وهو من الناحية الثانية ينقصه التحديد، فقد جعل مناط مسؤولية الفاعل عن النتيجة المتجاوزة قصد الفاعل كونها متوقعة من قبله دون أن يحدد الموقف النفسي للفاعل حيال ذلك التوقع. بمعنى أنه إذا كان الفاعل قد ارتكب سلوكه بالرغم من ذلك التوقع فهل قدر على أساس غير صحيح أن بإمكانه تجنب حدوث

تلك النتيجة، أم أنه قد قبل حدوثها؟ فنكون في الحالة الأولى بصدد خطأ مع التوقع، ونكون في الحالة الأخيرة أمام قصد احتمالي. فلا يكفي مجرد التوقع لتحديد المسؤولية الجنائية^(١٠).

وذهب آخر إلى القول بأن مصدر الخطأ غير العمدي بالنسبة للنتيجة المتجاوزة قصد الفاعل يرجع إلى عدم توقع الفاعل حدوث تلك النتيجة، بالرغم من أن في قدرته توقعها، فجوهر الخطأ غير العمدي هو إمكانية التوقع و ليس التوقع في ذاته. لأنه حتى في حالة توقع حدوث النتيجة الإجرامية فإن الفاعل يتوقع أن بإمكانه تجنب حدوثها، أي يتولد لديه توقع عدم حدوثها، وذلك يساوي من الناحية المنطقية عدم التوقع. ومن ثم ؛ فليس هناك إلا صورة واحدة للخطأ، هي الخطأ بدون توقع^(١١).

وهذا الرأي بدوره محل نظر، فهو يحصر حالات الخطأ في حالة واحدة هي حالة الخطأ بدون توقع، خلافاً لما استقر عليه الفقه والقضاء.

كما ذهب رأي أخير إلى أن مصدر الخطأ بالنسبة للنتيجة المتجاوزة قصد الفاعل يرجع إلى مخالفة القوانين التي تتحقق بمجرد قيام الفاعل بارتكاب السلوك الإجرامي مستهدفاً تحقيق النتيجة الإجرامية البسيطة. ففي جريمة الضرب المفضي إلى موت مثلاً، يتوفر الخطأ بالنسبة للوفاة بمجرد أن الجاني قد ارتكب السلوك الإجرامي قاصداً الضرب أو الجرح. لأن هذا السلوك يعد مخالفة لقاعدة جنائية تجرم فعل الضرب أو الجرح. ومن ثم ؛ فإن القاضي لا يكلف نفسه مشقة البحث عن مدى توفر الخطأ بالنسبة للنتيجة المتجاوزة قصد الفاعل اكتفاءً بتوفر علاقة السببية بين السلوك الذي ارتكبه الفاعل وتلك النتيجة. وبهذا التحديد ؛ فإن النتائج المتجاوزة قصد الفاعل يتوفر الخطأ بالنسبة لها جميعها^(١٢).

وهذا الرأي مردود عليه بأن الخطأ الذي يعود إلى مخالفة القوانين ينحصر في القوانين واللوائح الوقائية التي تهدف أساساً إلى تجنب الأضرار أو التهديد بوقوع ضرر لمصالح الأفراد، فتفرض على الأشخاص واجباً باتخاذ احتياطات معينة عند مباشرتهم سلوكهم. فإذا ما أخل الشخص بذلك الواجب وترتب على ذلك حدوث ضرر معين توفر الخطأ في جانبه^(١٣).

أما في حالة القصد المتعدي، فإن القواعد الجنائية المتعلقة بالنتيجة البسيطة قواعد ذات وظيفة جزائية تتعلق بجرائم عمدية، حيث تقرر جزاء لمن ارتكب تلك الجرائم بوصف العمد^(١٤). كما أن مجرد مخالفة القوانين - حتى الوقائية - وحدها لا تكفي لقيام الخطأ. بل لا بد أن تتوفر بالإضافة إلى ذلك سببية بين المخالفة والنتيجة التي حدثت يستفاد منها أنه لو روعيت تلك القواعد لما تحققت النتيجة.

لأن جوهر الخطأ - مهما كانت صورته - هو إخلال الجاني بالقيام بواجب التحرز الممكن واللازم لتجنب حدوث النتائج الإجرامية الداخلة في نطاق التوقع الممكن^(١٥). سواء أكان مصدر ذلك الواجب هو ما تعارف الناس على اتخاذه من خلال الخبرة الإنسانية العامة والفنية (العرف العام والخاص)، أم القوانين واللوائح^(١٦). وتبعاً لذلك، فقد ينسب إلى الفاعل مخالفته للقوانين ومع ذلك ينتهي الخطأ. مثال ذلك: أن يقود

شخص سيارة بسرعة تتجاوز الحد المسموح به قانوناً فيصدم آخرًا ويقتله، ثم يتبين أن الوفاة ترجع إلى خطأ المجنى عليه لاندفاعه أمام السيارة بشكل غير متوقع .

ويقتصر دور مخالفة القوانين على إثبات توفر الخطأ غير العمدي في حق الجاني، و يقع عليه عبء اثبات خلاف ذلك. كما ان الخطأ قد يتوفر لدى الجاني حتى لو كان قد راعى القوانين إذا توفرت صورة من صور الخطأ الأخرى^(١٧). والذي نميل إليه، أن مصدر الخطأ غير العمدي يرجع حالة النتيجة متجاوزة القصد إلى عدم قيام الفاعل بواجب التحرز الممكن والكافي لتجنب حدوث تلك النتيجة.

فعلى الرغم من ان الفاعل لا يريد إحداث تلك النتيجة، بل قد لا يتوقعها، بيد أن السلوك الذي ارتكبه يتضمن خطر حدوثها. ومن ثم ؛ فإن هذه النتيجة تسند إلى خطأ الفاعل الكامن في إرادة السلوك الخطر الذي ارتكبه الفاعل تحقيقاً للنتيجة الإجرامية البسيطة^(١٨). والذي يرجع إلى عدم قيام الفاعل بواجب التحرز الممكن والكافي الذي يمكنه من تجنب حدوث النتيجة الإجرامية الجسيمة، سواء بالتزود بالعلم اللازم لمعرفة خطر السلوك الذي أقدم على ارتكابه والنتائج المترتبة عليه، أو بالإلتباه بالقدر اللازم أثناء مباشرته ذلك السلوك واتخاذ الاحتياطات الكافية لتجنبها^(١٩).

والخطأ في كلتي الحالتين ثابت ومتحقق، ولا يحتاج إلى إثبات إكتفاء" بثبوت اتجاه إرادة الفاعل إلى تحقيق النتيجة الإجرامية البسيطة^(٢٠). ولا ينفيه إلا أن يكون حدوث النتيجة الجسيمة بصورة شاذة وغير مألوفة، وهو ما يؤدي بدوره إلى انقطاع علاقة السببية. ومن ثم ؛ يكون البحث عن توفر الخطأ غير العمدي في هذه الحالة بحثاً غير ذي موضوع^(٢١).

والقول بأن السلوك الخطر لا يمكن أن يكشف عن حالة نفسية بقدر ما يكشف عن مخالفة الواجب القانوني لا ينال من هذا الرأي بقدر ما يؤكد صحته^(٢٢). لأن جوهر الخطأ غير العمدي هو عدم قيام الفاعل بواجب التحرز اللازم والممكن لتجنب حدوث النتيجة الإجرامية المتجاوزة قصد الفاعل. وخطورة السلوك تكشف عن قدرة الفاعل على توقع حدوث النتيجة، فإذا لم يكن التوقع ممكناً، فإن التحرز لا يمكن تطلبه، إذ يعتبر تكليفاً غير ذي موضوع^(٢٣)

الفرع الثاني: تقييم فكرة اجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات

لقد تعرضت النظرية لجملة انتقادات سنقوم بعرضها والرد عليها، لنتمكن من تقييمها على النحو الصحيح وذلك من خلال مايلي :

اولا : لقد ذهب بعض الفقه الى القول بأن اجتماع القصد الجنائي والخطأ غير العمدي في جريمة واحدة وفي شأن فاعل واحد لا يمكن ان يتحقق. فكيف يمكن للفاعل ان يريد ولا يريد في وقت واحد ؟ إذ يفترض القصد اتجاه إرادة الفاعل الى تحقيق نتيجة معينة، بينما يفترض الخطأ عدم اتجاه الارادة الى تحقيقها.

فهناك تناقض واضح بين العنصر النفسي الذي يكون القصد، والعنصر النفسي الذي يكون الخطأ، ولا يمكن الجمع بين سلوكين مختلفين لشخص واحد في واقعة واحدة.

وهذا النقد مردود عليه بأن الاتجاه الارادي للفاعل لم يحمل مسلكين نفسيين مختلفين، وإنما هو مسلك نفسي واحد اتحد فيه القصد والخطأ. فكون إرادة الفاعل قد انصرفت الى تحقيق نتيجة إجرامية محددة، فذلك يوجب عليها التزود بالعلم اللازم، وكذلك إتخاذ الاحتياطات الممكنة والضرورية لتجنب حدوث نتيجة تتجاوز ما انصرفت اليه اصلا. فإذا حدثت النتيجة الاخيرة، فإن ذلك يعني أنها لم تقم بما يتوجب عليها. وبناءً على ذلك؛ فإن النقد السابق لا يصدق إلا في حالة حدوث ذات النتيجة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي (٢٤).

ثانياً : انتقد هذا الرأي ايضا، لأنه يتطلب توفر الخطأ غير العمدي بالنسبة للنتيجة المتجاوزة قصد الفاعل حتى يتوفر القصد المتعدي. خلافا للقانون الذي لم يتطلب توفر الخطأ، حيث اكتفى في تقريره العقوبة على هذه النتيجة بتوفر علاقة السببية بين السلوك الذي ارتكبه الفاعل وتلك النتيجة (٢٥).

ويرد على ذلك بأن المبادئ الاساسية للقانون الجنائي الحديث تقتضي ان تفسر نصوص القانون بما لا يتعارض معها. وبناءً عليه، فاننا نميل الى تقييم القانون بأنه يقيم المسؤولية عن هذه النتائج على اساس الخطأ. وان الخطأ في هذه الحالات ثابت، ويتوفر. ليس افتراضاً. كلما انصرفت إرادة الفاعل الى تحقيق نتيجة اجرامية محددة، فتحدث نتيجة اشد جسامة متجاوزة ما انصرفت اليه الارادة اصلاً. ولا يفي به إلا أن يكون حدوث النتيجة المتجاوزة يمثل وضعاً شاذاً وغير مألوف، الأمر الذي تنتهي معه علاقة السببية. مما يجعل البحث عن توفر الخطأ غير العمدي غير ذي موضوع (٢٦).

نخلص مما تقدم ان هذه النظرية هي وحدها القادرة على وضع المسؤولية عن النتائج المتجاوزة قصد الفاعل في اطارها الصحيح من خلال تصورها للمسؤولية القائمة على الخطأ كقاعدة وحيدة للردع، تحقق العدالة، وتتسجم مع المبادئ المستقرة في التشريع الجنائي الحديث.

فهي من ناحية، تبرر إسناد المسؤولية عن هذه النتائج الى خطأ الفاعل الناتج عن عدم قيامه بواجب التحرز الممكن واللازم لتجنب حدوثها. ومن ناحية اخرى، تتسجم مع النصوص التشريعية التي تحمل الفاعل عبء المسؤولية عن هذه النتائج دون ان تتطلب إثبات توفر الخطأ في حقه، بإعتبار أن معيار إثبات توفر الخطأ هو بذاته معيار إثبات توفر علاقة السببية. ومن ثم؛ فإن الخطأ لا ينتقي إلا في حالة انقطاع علاقة السببية. والبحث عن علاقة السببية سابق على البحث عن الخطأ، ومن ثم؛ لا حاجة للبحث عن توفر الأخير.

المطلب الثاني: مضمون فكرة اجتماع القصد والخطأ في الفقه الإسلامي وتقييمها

بغية التعرف على نظرية اجتماع القصد والخطأ في الفقه الإسلامي، سنقوم بعرض موقف المذاهب الفقهية المختلفة من هذه النظرية، لكي نستخلص موقف الفقه الاسلامي من هذا الموضوع بصورة عامة. مركزين في ذلك على جريمة القتل المتعدي المترتبة على الاعتداء على سلامة الجسم، باعتبارها من أهم الجرائم الكاشفة عن حقيقة هذه الصورة من صور الرابطة النفسية، ومن ثم ؛ نبين مضمون الفكره وتقييمها وذلك وفقاً لما يأتي :

الفرع الاول: موقف المذاهب الفقهية من فكرة اجتماع القصد والخطأ

سنعرض لموقف المذاهب الفقهية من فكرة اجتماع القصد والخطأ وفقاً لما يأتي:

اولاً : نظرية اجتماع القصد والخطأ عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة

١. يرى ابو حنيفة بأن القتل المتعدي هو (ان يعتمد الفاعل ضرب المجنى عليه بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح، فيترتب على ذلك موته)^(٢٧). ويذهب أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة إلى القول إن القتل المتعدي (هو تعمد ضرب المجنى عليه بما لا يقتل غالباً، فيترتب على ذلك موته)^(٢٨).

فالقصد المتعدي له معنيان : العمد، باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب. والخطأ، باعتبار حدوث النتيجة خلافاً لما أراد^(٢٩). فهو يجمع بين العمد والخطأ. فالعمد يتحقق من خلال قصد العصيان، وموجب ذلك الإثم وتغليظ الدية. والخطأ يتحقق من حيث وقوع النتيجة الجسيمة نتيجة عدم تحرز الفاعل، وموجب ذلك الكفارة^(٣٠)، وتأجيل دفع الدية ووجوبها على العاقلة^(٣١).

٢. القتل المتعدي عند الشافعية هو (تعمد السلوك الذي لا يؤدي إلى موت المجنى عليه غالباً)^(٣٢)، سواء أكان يؤدي إلى مثل ذلك نادراً، كغرز الإبرة في غير مقتل^(٣٣)، أم كان يؤدي إلى مثل ذلك كثيراً، كالضرب بالسوط والعصا الخفيفة دون توال في غير مقتل ولا شدة حر أو برد لمن يحتمل الضرب^(٣٤)، أو الالتقاء في ماء أو نار لا يؤدي إلى موت المجنى عليه غالباً^(٣٥)، أو الحبس عن الطعام والشراب مدة لا تؤدي إلى موت المجنى عليه على نحو غالب)^(٣٦). فالقصد المتعدي يتحقق عندما يكون الفاعل عامداً في العصيان، مخطئاً في حدوث النتيجة^(٣٧). فيجمع بين العمد والخطأ في سلوك واحد، وينصرف إلى قصد العصيان ويأخذ حكمه. حيث يكون الفاعل آثماً "وتفرض عليه الدية مغلظة، والإثم وتغليظ الدية من أحكام العمد"^(٣٨).

وينصرف الخطأ إلى حدوث النتيجة الجسيمة نتيجة عدم تحرز الفاعل ويأخذ حكمه، كون الدية مؤجلة الدفع وتفرض على العاقلة^(٣٩). فإذا انتفى الخطأ، كما إذا قام الفاعل بضرب المجنى عليه بقلم صغير من الخشب أو نواة من الحجر وترتب على ذلك موت المجنى عليه، فإن جريمة القتل المتعدي تنتفي في مثل هذه الحالة^(٤٠).

٣ - القتل المتعدي عند الحنابلة : هو أن يقصد الفاعل ضرب المجنى عليه بما لا يقتل غالباً، فيؤدي ذلك الى قتله، كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير^(٤١)، أو الإلقاء في ماء يسير^(٤٢)، أو الإلقاء في نار لا تؤدي إلى القتل غالباً، أو حبسه ومنع الشراب والطعام عنه مدة لا يموت في مثلها غالباً^(٤٣)، أو أن يصيح بصبي أو معتوه وهما على سطح فيسقطان، أو يغتقل عاملاً فيصيح فيسقط^(٤٤).

فالقصد المتعدي يجمع بين القصد والخطأ، والقصد يتحقق بقصد العصيان، والخطأ يتحقق بحدوث نتيجة أشد جساماً لم يردها الفاعل ولم يتوقعها، وإنما حدثت نتيجة عدم تحرزه^(٤٥). ويسمى خطأ العمد أو عمد الخطأ، لا يشبه العمد من حيث قصد العصيان، ويشبه الخطأ من حيث حدوث القتل خلافاً لما أراد الفاعل نتيجة عدم تحرزه^(٤٦).

فإذا انتفى الخطأ بالنسبة للنتيجة الجسيمة، فتقتصر مسؤولية الفاعل على سلوكه العمدي. كما إذا قام الفاعل بضرب المجنى عليه بقلم صغير أو إصبع في غير مقتل، وكذلك إن مسه بالكبير دون أن يضره به أو أي فعل آخر يكون يسيراً في العادة بحيث لا يتوهم الموت به، وترتب على ذلك وفاة المجنى عليه^(٤٧). فالحنابلة يتفقون مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في أن القصد المتعدي يجمع بين العمد والخطأ في سلوك إجرامي واحد، ويتعلق القصد بعصيان الشارع ويتعلق الخطأ بحدوث النتيجة الجسيمة.

ثانياً : نظرية إجتماع القصد والخطأ عند الزيدية والشيعة الإمامية والاباضية

١. القتل المتعدي عند الزيدية : (هو تعمد الضرب بما لا يؤدي إلى القتل في العادة، كالضرب بالسوط والعصا، وغير ذلك من الأفعال التي لا تؤدي إلى القتل عادة)^(٤٨).

فالقصد المتعدي يجمع ما بين القصد والخطأ. والقصد يتحقق بإنصراف إرادة الفاعل الى العصيان، والخطأ يتوفر بحدوث النتيجة الجسيمة نتيجة عدم تحرز الفاعل^(٤٩).

٢. القتل عند الشيعة الإمامية هو : (ان يتعمد الفاعل الفعل ويقصد ايقاعه بالشخص المعين ويخطيء في القصد الى القتل، مع أن الفعل لا يقتل غالباً)^(٥٠). بالأحرى، قصد الفعل الذي لا يقتل مثله مجرداً عن قصد القتل^(٥١). كالقتل بالسوط والعصا^(٥٢)، أو حبس المجنى عليه ومنع الشراب والطعام عنه الى أن يموت في مثلها غالباً من هو في سنه وظروفه وحالته^(٥٣). وكذلك لو القاه في مياه قليلة لا تؤدي الى تحقيق مثل تلك النتيجة غالباً^(٥٤)، أو ألقى الفاعل بنفسه من علو على المجنى عليه عمداً وكان الوقوع مما لا يؤدي الى تحقق مثل تلك النتيجة غالباً^(٥٥). فالقصد المتعدي يجمع بين القصد والخطأ. ويتعلق القصد بإتجاه إرادة الفاعل إلى العصيان، ويتعلق الخطأ بحدوث النتيجة الجسيمة نتيجة عدم تحرزه.

٣- القتل المتعدي عند الإباضية هو : (تعمد الضرب بما لم يستعمل للقتل ولم تجر العادة بقصد القتل به فيترتب عليه موت المجنى عليه، كالضرب باليد والرجل والعصا)^(٥٦). فالقصد المتعدي يجمع

بين القصد والخطأ، ويتعلق القصد بفعل الضرب الذي وقع عمداً، والخطأ ممزوج بفعل العمد مما ترتب عليه حدوث النتيجة الجسيمة^(٥٧).

الفرع الثاني: فكرة إجتماع القصد والخطأ في الفقه الاسلامي وتقييمها

من خلال دراستنا المتقدمة لنظرية إجتماع القصد والخطأ في المذاهب الفقهية المختلفة نخلص إلى أن هذه النظرية تتكون من عنصرين. الاول : العمد، الذي يتعلق بقصد العصيان، والثاني: الخطأ، الذي يتعلق بحدوث النتيجة الجسيمة نتيجة عدم تحرز الفاعل. مما يؤدي إلى القول بأن المسؤولية في حالة الجرائم ذات القصد المتعدي تقوم على خليط من العمد والخطأ. وذلك ماسنوضحه فيما يلي :

أولاً: فكرة إجتماع القصد والخطأ في الفقه الاسلامي

تتلخص هذه النظرية بأن القصد المتعدي في الفقه الاسلامي يمثل صورة أخرى من صور الرابطة النفسية تتميز عن صورتها المعهودتين العمد والخطأ، وإن كانت تجمع بينهما في صورة واحدة. فهي تشمل العمد من ناحية وتأخذ حكمه، وتشمل الخطأ من ناحية أخرى وتأخذ حكمه. فالعمد يتوفر عندما تتجه إرادة الفاعل إلى عصيان الشارع وهذا ما يميزه عن الخطأ، حيث لا تتجه إرادة الفاعل في الاخير إلى عصيان الشارع، وإن حدث العصيان نتيجة عدم تحرزه^(٥٨). وتأخذ حكم العمد من هذه الناحية، حيث يتوفر الإثم في حق الفاعل، وتفرض عليه الدية مغلظة. والإثم وتغليظ الدية من احكام العمد^(٥٩). ويتوفر الخطأ لأن الفاعل لم يقصد إحداث النتيجة التي حدثت ولم يتوقعها على نحو غالب، وهذا ما يميزه عن العمد، حيث أن تحقق العمد يتطلب اتجاه إرادة الفاعل الى إحداث النتيجة التي حدثت أو توقع حدوثها على نحو غالب^(٦٠). وكون النتيجة الجسيمة قد حدثت نتيجة عدم تحرز الفاعل فتوفر الخطأ وتأخذ حكمه بتأجيل الدية ووجوبها على العاقلة^(٦١).

أما إذا حدثت النتيجة الجسيمة دون أن يثبت الخطأ في حق الفاعل، كما في حالة ان يكون حدوثها شاذاً وغير مألوف - مثال ذلك أن يقوم الفاعل بضرب المجنى عليه بقلم صغير في غير مقتل، أو مسه بالكبير دون أن يضربه أو أي فعل آخر يكون يسيراً في العادة، بحيث لا يتوهم الموت منه، وترتب على ذلك وفاة المجنى عليه. فإن القصد المتعدي ينتفي تبعاً لانتفاء الخطأ^(٦٢). مع مراعاة ان الفقه الاسلامي قد اعتمد معياراً واحداً لانتفاء الخطأ وانتفاء علاقة السببية، بالرغم من ان ذلك لا ينال من تطلبه الخطأ كعنصر لازم للقصد المتعدي.

ثانياً : تقييم فكرة إجتماع القصد والخطأ في الفقه الاسلامي

لقد تعرضت هذه الفكرة لجملة من الانتقادات، البعض منها يتصل بهذه الفكرة بصورة غير مباشرة، حيث يقوم على نفي وجود القصد المتعدي باعتبار أن ليس هناك إلا العمد أو الخطأ ولا ثالث لهما. وبعضها الآخر يمس الاساس الذي تقوم عليه هذه النظرية بصورة مباشرة، باعتبار استحالة الجمع بين القصد والخطأ

في صورة واحدة، لأنهما صورتان نفسيتان متضادتان يستحيل الجمع بينهما. وهذه الانتقادات في مجملها تمثل الرأي المشهور لدى المالكية^(٦٣)، وأهل الظاهر^(٦٤) ومعظم الزيدية^(٦٥).
بيد ان هذه الانتقادات مردود عليها من جمهور فقهاء الحنفية^(٦٦)، والشافعية^(٦٧)، والحنابلة^(٦٨) والامامية^(٦٩)، والاباضية^(٧٠)، وبعض الزيدية^(٧١)، وبعض المالكية^(٧٢).
ولكي نتمكن من تقييم هذه النظرية بصورة مقبولة، فإننا نرى أن نعرض لهذه الانتقادات والرد عليها، لنرى مدى سلامة هذه الفكرة.

النقد الأول: إن الله سبحانه وتعالى لم يذكر في كتابه إلا العمد والخطأ، والقول أن هناك قسماً ثالثاً يتردد بينهما يعتبر زيادة على النص. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: (ومن قتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها)^(٧٣)، وقوله تعالى: (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله)^(٧٤)
ويرد على ذلك بأنه لم يرد النص في القرآن الكريم على هذه الصورة من صور الرابطة النفسية، بيد أنه ورد في السنة النبوية ما يؤكد على وجودها، كونها هي المصدر الثاني من مصادر التشريع ولها حجيتها، وقد بينت وفصلت الكثير من المسائل التي لم ترد في القرآن إلا إجمالاً. كبيان أوقات الصلاة، وعدد الركعات، ومقادير الزكاة، والديات، وغير ذلك من الأحكام. و ورود النص على هذا بالسنة النبوية يكفي للاعتداد بها. وحجتهم في ذلك :

١- ما روي عن محمد بن بشار عن عبدالرحمن بن مهدي بن جعفر أنهما قالوا : (قال لنا شعبه عن أيوب : سمعت القاسم بن ربيعة بن عبدالله بن عمر بن العاص عن النبي صلى الله عليه واله وسلم قال : ألا إن قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها)^(٧٥).

٢- ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه واله وسلم قال: (عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه. وذلك أن ينزو الشيطان بين الناس فتكون دماء من غير ضغينة ولا حمل سلاح..)^(٧٦).

٣- بما رواه أبو هريرة قال : (إقتلت إمرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقاضى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم أن دية جنينها غرة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها)^(٧٧)، والعاقلة لا تحمل العمد. فهذه الأحاديث المتقدمة دالة على أن هناك صورة ثالثة من صور الرابطة النفسية، وهي ما يطلق عليها شبه العمد (القصد المتعدي).

النقد الثاني: من حيث المعقول ان العمد والخطأ لا يجتمعان، استدلالاً باستحالة اجتماع الضدين في حالة واحدة. لأن الخطأ ضد العمد ؛ فاستحال أن يجتمعا. كما استحال أن يكون قائماً قاعداً، ومتحركاً ساكناً، ونائماً مستيقظاً^(٧٨).

ومن جهة المعنى، فإن الخطأ معقول، وهو ما كان من غير قصد. والعمد معقول، وهو ما كان بقصد. ولا يصح أن يكون بينهما قسم ثالث، فلم يكن له غير حكم أحدهما على التحديد^(٧٩). ويرد على ذلك بأن (العمد المحض ما جمع صفتين : قصد العصيان، وقصد النتيجة، والخطأ المحض ما سلب الصفتين. وأما ما وجد فيه إحدى الصفتين وهو قصد العصيان، وسلب الأخرى وهو قصد النتيجة، فيجري عليه حكم العمد من حيث قصد العصيان. وهو استحقاق الإثم و تغليظ الدية، وحكم الخطأ من الوجه الآخر، وهو تأجيل الدية ووجوبها على العاقلة. لأنه خاطيء في النتيجة الجسيمة، فصار عمد الخطأ. ولا يكون ذلك جمعاً بين ضدين ممتنعين، فليس جمعاً بينهما في حكم واحد فيمتنعان)^(٨٠).

ولا يمكن أن يكون له حكم أحدهما ؛ لأنه من المقبول عقلاً وشرعاً أن تتفاوت العقوبة بين من اتجهت إرادته إلى إزهاق روح شخص معين، وبين من اتجهت إرادته إلى الضرب فقط، فترتب على ذلك وفاة المجنى عليه. ويؤيد هذا ما ذهب إليه الإمام القرطبي بقوله : (فإن الدماء أحق ما احتيط لها، إذ الأصل صيانتها في أهبها - أى جلدتها - فلا تستباح إلا بإمرين لا إشكال فيه. وهذا - أي شبه العمد - فيه إشكال ؛ لأنه كل ما كان متردداً بين العمد والخطأ حكم له بشبه العمد. فالضرب مقصود، والقتل غير مقصود، وإنما وقع بغير القصد، فيسقط القود و تغليظ الدية)^(٨١).

نخلص إلى ترجيح رأي الجمهور لقوة الحجج التي استند إليها وضعف حجج الفريق الآخر ؛ لأن نص السنة النبوية على هذه الصورة من صور الرابطة النفسية يعد دليلاً مثبتاً لوجودها. وان عدم النص عليها في القرآن الكريم لا يعني انتفائها. فالسنة تعد المصدر الثاني من مصادر التشريع بعد القرآن الكريم، وقد أتت بأحكام كثيرة لم ينص عليها القرآن .

وهذه ضرورة اقتضتها مصلحة التشريع كون القرآن أتى في كثير من الحالات بأحكام عامة و مجملة و شاملة، والسنة النبوية تتدخل في كثير من الحالات في تبيان تلك الأحكام بصورة تفصيلية^(٨٢). كما ان الإجماع قد انعقد على وجود هذه الصورة، حيث قال بها عمر بن الخطاب وعثمان وعلي عليه السلام وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنهم. ولا مخالف لهم في اتفاقهم على هذا، فصار إجماعاً^(٨٣) .

فضلا عن الاعتبار الموجب لوجود هذه الصورة التي تحتوي في جزء منها على العمد المتعلق باتجاه إرادة الفاعل إلى عصيان الشارع، وفي الجزء الآخر على الخطأ المتعلق بحدوث النتيجة الجسيمة خلافا لما أراد الفاعل نتيجة عدم تحرزه. فكان لا بد أن يجري عليها حكم العمد من ناحية، وحكم الخطأ من ناحية أخرى.

المبحث الثاني

نطاق القصد المتعدي في قانون العقوبات والفقهاء الاسلامي

بغية الكشف عن نطاق القصد المتعدي في كل من قانون العقوبات والفقهاء الاسلامي هذا المبحث فسوف نقسمه الى مطلبين. الأول : نطاق القصد المتعدي في قانون العقوبات. والثاني : نطاق القصد المتعدي في الفقه الاسلامي.

المطلب الاول: نطاق القصد المتعدي في قانون العقوبات

بدا لنا مما سبق أن القصد المتعدي يمثل صور ثلاثة من صور الرابطة النفسية تستقل عن الصورتين المعروفتين وهما العمد والخطأ، وإن كانت تجمع بينهما في نظام واحد يمثل أساساً للمسؤولية الجنائية عن النتائج الأشد جسامة مما قصد الفاعل. بحيث يخرج عن نطاق القصد المتعدي الجرائم التي يتساوى فيها - من حيث الجسامة - النتيجة التي اتجهت إرادة الفاعل إلى احداثها، والنتيجة التي تحققت. كما هو الشأن في حالة الحيدة عن الهدف، والخطأ في شخص المجنى عليه. وعلي الرغم من اتفاق الفقه على حصر نطاق القصد المتعدي على الجرائم ذات النتائج الأشد جسامة مما أراد الفاعل، بيد أن الفقه قد انقسم إلى اتجاهين فيما يتعلق بتحديد نطاق القصد المتعدي في اطار هذا النوع من الجرائم. وسينقسم هذا المطلب بناءً على هذه الاتجاهات الى ثلاثة فروع وعلى النحو التالي :

الفرع الأول: الاتجاه الأول

ذهب بعض الفقه الايطالي إلى التمييز بين نوعين من الجرائم ذات النتيجة المتجاوزة قصد الفاعل. النوع الاول، ويعد من تطبيقات القصد المتعدي حقيقة. والنوع الثاني، ويعد من تطبيقات القصد المتعدي احتمالاً. ويعد (فيتال) الايطالي اول من اقترح هذا التصنيف^(٨٤).

والاساس الذي يقوم عليه هذا التصنيف، أن النوع الاول يتميز بكون النتيجة الجسيمة تمس ذات المصلحة التي اتجهت إرادة الفاعل الى المساس بها، أو مصلحة ذات طبيعة متقاربة. بحيث تبدو النتيجة الجسيمة تطوراً وتضخماً للنتيجة التي اتجهت إرادة الفاعل إلى احداثها، وبهذا تقوم بينهما صلة تماس وامتداد^(٨٥).

والمثال الواضح لهذا النوع من الجرائم هو جريمة القتل المتعدي المترتب على الضرب أو الجرح. حيث تستهدف إرادة الفاعل المساس بسلامة الجسم. وتمثل النتيجة الجسيمة (موت المجنى عليه) مساساً بذات المصلحة، أو مصلحة ترتبط بها بصورة مباشرة. ويرتبون على ذلك ان النتيجة الجسيمة المتجاوزة قصد الفاعل تحجب أو تجب النتيجة الأخف، بحيث لا يمكن القول بوجود هذه النتيجة الأخيرة. كما لا يجوز النظر إليها في تقرير عقوبة الجريمة ذات النتيجة متجاوزة القصد. و من ثم ؛ لا يمكن أن تصل العقوبة المقررة للنتيجة المتجاوزة قصد الفاعل إلى حد العقوبة العمدية المقررة لذات النتيجة^(٨٦).

أما في النوع الثاني فإن النتيجة الجسيمة تمس مصلحة مختلفة عن المصلحة التي اتجهت إرادة الفاعل إلى المساس بها. ومن ثم ؛ فإن النتائج تتعدد ؛ (نتيجة بسيطة اتجهت إرادة الفاعل إلى أحداثها، ونتيجة جسيمة تجاوزت قصده) كما في جريمة الحريق العمد الذي يترتب عليه وفاة. فيكون هناك نتيجة بسيطة تتمثل في الحريق العمد، ونتيجة جسيمة تتمثل في وفاة المجنى عليه^(٨٧). وهذا التعدد في النتيجة يكون محل اهتمام المشرع في حالة تقدير العقوبة، حيث تصل إلى حد عقوبة الجريمة العمدية، فيتساوى انتفاء القصد بالنسبة لهذه النتيجة أو توفره^(٨٨).

وقد أخذ القضاء الايطالي في بعض احكامه بهذه التفرقة من خلال أعمال التمييز فيها بين القتل المتعدي المترتب على الضرب وفقا لنص المادة ٥٨٤ من قانون العقوبات الايطالي، والقتل المتعدي المترتب على جريمة أخرى تقع على مصلحة مغايرة، وذلك وفقاً لنص المادة ٥٨٦ من نفس القانون^(٨٩). كما ذهب بعض الفقه الفرنسي الى نحو قريب من الرأي المتقدم في تحديد نطاق القصد المتعدي، حيث ميزوا بين نوعين من الجرائم ذات النتيجة متجاوزة قصد الفاعل.

النوع الأول: ويتحدد بالجرائم ذات النتيجة المراده بشكل جزئي، باعتبار أن النتيجة الجسيمة التي حدثت هي نفسها النتيجة التي اتجهت إرادة الفاعل الى أحداثها بشكل جزئي. أو بمعنى آخر، ان هذا النوع يتحدد بالجرائم ذات النتيجة المتجاوزة قصد الفاعل التي تمس ذات المصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي. (كما في حالة القتل المتعدي المترتب على الضرب).

اما **النوع الثاني** : فيتحدد بالجرائم ذات النتيجة متجاوزة القصد التي لم تتجه ارادة الفاعل الى أحداثها ولو بشكل جزئي. (كما في حالة جريمة الحريق العمد الذي يترتب عليه وفاة)^(٩٠).

ويترتب على هذه التفرقة أن النوع الأول من الجرائم وحده يدخل في نطاق القصد المتعدي، لأن النتيجة التي حدثت هي ذاتها النتيجة التي استهدفها الفاعل بسلوكه، وإنما بشكل أخف مما حدث. فلا توجد الا نتيجة واحدة، ومن ثم ينبغي ان تتناسب العقوبة مع درجة الاثم، بحيث لا تصل الى حد العقوبة المقررة للجريمة العمدية.

ويأخذ بعض الفقه المصري بنفس المعيار، (المصلحة المحمية) كأساس لتحديد النتائج الجسيمة التي تنضوي في إطار القصد المتعدي^(٩١). ويرتب على ذلك عدم تعدد النتائج بالنسبة للجرائم التي تنضوي في إطار القصد المتعدي، باعتبار أن النتيجة الجسيمة تستوعب وتجب النتيجة الأخف بحيث لا يمكن القول بوجود هذه النتيجة الأخيرة.

بيد أن صاحب هذا الرأي أخذ بمفهوم مختلف عن المفهوم الذي أخذ به الرأي المتقدم، حيث ذهب الى أن النتائج الجسيمة التي تنضوي في إطار القصد المتعدي هي النتائج التي تمس مصلحة مغايرة للمصلحة

التي استهدفها الفاعل بسلوكه. كما في جريمة تعريض وسائل النقل والمواصلات للخطر الذي يترتب عليها موت انسان "وفقا للمادة ١٦٨ من قانون العقوبات المصري".

وبذلك يخرج من نطاق القصد المتعدي الجرائم ذات النتائج متجاوزة القصد التي تمس ذات المصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي. كما هو الحال في الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٠٢ / ج) من قانون العقوبات المصري، والتي تنص على ان: (يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة كل من استعمل أو شرع في استعمال المفرقات استعمالا لا من شأنه تعريض حياة الناس للخطر فإذا أحدث الانفجار موت شخص أو أكثر كان العقاب الإعدام). حيث يكون العنصر الأخير المتمثل في موت شخص أو أكثر ظرفا مشدداً، باعتباره يمس ذات المصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه، وهي حماية حق الحياة.

وبذلك يخرج عن نطاق القصد المتعدي الجرائم ذات النتائج المتجاوزة قصد الفاعل التي يمثل العنصر الاخير فيها مساسا بذات المصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي، كما هو الحال في الجريمة المنصوص عليها في المادة (١٠٢ / ج) من قانون العقوبات المصري.

الفرع الثاني : الاتجاه الثاني

ذهب اتجاه آخري الفقه الإيطالي إلى القول بأن نظام القصد المتعدي يستوعب كل الجرائم ذات النتائج المتجاوزة قصد الفاعل، وليس هناك ما يتوجب لاعمال التفرقة بينهما على أساس من وحدة النتيجة، أو تعدد المصلحة المعتدى عليها. فمن حيث وحدة النتيجة، ذهب الى ان هذا النوع من الجرائم له نتيجتان، وان تعاقبتا من حيث الزمن، الا ان ذلك لا يؤدي الى استيعاب احدهما للاخرى، وتظل كل نتيجة لها ذاتيتها الخاصة. فجريمة الضرب المفضي الى الموت تغترض حدوث نتيجة بسيطة تتمثل في وقوع أذى بدني على جسم المعتدى عليه، و حدوث نتيجة جسيمة تتمثل في موت المجنى عليه (٩٢).

وأما من حيث الاعتماد بوحدة المصلحة المحمية التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي والمصلحة التي مستها النتيجة الجسيمة، بحيث تقوم بينهما صلة تجانس تؤدي الى ان النتيجة الجسيمة تجب النتيجة البسيطة وتصبح ركناً في الجريمة، فقد ذهب الى الرد على ذلك بأن المعيار الحاسم في التمييز بين الطرفين والركن هو المعيار الشكلي. فتصبح الواقعة ظرفاً او ركناً بحسب الدور الذي أسندته اليها القاعدة القانونية، بصرف النظر عن وقوعها على ذات المصلحة أو مصلحة مغايرة (٩٣).

وما يؤكد ذلك نصوص قانون العقوبات الايطالي نفسه، فالمادة (١/٥٨٣) من قانون العقوبات الايطالي تجعل زيادة المرض عن ١٤ يوماً ظرفاً مشدداً بالنسبة لجريمة الضرب أو الإيذاء، مع أن العنصر الجديد يقع على نفس المصلحة التي وقع عليها الاعتداء الاول. كما ان المادة (٦٢٨) تجعل من الاكراه ركناً في جريمة السرقة مع انه يقع على مصلحة مغايرة للمصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي (٩٤).

فضلا عن ذلك ؛ فان جميع النتائج الجسيمة تفترض بالضرورة انتفاء اتجاه إرادة الفاعل الى احداثها. ولو حدث خلاف ذلك، لكانت مسؤولية الفاعل عنها مسؤولية عمدية. فإذا ارتكب الفاعل اجهاضا ترتب عليه وفاة، وثبت اتجاه إرادة الفاعل الى احداث الوفاة، فإنه يسأل عن قتل عمد وفقاً لنص المادة (٥٤٩) من قانون العقوبات الايطالي^(٩٥).

وقد ذهب بعض الفقه المصري إلى تأييد هذا الرأي، باعتبار أن نظام القصد المتعدي يمكن أن يستوعب كل النتائج الجسيمة التي لم تتجه إرادة الفاعل إلى احداثها. ومن ثم، لا مجال للمغايرة بينها. إذ ليس في تكوين الجرائم ذات النتائج المتجاوزة قصد الجاني سواء من الناحية النفسية أم من الناحية الموضوعية ما يقتضى المغايرة^(٩٦).

الفرع الثالث: تقدير الاتجاهين السابقين

يبدو ان الخلاف بين الاتجاهين المتقدمين يكمن في أن الاتجاه الأول يميز بين نوعين من الجرائم ذات النتيجة المتجاوزة قصد الفاعل.

النوع الاول : جرائم ذات نتيجة واحدة، وهي الجرائم التي تمثل فيها النتيجة المتجاوزة قصد الفاعل مساساً بذات المصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي، باعتبار أن وحدة المصلحة تفضي إلى وحدة النتيجة. لان الاعتداء الجسيم يمثل تطوراً لنفس الاعتداء البسيط. ومن ثم ؛ لا يستقل كل من العنصرين بذاتية خاصة. بل أن العنصر الأخير يستوعب ويجب الأول، وتصبح هناك نتيجة واحدة هي النتيجة الجسيمة، يصدق عليها وصف النتيجة متجاوزة القصد وتندرج في إطار القصد المتعدي.

النوع الثاني: جرائم ذات نتيجتين، وهي الجرائم التي تشكل فيها النتيجة متجاوزة القصد مساساً بمصلحة مغايرة للمصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الاجرامي. ويترتب على ذلك استقلال كل عنصر بذاتية خاصة، مما يسمح بالقول أن العنصر الاول يمثل نتيجة، والاخر يعد ظرفاً مشدداً لها. وهذا النوع من الجرائم يقع خارج نطاق القصد المتعدي.

كما يذهب الاتجاه الثاني الى أن كافة الجرائم ذات النتيجة متجاوزة القصد يتوفر لها نتيجتان لكل واحدة منهما ذاتيتها الخاصة، بصرف النظر عن وحدة المصلحة التي وقع عليها الاعتداء أو تعددها. وأن العنصر الاخير يعد ركناً وليس ظرفاً، لان المعيار الحاسم في التمييز بين الظرف والركن هو معيار شكلي يقوم على أساس الدور الذي أسندته القاعدة القانونية الى ذلك العنصر، دونما اعتداد بوحدة المصلحة أو تعددها.

والرأي الذي نميل إليه، أن التفرقة بين الظرف والركن لا تقوم وفقاً لوحدة المصلحة أو تعددها كما ذهب الاتجاه الاول، وانما تقوم بناء على الدور أو الوظيفة التي أسندتها المشرع إلى واقعة من الوقائع. فإذا كانت الواقعة محل البحث تميز الجريمة عن فعل مشروع أو عن جريمة أخرى فإنها تعد ركناً في الجريمة.

أما إذا كانت الواقعة تؤثر على جسامة الجريمة وتحدث أثراً في العقوبة المقررة لها، فإنها تعد ظرفاً^(٩٧). وبذلك ينحصر وجه الخلاف فيما بين الاتجاهين في إطار وحدة النتيجة، كما ذهب إلى ذلك انصار الاتجاه الأول. وتعددها، كما ذهب إلى ذلك انصار الاتجاه الثاني. وهذا الخلاف ينصرف إلى الركن المادي للجريمة. ومن ثم؛ لا يكون له محل في تحديد طبيعة الركن المعنوي. وإذا كان له أثر، فهو يتعلق بتقدير العقوبة، باعتبار أن تقدير العقوبة يتعلق بالجانب المادي والمعنوي معاً^(٩٨). والذي يبدو أن النصوص التشريعية قد رتب على هذه التفرقة أثرها من حيث تقدير العقوبة^(٩٩).

المطلب الثاني : نطاق القصد المتعدي في الفقه الإسلامي

ليس ثمة شك أن نطاق القصد المتعدي في الشريعة الإسلامية موضوع واسع وكبير. إلا أننا سنحاول القاء بعض الضوء على محتوى هذا النطاق في شتى المذاهب الإسلامية، ومن ثم إبداء رأينا بصدد الموضوع، ووفقاً لما يلي :

الفرع الأول: نطاق القصد المتعدي عند الشافعية والحنابلة والإمامية

ويمثله الشافعية وجمهور الحنابلة والإمامية ورواية العراقيين عن مالك. حيث يرى انصار هذه الصورة من صور الرابطة النفسية أنها تمثل قاعدة عامة تنطبق على الجرائم الواقعة على الجرائم ذات النتيجة المتجاوزة قصد الفاعل. فهي تتسع للجرائم الواقعة على النفس و الجرائم الواقعة على ما دون النفس أيضاً. حيث جاء في نهاية المحتاج : (يشترط لقصاص الطرف والجرح والمعاني ما شرط في النفس)^(١٠٠). وقد أوضح الإمام الشافعي أحكام العمد والقصد المتعدي المتعلقة بالجرائم الواقعة على النفس و الجرائم الواقعة على ما دون النفس. حيث جاء في الأم : (و ما دون النفس مخالف للنفس في بعض أمره في العمد، فلو عمد رجل إلى عين باصبعه ففقد ما كان فيها القصاص، لأن الإصبع تأتي فيها على ما يأتي عليه السلاح في النفس، وربما جاءت على أكثر. وهكذا لو أدخل الرجل أصبعه في عينه فاعتلت فلم تبرأ حتى ذهب بصرها، كان فيها القصاص. و لو لطمه في رأسه فورمت ثم اتسعت حتى أوضحت لم يكن فيها القصاص. لأن الأغلب من اللطمة أنها قلما يكون منها هكذا)^(١٠١).

ثم وضع الإمام الشافعي ضابطاً عاماً لتطبيق القصد المتعدي على ما دون النفس بقوله : (ينظر إذا أصابه بالشيء، فإن كان الأغلب أنه يصنع به مثيل ما يصنع بشيء من الحديد في النفس فأصابه ففيه القود. وإن كان الأغلب أنه لا يصنع ذلك إلا قليلاً إن كان قود فيه وفيه العقل)^(١٠٢).

ويتفق الحنابلة مع الشافعية بامتداد نطاق القصد المتعدي على الجرائم الواقعة على ما دون النفس، ويعتدون بنفس القاعدة المتقدمة للتمييز بين العمد والقصد المتعدي في الجرائم الواقعة على ما دون النفس. حيث جاء في المغني أن القصد المتعدي فيما دون النفس هو (أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالباً، مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه)^(١٠٣).

كما يتفق الشيعة الامامية مع الرأي المتقدم، حيث يشترطون في القصاص فيما دون النفس أن يعتمد الفاعل ارتكاب السلوك الذي يؤدي الى اتلاف العضو غالباً سواء أ قصد الاتلاف به أم لم يقصده، أو تعدد اتلاف العضو بما قد يتلف غالباً أو لا يتلف غالباً.

وبناء على ذلك ؛ فإن القصد المتعدي يتسع ليشمل الجرائم الواقعة على ما دون النفس اذا لم يعتمد الفاعل اتلاف العضو أو السلوك الذي يؤدي الى تحقق النتيجة غالباً (١٠٤) . و هي نفس القاعدة التي أخذ بها الشافعية والحنابلة.

الفرع الثاني: نطاق القصد المتعدي عند فقهاء الحنفية والمالكية

ويمثله جمهور فقهاء الحنفية (١٠٥)، والرأي المشهور عند مالك (١٠٦). ويذهب الى القول باقتصار القصد المتعدي على الجناية على النفس، لأن الجناية على ما دون النفس لا تكون الا عمداً أو خطأ. و لان ما كان قصد المتعدي في الجناية على النفس فهو عمد في الجناية على ما دون النفس. لأن ما دون النفس لا يقصد اتلافه بألة دون أخرى عادة، فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد، فكان الفعل عمداً محضاً (١٠٧). و حجتهم في ذلك :

أولاً: من القرآن الكريم، قوله تعالى : (و كتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف و الأذن بالأذن و السن بالسن والجروح قصاص) (١٠٨). حيث يستفاد من اطلاق الآيات التي تفيد القصاص من الجاني بمثل فعله، عدم وجود القصد المتعدي فيما دون النفس.

ثانياً: من السنة النبوية الشريفه، ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن عمه الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فأبوا والأرش فأبوا الا القصاص. واختصموا إلى رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) فأمر بالقصاص (١٠٩). ووجه الدلالة من الحديث، أن اللطمة لا تؤدي إلى كسر السن غالباً. ومع هذا، أوجب الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) فيها القصاص (١١٠).

و أما من حيث الدليل العقلي، فان اتلاف ما دون النفس لا يختص بألة دون أخرى، فلا يتصور فيه القصد المتعدي. خلافاً للقتل، فانه يختلف باختلاف الآلة المستعملة فيه (١١١).

الفرع الثالث: تقدير الأتجاهين السابقين

الرأي الذي نميل إلى ترجيحه، هو الرأي الذي يرى أعمال هذه الصورة من صور الرابطة النفسية كلما توفرت الأركان اللازمة لذلك، بما في ذلك الجنائيات الواقعة على ما دون النفس. لسلامة وقوة الحجج التي استند إليها أنصار هذا الرأي من ناحية، و لضعف أدلة الفريق الآخر من ناحية أخرى. فأما من الناحية الأولى، فإن الاعتداد بالسلوك الذي ارتكبه الفاعل، و إمكاناته السببية التي تؤدي إلى تحقيق نتيجة معينة غالباً كمعيار للتمييز بين الجرائم العمدية وجرائم القصد المتعدي في حالات الجنائيات على النفس، يصدق كذلك على الجنائيات على ما دون النفس، ولا مبرر للمغايرة.

فكما يصح الاعتداد بذلك المعيار في جريمة الضرب المفضي إلى موت لمعرفة قصد الفاعل، يصح كذلك الاعتداد بنفس المعيار في جريمة الضرب المفضي إلى عاهة لمعرفة قصده أيضاً، بما يتيح للقاضي الحكم بعقوبة تتناسب مع درجة الإثم تحقيقاً للعدالة.

وأما من حيث الحجج التي استند إليها الرأي القائل بعدم اتساع نطاق القصد المتعدي ليشمل الجنايات على مادون النفس، فيمكن تنفيذها على النحو الآتي :

أولاً : بالنسبة للدليل المستمد من الكتاب، وهو قوله تعالى : (...والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)، فهذه الآية تتعلق بالسلوك الذي يأتيه الفاعل عن عمد. لقوله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين...) (١١٢). فالقصاص بالنفس لا ينطبق في حالة العمد، وينصرف الحكم على بقية الآية (١١٣) . ومن ثم ؛ فإن الاستدلال بعموم الآية على انتفاء القصد المتعدي لا محل له. والقول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار هذا الحكم يمتد إلى حالات الخطأ غير العمدي.

ثانياً : ما قلناه في تنفيذ هذا الدليل ينطبق على الحديث الذي استندوا له أيضاً، باعتبار أنه يختص بالجرائم العمدية.

ثالثاً : وأما بالنسبة للدليل العقلي، فلا شك أن هناك وسائل يمكن أن يستدل منها على اتجاه إرادة الفاعل إلى تحقيق نتيجة معينة - كاستخدام حديدة مدببة وحادة في فقيء العين - ومن ثم ؛ فإنه لا مجال للقول بأن الوسيلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة تختلف من حيث دلالتها على النية الإجرامية باختلاف الجرائم. إذ إن مثل هذا القول لا يصمد للنقد باعتبار أن الوسيلة المستخدمة لا تفقد دلالتها على معرفة نية الفاعل باختلاف الجرائم، ولا معنى للمغايرة في ذلك بأهدارها في موضع، والاعتداد بها في موضع آخر.

نخلص مما تقدم أن الفقه الإسلامي أقرب إلى الرأي الذي يحصر نطاق القصد المتعدي في القانون الوضعي على الجرائم ذات النتائج المتجاوزة قصد الفاعل التي تمس نفس المصلحة التي استهدفها الفاعل بسلوكه الإجرامي. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الفقه الإسلامي يرى تعدد نظم الحماية الجنائية وفقاً لتعدد المصالح المعتبرة شرعاً (١١٤)، باعتبار أن كل مصلحة لها نظام حماية يتسم بذاتية خاصة تتلاءم مع طبيعة المصلحة محل الحماية (١١٥). وإن نظام القصد المتعدي بما له من خاصية الجمع بين العمد والخطأ، يقتصر نطاق تطبيقه عندما يقع الاعتداء العمدي وغير العمدي على ذات المصلحة.

المبحث الثالث

فكرة إجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات العراقي

في هذا المبحث سنتناول فكرة إجتماع القصد والخطأ قانون العقوبات العراقي من خلال تقسيمه إلى مطلبين. المطلب الأول : تطبيق الفكرة في الجرائم متعدية القصد (متعدية النتيجة) والمطلب الثاني : اساس مسؤولية الفاعل عن النتيجة متعدية القصد.

المطلب الأول : تطبيق الفكرة في الجرائم متعدية القصد (متعدية النتيجة)

أشار المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ إلى (تعدي) النتيجة قصد الفاعل في جرائم عديدة من خلال مصطلحات معينة مثل (أفضى) و (ترتب) و (نشأ) و (تسبب) و نحو ذلك.

حيث أشار إلى تعدي نتيجة (الإيذاء) المقصود إلى نتيجة (الموت) غير المقصودة في جريمة الضرب المفضي إلى الموت في المادة (٤١٠) عقوبات التي تنص (من اعتدى عمداً على آخر بالضرب أو بالجرح أو..... ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه أفضى إلى موته يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة....).

ونلاحظ ذات الشيء في جرائم الجرح والضرب الأيذاء العمد في الفقرة (٢) من المادة (٤١٢) عقوبات التي تنص (وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس إذا نشأت عن الفعل عاهة مستديمة دون أن يقصد الجاني إحداثها).

وكذلك في جريمة الاجهاض المحكومة بنص المادة (٤١٩) عقوبات : (...يعاقب بالحبس من اعتدى عمداً على امرأة حبلى مع علمه بحملها بالضرب أو بالجرح أو... دون أن يقصد اجهاضها و تسبب عن ذلك إجهاضها).

كما نص المشرع العراقي على تطبيقات كثيرة أخرى في مواضع وجرائم مختلفة، حيث أشار في المادة (٤٢٤) عقوبات إلى تشديد العقوبة على الخطف الذي يفضي فعله إلى موت المخطوف بالنص : (إذا أفضى الاكراه... أو التعذيب... إلى موت المخطوف تكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد) إذا كان الخاطف يقصد بفعله تعذيب المخطوف لكن فعله أدى إلى نتيجة لم يكن يقصدها وهي الوفاة.

وهكذا الأمر في جريمة التخريب والإتلاف المفضي إلى تعطيل مرفق عام أو تعريض حياة الناس أوصحتهم أو أمنهم للخطر وفقاً للمادة (٤٧٧) الفقرة (٢)، حيث عاقب المشرع على ذلك بالحبس. وفي جريمة التخريب والإتلاف المفضي إلى موت إنسان، وفقاً للفقرة (٣) من نفس المادة حيث يعاقب الفاعل بالسجن.

وقريب من ذلك، أشار المشرع إلى حالة نزع أو إتلاف أو تعطيل الآلات والاشارات اللازمة لمنع حوادث العمل المفضي إلى كارثة أو موت أنسان في المادة (٣٦٧) عقوبات بوصفها نتيجة جسيمة ترتبت على فعل النزع أو الإتلاف أو التعطيل، فيعاقب عليها بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات.

وهكذا الأمر في المادة (٣٦٨) عقوبات، عندما يفضي الفعل المضر بالصحة العامة إلى الموت أو العاهة المستديمة، حيث يعاقب الفاعل الذي تجاوزت النتيجة قصده بعقوبة الضرب المفضي إلى الموت أو بعقوبة جريمة إحداث العاهة المستديمة بحسب الأحوال.

فضلا عن طائفة أخرى من جرائم الأعتداء على وسائل النقل أو الطرق العامة ونحوها أشار المشرع فيها إلى نتائج جسيمة تتعدى قصد الفاعل وشدد العقاب عليها. حيث نص المشرع في المادة (٣٥٤) عقوبات الى حالة الاعتداء بتعريض وسائل المواصلات للخطر المفضي الى حدوث كارثة للقطار أو غيره، وعاقب عليها بالسجن المؤبد، أما إذا أفضى الى موت إنسان فيعاقب بالإعدام أو بالسجن المؤبد.

أما تخريب أو إتلاف طريق عام أو مطار أو جسر أو قنطرة أو سكة حديدية أو نهر أو قناة المفضي الى كارثة أو موت إنسان وفقاً للمادة (٣٥٥) عقوبات في الفقرة (٣)، فإن الفاعل يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد. أما في حالة القاء حجر أو أي مقذوف آخر عمداً على قطار أو سفينة أو طائرة أو أية وسيلة من وسائل النقل العام إذا أفضى الى موت إنسان، فإن الفاعل يعاقب بالسجن وفقاً للمادة (٣٥٧) عقوبات. وهي جريمة من الجرائم التي تتعدى النتيجة فيها قصد الجاني، فيشدد المشرع العقوبة على الفاعل بخصوص النتيجة الخطيرة التي حصلت ولو لم يكن يقصدها وحصلت بطريق الخطأ الذي اشترك مع عمد الفاعل المتمثل بالقاء الحجر المقذوف على وسائل النقل العام فتمخضت عن ذلك الجريمة بنتيجتها النهائية. بل إن المشرع عاقب الفاعل بالسجن في المادة (٣٥٩) عقوبات إذا عرض سلامة وسيلة النقل الخاص للخطر عمداً بأية طريقة إذا أفضى ذلك الى موت إنسان.

وفي طائفة أخرى من الجرائم عاقب المشرع الفاعل بالإعدام أو السجن المؤبد بموجب المادة (٣٤٩) عقوبات، اذا قام باحداث الغرق عمداً و أفضى ذلك الى موت إنسان. وعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت بموجب نفس المادة، إذا قام الفاعل باحداث الغرق عمداً وأفضى ذلك الى ضرر جسيم بالأموال. كما عاقب الفاعل بالإعدام بموجب المادة (٣٥١ / ١) إذا قام بوضع مواد أو جراثيم في بئر أو خزان مياه أو مستودع عام وأفضى ذلك الى موت إنسان.

وفي جريمة احداث الحريق، عاقب المشرع الفاعل بالسجن إذا أفضى ذلك الحريق الى موت إنسان بموجب المادة (٣٤٣) الفقرة (٣). حيث أن الفاعل تعمد احداث الحريق بيد أن الوفاة حصلت نتيجة خطأ الفاعل. من هنا نرى أن المشرع العراقي أخذ بفكرة اجتماع العمد والخطأ في ركن معنوي واحد.

المطلب الثاني: اساس مسؤولية الفاعل عن النتيجة متعدية القصد

إن مناط مسؤولية الفاعل عن النتيجة التي تتعدى قصده هو عدم قيامه بالتحرز الممكن والكافي عند ارتكابه سلوكاً إرادياً لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة. وبناء على ذلك ؛ فإن العناصر التي يقوم عليها الخطأ غير العمدي هي :

أولاً . ارتكاب الفاعل سلوكاً إرادياً يترتب عليه حدوث نتيجة إجرامية :

إن السلوك الارادي هو شرط متطلب في القصد الجرمي والخطأ غير العمدي على حد سواء، فلا يمكن أن تقوم جريمة عمدية او جريمة غير عمدية دون أن يتوافر سلوك إرادي^(١٦). ولذلك فليس من الضروري

البحث عن هذا العنصر في إطار الدور الذي يقوم به الخطأ غير العمدي في بناء القصد المتعدي اكتفاءً بثبوت توافره في إطار الدور الذي يقوم به القصد الجرمي في بناء القصد المتعدي^(١١٧).

ثانياً . عدم إتجاه إرادة الفاعل الى إحداث النتيجة الإجرامية :

لكي يتحقق هذا العنصر، لابد أن يثبت عدم إتجاه إرادة الفاعل الى إحداث النتيجة الإجرامية او توقع حدوثها والقبول بذلك. و هذا العنصر هو المعيار الحاسم في تمييز الخطأ غير العمدي عن القصد الجرمي^(١١٨). وتزداد أهمية هذا العنصر عند محاولة التعرف على الاجابة المتعلقة بالتساؤل الذي نحن بصدده، والذي يتحدد بمعرفة الدور الذي يقوم به الخطأ غير العمدي في بناء القصد المتعدي.

وللأجابة على هذا التساؤل، يكون من الملائم أن يترك الخلاف القائم حول وحدة النتيجة وتعددتها في الجرائم ذات النتيجة متجاوزة القصد^(١١٩). ويبنى على الرأي المسلم به من كلا الرأيين أن الجريمة ذات النتيجة متجاوزة القصد تتضمن نتيجتين غير مشروعيتين : الأولى، نتيجة بسيطة اتجهت إرادة الفاعل الى احداثها . بصرف النظر عن حدوثها واستمرارها بنفس الذاتية من عدمه . ونتيجة أخرى أشد جسامة، حدثت دون ان تتجه إرادة الفاعل الى احداثها أو القبول بها.

ومن ذلك يتضح ان العنصر الثاني من عناصر الخطأ غير متوفر بالنسبة للنتيجة الاولى، بينما نجده قد تحقق فيما يتعلق بالنتيجة الأشد جسامة. بيد أن ذلك لا يعني توفر الخطأ غير العمدي بالنسبة لها ؛ لان هناك عنصراً آخر من عناصر الخطأ لابد من تحققه للقول بتوفر الخطأ غير العمدي بالنسبة لها.

ثالثاً . عدم قيام الفاعل بواجب التحرز :

سبق وأن استبعدنا الخطأ بالنسبة للنتيجة البسيطة لان إرادة الفاعل قد اتجهت الى احداثها، ومن ثم ؛ فان البحث عن العنصر الثالث من عناصر الخطأ في إطار تلك النتيجة سيكون بحثاً غير ذي موضوع.

وبناء على ذلك، سيتحدد البحث عن توافر هذا العنصر في إطار النتيجة الأشد جسامة، باعتبار أن بقية عناصر الخطأ متوافرة بالنسبة لها. وعلى الرغم من أن توافر العنصر الثاني من عناصر الخطأ المتمثل في عدم إتجاه الإرادة الى احداث النتيجة الجسيمة يكاد ينعقد اجتماع الفقه عليه، الا ان تحقق العنصر الثالث المتمثل في حدوث النتيجة بسبب عدم تحرز الفاعل قد أثار جدلاً كبيراً في الفقه بين مؤيد ومعارض.

ويرجع السبب في ذلك الى النصوص التشريعية التي اتجهت الى تحميل الفاعل عبء المسؤولية عن هذه النتيجة، دون أن يتبين بوضوح أساس المسؤولية. وماضاعف من هذا الغموض ايضاً خطة المشرع في تقدير العقوبة على هذه النتائج^(١٢٠)، اذ لم يتبع في ذلك منهجاً واحداً، بل جعل العقوبة على بعض هذه النتائج أخف من العقوبة المقررة لها لو توافر العمد بالنسبة لها. في حين ساوى بين تلك العقوبة والعقوبة المقررة للجريمة العمدية على شدتها، وفي بعضها الاخر جعل العقوبة اشد من العقوبة المقررة على الجريمة العمدية.

وعلى الرغم من هذا التنوع في العقوبة، إلا ان النصوص التشريعية لم توضح سبب اعمال المغايرة المتعلقة بالرابطة النفسية بين الفاعل وتلك النتائج، إكتفاء بحدوث النتيجة الجسيمة كأثر مترتب على السلوك الذي ارتكبه الفاعل وفقاً للمجرى العادي للأمر. وهذا المعيار هو نفسه ضابط علاقة السببية كما ذهب الرأي الراجح في الفقه، واستقرت عليه أحكام القضاء المصري^(١٢١).

والذي يبدو لنا أن الخطأ غيرالعمدي بالنسبة للنتيجة الاشد جسامة يتحقق بمجرد اتجاه ارادة الفاعل الى ارتكاب السلوك غير المشروع و تحقق النتيجة الاجرامية البسيطة. فيتحد القصد والخطأ في صورة واحدة تتمثل في اتجاه الفاعل الى ارتكاب الواقعة الاجرامية البسيطة، ويتعلق القصد بالنتيجة البسيطة، ويتعلق الخطأ بالنتيجة الجسيمة.

ومتى ترتب على سلوك الفاعل نتيجة أشد جسامة مما أراد الفاعل، فان الأمر لا يخرج من حالتين : حالة الخطأ بدون توقع، وحالة الخطأ مع التوقع (دون قبول بالنتيجة)^(١٢٢).

الخاتمة

ليس ثمة شك ان فكرة إجتماع القصد والخطأ في قانون العقوبات فكرة شائكة، وان هناك الكثير من الآراء التي ظهرت بصددھا، لكون إجتماع القصد والخطأ امر يشوبه الغموض.اذ تتجه ارادة الفاعل وقصده نحو إرتكاب نتيجة جرميه معينه، وفي نفس الوقت، يحدث الفعل نتيجة اخرى بالخطأ. وتكمن المشكلة الأساسية للبحث في الجدليه التي حظي بها الركن المعنوي في الجرائم متعدية القصد. حيث احتدم النقاش في كل من القانون والشريعة الاسلامية حول كيفية إجتماع القصد مع الخطأ في ركن معنوي واحد، وذلك أمر غريب ونادر ولا يتصوره العقل ولا المنطق ولا القانون أحياناً. لذلك كان قبول فكرة أن الجاني يكون متعمداً ومخطئاً في ذات النشاط الاجرامي، أمر يصعب تصديقه. خاصة أن التشريعات لم تكشف بوضوح عن هذه الفلسفة المهمة التي جاء بها الفقه الفرنسي والشريعة الاسلامية من قبل. لذلك افترضنا في بحثنا ان التفسير المنطقي للخروج بحالة مقبولة للجرائم متعدية النتيجة (متعدية القصد) كالقتل والايذاء العمدي، انما يكمن في قبول فكرة تجاوز العمد والخطأ في ركن معنوي واحد، وضرورة تبرير ذلك تبريراً قانونياً. واعتمدنا اسلوب النقاش النظري للأفكار والحجج بما ينسجم مع عنوان البحث ومضمونه، كما اعتمدنا اسلوب المقارنة بالشريعة الاسلامية لما زحرت به الأخيره من آراء ذات أهمية بالغة. وخلصنا في نهاية بحثنا الى النتائج والمقترحات التالية :

أولاً. النتائج

١. ان فكرة إجتماع القصد والخطأ - بسبب غموضها - قد لاقت نقاشاً واسعاً من فقهاء القانون والشريعة وكان لكل رأيه حول الموضوع.

- ٢ . ان الكثير من الفقهاء رفض الفكرة من الاساس، لكون من الصعب توقع اجتماع القصد والخطأ في نفس الوقت، لذلك لم تلق قبولاً لدى شريحة واسعة من الفقهاء.
- ٣ . ان معظم القوانين لم تصغ فكرة اجتماع القصد والخطأ، ولم تتبناها. مما أدى الى تعقيد تحليل أركان بعض الجرائم.
- ٤ . اعتناق المشرع لهذه النظرية في كثير من الجرائم المشار اليها في ثنايا البحث، لاسيما جريمة الضرب المفضي إلى الموت أو المفضي الى عاهة مستديمة أو المفضي الى إجهاض. وتخصيص عقوبة أشد من عقوبة الجريمة العمدية المماثلة و أخف من عقوبة الجريمة غير العمدية المماثلة. وهو اتجاه يحسب لمشرعنا العراقي.

ثانياً . المقترحات

- ١ . توضيح فكرة اجتماع القصد والخطأ في نصوص القانون. بالنص، و بوضوح، أن الجاني لم يكن يقصد احداث النتيجة النهائية. فينص مثلاً " الضرب المفضي الى نتيجة لا يريد لها الفاعل ولا يقبل بها ."
- ٢ . تخصيص نص واضح لتحديد معنى النتيجة متعمدة القصد ضمن القواعد العامة في قانون العقوبات الى جانب القصد الاحتمالي والخطأ وغيرها. ليتمكن القاضي من تطبيق هذه الفلسفة المهمة على الجرائم متعمدة النتيجة.
- ٣ . نقترح تصحيح مفهوم تسميات هذه الجريمة الواردة في المؤلفات المنهجية وبعض التشريعات من مصطلح (الجرائم ذات القصد المتعمد) الى مصطلح (الجرائم ذات النتائج متعمدة القصد). ففي رأينا المتواضع لا يوجد قصد يتعمد، بل نتيجة تتعمد.

الهوامش

- (١) د.عبد الناصر بن محمد الزيداني، النظرية العامة للقصد المتعمد في قانون العقوبات، المؤسسة الفنية للطباعة، ط١،، ١٩٩٧ م، ص ٢٥٠.
- (٢) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات / القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٨٢٦.
- (٣) د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات / القسم العام، دار النهضة العربية، ط٦، ، ١٩٩٦م، ص ٣٦٠.
- (٤) د.عبد الناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٥١.
- (٥) أيدها كثير من الفقه أمثال : ألمينا Alimena، وبتبول Bettiol، وفانيني Vannini، وبسينا Pessina. وفي اسبانيا أمثال : جيمينز دي أسوا Jimenrz de Asua. وفي فنزويلا أمثال :سوكورو Soccoro، وفي فرنسا أمثال : ستيفاني Stefani، وليفاسير Levasseur. ينظر : د.عبدالناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٥٢.

- (٦) أمثال د. رمسيس بهنام ود. محمود نجيب حسني ود. أحمد فتحي سرور ود. عبدالفتاح الصيفي ود. محمد زكي محمود ود. سامح جاد. وفي سوريا أمثال : د. محمد الفاضل. وفي المغرب أمثال : د. سامي النصراوي. يراجع كل من: د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٨٧م، ص ٣٠٤ ود. محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على الأشخاص، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، ط٤، ١٩٩٠م، ص ٢٧٥ ود. سامي النصراوي، القانون الجنائي المغربي، مكتبة المعارف، الرباط، ط٢، ١٩٨٦، ص ١٧٣.
- (٧) نقض ١٩ ابريل ١٩٨١م، مجموعة أحكام النقض، س٣٢، رقم ٦٧، ص٣٨٠، نقلاً عن الدكتور عبد الناصر بن الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٥٢.
- (٨) د. عبد الناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٥٢.
- (٩) يراجع كل من : د. رمسيس بهنام، المصدر السابق، ص ٨٠٠ ود. مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات /القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٤١ و د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١١٣-١١٦.
- (١٠) ينظر كل من : د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٢١٢ ود. نبيل مدحت، المصدر السابق، ص ٢٢.
- (١١) د. عبد الناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٥٤.
- (١٢) د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٣٠٩ وما بعدها.
- (١٣) د. مأمون محمد سلامة، المصدر السابق، ص ٣٤٦.
- (١٤) د. جلال ثروت، المصدر السابق، ص ٣٢٠.
- (١٥) د. مأمون محمد سلامة، المصدر السابق، ص ٣٥٠.
- (١٦) د. شريف كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤١٢.
- (١٧) ينظر كل من : د. مأمون محمد سلامة، المصدر السابق، ص ٣٥٣ ود. رمسيس بهنام، المصدر السابق، ص ٣٤٩ وما بعدها.
- (١٨) د. رمسيس بهنام، المصدر السابق، ص ٣٨٤.
- (١٩) د. عبدالناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٥٧.
- (٢٠) د. أحمد فتحي سرور، ص ٣٦٠.
- (٢١) د. رمسيس بهنام، المصدر السابق، ص ٨٢٥.
- (٢٢) د. جلال ثروت، المصدر السابق، ص ٣٣٤.
- (٢٣) د. مأمون محمد سلامة، المصدر السابق، ص ٣٥٠.
- (٢٤) ينظر كل من : د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٠٥ و د. يسر انورعلي، قانون العقوبات /القسم العام، ج١، دار النهضة العربية، ص ٣٣٨.

- (٢٥) اشار اليه د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٠٦.
- (٢٦) ينظر كل من : د. رمسيس بهنام : المصدر السابق، ص ٨٢٤ وما بعدها، د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق ص ٣١٧ وما بعدها، د. احمد فتحي سرور : المصدر السابق، ص ٣٦٠ وما بعدها.
- (٢٧) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد، شرح فتح القدير، ج ١٠، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ص ٢١٠.
- (٢٨) الطرابلسي: ابو الحسن علاء الدين علي بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام، دار الفكر، بلا سنة الطبع، ص ١٨٢.
- (٢٩) ينظر كل من: السرخسي : محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، ج ٢، دار المعرفة، بيروت ١٩٩٣م، ص ٢٤٩ و سليمان الجمل : حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٥، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ص ٥ واليميني : شرف الدين اسماعيل بن ابي بكر، كتاب التمشية بشرح ارشاد الغاوي في مسالك الحاوي، ج ٣، دار الهدى للتأليف والنشر والتوزيع، ١٩٨٩ م، ص ٢٦٨ والعسقلاني : محمد بن احمد بن عبد الرحمن المظني. والتنبية، مكتبة الازهرية للتراث، مصر، ص ١٣٢.
- (٣٣) ينظر كل من : الرملي : شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م، ص ٢٥٠ و حاشية الجمل، المصدر السابق، ص ٥.
- (٣٤) ينظر كل من: كتاب التمشية، المصدر السابق، ص ٢٦٩ و نهاية المحتاج، المصدر السابق، ص ٢٥٠.
- (٣٥) الكوهجي : عبدالله بن الشيخ حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج ٤، الشؤون الدينية، قطر ١٤٠٢هـ، ص ١٢.
- (٣٦) نهاية المحتاج، المصدر السابق، ص ٢٥٢.
- (٣٧) ينظر كل من: النووي : ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف والمجموع/شرح المهدب مع تكملة السبكي والمطيعي، ج ١٧، دار الفكر، بيروت - لبنان، ص ٣٣١ والماوردي : علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، ص ٢٨٩.
- (٣٨) ينظر كل من : الاحكام السلطانية، المصدر السابق، ص ٢٨٩ و الماوردي : علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي : الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، ج ١٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٩٩٩ م، ص ٢١١.
- (٣٩) الحاوي الكبير، المصدر السابق، ص ٢١٢ .
- (٤٠) ينظر كل من : الشافعي: احمد بن علي بن محمد بن علي، فتح الجواد، ج ٢، دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٥ م، ص ٢٥١ و نهاية المحتاج، المصدر السابق، ص ٢٥٢ .
- (٤١) ينظر كل من: ابن قدامه : موفق الدين عبدالله، المغني، ج ٩، دار الفكر، ط ١، بيروت - لبنان، ١٩٨٥ م، ص ٣٣٧ و ابراهيم بن محمد عبدالله، المبدع في شرح المقنع، ج ٣، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص ٣٣٥ و البهوتي : منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص ٢٥٨.

- (٤٢)الدمشقي: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي،الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٩، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ص ٣٣١.
- (٤٣)المقنع، المصدر السابق، ص ٣٣٦.
- (٤٤) يراجع كل من : الشرح الكبير،المصدر السابق، ج ٩، ص ٣٣١ والمبدع، شرح المقنع، المصدر السابق، ص ٢٤٦.
- (٤٥) يراجع كل من : المغني، المصدر السابق، ج ٩، ص ٣٣٧ و البهوتي : منصور بن يونس، كشاف القناع على متن الاقناع، ج ٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص ٥١٢. حيث يذهب إلى القول: (ان القتل شبه العمد يتحقق إذ اضرب الفاعل المجنى عليه فترتب على ذلك وفاته،لأنه قصد الضرر وأخطأ في القتل).
- (٤٦) يراجع كل من: الدسوقي :الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، ج ٩، ص ٣٣١ و شرح منتهى الارادات، المصدر السابق، ص ٢٥٨.حيث جاء فيه: (الخطأ موجود في حالة شبه العمد لأنه لم يقصد قتله بفعله).
- (٤٧) يراجع كل من : المغني، المصدر السابق، ص ٣٢٤ وما بعدها وشرح منتهى الارادات،المصدر السابق، ج ٣، ص ٢٥٨.
- (٤٨) يراجع كل من : العتكي : ابو بكر احمد بن عمرو بن عبد الخالق،البحر الزخار، ج٦، مكتبة العلوم والحكم، ٢٠٠٣م، ص ٢١٥ والسياعي : شرف الدين الحسين بن احمد، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، ج ٤، مكتبة الجامعة الاردنية، ط١، ٢٠١٤ م، ص ٢٤٩ وما بعدها.
- (٤٩)الشوكاني : محمد بن علي، سيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، ج ٤، دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٤ م، ص ٤١٤.
- (٥٠) يراجع كل من : العاملي : محمد بن جمال الدين مكّي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ١٠، بيروت، ط٣، ص ١٠٧ وما بعدها و الجواهري : محمد حسين بن باقر، شرح شرائع الاسلام، ج ٤، مؤسسة تحقيقات ونشر اهل البيت (ع) طهران -ايران، ص ٢٤٥.
- (٥١)شرح شرائع الاسلام، المصدر السابق، ص ١٨.
- (٥٢) شرائع الاسلام، المصدر السابق، ص ٤٢.
- (٥٣) ينظر كل من: جواهر الكلام، المصدر السابق، ص ٢٥ وشرائع الاسلام، المصدر السابق، ج ٤، ص ١٩٦.
- (٥٤) ينظر كل من : جواهر الكلام، المصدر السابق، ج ٤٢، ص ٢٥ وشرائع الاسلام،المصدر السابق، ص ١٩٦.
- (٥٥)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية،المصدر السابق، ج ١٠، ص ١٢٠.
- (٥٦) اطفيش بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل،ج١٥، مكتبة الارشاد، جده ودار الفتح، بيروت، ط٢، ص ١٢٨ وما بعدها.
- (٥٧) شرح كتاب النيل،المصدر السابق، ص ١١٩.
- (٥٨) (ينظر كل من: المغني، المصدر السابق، ج ٩، ص ٣٣٧.الروضة البهية، المصدر السابق، ص ١٠٧ وما بعدها و شرح كتاب النيل،المصدر السابق، ص ١١٨ وما بعدها.

- (٥٩) ينظر كل من :الحاوي الكبير، المصدر السابق، ص ٢١١ و كشف القناع عن متن الاقناع،المصدر السابق، ص٧٣.
- (٦٠) ينظر كل من: الشرح الكبير،المصدر السابق ص ٢١٢ والمجموع، المصدر السابق، ص ٣٣١ و شرائع الاسلام، المصدر السابق، ص ٢٤٥ .
- (٦١)الحاوي الكبير، المصدرالسابق، ص ٢١٢.
- (٦٢) ينظر كل من: المغني، المصدرالسابق، ص ٣٢٤ وما بعدها وشرح منتهى الارادات المصدر السابق، ص ٢٥٨ و نهاية المحتاج، المصدر السابق، ص ٢٥٢ والحاوي الكبير،المصدر السابق، ص ٢١١.
- (٦٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدرالسابق، ص ٢٤.
- (٦٤) ابن حزم :علي بن احمد بن سعيد الظاهري، المحلى شرح المجلى، ج ١٠، طبعة مصر، ١٩٣٤م، ص ٣٤٣.
- (٦٥)البحر الزخار،المصدر السابق، ص ٢١٥.
- (٦٦) ينظر كل من : معين الحكام، المصدر السابق، ص ١٨٢ والمبسوط، المصدر السابق، ص ٦٤.
- (٦٧) ينظر كل من : المجموع، المصدر السابق، ص ٣٣١ والحاوي الكبير، المصدر السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.
- (٦٨) ينظر كل من : المغني، المصدرالسابق، ج ٩، ص ٣٣٧ وكشاف القناع، المصدر السابق، ص ٥١٢.
- (٦٩) ينظر كل من : شرائع الاسلام،المصدر السابق، ص ٢٤٥ والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدرالسابق، ص ١٠٧ وما بعدها.
- (٧٠) شرح كتاب النيل، المصدرالسابق، ص ١١٨ وما بعدها.
- (٧١) ينظر كل من :السياغي :القاضي حسين بن احمد، الروض النضير، شرح مجموع الفقه الكبير ج ٤، نشر دار اليمن الكبرى، ط٢، ١٩٨٥م، ص ٢٤٩ وما بعدها و السيل الجرار،المصدر السابق، ص ٤١٤.
- (٧٢) الباجي :ابو وليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي،المنتقى، شرح الموطأ ج ٧، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر ١٣٣٢هـ، ص ١٠٠ وما بعدها.
- (٧٣) سورة النساء، الايه : ٩٢.
- (٧٤) سورة النساء، الايه : ٩٣.
- (٧٥)الالباني: محمد ناصرالدين، سنن ابن ماجة، ج٢، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط١ الرياض، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، ص ٨٧٧.
- (٧٦) البيهقي : الإمام أبى بكر بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج ٨، دارالفكر، بيروت- بدون تاريخ وتحديد للطبعة، ص٤٥.
- (٧٧) العسقلاني : شيخ الإسلام أحمد بن علي بن حجر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م، ص٥٣٢.

- (٧٨) شرح الباجي على الموطأ، المصدر السابق، ص ١٠٠.
- (٧٩) نفس المصدر اعلاه.
- (٨٠) الحاوي الكبير، المصدر السابق، ص ٢١٢.
- (٨١) القرطبي : ابو عبد الله، الجامع لاحكام القرآن (تفسير القرطبي)، دار الكتب المصرية-القاهرة ط ١٣٨٤هـ، ٢هـ، ١٩٦٤ م، ص ٣٢٩.
- (٨٢) د. زكريا البري، الأدلة الشرعية والقواعد الأصولية اللغوية، ص ٣٧.
- (٨٣) الحاوي الكبير، المصدر السابق، ص ٢١٢ - ص ٣٢٩.
- (٨٤) د. عبدالناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٧٣.
- (٨٥) د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٠٨ وما بعدها.
- (٨٦) د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٦٦، ص ٢٠٨. حيث يذهب الى القول بأن المصلحة المحمية في حالة الضرب والجرح تختلف عنها في حالة القتل.
- (٨٧) د. عادل عازر، المصدر السابق، ص ٢٠٨، د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٠٩.
- (٨٨) د. عادل عازر، المصدر السابق، ص ٣٠٩.
- (٨٩) نقض ايطالي ١٠ ابريل ١٩٤٥، اشار اليه د. جلال ثروت، المصدر السابق، ص ٣٤٤.
- (٩٠) د. عبدالناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٧٥.
- (٩١) د. عادل عازر، المصدر السابق، ص ٢١٠.
- (٩٢) د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٠٠.
- (٩٣) د. جلال ثروت، المصدر السابق، ص ٤٢٤ وما بعدها .
- (٩٤) د. جلال ثروت، المصدر السابق، ص ٤٢٥.
- (٩٥) د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٣٠١.
- (٩٦) د. جلال ثروت، المصدر السابق، ص ٤٣٨.
- (٩٧) د. عبد الناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٤٠ وما بعدها.
- (٩٨) د. مأمون محمد سلامة : المصدر السابق، ص ١٩٩.
- (٩٩) د. عبد الناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٨٨ وما بعدها.
- (١٠٠) نهاية المحتاج، المصدر السابق، ص ٢٨١.
- (١٠١) الأم، المصدر السابق، ص ١٣.
- (١٠٢) الأم، نفس المصدر اعلاه، ص ١٣. ويقصد بالعقل هنا دفع الدية مغلظة على العاقلة، وهي عقوبة القصد المتعدي.
- (١٠٣) المغني، المصدر السابق، ص ٤١٠.
- (١٠٤) ينظر كل من: جواهر الكلام، المصدر السابق، ص ٣٤٣ وشرائع الإسلام، المصدر السابق، ص ٢٣٤.

- (١٠٥) تكملة فتح القدير، المصدر السابق، ص ٢٣٥ .
- (١٠٦) ابن رشد : ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط١، ١٣٢٩ هـ، الجمالیه، مصر ص ٤١٠ .
- (١٠٧) بدائع الصنائع، المصدر السابق، ص ٢٣٣ .
- (١٠٨) سورة المائدة، الآية (٤٥) .
- (١٠٩) السنن الكبرى، المصدر السابق، ص ٦٤ .
- (١١٠) تكملة البحر الرائق، المصدر السابق، ص ٢٩٣ .
- (١١١) بدائع الصنائع، المصدر السابق، ص ٢٣٣ .
- (١١٢) د.أحمد الحصري، تفسير آيات الأحكام، دار الجبل، بيروت، ط١، ١٩٩١م، ص ٢٤٦ - ٢٥١ .
- (١١٣) د. عبد العليم محمد محمدين، القصاص فيما دون النفس، دراسة مقارنة، دار النشر العربي للطباعة، ١٩٨٦، ص ٣٥ .
- (١١٤) د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبى، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢٤ .
- (١١٥) والشاهد في ذلك ؛ تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي إلى حدود وقصاص وتعازير. وكل نوع من هذه الأنواع له نظامه الخاص .
- (١١٦) د. مأمون محمد سلامة، مسؤولية الفاعل عن النتيجة المحتملة التي يرتكبها غيره من الفاعلين في المساهمة الاصلية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٦، العدد ١، ١٩٦٦، ص ٤٥٣ وما بعدها .
- (١١٧) د. عبدالناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٣٠ .
- (١١٨) د. محمود نجيب حسني، الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات، مجلة المحاماة، ص ٤٤، ٤٦، ٤٧ وما بعدها .
- (١١٩) د. عبد الناصر بن محمد الزيداني، المصدر السابق، ص ٢٠٣ وما بعدها .
- (١٢٠) د. عبدالناصر بن محمد الزيداني، نفس المصدر اعلاه، ص ٢٣٢ .
- (١٢١) د. مأمون محمد سلامة، المصدر السابق، ص ٥٩ وما بعدها .
- (١٢٢) للمزيد من التفاصيل حول ذلك، ينظر نفس المصدر اعلاه، ص ٣٤٦ .

المصادر

- القرآن الكريم.
- اولاً: الكتب الفقيهيه
- ١- ابراهيم بن محمد عبدالله : المبدع في شرح المقنع، ج ٣، دار الكتب العلميه ، بيروت - لبنان.
- ٢- د.أحمد الحصري : تفسير آيات الأحكام، دار الجبل، بيروت، ط١، ١٩٩١م.

- ٣- ابن رشد : ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢ ١٣٢٩ هـ، الجمالية، مصر .
- ٤- ابن قدامه : موفق الدين عبدالله، المغني، ج ٩، دار الفكر، ط١، بيروت- لبنان، ١٩٨٥ م .
- ٥- ابن حزم : علي بن احمد بن سعيد الظاهري، المحلى شرح المجلى، ج ١٠، طبعة مصر، ١٩٣٤ م .
- ٦- اطفيش بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج١٥، مكتبة الارشاد، جده ودار الفتح، بيروت، ط٢ .
- ٧- الالباني: محمد ناصرالدين، سنن ابن ماجة، ج٢، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط١ الرياض، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م .
- ٨- الباجي :ابو وليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، المنتقى، شرح الموطأ ج ٧، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر ١٣٣٢هـ .
- ٩- البهوتي : منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان .
- ١٠- الدهوتي : منصور بن يونس، كشاف القناع على متن الاقناع، ج ٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان .
- ١١- البيهقي : الإمام أبي بكر بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج٨، دارالفكر، بيروت- بدون تاريخ وتحديد للطبعة .
- ١٢- الجواهري : محمد حسين بن باقر، شرح شرائع الاسلام، ج ٤، مؤسسة تحقيقات ونشر اهل البيت (ع) طهران -إيران
- ١٣- د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المنتبى، القاهرة، ١٩٨١ .
- ١٤- الدسوقي: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دارالفكرالعربي، بدون رقم طبعة ولا تاريخ .
- ١٥- الدمشقي: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ٩، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع .
- ١٦- الرملي : شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤ م .
- ١٧- د. زكريا البري، الأدلة الشرعية والقواعد الأصولية اللغوية .
- ١٨- السرخسي: محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، ج ٢، دار المعرفة، بيروت ١٩٩٣م .
- ١٩- سليمان الجمل :حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٥، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت - لبنان .
- ٢٠- السياغي :القاضي حسين بن احمد، الروض النضير، شرح مجموع الفقه الكبير ج ٤، نشر دار اليمن الكبرى، ط٢، ١٩٨٥م .
- ٢١- الشافعي: احمد بن علي بن محمد بن علي، فتح الجواد، ج٢، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٥ م .
- ٢٢- الشوكاني : محمد بن علي بن محمد، شرح فتح القدير، ج ١٠، دار المعرفة، بيروت - لبنان .
- ٢٣- الطرابلسي: ابو الحسن علاء الدين علي بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام، دار الفكر، بلا سنة طبع .

- ٢٤- العاملي : محمد بن جمال الدين مكي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ١٠، بيروت، ط٣.
- ٢٥-د. عبد العليم محمد محمدين، القصاص فيما دون النفس، دراسة مقارنة، دار النشر العربي للطباعة، ١٩٨٦.
- ٢٦- العتكي : ابو بكر احمد بن عمرو بن عبد الخالق، البحر الزخار، ج٦، مكتبة العلوم والحكم، ٢٠٠٣م.
- ٢٧- العسقلاني : شيخ الإسلام أحمد بن علي بن حجر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩.
- ٢٨- القرطبي : ابو عبد الله، الجامع لاحكام القرآن(تفسير القرطبي)، دار الكتب المصريه - القاهرة، ط١٣٨٤، ٢هـ، ١٩٦٤م.
- ٢٩-الكوهجي:عبدالله بن الشيخ حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج٤، الشؤون الدينية، قطر ١٤٠٢هـ.
- ٣٠-الماوردي: ابوالحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي :الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة.
- ٣١-الماوردي: ابوالحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي : الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، ج١٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٩٩٩م.
- ٣٢- المجموع: شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، ج ١٧، دار الفكر، بيروت- لبنان
- ٣٣-اليمني : شرف الدين اسماعيل بن ابي بكر، كتاب التمشية بشرح ارشاد الغاوي في مسالك الحاوي، ج٣، دار الهدى للتأليف والنشر والتوزيع، ١٩٨٩م.
- ثانيا: الكتب القانونية
- ١- د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات / القسم العام، دار النهضة العربية، ط٦، ١٩٩٦م.
- ٢- د.جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.
- ٣- د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات / القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
- ٤- د.سامي النصاروي، القانون الجنائي المغربي، مكتبة المعارف، الرباط، ط٢، ٩٨٦م.
- ٥- د. شريف كامل : النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢م.
- ٦- د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٦٦.
- ٧- د.عبدالناصر بن محمدالزيداني، النظرية العامة للقصد المتعدي في قانون العقوبات، المؤسسة الفنية للطباعة، ط١، ١٩٩٧م.
- ٨- د.محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على الأشخاص، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، ط٤، ١٩٩٠م.
- ٩- د. محمود نجيب حسنى : النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٨٧.
- ١٠- د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٨٧.
- ثالثا: البحوث والمقالات

١- د. مأمون محمد سلامة، مسؤولية الفاعل عن النتيجة المحتملة التي يرتكبها غيره من الفاعلين في المساهمة الاصلية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٦، العدد ١، ١٩٦٦.

٢- د. محمود نجيب حسني، الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات، مجلة المحاماة، س ٤٤.

رابعا: القوانين

- قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

الموازنة بين الحماية التشريعية الخاصة للمؤلف وبين قواعد التنفيذ العيني الجبري للالتزام (دراسة مقارنة)

أ.م.د. قصي سلمان الفلاحي

كلية الكتاب الجامعة/ كركوك

Abstract

According to the importance of intellectual production derived from the impact on human society, so the countries sought to protect that production by legislation the intellectual holds the rules to protect the rights of authors on production.

It required in intellectual production for coverage under these legislative protection that is characterized by innovation. The research problem is that those special rules on copyright law in often consistent with the general rules of civil are forcing the debtor to implement his obligation . While the special rules of copyright laws don't allow such forcing. On the grounds that intellectual production must appear into existence by whole desire of author.

The author hasn't desire to complete his intellectual production ,or he has a desire to modify his product or withdrawn it from the circulation in spite of his involvement in a contract with publisher forced him to put his production in a certain form under the command of publisher

So, the aim of our research is the balance between the special rules in the copyright laws and the rules of the forced implementation of the obligations in civil law.

المقدمة

ان الإنتاج العلمي او الادبي او الفني المبتكر، يرتبط بوعي الانسان واحاسيسه، لذا عمدت التشريعات الوطنية والدولية الى تنظيم حقوق المؤلف حماية له، وتدعيما للثقافة العامة في المجتمع مما القى العبء على هذه التشريعات لتوفر حماية خاصة لهؤلاء المبدعين، ذلك ان هذه التشريعات قد ايقنت ان القواعد العامة لا تكفي وحدها لتوفير الحماية المناسبة لهم ممن يساهمون في تطور الحياة البشرية وازدهارها، من خلال اشباع الحاجات المعنوية للإنسان بابداعاتهم.

حيث ان التشريعات المذكورة تكفل للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه، وفي تعيين طريقة ذلك النشر، وله أيضا الحق في الانتفاع من مصنفه باية طريقة مشروعة، هذا الانتفاع غالبا ماياتي عبر قناة التعاقد مع الناشر وصولا للانتفاع المالي بمصنفه.

فمشكلة البحث تكمن في التصادم بين القواعد العامة في القانون المدني والتي تشكل بمجموعها النظرية العامة للعقد، والتي تسري احكامها على العقود عموما، بما فيها عقود الاستغلال المالي للمصنفات، وبين تلك الحماية الخاصة لحقوق المؤلف على مصنفه، تلك الحماية التي تسمح للمؤلف رغم ارتباطه برابطة عقدية ملزمة، ان يتمتع عن تنفيذ التزامه باكمال المصنف، بعد ان شرع بوضعه، وكذلك الامتناع عن تسليمه بعد إنجازها، او حتى سحبه من التداول.....

حيث يصل التصادم المذكور الى حدا تتقهقر فيه القوة الملزمة للعقد، مما يشكل انتهاكا لمبدأ استقرار المعاملات، التي تهدف التشريعات المدنية للمحافظة عليه. وعليه سوف نتناول في هذا البحث نطاق الحماية القانونية التي وردت في قوانين حماية حق المؤلف، تلك الحماية التي تقتصر على الالتزامات الابتكارية.

لذلك خصصنا المطلب الأول للتعريف بالالتزام الابتكاري، ومن ثم سوف نتناول في المطلبين الثاني والثالث صور الاخلال بالالتزام الابتكاري، وسبل وصول الناشر الى الحكم على المؤلف بالتنفيذ العيني الجبري للالتزاماته، وما يعتري الوصول إلى هذا الهدف من عقبات تمثلها الحماية الخاصة التي وفرتها قوانين حماية حق المؤلف.

المطلب الأول

التعريف بالالتزام الابتكاري

ابتداءا ان مصطلح الالتزام يفصح عن وجود علاقة تعاقدية بين المؤلف وبين طرف اخر، وهي بذاتها كانت مصدرا للالتزام المؤلف بوضع مصنف ما تحت تصرف ذلك الطرف والذي غالبا ما يكون (الناشر

(. ولذلك فان اخلال المؤلف بالتزاماته العقدية، يتيح للناشر اللجوء الى قواعد التنفيذ الجبري بنوعيه سواء العيني كان ام التنفيذ بمقابل.

الا أن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد، هل يمكن في نطاق الالتزامات الابتكارية تطبيق تلك القواعد التي يمكن بمقتضاها اللجوء لغير المدين بالالتزام للتنفيذ على حساب المؤلف، او اللجوء الى وسائل التنفيذ العيني الجبري كالتهديد المالي أو حبس المؤلف ؟

الإجابة عن هذا السؤال ستكون محورا للمطلبين الثاني والثالث، عند الخوض في صور الاخلال بالالتزام الابتكاري، وحق الدائن في اللجوء الى قواعد التنفيذ العيني الجبري ومن جهة أخرى اصطدام تلك القواعد مع الحماية التشريعية الخاصة للالتزامات الابتكارية التي قد تتعطل معها القواعد المذكورة.

اما مصطلح الابتكار، فقد خلت اغلب قوانين حماية حق المؤلف العربية من تعريف فكرة الابتكار، في حين عرفت بعضها الابتكار بانه (الطابع الإبداعي الذي يسبغ الاصاله على المصنف)^(١)

وعلى العموم فانه ليس من اليسير تحديد معيارا واضحا للابتكار، لذلك اتجهت اغلب قوانين حماية حق المؤلف الى التعداد الغير حصري للاعمال الأدبية والفنية المشمولة بنطاق حمايتها.

ونحن نرى ان هذا الأسلوب فيه وجهة نظر، حيث انه يحول دون الشخوخة المبكرة لنصوصها، ويسمح بمنح الحماية لمصنفات لم يرد ذكرها في التعداد الوارد في تلك القوانين، مع ذلك ان هذا النهج يمكن ان يساهم في ضبابية المعيار الذي يفصل بين المصنفات الجديرة بالحماية التشريعية وبين تلك التي يفترض ان تبقى خارج نطاق تلك الحماية.

لذلك سنتجه للبحث في عنصر الابتكار كفكرة ذاتية، ومن ثم نخوض في هذا العنصر ما بين

الاطلاق والنسبية.

أولاً - ذاتية فكرة الابتكار

يرى البعض بان الابتكار هو بصمة المؤلف الشخصية على المصنف والتي تسمح للجمهور بالنطق بأسمه بمجرد مطالعة ذلك المصنف عندما يكون مؤلفه من المشهورين، أو بالقول بانتهاء نسب هذا المصنف لشخص لديه قدرة ابتكارية على التعبير عن أفكاره^(٢).

فالمفهوم التقليدي للابتكار الذي وقفنا عليه من خلال مضمون نصوص قوانين حقوق المؤلفين وكذلك اراء الفقهاء، بانه مفهوم يركز على شخص المؤلف بحيث ان المصنف يكون جدير بالحماية اذا كان من نتاج الاسهام الفكري للمؤلف.

١ - أنظر نص المادة ١٣٨ من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
٢ - د. محمد حسام محمود لطفي - المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية - الكتاب الثالث - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٦ ص ٢٥.

هذا المفهوم التقليدي كانت محكمة النقض المصرية قد تبنته في قرار لها جاء فيه (.... لا يكون للمؤلف على مصنفه حق المؤلف، ولا يتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق الا اذا تميز المصنف بالابتكار الذهني، او الترتيب او التنسيق، او باي مجهود اخر يتسم بالطابع الشخصي ويضفي عليه وصف الابتكار).^(١) وإلى جانب المفهوم المذكور، للابتكار مفهوم موضوعي يعتمد على الجهد والعمل المبذول من المؤلف، بغض النظر عن عن التصاق العمل بشخص المؤلف. وهذا المفهوم تبنته القوانين الانكلوسكسونية. والواقع ان الاختلاف بين المفهومين السابقين يرتبط ارتباطا وثيقا بتحديد طبيعة حق المؤلف، فإذا ينظر الى هذا الحق على أنه ذو طبيعة مزدوجة مالي وادبي يأخذ بالمفهوم الذي يركز على الدور الخلاق والاسهام الذي يقوم به المؤلف، وعلى خلاف ذلك فإن من ينظر لحق المؤلف على أنه حق واحد ذو طبيعة مادية فقط، يعتد بالجهد والعمل المبذول من المؤلف. دون أن يعطي ادنى أهمية للأسهام الذاتي أو الجهد الخلاق المبذول من المؤلف.^(٢)

ويتبين لنا من خلال ألقاء الضوء على نصوص قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١، أنه لم يحسم الطبيعة القانونية لحق المؤلف بشكل مباشر، ومع ذلك يمكن القول بأنه من التشريعات التي أخذت بمبدأ ازدواجية طبيعة حق المؤلف، حيث ميز في أحكامه ما بين الحق المالي والادبي، يتخصيصه مواد لحق المؤلف المالي^(٣)، وأخرى لحقه الادبي^(٤).

ثانياً- الابتكار بين النسبية والاطلاق

مادامنا بصدد تحديد مفهوم الابتكار، فإن السؤال الذي قد يطرح، فيما إذا كان الابتكار يجب أن ينصب على الفكرة التي تضمنها المصنف أم يكفي أن تتحقق السمة الابتكارية في الشكل أو الصورة التي خرج بها المصنف إلى حيز الوجود المادي ؟

رأي فقهي يتجه إلى ان الابتكار يستلزم بروز الطابع الشخصي للمؤلف من حيث التعبير عن الفكرة^(٥) بينما يتجه رأي فقهي آخر إلى أن الابتكار يكمن في الأسلوب التعبيري، أي في الشكل الذي ظهر به المصنف، وليس في الأفكار التي يحتويها.^(٦)

١ - القرار مشار إليه لدى د. جمال محمود الكردي - حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية - ط١ - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٢ - ص ٢١
 ٢ - د. أشرف وفاء - تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٩ - ص ١٨ .
 ٣ - أنظر نصوص المواد ٧-٨-١٠-١٩ من القانون أعلاه.
 ٤ - أنظر نصي المادتين ٧-٤٣
 ٥ - د. محمد كمال عبد العزيز - الوجيز في نظرية الحق - مكتبة وهبة - بدون سنة طبع - ص ٥١ .
 ٦ - د. نوري حمد خاطر - قراءة في قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ - بحث منشور في مجلة مؤتم للبحوث والدراسات - المجلد الثاني عشر - العدد الأول ١٩٩٧ - ص ٣٧٢ .

وعلى كل حال، فإذا كان المفهوم السائد للابتكار يمتاز بالذاتية، فإن ذلك لا يعني بالضرورة، أن يكون الابتكار الذي يتسم به المصنف الجدير بالحماية مطلقاً دائماً، وإنما يمكن أن يكون مستندا بصورة أو أخرى الى خلق ذهني سابق.

فالمصنف المبتكر ابتكاراً مطلقاً يتميز عن المصنف المبتكر ابتكاراً نسبياً، من حيث أن الأخير يفترض وجود مصنف أصلي، بحيث يقوم المؤلف صاحب المصنف المشتق أن صح التعبير، بالاستعانة ببعض الأفكار أو الموضوعات التي عرض لها المصنف الأصلي ونقلها إلى مصنفه الجديد، ومن ثم تكون له كافة الحقوق المقررة للمؤلف بموجب قواعد الملكية الأدبية والفنية، طالما أنه حصل على إذن بالاستعانة بهذه الأفكار أو تلك الموضوعات من مؤلفها الأصلي، وأدى له المقابل المالي نظير الحصول على هذا الإذن.^(١)

فالابتكار (originality) بأعتباره شرط أساسي لتفعيل الحماية التشريعية لحقوق المؤلف لا يستلزم أن يتمثل بالجددة (novelty) بمعناها الموضوعي، وهي العنصر اللازم لحماية براءات الاختراع والرسوم والعلامات التجارية المرتبطة بالملكية الصناعية، فالحماية التشريعية المذكورة لا تنصب على الأفكار المجردة في ذاتها، وإنما تنصب على التعبير عن هذه الأفكار بأخراجها الى حيز الوجود.^(٢)

فأديب المسرح الذي يقتبس مسرحيته من قصة ألفها غيره، مع أبقائه على خطوطها الرئيسية، بالإضافة إليها أو الحذف منها تبعاً لضرورات المسرح، ويغير من تفاصيل القصة لتلائم طبيعة الفن المسرحي، ويحور أسلوبها القصصي الى أسلوب الحوار المسرحي، بحيث تبرز شخصية متميزة، لها المكنة في تحويل مصنف من فرع إلى آخر من فروع الادب، وبالتالي إنشاء مؤلفاً أو مصنفاً مبتكراً.^(٣)

وبذلك ننتهي إلى القول بأنه المصنف يتمتع بالحماية، إذا ما اعتمد على فكرة مأخوذة عن الغير، لكنه عبر عنها بشكل أصلي أو متميز عن الأصل على الأقل. فالابتكار هو الاصاله، والاصاله هنا تعني أن يبذل المؤلف مجهوداً ذهنياً يضيف على مصنفه طابعه الشخصي. الذي يميزه عن غيره، وما يدعم رأينا هذا، موقف قوانين حماية حق المؤلف، التي لم تتطلب في الابتكار أن يكون مطلقاً، فالابتكار النسبي يكفي لتوفير الحماية التشريعية الخاصة التي توفرها تلك القوانين للابتكار المطلق.

المطلب الثاني

- ١ - د. محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة - ط ١ - المكتب المصري الحديث ٢٠٠٢ - ص ١٢٠
- ٢ - د. نواف كنعان - حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حماينه) - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ١٩٩٢ - ص ١٧٨.
- ٣ - د. محمود جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية - ط ٢ - الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية - القاهرة ١٩٩٦ - ص ٣٧٩.

الامتناع عن التنفيذ العيني للالتزام الابتكاري

تقضي القواعد العامة في النظرية العامة للالتزام، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الذي يكون محله القيام بعمل، عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، دون أن تكون شخصيته محل اعتبار في ذلك التنفيذ، أن يكون للدائن الحق في التنفيذ، بأن يعهد به إلى شخص آخر وعلى نفقة المدين، الآن تطبيق هذا الحكم مستبعد كلياً بالنسبة للالتزامات الابتكارية، لان هذا النوع من الالتزامات تراعى فيه بلاشك شخصية المدين، لذلك فإن الدائن بهذا الالتزام لا يمكن له أن يستعين بحكم القاعدة المذكورة، وعليه أن يستعين بوسائل التنفيذ العيني الجبري التي من شأنها التأثير على إرادة المدين بالضغط عليها وحمله على تنفيذ التزامه عيناً، ومنها التهديد المالي.

ومع ذلك وجدنا رأياً فقهياً يعترض على طريقة اللجوء الى التهديد المالي أو ماتسمى بالغرامة التهديدية، لإجبار المؤلف على وضع مصنفه محل تعاقد مع الناشر، ذلك بأن المصنفات عموماً يجب أن يكون المؤلف وأفكاره المحررة من الضغوطات، وهذا ما لا يمكن أن يتحقق، عندما ينتج المؤلف مصنفه وهو واقع تحت ضغط الاكراه المالي.^(١)

فالابتكار يتوقف على دوافع نفسية خاصة بالمؤلف مما يرسخ التناظر بين الاجبار والابتكار، كما وان الوسائل القسرية التي يتم اللجوء اليها لحمل المدين على تنفيذ التزامه تعد بالنسبة لبعض الالتزامات، وبالذات تلك التي تنطوي على الجانب الابتكاري، تعد وسائل عقيمة، فالعمل الذي ينجز تحت تأثيرها، لا يمكن أن يتفق مع مصلحة المجتمع، الذي يطالب دائماً بالتطور النوعي دون توقف، فأحترام الصالح العام، وكذلك الاحترام الواجب لشخصية المؤلف نفسها تتنافى مع ذلك الاجبار أو الاكراه أن صح التعبير.^(٢)

ومع تأييدنا لهذا الرأي وتبريراته، الآن الخشية قائمة من أن يتخذ المؤلف هذه التبريرات ساتراً يحتمي به لتبرير إخلاله بتنفيذ التزامه، بحجة أن إجباره على التنفيذ من شأنه تعطيل قدراته على الابداع والابتكار. ولكن مع هذا الافتراض الذي أفترضناه، هل يمكن أن يعتبر المؤلف متعسفا في استعمال حقه ؟ في الحقيقة هذا السؤال يقودنا الى أسئلة أخرى، ومنها ما هو الحق الذي يتعسف المؤلف في استعمال حقه ؟ هل هو حقه الادبي ؟ وهل ينشأ الحق الادبي، مع أن المؤلف لم يشرع في وضع المصنف ؟

١ - د. عبد الرشيد مأمون - الحق الادبي للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقها - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨ - ص ٢٥٢.

٢ - د. عادل جبيري محمد حبيب - التنفيذ العيني للالتزامات العقدية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - بدون سنة طبع - ص ٢٨٦.

بهذا الصدد، ذهب جانب من الفقه، إلى أن الحق الادبي للمؤلف على مصنفه ينشأ منذ اللحظة الأولى، التي يبدأ فيها المؤلف بوضع مصنفه، حتى لو لم يستكمله^(١)، مع أن رأياً آخر أتجه إلى أن الحق الادبي، لا ينشأ الا عند أستكمال وضع المصنف.^(٢)

ونحن بدورنا نضيف رأياً ثالثاً يقف موقفاً وسطاً بين الرأيين المذكورين، وهو أن الحق الادبي للمؤلف على مصنفه، لا ينشأ الا بعد قيامه بالتعبير عن ذلك المصنف بأي شكل من أشكال التعبير، بحيث تتخذ أفكاره شكلاً مادياً وملموساً، دون اشتراط تمام المصنف بطلته النهائية، ولا سيما أن قوانين حق المؤلف لاثمي الأفكار والخواطر الكامنة في عقول أصحابها، وهذا ما تؤكدته الاتفاقية العربية لحق المؤلف^(٣)، والتي جاء في المادة الأولى - ز منها (ان المصنف لا يحمي الا اذا تجسد في شكل مادي ملموس)

اذن طالما أن المؤلف لم يشرع حتى بوضع المصنف محل تعاقد مع الناشر، لا يكون قد ولد حقه الادبي، الذي يوفر له الحماية الخاصة، وبالتالي لا يمكن الاتجاه إلى اعتباره متعسفاً في أستعمال حقه، ولكن يمكن النظر الى قضية امتناع المؤلف عن تنفيذ التزامه بوضع المصنف، محتماً خلف ساتر الحماية التشريعية الخاصة لحق المؤلف، من زاوية أخرى، وهي الاخلال بمبدأ حسن النية،^(٤) وهو مبدأ قانوني أخذت به التشريعات المدنية عموماً. وبمقتضى هذا المبدأ، يطالب المؤلف، بأن لا يتصرف بسوء نية في تنفيذ عقده مع الناشر، فإن أخل بما يفرضه عليه واجب حسن النية، لن يفلح في التمسك بحقه في الامتناع عن وضع مصنفه، أو أنجازه، أو حتى تسليمه.

والحماية القانونية الخاصة التي توفرها قوانين حق المؤلف تنطلق مع اتخاذ المؤلف قراره بنشر المصنف، حيث أن صدور قرار المؤلف بنشر مصنفه، يمثل الوقت الذي ينطلق فيه المصنف من كونه مجرد أفكار قابضة في مخيلة المؤلف إلى العالم المادي الخارجي المحسوس. فالقوانين التي تحمي حق المؤلف، لا تمتد نطاق حمايتها إلى الأفكار أو الخواطر، مادامت محبوسة في عقول أصحابه، ولم تنطلق إلى عالم الوجود^(٥).

ويقصد بحق المؤلف في تقرير نشر المصنف، أن يكون للمؤلف وحده بإرادته المنفردة، تحديد مكان ولحظة ووسيلة النشر الأولى، كما يكون من حقه وحده أن يقرر عدم النشر.^(٦)

١ - د. عبد الرشيد مأمون - مصدر سابق - ص ٢١٤.

٢ - د. عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ط ٢ - ١٩٦٤ - ص ٣٢٣.

٣ - الاتفاقية العربية لحقوق المؤلف المنعقدة في العراق - بغداد نوفمبر ١٩٨١.

٤ - أنظر نص المادة ١٥٠ مدني عراقي - ١٤٨ مدني مصري - ١١٣٤ مدني فرنسي.

٥ - د. سهيل حسين الفتلاوي - حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي - دراسة مقارنة - وزارة الثقافة والفنون - ١٩٧٨ - ص ٨٥.

٦ - د. جمال هارون - الحماية المدنية للحق الادبي للمؤلف في التشريع الأردني - ط ١ - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ص ٢٧.

ولكن إذا قرر المؤلف نشر المصنف، وتم ذلك فعلا، فإن إعادة نشر المصنف مرة ثانية، لاتمثل استعمالا لحق تقرير نشر المصنف، وإنما لحق إعادة نشر مصنف سبق نشره.^(١) فحق المؤلف في تقرير نشر مصنفه، يجيز له أن يتمتع عن أتمام مصنف شرع فيه، ولا يكون للناشر إلا الرجوع عليه بالتعويض. فالاعتراف بحق المؤلف في تحديد شكل وطريقة نشر مصنفه، نتيجة مهمة متمثلة، بأن المصنف لا يعد منشورا الا بالشكل والطريقة التي يوافق عليها المؤلف، فإذا وافق المؤلف مثلا على تقديم مصنفه بشكل فيلم سينمائي، فلا يستطيع شخص آخر القيام بنشره بطريقة أخرى، كطباعته في كتاب مثلا. فالمصنف لا يعد منشورا إلا بالطريقة التي أختارها المؤلف، وكل نشر خارج هذا النطاق يعد موجبا لمسؤولية الناشر، لابل البعض يراه من قبيل العدم، بحيث يعتبر المصنف مع هذا النشر، وكأنه لم يكن.^(٢)

وقد اتجه قانون حماية حق المؤلف العراقي^(٣)، مع بعض التشريعات الأخرى،^(٤) إلى أن الحق في تقرير نشر المصنف ينتقل بعد وفاة المؤلف إلى ورثته، ويترتب على هذا الانتقال، أن يصبح من حق الورثة حق تقرير النشر على ذات النحو المقصود بهذا الحق، أو بعبارة يخولهم هذا الحق ذات المزايا التي كان بإمكان مورثهم الاستفادة منها. وفي هذه الحالة يكون للناشر أجبار هؤلاء الورثة على إتخاذ القرار بنشر المصنف، مالم يشكل ذلك مساسا بسمعة المؤلف، ومكانته الأدبية أو العلمية أو الفنية.....ولاسيما أن ورثة المتوفي هم أحرص الناس على سمعة ومكانة مورثهم، حيث لا يمكن اعتبارهم، مجرد حراس على المصنف، بعد أن أنتقل إليهم حق تقرير النشر.^(٥)

ولكن من الممكن، أن تجد احتمالية أختلاف الورثة فيما بينهم، حول إتخاذ القرار بنشر المصنف، وأزاء سكوت التشريعات عن وضع حكما لهذا الاحتمال، فقد ذهب البعض إلى ضرورة أشتراط أجماع الورثة على تقرير النشر، مادام هذا الحق، حقا معنويا للورثة، ومستمد من ممارستهم لحقهم في الحرص على سمعة ومكانة مورثهم، فمعارضة البعض منهم لقرار نشر المصنف، دليل على تقديرهم، أن في نشر المصنف مساسا بالسمعة والمكانة المذكورتين.^(٦)

١ - د. عصمت عبد المجيد بكر ود. صبري محمد خاطر - الحماية القانونية للملكية الفكرية - الطبعة الاولى - بيت الحكمة - بغداد ٢٠٠١ - ص ٨٨.

٢ - د. محمد فريد محمود عزت - نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الاسلامية - جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية - ١٩٩٢ - ص ٤٧.

٣ - أنظر نص المادة ١٨ من القانون أعلاه.

٤ - ومن هذه القوانين قانون حماية حق المؤلف الأردني م ٢١ وقانون الملكية الفكرية المصري م ١٤٥

٥ - د. سهيل الفتلاوي - مصدر سابق - ص ١٠٥.

٦ - د. الفتلاوي - نفس المصدر أعلاه - ص ١٠٦.

المطلب الثالث

الامتناع عن تسليم المصنف

أن الحماية التي توفرها قوانين حماية حق المؤلف، لامتد نطاق حمايتها إلى مجرد السماح للمؤلف بالامتناع عن إنجاز مصنفه، عندما تكون لديه المبررات، والتي تخرج عن دائرة قناعاته بما يقدمه من إنجازات تناسب سمعته ومكانته، وإنما يتعدى دور تلك الحماية إلى السماح للمؤلف بالامتناع عن تسليم المصنف، حتى بعد الانتهاء من إنجازها.

فقد ذكرنا أن للمؤلف وحده، الحق في تقرير نشر مصنفه، فقد يعتري هذا التقرير، تغييراً في رأي المؤلف حول قناعاته بما صدر عنه، ومدى ملائمة إنتاجه مع أسلوبه المرتبط بمكانة المؤلف وسمعته. بغض النظر عن قبول الطرف الآخر للمصنف بحالته من عدمه، وعندها لا يكون للطرف الآخر سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن أخلال المؤلف بالتزامه التعاقدية^(١).

ويجدر بنا أن نشير بهذا الصدد بأنه بعض التشريعات لم تنص صراحة على حق المؤلف في تعديل مصنفه، ومنها قانون حماية حق المؤلف العراقي^(٢)، الذي نص على حق المؤلف في منع الغير من إجراء التعديل والتبديل، ومن مفهوم المخالفة لهذا الحكم، يمكن أن نخرج بحكم مفاده، أن المؤلف هو من يملك صلاحية ممارسة هذا الحق.

وإذا كان للمؤلف الحق في تعديل مصنفه، يجب علينا، ان نفرق ما بين، إذا كان المؤلف يروم التعديل قبل إتخاذ قرار النشر أم بعده، فالتعديلات التي قد يدخلها المؤلف قبل النشر، قد تكون يسيرة لا تشكل اختلالاً من جانب المؤلف بتنفيذ التزامه، إلا أن التعديلات الجوهرية التي تجعل المصنف بعدها مختلفاً تماماً عن الأصل المتفق عليه، هي التي تكون مبرراً يحق معه للناشر الحق في المطالبة في فسخ العقد والتعويض، أو مطالبة المؤلف بكافة النفقات المترتبة على هذا التعديل.^(٣)

فعندما يقتنع المؤلف بنتاجه، يقرر نشر مصنفه، أما إذا لم يتخذ قرار النشر، فإن مركزه القانوني يختلف تماماً، بحيث لا يستطيع دائنوه أن يتخذوا حياله أية وسيلة لجبره على تنفيذ التزامه، فهو الوحيد الذي

١ - د. جمال هارون - مصدر سابق - ص ٤٤.

٢ - أنظر نص المادة ٤٣ من القانون أعلاه.

٣ - نصت المادة ٩٠ من قانون حق المؤلف الجزائري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٧ على انه يحق للمؤلف ان يدخل تعديلات على المصنف المشروع في عملية صنع الدعامة التي تسمح باستنساخه ان كانت لاتقضي هذه التعديلات الى تغيير طبيعة المصنف وغايته مقارلانة مع الالتزام الذي كان الباعث للناشر على ابرام العقد، نجد هذه التعديلا اذا كانت تقلب تكاليف الصنع المقررة راسا على عقب بسبب طبيعتها او اهميتها فان الناشر يمكنه ان يطالب المؤلف بتحمل التصاريح الاضافية التي تنجم عن ذلك، ومن ناحية اخرى يكون للمؤلف ان يفسخ عقد الاصدار، ومع عدم وجود نص مقابل لهذه المادة في قانون حماية حق المؤلف العراقي، الا ان ماورد بهذه المادة لا يخرج عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

بأستطاعته التعبير عن رضائه بالمصنف وبرغبته في تسليمه.^(١) وإذا كان المبدأ هو اعفاء المؤلف من الخضوع لوطة التنفيذ العيني الجبري لالتزامه بتسليم المصنف أستعمالاً منه للسلطات التي تخوله اياه حقه الادبي، فان تطبيق هذا المبدأ بصفة مطلقة قد يؤدي الى زعزعة ثبات الرابطة العقدية، لذلك اتجه الفقه الى تقليص هذا المبدأ اعمالاً لقواعد العدالة، وعلى ذلك فاذا كان الامتناع المؤلف عن التسليم امتناعاً غير مشروع، فانه يفقد في هذه الحالة الميزة التي منحه القانون اياه، وبالتالي يجوز اكرامه على التنفيذ العيني لالتزامه بالتسليم، فاذا كان امتناع المؤلف او الفنان عن تسليم الكتاب او التمثال راجعاً الى اغراء بعرض اكبر من ناشر او من عميل اخر، فيجوز عندئذ لدائن المؤلف الالتجاء الى التهديد المالي لحمله على تنفيذ التزامه^(٢).

ولكن ماهو المعيار الذي بموجبه يمكن التمييز بين الامتناع المشروع عن تسليم المصنف، وبين

الامتناع غير المشروع عن تسليمه الذي يؤدي الى سقوط الحماية القانونية عن المؤلف ؟

للإجابة عن هذا السؤال نشير ابتداءً الى وقت نشوء الحق الادبي للمؤلف الذي يمنحه سلطات عديدة يمارسها تحت ظل الحماية القانونية، منها سلطته في الامتناع عن تسليم المصنف المتعاقد، بحيث يمكن ان يعد أخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدية حالة مشروعة، فالحق الادبي ينشأ منذ اللحظة التي يبدأ فيها المؤلف بوضع مصنفه، حتى لو لم يكمل أو ينشر هذا المصنف، اي بعد ان يتخذ المصنف شكلاً مادياً معيناً لقوانين حق المؤلف للاحمي الافكار المجردة بدليل ان المادة ٢١٢ من اتفاقية بيرن قد تركت للمشرع الوطني لكل بلد عضو في هذه الاتفاقية ان لا يولي المصنفات الادبية والفنية بالحماية طالما انها لم تتخذ شكلاً معيناً^(٣). وعليه فإذا كان المؤلف سيستغل حقه الادبي ويمتنع بحجة سلطات هذا الحق عن تسليم مصنفه فإنه يعد متعسفاً في استعمال حقه مما يلزمه بتعويض المتعاقد الاخر. وهذه النتيجة تتفق مع القاعدة العامة التي تلزم المدين بالتعويض (التنفيذ بالمقابل) اذا ما استحال التنفيذ العيني للالتزام بخطأ المدين.

والحماية القانونية للمؤلف لا تقتصر على منحه الحق في الامتناع عن تسليم مصنفه، وانما تتعدى حدودها الى ابعاد من ذلك حيث يحق للمؤلف من سحب المصنف من التداول بعد تسليمه، وتكمن اهمية منح المؤلف هذا الحق، بان المؤلف قد يكتشف بعد نشر مصنفه بانه قد اصبح غير معبر عن افكاره او بعيداً عن معتقداته الجديدة.

فطالما ان المصنف يعتبر مرآة تعكس شخصية المؤلف فيكون من حقه سحب مصنفه من التداول لينسجم مع هذه الشخصية ومع ما طرا على معتقدات المؤلف من تغييرات^(٤). فقد يقرر المؤلف سحب

١ - د. عادل جبيري حبيب - مصدر سابق - ص ٣٠٦

٢ - د. أنور سلطان - أحكام الالتزام - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٩٤ - ص ٦١.

٣ - أنظر نص المادة أعلاه من الاتفاقية المذكورة - النص الرسمي باللغة العربية الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية - جنيف ١٩٩٦.

٤ - نصت بعض القوانين الاجنبية حق المؤلف في سحب الصنف على حالة تغيير المعتقدات حيث نصت المادة ٣١٤ من قانون المانيا الاتحادية الصادر ١٩٦٥ مشار اليه لدى د. عادل جبيري محمد حبيب - مصدر سابق - ص ٣٠٨ هامش رقم (١)

مصنّفه من التداول، لاكتشافه بعض العيوب التي بينها النقد الموجه الى المصنّف، او توصل العلم الى اكتشافات جديدة تثبت خطأ ما كان قد توصل اليه هذا المؤلّف، او غير ذلك من الاسباب (١).

وقد وضعت اغلب التشريعات شروطاً بتوافرها يجوز للمؤلّف ان يتغلب على قواعد التنفيذ العيني للالتزام، ويسحب مصنّفه المتعاقد عليه من التداول، ومنها تكون هناك اسباب جدية ومشروعة (٢) او اسباب ادبية خطيرة (٣) تدعو المؤلّف لذلك، ويرى البعض أن وصف الاسباب المذكورة بالجدية هو وصف اشمل وادق في التعبير عن حاجة المؤلّف لسحب المصنّف من التداول، ذلك ان امر تطلب وصف الخطورة في الاسباب من شأنه ان يؤدي الى التضيق على المؤلّف وذلك لضيق مفهوم خطورة الاسباب في هذا المجال، ولعدم امكانية توافر هذه الخطورة في الكثير من الحالات التي يرغب فيها المؤلّف في سحب مصنّفه من التداول. (٤)

ونحن نرى من جانبنا ان وصف تلك الاسباب بالادبية و الخطيرة اذا كان فيه تضيق على المؤلّف في ممارسة سلطته في سحب المصنّف فهذا اتجاه تشريعي يتسم بالمنطقية كونه يحقق التوازن بين الاحترام لحق المؤلّف الادبي وبين القوة الملزمة للعقود (٥) التي تجبر المدين على التقييد بتنفيذ التزاماته، ولاسيما سحب المصنّف من التداول او ادخال تعديلات جوهرية عليه يعد في الحقيقة الامر صورة من صور الاخلال بالتنفيذ العيني للالتزام بدليل أن التشريعات التي اجازت للمؤلّف تلك السلطة، الزمته ذاته بتعويض المتعاقد الاخر.

وما التعويض في اطار العلاقات التعاقدية سوى انه جزء عن مسؤولية المدين العقدية، وقد اشارت التشريعات التي فوضت المؤلّف هذه السلطة ومنها قانون حماية حق المؤلّف العراقي الى وجوب ان يكون هذا التعويض عادلاً.

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد، لماذا وصف المشرع التعويض الذي يلزم به المؤلّف بالعادل ؟

- ١ - د. جمال هارون - مصدر سابق - ص ٥٨.
- ٢ - المادة ٨ - ه من قانون حماية حق المؤلّف الاردني.
- ٣ - المادة ٤٣ من قانون حماية حق المؤلّف العراقي.
- ٤ - د. جمال هارون - مصدر سابق - ص ٥٩.
- ٥ - القوة الملزمة للعقد ثمرة لمبدأ سلطان الارادة التي لا يظهر اثناء تكوين العقد ونشوء الالتزامات بل يمتد هذا المبدأ ليبسط نفوذه حتى بعد ابرام العقد او التعديل في اثاره. فالعقد هو اتفاق مبني على تلاقي ارادتين، لا يمكن بعدها لاحدى هاتين الارادتين او حتى للقضاء التعديل في اثاره، ولذلك حرصت التشريعات الحديثة على جعل النصوص القانونية التي تمنح القاضي سلطة تعديل اثار العقد ومنها نص المادة (٤٣) من قانون حماية حق المؤلّف العراقي نصوص أمره، حيث أن مبدأ سلطان الارادة في ظل الاتجاهات التشريعية الحديثة يعني ان يكون لارادة الافراد الاتفاق على ما يخالف القواعد المكملة في القانون دون الامر، راجع بهذا الشأن د. عبد المنعم فرج صده - محاضرات في القانون المدني (أثار العقد والاحلاله) - معهد الدراسات العربية - مطبعة السعادة - القاهرة بدون سنة طبع - ص ٢٩.

يرى الفقه^(١) بأن التعويض العادل هو الاصل في المسؤولية العقدية، ويستثنى من ذلك حالة ارتكاب المدين الغش او الخطأ الجسيم. إذ تستند المسؤولية عندئذ، الى فكرة الذنب واللوم الادبي، ويستبدل التعويض العادل بالتعويض الكامل وبذلك يكون التعويض قد جمع بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة الرادعة.

الخاتمة

ان الحماية التشريعية الواردة في حق المؤلف تقتصر على ابتكارات المؤلفين من أعمال ادبية أو فنية بحيث أن هذه العمال (المصنفات) لا تحظى بتلك الحماية الا اذا توفر فيها عنصر الابتكار الذي عرفه قانون الملكية الفكرية المصري بالطابع الابداعي الذي يسبغ الاصاله على المصنف، الا أن مصطلح (الاصالة) الوارد في التعريف المذكور لا يستلزم بالضرورة ان يكون الابتكار مطلقاً بل أن الحماية التشريعية المذكورة تمتد لتشمل المصنفات المبتكرة نسبياً التي تستند في وجودها الى مصنفات أصلية يستعين مؤلفيها ببعض الافكار أو الموضوعات التي عرض لها مؤلفي المصنفات الاصلية، فالاصالة هي أن يبذل المؤلف مجهوداً ذهنياً يضيف على مصنفه طابعه الشخصي بحيث تكسبه التميز والتفرد عن غيره، وعلى العموم فإن الحماية التشريعية التي تعرضنا لوجه مختلفة منها في بحثنا تبرز عندما يتعاقد المؤلف على نشر مصنفه، فتلك الحماية دفعت الفقه الى شجب استعمال وسائل التنفيذ العيني الجبري ضد المؤلف الممتنع عن تنفيذ التزامه بوضع المصنف او اكماله بما في ذلك الغرامة التهديدية بأعتبار أن الاكراه يتقاطع مع الابتكارات التي تلبى حاجات المجتمع من التطور والرقى، ومع ذلك فإن المؤلف لا يستطيع أن يقف وراء سائر الحماية التشريعية الخاصة بالمؤلفين لتبرير أمتناعه عن وضع المصنف المتعاقد عليه في كل الأحوال، ولا سيما أن الحق الادبي للمؤلف بأعتباره الاساس الموجب لتلك الحماية لا يولد الا بعد أن تبدأ ملامح المصنف المادية بالظهور حتى لو لم يكتمل بشكله النهائي.

وعليه يكون المؤلف قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ان لم تكن هناك مبررات أدبية أو فنية جدية تقف وراء امتناعه عن تنفيذ التزامه تجاه المتعاقد الاخر .

وأذا كان المؤلف قد شرع في وضع مصنفه فإن سلطته في تقرير نشر المصنف التي يخولها له حقه الادبي تمكنه من الامتناع عن اتمام المصنف حتى لو رضى المتعاقد الاخر ان يحصل بحالته، ولا يكون امامه الا المطالبة بالفسخ او التعويض ان كان له مقتضى .

وحيث أن للمؤلف وحده له الحق بتقرير نشر مصنفه فقد يتغير رأي المؤلف وقناعته بما صدر عنه فيعدل عن اكماله بل وتسليمه للمتعاقد الاخر، أذن فالحق الادبي للمؤلف يخوله سلطة الامتناع عن تسليم

١ - عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربى - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - مطبعة القاهرة - ١٩٨٨ - ص ٩٨٩ .

المصنف كونه صاحب العمل، وبذلك لا يستطيع دائنه ان يتخذ حياله اية وسيلة لجبره، فهو الوحيد الذي له أن يقتنع بعمله وان يقرر تسليمه.

وانطلاقاً من ضرورة قناعة المؤلف بنتاجه الذهني يكون له الحق في تعديل مصنفه حتى لو كان قد أخذ قراره بنشر المصنف، ومع أن التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف العراقي نصت على حق المؤلف في منع الغير من اجراء تعديل اوتبديل المصنف واستنادا الى مفهوم المخالفة فأن المؤلف هو من يملك صلاحية ممارسة هذا الحق.

مع ملاحظة بانه اذا كانت التعديلات المذكورة جوهرية وتجعل من المصنف مختلف تماماً عن الاصل المتفق عليه التي يمكن معها للمتعاقد الاخر الحق في الفسخ والتعويض او تحميل المؤلف كافة النفقات المترتبة على هذا التعديل وتحقيقاً للتوازن بين الحماية التشريعية الخاصة وبين القواعد العامة التي تحكم التنفيذ العيني الجبري للالتزامات فانه لايمكن للمؤلف سحب مصنفه من التداول لغرض تعديله بعد تسليمه للطرف الاخر الا بتوافر شروط أهمها واولها وجود أسباب أدبية خطيرة تدعو المؤلف الى ذلك. ومع توافر تلك الشروط التي تتطلبها تشريعات حماية حق المؤلف الا انها لا تنكر مسالة أخلال المؤلف بالتزامه بدليل انها تلزمه بتعويض الطرف الاخر.

المصادر

أولاً - المصادر القانونية

- ١) د. اشرف وفاء - تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٩.
- ٢) د. انور سلطان - احكام الالتزام - الموجز في النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة في القوانين المصرية واللبنانية - منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٩٤.
- ٣) د جمال الكردي - حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية- الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٢.
- ٤) د. جمال هارون - الحماية المدنية للحق الادبي للمؤلف في التشريع الاردني - الطبعة الاولى - دار الثقافة والنشر - عمان ٢٠٠٦.
- ٥) د. سهيل حسين الفتلاوي - حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي - دراسة مقارنة - وزارة الثقافة والفنون - ١٩٨٧.
- ٦) د. عادل جبيري محمد حبيب - التنفيذ العيني للالتزامات العقدية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية.
- ٧) د. عبد رشيد مامون - الحق الادبي للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقها - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧.
- ٨) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - الطبعة الثانية - ١٩٦٤.

- (٩) د. عبد المنعم فرج الصدة - محاضرات في القانون المدني (آثار العقد وإنحلاله) - معهد الدراسات العربية - مطبعة السعادة - القاهرة - بدون سنة طبع.
- (١٠) عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - مطبعة القاهرة - ١٩٨٨.
- (١١) د. عصمت عبد المجيد بكر ود. صبري محمد خاطر - الحماية القانونية للملكية الفكرية - الطبعة الاولى - بيت الحكمة - بغداد - ٢٠٠١.
- (١٢) د. محمد حسام محمود لطفي - المرجع العملي في الملكية الادبية والفنية - الكتاب الثالث - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٦.
- (١٣) د. محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة - الطبعة الاولى - المكتب المصري الحديث - ٢٠٠٢.
- (١٤) د. محمد فريد محمود عزت - نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الاسلامية - جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية - ١٩٩٢.
- (١٥) د. محمد كامل عبد العزيز - الوجيز في النظرية الحق امكتبة وهبة.
- (١٦) د. مجود جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية - الطبعة الثانية - الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية - القاهرة - ١٩٦٩.
- (١٧) د. نوري حمد خاطر - قراءة في قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ - بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - المجلد الثاني عشر - العدد الاول - ١٩٩٧.

ثانيا- التشريعات والاتفاقيات

- (١) قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١.
- (٢) قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.
- (٣) قانون الملكية الفكرية المصرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.
- (٤) قانون حماية حق المؤلف المصري الملغي رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٤٥.
- (٥) قانون حق المؤلف الجزائري رقم ١٠ لسنة ١٩٩٧.
- (٦) الاتفاقيات العربية لحقوق المؤلف المنعقد في العراق - بغداد - نوفمبر ١٩٨١.
- (٧) الاتفاقيات بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية | النص الرسمي باللغة العربية الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية | جنيف - ١٩٩٦.

أوامر الرئيس الإداري إلى مرؤوسيه

أ.م.د. علي احمد حسن اللهيبي
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

إلى جوار سلطات التخطيط والتنظيم، تثبت للرئيس الإداري سلطة أخرى هي سلطة إصدار الأوامر إلى مرؤوسيه، وهي سلطة على درجة كبيرة من الأهمية كونها تمثل اختيار أفضل الحلول التي يقدمها الرئيس الإداري في سبيل تحقيق هدف الإدارة المتمثل في إشباع الحاجات العامة، كما أنها تعد اختباراً حقيقياً لكفاءته وقدرته على تحمل المسؤولية والبت في الأمور، فضلاً عن أنها إحدى أدوات الاتصال التي تسير من أعلى (الرئيس الإداري) إلى أسفل (المرؤوس)، وهذا ما يجعلها وسيلة لتدفق المعلومات من الرئيس الإداري إلى المرؤوسين مما يوفر لهؤلاء صورة شاملة عن الإدارة العاملين فيها، والسياسة الإدارية التي تسير الأمور في ضوئها مما يحقق انسجام العمل داخل هذه الإدارة، وصولاً إلى تحقيق هدفها.

مشكلة البحث : إلا أن المشكلة التي تبرز في هذه الأوامر انه ليس هنالك نظام قانوني واضح المعالم يحكمها، ومرد ذلك هو اختلافها وتنوعها إلى درجة كبيرة مع صعوبة رسم حد فاصل بين كل نوع منها، حتى أدى هذا الاختلاف والتنوع إلى شبهة كبيرة حول طبيعتها وقيمتها القانونية، الأمر الذي انعكس على موقف القضاء الإداري منها بحيث تفاوتت مواقفه منها في الزمان الواحد بين دولة وأخرى، أو في المكان الواحد من زمن لآخر.

أهداف البحث : وإزاء هذه المشاكل التي تكتنف الأوامر الصادرة من الرئيس الإداري إلى مرؤوسيه، جعلناها محلاً لدراستنا مبنين منها الوصول إلى الأهداف الآتية.

١. الوقوف على أنواع الأوامر الرئاسية، مع تبيان القواعد القانونية التي تحكمها، وصولاً إلى إجماع النظام القانوني لها .

٢. تحديد القيمة القانونية لهذه الأوامر سواء من ناحية الرئيس الإداري الذي أصدرها أم من ناحية المرؤوس المسؤول عن تنفيذها.

٣. تحديد موقف القضاء الإداري من بسط رقابته عليها.

أهمية البحث: وللبحث في أوامر الرئيس الإداري أهمية تبرز في تغطيته لموضوع لم يجر بحثه بكامل تفاصيله في العراق، إذ يجري التركيز عادة على دراسة الأوامر التي تكتسب وصف القرار الإداري فقط، كما أن الوقوف على تفاصيل هذه الأوامر سواء للرئيس الإداري أم المرؤوس سيكون له الأثر البارز في تحقيق

فاعلية القيادة الإدارية وضمان نجاحها في تحقيق هدف الإدارة، كما يساعد القضاء الإداري في العراق على رسم سياسة مستقرة في ما يقبل الطعن بها أمامه إذ باستقراء أحكامه المختلفة نجد غياب الموقف الموحد له من هذه الأوامر.

منهج البحث : وسنتخذ من المنهج المقارن سبيلاً في بحثنا هذا، بما يتيح لنا التعمق والدقة فيه عبر مقارنة القانون العراقي مع قوانين دول أخرى، هي فرنسا ومصر، وبالتأكيد يفهم القانون بالمعنى الواسع هنا مشتقاً على أحكام القضاء الإداري بوصفه قضاء إنشائياً.

تقسيم البحث : وسنقسم بحثنا هذا على مقدمة وأربعة مباحث، الأول منها سنفرده لتعريف الأوامر الصادرة من الرئيس الإداري وبيان أهميتها، في حين سندرس في الثاني أنواع تلك الأوامر، والثالث سنتناول فيه القيمة القانونية لهذه الأوامر، أما الرابع فسنبحث فيه الرقابة القضائية على الأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري. وعمدنا إلى تضمين بحثنا بخاتمة اشتملت النتائج المستخلصة من موضوع البحث فضلاً عن المقترحات بصده.

وبعد، فهذا جهدنا الذي بذلناه فإذا وفقنا فيه فالحمد لله على ما انعم، وأما إذا أخفقنا فحسبنا أن نقول (وفوق كل ذي علم عليم)، وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

المقصود بالأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري وشروطها

إن الوقوف على الأحكام القانونية للأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري يستلزم بادئ ذي بدء الإحاطة بالمقصود منها، ثم تبيان شروطها على مستوى العمل الوظيفي، لذا سنتولى في هذا المبحث بيان المقصود بتلك الأوامر، وتوضيح شروطها، طبقاً للمطلبين الآتيين.

المطلب الأول - المقصود بالأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري

الأمر لغة : هو طلب فعل شيء أو إنشائه (١)، أو طلب حصول الفعل من المخاطب على وجه الاستعلاء والإلزام، وله أربع صيغ هي، فعل الأمر مثل (اكتب واقرأ)، والمضارع المجزوم بلام الأمر مثل (ليكتب كاتب بالعدل)، واسم فعل الأمر مثل (هلموا إلى العمل)، وقد تخرج صيغ الأمر عن معناها (الإيجاب والإلزام) إلى معان أخرى كالدعاء والالتماس والتمني والإرشاد والتهديد... الخ (٢).

الأمر اصطلاحاً : أما عن المقصود بالأمر اصطلاحاً فنجد العديد من التعريفات قد قدمت له على مستوى الفقه والقضاء، ففي فرنسا عرفها الفقيه (Vincent) بأنه " إلزام من الرئيس إلى مرؤوسيه يحمل طابع القهر " (٣)، ويؤخذ على هذا التعريف انه أضفى على جميع الأوامر طابع القهر في حين أن هنالك من الأوامر تقوم على النصح والإرشاد (٤)، وفي مصر عرفها الدكتور حسن محمد عواضه انه " عبارة عن تدابير احترازية تقتضيها مصلحة الإدارة وضروريات العمل " (٥)، ويعاب هذا التعريف من ناحية إغفاله ذكر الجهة

التي يصدر منها التدبير والجهة المخاطبة به، أما من العراق فنورد تعريف الدكتور مازن ليلو راضي الذي قال عنه انه " توجيه من الرئيس إلى مرؤوسه يقتضي القيام بعمل أو الامتناع عنه سواء أكان هذا التوجيه خطيا أم شفويا " (٦)، وينتقد هذا التعريف أيضا من ناحية إمكانية أن ترقى الأوامر الصادرة من الرئيس الإداري لتعد من القرارات الإداري وليست مجرد توجيهات.

أما على مستوى القضاء الإداري فان مجلس الدولة الفرنسي وصف الأوامر على أنها " تلك التدابير التي يتخذها الرئيس ولا تقبل دعوى الإبطال في صدها، ولا تمس بحقوق الموظفين أو بوضعهم القانوني أو بالامتيازات التي يتمتعون بها ولا تكون لها نتائج مالية بالنسبة لهم " (٧)، ويلحظ على هذا التعريف تركيزه على الآثار القانونية التي يخلفها الأمر أكثر من تركيزه على ماهيتها، فضلا عن أن من الأوامر ما يعد من القرارات الإدارية بالنظر إلى الآثار القانونية التي تخلفها في المراكز القانونية للمخاطبين بها، وبالنسبة إلى محكمة القضاء الإداري في مصر فإنها تبنت تعريفا للأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري يرادف القرار الإداري إذ جاء فيه " أن الأمر أو القرار الإداري هو كل إفصاح من جانب الإدارة العامة يصدر صراحة أو ضمنا من إدارة هذه المصلحة في أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة قانونا، في حدود المجال الإداري، ويقصد منه إحداث اثر قانوني، ويتخذ صفة تنفيذية، والأمر أو القرار الإداري على خلاف القوانين أو اللوائح يتم أو يحدث أثره القانوني بمجرد صدوره، وتتوفر له القوة التنفيذية بغير حاجة إلى إعلان أو نشر، اللهم إلا إذا كان الإعلان أو النشر عنصرا أساسيا في كيانه ووجوده " (٨)، وموقف القضاء الإداري في العراق لا يختلف عن موقف القضاء الإداري في مصر إذ يستعمل كثيرا - بالنسبة إلى محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين . مصطلح الأمر كمرادف لمصطلح القرار الإداري (٩).

وبناء على ما تقدم يمكننا تعريف الأمر محل دراستنا بأنه (طلب الرئيس شفاهة أو كتابة من مرؤوسيه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، مستهدفا منه تحقيق مصلحة المرفق العام).

ويمكن إيراد التوضيحات الآتية حول هذا التعريف:

١. أن الطلب هنا سيعطي في معناه الأوامر التي ترتب أثارا قانونية في المراكز القانونية للمخاطبين بها لذا تكتسب وصف القرار الإداري، وتلك التي لا ترتب أثارا قانونية، إذ قد توجه على سبيل النصح والإرشاد، لذا تكتسب وصف العمل المادي.

٢. أن مسار هذا الطلب هو من الرئيس إلى المرؤوس طبقا للسلم الإداري وبالتالي ستخرج من نطاق الأوامر الخطابية التي تكون بين مستويات إدارية متماثلة، أو من مستو أدنى إلى أعلى أو حتى من أعلى إلى أدنى إلا أن الأخير لا يندرج على السلم الإداري ذاته الذي يندرج عليه الأول أي لا توجد بين الأخير وصاحب الطلب التبعية الإدارية (١٠).

٣. ينبغي أن يستهدف من الطلب تحقيق مصلحة المرفق العام (١١)، وبالتالي تخرج من الأوامر الطلبات التي يوجهها الرئيس إلى المرؤوس التي لا تتعلق بالمرفق العام كأن تكون طلبات خاصة.
- المطلب الثاني - الشروط الواجب مراعاتها في أوامر الرئيس الإداري**
- إذا كان أداء الأعمال العادية والطبيعية للمرفق العام يتطلب قيام الرئيس الإداري بإصدار الأوامر إلى مرؤوسيه فإن طاعتها من جانب المرؤوسين يتوقف على توافر شروط معينة ينبغي بحسب قول الفقيه الألماني (لا بند) من المرؤوس أن يتأكد من وجودها حتى يصبح تنفيذها واجبا عليه (١٢)، وهي:
١. يتعين أن يكون الأمر صادراً من شخص له الحق في إصدار هذا الأمر بالذات أي يدخل في حدود سلطته من خلال عهد القوانين أو اللوائح له إصداره ويتعين كذلك أن يكون هذا الحق معروفاً من كل الذين يتأثرون به، إذ من الضروري أن تكون هذه السلطة معروفة من جانب من سيتأثرون بها وبمناطقها الشخصي والموضوعي والمكاني والزمني (١٣).
 ٢. أن يكون الأمر الإداري سليماً من الناحية القانونية، إذ ينبغي أن لا يخالف أمر الرئيس الإداري قواعد القانون، ويفهم القانون هنا بالمعنى الواسع (١٤).
 ٣. أن يدخل تنفيذ الأمر الإداري في اختصاص من صدر إليه من المرؤوسين، ويتحدد ذلك عادة وفقاً للقوانين واللوائح، كما يجب أن يدخل في حدود قدرة المرؤوس العقلية والبدنية على التنفيذ، إذ من أراد أن تطاع أوامره فليأمر بما يستطيع (١٥)، ونورد بهذا الصدد حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الذي تقول فيه (من أهم واجبات الموظف العام أن يصدر بالأمر الصادر إليه من رئيسه ما دام متعلقاً بأعمال وظيفته وينفذه فور إبلاغه به لا أن يناقشه أو يمتنع عن تنفيذه بحجة عجزه عن القيام به) (١٦).
 ٤. يتعين أن يكون الأمر محدداً، وواضحاً، وصريحاً، وسهل الفهم من جانب المرؤوسين، إذ ينبغي في الرئيس الإداري أن يحاول قدر الامكان اختيار الالفاظ المحددة التي تعكس المعنى المراد من الأمر، فإذا كان الأمر يصدر من الرئيس بالمعنى الذي يدور في ذهنه، فينبغي أن يكون بعيداً عن الابهام والغموض بالنسبة الى المنصت (المرؤوس) الذي يقع عليه واجب التنفيذ (١٧).

المبحث الثاني

انواع الاوامر التي يصدرها الرئيس الاداري

تتنوع الاوامر التي يصدرها الرئيس الاداري بحسب طبيعتها، فهناك اوامر ترتب اثاراً في المراكز القانونية للمخاطبين بها، وهناك اوامر غير ذلك على اساس انها تخاطب المرؤوسين على سبيل التوجيه والنصح والتوضيح(١٨).

والحقيقة ليس هنالك فيصل واضح ودقيق بين ما يعد من المجموعة الاولى وما يعد من المجموعة الاخرى ما دام الفارق بينها هو مدى ما يترتب عليها من اثار قانونية، والتي في ضوءها يتحدد ان كان الامر يكتسب صفة القرار الاداري وبالتالي يقبل الطعن به امام محاكم قضاء الإداري، وبين من لا يكتسب صفة القرار الاداري وبالتالي لا يقبل الطعن به بالإلغاء(١٩).

وسنتبنى تقسيم الاوامر على اوامر لا تكتسب وصف القرار الإداري، وأوامر تكتسب هذا الوصف معياراً لتوزيع اوامر الرئيس الاداري الى مرؤوسيه، وذلك بالنظر الى النتائج التي تترتب على هذا التفريق التي ستكون محل دراستنا في القادم من بحثنا هذا.

المطلب الأول - الأوامر التي تكتسب وصف القرار الإداري

تشكل القرارات الادارية طائفة من الاوامر التي يصدرها الرئيس الاداري، وهي من اهم التصرفات القانونية التي تصدر بالإرادة المنفردة لجهة الادارة بالنظر الى ما تحدثه من اثار قانونية ملزمة تتمثل في انشاء مركز قانوني او تعديل فيه او تلغيه(٢٠).

إلا ان القرارات الادارية التي يصدرها الرئيس الاداري ليست واحدة، اذ بتمحيصها يتبين ان منها قرارات ادارية تنظيمية، وأخرى قرارات ادارية فردية، عليه سنقسم دراستنا على مطلبين، الاول سنفرده لدراسة القرارات الادارية التنظيمية التي يصدرها الرئيس الإداري والأخر سنتناول فيه القرارات الادارية الفردية التي يصدرها الرئيس الاداري.

الفرع الاول - القرارات الادارية التنظيمية التي يصدرها الرئيس الاداري

ينصرف مدلول القرارات الادارية التنظيمية الى تلك الطائفة من القرارات الادارية التي تتضمن قواعد موضوعية عامة ومجردة، تنطبق على عدد من الحالات غير محددة بذواتها، او على عدد من الافراد غير معينين بذواتهم، وتمتاز هذه القرارات بخاصية العمومية والتجريد، والثبات النسبي(٢١)، وقد وصفتها محكمة القضاء الاداري المصرية بقولها " ان القرار التنظيمي العام يولد مراكز قانونية عامة ومجردة بعكس القرار الفردي الذي ينشئ مراكز قانونياً خاصاً لفرد معين"(٢٢).

ولا تستهلك القرارات التنظيمية موضوعها بمجرد تطبيقها على حالة معينة او على فرد معين بذاته، بل تظل قابلة للتطبيق كلما نهضت شروط تطبيقها(٢٣)، ولهذه القرارات اهمية كبيرة في مساندة وتكميل القانون في تنظيم شؤون الوظيفة العامة، وفي توفير وإيجاد الشروط والظروف والعوامل اللازمة لتطبيق القانون(٢٤).

والقرارات الادارية التنظيمية في العراق تصدر من مجلس الوزراء والوزراء، فمجلس الوزراء يملك استناداً الى المادة (٨٠/ثالثاً) من دستور ٢٠٠٥ سلطة اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القانون، اما الوزراء فيملكون سلطة اصدار القرارات التنظيمية استنادا الى قوانين وزاراتهم، فقانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ النافذ نص في المادة (٥) منه على ان " الوزير هو المسؤول الاول في الوزارة عن اعمالها وتوجيه سياساتها تصدر عنه وتنفذ بإشرافه جميع القرارات والأوامر والتعليمات "(٢٥).

والذي يهمننا من هذه القرارات التنظيمية هي قرارات الوزير بوصفه يشغل اعلى السلم الاداري، اذ تعد قراراته التنظيمية اهم القرارات الرئاسية في اعين الموظفين بالنظر الى قيمتها القانونية ومكانتها وسط سلم القواعد القانونية، فضلا عن سمو مكانته في السلم الإداري كما ان الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في العراق اعترفت لهذه القرارات بوصف التشريعات بالنظر الى عموميتها وتجريدها اذ تقول في احد قراراتها على ان " تعبير التشريعات المنصوص عليها من قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ هو مرادف لتعبير القانون وينصرف الى القوانين والأوامر والأنظمة والتعليمات التي يتولى المجلس اعدادها وصياغتها وتدقيقها وفقا لما قضت عليه المادة (٥) من قانون المجلس"(٢٦).

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي في قضية JAMRT للوزير بحق اصدار اللوائح المتعلقة بتنظيم الادارات التابعة له، مثله في ذلك مثل كل رئيس في مرفقه دون حاجة الى نص تشريعي خاص(٢٧).
ومما تجدر الاشارة اليه ان قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل اوجب نشر القرارات التنظيمية في جريدة الوقائع العراقية، اذ حددت المادة الثانية منه ما ينشر في جريدة الوقائع بالاتي:
١.القوانين/٢. نصوص المعاهدات والاتفاقيات /٣. الانظمة/٤. المراسيم الجمهورية/٥. الانظمة الداخلية والتعليمات... .

الفرع الثاني - القرارات الادارية الفردية

يقصد بالقرارات الادارية الفردية هي تلك القرارات التي تخاطب فرد او مجموعة من الافراد بذواتهم وليس بصفاتهم (٢٨)، وتحدد حالات بذاتها وليس بأوصافها، بمعنى اخر انها تتناول الافراد والحالات بذواتهم او بذاتها ولا تتناولهم بصفاتهم او صفاتها(٢٩).

وهكذا تنشئ هذه القرارات مراكز قانونية خاصة بحالات فردية تتصل بفرد أو أفراداً معينين بذواتهم، وتستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة (٣٠).

وتشكل القرارات الادارية الفردية طائفة كبيرة من اعمال الادارة القانونية المتعلقة بشؤون الوظيفة العامة مثل قرارات التنسيب (الانتداب) والنقل والإعارة، ويختص الوزير . كقاعدة عامة . بإصدارها مع امكانية ان تصدر من مستويات ادنى ضمن السلم الاداري استناداً الى ما يفوضه الوزير اليها من صلاحيات(٣١).

وسلطة اصدار القرارات التنفيذية هو في حقيقته ممارسة فعلية للوظيفة التنفيذية التي تتضمن تطبيق القانون على الحالات الفردية والخاصة (٣٢).

المطلب الثاني - الاوامر التي لا تكتسب وصف القرار الاداري

يتخذ فقهاء القانون الاداري من مدى ترتيب تصرف الادارة للأثر القانوني معياراً للتمييز بين نوعين من تصرفات الإدارة الأولى هي التصرفات القانونية التي تحدث اثاراً قانونية في المراكز القانونية من ناحية انشائها او تعديلها او إلغائها، والتصرفات المادية التي . كقاعدة عامة . لا تحدث اثاراً قانونية، ومن هذه الاخيرة طائفة من اوامر الرئيس الاداري التي يصطلح عليها الفقه بإجراءات التنظيم الداخلي (**MESURES D'ORDRE INTERIEUR**) التي تتنوع بحسب الغاية منها الى انواع عديدة نبينها بحسب الآتي:

الفرع الاول - التعليمات

عرف الفقيه الفرنسي (DUFOR) التعليمات بأنها " الاوامر التي يكون الهدف منها تبصرة المرؤوسين بالروح التي يمارسون بها الاعمال المطلوبة في ظروف متوقعة وغير متوقعة " (٣٣)، في حين عرفها الدكتور فؤاد العطار على انها " الاوامر التي تصدر الى موظف معين شفوية او كتابية " (٣٤)، والتعليمات تعد ثمرة السلطة الرئاسية، اذ يصدرها الرؤساء الى مرؤوسيههم بهدف تبصرتهم وتوجيههم نحو اداء واجباتهم على نحو أفضل وهي لا تؤثر في المراكز القانونية للموظفين المخاطبين بها، وان يمكن تصور . على سبيل الاستثناء . تأثيرها في مراكز الافراد مثل التعليمات التي تصدر الى الموظفين بوجوب تفتيش حقائب الداخلين من الأفراد، اذ ولو كانت موجهة الى الموظفين إلا انها تؤثر في الافراد (٣٥)، وفي هذا الصدد يقول مجلس الدولة الفرنسي " ان اجراءات التنظيم الداخلي لا يمكن ان تسبب ضرراً للغير، اي لا يكون لها اثر قانوني، وبالتالي فأنها لا يمكن ان تكون محلاً لدعوى الإلغاء (٣٦)، وهو ما صرحت به محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها " التعليمات الداخلية لا تقوى على ترتيب حقوق اكثر او بالمخالفة لما ترتبه القوانين ". وتتنوع هذه التعليمات الى الآتي (٣٧):

١. التعليمات الشارحة : التي يقوم الرئيس من خلالها بتوضيح مسألة غامضة.
٢. التعليمات الناصحة : التي يقوم الرئيس من خلالها بإبداء الرأي في مسألة معينة وذلك على سبيل النصح.
٣. التعليمات الأمرة : المتضمنة امراً للرئيس الاداري تجب على المرؤوسين طاعته.
٤. التعليمات المقررة : المتضمنة تأكيد الرئيس على تنفيذ امر سبق صدوره.

اما عن القيمة القانونية لهذه التعليمات فلا خلاف بين الفقه الاداري على عدها من الاعمال المادية، إلا ان الخلاف يثور حول التزام المرؤوسين بطاعتها، فمن الفقه من يقول ان طاعتها واجبة على الموظفين بحيث يشكل عدم الالتزام بها مسؤوليتهم الانضباطية، ورأي ثاني يقول ان دور هذه التعليمات هو تقديم النصح

والإرشاد، وبالتالي لا تشريب على الموظفين ان لم يلتزموا بها، ورأي ثالث نرجحه يذهب الى التفريق بين التعليمات الملزمة والتعليمات غير الملزمة، ويستدل على الاولى من صيغة الامر نفسه او من طبيعته، وفيما عدا ذلك تكون من النوع الاخر (٣٨).

وفي العراق يقر فقه القانون الاداري فيه بقدرة الرؤساء الاداريين على اصدار اجراءات التنظيم الداخلي المختلفة بما فيها التعليمات، وذلك بقصد تنظيم عمل الادارة وتحديد وسائل عملها ونشاطها، وهي من هذا الوجه لا تتناول نشاط الافراد ولا تتعرض لحررياتهم وأموالهم بطريق مباشر، لذلك لا يقبل الطعن او الاعتراض بها ما دامت قواعد مجردة لم تخرج الى نطاق التنفيذ (٣٩).

وينبغي عدم الخلط بين التعليمات محل الدراسة هنا وبين مصطلح التعليمات الذي يطلق في العراق على نوع من انواع القرارات التنظيمية التي تمثل قواعد عامة لتنظيم طريقة تنفيذ القانون، وان الغرض من اصدارها هو تسهيل تنفيذ القوانين، ذلك ان النصوص الدستورية والقوانين في العراق اطلقت اوصافا عديدة على القرارات التنظيمية، فهي تارة تسمى بالأنظمة، وتارة بالتعليمات.

الفرع الثاني - المنشورات المصلحية

تمثل المنشورات المصلحية اداة توصيل المعلومات من الادارات الرئيسية الى الادارات الفرعية والعاملين فيها، او من الرؤساء الى المرؤوسين لإعلامهم بالتفسيرات المناسبة اعطاؤها للنصوص القانونية، والسياسة التي ينبغي اتباعها بالنسبة الى شؤون العمل، بقصد التوضيح والإرشاد وإقامة التوافق والتناسق في اعمال المرفق وتتسم هذه المنشورات بطابع العمومية (٤٠)، كما انها تكون مكتوبة، وتصدر عادة بصفة دورية (٤١). وتتميز المنشورات المصلحية من التعليمات السابق بحثها بالاتي (٤٢):

١. ان المنشورات المصلحية هي في حقيقتها اوامر مكتوبة، بينما التعليمات قد تكون مكتوبة او شفوية.
 ٢. عادة تكون المنشورات المصلحية دورية، بينما لا يصدق هذا القول على التعليمات.
 ٣. المنشورات . كقاعدة عامة . لا تحمل طابع الإلزام، بخلاف التعليمات التي تكون ذات طابع قهري.
- والنشر المصلحية رغم ان وظيفتها هي التوضيح والتذكير وتفسير القوانين، إلا انها قد تتجاوز ذلك لتفرض قواعد جديدة تشكل اضافة الى النصوص القانونية او مكملة لها تأخذ وصف المنشورات اللائحية مع ما يستتبع ذلك من حق اصحاب العلاقة في الطعن فيها، والمطالبة بإلغائها (٤٣).

والمعيار الراجح للتمييز بين المنشورات التفسيرية والمنشورات اللائحية يقوم على تمحيص مضمون المنشور والتعرف على قصد من قام باتخاذها، فاذا كان المنشور يحتوي على تفسير لنصوص قانونية فهو منشور تفسيري، وإذا كان اضافة الى النص القانوني كان عندئذ منشور لائحي (٤٤).

الفرع الثالث - الاعمال الداخلية ذات النماذج ومذكرات الخدمة المرفقية

أولاً: الاعمال الداخلية ذات النماذج : وتتمثل هذه الاوامر في قيام الرئيس الاداري بإعداد نماذج لقرارات او تصرفات ادارية لكي يتبعها المرؤوسين في بعض التصرفات والأعمال التي يباشرونها، ومن هذا القبيل اللوائح النموذجية، ونماذج العقود وبعض الانظمة الاخرى التي قد تحتاج اليها الادارة في العمل، وهذه الاعمال النموذجية قد تكون الزامية وقد لا تكون كذلك وفي هذه الحالة يعد النموذج بمثابة مرشد يقترحه الرئيس الاداري(٤٥).

وذاع الاخذ بالنماذج في العصر الحديث في علاقة السلطات الرئاسية بالنسبة للهيئات التابعة لها او بالنسبة الى مرؤوسيه حتى ان هنالك من الفقه عددا من الملامح الرئيسة لتطوير العلاقات الرئاسية في الادارة المعاصرة(٤٦).

وفي العراق تنهض الاعمال الداخلية النموذجية بجانب كبير من الاهمية في العمل، مثال ذلك النماذج الخاصة بطلب الاجازات والترقيات الوظيفية، مع ملاحظة ان الكثير من هذه النماذج يقوم بإعدادها الموظفين المختصين وليس رؤساءهم ولكن بالطبع بعد موافقتهم على هذه النماذج.

ثانياً مذكرات الخدمة المرفقية : عرفت هذه المذكرات بأنها الملاحظات المكتوبة التي يبيدها الرؤساء بخصوص اعمال مرؤوسيهم التي تتضمن توجيهها لهم في اعمالهم او تصرفاتهم(٤٧).

وتبرز هذه المذكرات بشكل خاص في تنبيه الرئيس للمرؤوس على ما يقع منه من أخطاء او عندما يرى مستوى اداءه اقل من المستوى العادي، اذ تكون اكثر نجاعة مع بعض الموظفين من الالتجاء الى نظام التأديب ولا سيما اذا كان الموظف حديث العهد بالوظيفة العامة او يستجيب للتوجيه، او كانت اخطاؤه غير عمدية(٤٨).

وقد وردت اشارة الى هذا النوع من الاوامر في المادة (٢٩) من قانون العاملين في الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ المصري(٤٩)، كما ان احكام القضاء الاداري في العراق تؤكد باستمرار على حق الادارة في توجيه العاملين لديها وتبنيهم، مع ملاحظة ان القضاء الاداري في فرنسا ومصر والعراق مستقر على ان هذه المذكرات لا يترتب عليها اي اثر قانوني فهي ليست من العقوبات الانضباطية، وبالتالي لا يقبل الطعن بها بدعوى الالغاء امام محاكم القضاء الاداري.

المبحث الثالث

القيمة القانونية لأوامر الرئيس الإداري

اذا كانت اوامر الرئيس الاداري موجهة الى مرؤوسيه، فمن الضروري ان نحيط علما بما تشكله هذه الاوامر من قيمة بالنسبة الى المرؤوسين والى الرئيس نفسه،،وسيكون ذلك من خلال المطالب الاتية:

المطلب الاول - قيمة الاوامر للمرؤوسين

يتقيد المرؤوس في عمله بالأوامر الصادرة اليه من رئيسه استنادا الى واجب الطاعة الذي يعد امرا مفروضا تمليه طبيعة الوظيفة العامة وضرورة القيام بأعبائها، إلا ان هذه الطاعة مقصورة على ما يتعلق بالعمل ولا تمتد خارجه، مثل الحياة الخاصة للموظف(٥٠).

ويضمن هذه الصفة الامرة تلك السلطة الانضباطية الممنوحة للرؤساء التي تخولهم توقيع العقوبات الانضباطية على من يخل منهم بواجب الطاعة(٥١).

ولقد حرصت التشريعات الوظيفية على تضمين هذا الواجب ضمن نصوصها، فقد اكد قانون التوظيف الفرنسي رقم ٦٣٤ في ١٣ تموز ١٩٨٣ في المادة (٢٦) منه على ضرورة الامتثال لجميع التعليمات الصادرة من الرئيس الاداري الى موظفيه، حتى لو كانت هذه الاوامر غير قانونية، إلا اذا كان من شأنها ان تهدد المصلحة العامة تهديدا جسيماً، وكذلك ما نصت عليه المادة ٨/٧٦ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ المصري بالقول " أن ينفذ ما يصدر اليه من أوامر بدقة وأمانة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها "، وأيضاً ما اورده المادة ٤ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ العراقي التي اوجبت على الموظف " احترام رؤسائه والتزام الادب واللياقة في مخاطبتهم وإطاعة اوامره المتعلقة بأداء واجباته في حدود ما تقضي به القوانين والأنظمة والتعليمات .. .

إلا انه ليس كل ما يصدر من الرئيس الاداري هو واجب التنفيذ من المرؤوسين، ذلك ان هنالك من الاوامر تتخذ طابع التوجيهات التي يوجهها الرئيس الى المرؤوسين بهدف ارشادهم وتبصيرهم وتقديم النصح لهم ورفع الروح المعنوية لديهم (٥٢)، دون ان تكون لهذه الاوامر صفة الزامية تجاه المرؤوسين، بمعنى اخر لا تتعدد مسؤولية المرؤوس اذا اعرض عن الامتثال لتلك التوجيهات(٥٣)، وتطبيقاً لذلك انتهى مجلس الدولة الفرنسي الى عدم قبول الطعن الذي اقامه بعض الموظفين ازاء بعض الاوامر الرئاسية تأسيساً على انها لم تتضمن الصفة الامرة التي توجد عادة في القرارات(٥٤)، كما ان المحكمة الادارية العليا في مصر قضت في حكمها الصادر في ١٩٧٤/٢/٢٤ " ان التوجيهات الصادرة من رئيس الوزراء، هي توجيهات ادارية لا ترقى الى مرتبة القانون ولا تشكل قيوداً على حرية الادارة في اجراء الترقيات ما دامت مطابقة للقانون "(٥٥).

اما عن كيفية التفريق بين ما يعد واجب التنفيذ وما يعد غير ذلك، فيقدم بعض الفقه الاداري شرطين ينبغي توافرها لعد الاوامر واجبة التنفيذ، هما قيام صلة المرؤوس بالرئيس، وقصد الرئيس الاداري في اصدار امر ملزم(٥٦).

إلا ان اساس هذا التفريق ينتقد من ناحية ان الشرط الثاني يثير صعوبات في البحث عن قصد الرئيس، وبالتالي يعطي فرصة التحكم للمرؤوسين، لذا يذهب عدد من الفقهاء الى القول بالاكْتفاء بدلالة الصيغة على وجوب الأمر، والتي يمكن استخلاصها من نصوصه كأن يتصدر الامر الرئاسي عبارة (ينفذ بكل دقة) او (يحضر على الموظف) او (يطلب مراعاة ..)(٥٧).

ومما تجدر الإشارة اليه ان تنفيذ المرؤوس للأوامر الموجهة اليه من رؤسائه لا يعني بأي حال القضاء على شخصيته او سلبه اراءه، اذ يستطيع مناقشة رئيسه فيما يراه يخدم مصلحة المرفق العام(٥٨)، وهذا ما اكدته محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها " لا تثريب على الموظف ان كان معتدا بنفسه واتقا من ملائمة نظره، شجاعا في ابداء رأيه صريحا في ذلك امام رئيسه لا يداور ولا يرائي، ما دام لم يجانب ما تقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار وما تستوجب علاقته برئيسه من التزام حدود الآداب واللياقة وحسن السلوك، اذ الصراحة في ابداء الرأي بما فيه وجه المصلحة العامة مطلوبة حتى لا تضيع تلك المصلحة في تلافي المصانعة والرياء وتتلاشى بعوامل الجبن والاستحياء، كما لا يضير الموظف ان تكون له وجهة نظر معينة في المسألة التي يدافع عنها ويجتهد في اقناع رئيسه بالأخذ بها ما دام يفعل ذلك بحسن نية في سبيل المصلحة العامة ...، وإنما ليس له ان يخالف ما استقر رأي الرئيس عليه نهائيا او يقيم العراقيل في سبيل تنفيذه، اذ اصبحت الطاعة واجبة بعد ان خرجت المسألة من دور البحث الى دور التنفيذ"(٥٩).

المطلب الثاني - قيمة الأوامر بالنسبة إلى الرئيس

اذا كانت غاية التنظيم الداخلي للمرفق العام هو كفالة استمرار سيره باستمرار وانتظام، وتيسير اداء الموظفين لمهامهم، فان مقتضى ذلك تمكين الرئيس الاداري من اصدار الاوامر لمؤوسيه التي عبرها يستطيع تحقيق مواكبة التطورات والمواقف غير المتوقعة التي لا يمكن التريث في مواجهتها انتظاراً لتدخل المشرع(٦٠).

وتنظيم نشاط الادارة تفصيلاً بقواعد القانون امر فوق استطاعة المشرع، لذا ينبغي بالمشرع تمكين الرئيس الاداري من التدخل حينما يجد تدخله ضرورياً، إلا ان الضرورات تقدر بقدرها وهو ما يعبر عنه بضرورة الاجراء كونه لازماً، فضلا عن انه الاصلح والأقدر على وضع الامور في نصابها، بالنظر الى خبرته وممارسته التي تكفل تحقيق الفاعلية الادارية داخل المرفق العام(٦١).

وتلتقي ممارسة الرئيس الاداري لسلطته بإصدار الاوامر مع ارادة المشرع الذي يهدف الى تحقيق المصلحة العامة من خلال كفالة انتظام العمل واستمراره في المرفق العام(٦٢)، ولكن بالتأكيد ممارسة هذه السلطة ينبغي ان يكون منسجماً مع القوانين واللوائح، اذ هنالك ضمانات غايتها التصدي لخروج اوامر الرئيس الاداري عن مسارها الصحيح سواء بإمكانية الطعن بها بالإلغاء في حالة اكتسابها صفة العمل القانوني(القرار الاداري)، او بإثارة مسؤوليته المدنية اذا ما كانت الاوامر مجرد اعمال مادية، بل حتى يمكن ان تثار مسؤوليته الانضباطية امام رؤسائه اذا كانت تشكل هذه الاوامر مخالفات انضباطية(٦٣).

ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو حول قدرة الرئيس الاداري في تعديل المنشورات والتعليمات وغيرها، التي سبق له اصدارها.

ان التطور المستمر في الحياة الادارية نتيجة لما يطرأ من تطورات في شتى المجالات، جعل من الضروري ضمان حق الرئيس الاداري في ان يتدخل، ويدخل من التعديلات ما يراه مناسباً لمواجهة التطور، ولا يكون إلا اذا منحناه الحق في اصدار تعليمات وتوجيهات .. جديدة التي يرى نفعها في المجال الداخلي ولو خالف في ذلك نصوصاً سبق وان وضعها الرئيس نفسه.

ولكن ما هو اساس هذا الحق؟

يقيم عدد من فقهاء القانون الاداري اساس منح الرئيس الاداري سلطة تعديل المنشورات والتعليمات التي سبق اصدارها الى ان الاصل بالإجراءات الداخلية انها لا تصل الى علم الأفراد، فهي لا تنشر عليهم، ولا تؤثر في مراكزهم القانونية لأنها تتعلق بالتنظيم الداخلي للمرفق العام، ومن ثم يجب اعطاء الرئيس الاداري سعة من السلطة التي تسمح له بإدخال التعديلات على الاجراءات الداخلية التي يقدر ضرورتها.

على انه اذا كان الاصل العام هو جواز تعديل الرئيس الاداري لما وضعه من منشورات وتعليمات، فان هذا المبدأ ترد عليه بعض القيود حين يصدر الرئيس الاداري منشورات وتعليمات معدلة لمنشورات وتعليمات اكتسبت طبيعة القرار الاداري، اذ ان هنالك ضوابط ينبغي مراعاتها حفاظاً على الحقوق المكتسبة.

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على الأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري

اذا كانت الرقابة القضائية تشكل الضمانة الاكثر فعالية في الرقابة على ما مبدأ المشروعية، فان هذه الرقابة لا تطال اوامر الرئيس الاداري كافة، وإنما تشمل فقط ما يكتسب من هذه الاعمال صفة القرار الإداري على اساس ان القضاء الاداري في فرنسا منذ البداية حصر محل دعوى الالغاء بالقرارات الادارية فقط.

ولكن اذا كان الفيصل بين ما يخضع لرقابة القضاء الاداري وما لا يخضع، هو مدى اكتساب الامر صفة القرار الاداري، فانه ليس هنالك حداً فاصلاً بين ما يعد قرار اداري وما لا يعد كذلك بالنظر الى ما تخلفه من اثار قانونية، ولإحاطة بتفاصيل الرقابة القضائية على اوامر الرئيس الاداري، قسمنا هذا المبحث على مطلبين، الاول سنخصصه لبحت الرقابة القضائية على الاوامر التي تكتسب وصف القرار الإداري، وفي الاخر سنتناول الرقابة القضائية على الاوامر التي لا تكتسب وصف القرار الاداري.

المطلب الاول - الرقابة القضائية على الاوامر التي تكتسب وصف القرار الإداري

في ما سلف بينا ان اوامر الرئيس الاداري منها يكتسب وصف القرار الاداري بالنظر الى ما يحدثه من اثار قانونية تتصرف ارادة مصدر القرار الى احداثها سواء كانت قرارات ادارية فردية ام قرارات ادارية تنظيمية، ومنها غير ذلك لأنها لا تحدث اثار قانونية او انها تنتج اثار إلا ان الارادة لا تتجه نحو احداثها.

وإذا كان مرجع نشوء دعوى الالغاء هو مجلس الدولة الفرنسي فمنذ البداية قصر الاخير نطاق هذه الدعوى على القرارات الادارية فقط بنوعها التنظيمية والفردية (٦٤)، بوصفها الوسيلة القانونية التي يمكن عبرها

التصدي للقرارات الادارية غير المشروعة الصادرة من الادارة، اما الاعمال المادية فان مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن بها استقلالا بدعوى التعويض كدعوى من دعاوي القضاء الكامل(٦٥).

وفي مصر فان المشرع المصري كان حريصاً على تحديد اختصاصات محاكم مجلس الدولة بقدر من التفصيل اذ بينت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اختصاص محاكم مجلس الدولة المصري بصورة عامة(٦٦)، ليقوم المشرع بعدها بتحديد صلاحيات كل محكمة منها، فمحكمة القضاء الاداري تختص طبقاً للمادة (١٣) من القانون بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة ١٠ عدا ما تختص به المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية ، في حين اسند الى المحاكم الادارية بموجب المادة (١٤) بالفصل في طلبات إلغاء القرارات المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً من المادة ١٠ متى كانت متعلقة بالموظفين العموميين من المستوى الثاني والمستوى الثالث ومن يعادلهم، وفي طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات، وكذلك بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والمستحقة لمن ذكروا في البند السابق أو لورثتهم، وأيضاً بالفصل في المنازعات الواردة في البند الحادي عشر من المادة ١٠ متى كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز خمسمائة جنيه، اما المحاكم التأديبية فاختصاصها يشمل بحسب المادة (١٥) تختص المحاكم التأديبية بنظر الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة في وزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الحكم المحلي والعاملين بالهيئة العامة والمؤسسات العامة، وهكذا يتبين بجلاء ان الطعن بالإلغاء امام محاكم القضاء الاداري في مصر يشمل القرارات الادارية فقط.

اما في العراق فقد رسم المشرع اختصاص محاكم القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين في قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بخصوص محاكم القضاء الاداري بينت المادة (٧/ رابعاً) من القانون اختصاصها بالنص على ان " تختص محكمة القضاء الاداري بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب ..."، في حين بينت المادة نفسها في الفقرة (تاسعاً) اختصاص محاكم قضاء الموظفين بنصها على ان " تختص محاكم قضاء الموظفين بالفصل في المسائل الآتية:

١. النظر في الدعاوي التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية او القوانين او الانظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها.
 ٢. النظر في الدعاوي التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام للطعن في العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١".
- وبإمعان النظر في هذه النصوص يمكن ان نستخلص الملاحظات الآتية:

١. ان لفظة الاوامر التي جاء ذكرها في تحديد اختصاص محكمة القضاء الاداري لا يقصد بها الاوامر التي يصدرها الرئيس الاداري بشكل عام، وإنما جاء استخدامها كمرادف للفظة القرار الاداري على اساس ان الدارج ضمن الجهات الادارية في العراق هو استخدام لفظة الامر الاداري اشارة الى القرار الاداري، لذا رغب المشرع باستخدام المصطلحين للإشارة الى حقيقة واحدة، وهذا ما يستفاد من رأي الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة اذ تقول في احدى فتاواها " ان الاوامر التي يصدرها رئيس مؤسسة الشهداء هي قرارات ادارية " (٦٧)، وموقف المشرع هذا محل انتقاد لدينا اذ نرى امكانية الاكتفاء باستخدام مصطلح القرار الاداري فقط دون مصطلح الاوامر الذي له معنى قانوني استخدمه المشرع في تحديد اختصاص الوزراء في القوانين المختلفة.

٢. ان اختصاص محاكم قضاء الموظفين يقتصر فقط على النظر في مشروعية القرارات الادارية الفردية سواء المتعلقة منها بحقوق الموظف او بالعقوبات الانضباطية الموقعة على الموظف، اما القرارات الادارية التنظيمية فيطعن فيها امام محاكم القضاء الاداري وان تعلق موضوعها بالوظيفة العامة. صفوة القول ان القضاء الاداري في العراق لا يختلف عن نظيره الفرنسي والمصري من ناحية شمول اختصاصه النظر في مشروعية القرارات الادارية فقط.

المطلب الثاني - الرقابة القضائية على الاوامر التي لا تكتسب وصف القرار الإداري

لقد بينا فيما سلف ان هنالك من الاوامر التي يصدرها الرئيس الاداري ليست بقرارات ادارية لأنها لا تنشئ مراكز قانونية او تحدث فيها التغيير او تلغيها، اذ غاية ما يبتغى منها هو تقديم النصح للموظفين او توضيح لهم سبل اداء مهامهم او تقديم تفسير القواعد القانونية لهم .. والسؤال الذي يثور هنا هو عن مدى خضوع مثل هذه الاوامر لرقابة القضاء الإداري؟.

لقد قلنا ان مجلس الدولة الفرنسي قصر اختصاصه في نظر القرارات الادارية فقط، اما اجراءات التنظيم الداخلي فان موقفه منها انه لا يقبل الطعن فيها، إلا اذا تجاوزت الاطار الاداري لها وأثرت في الحقوق التي يستمدها الموظفون من مراكزهم القانونية او اعتدى على امتيازاتهم او على مكانتهم، اذ يتغير وصفها حينئذ لتكون قرارات ادارية(٦٨).

ولكن مع ذلك لم يستقر مجلس الدولة الفرنسي على موقف واحد من هذه الأوامر، اذ نجد في حكم له انه رفض النظر في الطعن بالقرار الصادر من مديرة مدرسة بمنع ارتداء الطالبات بنطلون التزلج على الجليد إلا وقت تساقط الثلوج(٦٩)، وكذلك حكمه بعدم نظر القرار الصادر من مدير مدرسة ثانوية بوجوب ارتداء التلاميذ شارات المدرسة(٧٠)، وأيضا اعتبار القرار الصادر بتوقيع عقوبة على احد التلاميذ تدبير داخلي(٧١)، وكذلك القرار بتقييم قاضي(٧٢)، وذلك كله على اساس انها لا تؤثر في المراكز القانونية(٧٣).

ولكن في احكام اخرى ذهب المجلس الى فرض رقابته على المادة ١٣ من اللائحة الداخلية لمدرسة (MONTFERNEKIL) التي تحرم ارتداء غطاء الرأس الاسلامي داخل حرم المدرسة (٧٤)، وكذلك قرار طرد احد التلاميذ (٧٥)، وقرار الوزير بوقف استعمال خزانات محددة بعد اخلائها واحكام اقبالها (٧٦).

وفي مصر رفض القضاء الاداري فيها نظر الطعون في الاوامر التي لا يترتب عليها اثار قانونية، اذ تقول محكمة القضاء الاداري في احد احكامها ان " التعليمات الداخلية مجرد رأي لا يقبل دعوى الالغاء " (٧٧)، وكذلك قول المحكمة الادارية العليا في حكم لها " ان القضاء الاداري مستقر على ان هناك من القرارات ما يقتصر اثره على الادارة ذاتها ولا تقصد الادارة من ورائه ترتيب اثار معينة في مواجهة الأفراد، ويندرج ضمن هذه الطائفة القرارات والمنشورات والأوامر المصلحية ...، فهي موجهة الى الموظفين اصلا لا الى الافراد ولا تتضمن بالنسبة الى الافراد اي تغيير في اوضاعهم القانونية، وان مثل تلك القرارات لا تعد من القرارات الادارية بالمعنى الاداري ولا يجوز قبول الدعوى بطلب الغائها لانتفاء القرار الإداري " (٧٨)، إلا ان المحكمة ذاتها قضت في حكم اخر بان " القرار وقد حظر على تلميذات المرحلة الابتدائية ارتداء الحجاب حظرا مطلقا لا يعتبر تنفيذا سليما للقرار الوزاري الخاص بالزني المدرسي رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقرار رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤، وإنما يشكل خروجاً على هذا القرار وتجاوزاً لأحكامه، ذلك ان القرار المذكور لا يحرم اية تلميذة من تلميذات التعليم قبل الجامعي من حقها في ارتداء الحجاب ايا كانت المرحلة الدراسية التي تنتمي اليها ...، ومن ثم يكون قرار وكيل وزارة التعليم بالجيزة المطعون عليه مخالفا للقانون (٧٩) .

اما في العراق، وان قدمنا ان اختصاص محاكم القضاء الاداري فيه ينحصر بنظر مشروعية القرارات الادارية إلا ان هنالك احكام له وجدناها تجاوزت هذا الأمر، اذ قبلت فيها محكمة قضاء الموظفين النظر في تدابير داخلية لا يترتب عليها اثار قانونية، لا باعتبار ذلك خروجاً على قواعد الاختصاص بقدر ما نراه خطأ بين ما يعد قرارا اداريا وبين ما يعد تدبيراً داخلية استناداً الى مدى ما يترتب من اثار قانونية، ففي حكم للهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية تقول فيه " تحدد في نهاية كل سنة دراسية مواعيد تنظيم استمارة تقييم الاداء للتدريسيين، وهي مواعيد ملزمة للإدارة ولا يجوز تأجيل تقييم ادائهم " (٨٠)، اذ كما هو معلوم ان تقييم الاداء لا يترتب عليه أي اثر قانوني، وان كان استحقاق بعض الحقوق مثل العلاوة السنوية والترافع يتوقف عليه، كما ذهبت الهيئة العامة بصفتها التمييزية الى القول في حكم اخر " ان المدعي مدير قسم الصناعات المعدنية التابع للمديرية العامة للتنمية الصناعية وللمتطلبات العمل تم نقله الى قسم التخطيط والدراسات في المديرية نفسها، وحيث ان قرار النقل لم يتضمن المساس بالدرجة الوظيفية للمدعي او تنزيل راتبه، وحيث ان النقل بين اقسام المديرية صلاحية المدير العام، وهو سلطة تقديرية يتطلبها تنظيم عمل المرفق العام، وحيث ان الحكم المميز لم يلتزم بوجهة النظر القانونية هذه مما اخل بصحته، لذلك تقرر نقضه " (٨١).

مما تقدم يمكننا القول ان هنالك شبهة حول طبيعة التدابير الداخلية لدى كل من القضاء الاداري في فرنسا ومصر والعراق، ومرجع ذلك بحسب ما نرى هو افتقادها الى نظام قانوني يحكمها، فضلا عن ان تحديد طبيعتها يتوقف الى حد بعيد الى نية مصدرها فيما اذا قصد منها مجرد تنظيم العمل داخل المرفق العام ام اراد منها ترتيب اثار قانونية، وهذا ربما سبب اختلاف موقف القضاء الاداري منها في القضايا المتشابهة او قريبة الشبه من ناحية قبول الطعن بها على اساس انها تشكل قرار اداري، ورفض نظر الطعن بها بحجة عدم ترتيب اثار قانوني عليها او ترتيب اثر إلا انه يكون تافها، والقضاء لا يجري . بحسب وصف البعض . في النفاهه(٨٢)، وهذا القول نراه غير دقيق لان حجم الاثر لا يؤثر في طبيعة القرار الاداري، اذ ان وجود القرار الاداري يكون باكتمال اركانه الخمسة.

الخاتمة

بذلك نكون قد بلغنا نهاية بحثنا، ولم يتبق لنا سوى ايرد الاستنتاجات والمقترحات بصدده، ونبينها على

النحو الآتي:

اولا : الاستنتاجات:

١. قدمنا تعريفا لأمر الرئيس الاداري، نحسبه يتجاوز الانتقادات الى وجهة الى التعريفات المقدمة له، وهو (طلب الرئيس شفاها او كتابة من مرؤوسيه القيام بعمل او الامتناع عن عمل، مستهدفا منه تحقيق مصلحة المرفق العام).
٢. لكي تلقى هذه الاوامر الطاعة والتنفيذ من المرؤوس ينبغي مراعاة قواعد الاختصاص فيها، وعد مخالفتها للقانون، فضلاً عن تحديدها ووضوحها.
٣. تتفاوت هذه الاوامر في قيمتها القانونية فمنها من له قوة القرار الاداري، ومنها غير ذلك، اذ توجه على سبيل النصح والإرشاد والتوضيح.
٤. استناداً الى واجب الطاعة ينبغي ان يتقيد المرؤوس في عمله بأوامر الرئيس الاداري وإلا كان عرضة للمسالة الانضباطية، ومع ذلك - على سبيل الاستثناء . هنالك اوامر ليس لها هذه الصفة لأنها توجه على سبيل النصح، ولا تعارض بين صفتها هذه وتسميتها بالأوامر، ما دام في اللغة ممكن ان يخرج الامر من صيغة (الإيجاب والإلزام) إلى معان أخرى كالدعاء والالتماس والتمني والإرشاد والتهديد.
٥. لا يقبل القضاء الاداري النظر في الطعون الموجهة الى هذه الاوامر إلا ما يكتسب منها وصف القرار الاداري، ولكن مع ذلك قد يتفاوت موقفه في مدى التقرير باكتساب الامر لصفة القرار الاداري بالنظر الى مدى ما ترتبه من اثار قانونية .

ثانياً : المقترحات:

١. نقترح على المشرع العراقي اعادة صياغة نص المادة (٧/ رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بحذف لفظة الاوامر منه والاكتفاء بلفظة القرارات الادارية فقط ما دام يقصد منهما ذات المعنى، اذ من شأن الابقاء على هذه الصياغة اثاره اللبس حول مدلول لفظة الاوامر فيما اذا يراد بها القرارات الادارية او المعنى الذي درسناه لأوامر الرئيس الاداري.
٢. نقترح على المشرع شمول اختصاص محكمة قضاء الموظفين بنظر مشروعية القرارات الادارية التنظيمية المتعلقة بالوظيفة العامة وعدم قصر اختصاصها على النظر في مشروعية القرارات الادارية الفردية، وذلك كله استكمالاً لفكرة القضاء المتخصص .
٣. نقترح على المشرع العراقي تعديل تشريعات وزارات الدولة التي تحصر سلطة اصدار الاوامر والقرارات الادارية بالوزير مع منحه سلطة تخويلها، لتشمل القرارات الادارية فقط دون الاوامر على اساس ان هذه الاخيرة هي من طبيعة السلطة الرئاسية ومقتضاها حتى ان الفقه الاداري يقرر هذه السلطة للرئيس الاداري من دون الحاجة الى نص قانوني يقررها.
٤. نقترح على القضاء الاداري في العراق ان يكون له دور، عبر احكامه، في تبيان وتفصيل احكام الاوامر التي يصدرها الرئيس الإداري وذلك كله تفعيلاً لدوره الانشائي.

الهوامش

١. راغب الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، ص٢٦.
٢. السيد احمد الهاشمي، جواهر البلاغة في المعاني والبيان، المكتبة العصرية، ط١، ١٩٩١، ص٥٣.
- 3 VINCENT: LE POUVOIR DE DECISION UNILATERAL DES AUTORITES ADMINISTRATIVE. PARIS . 1966.P214
4. PAR KARIN HAMMERER. DISCRIMINATION, MESURE D'ORDRE INTERIEUR ET CHARGE DE LA PREUVE DANS LA FONCTION PUBLIQUE:WWW.VILLAGE-JUSTICE.COM/ARTICLES/DISCRIMINATION-MESURE-ORDRE.DATE 2\3\2015
٥. حسن محمد عواضة، السلطة الرئاسية، مطابع ديمو بيرس، بيروت، ١٩٧٥، ص١٤٥ .
٦. د. مازن ليلو راضي، طاعة المرؤوس لرؤسائه في نطاق الوظيفة العامة، دار قنديل، المملكة الأردنية ٢٠٠٦، ص٦٧.
٧. حكمه في ٢٥/ سبتمبر/ ١٩٩٥ اورده جهاد صفا، ابحاث في القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ١٦٨.
٨. حكمها الصادر في الدعوى ١٨ في ١٩/٣/١٩٤٧، اورده حمدي ياسين عكاشة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧، ص١٨.
- ٩ في حكم للهيئة العامة في مجلس شورى الدولة جاء فيه (.. لذا يكون قرار فرض عقوبة الانذار الصادر من المفتش العام بحق المميز عليه (المدعي) باطلاً لمخالفته قواعد الاختصاص، وحيث ان مجلس الانضباط العام قد

التزم بوجهة النظر القانونية هذه، وقضى بإلغاء الامر المطعون فيه، تقرر تصديق الحكم المميز..) حكمها المرقم ١٧٩/انضباط/٢٠٠٩ في ٢٤/٦/٢٠٠٩ مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩.

١٠. يقصد بالتبعية الادارية هو خضوع الموظف (المرؤوس) لمن يعلوه في السلم الاداري (الرئيس)، على اساس ان موظفي المصالح والإدارات المركزية سواء في العاصمة او فروعها يوزعون على السلم الاداري الذي يوجد في قاعدته صغار الموظفين لينتهي بالوزير الذي يعد الرئيس الاداري الاعلى للجهة الادارية ويمثل اعلى درجة في السلم الاداري. ويقابل التبعية الادارية السلطة الرئاسية اذا نظرنا اليها من زاوية الرئيس الاداري. عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص ٢٠٥ وما بعدها.

١١. ذلك ان النشاط العام ينبغي دائما وأبداً ان يستهدف منه تحقيق الصالح العام . د. محمد فؤاد مهنا، القانون الاداري العربي، دار المعارف، ١٩٦٣، ص ١٨.

١٢. محمد احمد الطيب هيكل، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٢٤٣.

١٣. ينظر كل من د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الادارة العامة، دار الفكر العربي، ط ٥، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٤٧/ د. حكمت موسى سلمان، طاعة الاوامر وأثرها في المسؤولية الجزائرية، ط ١، بغداد، ص ٢٨.

١٤. ويقصد بالقانون بالمعنى الواسع القواعد العامة المجردة الملزمة، وتتضمن في مجال القانون الاداري التشريع والمبادئ العامة المستقاة من احكام القضاء والعرف. د. نجيب خلف الجبوري، القانون الإداري ط ١، يادكار، السليمانية، ٢٠١٥، ص ٤٣.

١٥. محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

١٦. حكمها في ١١ ايار ١٩٦٣ اورده د. محمد عبد الحميد ابو زيد، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، ص ١٦٣.

١٧. فريدة لعبيدي، لغة الخطاب الإداري، الوسام العربي، الجزائر، ٢٠١١، ص ٦٤.

١٨. د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري ج ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ٣، عمان، ٢٠١١، ص ٤١٠.

١٩. د. حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الاداري، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ٢١٧ وما بعدها.

٢٠. د. حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الاداري، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ٢١٧ وما بعدها.

٢١. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ٥١٠.

٢٢. حكمها في الدعوى ١١٤٧/٧ق في ٢٧/٥/١٩٥٦ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

٢٣. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٨٦.

٢٤. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ٥١٠.

٢٥. وينظر كذلك المادة (٥) من قانون وزارة الصحة رقم ١٠ لسنة ١٩٨٣ التي نصت على ان الوزير " هو الرئيس الاعلى للمؤسسة والمسؤول الاول عن اعمالها وتوجيه سياستها، وتصدر باسمه القرارات والأوامر والتعليمات في كل

ما له علاقة بمهام الوزارة وتشكيلاتها وصلاحياتها وسائر شؤونها الفنية والمالية والإدارية والقانونية والتنظيمية ضمن الحدود المبينة قانوناً....".

٢٦. قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة المرقم ٢٠٠٦/١٠١ في ٢٠٠٦/١٢/١٩ اوردته صباح صادق جعفر، مجلس شورى الدولة، ط١، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٢٣٨ .

٢٧. حكمه في ١٩٢٦/٢/٧ اوردته محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

٢٨. د. محمد عبد العال السناري، اصول القانون الإداري، ص ٤٠٠.

٢٩. د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الاداري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٦، ص ١٩٥.

٣٠. د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ٤٠٠ .

٣١. تنظر المادة (٥) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم لسنة ١٩٨٨ التي تنص على ان " ١ . الوزير هو المسؤول الاول في الوزارة عن اعمالها وتوجيه سياستها تصدر عنه وتنفذ بإشرافه جميع القرارات والأوامر والتعليمات في كل ماله علاقة بمهام الوزارة وتشكيلاتها وصلاحياتها وسائر شؤونها الفنية والمالية والإدارية والتنظيمية ضمن احكام القوانين والأنظمة والتعليمات ٢ . يخول الوزير الصلاحيات الاتية : منح الاجور والمخصصات والتعويضات والمكافآت لمنتهي مركز الوزارة والجامعات وهيئة المعاهد الفنية وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات. ب ايقاف الدراسة في الجامعات او الكليات او المعاهد جزئيا كليا لمدة لا تزيد على ٦ ستة ايام. ج . تخويل بعض صلاحياته الى وكلائه ورؤساء الجامعات ورؤساء الهيئات والمديرين العامين في مركز الوزارة وفق القانون " . وتنظر كذلك المادة (٤) من قانون وزارة التربية رقم ٢٢ لسنة ٢٠١١ التي تنص على ان " اولا - الوزير هو الرئيس الأعلى للوزارة وتصدر عنه التعليمات والأنظمة الداخلية والقرارات والأوامر في كل ما له علاقة بتنفيذ مهام الوزارة و تشكيلاتها وصلاحياتها وسائر شؤونها الإدارية والمالية والفنية ضمن حدود هذا القانون وله تخويل أي من وكلاء الوزارة أو المدراء العامين فيها بعضاً من مهامه .

٣٢. د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٥٥.

33. MANDRETTE: LE SINSTRUCTION DE SUPERIEURS HIERARCHIQUES EN DROIT ADMINISTRATIF . PARIS.P27.

٣٤. د. فؤاد العطار، القانون الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٠٧.

٣٥. د. شعبان عبد الحكيم سلامة، الامر الرئاسي في القانون الاداري والفقہ الإسلامي دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط١، ٢٠١١، ص ٥٥.

36.C.E Dé.1966.SIEUR MARCHHQND ET OUTRES.R.D.P.1967.P562.

٣٧. محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

٣٨. يلحظ ان محكمة القضاء الاداري ذهبت في احد احكامها الى ان التعليمات الى يصدرها المدير العام لمصلحة المساحة هي قرارات غير ملزمة، بالتالي لا يقع على عاتق المرؤوس واجب اطاعتها، إلا ان حكمها هذا لم تصادق عليه المحكمة الادارية العليا التي بينت ان التعليمات هي بمثابة اللائحة او القاعدة القانونية واجبة الإلتباع بحيث

يتعرض من يخالفها للمسالة التأديبية. حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٠/٥/١٩٥٥ اورده د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٦٩.

٣٩. د. وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٣، ص ٤٨/ د. حامد مصطفى مبادئ القانون الاداري العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد، ١٩٦٨، ص ٢٥٣.

٤٠. د. ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٣٢.

٤١. د. عاصم احمد عجيلة، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، عالم الكتب، ط ٥، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١١٤.

٤٢. د. وهيب عياد سلامة، التدابير الداخلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٣٣.

٤٣. د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٣٢.

٤٤. محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

٤٥. حمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

٤٦. د. وهيب عياد سلامة، التدابير الداخلية، المرجع السابق، ص ٩٢.

٤٧. د. شعبان عبد الحكيم سلامة، المرجع السابق، ص ٦٣.

٤٨. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري - قضاء التأديب -، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٥٣.

٤٩. تنص المادة (٢٩) من القانون على ان " يجب إخطار العاملين الذين يرى رؤسائهم أن مستوى أدائهم أقل من مستوى الأداء العادي بأوجه النقص في هذا الأداء طبقا لنتيجة القياس الدوري للأداء أولا بأول " .

٥٠. د. مازن ليلو راضي، طاعة الرؤساء وحدودها، المرجع السابق، ص ٦٨.

٥١. محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

٥٢. د. محمد كامل ليله، الرقابة القضائية على اعمال الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٩٤١.

٥٣. محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

54. C.E.26 OCTOBRE 1956.REC.P391.

٥٥. حكمها في الطعن ١٦/٢٨٩ الصادر في ٢٤/٢/١٩٧٤ اورده د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق،

ص ١٤٩.

56. GAUDEMMENT.REMARQUES à PROPOS DES CIRCULAIRES ADMINISTRATIVES. M.STASSIONOPOULOS.1974.P561.

٥٧. د. عاصم عجيلة، المرجع السابق، ص ١٢٤.

٥٨. د. مازن ليلو راضي طاعة الرؤساء وحدودها، المرجع السابق، ص ٦٨.

٥٩. حكمها في ٢١/٦/١٩٥٠، مجلة مجلس الدولة، س ٢، ص ٦٤٦.

٦٠. د. مازن ليلو راضي، طاعة الرؤساء وحدودها، المرجع السابق، ص ٩١.

٦١. د. محمد ماهر ابو العينين، دعوى الالغاء امام القضاء الإداري، ك١، صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص١٧٢.

٦٢. د. وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص٢٥.

٦٣. محمد احمد الطيب هيكل، المرجع السابق، ص٢٥٦.

٦٤. انظر اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي بنظر دعوى تجاوز السلطة (الالغاء) بوصفه قاضي اول درجة ا، اذ تقتصر صلاحيته على النظر بصحة القرارات الادارية.

د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ك١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، بيروت، ص١٢٤.

٦٥. د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، ٢٠١٣، ص ٢٣١.

٦٦. تنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة على ان " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :

أولاً : الطعون الخاصة بانتخابات المجالس المحلية . ثانياً : المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم . ثالثاً : الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات . رابعاً : الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي . خامساً : الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية . سادساً : الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم وفقاً للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة . سابعاً : دعاوى الجنسية . ثامناً : الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي، فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل وذلك متى كان مرجع الطعن، عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة للقوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها . تاسعاً : الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية. عاشراً : طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية . حادي عشر : المنازعات الخاصة بعبود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إداري آخر. ثاني عشر : الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون . ثالث عشر : الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً . رابع عشر : سائر المنازعات الإدارية ...".

٦٧. القرار ٢٠٠٨/٤٨ في ٢٠٠٨/٥/٧ قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، وزارة العدل، ٢٠٠٨، ص١٣٩.

68. PIERRE TIFINE. DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS. QUATRIEM PARTIE. PARIS. 2013. P284.

69. C.E. CHAPON. 1954.

70. C.E. LOTE. 1938.

٧١. اورده د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، ١٩٧٠، ص٣٣٧.

72. CE, 27 janvier 1982, requête numéro 29523, Bertin.p37.

٧٣. د. عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤٨٩.

74.C.E.2 NOVEMBER 1992. M.KHEROUA.

75.C.E.19AVRIL.1952.REC.P19.

٧٦. حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٩٧/٢/٦ اورده د. عصام نعمة اسماعيل، المرجع السابق، ص ٥٠٤.
٧٧. حكمها الصادر في ١٩٥٧/١٠/١٩ اورده حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٤٨.
٧٨. حكمها الصادر في الطعن ٥١٠٢ في ١٩٩٩/٦/٢٠ اورده حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٤٩.
٧٩. حكمها في الطعن ٥٠٧ الصادر في ١٩٩٧/١٠/١٢ نقلا عن د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٣١.
٨٠. حكمها المرقم ١٤٠/انضباط/تميز/٢٠٠٩ قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، وزارة العدل، ٢٠٠٩، ص ٣٧١.
٨١. حكمها المرقم ١٨٢/انضباط/تميز/٢٠٠٨ قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، وزارة العدل، ٢٠٠٨، ص ٤٦٨.
٨٢. جهاد صفا، المرجع السابق، ص ١٦٧.

قائمة المراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية:

١. احمد الهاشمي، جواهر البلاغة في المعاني والبيان، المكتبة العصرية، ط١، ١٩٩١.
٢. د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الادارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
٣. جهاد صفا، ابحاث في القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٤. د. حامد مصطفى مبادئ القانون الاداري العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد، ١٩٦٨.
٥. حسن محمد عواضة، السلطة الرئاسية، مطابع ديمو بيرس، بيروت، ١٩٧٥.
٦. د. حكمت موسى سلمان، طاعة الاوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، ط١، بغداد.
٧. د. حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الاداري، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١١.
٨. حمدي ياسين عكاشة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧.
٩. راغب الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت.
١٠. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الادارة العامة، دار الفكر العربي، ط٥، القاهرة، ١٩٧٢.
١١. د. شعبان عبد الحكيم سلامة، الامر الرئاسي في القانون الاداري والفقہ الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط١، ٢٠١١.
١٢. صباح صادق جعفر، مجلس شورى الدولة، ط١، بغداد، ٢٠٠٨.
١٣. د. عاصم احمد عجيلة، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، عالم الكتب، ط٥، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٥. د. عصام نعمة اسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٦. د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٣، عمان، ٢٠١١.

١٧. د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، ٢٠١٣.
١٨. فريدة لعبيدي، لغة الخطاب الإداري، الوسام العربي، الجزائر، ٢٠١١.
١٩. د. فؤاد العطار، القانون الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع .
٢٠. د. ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
٢١. د. مازن ليلو راضي، طاعة المرؤوس لرؤسائه في نطاق الوظيفة العامة، دار قنديل، المملكة الأردنية ٢٠٠٦.
٢٢. د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٦.
٢٣. محمد احمد الطيب هيكل، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣.
٢٤. د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، دار المعارف، ١٩٦٣.
٢٥. د. محمد عبد الحميد ابو زيد، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية.
٢٦. د. محمد عبد العال السناري، اصول القانون الإداري .
٢٧. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ك ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، بيروت.
٢٨. د. محمود محمد حافظ، القرار الإداري دار النهضة العربية، القاهرة .
٢٩. د. وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٣.
٣٠. د. نجيب خلف الجبوري، القانون الإداري ط ١، يادكار، السلیمانية، ٢٠١٥.
٣١. د. وهيب عياد سلامة التدابير الداخلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنة طبع.

ثانياً : المراجع باللغة الفرنسية:

1. . GAUDEMMENT.REMARQUES à PROPOS DES CIRCULAIRES ADMINISTRATIVES. M.STASSIONOPOULOS.1974.
2. MANDRETTE: LE SINTRUCTION DE SUPERIEURS HIERARCHIQUES EN DROIT ADMINISTRATIF . PARIS.
3. . PAR KARIN HAMMERER. DISCRIMINATION, MESURE D'ORDRE INTERIEUR ET CHARGE DE LA PREUVE DANS LA FONCTION PUBLIQUE:WWW.VILLAGE-JUSTICE.COM/ARTICLES/DISCRIMINATION-MESURE-ORDRE.DATE 2\3\2015.
4. PIERRE TIFINE. DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS. QUATRIEM PARTIE.PARIS.2013.
5. VINCENT: LE POUVOIR DE DECISION UNILATERAL DES AUTORITES ADMINISTRATIVE. PARIS . 1966.

إعادة توظيف المتقاعد والمستقيل في القانون العراقي دراسة مقارنة

أ.م.د. خالد رشيد علي
جامعة كوية / اربيل

Abstract

It is obvious that any employee in an organized legal institution is governed by certain rules and regulations particular for the public employment. His relation with the public administration is not perpetual, it can be terminated in many ways and many reasons. One of these reasons is retirement or resignation. This termination does not mean that the person cannot be reemployed, this can happen according to reemployment.

Reemployment means to occupy the vacant jobs, just like employment and promotion or transference. This way can be used adequately to reemploy the employees with good expertise, qualification, ability and transparency, if the public administration finds that the other ways are not useful in this concern.

We found that the Iraqi modified project of the civil service used the term employment literally in a contrary manner to the other terms in the public employment, which used assignment. Also, the legislator did not tackle the concept and terms of employment, but it was formulated according to the resolutions of the abdicated council of the Revolution Leadership, specially resolution number 220 in 2002. These resolutions modified some of the texts which treated the legal position of the reemployed employee in the modified law of the civil service. We invite the Iraqi legislator to organize the regulations of the

reemployment in details in the law of the civil service, instead of publishing it among other legislations and resolutions which have the power of the law.

المقدمة

يحتم مبدأ تطور المرافق العامة النهوض بحجم الخدمات العامة المقدمة منها، وتحسين جودتها للانتفاع منها الانتفاع المنشود من الأفراد عموماً، وهذا بدوره ينعكس إيجاباً على المبدأ الأول الذي يحكمها، وهو مبدأ السير الحثيث والمنتظم لها.

وتتوسل الإدارة العامة من خلال هذه المبادئ إلى تحقيق الهدف الأسمى في المصلحة العامة، بوسائل بشرية ومادية، وهي الموظفون العموميون، والأموال العامة.

ويؤدي تطبيق مبدأ تطور المرافق العامة إلى ضرورة اختيار الطريقة المناسبة في اختيار الموظفين العموميين وسيلتها البشرية، فقد يستلزم المبدأ إتباع طريقة التوظيف في الحصول عليهم، إذا رأت الإدارة العامة فيها طريقة ناجعة لتولي أصحاب الكفايات الوظائف الشاغرة تارة، كما يكون بإمكانها اختيار طريقة النقل من الإدارات العامة سبيلاً لذلك. وكذلك الترقية لإشغال هذه الوظائف، كما قد تلجأ الإدارة إلى طريقة إعادة التوظيف إذا وجدت أن الطرائق السابقة لا تحقق الهدف المطلوب. والسبب الدافع في اختيار طريقة من دون أخرى، هو المبدأ المذكور على أن يكون رائد الإدارة فيه تحقيق المصلحة العامة من غير انحراف في استعمال السلطة.

وطريقة إعادة التوظيف هي طريقة يمكن للإدارة العامة استعمالها للاستعانة بالموظفين السابقين من ذوي الخبرة والكفاية، والذين انقطعت علاقتهم الوظيفية بالإدارة بصور مختلفة نحو التقاعد الاختياري، أو الاستقالة بنوعها وغيرها، وبأسباب متعددة نحو الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والعائلية وذلك طوعاً أو كرهاً، أملاً في الحصول على العيش الرغيد ومغانم كثيرة سواء في القطاع الخاص أم في خارج البلاد. وعندما يطفئ الوضع الاقتصادي بالتحسن تدريجياً وتندثر أكثر الأسباب المؤدية إلى انقطاع العلاقة المذكورة، لا يلبث الموظف السابق إلا ويفكر جيداً في الرسو مجدداً في أحضان الوظيفة سواء في الإدارة العامة السابقة أم في إدارة عامة أخرى. وحين تلتقي مصلحة الموظف السابق الشخصية والمصلحة العامة التي تقدرها الإدارة في ضوء عناصر موضوعية وغير شخصية، يتحول هذا التفكير والسعي إلى واقع ملموس بصدور قرار إعادة توظيفه بقرار إداري بإرادة الإدارة العامة المنفردة.

لقد شهد العراق في حقبة مختلفة مراحل من التدهور الاقتصادي والمعاشي والاضطراب السياسي والأمني دفعت بالكثير من الموظفين إلى الرحيل عن الوظيفة العامة أو النأي بأنفسهم عنها إلى فضاء القطاع الخاص، ولاسيما في المراحل التي شهد فيها القطاع الخاص ازدهاراً مالياً ملحوظاً، فإن لم يجدوا

فرصهم فيه كان طريق التماس سبل الوظيفة العامة أو الخاصة في الخارج طريقاً وحيداً إلى تحقيق مستقرهم ومأواهم.

إن العوامل الاقتصادية والسياسية والأمنية والاجتماعية مارست وتمارس دورها في رحاب المرافق العامة ونشاطها والمبادئ التي تحكمها في العراق إيجاباً وسلباً، وهو أمر ليس بغريب على طبيعة القانون الإداري الذي هو قانون مرن ومتطور، وهو وليد البيئة الاجتماعية، وابنها البار، وورث صفاتها، وخصائصها البايولوجية، وجيناتها (إن جاز هذا الوصف).

إن مشكلة البحث تكمن في افتقار المكتبة القانونية في الجامعات والمعاهد إلى دراسة تفصيلية وتحليلية لإعادة التوظيف بحثاً أو رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، وهي إن وجدت فلا تتجاوز نطاق بحث مقتضب لم يكتمل نموه، ولم تتجلى ملامحه، فكان بالمستجدات التشريعية والقضائية المتلاحقة غير محيط، فضلا عن هذا فقد ظهرت مشكلات عملية في التطبيق جراء اختلاف الإدارات العامة في العراق في تقرير حقوق المعاد توظيفه، كما أسهمت بعثرة قواعد هذا النظام بين قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل وتعليمات صادرة استناداً إليه، وبين طيات نصوص قانون الخدمة المدنية المُعدّل، في تعميق هذه المشكلة، وكانت سبباً آخر لبحث الموضوع، إذ كان النقص في تنظيم المشرّع في القانون الأخير بادي الرأي، كما أن القواعد التي جاءت بها قرارات مجلس قيادة الثورة بهذا الشأن، قد نظمت مراكز قانونية مذكورة في قانون الخدمة المدنية المُعدّل، مما جعل الإدارات العامة في حيرة من أمرها بشأن القواعد الواجبة التطبيق على الحالات المعروضة.

كما أن دور مجلس شورى الدولة الإفتائي والقضائي لم يرتقِ إلى المستوى المطلوب في الكشف عن غموض النصوص، أو تناقضها، أو بيان تعارضها، أو استكمالها لبعضها، فكانت فتاواه وقرارات محاكمه ترديداً عقيماً للنصوص في أكثر الأحيان، ولم يُشمر عن ساعده في تشييد مبادئ قانونية جديدة يمكن أن تُغني النصوص، أو ترضي النفوس.

إن أهداف هذا البحث المتواضع البسيط تكمن في تحديد القواعد التي تختار في ضوءها الإدارة وسائلها البشرية بطريقة إعادة التوظيف اختياراً حسناً، في وقت استشرى فيه الفساد الإداري، وبدأ ينخر مفاصل الإدارة العامة في العراق، وتعالى الأصوات التي تنادي بالقضاء عليه، والتماس السبل المتاحة لذلك. وبيان أوجه النقص والتعارض في النصوص القانونية، لغرض الاستفادة منها، ولاسيما بعد تشريع قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي ذي الرقم ٤ لعام ٢٠٠٩، وبيان أحكام القضاء، وفتاوى مجلس شورى الدولة في هذا الشأن، درءاً لمفسدة الظلم وإشاعة للعدالة وعدم إتباع الهوى والدخّل في الحكم بين الناس.

لقد أضحى الاهتمام باختيار الموظفين العموميين في العراق في نزوة الاهتمامات القانونية، بعد دعوات الإصلاح ومشروعاته المتعددة والتي نأمل أن نرى آثارها سريعاً، والتي من أهم أسبابها الاختيار العشوائي

وغير المدروس للموظفين العموميين، والمبني على أسس طائفية أو حزبية أو سياسية، لذا فإن الخطوة الأولى في هذا الإصلاح تكمن في حسن اختيار هؤلاء، وهذا لا يكتمل إلا بتحري الدقة في صياغة النصوص التي تحكم اختيارهم، وقواعد إعادة التوظيف جزء من طرائق الاختيار بطبيعة الحال، لكي لا تهدر هذه الجهود، وتكون كالتّي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا.

فضلا عن ذلك وجدنا حاجة إلى تقويم هذه الطريقة وملاءمتها لنشاط الإدارة العامة ألمرفقي والضبطي من عدمه، واستكشاف القواعد التشريعية والتنظيمية ومدى نجاعتها في تحقيق المصلحة العامة، وبيان أفضلية هذه الطريقة عن سواها في اختيار الموظف الكفاء النزيه من عدمها.

إن نطاق دراسة البحث ستكون في إعادة توظيف المتقاعد والمستقل من دون غيرها من صور إعادة التوظيف في القانون العراقي، لأن اتساع دراسة هاتين الصورتين حال من دون دراسة الصور الأخرى لاتساعها أيضا، لذا سندرس الصور الأخرى في بحث مستقل آخر إن شاء الله تعالى.

أما المنهج المتبع في الدراسة فسيكون المنهج التحليلي المقارن بين النصوص وأحكام القضاء وأراء الفقه في القانون العراقي ونظيره المصري إن توافرت.

أما خطة البحث فتستكون مقسمة على مبحثين : الأول لمفهوم إعادة التوظيف، وسنبحث فيه تعريف إعادة التوظيف وخصائصه، وتمييزه من التوظيف والترقية في مطلبين. والثاني لصور إعادة التوظيف في القانون العراقي، وسنقسمه على مطلبين : الأول لإعادة توظيف المتقاعد. والثاني لإعادة توظيف المستقل.

المبحث الأول

مفهوم إعادة التوظيف^(١)

سنقسم هذا المبحث على مطلبين : الأول في تعريف إعادة التوظيف وخصائصه، والثاني لتمييزه من التوظيف والترقية.

المطلب الأول : تعريف إعادة التوظيف وخصائصه

١ - سنستعمل في بحثنا هذا مصطلح التوظيف الذي استعمله المشرع العراقي استعمالا موقفاً في قانون الخدمة المدنية المعدل، ولم يستعمله في التشريعات الوظيفية الأخرى، وذلك بدلا من مصطلح التعيين. لأن المصطلح الأول أكثر دقة لغةً واصطلاحاً من المصطلح الثاني، فتعيين الشيء لغة : تخصيصه من الجملة، وعيّن القربة، إذا صببت فيها ماء لتنتفخ عيون الخرز فتتسّد، والمعيّن : الثور الوحشي. وعيّن اللؤلؤة : ثقّبها. وعيّن فلاناً : أخبرته بمساوئه في وجهه. وتعيّن الرجل المال : إذا أصابه بعين، وتعيّن عليه الشيء لزمه بعينه. للمزيد من التفصيلات، ينظر الإمام إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٥/٥١٤٢٦ م، ص ٧٦١. وعيّن الرجل : اخذ أو أعطى بالعينة : أي السلف. وعيّن التاجر : باع سلعته بثمن إلى أجل ثم اشتراها من المشتري في المجلس نفسه بأقل من ذلك الثمن نقداً، ليسلم من الربا. ينظر إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج ١ و ٢، ط ٢، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، اسطنبول، ١٩٨٩، ص ٦٤١. و تعيّن الرجل إذا تشوّه وتأنى ليصيب شيئاً بعينه و عيّن فلاناً : أخبره بمساوئه في وجهه عن اللحياني. و العيّن و العينة : الرّبا. و عيّن التاجر : أخذ بالعينة أو أعطى بها يقال عيّن التاجر يُعيّن تعيناً. و عينة قبيحة وهي الاسم وذلك إذا باع من رجل سلعةً بثمن معلوم إلى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذي باعها به وقد كره العينة أكثر الفقهاء. و تعيّن الشيء : تخصيصه من الجملة. و المعين : فحل ثور. ينظر ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، ط ٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص ٣٠٦ وما بعدها.

عاد في اللغة من عاد إليه، وله، وعليه - عوداً، وعودةً : رَجَعَ وارتد. وعَادَ الشيء أتاه مرة بعد أخرى. (أعادته) : كرّزه، والشيء إلى مكانه : أرجعه. (واستعادته) : سأله أن يعود. فلاناً الشيء : طلب منه أن يفعله ثانية (١).

وعُود : عَادَ إليه يَعُودُ عودةً وعوداً : رجع. واستَعَدَّتهُ الشيء فأعادته، إذا سألته أن يفعله ثانية. وعُدْتُ المريض أعوده عيادةً (٢).

والتوظيف من وظّف الشيء على نفسه : أي ألزمها إياه. و(وظّفهُ) : عيّن له من كل يوم وظيفة. ووظّف عليه العمل والخراج ونحو ذلك : قدره. يقال : وظّف له الرزق، ولدابته العلف. ووظّف على الصبي كل يوم حفظ آيات من القرآن الكريم : عيّن له آيات لحفظها (٣).

والتوظيف كذلك من وظّف : والوظيفة : ما يقدر للإنسان في كل يوم من طعام أو رزق، وقد وظّفته توظيفاً. والوظيفة كذلك هي العهد والشرط. والمنصب والخدمة المعيّنة وجمعها وظّف، ووظائف. يقال للندى وظائف ووظف : أي نُوبٌ ودُول (٤).

ووظّفهُ : عيّن له وظيفة في إحدى الإدارات الحكومية. والتوظيف وتوظيف (اسم) : مصدر وظّف. وتوظيف المال في خدمة التقدم : تشغيله واستثماره. وتوظيف مهندس في الإدارة : تعيينه بها ليؤدي مهمة (٥).

أما اصطلاحاً فلم نجد تعريفاً تشريعياً لمفهوم إعادة التوظيف في القانون العراقي ولاسيما في قانون الخدمة المدنية ولا في قوانين الخدمة الخاصة. كما أن أحكام القضاء الإداري العراقي لم تتناوله بالتعريف. ولكن مجلس شورى الدولة العراقي عرّف التوظيف وإعادة التوظيف ولم يميّز بينهما في فتوى له قال فيها بأنهما " عمل قانوني إداري يترتب عليه خضوع الموظف لمركز قانوني تنظيمي تحدده القواعد القانونية سلفاً وان الآثار القانونية المتعلقة بالاستحقاقات المالية للموظف تبدأ اعتباراً من تاريخ مباشرته الوظيفة " (٦).

ونجد - مع هذا - حاجة إلى تحديد مفهومه نتيجة اختلاطه مع مفهوم التوظيف، وعدم تمييز أكثر الإدارات العامة في العراق بينهما، فنقول في تعريفه بأنه " إشغال وظيفة شاغرة في مرفق عام من موظف انتهت علاقته بالإدارة العامة سابقاً لأسباب مختلفة، وذلك بإرادة الإدارة المنفردة، في الأحوال التي يجيز المشرّع، مع احتفاظه بأكثر حقوقه الوظيفية السابقة ".

١ - إبراهيم مصطفى وآخرون، المصدر السابق، ص ٦٣٤ و ٦٣٥.

٢ - الإمام إسماعيل بن حماد الجوهري، المصدر السابق، ص ٧٥٢.

٣ - المصدر السابق، ص ١١٤٨

٤ - إبراهيم مصطفى وآخرون، المصدر السابق، ص ١٠٤٢.

٥ - معجم المعاني الجامع قاموس عربي عربي، في الموقع الإلكتروني، <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>

٦ - فتاوى ذات الرقم ٢٠١٢/٤٥ في ٢٧/٦/٢٠١٢، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، مطبوعة

الوقف الحديثة، بغداد، ص ١٠٠.

- ومن هذا التعريف يمكن أن يتبين لنا أهم خصائص هذا النظام الوظيفي، وهي : -
- ١- انه استتفاف لمركز قانوني قائم، وليس تشبيداً لمركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه.
 - ٢- انه إشغال لوظيفة شاغرة في مرفق عام.
 - ٣- انه إشغال دائم في الوظيفة، وليس مؤقتاً.
 - ٤- إن هذا الإشغال يجري من موظف انتهت علاقته بالإدارة العامة في السابق لأسباب مختلفة
 - ٥- للإدارة سلطة التقديرية في إعادة التوظيف.
 - ٦- إن يجيز المشرع في القانون هذا الإشغال.
 - ٧- احتفاظ الموظف المعاد توظيفه بأكثر حقوقه في الوظيفة السابقة.

وفيما يأتي تفصيلات شرح هذه الخصائص :-

- ١- يتصف نظام إعادة التوظيف بأنه استتفاف لعلاقة وظيفية سابقة، سواء أكانت هذه العلاقة مع الإدارة العامة السابقة أم مع إدارة عامة أخرى، كما انه استتفاف لمركز قانوني قائم ترتبت عليه حقوق وواجبات في السابق ثم توقف هذا المركز بسبب من أسباب انتهاء العلاقة الوظيفية، وعاد مرة أخرى إلى الحركة بقرار إعادة التوظيف. ولهذا فان إعادة توظيف الموظف من شأنه أن يعيد الحياة لمركز قانوني قائم، وبخلافه ينتهي هذا المركز على نحو نهائي.
- ٢- انه إشغال لوظيفة شاغرة :- إن محل قرار إعادة التوظيف هو إشغال لوظيفة شاغرة في المرفق العام، ومن ثم يكون محل القرار معيباً إذا كانت الوظيفة غير شاغرة أو مشغولة من موظف ما على نحو دائم، وسواء أشغلت هذه الوظيفة بالتوظيف الابتدائي أم بالنقل أم بالترقية. أما إذا كان الإشغال على نحو مؤقت بالتنسيب أو الانتداب أو بالإناية، فلا نرى مانعاً من إعادة التوظيف، لان هذه الأوضاع هي أوضاع وظيفية مؤقتة واستثنائية، وتنتهي بإشغال الوظائف المشغولة بها مؤقتاً على نحو دائم. ومن نافلة القول أن الوظيفة الشاغرة يجب أن تكون في مرفق عام (١)، وهو ذلك النشاط الخدمي الصادر من الإدارة العامة بهدف إشباع الحاجات العامة تحقيقاً للمصلحة العامة، سواء أجرى منها مباشرة أم على نحو غير مباشر أو من أشخاص القانون الخاص، ولكن تحت إشرافها ورقابتها وتوجيهها. ولذا فان إشغال وظيفة ما من موظف انقطعت علاقته الوظيفية بالإدارة العامة في السابق، لدى أشخاص القانون

١ - للمزيد من التفصيلات بخصوص مبدأ السير المنتظم للمرافق العامة ينظر شارل فورتييه، ضمان استمرار مرفق عام النقل البري للمسافرين : نهاية الاستثناء الفرنسي، مجلة القانون العام الفرنسية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد ٦، ٢٠٠٧، ص ١٤٨٧ - ١٥١٣.

الخاص أو المؤسسات الخاصة ذات النفع العام أو شركات القطاع المختلط باستثناء من يمثل الدولة فيها، لا يُعد إعادة توظيف بالمعنى المحدد في القانون الإداري.

٣- انه إشغال دائم للوظيفة :- الأصل في إعادة التوظيف انه وضع وظيفي دائم، يؤدي إلى إشغال الوظيفة الشاغرة من الموظف المعاد توظيفه شأنه شأن التوظيف والنقل والترقية، ومن ثم لا يمكن افتراض كون إعادة التوظيف لمدة محددة، فهذا يتنافى مع طبيعته الدائمة، فالموظف تستمر علاقته القانونية التنظيمية بالإدارة العامة لحين انتهائها بأسباب انتهاء العلاقة الوظيفية. أما إذا كانت الوظيفة مؤقتة بطبيعتها فلا نرى انطباق مفهوم إعادة التوظيف عليها بسبب طبيعتها المؤقتة أو بسبب انتهاء المدة الزمنية اللازمة لانجازها. فلا يمكن مثلاً إعادة توظيف الموظفين المؤقتين على وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٦٠٣ لعام ١٩٨٧^(١) في الأعمال ذات الطبيعة المؤقتة التي جرى انجازها أو انتهت المدة الزمنية اللازمة لها. أما إذا كانت هذه الأعمال متكررة بطبيعتها، فإننا نرى أنها تخرج من إطار الوظائف المؤقتة إلى الوظائف ذات الطبيعة الدائمة، ومن ثم يمكن إعادة التوظيف فيها.

٤- انه إشغال لوظيفة من موظف انتهت علاقته بالإدارة العامة في السابق بأحد أسباب انتهائها : لا يمكن أن نطبق مفهوم إعادة التوظيف على حالة ما، إلا إذا كان موضوعها إعادة موظف انتهت علاقته بالإدارة العامة في السابق لأسباب مختلفة. وهذه الأسباب في القانون العراقي هي ١- الاستقالة بنوعيتها ٢- الإحالة إلى التقاعد ٣- الإقصاء من الوظيفة ٤- الاستغناء عن الموظف غير الكفاء ٥- إلغاء الوظيفة. أما إذا لم تنقطع علاقة الموظف المعاد توظيفه بالإدارة العامة وما زالت مستمرة فلا يمكن إعادة توظيفه، وإذا حصل ذلك فيكون قرار الإدارة بإعادة التوظيف مخالفاً للقانون^(٢). وتتبين الإدارة من انتهاء علاقة الموظف بالإدارة السابقة من خلال القرارات الإدارية الصادرة بإنهاء هذه العلاقة أو بوسائل الإثبات الأخرى في هذا الشأن. فضلاً عن هذا فلا يشتمل مفهوم إعادة التوظيف على الموظف الذي لم يسبق توظيفه في الإدارات العامة، أو الموظف المنقول، أو المرقى، أو الموظف المنسب، أو المنتدب، أو المناب.

٥- أن يجيز المشرع إشغال الوظيفة الشاغرة بإعادة التوظيف. بمعنى أن لا يكون هناك مانع قانوني من تولي الشخص الطبيعي لوظيفة ما. وهذه الموانع تعود اعتياداً إلى سنّه أو فرض عقوبة وظيفية (انضباطية) شديدة عليه.

٦- احتفاظ الموظف المعاد توظيفه بأكثر حقوقه في وظيفته السابقة : إن السمة الأساسية لنظام إعادة التوظيف من شأنها أن تؤدي إلى احتفاظ الموظف المعاد توظيفه بحقوقه الوظيفية في وظيفته السابقة

١ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٣١٦٤ في ٢٤/٨/١٩٨٧.

٢ - حصل في كثير من الإدارات العامة بعد احتلال العراق في عام ٢٠٠٣ أن جرى إعادة توظيف الكثير من الموظفين الذين تبيّن فيما بعد ارتباطهم بوظيفة أخرى بشكل أو بآخر، وكانوا يستلمون أكثر من راتب.

كلها أو جُلها. منها حقوقه في الترقية، والترفيح، واحتساب خدمته الوظيفية السابقة، وإعادة راتبه إلى الراتب الأخير الذي كان يتقاضاه. باستثناء بعض الحقوق التي منعت بعض النصوص القانونية الموظف المعاد من الاستفادة منها نحو الإجازات الاعتيادية المتراكمة (١).

٧- السلطة التقديرية للإدارة في إعادة التوظيف :- للإدارة سلطة تقديرية تتفاوت درجاتها في نظام إعادة التوظيف، بحسب النصوص المنظمة لها، وعموماً فإن إعادة التوظيف لموظف ما في وظيفة ما، هو رهن تقدير الإدارة في تقدير ملاءمته للوظيفة المرشح التوظيف فيها، وفي تقدير إمكان لجوئها إلى أسلوب، أو طريقة أخرى لإشغال الوظيفة غير هذا النظام نحو التوظيف الجديد أو النقل أو الترقية. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية "إن إعادة تعيين الطاعن في وظيفته السابقة أو في وظيفة أخرى من الأمور التي تترخص بها السلطة المختصة بما لها من سلطة تقديرية في هذا الشأن دون إلزام عليها بإعادة تعيينه بعد أن تقرر إنهاء خدماته " (٢). كما قضت المحكمة الإدارية العليا في العراق أن إعادة التوظيف سلطة تقديرية للإدارة ولا يمكن للقضاء أن يلزمها بذلك (٣). كما لا يلزم الوزير بتوظيف الموظف بطريقة إعادة التوظيف، وإنما يرجع ذلك إلى سلطته في ذلك وضمن الشروط القانونية، وهي سلطة تقديرية لا معقب على عدم استعمالها طالما كان ذلك في إطار المصلحة العامة (٤).

المطلب الثاني : تمييز إعادة التوظيف من التوظيف والترقية

قد يقع الخلط بين مفهوم إعادة التوظيف والتوظيف، وبينه وبين الترقية. لذا اقتضى الأمر التمييز بينه وبينهما في فرعين تابعا:

الفرع الأول: تمييز إعادة التوظيف من التوظيف

التوظيف هو إشغال شخص طبيعي لوظيفة شاغرة في احد المرافق العامة بقرار إداري يصدر بإرادة الإدارة المختصة المنفردة مع خضوعه للقواعد التي تحكم الوظيفة العامة (٥).

١ - الفقرة ٢ من المادة التاسعة والأربعين من قانون الخدمة المدنية ذي الرقم ٢٤ لعام ١٩٦٠ المعدل المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٠٠ في ١٩٦٠/٢/٦.

٢ - حكمها في الطعن ذي الرقم ٤٣٢٨ لسنة ٤٠ ق في ١٩٩٧/٣/٢٢. نقلا عن د. محمد حسن علي و احمد فاروق الحميلي، الموسوعة العملية في نظام العاملين المدنيين بالدولة، ج ١، طرق شغل الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦، ص ١٤٧.

٣ - حكمها ذي الرقم ٢١٨/قضاء موظفين- تمييز/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٥/٧ منشور في الموقع الالكتروني

www.moj.gov.iq/tmeez/

٤ - حكم الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية ذي الرقم ١٠٥/انضباط-تمييز/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/١٣. حكم غير منشور. كما قضت المحكمة الاتحادية العليا أن الإدارة غير ملزمة بوجوب إعادة توظيف المدعي، وان توظيفه هو أمر جوازي عند توافر الدرجة الوظيفية. حكمها ذي الرقم ١٦/اتحادية-تمييز/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/١٩. منشور في الموقع

الالكتروني www.iraqja.org

٥ - للمزيد من التفصيلات بخصوص تعريفات المرفق العام ينظر د. هيثم حليم غازي، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٢٢-٢٨.

وتنشأ العلاقة القانونية بين الموظف والإدارة العامة بصدور قرار التوظيف، وهو عمل قانوني انفرادي من شأنه إنشاء مركز قانوني جديد لأحد الأشخاص الطبيعيين في مرفق عام ضماناً للسير المنتظم له. وهناك أوجهاً للتشابه بين التوظيف وإعادة، تبدو في أن كليهما إشغال لوظيفة شاغرة وعلى نحو دائم في مرفق عام، بإرادة الإدارة العامة المختصة المنفردة، على وفق شروط قانونية معينة، وخضوع كليهما إلى مركز قانوني تنظيمي منظم مسبقاً.

أما أهم الاختلافات بين نظامي إعادة التوظيف والتوظيف فتتجلى في الخصائص الآتية :-

١- إن التوظيف هو إشغال لوظيفة شاغرة من أحد الأشخاص الطبيعيين ممن لم يسبق لهم التوظيف في السابق، أما إعادة التوظيف فهو إشغالها من موظف انقطعت علاقته بالإدارة العامة بأحد أسبابها.

٢- يُعدّ نظام إعادة التوظيف استثنافاً للعلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة العامة، واستثنافاً للمركز القانوني للموظف المعاد توظيفه. أما التوظيف فهو إنشاء مركز قانوني جديد لأحد الأشخاص الطبيعيين في وظيفة شاغرة.

٣- يشترط لتثبيت الموظف في وظيفته في التوظيف أن يخضع إلى مدة التجربة المحددة في القانون (١). بينما لا يشترط ذلك في نظام إعادة التوظيف إلا إذا كان المعاد توظيفه غير مثبت أصلاً (٢).

٤- إعادة راتب الموظف المعاد توظيفه (٣) في حين لا توجد هذه الخدمة، أو أنها لا تحتسب للموظف في التوظيف الجديد إلا إذا صرح بها (٤)، وتحتسب لأغراض التقاعد فقط (٥). فالخدمة الوظيفية السابقة للموظف تحتسب للأغراض كافة عند إعادة توظيفه على وفق الشروط التي حددها القانون (٦).

٥- خضوع المرشح للتوظيف إلى اختبار المقابلة أو إجراء الامتحان (٧) وعدم اشتراط ذلك في المعاد توظيفه (٨). وقد حكمت المحكمة الإدارية العليا المصرية "...أن المشرع أجاز للسلطة المختصة بالتعيين، وبغير إعلان عن الوظائف الخالية، أن تعيد تعيين العامل في وظيفته السابقة..." (٩).

١ - المادة الرابعة عشر من قانون الخدمة المدنية المعدل.

٢ - المادة الخامسة عشر من المصدر السابق.

٣ - بنظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢ المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٩٥٣ في ٢٠٠٢/١٠/٢١.

٤ - قضت الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية بان " لا تحتسب خدمات الموظف السابقة المعين تعييناً جديداً لأغراض العلاوة والترقية إذا وقع على إقرار بأنه ليس موظفاً ". حكمها ذي الرقم ٣٥٢/انضباط-تمييز/٢٠١١ في ٢٠١١/١٠/١٣. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ٢٧٩.

٥ - فتوى مجلس شوري الدولة ذات الرقم ٢٠١١/٤ في ٢٠١١/١/١٨، منشورة في المصدر السابق، ص ٥٦.

٦ - فتوى مجلس شوري الدولة ذات الرقم ٢٠١١/٤ في ٢٠١١/١/١٨ منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١، مطبوعة الوقف الحديثة، بغداد، ص ٥٦.

٧ - الفقرة ١ من البند ثانياً من الملحق ١ من التعليمات ذات العدد ١١٩ لعام ١٩٧٩ والصادرة من وزارة المالية والمنشورة في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٧٤٤ في ١٩٧٩/١٢/١٠.

٨ - استثنى المشرع العراقي في البند الخامس عشر من المادة ٩ من قانون الخدمة العامة الاتحادي ذي الرقم ٤ لعام ٢٠٠٩ من له خدمة سابقة في وظيفة مثبت فيها أو يحمل شهادة عليا من إجراء الاختبار أو الامتحان المقرر لفحص مؤهلات الأشخاص المتقدمين للتوظيف وإعادة التوظيف، إلا إذا كان عدد هؤلاء اكبر من عدد الوظائف الشاغرة. وهذا الاختبار أو الامتحان هو

الفرع الثاني : تمييز إعادة التوظيف من الترقية

الترقية هي كل ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه وتمييزه من أقرانه. ولذلك فالترقية تتحقق في كل حالة ينتقل فيها الموظف وظيفته تعلو على وظيفته في مدارج السلم الإداري، حتى لو لم يصاحب هذا التقليد تحقيق أي نفع مادي للموظف المرقى (٢).

كما تُعرف بأنها " انتقال الموظف لوظيفة أعلى في سلم الوظائف ذات مسؤوليات اكبر وواجبات وقد يصاحب ذلك زيادة في حقوقه المالية أو لا " (٣).

وأسلوب الترقية أما أن يظهر في إشغال الموظف لوظيفة أعلى من وظيفته السابقة، وقد يظهر في أسلوب التوظيف، وذلك بعد إجراء نوع من المنافسة المفتوحة من خلال اختبارات معينة، وقد يتضمن إجراء امتحانات أو إجراء بعض الأعمال نحو الأبحاث (٤). وهو الأسلوب الذي يتبع اعتياداً في ترقية بعض الفئات من الموظفين مثل التدريسيين في الجامعات (٥)، والقضاة (٦).

وقد يختلط مفهوم الترقية مع إعادة التوظيف عندما يجري إعادة توظيف موظف في وظيفة أعلى من وظيفته السابقة إذا توافرت فيه شروط الترقية إلى وظيفة أعلى (٧)، إذ نجد عندها نظامي إعادة التوظيف والترقية في آن واحد في هذه الحالة.

وتتشابه الترقية مع إعادة التوظيف في أن كليهما إشغال لوظيفة شاغرة على نحو دائم، كما أن كلا من الموظف المرقى والموظف المعاد توظيفه لديهما خدمة وظيفية في الإدارة العامة، كما أن كليهما يمارس من الإدارة بإرادتها المنفردة بناء على سلطتها التقديرية على أن لا يشوب قراراتها في هذا الشأن عيب الانحراف في استعمال السلطة.

أما أهم الاختلافات بين الوضعين الوظيفيين فتكمن في العناصر الآتية :-

-
- سلطة تقديرية للمجلس أن شاء أجره، وان لم يشأ لم يجره كما يظهر من صياغة النص المذكور. نُشر القانون في الوقائع العراقية ذات العدد ٤١١٦ في ٦/٤/٢٠٠٩.
- ١ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن ذي الرقم ٣٢٣١ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٤/١/٢٢ نقلاً عن د.محمد حسن علي وفاروق احمد الحميلي، المصدر السابق، ص ١٥٠.
 - ٢ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن ذي الرقم ٨١٩ لسنة ٩ ق في ٢١/١١/١٩٦٥ نقلاً عن د.شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨/٢٠٠٩، ص ١٤٧.
 - ٣ - د.خالد رشيد علي، مفهوم الترقية والترفيغ وبعض مشكلاتهما في القانون العراقي، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٢٠، ٢٠١٠، ص ١٥٧.
 - ٤ - د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٩٥.
 - ٥ - ينظر تعليمات الترقية العلمية في الجامعات والمعاهد العراقية ذات العدد ٣٦ لعام ١٩٩٢ المنشورة في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٤٠٠ في ٦/٤/١٩٩٢.
 - ٦ - المادة ٤٥ من قانون التنظيم القضائي ذي الرقم ١٦٠ لعام ١٩٧٩ المعدل المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٧٤٦ في ١٧/١٢/١٩٧٩.
 - ٧ - المادة الثانية والعشرون من قانون الخدمة المدنية المعدل.

- ١- إن الترقية إشغال الموظف المرقى لوظيفة أعلى في السلم الهرمي الوظيفي، أما إعادة التوظيف فهو استثناء علاقة وظيفية بعد انقطاعها بين الإدارة العامة والموظف المعاد توظيفه سواء في الوظيفة السابقة نفسها أم في وظيفة أخرى.
- ٢- يخضع الموظف المرقى إلى وظيفة تختلف واجباتها عن واجبات وظيفته السابقة إلى مدة تجربة مقدارها ستة أشهر، يجوز تمديدتها مرة واحدة في القانون العراقي (١)، ولا يخضع الموظف المعاد توظيفه إلى مدة التجربة.
- ٣- قد ينجم عن ترقية الموظف مزايا مالية ومعنوية أكثر من وظيفته المرقى إليها، بخلاف الموظف المعاد تربيته، إذ لا يجوز إعادة توظيفه في وظيفة أعلى من وظيفته السابقة، إلا إذا أكمل الشروط القانونية للترقية إلى وظيفة أعلى (٢).
- ٤- تزداد واجبات الموظف المرقى في الترقية ومسؤولياته في الترقية الوظيفية، بينما تبقى في الموظف المعاد توظيفه كما هي في أكثر الأحيان.
- ٥- يجب أن تتوافر في الموظف المرقى شروط الترقية إلى وظيفة أعلى، بينما يجب أن تتوافر في الموظف المعاد توظيفه شروط التوظيف.
- ٦- إن الترقية هي تعديل لمركز قانوني قائم للموظف المرقى، أما في إعادة التوظيف فهو استثناء لمركز قانوني قائم بعد توقيه (٣).
- ٧- إن الترقية هي استمرار للعلاقة الوظيفية بين الموظف المرقى والإدارة العامة، وهذه العلاقة لم تنقطع في السابق، أو أنها انقطعت وعادت مرة أخرى واستحق الموظف الترقية فيها لتوافر شروطها، أما في إعادة التوظيف فإن العلاقة الوظيفية قد انقطعت بين الموظف المعاد توظيفه والإدارة، واستؤنفت بصدور قرار التوظيف.

المبحث الثاني

صور إعادة التوظيف في القانون العراقي

- ١ - المادة العشرون من قانون الخدمة المدنية العراقي المعدل.
- ٢ - المادة الثانية والعشرون من المصدر السابق.
- ٣ - أفتت الجمعية العامة في مجلس الدولة المصري بان "... التعيين في هذا الشأن حسب صريح النص هو التعيين المبتدأ الذي تنفتح به العلاقة الوظيفية بين العامل وبين جهة عمله، وانه في مجال التعيين كأداة لشغل الوظائف، يتعين التفريق بين التعيين المبتدأ الذي تنفتح به علاقة وظيفية لم تكن قائمة من قبل أو تدخل في سياق وظيفي جديد منبث الصلة بالوضع الوظيفي السابق، وبين التعيين المتضمن ترقية - الناتج عن تسوية لأنه يقوم في نطاق علاقة وظيفية قائمة، فانه وان كان يدفعها في طور جديد أو ينشأ لها مركز قانوني جديد، فان ذلك كله، إنما يظل امتدادا للوضع الوظيفي السابق، بما يتعين إخراجها من المقصود بالتعيين وفقا لأحكام القوانين سابق الإشارة إليها..." فتواه في الملف ذي الرقم ١٤١٢/٤/٨٦ - جلسة ١٩٩٩/١١/٣. نقلا عن د.محمد حسن علي واحمد فاروق الحميلي، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

يتخذ إعادة التوظيف صوراً عديدة (١) على وفق التشريعات المنظمة للخدمة العامة في العراق. ولكننا سنبحث من هذه الصور إعادة توظيف المتقاعد، وإعادة توظيف المستقيل. لذا سنتناول هاتين الصورتين بالدراسة في مطلبين تباعاً.

المطلب الأول : إعادة توظيف المتقاعد

عرّف قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠١٤ المتقاعد بأنه " كل شخص يستحق عن خدمته راتباً تقاعدياً أو مكافأة تقاعدية أو مبلغاً مقطوعاً وفقاً لأحكام هذا القانون " (٢). وهذا التعريف ينظر إلى المتقاعد من زاوية واحدة وهي زاوية الحقوق المالية التي يستحقها بموجب قانون التقاعد.

ويمكن تعريفه بأنه " الموظف الذي انتهت علاقته بالوظيفية بالإدارة العامة ببلوغ السن القانونية الملزمة لانتهائها أو برغبة الموظف في إنهاؤها اختياراً بعد توافر شروط قانونية معينة، مع استحقاقه حقوقاً مالية على وفق التنظيم القانوني لها " .

وسنتناول بالدراسة في هذا المطلب صور إحالة الموظف إلى التقاعد، وشروط إعادة توظيف المتقاعد، وآثار إعادة توظيف المتقاعد في ثلاثة فروع على التعاقب.

الفرع الأول : صور إحالة الموظف إلى التقاعد

أن الإحالة إلى التقاعد في القانون العراقي على ثلاث صور : الأولى الإحالة الإلزامية. والثانية الإحالة الاختيارية. والثالثة إحالة موظفي الشركات والإدارات الممولة ذاتياً إلى التقاعد.

وقد ألزم المشرّع في القانون إحالة الموظف إلى التقاعد جبراً في إحدى الحالتين الآتيتين :- الأولى: إكمال سن الثالثة والسنتين من العمر بغض النظر عن مقدار خدمته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. والثانية : إذا قررت اللجنة الطبية الرسمية المختصة عدم صلاحيته للخدمة (٣).

وقد أتاح المشرّع في القانون لرئيس مجلس الوزراء تمديد خدمة الموظف مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات عند إكمال السن القانونية للإحالة إلى التقاعد مع الأخذ بالحسبان ندرة الاختصاص، ونوعية الوظيفة، وحاجة الإدارة إلى خدماته، وذلك باقتراح من الوزير المختص أو رئيس الإدارة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ (٤).

أما الإحالة الاختيارية إلى التقاعد فقد منحها المشرّع في القانون إلى الموظف في إحدى الحالات الآتية:-

- ١ - هناك صور أخرى لإعادة التوظيف في القانون العراقي اهمها إعادة توظيف المفصول بأنواعه المختلفة، ولكن لم يتسع البحث لاستيعابها، لذا سنبحث الصور الأخرى في بحث مستقل آخر إن شاء الله تعالى.
- ٢ - البند تاسعاً من المادة ١ من القانون المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٣١٤ في ٢٠١٤/٣/١٠. ولم يُعرّف المشرع في قانون التقاعد ذي الرقم ٢٧ لعام ٢٠٠٦ الملغى المتقاعد بخلاف المشرّع في قانون التقاعد المدني ذي الرقم ٣٣ لعام ١٩٦٦ الملغى الذي عرّفه بأنه "كل شخص يتناول راتباً تقاعدياً أو استحقاقه بموجب هذا القانون أو قوانين التقاعد المدني التي سبقته". ينظر الفقرة من المادة ١ من القانون المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ١٢٥٩ في ١٩٦٦/٤/٢٤
- ٣ - البندين أولاً وثانياً من المادة ١٠ من القانون.
- ٤ - المادة ١١ من القانون.

- ١- إذا أكمل سن الخمسين من العمر، أو كانت لديه خدمة تقاعدية لا تقل عن خمس وعشرين سنة.
- ٢- للموظفة المزوجة، أو الأرملة، أو المطلقة الحاضنة لأطفالها (١) على وفق الشروط الآتية :-
- أ- أن لا تقل مدة خدمتها التقاعدية عن خمس عشرة سنة.
- ب- أن لا يقل عدد أطفالها عن ثلاثة، ولا يزيد عمر كل منهم عن خمس عشرة سنة.
- ت- التفرغ للاهتمام بأطفالها (٢).
- وهناك صورة أخرى من صور الإحالة إلى التقاعد جاء بها المشرع في القانون النافذ لا تقع ضمن الصورتين الأوليتين، وهي صورة إحالة الوزير أو رئيس الإدارة غير المرتبطة بوزارة بناء على سلطته التقديرية، موظفي الشركات والإدارات الممولة ذاتياً إلى التقاعد بالشروط الآتية :-
- أ- أن تكون الشركات والإدارات ممولة ذاتياً.
- ب- أن تكون هذه الشركات والإدارات خاسرة لمدة ثلاث سنوات متتالية.
- ت- أن يكون لدى موظفيه خدمة لا تقل عن خمس عشرة سنة استثناء من شرط العمر (٣).
- هذا ولم يتضمن القانون نصوصاً تجيز للموظفين في هذه الصورة الأخيرة الطعن بالقرارات الصادرة بإحالتهم إلى التقاعد أمام القضاء الإداري، ونرى إمكان الطعن بهذه القرارات أمام محاكم قضاء الموظفين كونها صاحبة الاختصاص الطبيعي في نظر هذه المنازعات، واستناداً إلى نص المادة ١٠٠ من دستور العراق ٢٠٠٥.
- وينظر الوزير المختص أو رئيس الإدارة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ أو من يخوله أي منهم في طلب الإحالة إلى التقاعد المقدم من الموظف، الموظفة الراغبين في التقاعد خلال مدة ٤٥ يوماً من تاريخ تسجيل الطلب في مكتبه، ويُعدّ الموظف محالاً إلى التقاعد بانتهائها، بقرار إداري ضمني مع استحقاقه الحقوق التقاعدية المقررة بموجب أحكام هذا القانون (٤). ونرى جعل هذه المدة ثلاثين يوماً انسجاماً مع النصوص التي جعلها كذلك مثل النصوص الخاصة بالاستقالة في قانون الخدمة المدنية والنصوص الخاصة بالرد على التظلم وغيرها، منعاً للارتباك في عمل الإدارات العامة، واستقراراً للأوضاع والمراكز القانونية.

١ - إن هذه الصورة والتي بعدها، هما صورتان جديدتان من صور الإحالة إلى التقاعد لم يكونا موجودين في القوانين السابقة.

٢ - إن التأكد من توافر هذا الشرط صعب من الناحية العملية، ومن ثم سيكون وجوده شكلياً، ومن ثم نرى رفعه من المشرع العراقي أو استبداله بشرط عدم إعادة توظيف المتقاعدة المستفيدة مستقبلاً إلا بعد بلوغ أطفالها سن الرشد.

٣ - البنود أولاً وثانياً وثالثاً من المادة ١٢ من القانون.

٤ - البند رابعاً من المادة ١٢ من القانون.

وتبرز في هذا المقام مشكلة إحالته إلى التقاعد بخطأ من الإدارة^(١)، إذ كثيراً ما تثار لدى القضاء منازعات تخص إحالة موظف إلى التقاعد إجبارية على الرغم من عدم توافر الشروط القانونية، ولذلك أسباب مختلفة وأهداف، فقد تكون الإحالة بسوء نية عندها يبرز عيب الانحراف في استعمال السلطة إذا جرى إثباته في قرار الإحالة إلى التقاعد. كما قد يكون الأمر بحسن نية عندها يُثار عيب السبب فقط. فيضع القضاء الأمور في نصابها، ويعيد الموظف المحال إلى التقاعد إلى وظيفته. ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري العراقية التي قالت فيه "...إن قانون التقاعد الموحد المذكور (الملغى) بين في البند رابعا من المادة ١ الحالات الجوازية التي يجوز للموظف طلب إحالته على التقاعد عند إكماله الخمسين سنة من عمره فأكثر أو كانت لديه خدمة لا تقل عن ٢٥ خمس وعشرين سنة، وهي لا تنطبق على المدعي، ولما تقدم قرر بالاتفاق إلغاء الفقرة ٢ من الأمر الإداري... وإعادة المدعي إلى الخدمة..."^(٢).

كما قضت الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية بان "... البند سادسا من المادة ١ من قانون التقاعد الموحد (الملغى) قد رسم آلية لتحديد الجهة المختصة بإحالة الموظف ممن يشغل إحدى الدرجات العليا أو الخاصة إلى التقاعد، وبالتالي لا تصلح أن تكون سندا قانونياً للقرار محل الطعن، وبالرجوع إلى أسباب إحالة المدعي (المميز عليه) إلى التقاعد والتي أوضحها وكيل المدعي عليه (المميز) والتي تتمثل في (عدم الكفاءة) والتي كانت إحدى أسباب الإحالة إلى التقاعد عند صدور قانون التقاعد الموحد في الفقرة ١ من البند رابعا من المادة ١ من قانون التقاعد الموحد، والتي ألغيت بموجب قانون التعديل الأول لقانون التقاعد الموحد المرقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٧، ولم تعد الكفاءة إحدى حالات الإحالة إلى التقاعد، وحيث يشترط لصحة القرار الإداري أن يتوفر فيه ركن السبب بعنصريه القانوني والواقعي، ويقتضي من القاضي الإداري التحقق من وجود العنصر القانوني لركن السبب قبل صدور القرار الإداري، واستمراره عند صدور القرار أولاً، وقبل التحقق من العنصر المادي أو الواقعي لركن السبب، وحيث أن العنصر القانوني لركن السبب في القرار المطعون فيه لم يكن موجودا عند صدوره مما أصابه بعيب يبرر إلغاءه..."^(٣).

كما قضت الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية بان "...المدعي (المميز) أحيل إلى التقاعد رغم إرادته وبشكل مخالف للقانون، وحيث أن قرار الإحالة إلى التقاعد قد تم إلغاؤه بقرار مجلس

١ - لهذا يجب التمييز جيداً بين مفهومي إعادة التوظيف ومفهوم الإعادة إلى الوظيفة، فالأخير يغطي حالة الإعادة إلى الوظيفة بحكم قضائي نتيجة خطأ الإدارة في إبعاد الموظف عنها بأي سبب من الأسباب، فالموظف يعود إلى وظيفته من دون حاجة إلى إصدار قرار بإعادة توظيف، فيبقى التوظيف الابتدائي سارياً وسليماً ويخضع المركز القانوني للموظف إليه.

٢ - حكمها ذي الرقم ١١/قضاء إداري/٢٠١٢ في ٢٥/٤/٢٠١٢. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٣٢٩ و٣٣٠. وحكم الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية ذي الرقم ٣٧٩/انضباط-تمييز/٢٠١١ في ٣١/١٠/٢٠١١. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ٢٨٠.

٣ - حكم الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية ذي الرقم ٨/انضباط-تمييز/٢٠١٢ في ٢٦/٤/٢٠١٢. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٢٢٤ و٢٢٥.

الانضباط العام واكتسب هذا القرار درجة البتات، وباشر المدعي وظيفته فإنه يستحق رواتبه عن الفترة التي ابد فيها عن الوظيفة طالما كان إبعاده بموجب قرار إداري مخالف للقانون، ولا يد له فيه وتم إلغاء هذا القرار بحكم بات... (١).

الفرع الثاني : شروط إعادة توظيف المتقاعد

تحكم شروطه إعادة توظيف المتقاعد وإجراءاته قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، وتعليماته ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣ (٢) الصادرة استناداً إليه. وشروط إعادة توظيف المتقاعد على وفق القواعد المذكورة هي :-

أولاً - أن يكون المرشح متقاعداً لم يكمل سن الثالثة والستين على وفق قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠٠٤ (٣) وخمس وستين سنة فيما يخص قانون الخدمة الجامعية ذي الرقم ٢٣ لعام ٢٠٠٨ (٤) المعدل (٥). أما إذا تجاوز المتقاعد السن القانونية للإحالة إلى التقاعد، فلا يمكن إعادة توظيفه (٦)، وإنما يمكن التعاقد معه على وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٣٦١ لعام ١٩٨٥ (٧)، والذي أجاز تشغيل المتقاعدين من موظفي الدولة والقطاع العام والمتقاعدين العسكريين ومتقاعدي قوى الأمن الداخلي للعمل في الإدارات العامة الحكومية والقطاعين المختلط والخاص بدوام اعتيادي وباجر مقطوع يعادل الحد الأدنى لأجر المهنة التي يوظفون فيها، على أن تتوافر في المتقاعد الشروط اللازمة لمن يشغل ذلك العمل (٨). أما

- ١ - حكمها ذي الرقم ٤٥٣ / انضباط-تميز/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٨/١٦، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٢٧١ و ٢٧٢.
- ٢ - منشورة في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٩٧١ في ٢٠٠٣/٢/٢٤.
- ٣ - البند أولاً من المادة ١٠ منه.
- ٤ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٠٧٤ في ٢٠٠٨/٥/١٢.
- ٥ - المادة ١١ المعدلة بقانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية ذي الرقم ١ لعام ٢٠١٤ المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٣٠٨ في ٢٠١٤/٢/٣.
- ٦ - أفتى مجلس شوري الدولة بعدم جواز إعادة توظيف المتقاعد الذي تجاوز السن القانونية إلا بقانون. فتواه ذات الرقم ٢٠٠٧/٧٩ في ٢٠٠٧/١٢/١٦ منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٧، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شوري الدولة، ص ٢٧٩. وفتواه ذات الرقم ٢٠٠٥/٧٢ في ٢٠٠٥/١١/١٦، نقلاً عن صباح صادق جعفر، مجلس شوري الدولة، ط ١، بلا دار نشر، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١٨٤ و ١٨٥.
- ٧ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٠٤٠ في ١٩٨٥/٤/٨. كما صدرت تعليمات تنفيذه ذات الرقم ٧ لعام ١٩٨٥ والمنشورة في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٠٥٣ في ١٩٨٥/٧/٨. وقد أفتى مجلس شوري الدولة بان القرار المذكور هو الأساس القانوني لجواز التعاقد مع المتقاعدين على وفق الشروط المذكورة فيه. فتواه ذات الرقم ٢٠٠٩/٩ في ٢٠٠٩/٢/١٧، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٩، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شوري الدولة، بغداد، ص ٤٨ و ٤٩.
- ٨ - المادة ١ من القرار المذكور. ويشترط للتعاقد مع المتقاعد على وفق هذا القرار وتعليماته ذات الرقم ٧ لعام ١٩٨٥ ما يأتي:
 - ١- أن يكون المرشح متقاعداً من الإدارات العامة الحكومية أو من العسكريين أو من متقاعدي قوى الأمن الداخلي.
 - ٢- أن تتوافر في المتقاعد الشروط اللازمة لإشغال العمل المتعاقد عليه.
 - ٣- توافر الشاغر في ملاك المتقاعدين العراقيين في الإدارات العامة الحكومية والقطاعين المختلط.
 - ٤- عدم احتساب مدة التقاعد للمشتغلين بالقرار خدمة لأغراض التقاعد والضمان الاجتماعي.
 - ٥- أن لا يكون سبب الإحالة إلى التقاعد أسباب تقصيرية أو لعدم الكفاية.

المتقاعدون الذين يتصفون بمؤهلات علمية أو فنية تخصصية معينة، فيجوز تشغيلهم بدوام جزئي لعدد معين من أيام الأسبوع أو لساعات محددة يوميا مقابل اجر شهري مقطوع يمكن الاتفاق عليه (١).

ثانيا - أن يجري إعادة توظيفه بقرار من الوزير المختص أو رئيس الإدارة غير المرتبطة بوزارة (٢) حصراً، ولم ينص القرار على جواز التفويض في هذا الاختصاص، ومن ثم لا يمكن التفويض فيه، فإذا صدر قرار إعادة التوظيف من إدارات أخرى غير الإدارات المذكورة، فيُعدّ القرار معيباً بعبء عدم الاختصاص البسيط أو الجسيم بحسب الجهة التي صدر منها. ويُعدّ رئيس الجامعة مختصاً بإعادة توظيف موظف الخدمة الجامعية استناداً إلى قانون الخدمة الجامعية ذي الرقم ٢٣ لعام ٢٠٠٨ (٣) المُعدّل، ولأنه قانون لاحق لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المذكور، كما انه قانون خاص يفيد القانون العام.

ثالثاً- أن يكون إعادة التوظيف بالعنوان الوظيفي الذي يحدده الوزير أو رئيس الإدارة غير المرتبطة بوزارة من غير التقيّد بالعنوان الوظيفي السابق، ومن ثم فقد منح المشرّع في القرار الإدارة سلطة تقديرية في اختيار العنوان الوظيفي الشاغر، فليس للموظف المعاد توظيفه حق مكتسب في التمسك بالبقاء في العنوان الوظيفي السابق.

رابعاً- وجود حاجة فعلية لخدماته تفرضها متطلبات العمل في المرفق العام على وفق التنظيم الإداري الهيكلي للإدارة المعنية (٤)، وهذه الحاجة تقدرها الإدارة في ضوء حاجة المرفق العام، ولها سلطة تقديرية في ذلك من دون الانحراف بها لتحقيق أغراض شخصية. فإذا تبين انعدام الحاجة إلى الموظف المعاد توظيفه، وان الغاية من إعادة التوظيف هو تحقيق أغراض شخصية لمصلحة الموظف، أو غيره، كان قرارها مشوباً بعبء الانحراف في استعمال السلطة. وغني عن البيان أن لكل إدارة جدولاً للوظائف يحدد في نهاية كل سنة مالية، ويجري المصادقة عليه من وزير المالية بناء على قانون الموازنة.

وقد منح المشرّع في القرار المتعاقدين بمقتضاه أجورهم ومخصصات معينة استناداً إلى العقد فضلا عن الراتب التقاعدي وهي مخصصات الخطورة، وببدل العدوى، والمخصصات التي تمنح للعاملين في المستشفيات والمستوصفات، وأجور النقل المقطوعة، فضلا عن أجور الأعمال الإضافية. كما منحهم إجازات متنوعة وهي إجازة اعتيادية باجر تام لمدة ثمانية أيام، وإجازة مرضية باجر تام لمدة ثمانية أيام، وإجازة من غير راتب لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوما. ينظر المادتان ٤ و ٧ من التعليمات ذات الرقم ٧ المذكورة.

١ - المادة ٢ من القرار. وقد قضت الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بان يستحق المتقاعد المتعاقد مع الإدارة العامة اجرا مقطوعاً يعادل اجر المستوى الأدنى التي يتعاقد عليها، وليس راتب الوظيفة التي كان يشغلها ودرجتها. حكمها ذي الرقم ٢٠٧/انضباط-تميز/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٥، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٤٩ و ٥٠.

٢ - أصبح هذا الاختصاص من اختصاصات مجلس الخدمة العامة الاتحادي استناداً إلى أحكام البند ثانيا من المادة ٩ من قانونه ذي الرقم ٤ لعام ٢٠٠٩. ولكن لم يكتب لذا القانون التنفيذ لغاية كتابة هذا البحث.

٣ - الفقرة ١ من البند أولاً من المادة ٦ منه.

٤ - البند أولاً من المادة ١ من التعليمات ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣ المذكورة.

خامساً- توافر الوظيفة الشاغرة التي تتناسب مع مؤهلاته وتتوافر فيه متطلبات إشغالها (١). وهو شرط بديهي في إشغال أي وظيفة سواء بإعادة التوظيف أم بغيرها من طرائق إشغالها سواء أكان بالتوظيف أم النقل أم الترقية. بل هو شرط حتى في طرائق الإشغال المؤقتة وهي : التنسيب، والانتداب، والإنبابة، والإعارة. فإذا كانت الوظيفة المراد إعادة توظيف الموظف فيها غير شاغرة أو أشغلت بأي طريقة من طرائق الإشغال الدائمة، فإن قرار إعادة التوظيف سيكون معيباً بعبء مخالفة القانون لمخالفة محله للقانون. وقد يصطدم هذا الشرط مع شرط عدم التقيّد بالعنوان الوظيفي السابق، لان مؤهلات المعاد توظيفه، قد لا تتناسب مع الوظيفة التي اختارتها الإدارة له.

سادساً- توافر الشروط المطلوبة للتوظيف فيه، وهذه الشروط على وفق قانون الخدمة المدنية المعدل، وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل هي :- الجنسية، والعمر، وشرط السلامة الصحية، وشرط حسن الخلق، والشهادة الدراسية (٢)، وعدم الزواج من أجنبية (٣).

ثامناً - عدم وجود مانع من توظيفه سواء أكان هذا المانع قانونياً أو صحياً. والمقصود بذلك أن لا يكون المرشح لإعادة التوظيف ممنوعاً من تولي الوظائف العامة، وهذا المانع قد يكون تشريعياً أو قضائياً، وقد يكون راجعاً إلى إصابته بمرض أو أمراض تمنعه من إعادة التوظيف. ومن ثم فإن هذا الشرط موجود أصلاً ولا حاجة إلى تكراره، لأنه من الشروط المطلوبة قانوناً للتوظيف.

أما إجراءات إعادة توظيف المتقاعد فهي إشعار الإدارة السابقة من الإدارة الراغبة في إعادة التوظيف لبيان رأيها بشأن إعادة التوظيف مع طلب اضبارته الشخصية (٤). ونرى أن رأي الإدارة السابقة لا يقوم عليه قرار إعادة التوظيف بل يكون استثناساً (٥)، فإذا كان هذا الرأي ايجابياً في أن سلوك الموظف المرشح لإعادة التوظيف كان حسناً، ولم يكن معاقباً بعقوبة وظيفية، أو كان معاقباً بعقوبة بسيطة، عندها يمكن التوصل إلى قرار نهائي بشأنه بعد فحص اضبارته الشخصية لمعرفة تاريخ المرشح لإعادة التوظيف الوظيفي والمهني.

الفرع الثالث : آثار إعادة توظيف المتقاعد

- ١ - البند ثانياً من المصدر السابق.
- ٢ - ينظر المادة السابعة من قانون الخدمة المدنية المعدل.
- ٣ - ينظر قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ذات الأرقام ٦٢٠ لعام ١٩٧٤ المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٣٦٢ في ١٩٧٤/٦/٨، و ١٥٠ لعام ١٩٨٠، المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٧٥٧ في ١٩٨٠/٢/١٨ و ٣٢٩ لعام ١٩٨٤، المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٩٨٦ في ١٩٨٤/٣/٢٦.
- ٤ - المادة ٢ من التعليمات ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣ المذكورة.
- ٥ - بخلاف الحال مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١١٧٨ لعام ١٩٧٥ الملغى الذي منع الإدارات العامة من إعادة توظيف أي موظف مستقيل صراحة أو حكماً في أي إدارة أو شركة عامة أو مختلطة إلا بموافقة الإدارة التي استقال منها صراحة أو حكماً. منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٥٠٠ في ١٩٧٥/١٢/١. وقد ألغى هذا القرار بالقانون ذي الرقم ٤٧ لعام ٢٠٠٧ المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٠٤٨ في ٢٠٠٧/٩/١.

إن آثار إعادة توظيف المتقاعد تظهر في احتساب خدمته الوظيفية السابقة (١) على ترك الوظيفة لأغراض الراتب، والزيادة السنوية، والترفيه، والتقاعد على وفق التشريعات النافذة (٢). وقد ألزم المشرع في القانون المتقاعد المعاد توظيفه والإدارة إشعار هيئة التقاعد الوطنية بمباشرة الوظيفة خلال تسعين يوماً منها، وبخلافه تفرض عليه غرامة مقدارها ٣% من راتبه التقاعدي عن كل شهر تأخير، إذا لم يجر الإشعار خلال السنة الأولى، وتضاعف هذه النسبة إذا زادت المدة عن السنة (٣). ويقطع الراتب التقاعدي عن المتقاعد عند إعادة توظيفه، إذ يتقاضى الراتب الوظيفي، أو المكافأة الشهرية، أو المخصصات الوظيفية، فلا يجوز الجمع بين الأخيرتين والراتب الوظيفي (٤). أما الجمع بين المكافأة الشهرية ومخصصات الوظيفة المعاد توظيف المتقاعد فيها فهو جائز ابتداءً، ولكن لا يجوز الجمع بين الراتب التقاعدي وتلك المخصصات (٥).

ونرى أن منح المخصصات الوظيفية إلى جانب المكافأة الشهرية قد أصبح الآن غير ممكن بعد صدور قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠١٤، لأن صياغة نص البند أولاً من المادة ٢٤ لا تسمح بذلك، إذ استعمل المشرع عبارة "... الراتب الوظيفي أو المكافأة الشهرية أو المخصصات الوظيفية...". أما صياغة الحكم نفسه في البند أولاً من المادة ١١ من قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٢٧ لعام ٢٠٠٦ الملغى فكانت "... يتقاضى المتقاعد الذي يعاد تعيينه في دوائر الدولة بأي صفة في وظيفة غير تقاعدية أو بعقد أو بعقد خاص راتبه التقاعدي أو المكافأة الشهرية ومخصصات الوظيفة المعاد تعيينه فيها أيهما أكثر ولا يجوز الجمع بينهما...".

وقد نظم المشرع في قانون التقاعد الموحد احتساب خدمة المتقاعد المعاد توظيفه لأغراض التقاعد بالشروط الآتية :-

- ١- إعادة المكافأة التقاعدية، إذا جرى استلامها منه.
 - ٢- إعادة فروق التوقيفات التقاعدية محسوبة على أساس راتبه الوظيفي بتاريخ طلب احتساب الخدمة.
- (١)

١ - عرّفت التعليمات ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣ الخدمة الوظيفية بأنها " الخدمة الوظيفية السابقة المقضية على الملاك الدائم في الدائرة التي انقطعت علاقة الموظف بها والتالية للحصول على الشهادة الدراسية، وإذا كان الموظف يحمل أكثر من شهادة دراسية فإن الاحتساب يتم وفق شهادة واحدة، وهي التي تحقق له راتباً أفضل ". المادة ٣ من التعليمات.

٢ - الفقرة ٢ من المادة ١ من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢ المذكور.

٣ - البند أولاً من المادة ٢٤ من المصدر السابق.

٤ - أن صياغة نص الفقرة ١ من البند أولاً من المادة ٤٥ غير دقيقة لغة ومتعارضة مع بعضها، فالجزء الأول من النص يلزم الموظف المعاد توظيفه باستلام راتب الوظيفة أو المكافأة الشهرية أو المخصصات الوظيفية مع قطع الراتب التقاعدي، أما الشق الثاني من النص فيلزمه باختيار الراتب التقاعدي عند إعادة توظيفه من دون استلام راتب الوظيفة أو مخصصاتها أو المكافأة الشهرية. فيحتاج النص إلى إعادة صياغة من خلال تعديلها على النحو الذي يزيل هذا التعارض.

٥ - فتوى مجلس شورى الدولة ذات الرقم ٢٠٠٩/٩ في ٢٠٠٩/٩/٢٧، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، المصدر السابق، ص ٤٨ و٤٩.

وقد أجاز المشرع للمتقاعد المعاد توظيفه تقسيط مبلغ المكافأة على أقساط متساوية تعادل خُمس الراتب الوظيفي مع زيادة ٣%، على أن يجري تسديد الأقساط جميعاً خلال خمس سنوات من تاريخ صدور قرار هيئة التقاعد الوطنية بالتقسيط (٢). ونرى أن تحميل المتقاعد بهذه الزيادة أمر غير مسوغ وغير عادل وندعو إلى رفعها من خلال تعديل القانون.

ونلاحظ أن المشرع في القانون لم ينظم موضوع رواتب الإجازات المتراكمة التي استلمها المتقاعد المعاد إلى الخدمة، وهل يعيدها أم لا؟ وعن إمكان الاستفادة منها مستقبلاً عند إحالته إلى التقاعد بشكل رواتب إذا لم يكن قد استفاد منها أو احتسابها ضمن الخدمة التقاعدية؟ لقد أجابت الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية عن هذا السؤال في حكمها الذي قالت فيه أن "من حق الموظف المتقاعد المعاد إلى الخدمة إعادة ما استلمه من رواتب الإجازات المتراكمة وحقه في الاستفادة من هذا الحق كلما تكررت إحالته إلى التقاعد وإعادته إلى الوظيفة ثانية" (٣).

وقد أفتى مجلس شوري الدولة بان "أولاً- تحتسب الخدمة المقضية قبل التعيين أو إعادة التعيين المدفوع عنها التوقيفات التقاعدية لأغراض التقاعد. ثانياً- تحتسب الخدمة الوظيفية المصرح عنها عند التعيين أو إعادة التعيين لأغراض الراتب والتقاعد. ثالثاً- للإدارة احتساب الخدمة الوظيفية السابقة غير المصرح بها لحالات التعيين أو إعادة التعيين بعد تاريخ إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٧٧ لعام ١٩٧٥ بموجب القانون ٤٧ لعام ٢٠٠٧ عند توافر شروط الوظيفة التي يتم التعيين فيها لأغراض الراتب. رابعاً- لا تحتسب الفروقات المالية الناجمة عن احتساب الخدمات الوظيفية السابقة" (٤).

كما تسترد من المتقاعد المعاد توظيفه قبل انتهاء مدة الإجازة أو العطلة الرواتب المستحقة عن المدة الباقية من الإجازة أو العطلة، وتستقطع جملة أو أقساطاً من الرواتب التي يستحقها بعد إعادته إلى الوظيفة (٥).

ويستحق المتقاعد بعد إعادة توظيفه الحقوق التقاعدية بعد احتساب خدمته التقاعدية الأخيرة مع خدمته السابقة، وقد منع المشرع أن يقل راتبه التقاعدي الأخير عن راتبه التقاعدي بتاريخ إعادة توظيفه أو راتب تقاعد قريبه الذي لم يعاد إلى الخدمة، والذي يماثله في الدرجة والخدمة (٦).

١ - البند أولاً من المادة ٢٣ منه.

٢ - البند ثانياً من المادة ٢٣ من قانون التقاعد الموحد.

٣ - حكمها ذي الرقم ٤٨/انضباط-تميز/٢٠٠٨ في ٢١/٢/٢٠٠٨. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٨، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شوري الدولة، بغداد، ص ٤٠٩ و٤١٠.

٤ - فتواه ذات الرقم ٢٧/٢٠١٢، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٩٧.

٥ - الفقرة ٤ من المادة الخامسة والأربعين من قانون الخدمة المدنية المعدل. وقد قضت الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة بصفتها التمييزية بان "من حق الموظف المتقاعد المعاد إلى الخدمة إعادة ما استلمه من رواتب الإجازات المتراكمة وحقه في الاستفادة من هذا الحق كلما تكررت إحالته إلى التقاعد وإعادته إلى الوظيفة ثانية". حكمها ذي الرقم ٤٨/انضباط -

تميز/٢٠٠٨ في ٢١/٢/٢٠٠٨. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٨، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شوري الدولة، بغداد، ص ٤٠٩ و٤١٠.

وقد قضى مجلس الانضباط العام بان تقاضي المتقاعد راتباً تقاعدياً في وظيفته السابقة أثناء ممارسته مهنة المحاماة لا يمنع من احتسابها للأغراض المحددة في المادة ١ من قانون احتساب ممارسة مهنة المحاماة ذي الرقم ٦٥ لعام ٢٠٠٧، لان قانون المحاماة لا يمنع المتقاعد من ممارسة مهنة المحاماة وتقاضي راتباً تقاعدياً أثناء ذلك. كما أن المتقاعد زاد خدمته السابقة (ضابطاً في الشرطة) السابقة على ممارسة مهنة المحاماة إلى خدمته الحالية، وليس خدماته اللاحقة على تاريخ انتمائه ل نقابة المحامين ومزاولة مهنة المحاماة بهذه الصفة (٢).

أما فيما يخص إعادة توظيف المتقاعدين من غير المدنيين من العسكريين أو الشرطة في وظيفة مدنية فيحكمه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١٠١٤ لعام ١٩٧٦ (٣) والذي أجاز إعادة توظيفهم بالشروط الآتية :-

- ١- أن يكون المرشح لإعادة التوظيف ضابطاً في الجيش أو متقاعداً متخرجاً من الكلية العسكرية أو نائب ضابط أو ضابط صف أو جندياً أو طالباً في الكلية العسكرية أو متقاعداً من هؤلاء، أو ضابطاً أو مفوضاً في الشرطة أو متقاعداً منها أو ضابط صف أو شرطياً أو متقاعداً منها (٤).
- ٢- أن يكون هؤلاء المرشحين من خريجي الكلية العسكرية أو من حاملي شهادة عليا أو شهادة من معهد عال أو شهادة مهنية أو أي شهادة عامة (ثانوية أو متوسطة أو ابتدائية) أو ما يعادلها أو شهادة مدرسة إعدادية الشرطة للمفوضين المعادلة للشهادة الثانوية أو اجتاز الدورات المذكورة في المادة ٩ من قانون الخدمة المدنية المعدل (٥).
- ٣- أن يكون إعادة التوظيف على وفق الراتب الذي يستحقه بموجب شهادته (٦).
- ٤- احتساب المدد الصافية اللاحقة للشهادة سواء أكانت عسكرية أو شرطة أو مدنية في الإدارات العامة، ممارسة لأغراض تحديد الراتب (٧).
- ٥- أن لا يزيد مجموع الراتب الاسمي المحتسب مع المخصصات عما كان يتقاضاه مع الراتب المُعزَف وهو في الخدمة العسكرية. وله أن يختار تحديد الراتب بموجب أي شهادة تمنحه راتباً أفضل إذا كان يحمل أكثر من شهادة (٨).

١ - البند ثانياً من المادة ٢٤ من قانون التقاعد الموحد.

٢ - حكمه ذي الرقم ٥٨٩/انضباط/٢٠١١ في ٢٩/٥/٢٠١١، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ٢٩٠ و٢٩١.

٣ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٥٥١ في ٤/١٠/١٩٧٦.

٤ - المواد ١ و٢ و٦ و٧ من القرار.

٥ - المصدر السابق نفسه.

٦ - المادة ٢ من القرار.

٧ - المصدر السابق نفسه.

٨ - المادتين ٦ و٣ من القرار.

أما إذا كان غير المدني لا يحمل شهادة عامة، فيجوز التعاقد معه على وفق قانون العمل، ويجري تحديد أجوره ابتداء بالحد الأدنى لأجر العامل الماهر للمهني منهم، أو غير الماهر لغير المهني منهم، مع احتساب خدمته الصافية العسكرية، أو في الشرطة، أو المدنية، والخدمة العمالية في الإدارات العامة، ممارسة لغرض منح الزيادة السنوية التي يستحقها، على أن لا يزيد مجموع أجره الشهري عما كان يتقاضاه من الراتب الاسمي قبل إعادة التوظيف (١).

وقد قضت الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بصفقتها التمييزية بان "...قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٠١٤ في ١٦/٩/١٩٧٦، أجاز تعيين العسكري المطوع في الوظائف المدنية مع احتساب صافي خدمته العسكرية لغرض تحديد الراتب، وحيث أن احتساب صافي خدمة العسكري المطوع المعين بصفته هذه في وظيفة مدنية، يكون من تاريخ المباشرة في الوظيفة المدنية..." (٢). كما قضت أن الخدمة العسكرية للمكلف قبل التوظيف تحتسب لأغراض التقاعد فقط استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢١٨ لعام ٢٠٠٢ (٣).

وأفتى مجلس شورى الدولة بان إعادة توظيف المستوضح بوظيفة مدنية من دون اشتماله بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١٠١٤ لعام ١٩٧٦، هو قرار إداري فردي صادر من الإدارة ومرجع الطعن به هو مجلس الانضباط العام (٤).

المطلب الثاني : إعادة توظيف المستقيل (٥)

سندرس في هذا المطلب مفهوم الاستقالة وأنواعها، وشروط إعادة توظيف المستقيل، ومذهب الإدارة العامة في إقليم كوردستان من آثار إعادة توظيف المستقيل. وذلك في ثلاثة فروع تباعاً.

الفرع الأول : مفهوم الاستقالة وأنواعها

إن الموظف المستقيل هو الذي انقطعت علاقته بالإدارة العامة بسبب عمل إرادي صادر منه سواء أكان صريحاً أو ضمناً على النحو الذي يؤدي إلى فقدان مركزه القانوني بصفته موظفاً بقرار إداري صادر

١ - المادتين ٨ و٤ من القرار.

٢ - حكمها ذي الرقم ٣١٤/انضباط-تمييز/٢٠١٢ في ٢٥/١٠/٢٠١٢. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ٢٦١. وحكمها ذي الرقم ٤٥٦/انضباط-تمييز/٢٠١٢ في ٢٠/١٢/٢٠١٢. منشور في المصدر السابق، ص ٢٧٣ و ٢٧٤.

٣ - حكمها ذي الرقم ١٤٤/انضباط - تمييز/٢٠١١ في ٢١/٤/٢٠١١. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ٢٦٥.

٤ - فتواه ذات الرقم ٧٣٠/٢٠١٢ في ٣٠/٩/٢٠١٢، منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ١٣٤.

٥ - منح أمر سلطة الائتلاف المؤقتة ذي الرقم ٨٨ في ١٢/٥/٢٠٠٤ القضاة أو أعضاء الادعاء العام الذين تركوا القضاء أو الادعاء العام بالاستقالة وعملوا في الحكومة، أو في الجمعية الوطنية أو مجلس الرئاسة أو مجلس الوزراء الحق في إعادة توظيفهم في القضاء العراقي بعد تركهم للوظائف المذكورة. وقد حدد المشرع لهؤلاء مدة ٩٠ يوماً بعد ترك الوظائف غير القضائية للعودة إلى وظائفهم القضائية، ويعودوا إلى المستوى والوظيفة التي كان يشغلها قبل ترك القضاء. منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٣٩٨٤ في ١/٦/٢٠٠٤.

من الإدارة العامة المختصة بقبولها (١). وقد عرّفها (بلانتي) بأنها "ترك الموظف وظيفته نهائياً بعمل إرادي منه يظهر فيه رغبته في تركها قبل بلوغ سن التقاعد" (٢).

والاستقالة حق من حقوق الموظف بمقتضى القانون، فلا يُجبر موظف ما على الاستمرار في أداء وظيفته على الرغم من إرادته، ولكن هذا الحق مقيد بمبدأ السير المنتظم للمرافق العامة وفي ضوء تحقيق المصلحة العامة (٣).

والاستقالة في سببها على نوعين : الاستقالة الصريحة وهي التي تحدث بناء على طلب (٤) يقدمه الموظف إلى الإدارة المختصة لإنهاء علاقته الوظيفية بها، ولا تنتج آثارها إلا بقبولها أو بمرور المدة الزمنية المحددة قانوناً (٥)، وهذه المدة في القانون العراقي هي ثلاثون يوماً، ولم يبيّن المشرع في القانون تاريخ بدئ سريانها، ونرى أنها تبدؤ من تاريخ تسجيلها لدى الإدارة المختصة، ومن ثم فإن قبول الاستقالة يمكن أن يكون صراحة بقبولها من الإدارة المختصة، أو ضمناً بمرور المدة المذكورة، وسكوت الإدارة عن إجابة طلب الموظف.

وتتشابه الاستقالة الصريحة في تقديمها من الموظف مع صورة الإحالة الاختيارية إلى التقاعد، فكلاهما يؤدي إلى انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة العامة بطلب من الموظف، والذي يُعدّ السبب الواقعي لقرار قبول الاستقالة وقرار الإحالة إلى التقاعد، وفي كليهما يمكن للمستقيل والمتقاعد إعادة التوظيف إذا توافرت الشروط القانونية فيهما. كما يشترط المشرع فيهما بعض الشروط الشكلية (٦).

إلا إنهما يختلفان في الآثار ففي الاستقالة لا يستحق المستقيل راتباً تقاعدياً إلا إذا توافرت فيه الشروط المذكورة في قانون التقاعد الموحد (٧) بخلاف الإحالة إلى التقاعد. كما يختلفان في الشروط، إذ يحدد المشرع

١ - أفتى مجلس شورى الدولة بان عدّ الموظف مستقيلاً يؤدي إلى فقدان مركزه القانوني موظفاً. فتواه ذات الرقم ٢٠١١/٩٤ في ٢٠١١/١٠/٥. منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ١٩٢.

2 - Plantey :Traite pratique de la fonction publique Tome I, 1963. P.247.

٣ - حمدي سليمان قبيلات، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب في القانون الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١٣٨.

٤ - نصت الفقرة ١ من المادة الخامسة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية المعدل على أن " للموظف أن يستقيل من وظيفته بطلب تحريري يقدمه إلى مرجعه المختص ".

٥ - نصت الفقرة ٢ من المصدر السابق على أن " على المرجع المختص أن يبيت في الاستقالة خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً، ويعد الموظف منفكاً بانتهائها إلا إذا صدر أمر القبول قبل ذلك ". كما نصت الفقرة ٣ على أن " إذا قدم الموظف استقالته وعيّن فيها موعداً للقبول فيجوز قبولها من تاريخ ذلك الموعد أو قبله ".

٦ - وهي الطلب المكتوب من الموظف وانتظار قبول قرار الاستقالة أو الإحالة الاختيارية إلى التقاعد أو سكوت الإدارة ومضي المدة القانونية لقبولها ضمناً. ينظر الفقرة ١ من المادة الخامسة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية المعدل، والبند رابعاً من المادة ١٢ من قانون التقاعد الموحد.

٧ - وهذه الشروط له هي إكمال الخمسين سنة من العمر وان يكون لديه خدمة تقاعدية لا تقل عن عشرين سنة، ولا يصرف الراتب التقاعدي عن المدة السابقة لتاريخ إكمال السن المذكور في الأحوال كلها. المادة ١٣ منه. أن هذا الحكم يختلف عن حكم المشرع في قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٢٧ لعام ٢٠٠٦ الملغى، الذي منع الراتب التقاعدي في حالة رفض طلب الاستقالة والاستقالة الحكيمة. ينظر البند خامساً من المادة ١ منه.

في القانون شروطاً موضوعية لقبول الإحالة الاختيارية إلى التقاعد، في حين لا يشترط المشرع في القانون أي شروط موضوعية لقبول الاستقالة، فالأصل فيها أنها عمل إرادي حر للموظف.

أما النوع الثاني للاستقالة فهي الاستقالة الحكيمة فهي تتحقق بغياب الموظف عن وظيفته المدة المحددة في القانون لعدّه مستقيلاً. وقد نظم المشرع في قانون الخدمة المدنية صور الاستقالة الحكيمة، وهي (١) :-

- ١- غياب الموظف المنقول عن مباشرة وظيفته المنقول إليها مدة أربى من خمسة أيام عدا أيام السفر المعتادة، إلا إذا نص قرار النقل على مدة تزيد عن ذلك، ولم يبد معذرة مشروعة.
- ٢- غياب الموظف بعد انتهاء إجازته (٢)، مدة أربى من عشرة أيام من تاريخ انتهائها، وعدم مباشرته فيها من غير عذر مشروع.

٣- غياب الموظف عن وظيفته مدة أربى من عشرة أيام من غير معذرة مشروعة تسوغ الغياب ويثار سؤال في هذا المقام عن اثر الموافقة اللاحقة للإدارة العامة أو عدم ممانعتها من إعادة توظيف المستقيل على تكييف الاستقالة ؟ وهل تتحول الاستقالة الحكيمة إلى استقالة صريحة بالقبول بهذه الموافقة حتى لو كانت بعد مدة زمنية طويلة ؟ لقد أجاب مجلس الانضباط العام على هذا السؤال في حكم له بقوله أن "...المدعية اعتبرت مستقيلة، وسبق أن زودت بكتاب تأييد بعدم الممانعة على التعيين، وبهذا تعتبر هذه المؤسسة موافقة على استقالتها وعدم الحاجة إلى خدماتها، وعليه فان موافقة المؤسسة اللاحقة بكتابها أعلاه على استقالة المدعية يكون بمثابة الموافقة السابقة على الاستقالة بتاريخها...". (٣). ونرى أن التكييف القانوني لقرار قبول الاستقالة يكون في وقت صدوره، في ضوء نوع السبب الواقعي له، فالموظفة قدمت طلباً بالاستقالة من وظيفتها، ولكنها لم تنتظر قبول استقالتها من الإدارة المختصة أو مضي المدة الزمنية المحددة في المادة ٣٧ من قانون الخدمة المدنية المعدل مع سكوت الإدارة المختصة، بل أن الإدارة المختصة رفضت طلبها هذا بقرار إداري صريح، فيكون التكييف القانوني السليم لاستقالتها في ضوء سببها بأنها استقالة حكيمة بموجب القانون. ولا يُغيّر من الأمر شيئاً قبول الإدارة اللاحق لطلب الاستقالة أو عدم الممانعة في إعادة توظيفها، لأنه جرى بعد مدة زمنية طويلة (خمس سنوات)، طالما أنها انقطعت عن وظيفتها ومضت المدة القانونية لعدّها مستقيلة. وإذا أرادت الإدارة التراجع عن قرار رفض قبول طلب الاستقالة، فيجب عليها سحبه واستبداله بقرار قبول الاستقالة من دون التقيّد بالمدة الزمنية المقررة للطعن بالقرار أمام القضاء، لأنه لا يرتب حقوقاً مكتسبة للغير.

١ - ينظر المادة السابعة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية المعدل.

٢ - نرى أن هذه الصورة تشترك مع الصورة التي بعدها، فالانقطاع لمدة عشرة أيام متواصلة يؤدي إلى تحقق حكم الاستقالة الحكيمة سواء انتهت الإجازة ولم يباشِر، أم انقطع الموظف عن الدوام فجأة للمدة المذكورة.

٣ - حكمه ذي الرقم ٨٥/٨٤/٢٠٨ عدلية في ١٩٨٥/٦/٢٦. حكم غير منشور.

أما شروط إعادة توظيف المستقيل وإجراءاته فينظمها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، وتعليماته ذات الرقم ٥ لعام ٢٠٠٣. ومن ثم لا نرى حاجة لتكرار ذكرها، سوى أن يكون المرشح مستقيلاً^(١)، ولم يميّز المشروع في الاستقالة بين نوعيها الصريح والضمني^(٢)، وبذلك فإن انتهاء العلاقة الوظيفية بين الإدارة والموظف لأي سبب آخر سوى الإحالة إلى التقاعد قبل بلوغ السن القانونية، لا يؤدي إلى سريان أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢ وتعليماته عليه، نحو إلغاء الوظيفة (تنسيق الملاك)، أو العزل، أو الإقصاء من الوظيفة لعدم الكفاية، أو بسبب عدم توافر شروط التوظيف كلها أو بعضها.

الفرع الثاني : آثار إعادة توظيف المستقيل

إن حقوق المستقيل المعاد توظيفه، ينظمها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٥١٤ لعام ١٩٨١^(٣)، والذي نص في فقرته الأولى على أن " يُعدّل راتب الموظف المستقيل إلى الراتب الذي كان يتقاضاه قبل الاستقالة، إذا أعيد تعيينه موظفاً براتب يقل عن راتبه السابق ". أما فقرته الثانية فنصت على أن " تراعى أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٩٣٠ في ١٢/٢٧/١٩٨٠ ". وبذلك فإن هذا القرار قد عدّل حكماً ما يخص راتب الموظف المعاد توظيفه في المواد الخامسة عشر^(٤)، والحادية والعشرين^(٥)، والثانية والعشرين^(٦) من قانون الخدمة المدنية المعدل، وذلك لأنه قرار له قوة القانون، وهو لاحق له، ويعالج الموضوع نفسه، كما أن سلطة الإدارة إزاءه ليست سلطة تقديرية، وإنما اختصاصها مقيد. بما يلزم الإدارة احتساب راتب المستقيل المعاد توظيفه من تاريخ مباشرته لوظيفته المعاد توظيفه فيها. ويشترط لذلك الشروط الآتية :-

- ١ - أفنى مجلس شورى الدولة بان الموظف الذي يستمر في عمله لدى إدارته الأصلية، ويتقاضى راتباً منها، ولم ينقطع عن الوظيفة، ولم تصدر إدارته قراراً بانفكاكه، لا يُعدّ مستقيلاً. فتواه ذات الرقم ٢٠١٢/١١٥ في ٢٠١٢/١٢/٩. منشورة في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، المصدر السابق، ص ١٩٨ و ١٩٩.
- ٢ - كان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٧٠٠ لعام ١٩٨٠ الملغى يميّز بين نوعي الاستقالة في الآثار، إذ منع المستقيل ضمناً أو حكماً من الاشتغال لحسابه الخاص أو لدى الغير إلا بعد موافقة الإدارة التي استقال منها، كما حرمهم من حقوقهم الناشئة عن خدمتهم السابقة، ومن حق الانتماء إلى النقابات، وشطب قيد من كان منتمياً منهم إليها. منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٧٧٧ في ١٩٨٠/٦/٢.
- ٣ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٨٢٨ في ١٩٨١/٥/٤.
- ٤ - تنص هذه المادة على أن "يوضع الموظف غير المثبت تحت التجربة من جديد إذا أعيد توظيفه بعد استقالته أو إلغاء وظيفته أو الاستغناء عنه، ولا يجوز منحه راتباً أكثر من راتبه السابق، إلا إذا جاز ذلك وفق أحكام هذا القانون".
- ٥ - تنص هذه المادة على أن "إذا أعيد تعيين الموظف المثبت الذي انتهت خدمته لأي سبب كان بدرجة أدنى من درجته السابقة، وشغرت وظيفة تعادل تلك الدرجة، فيجوز منحه راتب الدرجة المذكورة مع علاواتها، وتحسب المدة التي قضاها في الدرجة الأدنى لغرض الترفيع".
- ٦ - تنص هذه المادة على أن " لا يجوز إعادة تعيين الموظف المثبت الذي انتهت خدمته لأي سبب كان بدرجة أعلى من الدرجة التي كان يشغلها إلا إذا أكمل الشروط القانونية للترقية أو توفرت فيه المؤهلات الواردة في المادتين ٩ و ١٠ من هذا القانون، فيجوز إعادة تعيينه في الدرجة المناسبة لمؤهلاته".

١- أن يكون الموظف مستقيلًا سواء أكانت الاستقالة صريحة أم ضمنية. وبذلك تخرج أسباب انقطاع العلاقة الوظيفية الأخرى نحو الإحالة إلى التقاعد، والإقصاء من الوظيفة، أو الفصل، أو العزل، من أحكام تطبيق هذا القرار.

٢- أن يعاد توظيف المستقيل سواء في الإدارة التي استقال منها نفسها أو في إدارة عامة أخرى، وبذلك يخرج وضع التوظيف الجديد من أحكام تطبيق القرار أيضا. فضلا عن هذا فإن تعاقد المستقيل بعد استقالته من وظيفته السابقة لا يؤدي إلى احتساب راتبه السابق.

٣- أن يؤخذ بالحسبان عند إعادة راتب الموظف المستقيل المعاد توظيفه أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١٩٣٠ في ١٢/٢٧/١٩٨٠ (١).

والراتب المقصود في القرار المذكور هو الراتب الاسمي من غير المخصصات والزيادات الأخرى، ومن ثم فإن القرار المذكور جاء مجملًا لحقوق المستقلين المعاد توظيفهم في رواتبهم، أما قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢ فجاء مفصلاً لهذه الحقوق من خلال احتساب الخدمة الوظيفية السابقة خدمة لأغراض الراتب، والزيادة السنوية، والترفيغ، والتقاعد، ومن ثم فإن القرار ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢ جاء مكملًا للقرار ٥١٤ لعام ١٩٨١ فيما يخص حقوق المستقلين من الوظيفة، وزاد عليه صورة إعادة المتقاعدين إليها على الرغم من أن القرار الأخير قد يبدو أسهل في التطبيق من نظيره القرار ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، فهذا القرار يستلزم لتنفيذه مضمونه إحالة خدمة المستقيل الوظيفية إلى لجان احتساب الخدمة في الإدارات العامة، والتي قد يستغرق عملها وقتاً طويلاً، كما قد تجتهد بما يخالف نص القانون، أو بما يحدث اختلافاً بيناً بين راتب الموظف قبل الاستقالة وراتبه بعد إعادة توظيفه.

إننا نرى أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٥١٤ لعام ١٩٨١ يمنح المستقيل المعاد توظيفه راتبه الأخير قبل الاستقالة من غير ذكر الخدمة السابقة، ومدى إمكان احتسابها لأغراض تحديد الراتب، والزيادة السنوية، والترفيغ، والتقاعد (٢)، فجاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، ليُمكّن الإدارات العامة من إعادة توظيف المستقيل والمتقاعد مع احتساب خدمتهما لهذه الأغراض.

وقد قضى مجلس الانضباط العام في حكم له بان "...المدعية اعتبرت مستقيلة وسبق أن زودت بكتاب تأييد بعدم الممانعة على التعيين، وبهذا تعتبر هذه المؤسسة موافقة على استقالتها وعدم الحاجة إلى خدماتها، وعليه فإن موافقة المؤسسة اللاحقة بكتابها أعلاه على استقالة المدعية يكون بمثابة الموافقة السابقة على الاستقالة بتاريخها، وتأسيساً على ما تقدم فإن المدعية تكون مشمولة بقرار مجلس قيادة الثورة رقم ٥١٤ في

١ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٨١٣ في ١٩/١/١٩٨١. وهو يخص نقل الموظفين من الإدارات الخاضعة لقانون الخدمة المدنية المعدل إلى الإدارات التي تخضع لأحكام قوانين أو أنظمة أو قواعد أو تعليمات خدمة خاصة وبالعكس، وكذلك النقل بين الإدارات الأخيرة.

٢ - حكمه ذي الرقم ١٠٠٥ /انضباط- تمييز/ ٢٠١١ في ٢٢/٨/٢٠١١، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ٣٠٨.

١٩٨١/٤/٢٣ القاضي بتعديل راتب الموظف المستقيل إلى الراتب الذي كان يتقاضاه قبل الاستقالة، إذا أعيد تعيينه موظفاً براتب يقل عن راتبه السابق مع مراعاة أحكام قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٩٣٠ في ١٩٨٠/١٢/٢٧... إلزام وزارة العدل باحتساب خدمات المدعية الوظيفية في المؤسسة العامة... (١).

ونلاحظ أن مجلس الانضباط العام قضى في حكم له بان "...الخدمة العسكرية تحتسب لأغراض التقاعد و لا تحتسب لأغراض العلاوة والترفيح وذلك استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ٢١٨ لعام ٢٠٠٢، أما احتساب خدمات المدعي في دوائر الدولة والقطاع العام، فلا مانع من احتسابها لأغراض التقاعد إذا توافرت شروطها القانونية... قرر المجلس بالاتفاق الحكم بإلزام المدعي عليه ترويج معاملة احتساب الخدمات المدنية التي قضاها المدعي في دوائر الدولة والقطاع العام لأغراض التقاعد فقط...". أن هذا الحكم يخالف قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢ فيما يخص خدمة المعاد توظيفه المدنية والذي قضى باحتسابها لأغراض تحديد الراتب، والزيادة السنوية، والترفيح، والتقاعد، أما فيما يخص خدمته العسكرية، فلم يتضح من الحكم نوع الخدمة إلزامية كانت أم طوعية؟ فإذا كانت إلزامية فإن المجلس يكون موفقاً في الحكم، إذ لا يجوز احتسابها إلا لأغراض التقاعد استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢١٨ لعام ٢٠٠٢. أما إذا كانت الخدمة طوعية فإنها تحتسب للأغراض تحديد الراتب استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١٠١٤ لعام ١٩٧٦.

وإذا كان للمستقيل أكثر من خدمة في الإدارة التي استقال منها، أي أن تكون له خدمة وظيفية وخدمة مهنية نحو خدمة المحامي، فإن الخدمة المحتسبة هي الخدمة الأولى من دون الثانية، ولا يكون أمام المستقيل إلا الاستناد إلى نصوص التشريعات الاعتيادية التي تسمح باحتساب الخدمة المهنية نحو قانون احتساب مهنة المحاماة ذي الرقم ٦٥ لعام ٢٠٠٧ (٢)، وقانون حقوق الصحفيين ذي الرقم ٢١ لعام ٢٠١١ (٣)، لان القاعدة العامة في القانون العراقي هي عدم احتساب الخدمة المهنية لأغراض تحديد الراتب، أو لأغراض التقاعد عند التوظيف في الإدارات العامة استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٦٠٠ لعام ١٩٨٠ (٤).

هذا ويخسر المستقيل المعاد توظيفه إجازاته الاعتيادية والمرضية كافة إلا إذا كانت الاستقالة لغرض توظيفه بمنصب وزير، أو لانتخابه لعضوية مجلس النواب، أو للدراسة أو التخصص، وعندها يمكن الاستفادة منها عند إعادة توظيفه (٥).

١ - حكمه ذي الرقم ٨٥/٨٤/٢٠٨ عدلية في ١٩٨٥/٦/٢٦ المذكور.

٢ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٠٥٥ في ٢٦/١٢/٢٠٠٧.

٣ - المادة ١٦ من القانون المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٢٠٦ في ٢٩/٨/٢٠١١. واستناداً إلى الفقرة هـ من البند أولاً من المادة ١٨ من قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠١٤.

٤ - منشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٢٧٧٣ في ١٢/٥/١٩٨٠.

٥ - الفقرة ١ من المادة التاسعة والأربعين من قانون الخدمة المدنية المعدل.

ويمنح الموظف المستقيل بموافقة إدارته رواتب الإجازات المتراكمة بما لا يزيد عن ١٨٠ يوماً، ولا تحتسب خدمة لأغراض التقاعد ما زاد عن ذلك (١). كما لم يعالج المشرع العراقي مسألة عدم استفادة المستقيل المعاد توظيفه من رواتب الإجازات المتراكمة، على غرار المتقاعد المعاد توظيفه، ونرى قياساً عليه أن على الموظف المذكور إعادة رواتب الإجازات المتراكمة التي استلمها لغرض ضم مدد الإجازات المتراكمة قبل استقالته إلى مدد الإجازات المتراكمة بعد إعادة توظيفه لغرض الاستفادة منها عند إحالته إلى التقاعد أو استقالته مرة أخرى. وبخلاف ذلك يفقد حقه فيها ويخسرهما. لذلك نرى ضرورة إعادة المشرع النظر في نص المادة التاسعة والأربعين من قانون الخدمة المدنية، بما يساوي بين المستقيل والمتقاعد بهذا الشأن.

أما اثر إعادة توظيف المستقيل على حقوقه وخدمته الوظيفية، فان المشرع في قانون الخدمة المدنية المعدل أجاز احتساب مدة الدراسة العالية للموظف الذي يحمل شهادة أولية، وحصل على شهادة أعلى وجعلها استمراراً للخدمة لأغراض الزيادة السنوية والترقية على أن لا تزيد عن المدة الاصغرية اللازمة للحصول على تلك الشهادة (٢).

وقد يبرز سؤال بخصوص المستقيل المعاد توظيفه، وعماً إذا كان يستطيع الاختيار بين نظامي التوظيف وإعادة التوظيف عند إشغاله للتوظيفة مرة أخرى؟ نرى بان ليس هناك خيار للمستقيل إلا اختيار سبيل إعادة التوظيف لأنه اقل ضرراً على حقوقه من نظام التوظيف هذا من جهة، ولأنه يوافق الحقيقة في كونه قد سبق أن تولى وظيفة في مرفق عام، ولا يستطيع إنكارها، فالسبيل الوحيد لعودته للتوظيفة هو نظام إعادة التوظيف، وإذا أنكر ذلك واستعمل نظام التوظيف الجديد زوراً، فان ذلك يعد مساساً بأمانته وبأخلاقه وصدقه، وذلك يمثل إخلالاً بشروط التوظيف، وهو حسن الخلق، بما يمكن الإدارة من إقصائه من الوظيفة استناداً إلى نص المادة الثانية والستين من قانون الخدمة المدنية المعدل هذا من جهة أخرى.

الفرع الثالث: مذهب الإدارة العامة في إقليم كردستان العراق من احتساب خدمة المستقيل السابقة

ترفض الإدارة العامة في إقليم كردستان العراق احتساب خدمة المستقيل بموافقة إدارته والمعاد توظيفه في إدارتها سواء أكانت الخدمة الوظيفية السابقة في داخل الإقليم أم في خارجه (٣)، وذلك استناداً إلى التعليمات (تعميم) ذات العدد ٢٣ لعام ٢٠٠٤ الصادرة عن وزارة الموارد المالية والاقتصاد في الإقليم والتي منعت احتساب الخدمة الوظيفية السابقة إذا انقطعت العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة العامة بسبب

١ - الفقرة ٢ من المادة التاسعة والأربعين المعدلة بقانون تعديل قانون الخدمة المدنية ذي الرقم ٥٥ لعام ٢٠٠٧ المنشور في الوقائع العراقية ذات العدد ٤٠٦٢ في ٢٠٠٨/٢/١٨. وحكم الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية ذي الرقم ١٩٨/انضباط- تمييز/٢٠١١ في ٢٠١١/٦/٢٣، منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، المصدر السابق، ص ٢٧٤.

٢ - الفقرة ٢ من المادة العاشرة منه.

٣ - ينظر على سبيل المثال قرار رئاسة ديوان رئاسة مجلس وزراء الإقليم ذي الرقم ٥٠٠٧ في ٢٠١٥/٦/١٤، الفقرة ٩٣ منه.

الاستقالة. وهذه التعليمات (أو كما تسمى في الإقليم تعميمياً) تعدّ قراراً إدارياً غير مشروع للأسباب الآتية

-:

أولاً - انه خالف نص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٥١٤ في ٢٣/٤/١٩٨١، والذي نص على أن " يُعدّل راتب الموظف المستقيل إلى الراتب الذي يتقاضاه قبل الاستقالة إذا أعيد تعيينه موظفاً براتب يقل عن راتبه السابق "، ومن ثم خالف قانون الخدمة المدنية ذي الرقم ٢٤ لعام ١٩٦٠ المعدل، إذ إن هذا القرار يُعدّ معدّلاً لنصوص المواد الخامسة عشر، والحادية والعشرين، والثانية والعشرين من قانون الخدمة المدنية حكماً، فيما يخص راتب المستقيل المعاد توظيفه، ولأنه قانون لاحق لقانون الخدمة المدنية. وغني عن البيان أن لا يجوز لقرار إداري تنظيمي أو فردي أن يخالف نصاً تشريعياً اعتيادياً، لأنه في مرتبة أدنى في سلم مصادر المشروعية، فالقرار الإداري التنظيمي يعد قاعدة عامة ولكنه صادر من السلطة التنفيذية (الإدارة) فيكون مرتبة أدنى من مرتبة القواعد العامة الصادرة من السلطة التشريعية في صورة التشريعات الاعتيادية على وفق المعيار الشكلي الراجح في تمييز الأعمال القانونية (١).

ثانياً - أن سلطة الإدارة إزاء هذا القرار - الذي له قوة القانون - ليست سلطة تقديرية، وإنما مقيدة كما هو واضح من صياغة نصه.

ثالثاً - إن فيه تمييزاً في المعاملة، وإخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون، هذا المبدأ الذي كفله الدستور العراقي النافذ في المادة ١٤ والتي تنص على أن " العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي "، لأن الإدارة فيه تعامل المستقلين المعاد توظيفهم معاملة مختلفة على الرغم من وجودهم في مراكز قانونية واحدة (إعادة توظيف - استقالة)، فهي تقوم باحتساب خدمة المستقلين استقالة حكومية (٢)، وترفض ذلك إذا كانت الاستقالة صريحة. ومن ثم فإن قرار رفض إضافة الخدمة يكون مصاباً بعيب مخالفة القانون (مخالفة الدستور).

رابعاً - انه يتعارض مع المبادئ العامة السائدة في الوظيفة العامة في هذا الصدد، فنلاحظ مثلاً أن الحالات المماثلة في خارج الإقليم، ونقصد بها المركز في بغداد مثلاً وغيرها من محافظات العراق، يجري فيها احتساب خدمة المستقيل المعاد توظيفه وتعديل راتبه استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٥١٤ في ٢٣/٤/١٩٨١ المذكور، وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ في ٢٠٠٢، والتعليمات ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣. فهل من المعقول والمقبول أن يجري تطبيق حكمين

١ - لمزيد من التفصيلات ينظر لوران دو بيسييه، تدرج القواعد وتدرج السلطات، مجلة القانون العام الفرنسية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد ٢، ٢٠٠٧، ص ٤١٧ - ٤٣٨.
٢ - ينظر على سبيل المثال قراراتها ذات الأرقام ١٥١٥ في ٢٤/٢/٢٠١٥، الفقرة ٧٠. و٦٥٠١ في ٢١/١٠/٢٠١٤، الفقرة ١٢١. و١٠٩٠٦ في ٨/١٠/٢٠١٢، الفقرة ٩٦ وغيرها.

متعارضين على حالتين متشابهتين على الرغم من أن القانون المطبق هو قانون واحد، وهو قانون الخدمة المدنية المُعدّل؟ أما في القانون المقارن فنجد المادة ٥٨ من نظام الخدمة المدنية ذي الرقم ٨٢ لعام ٢٠١٣ الأردني^(١)، وقانون الخدمة المدنية ذي الرقم ١٨ لعام ٢٠١٥ المصري^(٢)، يمنحان الحق للموظف في العودة إلى راتبه المقرر قبل انتهاء علاقته بالإدارة العامة، ويمنحانه حق احتساب خدمته السابقة، وهذه القوانين على الرغم من كونها غير ملزمة للقاضي في القانون العراقي إلا أنه يستأنس بأحكامها لمعرفة اتجاه المشرع في القانون المقارن، كما يمكن الاستفادة منها في تكوين مبدأ عام، كونها نظم قانونية مشابهة لنظامنا القانوني.

خامساً- إن هذا الرفض لاحتساب الخدمة يعدم أي فائدة أو جدوى من التمييز بين التوظيف وإعادة التوظيف، ويساوي بين الموظفين الذين يوجدون في مراكز قانونية مختلفة، ويحرم الموظف المعاد توظيفه من حقوقه على نحو غير عادل، ويهدر حقاً من حقوق الإنسان المكفولة في الشرائع السماوية وإعلانات حقوق الإنسان، والقوانين الوضعية.

سادساً- انه يشكل عقوبة غير منصوص عليها في القانون أو عقوبة مبطنة للموظف المستقيل بموافقة إدارته، فالعقوبات الوظيفية - وكما هو معروف - لها اثر مالي سلبي على المركز القانوني للموظف العام، والموظف المستقيل استقالة صريحة اتبع السياقات القانونية والطريقة المناسبة في إنهاء علاقته بالإدارة العامة لأي سبب من الأسباب، إذ قد يرغب الموظف في تقديم استقالته لأسباب مختلفة، فيقدم طلباً بالاستقالة، ويلتزم بالاستمرار في الدوام لحين موافقة الإدارة على الطلب، فتوافق الإدارة عليه بصدور رجب، لأن تركه الوظيفة بهذه الطريقة لا يؤثر على انتظام سير المرافق العامة واستمرارها، بخلاف الموظف المستقيل حكماً أي الذي ترك وظيفته فجأة وانقطع عنها مدة أكثر من عشرة أيام متواصلة، أو الموظف الذي تعرض إلى عقوبة العزل، أو الموظف الذي جرى إقصاؤه من الوظيفة بسبب استعماله وسائل غير مشروعة في التوظيف، فليس من العدالة بمكان مساواة هذه الحالات في التعامل مع حالة الموظف المستقيل استقالة صريحة بموافقة الإدارة العامة.

سابعاً- تغفل الإدارة العامة في إقليم كوردستان في أكثر الأحيان ذكر السند أو النص أو المادة القانونية (السبب القانوني) الذي تستند إليه في قرار رفض احتساب الخدمة. ومن ثم يقع على عاتق المدعي البحث عنه وتقصيه، والسؤال عن أسباب رفض احتساب الخدمة القانونية. والمستقر قضاء وفقها أن قرارات الرفض التي تسبب ضرراً للأفراد يجب أن تسبب من الإدارة العامة^(٣) لكي يتسنى للمعني منه والقضاء

١ - منشور في الجريدة الرسمية ذات العدد ٥٢٦٢ في ٢٩/١٢/٢٠١٣.

٢ - منشور في الجريدة الرسمية العدد ١١ (تابع) في ١٢/٣/٢٠١٥.

٣ - د. سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، ط ٦، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩١، ص

التثبت من صحة الأسباب القانونية التي بني عليها القرار . وبذلك فان القرارات المذكورة مصابة بعيب في ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري .

ثامناً- إن هذه التعليمات الصادرة عن وزارة الموارد المالية والاقتصاد في إقليم كردستان، قد خالفت نص القانون، إذ حرمت أو منعت حالات يسمح بها القانون باحتساب الخدمات فيها، وبذلك تكون الإدارة هنا قد شرّعت ما ليس من اختصاصها، وتكون قراراتها في هذا الشأن مصابة بعيب عدم الاختصاص الجسيم أو عيب اغتصاب السلطة. وتكون قد مارست اختصاص التشريع من خلال قرارات إدارية تنظيمية (تعليمات)، وبذلك تكون هذه التعليمات خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات المذكور في المادة ٤٧ من الدستور والتي تنص على أن " تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وتمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ". ولئن كانت هذه التعليمات مصابة بعيب عدم الاختصاص الجسيم (عيب اغتصاب السلطة) فإنها تتحدر بالقرار الإداري إلى العدم، إذ لا تكون له أي آثار قانونية، وإنما آثار مادية فقط، فضلاً عن تبعات أخرى على نحو ما اتجه إليه القضاء الإداري العراقي والمقارن (١).

تاسعاً- إن الإدارة العامة المختصة باحتساب الخدمة للموظفين في إقليم كردستان تستند إلى هذه التعليمات في حالة وتهملها في حالات أخرى. أي بمعنى أنها تحتسب الخدمة الوظيفية السابقة في حالة الاستقالة الحكيمة، وترفضها في حالة الاستقالة الصريحة، بما يشكل مخالفة لهذه التعليمات في قراراتها الإدارية الفردية، إذ أن التعليمات منعت احتساب الخدمة الوظيفية في حالات الاستقالة مطلقاً سواء أكانت صريحة أم ضمنية. فهل يجوز إهمال التعليمات تارة وتطبيقها تارة أخرى على حالات متشابهة ضمن مفهوم واحد بموجب القانون ؟

الخاتمة

بعد دراستنا المتواضعة لإعادة توظيف المتقاعد والمستقيل في القانون العراقي، فقد توصلنا إلى النتائج والمقترحات الآتية :-

أولاً :- النتائج

١- إن مصطلح إعادة التوظيف أكثر دقة لغتياً من مصطلح التعيين المستعمل في أكثر التشريعات الخاصة في الوظيفة العامة في القانون العراقي للدلالة على إشغال وظيفة شاغرة في مرفق عام على نحو دائم.

٢- لم يُعرّف المشرع العراقي مفهوم إعادة التوظيف، وقد سارت على هذا النهج أحكام القضاء الإداري العراقي.

٣- أن إعادة التوظيف هو " إشغال وظيفة شاغرة في مرفق عام من موظف انتهت علاقته بالإدارة العامة لأسباب مختلفة، بقرار إداري في الأحوال التي يجيزها المشرع في القانون مع احتفاظه بأكثر حقوقه الوظيفية السابقة " .

٤- يتميز نظام إعادة التوظيف بأنه استثنائي لمركز قانوني قائم، وليس إنشاءً لمركز قانوني جديد، كما يحتفظ الموظف المعاد توظيفه بأكثر حقوقه الوظيفية فيه.

٥- يتميز نظام إعادة التوظيف من نظامي التوظيف والترقية بمجموعة من الخصائص من أهمها استثناف علاقة الموظف مع الإدارة العامة، وإعادة راتب الموظف إلى راتبه الأخير قبل انقطاع هذه العلاقة، وعدم خضوعه إلى مدة التجربة.

٦- تبرز السلطة التقديرية الواسعة في هذا الطريقة من طرائق الوظائف العامة، كونها تتيح للإدارة اختيار المتقاعد أو المستقيل أو رفضه في الوظيفة الشاغرة، من دون اللجوء إلى طريقة المسابقة أو الامتحان.

٧- هناك صور عديدة لإعادة التوظيف في القانون العراقي أهمها إعادة توظيف المتقاعد، والمستقيل، والمفصول.

٨- قد يختلط مفهومًا إعادة التوظيف والترقية مع بعضهما في الحالة التي يجري فيها إعادة توظيف متقاعد أو مستقيل في وظيفة أعلى من وظيفته السابقة، إذا توافرت فيه شروط الترقية.

٩- أضحي اختصاص إعادة توظيف المتقاعد والمستقيل من اختصاصات مجلس الخدمة العامة الاتحادي بعد صدور قانونه، ولكن لم يكتب لهذا القانون التنفيذ لغاية الآن.

١٠- زاد المشرع العراقي في قانون التقاعد الموحد صوراً جديدة للإحالة إلى التقاعد لم تكن موجودة في قوانين التقاعد الملغاة.

١١- هناك حالات كثيرة مارست فيها الإدارة اختصاصاتها في الإحالة الإلزامية إلى التقاعد بشكل مخالف للقانون.

١٢- اشتمل المشرع في قانون التقاعد الموحد الجديد الاستقالة بنوعها بالراتب التقاعدي إذا توافرت شروطه فيه.

١٣- تحكم شروط إعادة توظيف المتقاعد والمستقيل وإجراءاته قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم

٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، وتعليماته ذات الرقم ٥ لعام ٢٠٠٣.

- ١٤- إذا لم يمكن إعادة توظيف المتقاعد على وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، فيمكن التعاقد معه على وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٣٦١ لعام ١٩٨٥، وتعليماته ذات الرقم ٧ لعام ١٩٨٥.
- ١٥- نرى أن رأي الإدارة السابقة في الإشعار المقدم من الإدارة الراغبة في إعادة توظيف المتقاعد والمستقيل إليها، ليس ملزماً لها بل هو من باب الاستئناس أو الاسترشاد.
- ١٦- إن منح المخصصات الوظيفية إلى جانب المكافأة الشهرية للمتقاعد المعاد توظيفه، قد أصبح أحياناً غير ممكن في ظل قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠١٤.
- ١٧- إن تقاضي المتقاعد المعاد إلى الوظيفة راتباً تقاعدياً لا يمنع من احتساب خدمته المهنية في المحاماة مع خدمته الوظيفية لأغراض تحديد الراتب والترفيه والتقاعد.
- ١٨- إن إعادة توظيف غير المدنيين من العسكريين والشرطة في وظيفة مدنية يحكمه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١٠١٤ لعام ١٩٧٦.
- ١٩- يجب التمييز في الاستقالة بين طلبها الذي هو عمل إرادي حر من الموظف، وبين قبولها وهو عمل إداري إرادي من الإدارة العامة.
- ٢٠- إن الاستقالة عملية تبدأ بطلب أو غياب، وتنتهي بقبول أو رفض أو مضي المدة مع سكوت الإدارة.
- ٢١- إن قبول طلب الاستقالة يمكن أن يكون صريحاً، كما يمكن أن يكون ضمنياً.
- ٢٢- إن الاستقالة في سببها يمكن أن تكون صريحة، كما يمكن أن تكون حكمية.
- ٢٣- إن انتهاء مدة الإجازة وعدم مباشرة الموظف المجاز خلال مدة عشرة أيام يحقق حكم انقطاع الموظف عن وظيفته المذكور في الفقرة ٣ من المادة السابعة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية المعدل.
- ٢٤- تتشابه الاستقالة الصريحة بطلب مع صورة الإحالة الاختيارية بطلب في الكثير من الخصائص.
- ٢٥- إن الموافقة اللاحقة على طلب الاستقالة بعد رفضها من الإدارة، أو عدم الممانعة من إعادة التوظيف، وغياب الموظف عن وظيفته، لا يؤدي إلى تغيير القرار الإداري الصادر برفض الاستقالة إلى القبول، ولا يُعَيَّر من نوع الاستقالة من حكمية إلى صريحة، طالما جرى خارج المدة الزمنية المقررة للطعن بالقرار أمام القضاء حفاظاً على استقرار الأوضاع والمراكز القانونية، وإغلاق باب من أبواب الفساد الإداري في الإدارات العامة.
- ٢٦- أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢، جاء مكملاً ومفصلاً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٥١٤ لعام ١٩٨١.

٢٧- إن قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم ٥١٤ قد عدّل الأحكام المذكورة في المواد الخامسة عشر، والحادية والعشرين، والثانية والعشرين من قانون الخدمة المدنية المعدل، فيما يخص راتب المستقيل المعاد توظيفه.

٢٨- لم ينظم المشرّع في قانوني الخدمة المدنية المعدل والتقاعد الموحد، موضوع عدم استفادة المتقاعد والمستقيل من رواتب إجازاته المتراكمة، وإمكان احتسابها مستقبلاً برواتب أو لأغراض الخدمة التقاعدية.

٢٩- ترفض الإدارة العامة في إقليم كردستان العراق احتساب الخدمة الوظيفية للمستقيل استقالة صريحة على نحو غير مشروع.

ثانياً- المقترحات

١- ندعو المشرع العراقي إلى الاستقرار على استعمال مصطلح التوظيف بدلاً من مصطلح التعيين، لعدم دقة الأخير في التعبير عن مفهوم إشغال وظيفة شاغرة من موظف في مرفق عام بصورة دائمة.

٢- ندعو المشرّع العراقي إلى تعديل البندين ثانياً وخامس عشر من المادة ٩ من قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي والإبقاء على اختصاص الإدارات العامة في إعادة توظيف المتقاعد والمستقيل، وترك ما سواه من التوظيف والترقية إلى مجلس الخدمة العامة الاتحادي، نظراً لاختلاف طبيعته وخصائصه عنهما، ولكون الأمر يخص شروطاً وحالات فردية وفنية وعلمية على الأكثر تُقدّرهما الإدارة العامة المختصة في ضوء خدمة المتقاعد أو المستقيل السابقة ومدى حاجة المرفق العام إلى خدماته. على أن يكون الأمر في النهاية تحت رقابتي المجلس والقضاء منعاً للانحراف في استعمال السلطة.

٣- ندعو القضاء الإداري العراقي بعد تطوير تشكيلاته بصدر قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة ذي الرقم ١٧ لعام ٢٠١٣ إلى تعريف المصطلحات التي اغفل المشرّع تعريفها، ولاسيما إعادة التوظيف، لأهمية ذلك في تطوير الوظيفة العامة والنهوض بالمرافق العامة، وتجنب المنازعات، وعدم تداخل المفاهيم مع بعضها.

٤- ندعو المشرع العراقي إلى لملمة شتات قواعد إعادة التوظيف في إطار فصل مستقل في قانون الخدمة المدنية النافذ أو في قانون الخدمة المدنية الجديد، لتجنب الوقوع في الزلل في تطبيق قواعده على الحالات المشتملة. وإغناء هذا الفصل بالقواعد المتناثرة في قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل، ولاسيما القراران ٢٢٠ و ٥١٤. وقواعد التعاقد مع المستقيل والمتقاعد.

٥- ندعو المشرّع العراقي إلى تعديل نص الفقرة ج من البند ثانياً من المادة ١٢ من قانون التقاعد الموحد، واستبدالها بشرط عدم جواز إعادة توظيف الموظفة مستقبلاً لحين بلوغ أطفالها سن الرشد.

- ٦- ندعو المشرع العراقي إلى تقييد شرط أن يكون إعادة توظيف المتقاعد والمستقيل بالعنوان الوظيفي الذي يختاره الوزير أو رئيس الإدارة غير المرتبطة بوزارة، حتى لا يتعارض مع شرط توافر الوظيفة الشاغرة التي تتناسب مع مؤهلات المعاد توظيفه، وتتوافر فيه مؤهلات إشغالها.
- ٧- نرى أن شرط عدم وجود مانع يعود إلى حالة المرشح لإعادة التوظيف الصحية، هو شرط مكرر لما ذكره المشرع في البند ثالثاً من التعليمات ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣، في استلزام توافر شروط التوظيف في المرشح لإعادة التوظيف.
- ٨- ندعو المشرع بيان الأثر الناجم عن رأي الإدارة السابقة السلبى من المرشح لإعادة التوظيف، وتأثيره في قرار إعادة التوظيف.
- ٩- ندعو إلى توحيد أحكام القرارين ٥١٤ و ٢٢٠ في أحكام واحدة في قانون الخدمة المدنية، بأن يعاد راتب المتقاعد والمستقيل إلى راتبهما الأخير قبل الإحالة إلى التقاعد والاستقالة، واحتساب خدمتهما لأغراض تحديد الراتب والترفيه والتقاعد.
- ١٠- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل صياغة نص الفقرة ١ من البند أولاً من المادة ٤٥ من قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠١٤، لأنها متعارضة مع بعضها، بما يزيل هذا التعارض.
- ١١- ندعو المشرع العراقي إلى بيان الأثر المترتب على إقرار الموظف في التوظيف بأنه لم يوظف سابقاً، ثم تبين للإدارة خلاف ذلك في الوظيفة التي يشغلها.
- ١٢- ندعو مجلس شورى الدولة العراقي إلى الإسهام الفعّال في مكافحة الفساد الإداري من خلال الفتاوى التي تحفظ للوظيفة العامة في العراق قيمتها، وعدم التساهل مع حالات الغش والخديعة ومخالفة القانون من الموظفين.
- ١٣- ندعو القضاء الإداري العراقي إلى أن تكون أحكامه أكثر دقة وتفصيلاً مما هي عليه الآن، وتحري المبادئ القانونية، واستخلاص مبادئ قانونية جديدة، واستنباطها بما ينسجم مع الواقع القانوني الحالي.
- ١٤- ندعو المشرع العراقي إلى فصل القضاء الإداري العراقي عن وزارة العدل، وإنشاء مجلس الدولة العراقي انسجاماً مع نص المادة ١٠١ من دستور ٢٠٠٥ العراقي النافذ.
- ١٥- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل البند ثانياً من المادة ٢٣ من قانون التقاعد الموحد، وإزالة نسبة ٣% المفروضة على تقسيط مبلغ المكافأة، لتعارضها مع مبادئ العدالة.
- ١٦- ندعو المشرع العراقي إلى احتساب الفروقات المالية الناجمة عن احتساب الخدمة الوظيفية السابقة انسجاماً مع حكم القانون.

- ١٧- ندعو المشرع العراقي إلى إلغاء نص الفقرة ٢ من المادة السابعة والثلاثين من قانون الخدمة المدنية المُعدّل، لاشتراك حكمها مع الفقرة ٣ نفسها.
- ١٨- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل أحكام المواد الخامسة عشر والحادية والعشرين، والثانية والعشرين من قانون الخدمة المدنية المُعدّل، بما يسمح بمنح المعاد توظيفه حقوقه المالية العادلة.
- ١٩- ندعو المشرع العراقي إلى سن نص يمنع ترك الخيار للمعاد توظيفه في الاختيار بين نظامي التوظيف وإعادة التوظيف، إذا كان موظفاً، انقطعت علاقته الوظيفية بالإدارة العامة في السابق.
- ٢٠- ندعو القضاء الإداري العراقي إلى عدم الاجتهاد في وجود النص في عدم احتساب الخدمة الوظيفية في بعض الحالات إلا لأغراض التقاعد فقط، بما يخالف أحكام القرارين ٢٢٠ و ٥١٤.
- ٢١- ندعو المشرع العراقي إلى سن نص يشترط موافقة الإدارة السابقة على إعادة توظيف المتقاعد والمستقل، وإن يضع معياراً موضوعياً لذلك منعا لانحراف الإدارة في استعمال السلطة، ومنح المتقاعد أو المستقل فرصة الطعن في قرار الإدارة الصادر بهذا الشأن.
- ٢٢- ندعو المشرع العراقي إلى إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٦٠٠ لعام ١٩٨٠ لتعارضه مع الدستور، ومبادئ حقوق الإنسان، واحتساب الخدمة المهنية خدمة لأغراض تحديد الراتب، والترفيه، والتقاعد.
- ٢٣- ندعو إلى إلغاء نص الفقرة ١ من المادة التاسعة والأربعين من قانون الخدمة المدنية المُعدّل، واحتساب الإجازات المتراكمة للمستقبل المعاد توظيفه لأغراض الحصول على رواتبها عند تقاعده أو لأغراض التقاعد.
- ٢٤- ندعو إلى معالجة حالة عدم استفادة المتقاعد والمستقل المعاد توظيفهما من الإجازات المتراكمة أو استفادتهما منها.
- ٢٥- ندعو الإدارة العامة المختصة في إقليم كردستان العراق إلى احتساب الخدمة الوظيفية للمستقل بموافقة إدارته خدمة لأغراض تحديد الراتب، والترفيه، والتقاعد انسجاماً مع حكم القانون.

قائمة المصادر

أولاً - الكتب والاطاريح

- ١- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج ١ و ٢، ط ٢، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، اسطنبول، ١٩٨٩،
- ٢- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، ط ٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.
- ٣- إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، دار المعرفة، بيروت، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م،

- ٤- حمدي سليمان قبيلات، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب في القانون الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
- ٥- د. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
- ٦- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٧- د. سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، ط٦، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩١.
- ٨- د. محمد حسن علي و احمد فاروق الحميلي، الموسوعة العملية في نظام العاملين المدنيين بالدولة، ج ١، طرق شغل الوظيفة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦.
- ٩- د. هيثم حليم غازي، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥.

ثانياً - البحوث والدوريات

- ١- د. خالد رشيد علي، مفهوم الترقية والترقية وبعض مشكلاتهما في القانون العراقي، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٢٠، ٢٠١٠.
- ٢- شارل فورتييه، ضمان استمرار مرفق عام النقل البري للمسافرين : نهاية الاستثناء الفرنسي، مجلة القانون العام الفرنسية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد ٦، ٢٠٠٧.
- ٣- لوران دو بيسييه، تدرج القواعد وتدرج السلطات، مجلة القانون العام الفرنسية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد ٢، ٢٠٠٧.

ثالثاً - مجموعات الأحكام القضائية

- ١- صباح صادق جعفر، مجلس شورى الدولة، ط١، بلا دار نشر، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٢- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٧، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، بغداد.
- ٣- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، بغداد.
- ٤- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، بغداد.
- ٥- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد.
- ٦- قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد.

رابعاً - القوانين والقرارات

- ١- قانون الخدمة المدنية ذي الرقم ٢٤ لعام ١٩٦٠ المعدل.
- ٢- قانون التقاعد المدني ذي الرقم ٣٣ لعام ١٩٦٦ الملغى.
- ٣- قانون التنظيم القضائي ذي الرقم ١٦٠ لعام ١٩٧٩ المعدل.
- ٤- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة ذي الرقم ٨٨ لعام ٢٠٠٤.
- ٥- قانون التقاعد ذي الرقم ٢٧ لعام ٢٠٠٦ الملغى.

- ٦- القانون ذي الرقم ٤٧ لعام ٢٠٠٧.
- ٧- قانون تعديل قانون الخدمة المدنية ذي الرقم ٥٥ لعام ٢٠٠٧.
- ٨- قانون احتساب مهنة المحاماة ذي الرقم ٦٥ لعام ٢٠٠٧.
- ٩- قانون التعديل الأول لقانون التقاعد الموحد المرقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٧ الملغى.
- ١٠- قانون الخدمة الجامعية ذي الرقم ٢٣ لعام ٢٠٠٨.
- ١١- قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي ذي الرقم ٤ لعام ٢٠٠٩.
- ١٢- قانون حقوق الصحفيين ذي الرقم ٢١ لعام ٢٠١١.
- ١٣- نظام الخدمة المدنية ذي الرقم ٨٢ لعام ٢٠١٣ الأردني.
- ١٤- قانون التقاعد الموحد ذي الرقم ٩ لعام ٢٠١٤.
- ١٥- قانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية ذي الرقم ١ لعام ٢٠١٤.
- ١٦- قانون الخدمة المدنية ذي الرقم ١٨ لعام ٢٠١٥ المصري.
- ١٧- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ٦٢٠ لعام ١٩٧٤.
- ١٨- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١١٧٧ لعام ١٩٧٥ الملغى.
- ١٩- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١٥٠ لعام ١٩٨٠.
- ٢٠- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٦٠٠ لعام ١٩٨٠.
- ٢١- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٧٠٠ لعام ١٩٨٠ الملغى.
- ٢٢- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١٩٣٠ لعام ١٩٨٠.
- ٢٣- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٥١٤ لعام ١٩٨١.
- ٢٤- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٣٢٩ لعام ١٩٨٤.
- ٢٥- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٣٦١ لعام ١٩٨٥.
- ٢٦- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٦٠٣ لعام ١٩٨٧.
- ٢٧- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢١٨ لعام ٢٠٠٢.
- ٢٨- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ٢٢٠ لعام ٢٠٠٢.
- ٢٩- التعليمات ذات العدد ١١٩ لعام ١٩٧٩.
- ٣٠- التعليمات ذات الرقم ٧ لعام ١٩٨٥.
- ٣١- تعليمات الترقية العلمية في الجامعات والمعاهد العراقية ذات العدد ٣٦ لعام ١٩٩٢.
- ٣٢- التعليمات ذات العدد ٥ لعام ٢٠٠٣.
- ٣٣- التعليمات (تعميم) ذات العدد ٢٣ لعام ٢٠٠٤.
- ٣٤- قرار رئاسة ديوان رئاسة مجلس وزراء إقليم كردستان ذي الرقم ١٠٩٠٦ في ٨/١٠/٢٠١٢.
- ٣٥- قرار رئاسة ديوان رئاسة مجلس وزراء إقليم كردستان ذي الرقم ٦٥٠١ في ٢١/١٠/٢٠١٤.

- ٣٦- قرار رئاسة ديوان رئاسة مجلس وزراء إقليم كردستان ذي الرقم ١٥١٥ في ٢٤/٢/٢٠١٥
٣٧- قرار رئاسة ديوان رئاسة مجلس وزراء إقليم كردستان ذي الرقم ٥٠٠٧ في ١٤/٦/٢٠١٥.

خامسا - المواقع الالكترونية

١- الموقع الالكتروني، <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>

٢- الموقع الالكتروني www.moj.gov.iq/tmeez/

٣- الموقع الالكتروني www.iraqja.org

سادسا-المصادر الأجنبية

.1963. P.247،Tome I،1- Plantey :Traite pratique de la fonction publique presses universitaires ، part II، Droit administrative، 2- Georges Vedel Pierre Delvolve de France.

التعهد بنقل ملكية عقار

دراسة ومعالجة قانونية واقعية

أ.م.د. صلاح كريم جواد الخفاجي

كلية القانون والسياسة/ جامعة الكوفة

المقدمة

للعقار أهمية خاصة تأخذها التشريعات الوطنية بنظراً لإعتبار عند تنظيم احكامه لاسيما ما يتعلق منها بكيفية انتقاله الى شخص اخر وذلك لاسباب تتعلق بمتطلبات السيادة والامن والاقتصاد. فعقود البيع بشكل عام تعد من أهم العقود التي تحقق التوازن بين الإنتاج والإستهلاك (١)، لاسيما إذا تعلق بالعقار. وحيث ان معظم التشريعات - مدعومة من معظم الفقه - اكدت على اشتراط الشكلية واعتبارها ركناً من أركان العقد الذي لا يمكن للأفراد إلا ان يتفقوا مسبقاً على إبرامه وتنفيذ قسم من الالتزامات الواردة فيه وخصوصاً بالنسبة للثمن في عقد البيع. والغاية من اشتراط التسجيل وفقاً لرأي الدكتور إلياس ناصيف (٢) جعل إنتقال الملكية أمراً ظاهراً للملأ ومعرفة مالكة الحقيقي، فهذا الأمر مهم لما لنقل الملكية من مخاطر عدة (٣).

ان هذا السلوك من قبل الافراد يعد أمراً طبيعياً، اذ لا يعقل ان يقوموا بإبرام بيع العقار وتسجيله في سجلات التسجيل العقاري في وقت واحد، لذلك برزت معوقات وآثار سلبية بسبب التنظيم الذي صاغته التشريعات في معظم الدول مالت فيه لطرف على آخر ومغيبية في ذات الوقت أهمية ذلك للمجتمع، متناسية ما لحق الملكية من وظيفة إجتماعية يجب أن يؤديها، فالملكية حق ذاتي وحق إجتماعي في آن واحد يفرض على المالك والمجتمع (٤)، فنقل الملكية هو عمل إتفاقي يمارس في المجتمع بشكل واسع (٥).

لقد تحولت هذه الآثار الى مشاكل إنعكست سلبا على الاقتصاد كما برزت ظواهر مثل التنصل عن تنفيذ الالتزامات والتزوير وغيرها، كما خلق هذا الوضع مشاكل إجتماعية واجرامية وصلت حد القتل بسبب ارتفاع اسعار العقارات، خصوصاً في العراق وبشكل ملفت للنظر بسبب الظروف التي يعيشها، الأمر الذي يتطلب إعادة دراسة هذا الموضوع من الناحية القانونية ووضع معالجات واقعية لحل الإشكالات الناشئة عن التنظيم القانوني بإتجاه تدخل قضائي يخص نقل الملكية (٦). إننا سنسعى من خلال مفردات هذا البحث الى دراسة التعهد بنقل ملكية العقار بجميع جوانبه القانونية والتي سنوزعها على ثلاثة مباحث، نتناول في الاول ماهية التعهد بنقل ملكية عقار وتحديد طبيعته. وفي الثاني سنبحث تنظيم التعهد وفقاً لنصوص القانون المدني ، فيما سنخصص المبحث الثالث لتنظيم التعهد بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته.

إن هذه الدراسة تنصب على رأي الفقه والتشريع والقضاء لاسيما في العراق لخصوصية موقف المشرع وللظروف غير الطبيعية التي يعيشها. إن النتائج التي سنتوصل إليها بعد هذه الدراسة تمثل أفكاراً قابلة للنقاش والتعديل سعياً للمساهمة في إيجاد حلول ناجعة لإنهاء جميع المشاكل الناشئة عن تطبيق النصوص النافذة، علماً نشارك غيرنا ممن سبقونا ومن سيساهمون بعدنا بأفكارهم آمليين ان يوفق الله الجميع لما فيه الخير والسؤدد.

المبحث الاول

ماهية التعهد بنقل ملكية عقار وتحديد طبيعته

ان المهمة البحثية تفرض علينا تحديد معنى التعهد بنقل ملكية عقار وهو ما سنتناوله في المطلب الأول ومن ثم نشرع في تحديد طبيعته وهذا ما سيتضمنه المطلب الثاني.

المطلب الأول: تحديد معنى التعهد بنقل ملكية عقار

لانريد الإغراق في تحديد المعنى اللغوي والإصطلاحي لمفردة التعهد ولكننا وبعد إطلاعنا على العديد من المصادر اللغوية (٧) و التفسيرية (٨) توصلنا من خلالها الى أن المدلول فيها متقارب.

جاء في كتاب العين للخليل بن احمد الفراهيدي (٩) عند تحديده لمفردة العهد بأنه : الوصية والتقدم الى صاحبك (بشيء) . ومنه إشتق العهد الذي يكتب للولاية ويجمع على عهود. وقد عهد إليه يعهد عهداً والعهد الموثق وجمعه عهود.

والعهد : الإلتقاء والإلمام يقال : مالي عهد بكذا وإنه لتقريب العهد به والعهد : المنزل الذي لا يكاد القوم إذا إنتأوا عنه رجعوا إليه. لقد وردت كلمة العهد في الكثير من المواضع في القرآن الكريم. فقد جاء في سورة الإسراء (أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً) (١٠). وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (١١) وفي مجال التأكيد على أهمية العهد عند الحديث عن نقض عهد الله وجعل من سيأتي ذلك خاسراً قال تعالى (الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك هم الخاسرون) (١٢).

كما أشير في كثير من مواضع القرآن الكريم ، وهو خطاب موجه الى الناس كافة، الى ضرورة الإيفاء بالعهد جاعلاً البارئ عز وجل الوفاء بالعهد صفة من صفات المؤمن. قال تعالى (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبیین وآتى المال على حبه ذوي القربى والیتامى والمساکین وابن السبیل والسائلین وفي الرقاب وأقام الصلاة وآتى الزكاة والموفون بعهدهم إذا عاهدوا والصابرين في البأساء والضراء وحين البأس أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون) (١٣). يذكر أن نقل الملكية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يتم وفقاً للعقد بصورة مباشرة بينما لا يعتبر العقد كافياً لهذا الغرض في القانون الروماني إلا بالإشهاد أو التنازل أو القبض أو التقادم (١٤)

من ذلك نرى أن مدلول العهد يتوضح من الموضع الذي توضع فيه، أي مضمون الخطاب والمخاطبين به، ولذلك قيل بخصوص التعهد بأنه (إتفاق يتعهد فيه شخص يسمى المتعهد، وهو المالك في هذا الصدد إلى شخص آخر يسمى المتعهد له بإتتمام الشكلية التي يتطلبها القانون لصحة العقد وذلك بالذهاب إلى دائرة التسجيل لنقل ملكية عقار إلى إسم المتعهد له) (١٥). والعقد الشكلي هو العقد الذي لا يتطلب لإنعقاده وجود التراضي فقط، إنما لابد من إتباع شكلية معينة يفرضها القانون (١٦).

إن النقل المباشر للملكية هو الأصل (١٧) وهو ما كان سائداً ومن ثم ظهرت الشكلية فأصبحت إحدى خصائص الفكر القانوني (١٨). لقد عُدَّ الشكل من قبل المشرعين ركناً لا ينعقد العقد بدونه، أي لا بد من تسجيله في سجل رسمي، ولا يقتصر ذلك على العقار إنما يشمل أموالاً أخرى كالسيارات والسفن (١٩). ولاتعد الشكلية في القوانين الحديثة بديلاً عن التراضي، إنما هي ركن مضاف إليه (٢٠)، ومن مقاصد التسجيل في سجلات خاصة الإحتجاج بها في مواجهة الغير (٢١).

وترى محكمة التمييز العراقية بأن التعهد ما هو إلا عقد غير مسمى وليس عقد بيع وهو ملزم للطرفين فإذا أخل أحدهما إنلتزم بالتعويض (٢٢). ووفقاً للفقهاء والقواعد العامة لا يشترط في البيع أن يأتي مكتوباً بل يمكن أن يكون شفهيّاً (٢٣)، وهذا ما حدا بالمشرع الفرنسي الى تعديل النصوص وترك الحرية للمتعاقدين لتحديد شكل العقد وفيما إذا كانوا يريدون إثباته بالكتابة أو غيرها (٢٤). وفي الوقت الذي لم يشترط فيه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي العدد ١١٩٨ المعدل شكلاً معيناً، إذ قد يكون شفهيّاً إذا كان هناك مانع مادي أو أدبي يحول دون كتابته (٢٥)، إلا أن المحاكم لم يكن موقفها موحداً في مجال بيع العقار. فبعض المحاكم لا تنظر الى مسألة وجود العقد إذا أثبت المدعي واقعة البيع بالطرق القانونية (٢٦)، وفي حالة وجود تعهد محررفان النص القانوني الذي يحكم التعهد ببيع العقار لم يشترط صيغة معينة له ما دام التعهد واضحاً في تحقق البيع لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (٢٧) على أن محاكم أخرى ترى بخلاف ذلك مشترطاً أن يكون التعهد محرراً. ففي قرارها المؤرخ في ٢١ / ٥ / ٢٠١٤ تقول محكمة إستئناف الكرخ الإتحادية بصفتها التمييزية : (يجب أن يكون التعهد بنقل ملكية عقار والمتضمن حقوق والتزامات الطرفين مدون تحريراً ويذكر فيه رقم العقار محل التعهد وتفاصيله وبدل البيع ومقدار العربون المستلم وسائر الحقوق والتزامات الأخرى وبذلك فإن إستمارة معاملة التسجيل العقاري نموذج ٥٩ لا ترقى الى مرتبة الشروط الواجب توفرها في التعهد بنقل ملكية العقار ولا يمكن الإستناد إليها في الإستجابة لطلب المدعي بنقل ملكية العقار إليه) (٢٨).

وإذا أردنا البحث في مدلول التعهد فإنه يعني وصية المتعهد وتقدمه إلى المتعهد له بالإنلتزام. والإنلتزام وفقاً للفقهاء القانوني يتمثل في القيام بالعمل أو بتقديم شيء معين وهو أمر يرجع في حقيقته إلى نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص (٢٩).

ويأتي التعهد لضمان وفاء البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري وحمل الناس للمبادرة لتسجيل عقودهم (٣٠)، لأن المشرع فرض الشكلية عند نقل الملكية الى المشتري وهو إنلتزام يقع على البائع (المتعهد) بالذات وإذا لم يتم بذلك فللمشتري حق اللجوء للقضاء والحصول على حكم بنقل الملكية دون حضور البائع (٣١). لقد أخذ بيع العقار حيزاً كبيراً في الفقه القانوني لاسيما بعد بروز ظاهرة الشكلية (٣٢)، ويعود سبب اشتراط القيد في السجل العقاري لأن ذلك يكسب حق الملكية قوة ثبوتية مطلقة وعلنية من شأنها

حمايته وتوفير إطمئنان للمتعاملين به وهو ما أصبح يعرف بالأثر المنشئ للقيد في السجل العقاري (٣٣)، وهنا يختلف عن التعهد عن الغير الذي لا يلزم المتعهد بموجبه إلا بالتعويض عند عدم قبول الغير تنفيذ ما إلتزم به المتعهد (٣٤) بينما يتعهد البائع على نفسه بأن يقوم بنقل ملكية العقار إلى المشتري (٣٥) بغض النظر عن طبيعة العقد المبرم، وعليه يكون أو يفترض أن يكون جزاء عدم الإلتزام اللجوء إلى التنفيذ الجبري أو التعويض على أن يكون التعويض كاملاً (٣٦).

المطلب الثاني: تحديد طبيعة التعهد بنقل ملكية عقار

لقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة التعهد بنقل ملكية عقار إختلافاً جعل فريق من هذا الفقه يقف في أقصى اليسار و آخر في أقصى اليمين، في حين ذهب آخرون إلى محاولة تحديد طبيعة هذا (التعهد) وفقاً لرؤى تتعامل مع الواقع مؤطراً بموقف تشريعي يكاد يكون له ذات الإتجاه. فقد إتجه البعض من الفقه إلى القول بعدم إمكانية وصف ما يبرمه الطرفان بالتعهد بنقل ملكية عقار بالعقد، حتى أن الدكتور غني حسون طه يقول بأن ذلك (لا معنى له) (٣٧) ومما يسند هذا التوجه عدم قبول المشرع لإنتقال ملكية العقار سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل (٣٨) وفي حالة إخلال المتعهد فإنه يعد مخالفاً بإلتزاماً شخصياً بنقل الملكية (٣٩)، فيحكم عليه بالتعويض فقط (٤٠)، ولا يقتصر هذا الأمر على المشرع العراقي بل هو موقف معظم المشرعين (٤١)، وإن المشرع العراقي لجأ إلى النص عليه بالطريقة الواردة في المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي كتطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية، ذلك المبدأ الذي ألزم المشرع حضوره في جميع التصرفات التي ترد على العقار (٤٢).

وبخصوص تحديد المسؤولية الناشئة عن التعهد يرى البعض من الباحثين (٤٣) أن المسؤولية الناشئة عن التعهد هي مسؤولية تقصيرية الامر الذي يعني نزع صفة العقد عن التعهد أيضاً حتى قال البعض بأن التعهد (ليس له وجود كعقد) (٤٤).

وفي ذات الوقت هناك من الفقه من ذهب الى إعتبار التعهد عقد (٤٥) أو التعاطي مع الإلتزامات الناشئة عنه كإلتزامات عقدية والمسؤولية التي تقوم بسبب الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه بأنها مسؤولية عقدية (٤٦)، وقد إعتبره آخرون بأنه عقد إباحة مستندين على نص المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي (٤٧). كما ذهب قسم آخر (٤٨) الى إعتباره عقد غير مسمى يرتب إلتزامات في ذمة المتعاقدين، وهذا ما تراه محكمة التمييز العراقية مؤكدة أنه ليس عقد بيع وهو ملزم للطرفين فإذا أخل به أحدهما إلتزم بالتعويض (٤٩). وفي قرار آخر لاحق لها تقول محكمة التمييز بأن عقد بيع العقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري وإن لم تنتقل به ملكية العقار غير أنه عقد صحيح نافذ لازم وكل طرف فيه ملزم بالقيام بما تعهد به (٥٠). وقد درجت المحاكم بالحديث عن بيع ومقاوله بيع وواقعة بيع.... وهكذا (٥١).

ويؤكد جانب من الفقه بأن العقد وإن كان غير مسجل ولا ينقل الملكية إلا أنه يولد إلتزامات شخصية بين المتعاقدين (٥٢) ومنها الإلتزام بنقل الملكية (٥٣) وهو إلتزام لا يمكن للمتعهد الإمتناع عن تنفيذه أو تعديله إلا بإرادتي الطرفين وهذا هو الأصل (٥٣) ، وعلى المتعهد القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية وأن لا يجعل التسجيل مستحيلاً، ولذلك عليه الإمضاء على النماذج المعدة أمام الموظف المختص وتقديم كافة الشهادات والأوراق اللازمة لإتمام نقل الملكية ومنها ما يثبت ملكيته للعقار (٥٤)، بالإضافة الى الإلتزام بتقديم المعلومات الخاصة بالمبيع (٥٥).

رأينا بالموضوع : لقد رأينا بأن الفقه منقسم حول تحديد طبيعة التعهد بنقل ملكية عقار بين منكر لإعتباره تصرفاً وذلك لبطلانه بطلاناً مطلقاً معتبراً بالإتفاق (واقعة) والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به هي مسؤولية تقصيرية وآخرين يذهبون إلى إعتباره (إتفاق) وعقد غير مسمى وعليه فإن المسؤولية التي تقوم عند الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه هي مسؤولية عقدية (٥٦)

وأياً كان موقف الفقه فقد أصبحت الشكلية أمراً مفروضاً وكما يقول الدكتور حسن علي الذنون ((أصبح من الصعب على كل من يشتغل بالقانون أن يتخلص من طغيان (الصنعة القانونية) على فكره و قد تحجب هذه النظرة الى الشكلية وراءها واقع إجتماعي يؤدي الى إنهيار النظام القانوني بأسره)) (٥٧).

ومن أجل الخروج من هذا الواقع المضر بمصالح الناس نعتقد بأن القواعد الخاصة بالتعهد عن الغير التي أوردتها المشرع العراقي في المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي تعيننا في فهم مضمون التعهد. تنص المادة (١٥١) : (١ . إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم بوعده ولكنه يلزم نفسه، ويجب عليه أن يعرض من تعاقده إذا رفض الغير أن يلتزم، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذي وعد به إذا كان ذلك في إستطاعته من غير أن يضر بالذات. ٢. أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحةً أو دلالةً أن يستند الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد).

من ملاحظة هذا النص نرى أن المشرع العراقي عالج موضوع التعهد عن الغير، كما غيره، بالإتجاه الذي لا يقيد حرية الأفراد وعدم جعل تصرفاتهم باطلة ما دامت هناك إمكانية لقبولها ولا تضر بالغير لأنه غير ملزم بتنفيذها أو الإقرار بها وأيضاً من أجل عدم الإكثار من جعل التصرفات باطلة ابتداءً، وهنا إذا نحن أمام تعهد شخص نحو آخر بقبول شخص ثالث القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وإلا عوض المتعهد له عن ذلك (٥٨).

إن العلة من تنظيم المشرعين لحالة التعهد عن الغير هي رغبة المشرع في إعطاء فرصة لتنفيذ هكذا عقود وإن تعلق مصيرها بالغير، فقد تكون هناك صفقة تعرض على الشركاء وأحدهم غير موجود وخوفاً من ضياعها يقدم الشركاء أو أحدهم بالتعهد عنه (٥٩)، وهناك حالات أخرى قبلها المشرع رغم أنها في جوهرها

مخالفة كما في حالة تصرف الوكيل بما يتجاوز حدود الوكالة وكذلك بالنسبة لحكم تصرف الفضولي، بالإضافة الى نظريتي إنتقاص العقد وتحول العقد (٦٠).

إن هذا التخريج لحالة التعهد عن الغير تجعلنا نقول : لا غرابة في تنظيم المشرع لإلتزامات يتعهد الشخص بموجبها (على نفسه) وليس عن الغير ولذلك ومن باب أولى أن يكون ملزماً بموجب (الإتفاق المبرم) من قبله أن يؤدي ما عليه من إلتزامات ناشئة عن (تعهده) لاسيما وإن التعهد بنقل ملكية العقار شائع الإستعمال بينما التعهد عن الغير نادر الوقوع في الحياة العملية ولايقع إلا في حالة عدم حضور الغير مجلس العقد (٦١)، . وعليه ومثلما ورد موضوع التعهد عن الغير في نطاق آثار العقد كان يمكن للمشرع العراقي أن يضع نصاً ينظم حالة التعهد (الشخصي) ويعالجها في نفس المكان بدلاً من المادة ١١٢٧ من القانون المدني الواردة ضمن الفرع الخاص بكسب الملكية بين الأحياء، ولذلك نرى أن المسألة برمتها، أياً كانت التسمية (تعهد) أو (عقد) أو (إتفاق ابتدائي) أو (مقاولة بيع)، تتعلق بتلاقي إرادات تؤكد وجود الإلتزامات وحدودها والتي هي وفقاً للإتفاق المبرم إلتزامات واجبة التنفيذ، أما الموضوع الذي ورد تناوله في النصوص التشريعية إنما جاء بناءً على رغبة المشرع وسلطته الأمر الذي ترك آثاراً سلبية كبيرة كما سنرى ذلك لاحقاً، رغم أن التعويض الوارد ذكره في المادة ١١٢٧ قد يكون دافعاً للتنفيذ.

إننا هنا لسنا بصدد تأييد هذا الفريق أو ذلك ولكن إذا نظرنا للأمر بواقعية فلا بد أن نكون أمام (إتفاق) أياً كانت آثاره حتى وإن أعتبر باطلاً، خصوصاً وإن المشرع العراقي ألحق النص بتعديل وفقاً للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ جعل بموجبه لهذا الإتفاق (العقد) آثاراً، الأمر الذي أصبح هذا التوجه ينسجم ومفهوم عقد البيع من حيث أنه (يقع على مال أو حق مالي موجود في الذمة المالية للبائع وتنتقل ملكيته الى المشتري لقاء عوض) (٦٢)، سواء تعلق الأمر بمنقول أو عقار.

وعلى ضوء ذلك فإن التعهد وبما يتعلق بموضوع نقل ملكية عقار هو إلتزام يقع على عاتق المالك والذي هو (بائع فعلي) للعقار، وهنا كان يمكن للمشرع العراقي تنظيمه بصياغة تشريعية تحقق غاية القانون ألا وهي تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع الذي تعامل مع التعهد بوصفه بيعاً أو مقاولة بيع سواء جاء بصيغة العربون أو الشرط الجزائي (٦٣)، حتى أن الفقه يقول بأن الأفراد لطالما يبرمون العديد من العقود التحضيرية التي تمارس بصورة شائعة (٦٤) والتي توجب توفير كل الظروف لدفعهم لتنفيذ إلتزاماتهم لأن مجرد عدم الوفاء بها يعد خطأً كافياً تنهض بسببه مسؤولية مرتكبه (٦٥)، وما إشتراط المشرع التسجيل إلا من أجل دفع الأفراد لتوثيق عقودهم في دائرة التسجيل العقاري (٦٦).

وبخصوص موقف القضاء العراقي فإن المحاكم تنظر الى الأحكام المنظمة للتعهد بنقل ملكية عقار بإعتبارها أحكام حل لإشكالية ظهرت كأثر سلبي للشكالية التي فرضها المشرع، ثم جاءت النصوص المعدلة لأحكام المادة ١١٢٧ من القانون المدني وهو ما تضمنه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي العدد ١١٩٨

لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته والتي حاول من خلالها المشرع شمول جميع حالات التعهد والتي يكون فيها المتعهد مالكا للعقار سواء كان له وحده أو ضمن ملكية شائعة لأن أحكام القرار مطلقة وإنما لم تستثن التعهدات التي يكون محلها سهام شائعة في العقارات أو الحقوق التصرفية (٦٧).

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن محكمة التمييز العراقية تنظر الى التعهد بنقل ملكية عقار كعقد صحيح نافذ لازم وكل طرف ملزم بتنفيذ ما ورد فيه من إلتزامات. ومما يؤكد ذلك أيضاً قولها بسقوط حق المشتري بالعربون عند نكوله (٦٨).

وتتعامل محاكم الإستئناف المختصة بتدقيق الأحكام الخاصة بالدعاوى ذات الصلة بتطبيق أحكام القرار ١١٩٨ بإعتبار التعهد عقداً. فقد جاء في قرار لمحكمة إستئناف نينوى بصفتها التمييزية... (إن المحكمة إحتسبت الفرق بين قيمة العقار الذي يبيع بها الى المميز عليها . المتعهد لها . وبين القيمة التي بها يبيع العقار في دعوى إزالة الشيوع...) (٦٩).

وفي قرار لمحكمة بغداد بصفتها التمييزية إعتبرت فيه التعهد عقداً إذ تقول... (إذا كان العقد المبرز ...) (٧٠). كما جاء في قرار آخر إعتبرت فيه التعهدات عقوداً بقولها : (إن الدفع بوجود التقادم الطويل هو دفع غير وارد حيث إستقر القضاء العراقي على عدم تطبيق التقادم الطويل على العقود التي يشملها قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧) (٧١). وفي قرارها المرقم ١٧٠ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ تقول محكمة إستئناف النجف الإتحادية (... الثابت من وقائع الدعوى وادلتها بأن البيع قد حصل أثناء حياة المورثة...) (٧٢). وحتى في المرحلة السابقة لصدور القرارين فإن محكمة التمييز ترى في التعهد عقد غير مسمى كما سبق بيانه (٧٣) .

المبحث الثاني

التعهد بنقل ملكية عقار في التشريع العراقي

تتمثل أهم القوانين ذات الصلة بالتعهد بنقل ملكية العقار بالقانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (٧٤) ، و قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (٧٥) وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته. وحيث أن قانون التسجيل العقاري هو قانون إجرائي وتنظيمي ولأن أحكامه منعت عقد التصرفات العقارية إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهو ماتضمنته الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه والتي تعد تكراراً للنص الوارد في القانون المدني أصلاً فإننا وعلى ضوء ذلك سنوزع مبحثنا هذا الى مطلبين نتناول في الأول ماتضمنه القانون المدني، فيما سنخصص الثاني لما إحتواه القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧.

المطلب الأول: التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي

لم يعد الإهتمام بالعقارات أمراً جديداً ، حيث دأبت الشرائع، حتى القديمة منها، على إعطاء أهمية للعقار بسبب تنوع إستخداماته أو لأسباب ترتبط بشخص المالك حتى أن العقار يوصف في بعض الشرائع

بأنه مقدس أو ديني أو عمومي (٧٦). والقيمة الحقيقية لا تأتي من خلال وجود العقار المادي فقط إنما بإعتباره مساحة تمثل سيادة الدولة، ومن هنا تبرز أهمية تملك هذه المساحة واستخدامها من قبل المواطنين حصراً وغيرهم إستثناءً.

ولم يكن الإهتمام بالإتفاقات المتعلقة بإحداث حق عيني أو نقله أو إعلانه أو تعديله حديث النشأة في مختلف الدول (٧٧). فقديمًا لم يكن عقد البيع ناقلاً للملكية، إذ لم يرتب عقد البيع في القانون الروماني إلا إلتزاماً بنقل حيازة المبيع الى المشتري دون نقل للملكية إلا بإشترط المشتري ذلك (٧٨). وفي ظل القانون الفرنسي القديم كانت ملكية العقارات تنتقل بصورة مستقلة وبمعزل عن أي شكل من أشكال تسجيل العقد بإستثناء بعض الشكليات الرسمية الخاصة بالنظام الإقطاعي في البلدان الأوربية التي كان يطلق عليها بلدان رهن المنقول الثابت (٧٩).

جدير بالذكر في هذا المجال أن الفقه الإسلامي سبق هذه القوانين عندما جعل الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً

وفي العراق فان فرض الشكلية في التصرفات العقارية لم يكن وليد اليوم، فقد تضمن قانون التصرف بالاموال غير المنقولة لسنة ١٣٣١ هجرية إشتراط التسجيل لنقل الملكية (٨٠).

ولهذه الأسباب توالى التشريعات على إشتراط صيغ معينة لنقل ملكية العقارات وهو ما يعرف بالشكلية (٨١)، التي أضحت عملياً ركناً من أركان عقد البيع وفقاً للطريقة التي إشتراطها المشرع (٨٢)، ولذلك إعتبر معظم المشرعين التصرف الذي يرد بين البائع والمشتري خارج الإطار الذي يرسمه النص باطلاً لعدم إستيفاء الشكلية فيصبح العقد عندها غير ذي جدوى لأنه يؤدي الى إنعدام التصرف منذ ولادته (٨٣) ولا يمكن حتى إجازته لأن العقد الباطل، وكما هو معروف، معدوم لالتحقة الإجازة (٨٤)، وهذا هو موقف القضاء أيضاً (٨٥). ولهذا السبب إستقر الأمر فقهاً على تسمية هذا الإتفاق (تعهد بنقل ملكية عقار)، وقد آلينا إيراد هذه التسمية في إطار بحثنا الذي ينصب على تحديد طبيعة التعهد ومن ثم المسؤولية التي تقوم عند الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه، حيث أن تحديد هذه المسؤولية وما يرد من إلتزامات ناشئة عنها سيوصلنا الى حل الخلافات التي تنشأ بين أطراف هذا التعهد بما ينسجم وقواعد العدالة والأنصاف. ومما يلاحظ هنا عدم إستقرار الموقف القانوني من التعهد لاسيما تشريعياً، أو لنقل أن المعالجة التشريعية لاتنسجم والواقع العملي، الأمر الذي أريك العلاقات القانونية بين الأفراد الناشئة عن إبرام التعهدات الخاصة بالعقارات كما أثر على إستقرار المعاملات الخاصة بها.

لقد إتجهت التشريعات الحديثة نحو محاولة مواكبة الواقع ومتطلباته ومنها التشريع العراقي عند صياغتها للأحكام الخاصة بالتعهد بنقل ملكية العقار من خلال إصدار قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم

١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ كما سيأتي بيانه بعدما كان المشرع العراقي قد نظمها أصلاً ضمن نصوص القانون المدني.

فقد نصت المادة ١١٢٦ من القانون المدني العراقي على ما يأتي : (١ . تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار . ٢ . والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً). وجاءت المادة ١١٢٧ من القانون المدني مكملة لسابقتها عندما نصت على أن (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء إشتراط التعويض في التعهد أم لم يشترط). وإستكمالاً للموضوع لابد من بيان نص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها : (يجب تنفيذ العقد طبقاً ل ما إشتمل عليه وبطريقة تتفق وما يوجبه حسن النية.

٢ . ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام).

ويبدو من خلال النصوص أعلاه أن المشرع العراقي أورد مفردة التعهد بما يدل على فردية الإلتزام الذي يقع على كل من طرفي (العقد) وكأن المشرع لم يرد الحديث عن إرادتين حتى لا يقترب من مفردة العقد وقد إستبق الأمور ليؤكد بطلان مثل هذه التصرفات لسقوط ركن الشكلية الذي إعتبره المشرع ركناً من أركان العقد من خلال نص المادة ١١٢٦ من القانون المدني كما أكدته المادة ٣ / ف٢ من قانون التسجيل العقاري المشار إليهما أعلاه.

أما من حيث القواعد التي تضمنتها هذه النصوص فقد أعطت الحق للمتعهد له بطلب التعويض فقط عند إخلال المتعهد بإلتزامه الوارد في التعهد الأمر الذي يمثل خروجاً من المشرع العراقي على مبدأ التنفيذ العيني (٨٦). وحيث أن التعويض قد ورد في نص القانون فإنه يعد ملزماً للقضاء بإعتباره نصاً ملزماً كما يعد من النظام العام (٨٧)، على إعتبار أن التعويض هو أثر المسؤولية (٨٨). وهذا ما سار عليه المشرع الأردني في قانونه المدني أيضاً (٨٩) ، إلا أن ما يؤشر هنا هو وجوب أن يكون التعويض كلياً (٩٠).

المطلب الثاني: التعهد بنقل ملكية عقار وفقاً للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل

أولاً - النصوص القانونية

لقد إنتفت المشرع العراقي الى المعضلات القانونية التي حصلت نتيجة لتطبيقات نصوص القانون المدني المتعلقة بنقل ملكية العقار وهما نصي المادتين ١١٢٦ و ١١٢٧، ولمعالجة ذلك صاغ المشرع رؤياه بإصدار مجلس قيادة الثورة المنحل قراره المرقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ والذي نص على ما يأتي :

أولاً - أ . يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار الإلتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء إشتراط التعويض بالتعهد أو لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول، دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.

ب - إذا كان المتعهد قد سكن العقار محل التعهد، أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المبينة في التعهد، أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول .

ثانياً . أ - تفصل محكمة البداءة في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القرار، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محكمة الإستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به، وقرار محكمة الإستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار .

ب - تعتبر الدعاوى المشمولة بأحكام هذا القرار من الدعاوى المستعجلة .

ثالثاً . لا يعمل بأي نص قانوني أو قرار أو إتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار ويؤدي الى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة .

رابعاً . ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويسري على ما سبقه من وقائع أو تعهدات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي إكتسب الدرجة القطعية .

ومن أجل إستيعاب القرار للتعهدات بنقل الملكية الخاصة بالأراضي الزراعية أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل قراره المرقم ١٤٢٦ في ٢١ / ١٢ / ١٩٨٣ والذي عدل فيه القرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ليجعل أحكامه شاملة الأراضي الزراعية ومشترطاً قيام المتعهد له بالغرس الذي أعتبر سبباً من أسباب طلب التمليك بموجب التعديل، أو تعويض قيمتها عند طلب التعويض مشيراً أيضاً الى إشتراط عدم الإخلال بأحكام قانون الحد الإقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦ وهو قانون يتعلق بتنظيم حدود تملك الأراضي الزراعية وهي مسألة تنظيمية ليست بذى صلة بموضوع بحثنا .

يذكر أن التعديل الثاني للقرار ١١٩٨ جاء بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٩٨ في

١٠ / ١١ / ١٩٩٤ والمتعلق بكيفية إستيفاء الضرائب وأحكامه ليس محل مناقشتها في بحثنا هذا أيضاً (٩١) .

ثانياً - شروط التعهد بنقل ملكية عقار

١ - تلاقي إرادتي الطرفين

لطالما يؤكد الفقه على أن الأصل في العقود الرضائية (٩٢) وإن (المعتبر في العقود، إرتباط قراري

الطرفين وعهديهما) (٩٣)

وهذا يعني ضرورة وجود إرادات حرة تعبر عن رغبتها في إقامة علاقة قانونية يكون أحد أطرافها

مالك العقار أو حق التصرف وهو هنا المتعهد، أما الطرف الآخر فهو المتعهد له الراغب في إنتقال الملكية له، وذلك لا يتم إلا بوجود إيجاب وقبول من طرفي العقد (٩٤) فإذا إرتبط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين

بقبول الآخر ثبت أمره في المعقود عليه (٩٥)، أي ضرورة توافر أركان العقد الصحيح من رضا ومحل وسبب، وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي تنشيء العقد وهي التي تنظم أحكامه بما فيها آثاره (٩٦) فإن ذلك يتطلب بطبيعة الحال إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني ولا عبرة لوجودها بدونه، والمقصود هنا إنشاء التزام يحميه القانون ويضع جزاءً عند الإخلال به (٩٧)، فالأصل أن آثار التصرف القانوني تحدد بإرادتي المتعاقدين (٩٨)، فعنصري الاختيار والرضا هما ما يرتبط بهما وجود الإرادة أو عدم وجودها ارتباطاً مباشراً، كما يجب أن لا يشوب الرضا أي عيب من عيوب الإرادة، الأمر الذي يتطلب التوافق على جميع التفاصيل، وإحدى نتائج هذا التوافق حرية الأطراف في اللجوء الى بعض الأساليب الخاصة (٩٩). فلا يكفي قبول الطرف الثاني، إنما يجب أن يكون هذا القبول منصباً على إيجاب الطرف الأول بكل ما إشمته مهما كانت أهميته.

ومن المفترض أن يصدر الرضا من المتعهد وهو مالك للعقار والمسجل بإسمه في سجلات التسجيل العقاري أو مسجلاً بإسم مورثه فيها (١٠٠). فلكي يصح عقد البيع لابد أن يكون المبيع مملوكاً للبائع أو مأذوناً بالتصرف بموجب وكالة أو ولاية (١٠١). ففي قرار لمحكمة إستئناف ميسان الإتحادية بصفتها التمييزية جاء فيه بأن (لا يمكن تملك العقار المباع بعقد بيع خارجي إذا كان العقار غير مسجل في سجلات التسجيل العقاري الدائمة بإسم البائع لأنه يكون قد باع عقاراً لا يملكه وغير مسجل بإسمه لأن من شروط صحة التعهد بنقل ملكية العقار أن يكون المتعهد بنقل الملكية مالكاً للعقار الذي تعهد بنقل ملكيته (١٠٢)، ولذلك نرى القضاء يحكم بعدم جواز تملك قطعة أرض سجلت بعد الإفراز بإسم غير المتعهد لأنه لم يعد مالكاً (١٠٣)

وتطبيقاً لذلك تقول محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية : (إذا كانت الأسهم الشائعة العائدة للمدعى عليه قد إنتقلت ملكيتها من مورثهما المتعهد وسجلت بأسمائهما في دائرة التسجيل العقاري واكتسب التسجيل الشكل النهائي فنكون هذه الأسهم قد خرجت من ملكية المتعهد عليه فلا يصح مطالبة المدعى عليهما بالتملك) (١٠٤).

و نعتقد أن قرار المحكمة لم يكن صحيحاً لأن المتعهد كان قد ألزم نفسه إتجاه المتعهد له وبذلك يكون هذا الإلتزام ديناً بذمته، وحيث لا تركة إلا بعد سداد الديون كان على المحكمة أن تدخل الورثة كخصوم في الدعوى خصوصاً وإن العين موضوع الدعوى هي عقار فلا مجال للحديث عن الحياة ، وعليه ينبغي عدم التعلل بمبدأ إستقرار المعاملات وتأكيد تطبيق النصوص من حيث حفظها للناس أحقيتهم في تتبع حقوقهم لأننا إن قبلنا بحكم المحكمة سنضيع على أصحاب الحقوق حصولهم عليها بمجرد وفاة المتعهد (المدين) وهو أمر لا يمكن قبوله ولا يحمل إنصافاً، خصوصاً وإن نص المادة الخامسة من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ أشارت الى ذلك بشكل واضح (١٠٥). إن التدخل القضائي لنقل

الملكية أصبح أمراً مطلوباً لضمان تنفيذ العقد بما إشتهل عليه (١٠٦)، فيما يعد قرار محكمة إستئناف الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية والمؤرخ في ٢ / ٤ / ٢٠١٤ صحيحاً لأنه يوفر حماية لبقية الشركاء عند تصرف الشريك وبيعه كامل العقار حيث تقول: (لما كانت البائعة باعت العقار بأكمله دون أن تكون مفوضة بهذا البيع من قبل الشركاء الآخرين وإنما لها سهام فيه لهذا فإنها تتحمل فرق البديلين بنسبة سهامها في العقار) (١٠٧)، لأن الشريك إذا باع كل العقار المشاع دون تخويل من الشركاء فإنه يلزم عند النكول بفرق القيمة النسبية لسهامه فقط لكونه أجنبي في سهام شركائه (١٠٨)، ولذلك ومن أجل حماية المتعهد له يرى القضاء بأن نقل الزوج ملكية العقار لزوجته لتقويت الفرصة على المتعهد له لا يمنع الأخير من إقامة دعوى لإبطال البيع المذكور الذي جرى إضراراً به وعندها تستأخر دعوى التملك حين حسم دعوى الإبطال (١٠٩). على أن نقل الملكية عن طريق المصادرة وتسجيل العقار بإسم وزارة المالية لا يمنع المدعي من إقامة دعوى التملك مادام المدعي قد إستطاع إثبات شراء العقار موضوع الدعوى قبل تأريخ المصادرة (١١٠)، ويعد هذا الإتجاه مبرراً بإعتبار أن التصرف الأول أسبق وبالتالي وجوب حسم هذه المسألة مع الأخذ بنظر الإعتبار أسبقية الشراء وإن أخذ قرار المصادرة طريقه الى التنفيذ. يذكر أن الشريك إذا باع كل العقار المشاع دون تخويل من الشركاء فإنه يلزم عند النكول بفرق القيمة النسبية لسهامه فقط لكونه أجنبي في سهام شركائه (١١١). وعليه إذا باع المتعهد العقار موضوع التعهد لمشتري آخر وانتقلت الملكية له في سجلات التسجيل العقاري فلا يمكن للمتعهد له المطالبة بتطبيق نص البند أولاً / ب والخاص بالتمليك إنما يطبق البند أولاً / أ والخاص بالتعويض (١١٢)، ويأتي التعويض هنا كمقابل للضرر الذي لحق بالمتعهد له (١١٣). ويلاحظ أنه إذا كان إقتصار الحكم على التعويض يتفق وأحكام القرار ١١٩٨ إلا أن تحديده بأن يكون مقابلاً لسهام البائع فقط سيضر بالمتعهد له وكان يفترض أن يكون التعويض بمقدار فرق قيمة العقار وقت البيع وقيمه وقت النكول مادام المتعهد كان قد تعهد بنقل ملكية العقار بكامله، وهنا يمكن على الأقل الإستعانة بأحكام التعهد عن الغير تطبيقاً لمبادئ العدالة، بينما لا ضير في أن تقرر محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية برد الدعوى إذا تبين أن الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً وعشر الأشجار للأوقاف (١١٤)، بينما تذهب محكمة التمييز في قرارها المؤرخ في ٢٦ / ٨ / ٢٠١٤ الى القول بأنه (إذا قامت المدعية بإنشاء مشيدات على قطعة الأرض عندما كانت الأرض مسجلة بإسمها فمن حقها طلب تملك تلك القطعة إذا كانت قيمتها أقل من قيمة المشيدات) (١١٥).

إن ما نخلص إليه هنا ضرورة إنصراف إرادتي الطرفين لإلزام نفسيهما بالإلتزامات التي يتضمنها التعهد بنقل ملكية عقار وإلا سيصار الى تطبيق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧. ويأتي تنظيم هذه الأحكام متطابقاً مع ما يراه الفقه من أن العقد في جوهره يقوم على الإرادة (١١٦).

لقد كانت معالجة المشرع العراقي للمتعهد بنقل ملكية عقار وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل مشروطة، إذ لم تأخذ بالتعهد إلا بتوفر شرط السكن أو إحداث أبنية أو منشآت أو مغروسات بالإضافة إلى اشتراط عدم وجود معارضة تحريرية من المتعهد حتى يصار إلى تنفيذ الطرفين للإلتزاماتهما لاسيما منها الإلتزام بنقل الملكية، على اعتباراً أن وجود هذه الشروط يؤكد صدقية البيع وبالتالي وجوب أن يجد التعهد طريقه إلى التنفيذ، ويأتي الوجوب من أن فكرة الإلتزام القانوني تعد من مقومات التعاقد ابتداءً ومن ثم الإلتقال إلى فكرة الجبر على الوفاء مآلاً أي أنها تأتي في حالة عدم الوفاء الإختياري (١١٧).

أ - شرط السكن

يعد شرط السكن أحد الشروط التي يتطلبها نص القرار ١١٩٨ للإستجابة لطلب التملك. ويؤكد القضاء العراقي على ضرورة التحقق من السبب الذي يستند إليه المدعي بطلب تملكه للعقار إستناداً لأحكام البند ب / أولاً ومن ثم إصدار القرار على ضوء ما يترأى لها بالنتيجة. فإذا كان سبب التملك هو السكن فعلى المحكمة أن تتأكد من ذلك ولا تحكم بتمليك العقار إذا لم يسكن المتعهد له فيه (١١٨).

ويشترط القضاء أن يكون السكن حقيقياً. وتقول محكمة إستئناف بغداد بصفقتها التمييزية في قرار لها (إن المقصود بالسكن هو السكن بالنسبة للعقارات المخصصة للسكن وهي غير الإشغال بالنسبة للعقارات التجارية إذ أن المشرع أراد الحماية لدور السكن) (١١٩). وعليه إعتبرت ذات المحكمة أن (إشغال إحدى الشقق وإتخاذها مكتباً لإدارة أعمالها لا يرقى إلى مرتبة السكن التي وردت في البند [ب] من أولاً من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ (١٢٠).

وإستناداً لأحكام القرار ١١٩٨ يؤكد القضاء على أن السكن وحده يصح أن يكون سبباً للتملك (١٢١). وينظر القضاء إلى السكن كمسألة تؤكد تمسك المتعهد له بالتملك وأن المتعهد يمارس حق السكني إستناداً إلى سبب مشروع وهو العقد ويشترط لذلك أن يسكن المتعهد وأسرته، كما يشترط أن يكون العقار مخصصاً للسكن دون غيره من ضروب الإستعمال (١٢٢).

ويرى القضاء بأن سكن المتعهد للعقار ومن ثم قيامه بإيجاره إلى الغير لعذر مشروع لا يمنع من الحكم بالتملك كما لو كانت المتعهد (المدعية) مضطرة إلى مصاحبة ابنها الموظف المنقول إلى مدينة أخرى (١٢٣).

ب - إحداث أبنية أو منشآت أو مغروسات

فيما يخص الأبنية والمنشآت فإن القضاء يضع شرط إحداث أبنية إضافية للتملك (١٢٤). ففي قرارها المؤرخ في ٢٢ / ٣ / ٢٠١٥ تقول محكمة إستئناف النجف بصفقتها التمييزية (إن من شروط تملك هذا الحق هو إحداث المتعهد له مغروسات أو منشآت تتلاءم وطبيعة هذا الحق وحيث أن المدعي لم يحدث ذلك الأمر الذي تكون معه شروط القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ غير متحققة في

دعوى المدعي... (١٢٥)، و يرى أيضاً أن يكون قصد قيام المتعهد له بها تأكيد جديته في التملك ، ولذلك يذهب القضاء الى إعتبار هدم سقف المحل وإعادة تشييده بعد إستبدال حديد السقف وتبديل باب الدكان ولبخه يجعل شروط التملك متحققة (١٢٦). كما قضت المحاكم بأن بناء غرفة واحدة مشيدة من البلوك ومسقفة بالجينكو وبدون باب لا تكفي لطلب التملك لأنها لا ترقى الى مرتبة المنشآت التي قصدها القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ (١٢٧)، وكذلك بناء سياج خارجي غير كافٍ للحكم بالتملك (١٢٨).

أما بالنسبة للمغروسات فإن المشرع أراد من التعديل الذي حمله القرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ شمول الأراضي الزراعية بقرار التملك مشروطاً قيام المتعهد بغرس قطعة الأرض الزراعية بالمغروسات (١٢٩). والمقصود بالغرس هو غرس الأرض بالمغروسات الدائمة أو تشييد مشروعات زراعية عليها (١٣٠)، وعليه فإن تشييد دار وزراعة بعض أشجار النخيل لا تبيح التملك (١٣١) يذكر إن نص القرار جاء مطلقاً بخصوص الغرس دون تحديد عدد الأشجار المغروسة، وبعض المحاكم تُخضع تقدير عدد الأشجار لتقديرها لتتحقق من الغرس، والبعض من المحاكم تشترط غرس [٤٠] شجرة في الدوم الواحد مستندة في ذلك الى ما أشار إليه قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ في المادتين الثانية /ج والثالثة /٥، وبالإضافة لذلك يشترط المشرع عدم الإخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الإقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦ (١٣٢). كما يذهب القضاء الى رد دعوى التملك اذا كان يؤدي الى تفتيت الأراضي الزراعية والبساتين الى مساحات صغيرة (١٣٣).

ج - عدم وجود معارضة تحريرية

على الرغم من أن (الأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله، ولا يجوز ذلك للقاضي) (١٣٤) إلا أن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ منح المتعهد أفضلية عندما إشتراط أن يأتي طلب التملك (بدون معارضة تحريرية من المتعهد)، وبوجودها فإن القضاء يرد الدعوى لإعتبار شروط التملك غير متحققة (١٣٥). ونعتقد بأن هذا الشرط هو شرط سلبي يصب في مصلحة المتعهد وفي ذات الوقت يضر بمصلحة المتعهد له لأنه يوفر للمتعهد وبصورة صريحة فرصة للتملص من إلتزاماته بمجرد تقديم هذه المعارضة، الأمر الذي لايساهم في نفاذية العقود ودفع الأطراف لتنفيذ إلتزاماتهم، وعليه يستلزم الأمر إعادة النظر بهذه النقطة وتصحيح النص تشريعياً، لاسيما وإن المشرع قصد معالجة جمود النصوص ذات العلاقة وإبتعادها عن الواقع من خلال الإغراق في الشكلية وهو ما قصده المشرع من إصدار القرار ١١٩٨ الذي أكد فيه أن التعهد تصرف له آثاره.

وعلى العموم فإن القضاء في الوقت الذي يستلزم فيه أن تكون المعارضة تحريرية وفقاً لما نص عليه القرار فإنه يشترط أن المعارضة مواكبة للتعهد، فالقضاء لايعتد بالإندار الموجه بواسطة الكاتب العدل مادام قد جاء بعد سكن المدعي العقار (١٣٦) لأن المعارضة لم تكن مترامنة مع التعهد (١٠٠). وعليه ترى

محكمة إستئناف الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية وفي قرارها المؤرخ في ٣٠ / ٣ / ٢٠١٤ بأن لا يعتد بمعارضة البائع التحريرية للمشتري إذا جاءت بعد تسع سنوات من إبرام العقد بينهما (١٣٧)، وعليه فإن المعارضة التي يعتد بها هي تلك التي تحصل بعد تأريخ البيع مباشرة أو بعده بمدة يسيرة (١٣٨).

٣ - عدم وجود مانع قانوني

(الأصل تحريم الشرط المانع من التصرف)، هكذا يقول الدكتور السنهوري (١٣٩)، وذلك لسببين أولهما أن للمالك حق التصرف في ملكه، وآخر إقتصادي حيث لا يجوز منع الأموال من التداول إلا لمسوغ قوي وإلا يعد مخالفاً للنظام العام (١٤٠).

ولم يحدد المشرع العراقي الموانع التي تمنع تنفيذ التعهد وإنتقال الملكية الى المتعهد له ماعدا موضوع المعارضة التحريرية التي اصبح إشتراط وجودها لا يصب في مصلحة المتعهد له لاسيما وإن المتعهد تصرف بإرادته وإتفق مع المتعهد له على الإلتزام بنقل الملكية، والتحقق من مسألة وجود مانع قانوني من عدمه مسألة يجب أن تتحقق منها محكمة الموضوع (١٤١).. ومع ذلك هناك من الموانع التي تأتي كتطبيق لنصوص قانونية نافذة أو متطلبات تشترطها قواعد قانونية خاصة أو إجرائية أو حالات تتعلق بالعقار أو حق التصرف لا يمكن تجاوزها إلا وفقاً للقانون. وسنتناول في أدناه بعض المسائل ذات الصلة بالموانع.

أ - الموانع المتعلقة بإستكمال بعض المتطلبات فقد يستلزم التملك إستكمال بعض المتطلبات ومنها إستحصال موافقات جهات معينة كموافقة وزارة الزراعة. إذ يرى القضاء (إن مجرد تشييد دار على قطعة الأرض موضوع التعهد لا يكفي وحده لإصدار قرار التملك ما لم تستحصل موافقة وزارة الزراعة بشأن تملك المساحة موضوع التعهد إذا كانت قطعة الأرض تلك مشمولة بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٢٢٢ لسنة ١٩٧٦) (١٤٢). وكذلك قرر القضاء بضرورة إستحصال موافقة وزارة المالية قبل الفصل بالدعوى إذا كانت الأرض المشيد عليها الدار المبيعة لا يجوز التصرف بها من دون موافقتها (١٤٣). وفي هذا السياق فإن المحكمة تدقق في وجود الموانع كما لو كان التملك سيؤدي الى مخالفة أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧ (١٤٤) .

ب - الموانع المتعلقة بطبيعة العقار أو ما يرتبط به (إحداث الأبنية والمنشآت والمغروسات) وفيما يتعلق بإحداث أبنية أو منشآت أو غراس فإننا نأتي على ما يتركه عدم القيام بها من أثر قانوني يمنع المتعهد من الحصول على قرار التملك، إذ يجب أن يتم هذا الإحداث وفقاً لموافقات أصولية، ولذلك لا يمكن للمحكمة مثلاً أن تصدر قرارها بالتملك (إذا لم توافق أمانة بغداد على إجراء معاملة البيع لوجود مخالفات بنائية في القطعة موضوع الدعوى)، وعليه إعتبرت المحكمة أن شروط التملك الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل غير متوفرة في الدعوى (١٤٥). وهذا يعني أن مجرد القيام بالبناء لا يعتبر سبباً للتملك إلا إذا كان البناء قد تم وفقاً للمتطلبات القانونية والفنية.

يذكر أن القضاء يشترط لإثبات الإنشاء أو بناء دارسكن أما بالتوافق عليه من قبل طرفي التعهد (١٤٦) أو إجراء الكشف الموقعي والإستماع الى البينة الشخصية (١٤٧)، و ينسحب هذا الأمر على الغراس أيضاً.

ج - إشارة عدم التصرف

إن مسألة وجود وجود إشارة عدم تصرف على العقار موضوع الدعوى أمر يخضع لطبيعة هذه الإشارة وسببها القانوني، وعندها سيتحدد ما سببته ذلك من أثر على مسألة نقل الملكية. فالقضاء لا يرى مانعاً من إصدار قرار التمليك إذا كانت الإشارة لا تشكل مانعاً قانونياً للتمليك كما لو وضعت الإشارة لوجود إشكالية تتعلق بأقساط ولذلك فإذا ما سددت هذه الأقساط قبل إصدار قرار الحكم فإن القرار يعتبر صحيحاً لأن المقصود من المنع من التصرف هو التصرف الذي يؤدي الى نقل الملكية (١٤٨)، أما لو وضعت الإشارة من قبل القضاء لوجود إشكالية قانونية بخصوص تسجيلها بإسم المتعهد كوجود تزوير في معاملة البيع أو أن من نقل الملكية إليه لم يكن مخول قانوناً فإن الأمر يختلف حيث سيمنع ذلك المحكمة من إصدار قرار بالتمليك. أما بالنسبة لإشارة عدم التصرف التي يضعها القضاء على العقار عند إقامة دعوى التمليك فهو أمر مطلوب للحيلولة دون التصرف به لحين حسمها (١٤٩). وإذا كان العقار المطلوب تمليكه مثقلاً بالحجز لصالح جهة أخرى فعلى المحكمة حين تقضي بتمليكه أن تصدر قرار التمليك مثقلاً بذلك الحجز (١٥٠).

د - توجيه الإنذار

الأصل أن عدم توجيه إنذار للمتعهد بحضور لنقل الملكية لا يمثل خلافاً يستوجب رد الدعوى لأن الإنذار لم يكن شرطاً من شروط التمليك (١٥١) والغرض منه لكي لا يدعي المدعى عليه أنه مستعد لتقرير العقار في دائرة التسجيل العقاري وتسجيله بإسم المتعهد له وتأكيد كون المتعهد هو الناقل عن البيع (١٥٢) فالإنذار يأتي هنا كتنبيه ومطالبة للمتعهد بتنفيذ التزامه بنقل الملكية الناشيء عن التعهد وبعبءه يصبح الإنذار كدليل لعدم الوفاء بهذا الإلتزام (١٥٣). وفي حالة إفصاح المتعهد برفضه الوفاء بما تعهد به بتسييره إنذار موجه الى المتعهد له يضعه في موضع الناقل ويلزم بتعويض المتعهد له حتى ولو عاد ودعا المشتري للحضور في دائرة التسجيل العقاري لإتمام نقل الملكية (١٥٤).

هـ - الملكية الشائعة

المال الشائع وفقاً للقانون هو المال الذي (ينقسم حصصياً دون أن ينقسم المال ذاته) (١٥٥). فإذا إنصب البيع على سهام شائعة فموقف المحاكم من حيث معالجة بعض الإشكاليات القانونية التي تتخلله ليست موحدة، فمن محكمة لأخرى تختلف القرارات بخصوص نقطة واحدة. وكذلك فإن الإختلاف يحصل في المحكمة الواحدة عندما يتغير قاضيها او هيأتها ولربما تتغير قناعات ذات المحكمة. فقد قبلت محكمة

إستئناف بغداد بصفقتها التمييزية بموجب قرارها المؤرخ في ٦ / ٣ / ١٩٧٩ طلب من يشتري نصيفة الدار بعقد غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري وتسجيل النصيفة بإسمه إستناداً للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ إذا كان قد سكن الدار ولا يشترط أن ينص التعهد على بيع الدار برمتها (١٥٦).

وبتاريخ ٢٩ / ٩ / ١٩٨٠ أكدت ذات المحكمة بأن (لمشتري السهام الشائعة من عقار أن يطلب الحكم بتملكه إياها وفق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ الذي جاءت أحكامه مطلقة لم تستثن التعهد ببيع السهام الشائعة) (١٥٧)، ومع ذلك فإن ذات المحكمة تقرر موقف آخر ترفض فيه قبول التملك في حالة ما إذا كانت السهام شائعة. ففي قرارها المؤرخ في ٤ / ١٠ / ١٩٩٢ تقول محكمة إستئناف بغداد بصفقتها التمييزية : (إن العقار موضوع الدعوى يعود الى وزارة المالية وحق التصرف فيه يعود الى مواطنين متعددين من ضمنهم المدعي والمدعى عليه مما يتعذر فيه تحديد الجزء المبيع من العقار وبالتالي يتعذر التثبت عما إذا كان هذا الجزء قد إستغل من قبل المدعين بغرسها بالأشجار أو إحداث أبنية أو منشآت أخرى الأمر الذي يجعل محل العقد فيه جهالة فاحشة في حين أن التعهد بنقل ملكية العقار يشترط أن يكون العقار معيناً تعييناً نافياً للجهالة) (١٥٨).

و - إكتساب الحكم الدرجة القطعية

غالباً ما يتبادر سؤال حول مدى إمكانية إعتبار من حصل على قرار حكم بالتملك مكتسب الدرجة القطعية مالكاً للعقار من عدمه، وإذا أعتبر كذلك هل يستطيع بيعه قبل تسجيله الى الغير ؟ وهل يستطيع الأخير إقامة الدعوى عليه والحصول على قرار التمليك وتسجيله العقار بإسمه رغم عدم تسجيله بإسم الأول ؟

القضاء لم يكن موقفه واضحاً بهذا الخصوص. ففي الوقت الذي إعتبر القضاء من تحصل على قرار حكم بالتملك مكتسب الدرجة القطعية مالكاً للعقار ذهب في قرارات أخرى الى نقيض ذلك. ففي قرار لها تقول محكمة إستئناف بغداد بصفقتها التمييزية : (كان المميز عليه قد تملك أسهماً في القطعة موضوع الدعوى صادر بموجب قرار حكم صادر من محكمة البداية فبيعه هذه الأسهم الى المميز يكون صحيحاً لأن المميز عليه يعتبر مالكاً للأسهم المذكورة من تأريخ إكتساب حكم التمليك درجة البتات ولو لم يتم تسجيل معاملة الإنتقال هذه في سجلات التسجيل العقاري لأن التسجيل يعتبر كاشفاً لحق وليس منشأً له لذا يعتبر تصرف المميز عليه بالأسهم التي تملكها صحيحاً ويحق للمميز إقامة دعوى التمليك إذا توفرت به شروطه) (١٥٩). وفي قرار آخر لها تقول ذات المحكمة (اذا شيد مشتري الارض خارج دائرة التسجيل العقاري داراً عليها ثم باعها الى شخص آخر سكن فيها فللمشتري الثاني مطالبة البائع وإن تلقى العقار منه بتملكه العقار حسب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ اما مدة مرور الزمان فتسري من تاريخ أخذ العقار من المشتري وليس من تاريخ أخذ التعهد) (١٦٠).

وحيث أن القضاء يقول بأن ما ينتج عن تطبيق القرار ١١٩٨ هو حق شخصي ولو أن محل الحق هو حق عيني ولذلك يجوز للمتعهد له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر مستندا في ذلك على رأي الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الوارد في مؤلفه، الوسيط، ج ٣، ص ٤٠٥ (١٦١). من خلال القرارين المذكورين يتبين أن القضاء يعتبر قرار الحكم بتملك قراراً كاشفاً وليس منشئاً، وإن المشتري (المتعهد له) يصبح مالكا للعقار وإن لم يتم تسجيله في سجلات التسجيل العقاري، وهذا التوجه في تقديرنا صحيح لأن الاصل أن الملكية تنتقل بمجرد تلاقي الإيرادات التي افصحت عن رغبتها بالبيع وقررتة فعلاً دون أي عيب من عيون الإرداة فما بالك أن البيع قد تم التأكد من تحققه من قبل القضاء، ولذلك يأتي الحكم القضائي ليكون مُنهياً هذه العلاقة بتنفيذ الإتفاق جبراً.

وفي الاتجاه المعاكس نرى ذات المحكمة لا تقبل بما ورد في القرارين السابقين رافضة مضمونها بشكل واضح. ففي قرار لها تقول فيه : (اذا كانت المدعى عليها الاولى قد حصلت على قرار تملك من قبل المحكمة المختصة على العقار موضوع الدعوى وقبل تسجيله باسمها لدى دائرة التسجيل العقاري المختص ثم باعته الى المدعية {المميزة} وإن الاخيرة سكنت العقار المذكور، واقامت الدعوى على المدعى عليها الاولى والمدعى عليها الثانية {مالكة العقار الاصيل} الذي ما يزال العقار مسجلاً بأسمها تطلب في تعديل قرار التملك المذكور وتمليكهها الدار المذكورة ولكي يتحقق طلب المدعية قانوناً فكان عليها أن تنتظر تسجيل العقار باسم المدعى عليها الاولى في سجل التسجيل العقاري ثم تقيم عليها دعوى التملك إن توفرت شروطها (١٦٢) ٠ وعلى هذا الاساس لا يمكن للمتعهد له الحاصل على قرار حكم بالتملك ولم يجرتسجيله بإسمه بعد أن يحل محل البائع في دعوى ازالة الشبوع، إذ وعلى الرغم من إمكانية ملاحقة البائع بما يصيبه من بدل البيع (١٦٣) إلا أنه امر لا يصب في مصلحة المتعهد له إذ قد يلجأ المتعهد الى ازالة شيوخ العقار دون علم المتعهد له أو أنه سيحصل على قرار الازالة وتنفيذه بسرعة مما سيضيع الفرصة على المتعهد في ضمان حقوقه أو سيدخله في إجراءات قضائية وتنفيذية معقدة، في حين كان بالإمكان قبول دخول المتعهد له في الدعوى او منحه حق حجز بدل البيع لضمان حصوله على حقوقه خصوصاً وأن قرار المحكمة يعد كاشفاً للبيع وليس منشئاً له.

إن هذا الامر يحتاج الى مراجعة لتوحيد التفسير وحدود الشروط وكيفية التأكد من توفرها باتجاه حفظ حقوق جميع الأطراف سواء كان المتعهد او المتعهد له وكذلك الغير وبصورة تدفع الناس لتنفيذ التزاماتهم وعدم إجبارهم على سلوك طريق القضاء الذي هو مكلف على مستوى الجهد والمال، ومن ثم إيصال رسالة واضحة لمن لديه الرغبة في عدم تنفيذ التزامه بأنه سيحجر على تنفيذه سواء كان البائع أو المشتري (١٦٤)، لاسيما وأن الوظيفة الأساسية للدولة كما يقول (هانس كلسن) إلزام الأفراد بالسلوك بطريقة معينة ولو قسرياً

عند مخالفتهم للقاعدة التي تفرضها (١٦٥)، إذ يمكن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية (١٦٦)، كما يمكن تشديدها (١٦٧).

وفي بعض الحالات فقد يلجأ المتعهد الى إقامة دعوى ازالة الشيوخ لتفويت الفرصة على المتعهد له وعليه يفترض عند إقامة المتعهد له دعوى التملك أن تستأخر دعوى ازالة الشيوخ، وقد يكون العكس، فقد يلجأ بعض الشركاء الى إبرام عقد شكلي مع أحد الاشخاص فيدفعه لإقامة دعوى التملك لاستئجار دعوى ازالة الشيوخ الامر الذي يضر ببقية الشركاء؟ فما هو الحل؟

للأجابة على ذلك يستلزم أن نعود الى نص المادة ٨٣ / ١ من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والتي جاء فيها : (إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي توقفت عندها . ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز) . ومن ذلك فان المشرع لم يحدد الحالات التي يمكن أن تستأخر فيها الدعوى تاركاً الأمر الى تقدير القضاء . والقضاء يختلف في تقدير الامور من فترة لآخرى ومن محكمة لآخرى أيضاً ، والامر المطلوب هي أن تتأكد المحكمة من أن نتيجة إحدى الدعاوى يتوقف على نتيجة الفصل في الاخرى والقرار بالاستئجار يخضع للطعن فيه تمييزاً (١٦٨) إلا إن المحاكم لم يكن موقفها موحداً بهذا الخصوص أيضاً. فقد قررت محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية (إن رفض محكمة الموضوع إستئجار دعوى ازالة الشيوخ لحين حسم دعوى التملك كان مخالفاً لاحكام المادة ٨٣/١ مرافعات لأن الفصل في دعوى التملك من شأنه ان يؤثر في الخصومة بالنسبة الى دعوى ازالة الشيوخ هذا من جهة أما من جهة ثانية فان ازالة شيوخ العقار موضوع طلب التملك من شأنه أن يؤثر في حق طالب التملك فإذا ما بيع العقار نتيجة ازالة شيوخه نكون قد ضيعنا على طالب التملك الساكن في العقار شرط من شروط التملك) (١٦٩)

من خلال هذا القرار نجد أن القضاء يأخذ بنظر الإعتبار مصلحة المتعهد له كونه صاحب حق، في حين أن محكمة إستئناف كربلاء الإتحادية بصفتها التمييزية وفي قرارها المؤرخ في ١٨ / ٦ / ٢٠١٥ ترى بأن (لاستأخر دعوى ازالة الشيوخ إذا أقيمت دعوى التملك من قبل أحد الشركاء لأن الخصومة لا تتغير وبإمكان مدعي التملك إذا تقرر له الحق تنفيذه لدى المحكمة المختصة بما يؤول له من سهام البائع) (١٧٠).

وفي رأينا فإن الدعوى التي تستأخر هي الدعوى التي تقام لاحقاً. وفي حالة ازالة شيوخه فعلى المحكمة أن تُصدر قرارها متضمناً حجز بدل السهام المباعة للمتعهد له لحين حسم أحييته فيها من عدمه. وعلى المحكمة التي تنظر دعوى التملك إصدار قرار بصحة البيع وإستحقاق المدعي بدل السهام وإشعار

المحكمة التي أصدرت قرار الإزالة بتسليم البديل إليه وبذلك نكون قد حفظنا حقوق المتعهد له (الدائن) بدلاً من تركه يعاني نتيجة متابعة حقوقه التي قد لا يتحصل عليها.

٧- مرور الزمان (التقادم)

تختلف الدول من حيث أخذها بمبدأ التقادم من عدمه وفقاً للنظام القانوني المتبع، فالدول الأنجلوسكسونية وكبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية لا تأخذ به ولا تقره أنظمتها القانونية (١٧١). ولم يكن موقف القضاء موحداً أيضاً من موضوع مرور الزمان، ففي الكثير من أحكام القضاء نجده يأخذ مسألة مرور الزمان بنظر الاعتبار متعللاً بأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ المعدل لم يقيد احكام التقادم الواردة في القانون المدني . ففي قرار لمحكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية جاء فيه : (ليس لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري أن يطلب الحكم بتمليكه له إستناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ إذا مرت على التعهد بنقل الملكية مدة مرور الزمان وتمسك الخصم بذلك لان قرار مجلس قيادة الثورة المذكور لم يقيد احكام التقادم الواردة في المادة ٤٢٩ مدني) (١٧٢).

وعلى النقيض من ذلك يؤكد القضاء في أحكام أخرى لمحكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية على عدم تطبيق الأحكام الخاصة بمرور الزمان على الوقائع ذات الصلة بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل والمرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وبشكل واضح حيث تقول : (إن الفقرة الرابعة من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ قضت بأن أحكامه تسري على ما سبقته من وقائع أو تعهدات ما لم يكن قد صدر بها حكم قضائي إكتسب الدرجة القطعية وبذلك فإن أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى المنصوص عليها في القانون المدني لايمكن الأخذ بها بالنسبة للتعهدات المشمولة بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المذكور) (١٧٣).

وتؤكد ذات المحكمة على ذلك إذ تقول في قرار آخر لها : (إن الدفع بوجود التقادم الطويل هو دفع غير وارد حيث إستقر القضاء العراقي على عدم تطبيق التقادم الطويل على العقود التي يشملها قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧) (١٧٤).

إن معالجة هذا الموقف غير المستقر للقضاء العراقي يستلزم مناقشة على ضوء الواقع مقرونة بمصلحة الناس، إذ أن مسألة التدخل القضائي في مجال نقل الملكية أمر مهم لطالما أكد عليه الفقه (١٧٥) . فمن حيث أن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ تحدث عن التعهدات السابقة ودون أن يشير الى مسألة مرور الزمان فيمكن تفسير ذلك على وجهين، الأول يقول بأنه مادام القرار لم يشر الى هذه المسألة فلا يجري تطبيق احكام التقادم المسقط على الوقائع المشمولة بأحكامه. أما الوجه الآخر للتفسير فيقول بأن التعهدات ما دامت تمثل وقائع فإنها تخضع لأحكام التقادم، خصوصاً وأن المشرع وضع هذه الأحكام كقواعد عامة تخضع كغيرها لأحكام التقادم لاسيما وأن المشرع وضع هذه الأحكام بإعتبارها قواعد عامة لا يأتي المشرع على ذكر

كل واقعة ومدى شمولها بالتقادم من عدمه، فإذا ما كان هناك إستثناء فإنه يأتي على ذكره تحديدا لكي لا يجري التوسع فيه.

وباعتقادنا فإن حل هذا الموضوع لا يتم وفقاً للحلين أعلاه لأنهما يمسان مبدأ إستقرار المعاملات، وحيث أن القواعد الخاصة بالتقادم تتقاطع والمبدأ المذكور ولا تتفق ومصلحة المتعهد له فإن الإنصاف يقول بضرورة مراعاة مصالح جميع الأطراف وإلزام كل من يقع عليه إلتزام أن يقوم بتنفيذه، ويمكن تحقيق ذلك من خلال تعديل القرار ١١٩٨ ومنح فترة مناسبة كسنة أو سنتين لإقامة الدعاوى والمطالبة بالتنفيذ آخذين بنظر الإعتبار وجود الكثير من الإتفاقات القديمة ووفاء أو تغير عناوين الكثير من الأطراف الأمر الذي يجب أن يأخذه المشرع العراقي أيضاً بنظر الإعتبار وبشكل واضح لا يترك مجالاً لإختلاف المحاكم في تفسير الأحكام الخاصة بالتعهد بنقل ملكية عقار وصولاً الى حلول للمشاكل التي أفرزتها تطبيقات النصوص النافذة، لأن ترك النصوص على حالها سيبقي الآثار السلبية قائمة دون حل جذري.

٨ - الطعن بقرار التملك

لقد كان القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل واضحاً بخصوص الأحكام الخاصة بكيفية الطعن بالأحكام الصادرة بشأنه. فقد نصت الفقرة ثانياً / أ منه على أن القرارات قابلة للطعن تمييزاً لدى محكمة الإستئناف التابعة لها محكمة الموضوع التي أصدرت القرار خلال مدة ثلاثين يوماً من تأريخ التبليغ به والذي منعت فيه أيضاً الطعن بطريق تصحيح القرار (١٧٦)، ويشمل ذلك القرارات الخاصة بتجديد القوة التنفيذية، ومع ذلك فقد خالفت محكمة التمييز الإتحادية العراقية نص القرار ١١٩٨ و قبلت تدقيق قرار محكمة بداءة البصرة بخصوص التملك بموجب قرارها التمييزي المرقم ٦٦٤ / م ٢ / ٢٠٠٥ في ٣٠ / ١١ / ٢٠٠٥ كما أن محكمة بداءة البصرة إستمرت بنظر الدعوى بعد إعادتها من محكمة التمييز (١٧٧). وبذلك تكون محكمة التمييز قد خالفت ليس أحكام القرار ١١٩٨ فقط إنما ناقضت قرارات أخرى لها في هذا المجال (١٧٨).

يذكر في هذا المجال أن دعوى التملك وفقاً للقرار ١١٩٨ (تمر بثلاثة مراحل لابد لمحكمة الموضوع من إتباعها وتمثل المرحلة الأولى بإثبات واقعة البيع وعند ثبوتها تنتقل لإثبات المرحلة الثانية وهي البحث في مدى توفر شروط التملك الواردة في القرار آنف الذكر، أما المرحلة الثالثة فهي تخص التحقيقات التي تجريها المحكمة والمتعلقة بشخص المشتري للثبوت من صلاحيته لتملك العقار) (١٧٩).

المبحث الثالث

المعالجات القانونية الواقعية لتعهد بنقل ملكية عقار

إن الغاية من بحث موضوع التعهد بنقل ملكية عقار هي تسليط الضوء على مفرداته والإشكاليات التي حددناها والنتائج المتحصلة والتي تشكل مفاتيح للبحث عن المعالجات القانونية الواقعية وعرضها على

المشرع للنظر فيها والإستفادة منها قدر الإمكان لتعديل النصوص بما يؤدي الى إزالة الهوة بين النص وتطبيقاته.

إن البحث في هذه المعالجات يتطلب منا تقسيم المبحث الى مطلبين نتناول في الأول ما يخص معالجات للحالات القائمة، أما الثاني فسنتناول فيه المعالجات التشريعية للموضوع وطرح الصياغة المقترحة.

المطلب الأول: المعالجة القانونية الواقعية لتعهدات نقل ملكية العقار القائمة

لما كانت لكل إنسان شخصيته القانونية التي يتمتع من خلالها بالحقوق ويتحمل بالإلتزامات (١٨٠) وتمنحه القدرة والصلاحيات بخصوصهما (١٨١)، وحيث أن حرية الإرادة هي الأصل في تنظيم أحكام العقود (١٨٢) فإن التعهدات التي يبرمها الأفراد هي في جوهرها عقود سواء أطلقنا عليها تسمية عقود بيع أو عقود غير مسماة ، وهذا هو الأصل الذي يسبق موضوع الشكلية التي فرضها المشرع لأغراض تنظيمية ترتبط بالأهمية التي ينالها العقار ومن ثم تنظيم ملكيته. إذاً فالأصل أن التعهدات ماهي إلا عقود بيع بكل ماتعنيه الكلمة من معنى، لذا كان على المشرع العراقي أن يتجه بنصوصه لإلزام المتعهد بالتنفيذ العيني لا أن يقتصر على التعويض وإن جعله من النظام العام، وهذا الموقف يمثل سياسة المشرع التي تجعل من المدين (المتعهد) يتحكم بمصير العقد وبما يضر مصلحة الدائن (المتعهد له) (١٨٣)، وهذا التحكم لايتفق مع ما يراه البعض من أن شكل العقد يمثل أحياناً شرطاً لصحته أو عنصراً في وصفه وبدونه يصبح إتفاق الإرادتين مجرد من أي مدى (١٨٤). كما أن الشكلية لم توفر حماية للمتعاقدين أو الغير وإن كانت الشكلية بصورتها الحالية أقل تعقيداً من الشكلية التي فرضها القانون الروماني (١٨٥) وعلى ضوء ذلك فإن الإلتزام الذي يجب أن يلتزم به البائع (المتعهد) بنقل الملكية هو إلتزام ناشيء عن هذا العقد (التعهد) (١٨٦)، وكذلك إلتزام المتعهد له (المشتري) بدفع الثمن (١٨٧)، وهو ليس إلتزاماً بديلاً لأن تنفيذ الإلتزام واجب على المتعهد ولا مناص له إلا أن يفى بإلتزامه (١٨٨)، بينما في الإلتزام البديلي يُترك للمدين تنفيذه لإلتزامه من عدمه (١٨٩)، كما أن المسؤولية التي تقوم عند عدم تنفيذ التعهد، كما يذهب غالبية الفقه، هي مسؤولية عقدية، وهذا هو توجه القضاء، لاسيما العراقي منه كما سبق بيانه، فحيث أن البيع راسخ بين البائع والمشتري (١٩٠) فإن التشريعات المختلفة تدفع بإتجاه تنفيذ أطراف العقد لإلتزاماتهم العقدية (١٩١) بما فيها التشريع العراقي حيث لجأ المشرع الى المعالجة التي تضمنتها نصوص القرارين ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ و ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ بسبب الوضع الإقتصادي غير المستقر وما رافقه من هبوط في قيمة العملة العراقية ومن ثم إرتفاع في جميع أسعار السلع والخدمات وكذلك العقارات بأنواعها الأمر الذي حدا ببائعي العقارات التي لم تسجل بعد الى النكول ورفض تسجيلها بإسماء المشتريين مستفيدين من البطلان الذي قرره نصوص القانون المدني والخاصة بتلك البيوع، حتى كاد أن يتحول النكول الى ظاهرة تمارس من قبل المتعهدين بالبيع مستثمرين غياب الوعي القانوني أو تغييبه من قبل بعض السماسرة والمحامين مضافاً إليه التطبيق الحرفي للنصوص

من قبل القضاء وبطء إجراءاته الأمر الذي أثر سلباً على فعالية العقد (١٩٢) وجعل الناس يتجهون نحو النكول ودفع التعويض الذي يقرره القضاء وهو تعويض غير مناسب (١٩٣)، الأمر الذي دفع السلطة التشريعية الى إضفاء صفة الإلزام ولو جزئياً على تلك البيوع من خلال إصدار القرار ١١٩٨، كما واستمر القضاء العراقي على عدم تطبيق مبدأ التقدّم على العقود (التعهدات) التي يشملها القرار المذكور (١٩٤). وعلى الرغم من أن المشرع جاء بهذا الحكم كمحاولة منه لتلافي النتائج المتحصلة من تطبيقات النصوص السابقة له، كما يعد وفق البعض من الفقه (١٩٥) تطبيقاً لمبدأ حسن النية إلا أنه جاء كحل نصفي، وهنا نتساءل لماذا الحل النصفي؟

إن مثل هذه التعهدات ما هي إلا إحدى نتائج التوافقية التي تسمح للأشخاص باللجوء الى بعض الأساليب الخاصة من الإتفاقات التي يمكن أن تبرم شفهيّاً . أما الشكلية فإنها - في الأصل - ترتبط بالشكليات الرسمية التي كانت سائدة خلال النظام الإقطاعي في أوربا (١٩٦)، فالقوانين الفرنسية القديمة مثلاً كانت تشترط الشكل الرسمي في بيع العقار (١٩٧).

إن بناء نظام قانوني صحيح يتطلب فهماً واقعياً للنصوص القانونية، فالمفاهيم القانونية - حسبما يقول الدكتور منذر الشاوي - ليست حقائق ثابتة، بل وسائل نستخدمها أو نلجأ إليها لتساعدنا على ترجمة الواقع من الناحية القانونية (١٩٨)، وعليه فمراجعة النصوص القانونية بما ينسجم وحاجة المجتمع وتطوره أمر مطلوب لتنظيم العلاقات القائمة بين أفرادها بما يحقق البناء الأخلاقي من خلال وجوب احترام الناس لحقوق الآخرين، ومن هنا يأتي القول بوجوب أن يكون القانون أخلاقياً (١٩٩) عند تنظيمه لهذه العلاقات، فالقانون في مرحلته الحديثة يتسم بطابع إجتماعي يجعله أكثر إنفتاحاً على حاجات المجتمع بجميع شرائحه التي أصبح العقار يأخذ أهمية كبيرة في حياتها ومن الطبيعي أن يكون للبيوع العقارية خصوصية في التنظيم لا بد للمشرع أن يكون له دور فيها (٢٠٠).

إن الإبقاء على الأحكام المعرّقة لنافذية التعهد بنقل ملكية العقار يؤكد عدم كفاءة المسؤولية المدنية في ضبط سلوك الأفراد وهذه الحالة تضاف الى حالات أخرى أنتقدت بسببها هذه المسؤولية لأنها توفر فرص لعدم إحترام حقوق الآخرين كما لو كان دين المسؤولية مؤمناً إجبارياً الأمر الذي لا يوفر حماية ناجعة للمضرورين (٢٠١).

لقد ورث المشرعون ومنهم المشرع العراقي هذا التوجه نحو شكلية العقد والتي لم تركز إلزامية نقل الملكية بسببها لإعتبارها ركن لا ينعقد العقد بدونها (٢٠٢) حتى أن البعض ذهب الى حد القول بأن مصدر ما ينشأ عن العقد ليس الإتفاق أو التصرف بل القيد في السجل العقاري (٢٠٣) إذ لظالما نلاحظ تأكيد القضاء على إشتراط التسجيل لنقل الملكية (٢٠٤) الأمر الذي أدى الى إضعاف الدور الوقائي للمسؤولية المدنية لحماية المصالح الشخصية أو بعض المصالح المشتركة (٢٠٥) وخلق وضعاً وفّر فرصة لعدم تنفيذ العديد

من المتعهدين لإلتزاماتهم مما تسبب في ضياع الكثير من حقوق الناس، ومما ساهم في ذلك تقييد سلطة القضاء التقديرية في نطاق تطبيق القرار ١١٩٨ إذ لولا هذا النص لكانت هذه السلطة وسيلة قد يتمكن القضاء من خلالها أن يعالج كل حالة وفقاً لظروفها إستناداً لمنطق القانون وروحه الأمر الذي لم تسعفه نصوص القانون المدني وكذلك الحال بالنسبة للقرار ١١٩٨ وتعديلاته التي كرست مبدأ الشكلية بشكل سلبي، رغم أن الشكلية ما جاءت إلا لحماية الإرادة عند قيامها بتصرف قانوني يحمل قدر معين من الخطورة بالنسبة للشخص ودمته المالية (٢٠٦) وفي موقف مؤكد لهذا التوجه تقول محكمة الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية في قرار لها بتاريخ ٣٠ / ٣ / ٢٠١٤ (يجب تبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة ولا يؤدي الى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه) (٢٠٧). وفي قرار آخر لمحكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية تقول (إن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ شرع إستثناءً من القواعد العامة وذلك لمعالجة حالة إجتماعية كانت قائمة وقت تشريعه وإقتصر تطبيقه على الدور والقطع السكنية ثم صدر التعديل المرقم ٤٢٦ العام ١٩٨٣ حيث شمل إضافة لذلك الأراضي الزراعية) (٢٠٨).

إن الواقع يقول بأن أطراف التعهد غير مجبرين على إبرام عقود البيع خارج دائرة التسجيل العقاري فأراداتهم هي التي قررت ذلك وعليه فإننا أصبحنا أمام واقع قانوني جديد أفرز حقوقاً وإلتزامات تتطلب ترجمة قانونية لتجد طريقها الى التطبيق بما يضمن حصول صاحب الحق على حقه ويجبر المدين على تنفيذ إلتزاماته من دون التعكز على مبررات غير مشروعة، فتغير الأسعار لاينبغي أن يشكل فرصة يتملص من خلالها المتعاقدون من إلتزاماتهم وعليه وكما يذهب البعض (٢٠٩) لامانع من مقابلة القضاء بين سلوك الدائن سواء كان المتعهد أو المتعهد له سبيل الشخص المعتاد من جهة وحالة تغير الأسعار مع ملاحظة حق المضرور في المطالبة بالتعويض عن ما يصيبه من ضرر (٢١٠) وهو أمر يخضع لتقدير القضاء الذي لا بد وأن يلاحظ مسألة تغير الأسعار والأضرار التي تسببها، أي وجوب النظر الى المضرور، أيأ كان، وعلى ضوء الحالة التي سيكون عليها عند تقدير التعويض أيضاً (٢١١) بحيث يأتي التعويض كاملاً (٢١٢). وهذا التوجه يتفق وما حصل من تطور لصالح المسؤولية المدنية وبشكل أساسي في رفع قيمة التعويض العادل (٢١٣).

إن المسألة الجديرة بالإهتمام في نطاق بحثنا هي في كيفية دفع الأطراف للوفاء بإلتزاماتهم الناتجة عن تصرفات قانونية صادرة منهم وبالتالي عليهم الوفاء بإلتزاماتهم التي يفرضها القانون وتمثل إنعكاساً لنسبية العقد من حيث المضمون (٢١٤)، لاسيما ما يتعلق منها بإلتزام نقل الملكية الذي يقع على المتعهد، لأن إلتزامات المتعهد له وجوهرها دفع الثمن أمر مفروغ منه (٢١٥)، حيث لا يستطيع مطالبة المتعهد بتنفيذ إلتزامه ما لم يكن هو قد أوفى بإلتزاماته، إذ للمتعهد أن يرفض التنفيذ وفقاً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في حالة عدم تنفيذ المتعهد له لإلتزامه بدفع الثمن .

إن الحل الذي يطرح هنا سيوصلنا بالنتيجة الى مساواة التعهد بعقد البيع وهو أمر لا يبدو معيماً ويحقق نتائج تصب في مصلحة الأفراد، خصوصاً وإن التعهد هنا هو تعهد بالبيع (٢١٦). ونشير في هذا الصدد الى المبدأ الذي تطرحه المادة ١٥٨٩ من القانون المدني الفرنسي بأن الوعد بالبيع يساوي البيع، ويأتي ذلك نتيجة لتوفر رضا متبادل بين الطرفين على الشيء والتمن (١٥٧). وهنا تكون المساواة بين التعهد والبيع أكثر وجاهةً لأن الطرفين توصلا الى إتفاق كامل ولم يقصدا تأخير حدوث نتائج على عكس الوعد بالبيع (١٥٨). لاسيما وأن النقل الإتفاقي للملكية يعد عمل جوهري يحتاجه المجتمع ويمارسه بصورة مستمرة لأنه يسهل تداول الأموال .

إن الحلول التي توصلنا إليها لمعالجة هذه الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الإتفاقات المبرمة حالياً كانت نتيجة دراسة اكااديمية ومواكبة ميدانية إستمرت لسنوات طويلة عشنا خلالها مطالبات المدعين ومكابداتهم من أداء قضائي مكلف من حيث الجهد والمال ونصوص لاتضع حلولاً عملية منصفة، لاسيما في ظل ما يوجه من إتهامات للمسؤولية المدنية بخصوص فاعلية دورها التعويضي (٢١٩)، ولما كان القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ قد جاء لمعالجة وضع قانوني إجتماعي يمس جوهر منظومة قيم المجتمع الضابطة لعلاقاته التي اضطرت إن لم نقل بدت تقترب من حالة الإنفلات ، لذا يكون من الواجب علينا تطوير الصيغ القانونية بما يتلائم والواقع المتغير، لأننا، وبغض النظر عن مواقف المذاهب الفلسفية ندرك بأن الحق يجد أساسه في القانون الوضعي أو هو من يتولى تنظيمه (٢٢٠) لاسيما وأن آثار العقد تلحق بالمتعاقدين ولا يتعدى أثرها الى الغير (٢٢١)، وهذا هو الأصل. والمقترحات التي ندرجها في أدناه قابلة للنقاش أو الإضافة إليها أو تعديلها، ويمكن إجمالها في النقاط الآتية :

أولاً - الإعتداد بالإتفاقات السابقة على إعتبار أنها نتاج تلاقي الإرادات لاسيما وأن التسجيل إجراء لاحق على إبرام التصرف وبالتالي لاعلاقة له بقيامه (٢٢٢) وإن طول المدة لايعني صرف أطراف العلاقة النظر عن حقوقهم ولا تحللهم من إلتزاماتهم (٢٢٣) والتأكيد على عدم تطبيق أحكام التقادم المسقط عليها، بل ينبغي تأكيد فعالية العقد (٢٢٤). ومن أجل أن لايبقى المدينون (المتعهدون) بمركزهم القانوني الى ما لا نهاية يجب منح أصحاب الحقوق الناشئة عن التعهد، سواء كانوا المتعهدين أو المتعهد لهم مدة مناسبة كسنة أو سنتين لإتخاذ الإجراءات القانونية بحق من يقع عليه الإلتزام لاسيما إقامة الدعاوى خلال هذه المدة، وهنا لا بد من تدخل القضاء بخصوص نقل الملكية ليؤدي دوره المطلوب (٢٢٥) . فالمرشح عندما اصدر القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ ترك للقضاء تفسير نصوصه، إذ يجب على القضاء عند قيامه بالتفسير أن ينزل الى ميدان التطبيق ليجعل من القانون متمشياً مع مقتضيات الواقع (٢٢٦) ومقتضيات العدالة التي توجب أن يلزم البائع بنقل الملكية وهو إلتزام شخصي يجب أن يجبر على تنفيذه ولو قسراً (٢٢٧) وكذلك المشتري الذي عليه دفع الثمن ولو قسراً (٢٢٨).

ثانياً - تسهيل إجراءات التقاضي ذات الصلة بدعوى التعهد من خلال الأخذ بنظر الإعتبار ببعض المعالجات منها التطبيق الفعلي للفقرة ثانياً /ب من القرار ١١٩٨ والتي إعتبرت الدعاوى المشمولة به من الدعاوى المستعجلة، حيث لاحظنا من خلال نظر الكثير من المحاكم لهذا دعاوى إنها تتعامل معها كدعاوى عادية فتستمر مدداً طويلة قد تستغرق سنوات ويتبين ذلك من خلال الفرق الواضح بين رقم الدعوى وسنتها وتاريخ تصديق القرار من محاكم الإستئناف.

وفيما يتعلق بآليات إقامة الدعوى وإجراءاتها حيث فهناك الكثير من المعرقلات أن الكثير من أطراف العلاقة قد توفاهم الله الأمر الذي يتطلب إقامة الدعوى من قبل الورثة، وبالمقابل يتطلب الحال أيضاً إقامة الدعوى على ورثة المتعهدين الذين يصعب حصرهم وإستخراج قسامات شرعية أو نظامية لمورثيهم وكذلك صعوبات تبليغهم لاسيما وإن المدعين وإن إستحصلوا على إذن من محكمة البداية لإستصدار قسامات شرعية أو نظامية فالصعوبات المتعلقة بحصر الورثة باقية ناهيك على عدم توفر شهادات الوفاة لمضي مدد طويلة جداً على وقوع الكثير منها أو عدم تأشيرها في سجلات الدوائر المختصة مع ملاحظة أن بعض الوفيات التي لا تتوفر وثائق لإثباتها تكون إجراءاتها أكثر صعوبة حيث يتطلب الأمر إصدار حجة وفاة وهي مسألة ليست سهلة إذ كثيراً ما يصعب إحضار شهود لإستخراج حجة الوفاة لعدم معرفة الناس بهم أو عدم وجود أشخاص كانوا مولودين وبعمر يسمح لهم بإدلاء شهاداتهم عن واقعة الوفاة، الأمر الذي يزيد من صعوبة السير في الدعاوى وإصدار حكم قضائي، وعليه نرى إمكانية منح المتعهدين بمثل هذه الحالات فرصة من خلال إصدار القرارات معلقة على الإستكتاب والنكول عن اليمين والتي غالباً ما ترفض المحاكم إصدار أحكام بهذه الصيغة دون مبررات قانونية، أو إصدارها معلقة على حضور أصحاب المصلحة، كالورثة مثلاً، ومنحهم حق الطعن بالقرارات ونظر القضاء بها مجدداً وهي حالات لا نعتقد أنها كثيرة لأسباب تتعلق بمدّة التقاضي وعدم وجود الورثة كخصوم والذين هم في الغالب أما لهم علم بالبيع وتأكدهم من صحة حصوله وعدم رغبة معظمهم بالحضور لهذا السبب، أو بسبب طول إجراءات التقاضي، ولربما التهرب من الدخول في إشكالات قانونية أو شرعية. ونشير بهذا الخصوص أن القضاء يرى إمكانية ذلك حيث تقول محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها بتاريخ ٧ / ٦ / ٢٠١٥ (إن إصدار القرار معلقاً على الإستكتاب والنكول عن اليمين عند الإعتراض مسألة جوازية للمحكمة أن تأخذ بها أو ترفضها) (٢٢٩).

ثالثاً - وبالنسبة لمن إشتري عقاراً أو حق تصرف وأنشأ أبنية فيه أو غرس أو كان تحت تصرفه لمدة تزيد على عشر سنوات وفي حالة وجود عراقيل قانونية تتعلق بالتبليغات أو عدم إمكانية أو صعوبة حضور المتعهدين أو خلفائهم أو صعوبة الحصول على الوثائق الخاصة بهم، فعلى القضاء الإستماع إلى المدعين وبياناتهم بما فيها البيئة الشخصية وإجراء الكشف الموقعي للتأكد من الإشغال أو البناء أو الغرس أو تحت التصرف ومن ثم إصدار القرار بالتمليك مع الإبقاء على حق المتعهدين أو خلفائهم من غير الحاضرين

بالإعتراض أمام ذات المحكمة التي أصدرت القرار ومن ثم إعادة نظرالدعوى على ضوء الإعتراض والسير بالإجراءات وفقاً للأصول. يذكر في هذا المجال إن المحكمة لا بد وأن تعتمد على صورة القيد الصادرة من دائرة التسجيل العقاري المختصة بجميع ما إحتوته بإعتبارها حجة على الناس كافة بما دون فيها (المادة ١٠ من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ)، وإذا كانت هناك ضرورة لأخذ رأي دوائر الزراعة فينبغي أن يقتصر الأمر على مسألة خضوع البائعين أو المشترين لقانون الإصلاح الزراعي بإعتبارهم مقرين، أي يمتلكون الحد الأعلى من الأراضي الزراعية المسموح بها قانوناً. نقول ذلك إعتماً على صورة القيد والإلزام كافة الدوائر ذات العلاقة بتحديث معلوماتها وإبلاغ دوائر التسجيل العقاري بها حتى لا يصار الى إشغال الناس وتكليفهم جهداً ومالاً ومعاناةً بأمور هي من صميم عمل الدوائر ذات العلاقة بما فيها مسألة الخضوع لقانون الإصلاح الزراعي لأن الواجب القانوني يفرض على الجهات الزراعية تبليغ دوائر التسجيل العقاري بها وعلى الأخيرة تقع مسؤولية تنفيذها في سجلاتها من عده مع ملاحظة أن الخطأ في ذلك لا يمنع إبطال القيد وتصحيح الأوضاع القانونية وفقاً للأصول.

رابعاً - في حالة حضور أطراف العلاقة أي المتعهد له (المدعي) وأكثر من نصف ورثة المتعهد نرى ضرورة إستمرار المحكمة في إجراءات التقاضي وإعتبار قرار الحكم قد صدر غيابياً بحق الآخرين في حالة العجز عن تبليغهم، الأمر الذي سيمكنهم من الإعتراض على القرار مستقبلاً إذا ما أرادوا ذلك، وكذلك إصدار القرار دون حاجة إلى البينة أو إجراء الكشف في حالة التوافق على البيع والإشغال أو السكن أو الغرس أو التصرف وإعتقاد السكن كسبب للتملك وإن كان لمدة معينة لاسيما إذا كان البناء يصعب السكن فيه كأن يكون المبيع عرصة أو خربة. وكذلك عدم التعويل على عدد الأشجار المغروسة والإعتقاد على سني عمرها بما يؤكد تحقق الغرس الفعلي بالنسبة للساتين مع الأخذ بنظر الإعتبار خصوبة التربة وتوفر المياه أو تحولها إلى منطقة تجارية وإعتبار ذلك عذراً للمدعي (المشتري).

خامساً - بعد تأكد القضاء من حصول البيع وإثباته بكافة طرق الإثبات يجب الإعتقاد على وضع المتعهد له يده على العقار من تاريخ البيع فعلياً بغض النظر فيما إذا كان قد أحدث منشآت أو مغروسات حيث أن بعض العقارات قد بقيت على حالها دون إحداث أبنية عليها أو السكن فيها لإلحاقها بمساحة الدار التي تعود للمتعهد له أو أنه لم ينشئ عليها بناء بسبب عدم حسم موضوع عائدتها أو وفاته وتحول العقار إلى ملك شائع أو هناك مانع قانوني لا يمكن تخطيه من قبل المتعهد له، أو ما يمنع إستحصال المشتري على إجازة بناء كونه غير مالك أو لأسباب إدارية أو تنظيمية ليس له علاقة بحصولها كتلك المتعلقة بالضريبة وإستحقاقاتها على العقار أو مالكة أو لوجود إشارة عدم تصرف لا يمكن تجاوزها لتعلقها بشخص المالك، بإعتبار أن المشتري لا يصبح مالكاً للعقار من تاريخ الشراء إلا بعد ثبوته أو إشهاره، ولربما عدم قدرة المتعهد له المالية على البناء، وكذلك الحال بالنسبة للغرس إذ قد لا يستطيع المتعهد له غرس الأرض لظروف قاهرة

تمنعه كقيام حالة حرب تستمر سنوات وهو ما حصل فعلاً، أو شحة المياه أو تردي الوضع الإقتصادي وإنخفاض أسعار المنتجات الزراعية أو زيادة كلفتها، وهو ما حصل فعلاً أيضاً. إن هذا الوضع يقودنا الى ضرورة أن نضع المتعاقدين أمام مسؤولياتهم القانونية وترك المسؤولية تنتج آثارها القانونية. ونشير في هذا الصدد إلى أن المشرع المصري يعتبر المدعي مالكا للعقار من تاريخ تقديم عريضة الدعوى كأثر للحكم وذلك بعد إشهار الحكم النهائي حماية للمدعين (٢٣٠).

سادساً – وإذا ما كان المتعهد هارباً أو متواري عن الأنظار لأي سبب كان أو أنه قد غادروا العراق منذ مدة طويلة أو هاجروا وهو أمر أصبح مألوفاً في العراق فإنه وفي مثل هذه الحالات يمكن إعطاء الفرصة للمشتري لإثباتها بالرجوع إلى الجهات المختصة كدوائر الأمن أو الجنسية أو مختاري المناطق أو أية طريقة من طرق الإثبات. وكذلك الحال تسهيل الإجراءات إذا كان المتعهد يحمل جنسية أخرى غير عراقية على فرض أن العقار مسجل بإسمه أو تأكد شراؤه من مالكه أو خلفائهم. وكذلك إذا كان المتعهد مديناً ويفرض الحضور أو لم يعرف عنوانه فإنه والحال هذه قد وضع المتعهد له أمام أمرين أما أن يقوم بتسديد الدين إذا ما كان له إرتباط مع العقار كوجود إشارة رهن فعندها يصبح المتعهد له دائناً بالمبلغ المدفوع والمدين هو المتعهد، أو إصدار حكم بالتملك وإعتبار الدين باقياً في ذمة المتعهد للجهة صاحبة المصلحة في ذلك. ونعتقد إن هذا الحل يُعد أفضل الحلول حتى لخزينة الدولة، لأن بقاء العقار غير مستغل بصورة مستمرة وإستمرار عدم تسديد الدين مع بقاء حق المتعهد له معلقاً أمر لا يخدم الخزينة من جهة ولا يحمل إنصافاً لصاحب الحق ذاته (المتعهد له)، أو على الأقل نقل ملكيته مثقلة بالحقوق التي على العقار أو حق التصرف.

وفي حالة ما إذا كان العقار أو حق التصرف على الشيوخ فيجب أن تتعامل المحكمة بإعتباره وحدة واحدة إذا ما كان مباعاً قبل وفاة المورث (المتعهد) أو الإكتفاء بتمليك السهام المشاعة المبيعة من بعض الشركاء والذين يقرون بالبيع وترك تقدير ذلك لمحكمة الموضوع بما فيه إصدار حكم بتمليك المتعهد كامل المبيع إذا تبين لها من وقائع الدعوى حصوله.

سابعاً – توحيد موقف المحاكم من مسألة بيع المتعهد له الحاصل على قرار حكم مكتسب الدرجة القطعية إلى مشتري آخر بإعتبار أن قرار الحكم كاشف للحق وليس منشأً له وإن لم يجرِ تسجيل العقار باسم المشتري الأول لأن الأخير أصبح مالكا للعقار بموجب قرار الحكم.

ثامناً – في حالة تحقق القضاء من حصول البيع خارج دائرة التسجيل العقاري وهناك مانع من تسجيله باسم المتعهد له أو أن الأخير يطالب بالتعويض فقط يجب على القضاء الحكم له بالتعويض وفقاً لمعايير تعويض خاصة بهذا النوع من التعهد (٢٣١) آخذين بنظر الإعتبار تعيين الأطراف لقيمة العقار في التعهد ووجود فرق عند النكول وقيمة المحدثات وأجر المثل وجسامة خطأ الطرف الناكل ومدى تعنته (٢٣٢) وكذلك مدى

مساهمته في إطالة أمد الإجراءات والخصومة (٢٣٣) على أن يتم ذلك عن طريق خبراء مختصين يخضعون لرقابة محكمة الموضوع التي تتمتع بسلطة تقديرية تمارسها بصورة وبطريقة تتحقق فيها العدالة من خلال حفظ حقوق جميع الأطراف (٢٣٤).

المطلب الثاني: المعالجات القانونية للتعهدات اللاحقة وفقاً للتعديلات المقترحة

بعد الإشارة إلى الملاحظات المتعلقة بالتعهد بنقل ملكية عقار في المطلب السابق وأخذها بنظر الإعتبار نقترح إتباع الخطوات الآتية وإجراء التعديلات التي نراها ضرورية لتجاوز الآثار السلبية لتطبيقات النصوص الحالية وفقاً لما يلي :

أولاً - إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته.

ثانياً - إلغاء نص المادة ١١/١١ ثالثاً من قانون الكتاب العدول المرقم ٢٧ لسنة ١٩٧٧ والتي تنص (لا يجوز للكاتب العدل تنظيم أو توثيق التصرفات العقارية بصورة مباشرة أو غير مباشرة) والتي تمثل نصاً مانعاً من توثيق الكتاب العدول للتصرفات العقارية (٢٣٥) وذلك لتعلق الأمر بالتعديل المقترح الذي سيرد في الفقرة التالية.

ثالثاً - تعديل نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي وذلك من أجل توحيد النصوص وعدم تشتتها وتوزع الأحكام المنظمة لنقل ملكية العقار على قرارات إستثنائية الأمر الذي سيولد الوضوح ويسهل علم كافة الناس ويجري القضاء تطبيقاته للنصوص بشكل موحد. ونقترح لتحقيق هذا الغرض النص الآتي :

المادة ١١٢٧ :

١- يجري تصديق التعهد بنقل ملكية عقار لدى الكاتب العدل على أن يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري خلال مدة سنة من اليوم التالي للتصديق وفي حالة عدم قيام أي من الطرفين بإجراءات التصديق يعتبر عقد البيع باطلاً ويعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. كما يلزم الأطراف بتسهيل التسجيل والقيام بكل ما هو مطلوب لذلك بما فيها الوفاء بالالتزامات بموجب معاملة البيع والحقوق المثقلة على العقار وتقديم الوثائق المطلوبة.

٢- لكل طرف مطالبة الطرف الآخر بالوفاء بالالتزامات الواردة بما فيها تحديد وقت معين لنقل الملكية وكذلك طريقة تنفيذ الإلتزام بما فيها توكيل شخص أو أكثر للتنفيذ ولا يحق للموكل عزل الوكيل. وفي حالة عدم التحديد يمكن توجيه أحد الطرفين إنذاراً للآخر يوجه بواسطة الكاتب العدل خلال مدة شهر من تاريخ التبليغ به للحضور أمام دائرة التسجيل العقاري للتوقيع على بيان المعاملة الذي يجب أن يودع لديها من قبل المنذر، فإذا كان المخل هو المتعهد فيحق للمتعهد له بعد الحصول على ما يؤيد عدم حضور المتعهد السير في معاملة البيع بغياب المتعهد على أن تستحصل الرسوم والمبالغ المستحقة على المخل بموجب معاملة البيع مضاعفة كديون للجهة الدائنة وفقاً للقانون وعند المطالبة بالتعويض فقط يحكم للمضروور

بتعويض يتضمن جميع الأضرار بما فيها الناشئة عن فوات فرصة شراء عقار آخر وقت إبرام التعهد. أما إذا كان المخل هو المتعهد له فيحتفظ المتعهد بملكيته للعقار ويسلم له فيما لو كان تحت تصرف المتعهد ويجري تعويضه تعويضاً شاملاً لجميع الأضرار التي أصابته ومنها الأضرار التي تلحق به بسبب هبوط قيمة العقار عند النكول.

- ٣- تعد الدعاوى المتعلقة بنقل ملكية العقار من الدعاوى المستعجلة.
- ٤- يقوم مجلس القضاء الأعلى بإصدار التعليمات لتسهيل تنفيذ هذا التعديل.
- ٥- ينفذ هذا التعديل من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

الخاتمة

لقد تبين لنا من خلال البحث أن موضوع التعهد بنقل ملكية عقار يعد من المواضيع القانونية المهمة والتي تمثل الشكلية السبب الأساس في النتائج المتحققة من تطبيق نصوص القانون المدني لا سيما نص المادتين ١١٢٦ و ١١٢٧ لأن المشرع العراقي لم يترك مجالاً للقضاء للعب دور في التخفيف من آثار هذا التطبيق من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية لأن النصوص القانونية على سلبيتها كانت واضحة ومحددة الإتجاهات.

لقد أدى فرض الشكلية في التشريعات الحديثة بما فيها التشريعات الفرنسية الى تراجع مبدأ الرضائية في عدة حالات كبيع المحل التجاري والبيع بالأجل (٢٣٦)، خصوصاً في ظل ما يحصل من جدل يتعلق بملائمة مبدأ المسؤولية التعاقدية وما تتعرض له المسؤولية المدنية من نقد ينصب على عدم كفاءتها في تعديل سلوك الأفراد (٢٣٧).

لقد حاول المشرع العراقي معالجة النتائج السلبية الناشئة من تطبيق نصوص القانون المدني فأصدر مجلس قيادة الثورة المنحل قراره المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرارين ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ و ١٩٨ و لسنة ١٩٩٤ كتشريع إستثنائي، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم ١٢٩٨ / حقوقية / ٨٥ / ٩٨٦ في ٢٠ / ٨ / ١٩٨٦ حيث تقول (إن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ في ٢ / ١١ / ١٩٧٧ شرع إستثناءً من القواعد العامة وذلك لمعالجة حالة إجتماعية كانت قائمة وقت تشريعه...) (٢٣٨)، إلا أن هذه المعالجة جاءت ناقصة الأمر الذي أبقى الكثير من المشاكل السابقة حتى عند تطبيق القرار المذكور لاسيما ما كان بسبب الحماية القانونية والقضائية غير المسوغة والتي وفرها القرار للمتعهد (البائع) على حساب المتعهد له (المشتري).

إن التعويل على المشرع لتعديل النصوص بما ينسجم والإتجاهات المشروعة لإرادات الأفراد، فمهما قيل بخصوص سلطان الإرادة في خلق أو صناعة العقد فإن الوسائل التي تحمي الإلتزامات الناشئة عن العقود الخاصة نجد مصدرها في سلطة الدولة أو نظامها القانوني لا في إرادة المتعاقدين فقط (٢٣٩)،

لقد أضحت لمسألة التعهد بنقل ملكية العقار، بعد كل هذا الإهمال من دون تغيير، إنعكاسات تمثلت في ضياع حقوق الكثير من الناس الأمر الذي أدى إلى تحويلها إلى مشكلة إجتماعية عانى منها الكثير من الأشخاص وقد انسحب ذلك على العديد من العوائل بل والعشائر أيضاً لإرتباط هذه الإشكاليات بموضوع السكن، لاسيما عند نكول المتعهد بسبب تغير الأسعار و وضع إقتصادي غير مستقر مما يستدعي إعادة النظر في التشريعات المتعلقة بهذه المسألة ومعالجة أي فراغ قانوني من قبل المشرع أو من خلال (التفسير المتطور للقانون وذلك بالرجوع الى نية المشرع) وهذا ما تراه محكمة التمييز الإتحادية العراقية (٢٤٠). وعليه سنسوق نتائج البحث ومن ثم بيان أهم المقترحات المعالجة لسلبيات التطبيق.

أولاً : النتائج

- ١- إن التمسك بالشكالية وبالطريقة الواردة في النصوص تمثل عرقلة لتنظيم المعاملات بين الأفراد لاسيما وإن التعهدات في حقيقة الأمر هي عقود يبرمونها بملء إرادتهم ومن ثم فإن الإلتزامات الواردة فيها ومنها نقل الملكية ملزمة بالتنفيذ.
- ٢- إن تصديق العقود لاسيما من قبل الكتاب العدول أو أمام الدائرة القانونية في مديريات التسجيل العقاري تمثل حلاً لإثباتها دون الإخلال بمتطلبات التسجيل كتنظيم الوثائق الشخصية لاسيما من جانب المتعهد بإعتباره من سيسجل العقار بإسمه أو ورثته وكذلك دفع الرسوم المستحقة.
- ٣- لم يكن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل يمثل إلا معالجة ناقصة للنصوص النافذة قبل صدوره وكان بإمكان المشرع وقتها معالجة الأمر بطريقة أفضل وأشمل وأحفظ لحقوق الأطراف بدلاً من الصياغة التي جاء بها القرار والتي أبقّت على الكثير من المشاكل الأساسية التي أغفلتها التعديلات أيضاً لاسيما ما يتعلق منها بالشكالية.
- ٤- لم تكن تطبيقات المحاكم موحدة في مواقعها أزاء الكثير من المشاكل الناشئة عن التطبيق كما هو الحال بالنسبة للملكية الشائعة ومرور الزمان.

ثانياً : المقترحات

- ١- إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل.
- ٢- تعديل نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني وفقاً لما ذكر في المبحث الثالث / ثانياً لينسجم النص مع المتطلبات القانونية لتنظيم موضوع التعهد بنقل ملكية العقار وفق صياغة قانونية صحيحة تستجيب لحقوق كل الأطراف وبما يحمي مصالح الدولة والمجتمع.
- ٣- دعوة مجلس القضاء الأعلى لإصدار التعليمات اللازمة والمفسرة للنص والموضحة لكيفية معالجة الإشكالات التي واجهت القضاء سابقاً ليكون الحل موحداً وواضحاً.

- ٤- التأكيد على أن الدعاوى المتعلقة بالتعهد بنقل ملكية عقار هي من الدعاوى المستعجلة وأن يجري التعامل معها على هذا الأساس فعلياً.
- ٥- القيام بحملة إعلامية لتوضيح مضمون النص وتعليماته ليدرك جميع الأفراد التنظيم القانوني الجديد لهذه المسألة والقيام بتصرفاتهم والآثار التي ستنتج عنها مقدماً.

الهوامش

- ١- د صلاح الناهي ود محمد صبحي نجم ود نائل عبد الرحمن، القانون في حياتنا، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٤٣.
- ٢- أنظر مؤلفه موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج ٨، عقد البيع - ١ - ط ٢، بدون دار نشر، ٢٠١٠، ص ٣٦٢ - ٣٦٦. ويأتي اشتراط الشكلية من أجل تحقيق المصلحة العامة وإستقرار المعاملات وإعلام الغير بالتصرفات التي ترد على العقار. أنظر علي شاكر عبد القادر، التعهد بنقل ملكية العقار وأثره في إنتقال الملكية، مجلة رسالة الحقوق السنة الخامسة، العدد الثالث، كلية القانون / جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص ١١٧.
- ٣- أنظر BARRET Olivier , Vente , Repertoire de droit civil , janvier 2016 p. 15-24.
- ٤- د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٨، حق الملكية، ط ٢ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٥٥٤-٥٥٣.
- ٥- ج ٣
- ٦- أنظر THERON (Julien) L'intervention du juge dans les transmissions de biens, Villeneuve d'Ascq : ANRT , Universite de Lille 111 , 2005.
- ٧- من المصادر اللغوية أنظر على سبيل المثال : ابن منظور، لسان العرب، وزارة الأوقاف السعودية - الجوائب، ١٣٠٠ هجرية، عن طبعة الأميرية ببولاق. والفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨. وأحمد رضا، معجم متن اللغة، ط١، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٥٩.
- ٨- من المصادر التفسيرية أنظر على سبيل المثال : محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبدالله، صحيح البخاري، ط١، دار ابن كثير، دمشق / بيروت، ٢٠٠٢. وأحمد أبو إسحاق الثعلبي، الكشف والبيان في تفسير القرآن ، المحقق سيد حسن كسروي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤. ومحمد بن صالح العثيمين، شرح صحيح البخاري، ط١، النبلاء للكتاب / مراكز - المكتبة الإسلامية / القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٩- المجلد الأول، دار هجرت للنشر، قم، ١٩٨٩، ص ١٠٢.
- ١٠- سورة الاسراء الاية ٣٤.
- ١١- سورة المائدة، الآية ١.
- ١٢- سورة البقرة، الآية ٢٧.
- ١٣- سورة البقرة، الآية ١٧٧.

- ١٤- عفيف شمس الدين، الوصيد في القانون العقاري، ج ١، التحديد والتحرير، السجل العقاري، ط ٢، منشورات زين الحقوقية بيروت، ٢٠١١، ص ٣١٨.
- ١٥- د . يوسف عبيدات و د . بكر السرحان، التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني : نصوص القانون تُقرأ معاً كوحدة واحدة وليس بمعزل عن بعضها، مجلة المنارة، العدد الثامن، المجلد ١٣، المبحث الأول، ٢٠٠٧.
- ١٦- د . حمدي عبد الرحمن، الوصيد في النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الاول، المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩.
- ١٧- BARRET Olivier , op.cit. p 9-24 .
- ١٨- د . حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٥٦ .
- ١٩- د . صلاح الناهي و د . محمد صاحب نجم و د . نائل عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ١٤٥. ويرى د . إلياس ناصيف أن التسجيل ليس ركناً من أركان العقد إنما هو تدبير فرضه القانون ينتج أثره وهو نقل الملكية لأن العقد غير المسجل لا ينقل الملكية ولكنه ينشئ إلتزامات شخصية ومنها الإلتزام بنقل الملكية. أنظر مؤلفه سابق الذكر، ص ٣٦٥ . ٣٦٨ . وبخصوص عدم إقتصار الشكالية على بيع العقارات تقول محكمة التمييز (إن بيع السيارة خارج دائرة التسجيل التابعة لمديرية المرور المختصة لا ينعقد لذا يلزم إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.....) رقم القرار ٤٠٨ / مدنية متفرقة / ٨٤ / ٨٥ في ١٧ / ١ / ١٩٨٥، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، نقابة المحامين، بغداد، ١٩٨٦، ص ١٤٩ - ١٥٠.
- ٢٠- د . حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٨٨ .
- ٢١- د . اسحق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٦، ص ٢٦٧.
- ٢٢- قرارها المرقم ٢٢٣٧ / حقوقية / ١٩٦٥، في ٢١ / ٦ / ١٩٦٥، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقية، العدد الثاني، ١٩٦٦، ص ١٢٣. يذكر أن محكمة الموضوع ملزمة بالحكم بالتعويض الوارد في الشرط الجزائي ولو زاد عن فرق القيمة بين قيمة العقار وقت البيع وقيمه وقت النكول لأن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ تحدث عن تعويض لا يقل مقداره عن هذا الفرق. أنظر باقر الخليلي في تعليقه على قرار محكمة إستئناف منطقة الحكم الذاتي المرقم ٧٤ / ت / ٨٢ في ٢٣ / ٦ / ١٩٨٢ بهذا الخصوص، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، نقابة المحامين العراقية، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٢٦ - ٢٩٢.
- ٢٣- آلان بينا بنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٩٣ و ١٠٢.
- ٢٤- د . طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج ١، إنعقاد العقد، ط ١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٠، ص ٣٠٣. وللمزيد من التفاصيل أنظر DUCOULOUX-FAVARD, Droit de la vente, éd. 1re éd., 1990, Eyrolles.

- ٢٥ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٨٧ / حقوقية / ١٩٩٣ في ٢٩ / ٩ / ١٩٩٣، هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، التعهد بنقل ملكية العقار، توزيع مكتبة صباح، بغداد، ١٩٩٨، ص ٥٢ .
- ٢٦ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٦٨٢ / حقوقية / ١٩٨٩ في ٢٠ / ١ / ١٩٩٠، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٦. وفيما يتعلق بخصوصية بيع العقار في فرنسا أنظر J. LAFOND, F. 2006, COHET-CORDEY et B. LABORRIER, Ventes d'immeubles, , Lexis Nexis Litec
- ٢٧ - أنظر قرار محكمة إستئناف الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٨٤٥ / م / ٢٠١٤ في ٢١ / ٨ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العدد الأول، السنة السابعة، كانون الثاني - حزيران، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .
- ٢٨ - رقم القرار ٢٢٨ / حقوقية / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العددان الثالث والرابع، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٤٨ - ٢٤٩ .
- ٢٩ - د ٠ منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة، ج ١، مصادر الإلتزام، ط ١، بدون دار نشر، ١٩٩١، ص ٢٢٦ .
- ٣٠ - د ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٤٨١ .
- ٣١ - عفيف شمس الدين ، المصدر السابق ص ٣١٨ .
- ٣٢ - BARRET Olivier , op.cit. p 169-186 .===== وللمزيد من التفاصيل أنظر O. BARRET, Vente construit, in J.-L. AUBERT (sous la dir. de), Gestion de l'immeuble, 2000, d'immeuble F. و J.-L. BERGEL, Les ventes d'immeubles existants, Litec Dalloz Action. 1983. و F. COLLART DUTILLEUL et B. MAGOIS, Acheter ou vendre un bien immobilier, 3e éd., Delmas , 2004 .
- ٣٣ - د ٠ حمدي عبد الرحمن , المصدر السابق , ص ٨٨ .
- ٣٤ - د ٠ محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، ج ١، مصادر الإلتزام، ط ٢، مطبعة الوثيقة الخضراء لفنون الطباعة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩٧، ص ٢٥٣ .
- ٣٥ - ج ٢٤ .
- ٣٦ - BOUSTANI, La réparation intégrale et les règles de procédure : principe prétendu ou droit effectif ?, D. 2014 , NO 389 و Casson Philippe , Dommages et interest , Repertoire de droit civil , octobre 2015 , NO 15-26 .
- ٣٧ - بحثه الموسوم (التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد، العدد الخاص بمناسبة اليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤، ص ١٣١ .

٣٨ - أنظر د . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، ص ٤٣٣.

٣٩ . BARRET Olivier , op.cit. p 401-419.

٤٠ - د . علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، ط ٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٨٩.

٤١ - ومنهم المشرع العراقي (المادة ١١٢٦ القانون المدني)، والمشرع اللبناني (قانون الموجبات والعقود)، والمشرع الأردني (المادة ١١٤٨ القانون المدني). أنظر د . كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٢٠ وما بعدها، ود . علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص ٨٩، ود . إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص ٣٦٠.

٤٢ - د . غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٣١.

٤٣ - منهم د . حسن علي الذنون، مؤلفه عقد البيع، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٢٨.

٤٤ - وهذا هو رأي الدكتور غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٣١.

٤٥ - منهم د . عباس الصراف أنظر بحثه الموسوم (بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي)، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٣ وما بعدها. وأنظر بهذا الخصوص د . جعفر، الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع و الإيجار والمقاوله، ط ٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ٨٦ وما بعدها.

٤٦ - أنظر هديل سعد أحمد، التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، مجلة كلية الحقوق / جامعة النهدين، المجلد السادس عشر، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٣٥. وفيما يتعلق بالمسؤولية العقدية أنظر ROLLAND, Responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuels (La doctrine conservatrice face au Code civil) ?, RRJ 2004.

٤٧ - تنص المادة ١٤٠ : (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف الى إبرام هذا العقد). حول هذا الموقف راجع د . سعيد مبارك ود . طه الملا حويش ود . صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، ط ٥، الناشر العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ٩١ وأنظر د . كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٢٢. وصبري حمد خاطر، تعويض الضرر الناشيء عن الإخلال بتعهد بنقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العددان الأول والثاني، المجلد السادس، كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص ٣٨٨.

٤٨ - أنظر د . كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص ١٢٢ و صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٣٨٨.

- ٤٩ - رقم القرار ٢٢٣٧ / ١٩٦٥ في ٢١ / ٦ / ١٩٦٥، مجلة القضاء، العدد الثاني، بغداد، ١٩٦٦، ص ١٢٣. يذكر أن تقسيم العقود الى مسمأة وغير مسمأة يعود الى القانون الروماني الذي تميز بالشكلية والإجرائية. أنظر د. حمدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٨٣.
- ٥٠ - رقم القرار ٤ / إستئنافية / ١٩٧٠ في ٧ / ٦ / ١٩٧٠، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، وزارة العدل، بغداد، ١٩٧١، ص ١٣٨. وأنظر بهذا الخصوص د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص ٩٣، وهديل سعد أحمد، المصدر السابق، ص ٢٣٧.
- ٥١- أنظر قرار محكمة أستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٢٧٧٠ / حقوقية / ١٩٩٢ في ٣ / ١١ / ١٩٩٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٧. وقرارها المرقم ١٠١٤ / حقوقية / ١٩٩٤ في ١٥ / ٢ / ١٩٩٥، نفس المصدر، ص ٩. و ١١٩٣ / حقوقية / ١٩٩٦ في ٢١ / ١٢ / ١٩٩٦، نفس المصدر، ص ٧٧. وبهذا الخصوص أنظر د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق ص ٩٠ الى ٩٣ و هديل سعد احمد، التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، مجلة كلية الحقوق / جامعة النهريين النسة ٢٠١٤، المجلد ١٦، ص ٢٣٥.
- ٥٢ - BARRET Olivier, op.cit. p 401-419 و د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص ٣٦٥ - ٣٦٨. و د. حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٩٤.
- ٥٣- تقول محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص (الاصل أنه لا يجوز لاحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه او تعديله، ولا يجوز ذلك للقاضي). الطعن ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ ق، جلسة ٢٨/٣/٢٠٠٤، انور العرموسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة، ج ١، ط ٤، دار العدالة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٤٠.
- أنظر بهذا الخصوص بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية، الملكية العقارية، ج ١، ط ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠١١، ص ١١٠. يذكر أن مسألة كون عقد بيع العقار غير المسجل ينشئ حقاً شخصياً للمشتري بمطالبة البائع بتسجيل مسألة يكاد يجمع عليها القضاء في مختلف الدول ومنها القضاء اللبناني إذ تضمنه قرار محكمة التمييز اللبنانية المرقم ١٢٣٧ في ٢٢/١٢/٢٠٠٥. مشار الية في نفس المصدرالآخر، نفس الصفحة.
- ٥٤ - د. منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، دار المعارف بمصر، ١٩٥٦ / ١٩٥٧، ص ١٠٦- ١٠٧.
- ٥٥ - BARRET Olivier, op.cit. p 703-740.
- ٥٦ - للمزيد من التفاصيل حول إتجاهات الفقه والقضاء أنظر د. منذر الفضل، التعهد بنقل ملكية عقار وموقف القضاء العراقي منه، مجلة الحقوقي، الأعداد ١ - ٤، السنة الخامسة عشرة، بغداد، ١٩٨٣، ص ١٥١ - ١٨٥. و بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية، ج ١١، البيع، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٣٢٥ - ٣٣٦.

- ٥٨ - حول موضوع التعهد عن الغير راجع د ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، ج ١، نظرية العقد، ط ١، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٤، ص ٧٧٠ وما بعدها، وكذلك مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ط ٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٦١٨ وما بعدها، ود ٠ عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، ط ٣، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٩ ص ٣٤٣ وما بعدها.
- ٥٩ - أنظر د ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، مصادر الإلتزام، ص ٦١٨، و د ٠ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الإلتزام، ص ٣٤٤.
- ٦٠ - حول نظريتي تحول العقد وإنتقاص العقد راجع د ٠ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، نظرية العقد، ص ٥٩٤ وما بعدها، ود ٠ عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، ص ٢١١ وما بعدها، ود ٠ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الإلتزام، مكتبة المواعب للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، بدون تأريخ، ص ١٢٤ - ١٢٧، ود ٠ حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٤٠٤ - ٤١١.
- ٦١ - أنظر محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، ١٩٩٠، ص ٦٣ - ٦٤، و د ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الإلتزام، ص ٦١٨ - ٦١٩ ود ٠ عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، ص ٣٤٤.
- ٦٢ - د عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، ط ٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٣٩.
- ٦٣ - د غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٢٢ - ١٢٣.
- ٦٤ - آلان بينا بنت، المصدر السابق، ص ٨١.
- ٦٥ - BOUCARD Helene , Responsabilite Contractuelle , Repertoire de droit civil , avril 2015 NO 208-260. د ٠ سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية، مطبعة الإعتماد، القاهرة، بدون تأريخ، ص ٩٤. وللمزيد من التفاصيل حول عدم التنفيذ وجزاءاته راجع F. CHABAS. - LAITHIER, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004.
- ٦٦ - أنظر د ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، أسباب كسب الملكية، ص ٣٣٩، وعلي شاكِر عبد القادر، المصدر السابق، ص ١١٧.
- ٦٧ - قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٢٣٩٢ / حقوقية / ١٩٨٠ في ٢٩ / ٩ / ١٩٨٠، جريدة الوقائع العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد ٣٨، السنة الثالثة، نيسان ١٩٨١، ص ١٥٨.
- ٦٨ - قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٤ / استئنافية / ١٩٧٠ في ٧ / ٦ / ١٩٧٠، النشرة القضائية، وزارة العدل العراقية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١، ص ١٣٨ وأنظر قرار محكمة إستئناف النجف الإتحادية بصفتها

- التمييزية المرقم ٦١ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ / ٢٥ / ٣ / ٢٠١٥ (غير منشور) وقرار ذات المحكمة المرقم ١٩٦ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ / ٨ / ١٠ / ٢٠١٥ (غير منشور) .
- ٦٩ - قرارها المرقم ١٥١ / ت / ب / ١٩٨٠ / ١٥ / ٩ / ١٩٨٠ منشور في جريدة الوقائع العدلية، وزارة العدل، العدد ٣٨، السنة الثالثة، نيسان، ١٩٨١، ص ١٥٩ - ١٦٠ .
- ٧٠ - رقم القرار ١٧٩٤ / حقوقية / ١٩٨٩ / ٥ / ١ / ١٩٩٠، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٣ - ١٤ .
- ٧١ - رقم القرار ١٠٠١ / حقوقية / ١٩٨٩ / ٢٣ / ٨ / ١٩٨٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق ص ٢٤ .
- ٧٢ - المؤرخ في ٢٥ / ٨ / ٢٠١٥ (غير منشور) .
- ٧٣ - أنظر د كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص ١٢٥ و الذي يشير فيه الى قرارات لمحكمة التمييز العراقية و د سعيد مبارك و د طه الملا حويش و د صاحب عبيد الفتلاوي، المصدر السابق، ص ٩٣ .
- ٧٤ - نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٣٠١٥ في ٨ / ٩ / ١٩٥١ .
- ٧٥ - نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ١٩٩٥ في ١٠ / ٥ / ١٩٧١ .
- ٧٦ - ورد في مدونة جوستتيان في الفقه الروماني (من اشترى عقارا مقدسا او دينيا او عموميا كميدان عام او كنيسة مثلا و هو على بينة من صفة المبيع فعقده باطل) . نقلها الى العربية عبد العزيز فهمي، عالم الكتب، بيروت، بدون تأريخ، ص ٢٢٨ .
- ٧٧ - المادتان ١٦٧ و ١٦٨ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٧٧ من القانون المدني العراقي. أنظر فريد فتيان، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦ / ١٩٥٧، ص ٣٧ - ٣٨، وسليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ط ٣، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون تأريخ، ص ٧٥ - ٧٦ .
- ٧٨ - وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة الاولى من القانونين المصريين رقمي ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٩ التي لم يرتب أثر للعقود غير المسجلة بخصوص العقار سوى الإلتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وكذلك الامر في سوريا حيث اكدت ذلك الكثير من النصوص و منها نص المادة ٢٠٤ من قرار الحكومة السورية المرقم ٣٣٣٩ لسنة ١٩٣٠ و التي اشترطت لنقل الحقوق العينية قيدها في السجل العقاري. للمزيد من التفصيلات راجع شاكر ناصر حيدر، أحكام الاراضي و الاموال غير المنقولة، ط ١، مطبعة الاعتماد، بغداد، ١٩٤٧، ص ٩٩ و ما بعدها. و د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، ص ٢٣ .
- ٧٩ - جاك غستان و كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وأثاره، ترجمة منصور القاضي، ط ٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٥٣٣ .
- ٨٠ - أنظر شاكر ناصر حيدر، المصدر السابق، ص ٥٧ و د عبد الرزاق احمد السنهوري الوصيد في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، ص ٢٣ و ٤١٠ .
- ٨١ - حول الشكلية في القانون الفرنسي راجع للمزيد من التفصيلات BRIDOUX (J.-L.), La pluralité des dates de signature de l'acte notarié. Mémoire DSN, Lille II, 1982. و LARROUMET

- و (Ch.), Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, 6e, éd., Economica, 2007
MALINVAUD (Ph), FENOUILLET (D.), Droit des obligations, 11e, éd., Litec, 2010.
- ٨٢ - أنظر د صلاح الناهي ود محمد صبحي نجم ود نائل عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ١٤٥، وعلي شاكِر عبد القادر، المصدر السابق، ص ١١٥.
- ٨٣- د حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٤٠٠.
- ٨٤ - د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، ص ٥٦٥، ود حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٣٩١. وفي هذا الخصوص تقول محكمة النقض المصرية (لايزول البطلان بالإجازة). الطعن رقم ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ ق، جلسة ٢٠ / ١٠ / ١٩٩٨، أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، ج ١، ط ٤، دار العدالة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٩٦.
- ٨٥ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٠٤٦ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠١٠ في ٣٠ / ١٢ / ٢٠١٠ مجلة التشريع و القضاء، العدد الرابع، السنة الثالثة، تشرين الاول - كانون الاول، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٣٤ - ٢٣٥.
- ٨٦ - د كمال قاسم ثروت، المصدر السابق، ص ١٢٢ - ١٢٣.
- ٨٧ - مالك جابر حميدي الخزاعي، الأثر القانوني لبيع العقار قبل التسجيل و موقف القضاء العراقي منه، مجلة القانون المقارن، العدد ٥٨، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١١٥، وصبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٤٠١.
- ٨٨ - Geneviève Viney, ... Patrice Jourdain , Traité de droit civil / sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets de la responsabilité [Texte imprimé] : exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, assurance de responsabilité , Paris , LGDJ , 2011
- ٨٩ - د عباس العبودي، المصدر السابق، ص ١٢٨. يذكر أن المشرع الجزائري نص في المادة ١٦ من الأمر ٧٤ - ٧٥ في ١٢ / ١١ / ١٩٧٥ على أن العقود الارادية والانتفاقات التي ترمي إلى أي تغيير على الحق العيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تأريخ نشرها في سجل التسجيل العقاري. أنظر د محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، منشورات cedoc ، الجزائر، بدون تأريخ، ص ١٨١.
- ٩٠ - Casson Philippe , op.cit , NO 15-26 .. وللمزيد من التفصيلات راجع BOUSTANI , op.cit.
- ٩١ - نشر القرار في جريدة الوقائع العراقية بعدها المرقم ٢٦٢١ في ١٤ / ١١ / ١٩٧٧.
- ونشر القرار المرقم ١٤٢٦ في جريدة الوقائع العراقية بعدها المرقم ٢٩٧٤ في ١٩٨٤/١/٢ كما نشر القرار المرقم ١٩٨ في جريدة الوقائع العراقية بعدها المرقم ٣٥٣٨ في ١٩٩٨/١١/٢١. جدير بالذكر أن القرار ١٤٢٦ يشمل جميع الأراضي الزراعية أيأ كان جنسها، زراعية أو بساتين، ومهما كان صنفها سواء كان ملكاً صرفاً أو مملوكة للدولة وحق التصرف للأشخاص الذي هو (حق يخول صاحبه التصرف بالأراضي المملوكة للدولة إنتقاعاً وإستغلالاً والقيام بالتصرفات القولية والفعلية التي يقررها القانون وينتقل هذا الحق من المتصرف الى وريته مع إبقاء رقبته

- مملوكة للدولة ويسمى المنتفع بالمتصرف) . أنظر مصطفى مجيد، أحكام إنتقال حق التصرف، ط ١، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٧١، ص ٣١ .
- ٩٢ - د . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، ص ٤١ . و د حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٨٠ .
- ٩٣ - د . سيد احمد الموسوي، الإيجاب والقبول في العقد، ترجمه رؤوف سبهاني، دار المحجة البيضاء ٢٠٠٧، ص ١٤٤ .
- ٩٤ - د . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، ص ١٨٤، ود أسحق إبراهيم منصور، المصدر السابق، ص ٣٢٢ .
- ٩٥ - قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية المرقم ١٢٢ / الهيئة الإستئنافية منقول / ٢٠١٤ في ٢٢ / ١ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العددان الثالث والرابع، السنة السادسة، تموز - كانون الاول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٠٨ .
- ٩٦ - د . عبد السلام المزوغي بمشاركته فريق من اساتذة القانون، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث، النظرية العامة للعقود، النظرية الإلتزامات ، ج ١، المصادر الإرادية للإلتزام، المجلد الاولى، نظرية العقد، التعريف بالعقد، ط ١ الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، مصراته، ليبيا، ١٩٩٣، ص ١١١ . ود حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٨٠ .
- ٩٧ - د حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٧٧ .
- ٩٨ - . BOUCARD Helene , op.cit , NO 22-101 و د محمد فريدة زاوي، المصدر السابق، ١٤٥ .
- ٩٩ - د سيد احمد الموسوي، المصدر السابق، ص ١٩ .
- ١٠٠ - لأن الحقوق العينية العقارية ومنها حق الملكية تنتقل الى الورثة بإعتبارهم خلفاً عاماً للمورث بمجرد الوفاة (المادة ١٨٩ من قانون التسجيل العقاري العراقي) . أنظر بهذا المضمون قراري محكمة إستئناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية المرقمين ١٩١ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ في ٣٠ / ٩ / ٢٠١٥ و ٤٠ / ت / حقوقية في ٣ / ٣ / ٢٠١٥ (غير منشورين)
- ١٠١ - يوسف أحمد محمود السباتين، البيوع القديمة والمعاصرة والبورصات المحلية والدولية، ط ١، دار البيارق، عمان، ٢٠٠٢، ص ٤٩ .
- ١٠٢ - قرارها المرقم ٢٥ / ت / ب / ٢٠١٢ في ١٢ / ٣ / ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة، تشرين الأول - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٦٣-٢٦٤ .
- ١٠٣ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٨٨٢ / حقوقية / ١٩٩١ في ٣١ / ١٢ / ١٩٩١، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٩ .
- ١٠٤ - رقم القرار ٢٨٨٧ / حقوقية / ١٩٩٢ في ٧ / ١١ / ١٩٩٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٠ .
- ١٠٥ - تنص المادة الخامسة من قانون المرافعات المدنية العراقي (يصح أن يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له ولكن الخصم في عين من أعيان التركة هو الوارث الحائز لتلك العين) .

للمزيد من التفصيلات راجع د. سعدون ناجي القشطيني، شرح قانون المرافعات، ج ١، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ١١٢ ود. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، كلية القانون / جامعة بغداد، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر / جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ١١٧.

١٠٦ - حول التدخل القضائي لنقل الملكية أنظر THERON (Julien) , op.cit.

١٠٧ - قرارها المرقم ٣٥٩ / م / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العددان الثالث والرابع، السنة السادسة، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٣٨-٢٣٩.

١٠٨ - قرار محكمة إستئناف نينوى بصفتها التمييزية المرقم ١٥١ / ت / ب / ١٩٨٠ في ١٥ / ٩ / ١٩٨٠، جريدة الوقائع العدلية، وزارة العدل، العدد ٣٨، السنة الثالثة، بغداد، نيسان ١٩٨١، ص ١٩٥ - ١٦٠.

١٠٩ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٢٤١ / حقوقية / ١٩٩٤ في ١١/١ / ١٩٩٤، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٤.

١١٠ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٦٩٩ / حقوقية / ١٩٩٧ في ١٠/٥ / ١٩٩٧، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٢.

١١١ - قرار محكمة إستئناف الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٣٥٩ / م / ٢٠١٤ في ٢ / ٤ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العددان الثالث والرابع، تموز - كانون الثاني، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٣٨ - ٢٣٩.

١١٢ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٩ / حقوقية / ١٩٨٩ في ٤ / ٥ / ١٩٩٠، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٩٠.

١١٣ - للمزيد من التفاصيل بخصوص الضرر وتعويضه في المسؤولية العقدية راجع Casson Philippe , op.cit , NO .

١١٤ - قرارها المرقم ٤٥ / حقوقية / ١٩٩٥ في ١٤/١ / ١٩٩٥، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٩.

١١٥ - قرارها المرقم ٤٤٥ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٣، مجلة التشريع والقضاء، العدد الأول، السنة السابعة، كانون الثاني / حزيران، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٩٧-١٩٩.

١١٦ - د. حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٧٨.

١١٧ - نفس المصدر، ص ٧٧.

١١٨ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٤٦٩ / حقوقية / ١٩٨٩ في ٢٠ / ٤ / ١٩٨٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣١. يشار في هذا المجال الى أن محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية ردت

تميز المميز (المدعي) وقررت تصديق الحكم القاضي برد الدعوى وذلك لأن (شروط التمليك لم تكن متوفرة في طلب المدعي (المعترض عليه) وذلك لعدم ثبوت سكناه في العقار موضوع الدعوى أو إحدائه منشآت فيه) قرارها

المرقم ٢٢١٥ / حقوقية / ١٩٨٨ في ٩ / ١ / ١٩٨٩، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢٢٧ - ٢٣٠.

- ١١٩ - قرارها المرقم ١٣٩١ / حقوقية / ١٩٩٥ في ١٢/٣/١٩٩٥، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٤.
- ١٢٠ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٥٥ / حقوقية / ١٩٩٦ في ٢٤ / ٢ / ١٩٩٦، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٠.
- ١٢١ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٠١ / حقوقية / ١٩٨٩ في ٢٣ / ٨ / ١٩٨٩، هادي عزيز علي، ص ٣١.
- ١٢٢ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٩، أسباب كسب الملكية، ص ١٢٧٦.
- ١٢٣ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٢٥٠٢ / حقوقية / ١٩٧٩ في ٥/١٢/١٩٧٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٠.
- ١٢٤ - قرار محكمة إستئناف الكرخ الاتحادية المرقم ١٨٧ / ح / ٢٠١١ في ٢٨ / ٣ / ٢٠١١، مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة، العدد الرابع، تشرين الأول - كانون الأول، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٦١ - ٢٦٢.
- ١٢٥ - رقم القرار ٥٧ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ (غير منشور).
- ١٢٦ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٢٨ / حقوقية / ١٩٩٦ في ١٧ / ٢ / ١٩٩٦، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٠.
- ١٢٧ - قرارها المرقم ٢٦١ / حقوقية / ١٩٩٥ في ١٦/٩/١٩٩٥، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٩.
- ١٢٨ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١١٢٩ / حقوقية / ١٩٩٥ في ١٦ / ٩ / ١٩٩٥، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٩.
- ١٢٩ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٩٥ / حقوقية / ١٩٩٦ في ٣١ / ١٠ / ١٩٩٦، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١١.
- ١٣٠ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٨٨٠ / حقوقية / ١٩٩٧ في ٢/٦/١٩٩٧، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٣. يذكر أن تحديد العدد بأربعين شجرة أشارت إليه المادة الثانية / ج من قانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة كردستان رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ عندما كانت المنطقة مشمولة بالحكم الذاتي آنذاك. منشور في مجموعة التشريعات الزراعية الصادرة عن المجلس الزراعي الأعلى، سابق الإشارة إليها، ص ١٨٧ وما بعدها.
- ١٣١ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٩٥ / حقوقية / ١٩٩٦ في ٣١ / ١٠ / ١٩٩٦، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١١.

- ١٣٢ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٦٥ / حقوقية / ١٩٨٩ في ١٥/٨/١٩٨٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٨.
- ١٣٣ - قرار محكمة إستئناف الكرخ الإتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٢٥٧ / حقوقية / ٢٠١٢ في ٢٣ / ٤ / ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة، تشرين الأول - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٦١.
- ١٣٤ - أنظر أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني مذهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٢٥ والذي يشير إلى حكم محكمة النقض المصرية، الطعن ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ ق، جلسة ٢٨ / ٣ / ٢٠٠٤، ص ٤٤٠.
- ١٣٥ - أنظر بهذا الخصوص قرار محكمة إستئناف الكرخ الإتحادية بصفتها الإتحادية المرقم ١٥٣ / حقوقية / ٢٠١٤ في ١٣ / ٤ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العددان الثالث والرابع، السنة السادسة، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٥٥، و قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٧١ / حقوقية / ١٩٩٦ في ١ / ٢ / ١٩٩٦، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٥ و ١٨١ / حقوقية / ١٩٨٩ في ٢١ / ١ / ١٩٨٩، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢٣٠ - ٢٣٢.
- ١٣٦ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٦٥ / حقوقية / ١٩٩٧ في ١٩ / ٦ / ١٩٩٧، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٠٩. وأنظر قراري ذات المحكمة المرقمين ١١٨٦ / حقوقية / ١٩٩٣ في ٢٨ / ١١ / ١٩٩٣، نفس المصدر، ص ١٠٧ و ٧٥ / حقوقية / ١٩٩٦ في ١٩ / ١ / ١٩٩٦، المصدر ذاته، ص ١٠٩ والذي تقول فيه بأن : (إقامة دعوى منع المعارضة بعد ثلاثة أسابيع من تأريخ التعهد تشكل معارضة تحريرية من قبل المتعهد للمتعهد له)
- ١٣٧ - قرارها المرقم ٣٥٨ / م / ٢٠١٤ في ٣٠ / ٣ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العددان الثالث والرابع، السنة السادسة تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٢٥ - ٢٢٦. أنظر أيضاً قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١١٨٦ / حقوقية / ١٩٩٣ في ٢٨ / ١١ / ١٩٩٣، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٠٧. وقرارها المرقم ١١١٦ / حقوقية / ١٩٩٤ في ١٣ / ١٠ / ١٩٩٤، نفس المصدر، ص ١٠٨.
- ١٣٨ - قرار محكمة إستئناف الرصافة الإتحادية المرقم ١٥٩٠ / م / ٢٠١٤ في ١٠ / ١١ / ٢٠١٣، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العددان الثالث والرابع، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٢٥ - ٢٢٦.
- ١٣٩ - أنظر مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٨، حق الملكية، ص ٥٠٦ . ١٤٠ - نفس المصدر، ص ٥٠٦ - ٥٠٧.
- ١٤١ - قررت محكمة أستئناف النجف الإتحادية بصفتها التمييزية بتصديق قرار محكمة بداءة النجف القاضي برد دعوى المدعي (المتعهد له) لتعارض البيع مع نص المادة ١٢٩ / ٢ من القانون المدني لأن البيع قد حصل أثناء حياة المورث. قرارها المرقم ١٧٠ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ في ٢٥ / ٨ / ٢٠١٥ (غير منشور)
- ١٤٢ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٧٧٤ / حقوقية / ١٩٩١ في ١١ / ٨ / ١٩٩١، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٦. يذكر أن القرار ٢٢٢ لسنة ١٩٧٦ يتعلق بإفراز الأراضي الزراعية والأحكام

- المنظمة لها. نص القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية بعدها المرقم ٢٥٧٤ في ٧ / ٣ / ١٩٧٧. والقرار ومتعلقاته منشور في مجموعة تشريعات القطاع الزراعي، المجلد الأول، إصدار المجلس الزراعي الأعلى / الدائرة القانونية، مطابع مديرية المساحة العامة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٥٨٠ - ٥٨٣.
- ١٤٣ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٤٨ / حقوقية / ١٩٧٩ في ١٥ / ١ / ١٩٧٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٠.
- ١٤٤ - وهذا ما دقت فيه محكمة إستئناف النجف الإتحادية في قرارها المرقم ٧٣ / ت / حقوقية / ٢٠١٥ في ٢١ / ٤ / ٢٠١٥ (غير منشور).
- ١٤٥ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٧٧٩ / حقوقية / ١٩٩٣ في ٢٤ / ٨ / ١٩٩٣، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٨.
- ١٤٦ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٦٧٢ / حقوقية / ١٩٩٤ في ١١ / ٦ / ١٩٩٤، هادي عزيز علي، ص ٣٤.
- ١٤٧ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٤١ / حقوقية / ١٩٩٣ في ٢٨ / ٢ / ١٩٩٣ هادي عزيز علي، المصدر السابق ص ٧.
- ١٤٨ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٩٢ / حقوقية / ١٩٩٦ في ١٩ / ٢ / ١٩٩٦، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٣.
- ١٤٩ - أنظر قرار محكمة إستئناف القادسية الإتحادية بصفتها التمييزية المرقم ١٢٥ / ت / ح / ٢٠١٢ في ٤ / ٦ / ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة، تشرين الأول - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٨٠ - ٢٨١.
- ١٥٠ - قرار محكمة إستئناف الكرخ الإتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٣١٣ / ح / ٢٠١٥ في ٢١ / ٦ / ٢٠١٥، مجلة التشريع والقضاء، العدد الأول، السنة السابعة، كانون الثاني - حزيران، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٤٣ - ٢٤٤.
- ١٥١ - قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٧ / حقوقية / ١٩٨٩ في ٢٧ / ٢ / ١٩٨٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٣.
- ١٥٢ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٤٨ / حقوقية / ١٩٩٧ في ١٩ / ١ / ١٩٩٧، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٦.
- ١٥٣ - د سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٩٤.
- ١٥٤ - أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٢٠٠ / حقوقية / ١٩٨١ في ٧ / ٢ / ١٩٨٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ١٣.
- ١٥٥ - د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٨، حق الملكية، ص ٧٩٦.
- ١٥٦ - قرارها المرقم ٢٣٨١ / حقوقية / ١٩٧٨ في ٦ / ٣ / ١٩٧٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٧.

١٥٧ - قرارها المرقم ٢٣٩٢ / حقوقية / ١٩٨٠ في ٢٩ / ٩ / ١٩٨٠، جريدة الوقائع العدلية ، العدد ٣٨، السنة الثالثة، بغداد، نيسان ١٩٨١، ص ١٥٨. وفي قرار لذات المحكمة برقم ٥٤ / حقوقية / ١٩٩٤ في ١١ / ١ / ١٩٩٤ تقول فيه : (لما كان المميز عليه [البائع] قد باع المشتمل بإرادته الى المميز [المشتري] بموجب التعهد الذي أقر به، فسواء كان المشتمل المذكور قابلاً للإفراز عن الدار الأصلية من عدمه فإن التعهد نافذاً بحقه، وحيث تبين من تقرير الخبراء الذي إستندت إليه المحكمة عدم إمكانية إفراز المشتمل كوحدة سكنية مستقلة ولذلك كان على المحكمة تمليك المميز المشتمل المذكور بالبدل المبين في التعهد وعلى الشيوخ ووفق المرتسم الذي ينظم بمعرفة مساح من التسجيل العقاري بإعتباره مفرز بصورة غير رسمية)، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٢. وفي قرار آخر لذات المحكمة جاء فيه :

(إذا تبين أن مساحة القطعة موضوع التعهد هي ٢٠ دونم وليست عشرة دونمات حسبما مذكور في التعهد لذا فإن موضوع التعهد يكون أسهماً شائعة وليست وحدة عقارية مفرزة مملوكة على وجه الإستقلال وبالتالي فإن الإلتزام الصادر من المتعهد هو حق شخصي وليس حقاً عينياً لذا فإن إنعقاده يكون موقوفاً على إجازة المتعهد له عملاً بأحكام المادة ١١٧ من القانون المدني). قرارها المرقم ١٣٨٨ / حقوقية / ١٩٩٢ في ٢١ / ٧ / ١٩٩٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٨ - ٤٩.

١٥٨ - رقم القرار ٢٤٦٧ / حقوقية / ١٩٩٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٠.

١٥٩ - رقم القرار ٩٣١ / حقوقية / ١٩٩٥ في ٢٣ / ٧ / ١٩٩٥، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤٢.

١٦٠ - رقم القرار ٦٥ / حقوقية / ١٩٨٢ في ٩ / ٢ / ١٩٨٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٥.

١٦١ - أنظر قرارها المرقم ١٣٤ / حقوقية / ١٩٩٧ في ١٨ / ١ / ١٩٩٧، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٠ - ٢١.

١٦٢ - رقم القرار ١٠٥٢ / حقوقية / ١٩٩٧ في ٣ / ٧ / ١٩٩٧، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٣٦.

١٦٣ - أنظر لفتة هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ط ١، بدون دار نشر، بغداد، ٢٠١٣، ص ١٧ - ١٨.

١٦٤ - حول إلتزامات المشتري وإلزامه بتنفيذها قسراً أنظر ج ٢ ص ٧٤٦ - ٨٩٨. ===

١٦٥ - هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة الدكتور أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦، ص ١٤١.

١٦٦ - للمزيد من التفصيل حول المسؤولية العقدية وأحكامها راجع VINEY, La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXIe siècle, Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921.

١٦٧ - عن تشديد المسؤولية العقدية أنظر . BOUCARD Helene , op.cit , NO 23-54 .

١٦٨ - أنظر د سعدون ناجي القشطيني ، المصدر السابق، ص ٢٦٦ - ٢٦٧. و د آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

١٦٩ - قرارها المرقم ٧٥٠ / حقوقية / ١٩٩٣ في ١٥ / ٨ / ١٩٩٣، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٤١.

- ١٧٠ - قرارها المرقم ١٢٣ / ت / حقوقية / إزالة شيوع / ٢٠١٥، مجلة التشريع والقضاء، العدد الأول، السنة السابعة، كانون الثاني - حزيران، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٥٠-٢٥١.
- ١٧١ - د. أسحق إبراهيم منصور، المصدر السابق، ص ٣٦٣.
- ١٧٢ - رقم القرار ٣٦٧ / حقوقية / ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٣/١٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٤. وأنظر قرارها المرقم ١٦٥٢ / حقوقية / ١٩٨٢ في ١٩٨٢/٨/١٨ و ٦٥ / حقوقية / ١٩٨٢ في ١٩٨٢/٢/٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٥، وقرارها المرقم ٥١٠ / حقوقية / ١٩٩٦ في ١٩٩٦/٦/٥، نفس المصدر، ص ٢٧.
- ١٧٣ - قرارها المرقم ٣٤٧ / حقوقية / ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٣/١٩، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٥.
- ١٧٤ - رقم القرار ١٠٠١ / حقوقية / ١٩٨٩ في ١٩٨٩/٨/٢٣، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٤.
- ١٧٥ - حول دور القضاء وتدخله في نقل الملكية في الفقه الفرنسي أنظر ج ٤. وفي الفقه العربي راجع الدكتور جابر محجوب علي والدكتور فايز عبد الله الكندي، إكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد، منشورات جامعة الكويت، ٢٠٠٥. والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق. وبخصوص موقف القضاء من هذه المسألة راجع بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية، الملكية العقارية، ج ١١، البيع.
- ١٧٦ - أنظر قرار محكمة بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٧٤ / حقوقية / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٧/٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٣.
- ١٧٧ - القرار وتفاصيله نشره دريد داود سلمان الجنابي، تعليق على قرار حكم، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الثالثة، تشرين الأول - كانون الأول، بغداد، ٢٠١١، ص ٣١٧ - ٣٢٣.
- ١٧٨ - قرارها المرقم ٢٥١ / الهيئة المدنية الموسعة / ٢٠١٤ في ٢٠١٤ / ١ / ١١، مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الأول، كانون الثاني - حزيران، بغداد، ٢٠١٤، ص ١٩٩ - ٢٠٠.
- ١٧٩ - رقم القرار ١٠١٤ / حقوقية / ١٩٩٤ في ١٩٩٥/٢/١٥، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٩.
- ١٨٠ - د. عبد الهادي فوزي العوضي، الحماية القانونية لحقوق الطفل المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص ١٦.
- ١٨١ - " R. MARTIN , person et sujet de droit " RTD civ.1981 , pp.783 - نقلًا عن المصدر السابق، ص ١٦.
- ١٨٢ - د. حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٧٩.
- ١٨٣ - أنظر صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٤٠١، وعلي شاكور عبد القادر، المصدر السابق، ص ١١٤ - ١١٥.
- ١٨٤ - جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيو، المصدر السابق، ص ١٠١.
- ١٨٥ - د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ٢٩٩.
- ١٨٦ - BARRET Olivier , op.cit. p 4-9 & 401-419 و د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص ٣٦٨.

- ١٨٧ . حول إلتزام المشتري بدفع الثمن أنظر BARRET Olivier , op.cit. p 770-876.
- ١٨٨ . لقد ثار جدل فقهي حول موضوع عدم تنفيذ الإلتزامات العقدية، للإطلاع على ذلك راجع BOUCARD Helene , op.cit , NO 355-361 .
- ١٨٩ . د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٢٧.
- ١٩٠ . آلان بينا بنت، المصدر السابق، ص ٨١.
- ١٩١ . بخصوص تنفيذ العقد ?, REMY-CORLAY, Exécution et réparation : deux concepts ?, Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005.
- ١٩٢ . لتفصيلات أكثر حول فعالية العقد راجع . BOUCARD Helene , op.cit , NO 127-137 .
- ١٩٣ . للمزيد من التفصيلات حول التعويض في المسؤولية العقدية راجع ج ٥ وج ١٣ و د محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون تأريخ. وحسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
- ١٩٤ . أنظر قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٨٤ / حقوقية / ١٩٩٢ في ٥ / ٥ / ١٩٩٢، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص ٢٥-٢٦.
- ١٩٥ . د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص ١٣١، وصبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٣٨٩-٣٩٠.
- ١٩٦ . جاك غستان و كريستوف جامان ومارك بيو، المصدر السابق، ص ٥٣٣.
- ١٩٧ . د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ٣٠٣.
- ١٩٨ . د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، منشورات المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤، ص ٢٨٩.
- ١٩٩ . هانس كلسن، المصدر السابق، ص ٤٤.
- ٢٠٠ . لتفصيلات أكثر بخصوص البيوع العقارية راجع V. P. MALINVAUD, P. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, Droit de la promotion immobilière, 7e éd., 2004, J. LAFOND, La vente d'immeuble avec transfert de propriété différé, و Dalloz , no 91 JCP, éd. N, 1996.
- ٢٠١ . جنييف فيني، مدخل الى المسؤولية، إشراف جاك غستان، ترجمة د. عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١، ص ١٠٥.
- ٢٠٢ . أنظر علي شاکر عبد القادر، المصدر السابق، ص ١١٧.
- ٢٠٣ . عفيف شمس الدين، المصدر السابق، ص ٣٢٣.
- ٢٠٤ . حكم محكمة النقض المصرية بالطعن رقم ٦ لسنة ٦٤ ق، جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٩٥، س ٤٦، أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، ج ٣، مصدر سابق، ص ٣٣٣.
- ٢٠٥ . أنظر جنييف فيني، المصدر السابق، ص ١٠٥.
- ٢٠٦ . أنظر د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ٣٠٣.

- ٢٠٧ - قرارها المرقم ٣٥٨ / م / ٢٠١٤ في ٣٠ / ٣ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، العددان الثالث والرابع، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٢٨ - ٢٢٩.
- ٢٠٨ - قرارها المرقم ١٢٩٨ / حقوقية / ٨٥ / ١٩٨٦ في ٢٠ / ٨ / ١٩٨٦، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، العددان الثالث والرابع، السنة الحادية والأربعون، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٠٨.
- ٢٠٩ - صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٣٩١ - ٢٩٤، وجنييف فيني، المصدر السابق، ص ١٠٥.
- ٢١٠ - حول الضرر وتعويضه في المسؤولية العقدية أنظر COELENBIER (Maxime), Bail emphytéotique et promesse de vente : un ingénieux montage confronté à l'inertie des patties ; [suivi de] S.C.I. de famille : motivation de constitution et démembrement .de propriété, 2005
- ٢١١ - صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٣٩١ - ٣٩٢.
- ٢١٢ - فيما يتعلق بالتعويض الكامل أنظر N. DEJEAN de LA BOUSTANI , op.cit , NO 389 . BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, , LGDJ, 1965 , no 337
- ٢١٣ - جنيف فيني، المصدر السابق، ص ٩٣.
- ٢١٤ - د. حسن كيرة، أصول القانون، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٣٠٧.
- ٢١٥ - بخصوص التزامات المشتري أنظر BARRET Olivier , op.cit. p 746-798.
- ٢١٦ - حول التعهد بالبيع في القانون الفرنسي أنظر COELENBIER (Maxime), op.cit.
- ٢١٧ - جبروم هوييه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، إشراف جاك غستان، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، ط ٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٣٧.
- ٢١٨ - نفس المصدر، نفس الصفحة.
- ١٢١٩ - جنيف فيني، المصدر السابق، ص ٩٣.
- ٢٢٠ - د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٢٩١.
- ٢٢١ - د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص ٣٠٦.
- ٢٢٢ - د. حمدي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص ٩٤.
- ٢٢٣ - مالك جابر حميدي الخزاعي، المصدر السابق، ص ١٢١.
- ٢٢٤ - أنظر BOUCARD Helene , op.cit , NO 127-137 .
- ٢٢٥ - حول أهمية تدخل القضاء في نطاق نقل الملكية راجع DUBARRY, Julien, *Le transfert conventionnel de propriété [Texte imprimé] : essai sur le mécanisme .translatif à la lumière des droits français et allemand, Paris, LGDJ, 1985 , no 389*
- ٢٢٦ - د. حسن كيرة، المصدر السابق، ص ١١١.
- ٢٢٧ - أنظر في الفقه الفرنسي THERON (Julien) , op.cit وفي الفقه العربي أنظر د. جابر محجوب علي ود. فايز عبد الله الكندي، المصدر السابق والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني

- الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، مصدر سابق. وعفيف شمس الدين، المصدر السابق. وبدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية، ج ١١، ط ١، البيع، مصدر سابق.
- ٢٢٨ - BARRET Olivier , op.cit. p 813-820.
- ٢٢٩ - رقم القرار ١١٧ / ت / حقوقية / ٢٠١٥، مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٤٨ - ٢٤٩.
- ٢٣٠ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ج ٩، أسباب كسب الملكية، طبعة النقابة العامة للمحامين المصرية، ص ٣٣٩، هامش (١).
- ٢٣١ - حول التعويض ومعايير تقديره أنظر J. CARBONNIER, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22e éd., PUF, p. 473, 2000. و N. DEJEAN de LA BÂTIE , op.cit , NO 337. و BOUCARD Helene , op.cit , NO 29-33 . و د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص ٢٣٢ - ٤٢٤.
- ٢٣٢ - لقد ثار جدل فقهي واسع حول الظروف الخاصة بالمسؤول ومدى تأثيرها على التعويض لاسيما منها ما يتعلق بجسامة خطئه وهو أمر لا بد وأن يأخذ إهتماماً خاصاً خصوصاً في البلدان التي تعاني من إهتزاز في منظومة القيم الأمر الذي يؤدي الى التأثير في العلاقات القانونية ومدى تنفيذ الأطراف لإلتزاماتهم الناشئة عنها مما يتطلب - بتقديرنا - الإستعانة بالمعيار الشخصي ليس للإنتقام من المسؤول عن الضرر إنما دفعه لإحترام حقوق الآخرين وردعه عن خرقها والتعدي عليها مستقبلاً ومنع كل من يحاول إستغلال ما في النصوص القانونية من خلل وبطء وكلفة الإجراءات القضائية. حول ذلك راجع أطروحتنا للدكتوراه (الظروف الملازمة وأثرها على التعويض) المقدمة الى كلية القانون / جامعة طرابلس، ليبيا، ٢٠٠١، ص ٤٠ - ١٤٦.
- ٢٣٣ - صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٤٠٦-٤٠٧.
- ٢٣٤ - نفس المصدر، ص ٤٠٢.
- ٢٣٥ - د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٨٥.
- ٢٣٦ - د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص ٣٠٣.
- ٢٣٧ - جنييف فيني، المصدر السابق، ص ١٠٥.
- ٢٣٨ - القرار منشور في مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة الحادية والأربعون، نقابة المحامين، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٠٨ - ٢١٠.
- ٢٣٩ - د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٦٧.
- ٢٤٠ - بهذا المعنى أنظر قرارها المرقم ٢٤٩ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٤ في ١١ / ٨ / ٢٠١٤، مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الثاني، تموز - كانون الأول، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٠٦ - ٢٠٧.

١. القرآن الكريم.
٢. ابن منظور، لسان العرب، وزارة الأوقاف السعودية - الجوائب، عن طبعة الأميرية ببولاق، ١٣٠٠ هجرية.
٣. أحمد أبو إسحاق الثعلبي، الكشف والبيان في تفسير القرآن، المحقق سيد حسن كسروي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤.
٤. أحمد رضا، معجم متن اللغة، ط١، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٩٥.
٥. د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، كلية القانون / جامعة بغداد، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر / جامعة الموصل، ١٩٨٨.
٦. د. أسحق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٦.
٧. آلان بينا بنت، القانون المدني، العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٤.
٨. الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، المجلد الأول دار هجرت للنشر، قم، ١٩٨٩.
٩. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٠. المجلس الزراعي الأعلى / الدائرة القانونية، مجموعة تشريعات القطاع الزراعي، المجلد الأول، مطابع مديرية المساحة العامة، بغداد، ١٩٧٧.
١١. د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٨، عقد البيع - ١ - ط٢ - بدون دار نشر، ٢٠١٠.
١٢. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، ج٣، ط٤، دار العدالة، القاهرة، ٢٠١٠.
١٣. باقر الخليلي، تعليق على قرار حكم حول طبيعة التعويض عند عدم تسجيل بيع عقار لدى دائرة التسجيل العقاري، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة الحادية والأربعون، نقابة المحامين، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٢٦ - ٢٢٩.
١٤. بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية، الملكية العقارية، ج١، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
١٥. د. جابر محبوب علي و د. فايز عبدالله الكندي، إكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد، منشورات جامعة الكويت، ٢٠٠٥.
١٦. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون / جامعة بغداد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
١٧. د. حسن كيرة، أصول القانون، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٣.
١٨. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.
١٩. د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٢٠. دريد داود سلمان الجنابي، تعليق على قرار حكم، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الثالثة، تشرين الأول - كانون الأول، بغداد، ٢٠١١.
٢١. جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٨.
٢٢. جريدة الوقائع العراقية، وزارة العدل، بغداد (أعداد مختلفة).
٢٣. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار والمقاولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
٢٤. جوستينيان، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، نقلها الى العربية عبد العزيز فهمي، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.
٢٥. جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، إشراف جاك غستاف، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٩.
٢٦. د. حسن علي الذنون، عقد البيع، بغداد، ١٩٥٣.
٢٧. د. سعدون ناجي القشطيني، شرح قانون المرافعات، ج١، ط١، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧١.
٢٨. د. سعيد مبارك ود طع الملا حويش ود صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، الناشر العاتك لصناعة الكتب، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.
٢٩. د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية، مطبعة الإعتدال، القاهرة، بدون تاريخ.
٣٠. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ط٣، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون تاريخ.
٣١. د. سيد أحمد الموسوي، الإيجاب والقبول في العقد، ترجمة رؤوف سبهاني، دار المحجة البيضاء، بيروت، ٢٠٠٧.
٣٢. شاكرا ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، ط١، مطبعة الإعتدال، بغداد، ١٩٤٧.
٣٣. صبري حمد خاطر، تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بتعهد بنقل ملكية عقار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العددان الأول والثاني، المجلد السادس، كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد، ١٩٨٧.
٣٤. د. صلاح الناهي ود محمد صبحي نجم ود نائل عبد الرحمن، القانون في حياتنا، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
٣٥. د. صلاح كريم جواد الخفاجي، الظروف الملايسة وأثرها على التعويض، أطروحة دكتوراه مقدمة إلي كلية القانون / جامعة طرابلس، ليبيا، ٢٠٠١.
٣٦. د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، بغداد، ١٩٧٦.
٣٧. د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، ط٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

- ٣٨ د. ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، أسباب كسب الملكية، تحديد وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، إصدار لجنة الشريعة الإسلامية في النقابة العامة للمحامين المصرية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٣٩ د. ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، ج ١، نظرية العقد، ط ١، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٤.
- ٤٠ د. ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ط ٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٤١ د. ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤، البيع والمقايضة، ط ٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٤٢ د. ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٨، حق الملكية، ط ٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٤٣ د. ٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٩، أسباب كسب الملكية، ط ٣ الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٤٤ د. ٠ عبد السلام المزوغي بمشاركة فريق من الباحثين، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث، النظرية العامة للعقود، نظرية الإلتزامات، ج ١، المصادر الإرادية للإلتزام، المجلد الأول، نظرية العقد، ط ١، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة، ليبيا، ١٩٩٣.
- ٤٥ د. ٠ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الإلتزام، ط ٣، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٩.
- ٤٦ د. ٠ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الإلتزام، مكتبة المواعب للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، بدون تأريخ.
- ٤٧ د. ٠ عبد الهادي فوزي العوضي، الحماية القانونية لحقوق الطفل المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تأريخ.
- ٤٨ د. ٠ عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، ج ١، التحديد والتحرير، السجل العقاري، ط ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- ٤٩ د. ٠ علي شاعر عبد القادر، علي شاعر عبد القادر، التعهد بنقل ملكية العقار وأثره في إنتقال الملكية، مجلة رسالة الحقوق السنة الخامسة، العدد الثالث، كلية القانون / جامعة كربلاء، ٢٠١٣.
- ٥٠ د. ٠ علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، ط ٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ٥١ د. ٠ غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد، العدد الخاص بمناسبة اليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤.

٥٢. فريد فتیان، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦ / ١٩٥٧.
٥٣. د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦.
٥٤. لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ط ١، بدون دار نشر، بغداد، ٢٠١٣.
٥٥. مالك جابر حميدي الخزاعي، الأثر القانوني لبيع العقار قبل التسجيل وموقف القضاء العراقي منه، مجلة القانون المقارن، العدد الثامن والخمسون، بغداد، ٢٠٠٩.
٥٦. مجلة التشريع والقضاء، بغداد (أعداد مختلفة).
٥٧. مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، بغداد (أعداد مختلفة).
٥٨. مجلة الوقائع العدلية، وزارة العدل، بغداد.
٥٩. د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون تاريخ.
٦٠. محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبد الله، صحيح البخاري، ط ١، دار ابن كثير، دمشق / بيروت، ٢٠٠٢.
٦١. محمد بن صالح العثيمين، شرح صحيح البخاري، النبلاء للكتاب / مراكش، المكتبة الإسلامية / القاهرة، ٢٠٠٨.
٦٢. د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، ج ١، مصادر الإلتزام، ط ٢، مطبعة الوثيقة الخضراء لفنون الطباعة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩٧.
٦٣. د. محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية العقد، منشورات CEDOC، الجزائر، بدون تأريخ.
٦٤. مصطفى مجيد، أحكام إنتقال حق التصرف، ط ١، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٧١.
٦٥. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، منشورات المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤.
٦٦. د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، ج ١، مصادر الإلتزام، ط ١، بدون دار نشر، ١٩٩١.
٦٧. د. منذر الفضل، التعهد بنقل ملكية عقار وموقف القضاء العراقي منه، مجلة الحقوق، الأعداد ١-٤، السنة الخامسة عشرة، إتحاد الحقوقيين العراقيين، بغداد، ١٩٨٣.
٦٨. د. منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، دار المعارف بمصر، ١٩٥٦ / ١٩٥٧.
٦٩. هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة إستئناف بغداد بصفقتها التمييزية، التعهد بنقل ملكية العقار، مكتبة صباح، بغداد، ١٩٩٨.
٧٠. هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة الدكتور أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦.
٧١. هديل سعد أحمد، التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، مجلة كلية الحقوق / جامعة النهدين، المجلد السادس عشر، بغداد، ٢٠١٤.
٧٢. يوسف أحمد محمود السباتين، البيوع القديمة والمعاصرة والبورصات المحلية والدولية، ط ١، دار البيارق، عمان، ٢٠٠٢.

٧٣. د يوسف عبيدات ود بكر السرحان، التعهد بنقل ملكية عقار في القانون المدني الأردني، نصوص القانون تُقرأ معاً كوحدة واحدة وليس بمعزل عن بعضها، مجلة المنارة الأردنية، العدد الثامن، المجلد الثالث عشر، ٢٠٠٧.

المصادر الأجنبية

1. A. BÉNABENT, Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 7e éd., Montchrestien , 2006.
2. BARRET Olivier , Vente , Répertoire de droit civil , janvier 2016.
3. Bernard Dubuisson et Patrice Jourdain , Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle : études de droit comparé , Bruxelles, Bruylant, 2015.
4. Casson Philippe , Dommages et interest , Répertoire de droit civil , octobre 2015.
5. BOUCARD Helene , Responsabilité Contractuelle , Répertoire de droit civil , avril 2015.
6. BOUSTANI, La réparation intégrale et les règles de procédure : principe prétendu ou droit effectif ?, D. 2014.
7. BRIDOUX (J.-L.), La pluralité des dates de signature de l'acte notarié. Mémoire DSN, Lille II, 1982.
8. C. LARROUMET, Droit civil, t.5, Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, par M. BACACHE-GIBEILI, Economica, 2007.
9. COELENBIER (Maxime), Bail emphytéotique et promesse de vente : un ingénieux montage confronté à l'inertie des patties ; [suivi de] S.C.I. de famille : motivation de constitution et démembrement de propriété, 2005.
10. DUCOULOUX-FAVARD, Droit de la vente, éd. Eyrolles ,1re éd., 1990.
11. DUBARRY, Julien, Le transfert conventionnel de propriété [Texte imprimé] : essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand, Paris, LGDJ, 1985.
12. F. CHABAS. - LAITHIER, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, , LGDJ ,2004.
13. F. COLLART DUTILLEUL et B. MAGOIS, Acheter ou vendre un bien immobilier, 3e éd., Delmas , 2004.
14. G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, 3e éd., LGDJ - 2007.
15. Geneviève Viney,... Patrice Jourdain , Traité de droit civil / sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets de la responsabilité [Texte imprimé] : exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, assurance de responsabilité , Paris , LGDJ , 2011.
16. I.SOULEAU, La prévisibilité du dommage contractuel, thèse, Paris II, 1979.
17. J. CARBONNIER, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22e éd., PUF ,2000.

18. J. LAFOND, F. COHET-CORDEY et B. LABORRIER, Ventes d'immeubles, , Lexis Nexis Litec ,2006.
19. J.-J. BARBIÉRI, Contrats civils, contrats commerciaux, A. Colin. 1996.
20. J. LAFOND, La vente d'immeuble avec transfert de propriété différé, JCP, éd. N, 1996.
21. LARROUMET (Ch.), Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, 6e, éd., Economica, 2007.
22. MALINVAUD (Ph), FENOUILLET (D.), Droit des obligations, 11e, éd., Litec, 2010.
23. N. DEJEAN de LA BÂTIE, Appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* en droit civil français, , LGDJ, 1965.
24. O. BARRET, Vente d'immeuble construit, in J.-L. AUBERT (sous la dir. de), Gestion de l'immeuble, 2000, Dalloz Action. J.-L. BERGEL, Les ventes d'immeubles existants, Litec ,1983.
25. P. BLOCH, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988.
26. P.-H. ANTONMATTÉI et J. RAYNARD, Droit civil. Contrats spéciaux, Litec, 4e éd., 2004.
27. REMY-CORLAY, Exécution et réparation : deux concepts ?, Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005.
28. ROLLAND, Responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuels (La doctrine conservatrice face au Code civil) ?, RRJ 2004.
29. THERON (Julien) L'intervention du juge dans les transmissions de biens, Villeneuve d'Ascq : ANRT , Université de Lille 111 , 2005.
30. V. P. MALINVAUD, P. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, Droit de la promotion immobilière, 7e éd., 2004, Dalloz.
31. VINEY, La responsabilité contractuelle en question, *in* Le contrat au début du XXIe siècle, Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001.

الحماية المدنية لمستخدمي شبكة الهواتف النقالة

في مرحلة تنفيذ عقد الاشتراك

(دراسة في اطار القواعد العامة وبعض القوانين الخاصة)

أ.م.د. شروق عباس فاضل

الباحث صدام بدن رحيمة

المقدمة

ان التطور التقني الهائل والسريع في مجال الاتصالات وخدمة الهاتف النقال ودخول هذه الخدمة في مختلف مجالات الحياة اليومية للأفراد والشركات وبالخصوص خدمة الانترنت، قد اسهم في حل العديد من مشكلات التواصل بين الناس، وابرام الكثير من العقود، واثّر في الطريقة التي تتم بها المعاملات سواء من حيث الاتفاق المنشئ لها، او من حيث طريقة الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها، لان حاجة الفرد لخدمة الاتصال تدفعه الى التعاقد مع محترف اكثر مقدرة فنيا واقتصاديا على تقديم هذه الخدمة، وبالتالي قد يفرض شروطا مجحفة على الطرف الاخر وهو الاقل مقدرة من الناحية الفنية والاقتصادية لقاء تقديم الخدمة، مما يؤدي الى حدوث نزاعات ومشاكل تتعلق بهذه التعاملات التي تتم بين مقدم الخدمة ومستخدميها.

وتتسع هذه المشاكل لتشمل ما تسببه هذه الخدمة من اضرار صحية وبيئية نتيجة الاشعاعات الكهرومغناطيسية التي تولدها بحيث يمتد اثرها على البيئة عامة والمستخدم بصورة خاصة، وبالتالي تأثيرها السلبي على صحته وسلامته. والاكثر من ذلك ما تسببه خلال فترة تنفيذ العقد نتيجة للصلاحيات التي يتمتع بها مقدم الخدمة وما له من امكانات مادية واقتصادية بحيث يستغل هذه المكنة للتنتصت او التجسس على مكالمات المستخدم او عدم الاكتراث لسوء الخدمة المقدمة من قبله او عدم ملائمتها لمعايير الجودة او الغرض من التعاقد، وغيرها من المشاكل التي يمكن ان تحدث على صعيد الواقع.

وقد انعكس الامر على مستخدم الشبكة، واصبح عاجزا عن ممارسة حقوقه وخاصة في مرحلة تنفيذ العقد، وبالخصوص ضعف المقدرة على اكتشاف العيوب وسوء الخدمة او عدم مطابقتها مع المزايا المرجوة والمتوقع تقديمها من مقدم الخدمة. الامر الذي ظهرت معه الحاجة الى حماية مستخدمي شبكة الهواتف النقالة والحفاظ على حقوقهم ومنع الضرر عنهم، سواء في مرحلة تكوين العقد ام تنفيذه، حيث ان حاجته لهذه الخدمة، جعلته يقدم على استخدامها دون دراية كاملة بها، وبالتالي فأن عدم العلم الكافي بهذه التقنية، قد لا يسمح له بالانتفاع بها على الوجه الاكمل او الوقاية من ضررها، فضلا عن ان تعاقدته عليها بالتوقيع على شروط معدة مسبقا جعله يتعامل مع الخدمة مباشرة وليس مع مقدميها ولا سبيل لمعرفته بها الا من خلال استخدامها فعلا.

وقد تركزت هذه الدراسة على بيان اوجه الحماية المدنية للمستخدم في مرحلة تنفيذ العقد وهي المرحلة الحرجة والمهمة في عقد الاشتراك.

ويقتضي بيان الدور الوقائي والعلاجي لهذه الحماية تجاه المستخدم، الوقوف على كل من الحماية المتوافرة له في ظل القواعد العامة في القانون المدني وتطويعها بغية حماية المستخدم وهو مدار (المبحث

الاول) والحماية المتوافرة له بموجب القوانين الخاصة ومنها قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ والامر رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم قطاع الاتصالات في العراق وهو نصيب (المبحث الثاني).

المبحث الاول

الحماية المدنية في مرحلة تنفيذ عقد الاشتراك في ظل القواعد العامة في القانون المدني

لاشك نَ القواعد العامة في القانون المدني العراقي، قد تطرقت لبيان أوجه الحماية وسبل توفيرها للطرف الاقل مقدرةً فنياً واقتصادياً في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، وعقد الاستهلاك من العقود التي يكون أحد طرفيها محترفاً والاخر مستهلكاً و في الغالب هي عقود اذعان - كما هو الحال بالنسبة لعقد الاشتراك - حيث ان الغالب في مثل هذه العقود عدم اعطاء الطرف المذعن الفرصة الكافية لقراءة بنود العقد قبل إبرامه، فلا يدرك خطورة ما وقع عليه إلا بعد نشوء خلاف بينه وبين المحترف.

ومن ثم يكون لمقدم الخدمة بواسطة عقد الاشتراك، إمكانية السيطرة على المستخدم، في إنصياح الاخير لشروطه، فلا تثور مشكلة إذا كان استعمال مقدم الخدمة لهذه الامكانية إستعمالاً جائزاً^(١)، لكن المشكلة الحقيقية تثور عندما يكون هذا الاستعمال غير جائز، إذ إنَّ من شأن هذه المشكلة أن تولد مشاكل اخرى تتداخل وتتشابك مع بعضها، الامر الذي يؤثر على مجالين مهمين من مجالات حماية المستخدم وهما سلامته الصحية ومصلحه الاقتصادية^(٢)، ويبرز هنا دور القواعد العامة في القانون المدني، في حماية المستخدم، التي قد يصلح بعضها كأساس لإنشاء إلتزامات جديدة، ونقصد بها مبدأى حسن النية ومستلزمات العقد، وبعضها الاخر يقف ضد الاستعمال غير الجائز، ونقصد بها قواعد إساءة إستعمال الحق لذا سنبين مقدار الحماية الذي من الممكن أن توفره كلٍ منهما في المطلبين الاتيين:

المطلب الاول : حماية المستخدم بموجب مبدأى حسن النية ومستلزمات العقد

من الجدير بالاشارة الى أن مبدأ حسن النية، مبدأ تتعاضد وترداد أهميته، لاسيما في العقود التي تتسم بطابع الاذعان، وما عقد الاشتراك منها ببعيد، وقد نظم القانون المدني العراقي هذا المبدأ في الفقرة الاولى من المادة (١٥٠) منه والتي تنص على إنه، ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)) اما بالنسبة لمستلزمات العقد فهو مبدأ نظمه الفقرة الثانية من المادة اعلاه بنصها على إنه ((ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام)) ويشكل معاً هذان المبدآن اساساً فعلاً لتقرير عدة إلتزامات، لا يوجد

(١) تنص المادة السادسة من القانون المدني العراقي على إنه ((الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)).

(٢) يذهب بعض الفقه الى إن حماية المستهلك تنحصر في اربعة مجالات، هي صحته وسلامته، مصلحه الاقتصادية، ارادته التعاقدية، وفكره وثقافته، للمزيد ينظر د.عمر محمد عبد الباقي - الحماية العقدية للمستهلك /دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون منشأة المعارف - الاسكندرية-مصر-٢٠٠٤ ص٤٣ وما بعدها.

نص قانوني ليقررها، سواءً في مرحلة تكوين العقد^(١)، أم في مرحلة تنفيذه^(٢)، وبجانب مبدأي حسن النية ومستلزمات العقد، وفي هذه المرحلة الأخيرة (تنفيذ العقد) هناك إلتزامان أو تطبيقان آخران، يجب الإلتزام بهما وإن لم يُنص عليهما ضمن شروط العقد، هما ضمان السلامة وضمن المطابقة، لهما من الأهمية في مجال عقود الاستهلاك، فالمستخدم كونه مستهلكاً يقوم بالتعاقد على الخدمة إستناداً إلى عرض أوصاف الخدمة عبر الوسائل الترويجية المختلفة، أما عقد الإشتراك فلا يتضمن وصفا للخدمة سوى إنها قد تتذبذب من وقت لآخر متأثراً بالظروف الخارجة عن السيطرة^(٣)، وحتى لو تضمن العقد لهذا الوصف فليس بمقدور المستخدم من الكشف الحسي عن هذه الخدمة إلا بعد إستخدامها، الامر الذي يرتب له حق على مقدم الخدمة في أن يسلمه شيئاً مطابقاً، كما إن القواعد التقليدية المتعلقة بضمان العيوب الخفية، امست قاصرة عن توفير الحماية الكافية للمستخدم، إذ إنها لا تحمي سوى مصالحه الاقتصادية^(٤)، في الوقت الذي هو في امس الحاجة إلى حمايته من الاضرار التي تمس حياته وسلامته الجسدية، لذا عمل الفقه والقضاء على تبني وسيلة اكثر ملائمة لفكرة المسؤولية والتعويض، وهي إنشاء إلتزام بضمان السلامة يتقل كاهل المحترف بسبب خطورة المعقود عليه. لذا نناقش هذين التطبيقين لمبدأي حسن النية ومستلزمات العقد لما لهما من أهمية في مجال عقد الإشتراك في الفرعين الاتيين:

الفرع الاول: الإلتزام بضمان السلامة

يجد هذا الإلتزام تطبيقاً له في عقد البيع على اساس الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والمقابلة للمادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي^(٥)، التي اكدت إن تحديد نطاق العقد لا يقتصر على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ايضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام، أما مبدأ حسن النية، فيرى البعض، إنه لا يُنشئ إلتزاماً بل إن تنفيذ هذا الإلتزام يجب أن يتم بصورة تتفق مع حسن النية، الامر الذي يتطلب البحث عن اساس الإلتزام الذي يجب تنفيذه بحسن نية.

(١) ومن هذه الإلتزامات التزام مقدم الخدمة بالافضاء للمستخدم بالمعلومات الضرورية للمتعاقد، والتزامه بحفظ الاسرار الخاصة بالبيانات الشخصية للمستخدم، والتزامه بالشفافية، وصدق التعامل مع المستخدم.

(٢) ويبرز دور الإلتزام بالتعاون بصوره المختلفة في هذه المرحلة وهو احد تطبيقات مبدأ حسن النية.

(٣) ينظر: الفقرة الثانية من البند ثانياً من عقد الإشتراك المبرم مع شركة كورك، البند الثامن من عقد الإشتراك المبرم مع شركة اسيا سيل.

(٤) يُقصد بالمصالح الاقتصادية للمستهلك: ((تمكين المستهلكين من الحصول على الفائدة المثلى من مواردهم المالية وحمايتهم من الممارسات التي تضر بمصالحهم الاقتصادية فالمستهلك كآثر لاقباله على التعاقد يهدف الى حيازة السلعة والانتفاع بها على نحو يوازي على الاقل ماسدده من ثمن مقابل ذلك، من حيث مطابقتها للمواصفات وخلوها من العيوب))، للمزيد حول الموضوع ينظر: د. عمر محمد عبد الباقي - مرجع سابق - ص ٤٤-٤٥.

5) See Article (1135) France code civil: " Les conventions obligent non seulement ace quiy est exprime، mais encore atoutes les suites aue lequits، usage ou la loi donnent a lobligation da pres sa nature " .

مع وجاهة هذا الرأي، إلا إنَّه لا يمكن التسليم به، ففي مجال عقد الاشتراك، تظهر أهمية مبدأ حسن النية إلى جانب مبدأ مستلزمات العقد، ذلك إنَّ مبدأ حسن النية بإمكانه مواجهة المقدره التي يتمتع بها مقدم الخدمة (شركة الاتصال) أيًا كانت نوعية هذه المقدره، سواء كانت (اقتصادية أو تقنية أو قانونية)، ففي العقود التي تتسم بطابع التعقيد، لا يمكن إدراك مضامينها دون تعاون المتعاقد الآخر، فتظهر الحاجة إلى مبدأ حسن النية ليفرض التزامات من شأنها تحقيق الموازنة المطلوبة، فعلى سبيل المثال في مجال قانون العمل يذهب بعض الفقه (١)، إلى إنَّه من الممكن إستخلاص عدة إلتزامات من مبدأ حسن النية، والتي من بينها، الإلتزام بعدم القيام بما يخل بالامن والسلامة.

نخلص مما سبق، أنَّ بإمكان مبدأ حسن النية أن يكون أساساً لنشوء إلتزامات من شأنها إعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية، الامر الذي يؤدي إلى زعزعة اركان الرأي السابق، ويسمح لنا بالقول بأن الإلتزام بضمان السلامة يجد أساسه في مبدأي حسن النية ومستلزمات العقد، إذ اصبح مبدأ حسن النية، قاعدة موضوعية و اساس حقيقي لكثير من الإلتزامات الحديثة.

الفقرة الاولى: مفهوم الإلتزام بضمان السلامة: يذهب بعض الفقه إلى تعريف الإلتزام بضمان السلامة بالنظر إلى طبيعته بإنَّه " الإلتزام بتحقيق نتيجة ولايستطيع المدين به التخلص من المسؤولية العقدية الناشئة عن الاخلال به، إلا بإثبات السبب الاجنبي " (٢). ويعرّفه البعض الآخر: " الإلتزام الذي يقع على عاتق احد المتعاقدين الذي هو مهني محترف في مواجهة المتعاقد الآخر متلقي الانتاج او الخدمة، بضمان ما يهدده من مخاطر الاصابة الجسدية أثناء تنفيذ الإلتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد " (٣). يتضح من التعريفات اعلاه أنَّ الفقه يؤسس مسؤولية المحترف (البائع او مقدم الخدمة) على أساس الإلتزام بضمان السلامة، فالمحترف يضمن جميع المخاطر التي تهدد غير المحترف في صحته وسلامة جسده، ومخاطر التطور العلمي (٤)، إلا من ضمن هذه المخاطر التي يجب أن يضمنها المحترف ويعمل على إزالتها حتى يتحقق الامان المنشود، وهي نتيجة للتطورات التقنية ولاسيما في عالم الاتصالات الذي فتح الابواب مشرعة لدخول مخاطر لم تكن معروفة مسبقاً، الامر الذي جعل الحياة أكثر خطورة على الارض (٥).

(١) د. عدنان العابد، يوسف الياس - قانون العمل - مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٦٧ ومابعدها.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية، ج١- مطبعة جامعة القاهرة- مصر- ١٩٨٧ - ص ٢٢٨.

(٣) ينظر: د. محمد علي عمران - الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود - دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٩٨.

(٤) " ان مخاطر التطور العلمي بمفهومها القانوني تقتصر على مالا تسمح حالة المعرفة الفنية والعلمية الثابتة وقت طرح المنتج في التداول بالتنبؤ به والاحتراز عنه من اسباب الضرر، التي وان لم تنفك عن خدمة الانسان لاتدرك الا بالتجربة او التطور العلمي اللاحق " للمزيد حول هذه المخاطر ينظر: د. حسن عبد الرحمن قدوس - مدى إلتزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٥.

(٥) ينظر: د.كاسر نصر منصور - ادارة المخاطر واستراتيجية التأمين في ظل تكنولوجيا المعلومات - بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الدولي السنوي السابع لادارة المخاطر واقتصاد المعرفة، للفترة من ١٦-١٧ نيسان - ٢٠٠٧، ص ٢.

وفي مجال عقد الاشتراك بشبكة الهواتف النقالة، على مقدم الخدمة أن يضمن سلامة المستخدم من أخطار هذه الشبكة، إذ خلصت دراسة واسعة النطاق إلى إن الهواتف النقالة يمكن أن تؤثر على صحة مستخدميها، ويشير علماء فنلنديون إلى إن الامواج الكهرومغناطيسية المنبعثة من اجهزة الهواتف النقالة لها تأثير سلبي على الخلايا في الغشاء الحيوي الذي يحمي الدماغ من السموم، والدراسة الفنلندية التي استمرت عامين هي اول دراسة تُظهر إن امواج الهاتف النقال الميكرويفية، يمكن أن تلحق الضرر بالانسجة البشرية^(١).

بحيث يذهب بعض الفقه، إلى إنّه إذا كان المدين (مقدم الخدمة) مهنيّاً من جهة، وقام بتسليم العميل شيئاً معيماً مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به من جهةٍ اخرى، فلا يُشترط أن يكون هذا المهني عالماً بالعيب، كما لا يشترط أن يكون سبب الحادثة معلوماً كما لو ظل السبب مجهولاً^(٢) فالمهني هنا لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الاجنبي. ويقتضي الامر هنا بيان شروط هذا الالتزام واجراءات تنفيذه:

الفقرة الثانية: شروط الالتزام بضمان السلامة:

الشرط الاول: وجود خطر يهدد المستخدم في سلامته الجسدية: إن الالتزام بضمان السلامة في عقد الاشتراك، لا يشترط وجود عيب في خدمة الاتصال، أي إنّه يقوم من دون وجود عيب، الامر الذي يُظهر لنا انطباق هذا الشرط على عقد الاشتراك، حيث اكدت بعض الدراسات، إن الاشعاع الصادر من الهاتف النقال بإمكانه إختراق انسجة جسم الانسان وبحسب طول مدة الاتصال، كما أظهرت دراسة أستيبانية لتأثير شبكات الهاتف النقال، إن الاشخاص القاطنين في مسافة (٤٨-٥) متراً من هذه الشبكات هم الأكثر عرضةً للأحساس بالتعب والصداع وصعوبة التركيز والتوتر العصبي، مقارنةً بالاشخاص القاطنين في المسافة (٩٨-٤٩) متراً من هذه الشبكات، فإذا كان لهذه الشبكات خطورة ذاتية فلا شك إن الخطورة ستكون أكبر عند عدم مراعاة المواصفات الفنية ومتطلبات المواقع لمنظومة الهاتف النقال^(٣).

الشرط الثاني - أن يكون أمر الحفاظ على احد العاقدين قد أوكل للمتعاقد الآخر: يبرز هذا الشرط عندما يكون احد العاقدين خاضعاً لشروط واجراءات العاقد الآخر، بيد إن هذا الخضوع ليس كلياً، بحيث يفقد سيطرته تماماً على سلامته الجسدية - كما هو الحال في عقد العلاج الطبي - بل هو خضوع نسبي، ومثل هذا الخضوع نجده في عقود الاذعان، و يعد عقد الاشتراك بشبكة الهاتف النقال أحدها، سواء كان هذا الخضوع من الناحية الفنية او الاقتصادية.

(١) ناجي خليفة الجاسم - تأثيرات موجات الهاتف المحمول على صحة الانسان - بحث منشور في مجلة الطيران والدفاع، قيادة القوات الجوية، اليمن، العدد ٤٦، ص ٢.

(٢) ينظر: د. جابر محجوب علي - ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة-بحث منشور في مجلة الحقوق- جامعة الكويت-١٩٩٦-السنة العشرون-العدد الثالث - ص ٢٣٩.

(٣) ينظر: المادة الثالثة من تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة الصادرة من منظومات الهاتف المحمول رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

ومع هذا الخضوع من جانب المستخدم، إلا إن الواقع العملي يظهر لنا إن شركات الاتصال لا تركز على أمر الحفاظ على سلامته، بل وتشتترط عدم مسؤوليتها عن اية اضرار قد تلحق به (١). هذا وإن الغاية التي يقصدها المتعاقدان في عقد الاشتراك، هي الانتفاع بالخدمة دون اية اضرار، فالسلامة في تقدير المستخدم لاتقل أهمية عن الانتفاع بالخدمة ذاتها، فهي ضرورة حتمية تجعل من إلتزام مقدم الخدمة بضمانها امراً ضرورياً وعادلاً. لذا فلا يستطيع مقدم الخدمة أن ينكر نشوء الإلتزام بضمان السلامة في ذمته، كما لو ادعى عدم انصراف نيته إليه عند التعاقد، لأن العقد لا يقتصر - كما أسلفنا - على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه بل يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة (٢)، فلا القانون ولا العدالة يسمحان بتقديم خدمة الاتصال للمستخدمين دون الاهتمام بسلامتهم.

الشرط الثالث - أن يكون المدين بالاللتزام مهنيّاً محترفاً: لاشك في إن من يوكل إليه أمر الحفاظ على سلامة المتعاقد معه، أن يكون مهنيّاً محترفاً، فلا يمكن فرض مثل هذا الشرط إلا على المحترف، لاسيما في مجال الاتصالات، وهي خدمة متطورة تكنولوجياً. لذا فإن شركات الاتصال لايمكنها أن تقدم خدمات الاتصال إلا على وجه الاحتراف.

ومع الاختلافات الفقهية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية للإلتزام بضمان السلامة في كونه التزاماً ببذل عناية او التزاماً بتحقيق نتيجة، فأن الراجح في نظرنا هو إن الإلتزام بضمان السلامة أكثر من إلتزام ببذل عناية ولكنه ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة لأنه أقل (٣)، بمعنى إن مقدم الخدمة لايلتزم فقط ببذل عناية، بل عليه اتخاذ كافة الاحتياطات المعقولة لمنع وقوع الضرر، كأن يُحذر المستخدم من طول مدة المكالمة أو من خطر الاقتراب من أبراج الاتصال، ومن ثم لايستطيع المحترف التخلص من المسؤولية بأثبات إنّه بذل العناية المطلوبة، بل تقوم مسؤوليته بمجرد وجود العيب ولو كان يجهل أو كان يستحيل عليه العلم به، وبالمقابل فإن هذا الرأي سهّل من وسائل إثبات الخطأ على المستخدم، إلا إنّه إقل من الإلتزام بتحقيق نتيجة لأنه لا يكفي إثبات الضرر للحصول على تعويض، بل لابد من إثبات رجوع الضرر الى عيب أو خلل أكسب المعقود عليه وصف الخطورة ومن ثم جعله سبباً للضرر (٤).

الفقرة الثالثة: إجراءات تنفيذ الإلتزام بضمان السلامة: أن تنفيذ الإلتزام بضمان السلامة في عقد الاشتراك يقتضي من مقدم الخدمة بصفته مهنيّاً محترفاً، أن يضع نُصب عينيه وسائل الحيطة والحذر التي تمكنه من

(١) جاء في الفقرة (١٦) من البند ثانياً من عقد الاشتراك المبرم مع شركة اثير للاتصالات على ان ((لاتحمل الشركة ولا تكون مسؤولة عن اية اضرار تلحق المشترك...)) كما ينص البند اولاً من عقد الاشتراك المبرم مع شركة اسيا سيل بآبها...)) = ليست ملتزمة او مسؤولة عن اية مشكلة او عن التأخير او التوقف او التقطع الذي يمكن ان يحصل في أي وقت للشبكة، مهما كان نوع الخدمة المستعملة، او عن اية اضرار او خسائر ناشئة عنها قد تلحق بالمشترك...)).

(٢) ينظر: الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. جابر محجوب علي-ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة من عيوب المنتجات الصناعية المعيبة- القسم الثاني مجلة الحقوق-جامعة الكويت-العدد الرابع-١٩٩٦-ص٢٧٨.

(٤) د. عمر محمد عبد الباقي - مرجع سابق - ص٦٣١.

توفير السلامة لمستخدم خدمة الاتصال، كما يقتضي هذا التنفيذ من الجهات الادارية المختصة أن تقوم بواجب الرقابة على عمل مقدمي هذه الخدمات والتأكد من مدى إلتزامهم بتنفيذ الشروط التي يقتضيها القانون لأن إلتزامهم يتعدى الإلتزام ببذل عناية.

أ. اتخاذ شركات الاتصال اجراءات الحيطة والحذر: يفترض في مثل هذا الظرف التحلي بفضيلة الحذر، و"الحذر يدل لغةً على اليقظة، وحذراً: تيقظ وأستعد، والشيء محذور ومحذور منه" (١)، ومخاطر التطور العلمي لاتخرج عن نطاق مايمكن الاحتراز عنه من عوارض (٢)، لذا يجب أن تتطوي الخدمات التي تقدمها شركات الاتصال، على ضمانات السلامة المنتظره منها، ولا يكون ذلك إلا بخلوها من أي عيب أو بأشمالها على كافة البيانات التي تبين مخاطرها، وكيفية الوقاية منها (٣). ولايراد بمخاطر التطور العلمي هنا، تلك التي لم يكتشفها العلم بعد (٤)، بل يقصد بها المخاطر التي افرزتها خدمة الاتصال الحديثة والمتطورة تقنياً، والتي أكدت الكثير من الدراسات الحديثة على اضرارها وكشف النقاب عن اثارها.

بمعنى إن التطور العلمي هو الذي كشف الاثار الضارة للعديد من المنتجات الضارة وطرق معالجتها في وقت لاحق، من ذلك الاثار الجانبية للأدوية والعقاقير الطبية والموجات الكهرومغناطيسية التي ترسلها أجهزة الهاتف النقال والكمبيوتر وغيرها من الاخطار العديدة.

هذا وان لخدمة الاتصال خطورة ذاتية تسببها الموجات الكهرومغناطيسية، على مقدم الخدمة العمل على توقيها، فقد أكدت التعليمات ذات العلاقة على ضرورة التقيد بالضوابط بهدف حماية الانسان من التأثيرات البيولوجية (٥). لذا فإن الإلتزام بضمان السلامة في عقد الاشتراك ماهو إلا أكثر من إلتزام ببذل عناية. أي إنهُ إلتزام ببذل عناية مشدد، بمعنى قيام مسؤولية مقدم الخدمة بمجرد إخلاله بإلتزامه بالضمان و لو كان هذا الإخلال بسيطاً. كما إن مقدم الخدمة ملزم بمواكبة أحر التطورات التقنية في مجال الوقاية من التأثيرات البيولوجية، بغية حسن تنفيذ إلتزامه بضمان السلامة، حيث توصل احد الباحثين إلى جهاز جديد يمتص ذبذبات أبراج الاتصالات ويحمي أكثر من خمسة وسبعين متر مربع من محيط البرج، ويعمل هذا الجهاز على عزل والنقاط الذبذبات الضارة ولايؤثر على جودة الذبذبة بتاتاً، إذ يوضع هذا الجهاز على أسطح

(١) المعجم الوسيط - ابراهيم مصطفى واخرون -ج١- المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر-القاهرة-١٩٦٠
-ص١٩٧.

(٢) ينظر: د. حسن عبد الرحمن قدوس - مرجع سابق - ص٦.

(٣) ينظر: د. جابر محجوب علي - مرجع سابق - ص٢٣٨.

(٤) يقصد بحالة العلم، "أي مستوى الخبرة الفنية والمعرفة العلمية الثابتة في صناعة محددة لحظة وضع التصور الفني للمنتج" للمزيد من التفاصيل ينظر: د. حسن عبد الرحمن قدوس - مرجع سابق - ص١٤.

(٥) تنص المادة الثانية من تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة الصادرة عن منظومات الهاتف النقال رقم (١) لسنة ٢٠١٠ على إنهُ (تهدف هذه التعليمات الى حماية الانسان من التأثيرات البيولوجية المحتملة للاشعاع غير المؤين الصادر عن منظومة الهاتف المحمول...).

المباني المحتوية على هذه الابراج بهدف حماية القاطنين عن قرب من أضرارها والا قامت مسؤوليته عن اضرارها،فضلا عن ما يعرف بجهاز الاستشعار عن بعد.

ب. رقابة الجهات الادارية لضمان الالتزام بالسلامة: إنَّ الالتزام بضمان السلامة، يقتضي قيام مقدم الخدمة بكل مامن شأنه تحقيق سلامة المستخدم وهو في سبيل ذلك يخضع لرقابة عدة جهات رقابية وهي (مجلس حماية المستهلك وهيئة الاعلام والاتصالات ومجلس حماية وتحسين البيئة)، وبما إنَّ الالتزام بضمان السلامة في اطار البحث يركز بشكل رئيسي على الاضرار الناشئة عن الاشعاع غير المؤين الصادر عن منظومات الهاتف النقال وانسجاماً مع هذا الموضوع سنقتصر على مناقشة الرقابة التي يمارسها مجلس حماية وتحسين البيئة.ونحيل الكلام حول رقابة مجلس حماية المستهلك وهيئة الاعلام والاتصالات لاحقا.

و الرقابة التي يمارسها مجلس حماية وتحسين البيئة، لها دور أساسي في سلامة المستخدم، إذ تهدف هذه الرقابة إلى حماية وتحسين البيئة للحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية^(١)، وإذا كانت هناك جهات أدارية تمارس الرقابة على سلامة المستخدم، إلا إنَّها لاترقى لمستوى الرقابة التي يمارسها المجلس المذكور في مجال الاشعاع غير المؤين، إذ إنَّ دوره أهم وأكبر، فهو لا يقتصر على إلزام شركات الاتصال بالحفاظ على سلامة المستخدم بل وسلامة البيئة التي يعيش فيها من كل تأثير بايولوجي تسببه الاشعاعات الصادرة عن منظومة الهاتف النقال.

فمن أجل تحقيق هذه الغاية^(٢) قامت وزارة البيئة بإصدار تعليمات تهدف إلى وقاية الانسان من الاشعة غير المؤينة، وفي سبيل ذلك تقوم الوزارة نفسها بمراقبة سلامة تنفيذ هذه التعليمات^(٣).

وعلى الرغم من صدور هذه التعليمات، إلا إنَّ الواقع العملي يُظهر لنا غياب دور الرقابة البيئية وإنَّ العشوائية في نصب أبراج الاتصال هي الحاضرة في الساحة، إذ إنَّ واقعا المعاصر يظهر أن نصب هذه الابراج يتم من دون إتباع أي تخطيط مدروس، وإنَّما يكون بالاتفاق بين المواطن (مالك العقار) وشركة الاتصال تحت تأثير الاغراءات المادية.

لذا يجب على المجلس المذكور كونه الجهة المسؤولة عن حماية الانسان من الملوثات البيئية، أن يقوم بمتابعة ومراقبة مدى تقيّد شركات الاتصال بالمواصفات الفنية ومتطلبات المواقع لمنظومة الهاتف النقال

(١) تنص المادة الثالثة من قانون وزارة البيئة العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٨ على انه (تهدف الوزارة الى حماية وتحسين البيئة للحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية والتنوع الاحيائي والتراث الثقافي والطبيعي، بما يضمن التنمية المستدامة وتحقيق التعاون الدولي والاقليمي في هذا المجال).

(٢) تنص المادة (١٤) من القانون سالف الذكر على انه (للولزير اصدار تعليمات وانظمة داخلية لتسهيل تنفيذ احكام هذا القانون).

(٣) تنص الفقرة ثالثاً من المادة الرابعة من القانون اعلاه، على انه (تسعى الوزارة لتحقيق اهدافها من خلال ماياتي: (ثالثا: اعداد الانظمة واصدار التعليمات الخاصة بالمحددات البيئية ومراقبة سلامة تنفيذها).

الواردة في تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة^(١)، والعمل على محاسبتها عن أي إخلال بهذه المواصفات وإلا كان هو المسؤول إلى جانب شركات الاتصال تجاه المستخدم عن أي ضرر يصيب الاخير من جراء هذا التلوث البيئي، كما إن وزارة البيئة إنمّا وضعت هذه التعليمات ايماناً منها بضرورة الوقاية من الاشعاع غير المؤين.

وبالنظر إلى خطورة الاشعاع غير المؤين فقد أكدت الكثير من التعليمات العربية على أهمية الوقاية من اثاره^(٢)، ولم تترك الامر برمته إلى شركات الاتصال، كما هو حال واقعنا المعاصر.

نستنتج مما سبق أنّ الاخلال بتنفيذ الالتزام بضمان السلامة، يعني عدم قيام المدين (مقدم الخدمة) بإجراءات الحيطة، وفي ذات الوقت ضعف أو انعدام الرقابة على مدى مراعاة هذه الاجراءات، وبالتالي فإنّ مسؤولية المدين بالالتزام إنمّا تترتب لا على تحقق الواقعة مصدر الضرر ذاتها، وإنمّا على الإخلال بواجب اليقظة والحذر الذي تكشف عنه هذه الواقعة^(٣)، بل نجد إنّ القضاء الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك حيث أكد بإنه إذا كانت العادات المهنية لاتسمح بتوخي المخاطر الكامنة في الانتاج طبقاً لها لايعفي المنتج أو الصانع من المسؤولية عنها، بمعنى إنّ الاجازة أو الترخيص الاداري بممارسة النشاط لايعفي الصانع من المسؤولية بحجة إنّه قام بالانتاج طبقاً للشروط والمعايير التي تتطلبها الادارة، وذلك لأن الغاية من هذا الترخيص هو مراقبة المنتج والصانع بمستويات معينة لايجوز له النزول عنها، وهذا القضاء أقرب مايكون

(١) ينظر: المادة الثالثة من تعليمات الوقاية من الاشعة غير المؤينة الصادرة عن منظومات الهاتف النقال رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

(٢) من هذه التعليمات، الضوابط التي وضعتها وزارة الصحة الكويتية وأوكلت لادارة الوقاية من الاشعاع مهمة ادارة الاعمال المتعلقة بحماية ووقاية المواطنين من الاشعة المؤينة وغير المؤينة واصدار التراخيص الخاصة بها في دولة الكويت وعلى الاخص مايلي:

١. وضع السياسة العامة والبرامج التنفيذية الخاصة بالممارسات في المجال الاشعاعي ومتابعتها بهدف حماية العاملين وعموم الناس وحماية البيئة من مخاطر المواد المشعة واجهزة الاشعة المؤينة وغير المؤينة.
٢. اقتراح القوانين والقرارات المتعلقة بالوقاية من الاشعاع وعرضها على لجنة الوقاية من الاشعاع.
٣. اقتراح الاسس والشروط اللازمة للممارسات المتعلقة بتداول اجهزة الاشعة والمواد المشعة وعرضها على لجنة الوقاية من الاشعاع.
٤. وضع المواصفات اللازمة لمصادر الاشعة المؤينة وغير المؤينة واماكن تواجدها واستخدامها والمؤهلات العلمية والخبرات العلمية لمن يرخّص له بالعمل في مجال الاشعة.
٥. تحديد الاساليب والمعايير الخاصة بنقل المواد المشعة وطرق التعامل مع النفايات المشعة ومعالجتها والتخلص الآمن منها.
٦. تحديد الاساليب والمعايير الخاصة بالفحوصات الاشعاعية وقياس وتقييم المواد المشعة في البيئة وتركيزها في المواد الغذائية والاستهلاكية والماء والتربة والهواء وغيرها من المواد التي يدخل الاشعاع في تركيبها واستعمالاتها.
٧. دراسة طلبات تراخيص الاستيراد والاستخدام ومكان تخزين اجهزة الاشعة المؤينة وغير المؤينة والمواد المشعة والعاملين في المجال الاشعاعي وأذونات الاخراج وتصاريح التصدير واستيفائها للشروط الفنية والقانونية اللازمة واصدار التراخيص وتجديدها بعد عرضها على لجنة الوقاية من الاشعاع. للمزيد حول هذه الضوابط ينظر: سمير سلمان يوسف - تجربة الكويت في تنظيم استخدام الاشعة غير المؤينة والوقاية من مخاطرها - ورقه تعريفية مقدمة الى المنتدى الاقليمي في القاهرة حول "دور الاتصالات والمعلوماتية في حماية الانسان والبيئة وكيفية الحد من الاثار البيئية والصحية لأستخدامها"، للفترة من ٤ - ٧ - اكتوبر (تشرين الاول) - ٢٠٠٤.

(٣) ينظر: د. عباس علي محمد الحسيني- المسؤولية المدنية البيئية في ضوء النصوص المدنية والتشريعات البيئية - بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، ٢٠١٠، ص١٦.

إلى طبيعة عقد الاشتراك، إذ إنّه يقطع الطريق أمام مقدم الخدمة في التذرع بإتباعه للشروط والتعليمات، عند أصابة المستخدم بأحد الاصابات الجسدية، لاسيما في حالة العيب مما يستعصي كشفه ولو بواسطة أهل الخبرة، ومن ثمّ يمكن للمستخدم إلزام مقدم الخدمة بالتعويض من جراء هذه الاصابة، إذا أثبت عدم اتخاذ الاخير احتياطات معقولة، كما إنّ الالتزام بضمان السلامة لايقوم على مجرد القدرة على اكتشاف العيب، وإنّما يستند إلى اعتبارات اخرى ترتبط بضرورة تعويض الضرر^(١)، الامر الذي يُظهر لنا أنّ هنالك علاقة طردية بين درجة السلامة وبين مستوى التنظيم والادارة، فكلما أرتفع مستوى التنظيم والادارة كلما زادت درجة السلامة والامان والعكس صحيح، حتى أصبح بالأمكان الدلالة على درجة الأمان والسلامة بمستوى التنظيم والادارة^(٢).

الفرع الثاني - الالتزام بالمطابقة:

يقتضي الامر تحديد مضمون الالتزام بالمطابقة في (الفقرة الاولى)، و بيان اساسه القانوني في (الفقرة الثانية)، لنقف في (الفقرة الثالثة) على تطبيق هذا الالتزام في عقد الاشتراك بشبكة الهواتف النقالة. الفقرة الاولى : مضمون الالتزام بالمطابقة: إنّ للالتزام بالمطابقة ثلاث صور هي: المطابقة الكمية، المطابقة الوصفية والمطابقة الوظيفية^(٣)، وما يهمننا في هذا المجال الصورة الثالثة وهي المطابقة الوظيفية، إذ غالباً ما يستغل مقدم الخدمة حاجة المستخدم الاساسية لهذه الخدمة من جانب، ومن جانب اخر، يستغل طبيعة هذه الخدمة، حيث لايمكن رؤيتها بمشاهدة العيان، الأمر الذي يتعارض مع الجزم بقدرة المستخدم على تعيين هذه الخدمة تعييناً نافياً للجهالة، لذا فإنّ فرض إلتزام بضمان المطابقة على عاتق مقدم الخدمة من شأنه تحقيق نوع من التوازن بين مقدرة الطرفين فضلاً عن كونه إلتزام نصت عليه أغلب الانظمة القانونية^(٤). يذهب بعض الفقه إلى إنّ المقصود بالمطابقة الوظيفية، أنّ يكون الشيء بخصائصه الذاتية صالحاً للإستعمال المقصود^(٥)، وتؤكد اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على هذا المعنى من خلال إلزام البائع بتسليم بضائع صالحة للإستعمال في الاغراض التي تستعمل من اجلها عادةً بضائع من نفس النوع^(٦)، كما اكدت الاتفاقية اعلاه، على أنّ تكون البضائع صالحة للإستعمال في الاغراض الخاصة التي احيط بها البائع

(١) ينظر: د. جابر محجوب علي - مرجع سابق - ص ٢٧٧، الهامش رقم (٣).

(٢) ينظر: د. كاسر نصر منصور - مرجع سابق - ص ٦-٧.

(٣) د. جمال محمود عبد العزيز-الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا ١٩٨٠-القاهرة-١٩٩٦- ص ٩٢، محمد منصور عبد الرزاق - المخالفة الجوهرية ك نطاق موضوعي للالتزام بضمان المطابقة - بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعه المنصورة، مصر، العدد (٥٠)، ٢٠١١، ص ١٤ ومابعدا.

(٤) تنص الفقرة الاولى من المادة (٢٨) من شروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية العراقية على إنه ((ان المقاول يضمن وينكفل بما يلي: ١- ان الاعمال تكون مطابقة للمواصفات وبمستوى ممتاز في كل تفاصيلها وخالية من العيوب في التصميم والهندسة والمواد والانشاء والتصنيع))

(٥) ينظر: د. عمر محمد عبد الباقي - مرجع سابق - ص ٧٢١.

(٦) ينظر: المادة (٣٥) الفقرة (٢-أ) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.

علماً صراحةً أو ضمناً وقت انعقاد العقد^(١). ومع ذلك لا يمكننا التسليم بهذا الرأي الفقهي الذي ربط المفهوم الوظيفي للمطابقة مع صلاحية الشيء للإستعمال، لإنه تبنى معياراً موضوعياً وهو عدم صلاحية المبيع للإستعمال في الغرض الذي أعد من اجله، وهو ذات المعيار الذي تبناهُ المشرع الفرنسي في تحديد ماهية العيب الخفي، أي أن الرأي الفقهي السابق يخلط بين العيب الخفي وبين عيب المطابقة، وإذا كانت اتفاقية فينا قد اعتمدت نظاماً موحداً للعيوب، بعدم تفريقها بين عيب المطابقة والعيب الخفي^(٢)، إلا إن لها ما يبرر ذلك، بمعنى إنها كانت تهدف من وراء ذلك تسهيل عملية التوحيد كون إن العديد من الانظمة القانونية لاتعرف فكرة العيوب الخفية الموروثة عن القانون الروماني^(٣).

وبالرجوع الى العيب الخفي وهو "الافه الاطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"^(٤)، والعيب ايضاً هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو يفوت به غرض صحيح، إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه^(٥)، نجد ان العيب بهذا المعنى يؤثر بلا شك في صلاحية الشيء للإستعمال، أما عيب المطابقة أو عدم المطابقة، فيعرفه البعض، بإنه "قيام البائع بتسليم شي خالٍ من العيوب، ولكنه يختلف في جوهرة أو في عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد"^(٦)، أو هو "مجرد الاختلاف بين الشيء المسلم والشيء المتفق عليه في العقد من ناحية طبيعه أو الجودة، ولاشأن له على الاطلاق بصلاحية الشيء للإستعمال"^(٧).

ومع ذلك فلا لا يمكننا التسليم بهذه التعريفات، كونها من جهة تجعل أساس الالتزام بالمطابقة يرجع إلى الالتزام بالتسليم الذي ينقضي بإتمام واقعه التسليم، ومن جهة اخرى تجعل من الالتزام بالمطابقة مقيداً بما تم الاتفاق عليه في العقد، وهذا يتعارض مع ما توصلنا إليه في إن الالتزام بالمطابقة لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما تم التعاقد عليه، ولكن يتمد ليشمل ما يحقق مصالح المستخدمين، لاسيما في الفروض التي يعجز فيها هؤلاء عن الاتفاق على وجود بعض المواصفات في المعقود عليه التي لا يمكن إشباع رغباتهم التي من أجلها أقبلوا على التعاقد إلا بتوافرها^(٨).

- (١) ينظر: المادة (٣٥) الفقرة (٢-ب) من اتفاقية فينا للبيع الدولي لعام ١٩٨٠.
- (٢) ينظر: د. حسن عبد الباسط جميعي - مسؤولية المنتج المدنية عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة /دراسة مقارنة-دار النهضة العربية-القاهرة-٢٠٠٠ - ص ٣٣.
- (٣) ينظر: د. محمد خليل شهاب - التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فينا للبيع الدولية للبضائع- دراسة مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، الناشر مكتبة صادر ناشرون، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧- ص ٥٣-٥٤.
- (٤) محكمة النقض المصرية في ١٩٤٨/٤/١٨ مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، رقم ٢٤٩٦، ص ٥٨٧، اشار اليه: د. حسن عبد الباسط جميعي - مرجع سابق - ص ٣٠-٣١.
- (٥) ينظر الفقرة الثانية من المادة (٥٥٨) من القانون المدني العراقي.
- (٦) ينظر: د. عمر محمد عبد الباقي - مرجع سابق - ص ٧٤١.
- (٧) ينظر: د. محمد خليل شهاب - مرجع سابق - ص ٥٩.
- (٨) ينظر: د. عمر محمد عبد الباقي - مرجع السابق - ص ٦٨٧.

في ضوء ما سبق يمكننا تعريف عيب المطابقة أو عدم المطابقة: ((ما هو إلا إخلال المجهز أو البائع بما تقتضيه الجودة في الشيء المعقود عليه، حتى وإن كان هذا الشيء صالحاً للإستعمال)) وللجودة معانٍ عديدة، اكدت معظم التشريعات^(١)، على ضرورة توافرها في السلع والخدمات تلبية لرغبات الزبون، إذ تعرّف الجودة بإنّها ((مجموعة الصفات لكيان، سواء أكان منتجاً أم خدمة التي تعطيه القدرة على ارضاء الحاجات الصريحة والضمنية للعميل والمطابقة لمتطلباته)) او هي درجة وفاء المنتج للزبون في ضوء توفر الابعاد التي تقي بتلك المتطلبات^(٢).

يتبين لنا وتعبير أكثر دقة، إنّ العيب الخفي ما هو إلا جرثومة قابلة للتطور تصيب الشيء المعقود عليه وتؤثر في إستعماله، أما العيب في المطابقة فهو عيب ثابت غير قابل للتطور^(٣)، وبعد هذه التفرقة بين العيب

الخفي وعيب عدم المطابقة يمكننا تحديد المفهوم الوظيفي للمطابقة بأنه: ((قدرة الشيء المعقود عليه على تحقيق رغبات المستهلكين من خلال تطابق مواصفاته مع مقتضيات الجودة، أو أن يكون الشيء بخصائصه الذاتية متفقاً وتوقعات المستهلكين المشروعة)). وتختلف حالة عدم المطابقة عن حالة تخلف الوصف في عدة نواح منها من حيث الأساس القانوني واخرى من حيث الاتفاق على الصفات وثالثها من حيث مدة التقادم واخيراً من حيث الجزاء. وبالنتيجة لا يمكن تشبيه عدم المطابقة بتخلف الوصف، إذ إنّ لكل منهما مضمونه الخاص به، فالخدمة المصابة بتخلف الوصف المتفق عليه أو بأفة العيب الخفي بالمعنى القانوني، تعدّ شيئاً، والخدمة غير المطابقة لمقتضيات الجودة تعدّ شيئاً اخر، إلا إنّ ذلك لا يمنع عملياً، وجود العيبين في آن واحد.

الفقرة الثانية : شروط اعمال ضمان المطابقة: إنّ الالتزام بضمان المطابقة هو من الالتزامات المستحدثة الذي يرى الفقه الحديث ضرورة قيامه على عاتق المحترف^(٤)، لذلك لم ينص القانون المدني العراقي على هذا الالتزام بطريقة مباشرة وبالتالي لم ينص على شروطه، إلا إنّ الالتزام بالمطابقة كان نتاج مبدأ حسن النية الذي أصبح أساس حقيقي لكثير من الالتزامات الحديثة، كما اشرنا سابقاً، و اذا كنا قد توصلنا إلى تحديد مفهوم المطابقة الوظيفية والقول بإنّها (قدرة الشيء المعقود عليه على تحقيق رغبات المستهلكين من خلال تطابق مواصفاته مع مقتضيات الجودة). فلن يمكن تحقيق هذه الرغبات، لابد أن يقوم المستخدم بفحص الشيء المعقود عليه عند تنفيذ العقد، ومن ثم إبلاغ مقدم الخدمة (المدين بالالتزام) بعدم المطابقة، إذا وجده

(١) تنص المادة (١١) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ على انه ((تخضع السلع والخدمات التي يتعامل بها المجهز او المسوق او المعلن لمعايير الجودة...))

(٢) د.سمير كامل الخطيب-ادارة الجودة الشاملة والايزو/مدخل معاصر-مطبعة جعفر العصامي-بغداد-٢٠٠٨-ص٢٣.

(٣) ينظر: د. محمد خليل شهاب - مرجع سابق - ص ٥٩ - ٦٠.

(٤) ينظر: د. عمر خالد زريقات - عقود التجارة الالكترونية/عقد البيع عبر الانترنت-ط١-دار حامد للنشر والتوزيع-عمان-الاردن-٢٠٠٧-ص٣٢٣.

كذلك بعد عملية الفحص. ونجد هذان الشرطان في مجال ضمان العيوب الخفية حيث نص عليهما القانون المدني العراقي في المادة (٥٦٠) منه^(١)، حيث يقوم بهما المشتري من أجل الاحتفاظ بحقه في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية^(٢)، كما إن الواقع العملي قد جرى على أن يلتزم المستهلك بهما فلا بأس من اشتراطهما في هذا الالتزام من أجل احتفاظ المستخدم بحقه في الرجوع على مقدم الخدمة بدعوى ضمان المطابقة وكما يأتي:

الشرط الاول- فحص خدمة الاتصال: بالنسبة لفحص الشيء المعقود عليه، على المستخدم بوصفه مستهلكاً، أن يبادر إلى فحص الخدمة للتأكد من مدى مطابقتها لتوقعاته وفقاً لمعيار الجودة، وجودة الخدمة تتعلق بذلك التفاعل بين العميل ومقدم الخدمة حيث يرى العميل جودة الخدمة من خلال مقارنته بين ما يتوقعه والاداء الفعلي للخدمة^(٣)، وليس بالضرورة أن يكون العميل مستخدماً عادياً، فقد يكون المستخدم مهنيّاً يستخدم خدمة الاتصال في تجارته، كمن يقدم استشارات قانونية أو طبية أو أن تكون شركة تجارية، كشرركات السفر والسياحة التي تعتمد على خدمة الاتصال في الحجز وغيره، الأمر الذي يجعل من عدم مطابقة الخدمة لتوقعات هؤلاء المستخدمين اخلالاً خطيراً من جانب مقدم الخدمة ومضراً بعملهم، ومثل هذا الاخلال المحتمل يدفع المستخدم إلى أن يبادر بعملية فحص الخدمة أولاً بأول للتأكد من مدى مطابقتها لتوقعاته، فإذا وجد أن المعقود عليه (خدمة الاتصال) غير مطابق بعد عملية الفحص، فإنه يكون أمام الشرط الثاني لإعمال هذا الضمان وهو إبلاغ المدين بالالتزام بعدم المطابقة^(٤).

الشرط الثاني: اخطار مقدم الخدمة بعدم المطابقة: أما فيما يتعلق بإبلاغ المدين بعدم المطابقة، فبمجرد إكتشاف المستخدم أن الخدمة لا تطابق توقعاته ولا تحقق درجة الاشباع التي يتطلع لها، عليه أن يبادر إلى إخطار مقدم الخدمة بذلك خلال مدة معقولة إظهاراً لحسن نيته، وإلا عُدّ قابلاً لها، ويعرّف الإخطار في مجال عقد البيع، بأنه " فعل إجرائي ينقل إلى البائع تذمر المشتري من كون المبيع يحتوي على عيب يجعله غير قابل للمنفعة المرجوه منه وهو غالباً ما يكون مقدمه لدعوى قضائية"^(٥).

(١) تنص المادة (٥٦٠) من القانون المدني العراقي على انه: (١. اذا تسلم المشتري المبيع... فاذا اكتشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر بإخباره عنه، فإن اهمل في شئ من ذلك اعتبر قابلاً للمبيع، ٢. اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره وإلا اعتبر قابلاً للمبيع).
(٢) ينظر: د. سعيد مبارك وآخرون - الموجز في العقود المسماة - مكتبة السنهوري-بغداد-٢٠٠٨ - ص١٣٥.
(٣) ينظر: د.جودت هندي - الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فينا ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع-بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-جامعة دمشق-سوريا-المجلد ٢٨-العدد الاول-٢٠١٢ - ص١١٠.

(٤) ينظر: د. اشرف محمد مصطفى ابو حسين - التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني والفقہ-منشأة المعارف-الاسكندرية-٢٠٠٩ - ص٣٠٢.
(٥) ينظر: د. محمد خليل شهاب - مرجع سابق - ص ٧٠-٧١.

أما الإخطار في مجال عقد الاشتراك، فإنه يُعبر عن تدمير المستخدم من عدم ملائمة الخدمة لرغبته، تلك الرغبة التي يعمل معيار الجودة على تحقيقها من خلال رضا المستخدم التام عن الخدمة التي تقدم له، وما رضا المستخدم إلا من مقتضيات الجودة.

والواقع إن الإخطار بالنسبة للمستخدم يأخذ صورة الشكوى، حيث تعد شكوى المستخدمين من بين الأدوات التي يُلجأ إليها لمعرفة عدم رضاهم عن الخدمات المقدمة، حيث تعرّف الشكوى بإنّها: " كل اتصال شفهي، كتابي، هاتفي، عفوي أو محرض، مباشر أو عبر وسيط من خلاله يعبر العميل عن عدم رضاه " (١) وهذا ما يؤكد ضرورة توفير الحماية لكافة المستخدمين، فالمستخدم الذي يجيد الكتابة، بإمكانه تقديم الشكوى خطياً، أما المستخدم الذي لا يجيد ذلك فبإمكانه تقديم شكواه شفوياً، كما ويمكن أن يقوم مقدم الخدمة بتحريض المستخدم على تقديم شكواه عن أي إخلال في الخدمة من أجل معالجته، ومثل هذا الإجراء يعبر عن حسن نية مقدم الخدمة في تنفيذ التزامه.

ويقع على عاتق المستخدم إثبات وقوع الإخطار (الشكوى) من جانبه، الذي له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها البيئة والقرائن، لأنه يثبت واقعه مادية (٢).

نستنتج من جميع ما سبق، إن هذه الشروط، وإن كانت تعد التزام مفروض على المستخدم، إلا إنّها شروط وضعت لمصلحته ولضمان عدم ضياع حقه، وبالتالي تحقيق الحماية له.

الفقرة الثالثة : الأساس القانوني للالتزام بالمطابقة: الالتزام بالمطابقة هو إلتزام مُستحدث برزت الحاجة إليه لاسيما في العقود التي يعجز فيها المستهلك عن الامام المادي الحسي بالمعقود عليه بالنظر إلى طبيعته، كما هو الحال في عقد الاشتراك، أو بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته كما هو الحال بالنسبة لطوائف التعاقد عبر الانترنت (٣)، وقد عالجت المادة (٣٥) وما بعدها من اتفاقية فينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، الإلتزام بضمان المطابقة، بحيث نصت الفقرة الاولى من المادة (١٣٥) من الاتفاقية بإنّه (على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد) في حين نجد إن الفقرة الثانية من ذات المادة اعلاه تشترط أن تكون البضاعة صالحة للإستعمال في الأغراض التي تُستعمل من أجلها عادةً بضائع من نفس النوع، أي يجب أن تكون صالحة لكل إستعمال تُعد له عادةً بضاعة من نوعها (٤)، إلا إن ما يؤخذ على هذه النصوص، إنّها تجعل من العقد معياراً للمطابقة بمعنى أن ما

(1) Laurert Hermel، La gestion des reclamations clients، AFNOR، PARIS، 2002، P7.

(٢) ينظر: د. السنهودي - الوسيط - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة، الجزء الرابع، ص 737.

(٣) يقسم التعاقد عبر الانترنت على ثلاثة طوائف من العقود هي:

أ. طائفة العقود الالكترونية: مثل عقد الدخول الى الشبكة وعقد تقديم خدمة المساعدة الفنية وغيرها، ب. طائفة عقود المعلوماتية: مثل عقد بيع برامج المعلومات وعقد تأجير برامج المعلومات وغيرها. ج. طائفة العقود الافتراضية والعقود على الخط التي تبرم من خلال الشبكة.

(٤) ينظر: د. جودت هندي - مرجع سابق- ص ١١٣.

تضمنه العقد من صفات، يجب أن تكون متوافرة في الخدمة محل العقد عند تنفيذ العقد، وقد نوهنا سابقاً، إلى إنَّ عقد الاشتراك جاء خالياً من أي بند يحدد مواصفات الخدمة المقدمة للمستخدم، هذا من جانب ومن جانب آخر، بالنسبة لشرط صلاحية المعقود عليه للاستعمال، نجد إنَّ خدمة الاتصال قد تكون غير صالحة للاستخدام نتيجة تذبذب الخدمة وضعف الشبكة بين الحين والآخر ومع ذلك لا يمكن عدّ مقدم الخدمة مخالفاً بالتزامه بضمان المطابقة، لأنَّ عقد الاشتراك قد تضمن بنداً يقضي بعدم استقرار الخدمة^(١)، لذا لا يمكن الركون لأنفاقية فينا كأساس لتقرير التزام بالمطابقة على عاتق مقدم الخدمة.

إزاء ذلك ومن أجل حماية المستهلك بصورة عامة والمستخدم على وجه الخصوص، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إضافة شرط المطابقة إلى الالتزام بالتسليم، وقرر بناءً على ذلك إنَّه لا يكفي أن يقوم البائع بتسليم المبيع وإنَّما يجب أن يسلم شيئاً مطابقاً لما تم التعاقد عليه^(٢)، أي أنَّ القضاء الفرنسي قد استخلص الالتزام بالمطابقة بصورة غير مباشرة من النصوص المتعلقة بالتسليم. بموجب المواد (١٦٠٤)^(٣) و (١٦٤١)^(٤)، من القانون المدني الفرنسي، حيث إنَّ القضاء الفرنسي قد جعل من الالتزام بالمطابقة التزام تابع للالتزام بالتسليم، الأمر الذي يجعل من دعوى عدم التسليم المطابق تسقط بقبول المستهلك للمبيع أو بتمام التسليم فإذا ما ظهر عيب بعد ذلك، فليس له سوى دعوى ضمان العيوب الخفية^(٥)، لذلك نرى أيضاً بعدم أماكن الأخذ بهذا التوجه القضائي كأساس لإلزام مقدم الخدمة بضمان المطابقة في عقد الاشتراك.

في حين ذهب جانب من الفقه^(٦)، وهو الراجح لدينا، إلى إنَّه يمكن إستخلاص الالتزام بضمان المطابقة من نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي والخاصة بمبدأ حسن النية، والمقابلة للفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، كما ذهب بعض الفقه الفرنسي^(٧)، إلى إنَّ المشروع قد تبنى مفهوماً موسعاً للمطابقة من خلال المادة (١/٢١٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص على إنَّه (ينبغي أن تستجيب المنتجات منذ طرحها الأول في الأسواق للتعليمات السارية المتعلقة بصحة الأشخاص

(١) ينظر البند الثامن من عقد الاشتراك المبرم مع شركة اسياسيل، والفقرة الرابعة من البند ثانياً من عقد الاشتراك المبرم مع شركة كورك، والفقرة الثانية من البند ثانياً من عقد الاشتراك المبرم مع شركة اثير(زين).

(٢) ينظر: د. عمر خالد زريقات - مرجع سابق - ص ٣٥٢.

(3) see Article (16.4) Franc code civil: " La deliverance est letransport de lachose Vendue en ia Puissance et Possession de lacheteur "

(4) op.cit. see Article (1641): " Le vendeur est tenu de la garantia a raisone des de Fautes caches de la chose Vendue qui ia rendent. Mproprea l'usage auquel on la destine، ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'urait Pas acquise، ou urait donne qu'un Moindre Prix، S'illes avait Connus).

(٥) ينظر: د. عمر خالد زريقات - مرجع سابق - ص ٣٥٣.

(٦) ينظر: د. محمد خليل شهاب - مرجع سابق، ص ٤١.

(7) Calais Auloy (Jean)، L'in Fluence dudroit de la conSommation Sur ledroit civil des Contrats، R.L.R.T.D.civ، 93 annee، ed. S، arril - Juin - 1994. P.251.

اشار اليه: د. عمر محمد عبد الباقي - مرجع سابق - ص ٦٨٧.

وسلامتهم وبنزاهة العمليات التجارية وبحماية المستهلكين)، أي إنَّ المطابقة للمواصفات لا تقتصر على ما يشترطه المتعاقدان في تعاقداتهم، وإنما تمتد لتشمل أيضاً ما يقرره المشرع من احكام حماية لمصالح المستهلكين، وفي رأينا، إنَّ هذا النص يتفق والفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي التي تقضي بالزام المتعاقد بما هو من مستلزمات العقد فضلاً عما ورد فيه، وما حماية مصالح المستخدمين إلا من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة، الامر الذي يحملنا إلى القول بإنَّ الالتزام بضمان المطابقة يجد أساسه في مبدأ حسن النية ومستلزمات العقد.

الفقرة الرابعة : الالتزام بالمطابقة في مجال خدمة الاتصال : رأينا فيما سبق ما يفرض على المستخدم من شروط، للتأكد من مطابقة الخدمة لمعايير الجودة، إلا إنَّ ما يراد في هذه الفقرة، هو بيان ما الذي يفرض على مقدم الخدمة لتنفيذ إلتزامه بالمطابقة والواقع إنَّ الأمر الذي يدفعنا إلى بيان ما يفرض على مقدم الخدمة في هذا المجال، هو تحقيق التوازن بين مراكز الاطراف المتعاقدة، فبالرغم من كون المستخدم هو الطرف الأقل مقدرةً فنياً واقتصادياً وتقنياً إلا إنه ملزم كما رأينا - بفحص الخدمة وإبلاغ مقدم الخدمة بأي خلل.

فبالنظر إلى الاساليب المتنوية التي قد يلجأ إليها مقدمي خدمة الاتصال فيقدمون خدمة لا تتفق وتوقعات المستخدم وذلك من اجل الاثراء على حساب الاخير، ورغبةً في توفير اقصى حماية لمستخدم خدمة الاتصال فقد أكد المشرع العراقي على ضرورة خضوع الخدمات لمعايير الجودة. (١)

إذ نصت الفقرة الخامسة من مهام هيئة الاعلام والاتصالات العراقية الواردة في الامر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ على إنه " تقوم المفوضية بوضع وتطبيق مسودة للمعايير والقواعد تنظم ماييلي:- جودة الخدمات التي تقدمها الكيانات المرخصة "

وهذا يعني إنَّ المشرع العراقي، قد أكد على جودة الخدمة منذ عام ٢٠٠٤، وللجودة عدة أبعاد، وما المطابقة إلا إحداها والتي تعني، كما أسلفنا " قدرة الخدمة على تحقيق رغبات المستخدمين من خلال تطابق مواصفاتها مع مقتضيات الجودة "

وفي هذا المجال يذهب بعض الفقه (٢)، إلى إنَّ جودة الخدمة تتوقف على إحتوائها جملة من الخصائص، بحيث إذا تم احترامها يتحقق التطابق مع متطلبات المستخدم المعلنة والضمنية، ويشير هذا الفقه إلى إنه يمكن تصنيف هذه الخصائص إلى عدة متطلبات أساسية، والتي يمكن عدّها واجبات على مقدم الخدمة إعمالها لبلوغ التطابق، وهي: المتطلب الاول - إحترام معايير الاداء، أي الاداء المتعلق بالجوانب التقنية والذي يظهر من خلال الكفاءات التقنية المستخدمة فيه.

(١) ينظر: المادة (١١) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

(2) Jacques clavier, qualite et qualitique, technique de l'ingenieur traite l'entrepris industrielle , A8750 , paris ,1997 , p5

المتطلب الثاني: - توفير الخدمات الاضافية، لما لها من دور في تطور مفهوم الجودة، أهمها خدمة تلقي الشكاوى،

المتطلب الثالث : الامان، إذ إن أي نظام لا يمكن وصفه بالجودة مالم يكن قادراً على ضمان عدم حدوث أخطار.

لذا فإن قيام مقدم الخدمة بمثل هذه الواجبات، يجعله منفذاً لالتزامه الاساسي بالمطابقة ويوصله إلى بر الامان حيث لاسمؤولية، وبمخالفتها تتحقق المسؤولية، الامر الذي دفع البعض إلى التأكيد على ضرورة إصدار دليل للجودة الشاملة يوضح معايير ومقاييس اداء الانشطة والخدمات التي تقدمها الشركات للمستخدمين للوقوف على مدى إلتزام هذه الشركات بمطابقتها^(١)، وفي هذا الصدد، نجد إن مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية العراقي، نص في الفقرة خامساً من المادة التاسعة على أنه (يتم اتباع الضوابط التالية عند اصدار تراخيص التردد او اجازات الاتصالات.....هـ-ضمان جودة الخدمات المقدمة من المشغلين)، كما نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية/ثامناً/على انه (تحقيق مستويات خدمة جيدة للمستفيدين في قطاعات الاتصالات والمعلوماتية وفقاً للمعايير العالمية المعتمدة بهذا الخصوص).^(٢)

إلا إنَّه في الوقت ذاته هناك من يرى بصعوبة قياس جودة الخدمة، لإن عملية تقييم جودة الخدمات تتضمن تقييم الخدمة ذاتها وأيضاً تقييم الاتصال بين المستخدم ومقدم الخدمة ومثل هذا الامر يتطلب تعدد الافراد والادارات التي تقدم الخدمات وتقييم خدمة كل فرد أو ادارة على حده.

بدورنا نشير إلى إنَّه إذا كانت عملية قياس الجودة أمراً صعباً إلا إنَّه ليس مستحيلأ لاسيما في وقتنا الحاضر، حيث بالإمكان قياس الجودة بإستخدام التقنيات الاحصائية كأدوات لأغراض القياس ومن هذه التقنيات (مخطط باريتو) فضلاً عن سبعة ادوات أخرى لضبط الجودة^(٣)، فإذا ماتحقت المطابقة، تحققت في الوقت ذاته مصلحة شركات الاتصال، أما على مستوى تشريعات الاتصال العربية^(٤)، فنجد إنَّها كانت

(١) في احدي القرارات لمحكمة الاستئناف الاسبانية (قضت فيه بفسخ عقد بيع، لاخلال البائع لالتزامه بضمان المطابقة في قضية تتعلق ببيع اجهزة للحد من استهلاك البنزين في السيارات، حيث كانت الاجهزة غير مطابقه لهذا الغرض).

(٢) ومن هذه المعايير او المواصفات على سبيل المثال المواصفة الدولية ISO 9001-2000، إذ تعد من المعايير الضرورية لقياس مدى استعداد المنظمات الدولية الايزو اعتمادا على منهج دراسة الحالة للوقوف الميداني على حقيقة الخدمات، اي ان تنشأ وتحافظ وتحسن بأستمرار نظام ادارة الجودة طبقاً لمتطلبات المواصفة القياسية الايزو ٩٠٠١ طبعة ٢٠٠٠.

(٣) مخطط باريتو، المسمى على اسم الباحث (فيفريدو باريتو)، ويعد هذا المخطط احد الادوات المهمة في ضبط الجودة ويستخدم لاسيما في الاسباب الاكثر تكرار لشكاوي العملاء، اما الادوات الاخرى لقياس الجودة فهي: أ- مخطط السبب والاثر ويسمى ايضاً بهيكل السمكة ب- الرسم البياني، ج- التقييم الطبقي د- مخطط السيطرة او التحكم -مخطط التبعر ز- مخطط تحليل العملية، للمزيد حول الموضوع ينظر: (Seven Basic Quality tools) Nancy R.Tague ; thequality toolbox.milwaukee.wisconsin:American society for quality.p15.

(٤) من هذه التشريعات: قانون الاتصالات الاردني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥، إذ نصت الفقرة (د) من المادة السادسة منه والخاصة بتحديد مهام هيئة تنظيم قطاع الاتصالات على انه (تتولى الهيئة المهام والمسؤوليات التالية: د- حماية مصالح المستفيدين ومراقبة الاشخاص والجهات المرخص لها للتأكد من الالتزام بشروط الرخصة بما في ذلك مواصفات الخدمات المقدمة وجودتها واسعارها واتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة بحق من يخالف هذه الشروط)، وتأسيساً على ذلك فقد جاء في دليل المستفيدين الصادر عن هيئة تنظيم قطاع الاتصالات في الاردن وتحديداً في النقطة الرابعة من فقرة (جودة الخدمة)

موقفة اكثر من التشريع العراقي في مواجهة هذه المسألة، نأخذ على سبيل المثال، ماجاء في قانون الاتصالات المصري رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣، الذي نص صراحةً على إن من بين إلتزامات مقدم الخدمة هو الإلتزام بمقاييس جودة وكفاءة الخدمة^(١)، كما نص على ضرورة وضع الضوابط والاسس الخاصة بالجودة الفنية والقياسات المعيارية وقياسات جودة الاداء لمختلف خدمات الاتصال^(٢)، على ضوء جميع ماتقدم يتضح لنا في سبيل تحقيق ضمان المطابقة، ينبغي على مقدم الخدمة القيام بأمرين:

الامر الاول: العمل على ادارة وتنظيم جودة الخدمة،

الامر الثاني: الخضوع للمواصفات القياسية العالمية، فإذا ما قام الاخير بهذه الواجبات كان لتنفيذه هذا نتيجتان:

النتيجة الاولى: تحقق الهدف المنشود، وهو تطابق الخدمة مع معايير الجودة.

النتيجة الثانية: اعادة التوازن والتكافؤ بين مراكز الطرفين المتعاقدين (مقدم الخدمة والمستخدم).

المطلب الثاني: حماية المستخدم بموجب قواعد التعسف في استعمال الحق

تعد قواعد التعسف أو إساءة إستعمال الحق احدى وسائل الحماية القانونية للمستخدم من خلال ما تفرضه من قيود على الشخص صاحب الحق بأن لا يسيء استخدام هذا الحق على نحو يضر بالغير، اي ان التعسف في استعمال الحق ما هو الا صورة من صور الخطأ التقصيري، الامر الذي يجعل هذه الصورة تستند في اساسها الى المسؤولية التقصيرية.

أما بالنسبة لحالات قيام التعسف في إستعمال الحق، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني العراقي على إنّه: (ويصبح إستعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية: ١. إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الاضرار بالغير، ٢. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ٣. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة)."

يتضح من نص هذه الفقرة إنّ المشرع العراقي قد جمع بين المعيار الشخصي وهو قصد الاضرار بالغير وبين المعيار الموضوعي وهو الإستعمال المناقض للأهداف الاجتماعية، كما هو الحال في بعض التشريعات العربية. وما يهمنا في هذا المجال تطبيق حالات التعسف في مجال خدمة الاتصال وهو ما سنعالجه تباعاً:

- تطبيق حالات التعسف في مجال خدمة الاتصال:

بأنه"في حالة وجود إنقطاع أو تكرار في الانقطاع أثناء المكالمة الواحدة أو عدم إمكانية الاستماع الى الطرف الاخر في المكالمة أو العكس فهذا يعني وجود تدني في جودة الخدمة المقدمة من قبل مزود الخدمة وفي هذه الحالة بإمكان المستفيد تسجيل شكوى بهذا الخصوص...".

(١) ينظر: الفقرة الرابعة من المادة (٢٥) من قانون الاتصالات المصري.

(٢) ينظر: الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من القانون اعلاه.

يذهب اغلب الفقه الى ان الغاية من تطبيق فكرة التعسف في مجال العقود، الاشراف على استعمال الحقوق الناشئة عن العقود ومراقبة ما اذا كان هذا الاستعمال قد خرج بالحق عن هدفه او غايته، ام لا، ففي عقد البيع يعد البائع متعسفا اذا رفض تسليم العين المبيعة الى المشتري بحجة ان تنفيذ الصفقة بالثمن الذي اتفق عليه الطرفان اصبح مرهقا او غير مجد نظرا لارتفاع الاجور او الاسعار ويلزم البائع هنا بالتعويض، وكذلك فسخ العقد في وقت غير ملائم^(١)، وأيضاً تمديد مفعول العقد^(٢)، وهذه التطبيقات إنما عُدت من قبيل التعسف بالنظر لتوافر حالة أو أكثر من حالات التعسف في استعمال الحق. وبما ان الضرر هو العامل المشترك بين حالات التعسف، ففي مجال عقد الاشتراك بشبكة الهواتف النقالة، هناك تطبيقان لاشك في تسببهما بأضرار للمستخدم بمجرد مباشرتهما وهما الإطلاع على المكالمات والرسائل الشخصية وأيضاً إقامة المالك برج الاتصال فوق عقاره.

التطبيق الاول: الاطلاع على المكالمات والرسائل الشخصية: الاصل إنَّه لايجوز التنصت أو الإطلاع على الاتصالات والمراسلات الهاتفية إلا لضرورة قانونية وأمنية وبقرار قضائي^(٣)، بمعنى إنَّه حتى لو كانت هنالك ضرورة قانونية وأمنية فإنَّه لايجوز الإطلاع على هذه الاتصالات والمراسلات إلا بقرار قضائي، ولكن قد يحصل مثل هذا الاطلاع من مقدم الخدمة من دون قرار قضائي، الامر الذي يقتضي إستعراض حالات التعسف:

فبالنسبة لقصد الاضرار بالغير، نشير إلى أن طبيعة عمل مقدم الخدمة (شركة الاتصال) تسمح له بالإطلاع على المكالمات التي يجريها المستخدم وعلى رسائله فضلاً عن معرفة رقم المتصل، ولكن إذا قصد مقدم الخدمة كونه صاحب حق في الإطلاع على هذه المعلومات الشخصية، الاضرار بالغير، كما لو قام باستخدام هذه المعلومات بنية الاضرار بأشخاص بينهم وبينه عداوه، فلا يكون لمقدم الخدمة من مصلحة إلا الإضرار بالمستخدم، فهنا تتحقق مسؤوليته، لأنَّه كثيراً مايسخر حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية في الاضرار بالغير فيكفي وجود نية الاضرار ولو لم يكن قصده الوحيد، ويكون للمضرور (المستخدم) إثبات قصد صاحب الحق بالحاق الضرر به بكافة طرق الاثبات ومن بينها القرائن المادية.

(١) ينظر د. احمد عيد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام- دار احياء التراث العربي- بيروت- لبنان- ج ١- ص ٨٥٢-٨٥٤ وما بعدها- د. حسن علي الذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية- الخطأ- ط ١- دار وائل للنشر- ٢٠٠٦- ص ٤٣٦.

(٢) كما في حالة (المستأجر الذي يتعدى في استعمال حقه بتمديد العقد لمعارضة الاخلاء او التخلية بأستثناء بعض الحالات التي اجازها القانون). وكذلك يتحقق التعسف في مطالبة مالك العقار المرتفق ببقاء حق الارتفاق بعد ان زالت منفعته. او كانت الفائدة ضئيلة بالنسبة للاعباء التي يلقيها هذا الحق على العقار المرتفق به وغيرها من الحالات. للمزيد ينظر د. السنهوري- الوسيط- ج ١- ص ٨٥٣- د. حسن الذنون- المبسوط- الخطأ- ص ٤٢٣-٤٢٤.

(٣) تنص المادة (٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، على إنه (حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ولايجوز مراقبتها او التنصت عليها، او الكشف عنها الا لضرورة قانونية وامنية وبقرار قضائي).

أما بالنسبة لرجحان الضرر على المصلحة، فلا شك إن الضرر الناتج عن إستخدام معلومات الاتصالات والمراسلات يكون أبلغ من المصلحة التي يروم مقدم الخدمة تحقيقها، فهو أما عابث مستهتر لايبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطوٍ على نية خفية يضرر الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية أو محدودة الأهمية وفي كلتا الحالتين يكون قد أرتكب خطأً يوجب المسؤولية^(٤)، أما بالنسبة لكيفية تقدير وجود التفاوت بين مصلحة مقدم الخدمة وبين الضرر الذي يلحق المستخدم، فتكون على أساس الموازنة بين هذه المصلحة والضرر، بحيث تكون المصلحة من التفاهة مقارنةً بالضرر اللاحق بالمستخدم، وتقدير التعسف والغلو في إستعمال هذا الحق هو من اختصاص محكمة الموضوع متروك لتقديرها دون معقب عليها متى أقامت قضائها على أسباب سائغة كافية لحملة ومؤدية إلى النتيجة التي أنتهى إليها^(٢).

أما بالنسبة للحالة الثالثة والمتعلقة بعدم مشروعية المصالح التي يروم مقدم الخدمة (صاحب الحق) تحقيقها، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لإستعمال حقه فهو يهدف إذاً إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. والواقع إن مخالفة أحكام القانون أو النظام العام والآداب يمكن أن يترتب مسؤولية مقدم الخدمة دون حاجة للإلتجاء إلى معيار عدم المشروعية في قاعدة التعسف، إلا إنه يمكن عدّ هذه الحالة من قبيل التأكيد على المبدأ القانوني السابق بعدم إلحاق الضرر بالغير.

في ضوء ماسبق يمكننا القول، إن إطلاع مقدم الخدمة على إتصالات ومراسلات المستخدم يعد من قبيل إساءة إستعمال الحق، إذ إن هذا التطبيق (أي الإطلاع على المكالمات والرسائل الشخصية) يمكن أن يتحقق في جميع حالات التعسف، بالرغم من إن تحققه في إحدى هذه الحالات يكفي لعدّه تعسفاً. فإذا إستعمل صاحب الحق حقه إستعمالاً يخل بأي من هذه الحالات كان مسيئاً إستعماله وعد مرتكباً خطأً يوجب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر للغير^(٣).

من جانب اخر، يمكن القول إن حصول الإطلاع على مكالمات ورسائل المستخدم من مقدم الخدمة، يمكن أن يكون إخلالاً من الاخير لإلتزامه بالسرية الذي يفرضه عليه مبدأ حسن النية ، وبالتالي قيام مسؤولية مقدم الخدمة العقدية.

إلا إن ذلك لا يمنع عملياً من قيام المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) معاً أي في آن واحد، كما لو أن مقدم الخدمة (صاحب الحق) قد أدخل بإلتزامه بالسرية وذلك بإطلاعه على إتصالات ومراسلات المستخدم،

(٤) د. السنهوري- الوسيط - مصادر الإلتزام - الجزء الاول، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص ٨٤٥.

(٢) ينظر: د. علي عوض حسن - اجراءات التقاضي الكيدية وطرق معالجتها - دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية- ١٩٩٦ ص ٧٢.

(٣) د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - في الإلتزامات- المجلد الاول- طه- مطبعة السلام- القاهرة- ١٩٨٨ - ص ٣٧٤.

وفي ذات الوقت قام بإستخدام هذه المعلومات للإضرار بالمستخدم، فهنا نرى بآئنه يكون للمستخدم أن يختار بين المسؤوليتين طالما إن شروط كل منهما متوافرة^(١).

فإذا كنا قد قبلنا حالة عدم المشروعية إلى جانب أحكام القانون والنظام العام والادب وأعتبرناها تأكيداً للمبدأ القانوني السابق بعدم إلحاق الضرر بالغير، فلا مانع من قبول قاعدة التعسف ككل إلى جانب الالتزام بالسرية تأكيداً على حماية المستخدم من الأضرار.

التطبيق الثاني: إقامة المالك برج الاتصال فوق عقاره: واما بالنسبة للتطبيق الثاني وهو إقامة المالك برج الاتصال فوق عقاره، ففي مجال خدمة الاتصال وبالنظر إلى الاغراءات المادية المقدمة من قبل شركة الاتصال نجد إن الكثير من الأشخاص ليس بإمكانهم مقاومة هذه الاغراءات ويبادرون إلى إبداء قبولهم لإقامة أبراج الاتصال على أسطح منازلهم دون أي إلتفات لما قد تسببه هذه الابراج من أضرار.

وإذا ما بحثنا الحالة الاولى وهي قصد الأضرار، فنسبة تحققها قليلة جدا ان لم تكن نادرة بالنسبة لمالك العقار لان المالك غالبا ما يقصد تحقيق اكبر ربح ولا يقصد الأضرار بالغير بناء على ما شهده الواقع. أما بالنسبة لرجحان الضرر على المصلحة فالأمر واضح إذ لا يثبت فيها نية الأضرار بالجار، ولكن يثبت إن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ابدأ مع ما يصب الغير من ضرر بسببها. فلا شك إن أبراج الاتصال تمنع الجار من الانتفاع بملكه، لما تسببه من أضرار صحية على القاطنين بجوارها، ففي حكم للمحكمة العليا الفرنسية عام ٢٠٠٩، أصدرت فيه أمراً لشركة الاتصالات (بيونج تيليكوم) بإنزال هوائي الهاتف النقال الخاص بها لما له من تأثير على الصحة^(٢).

وفي حكم للمحكمة الايطالية العليا، أيدت فيه حكماً قضائياً قضى بوجود صلة عرضية بين أورانج الدماغ تعرض لها رجل أعمال وبين إستخدامه المكثف للهاتف النقال، حيث كان يستخدم الهاتف لمدة تتراوح بين خمسة الى ست ساعات^(٣).

فإذا كان تعرض المستخدم لإشعاعات الهاتف النقال لعدة ساعات يصيبه بأمراض دماغية، فمن البديهي أن تكون إصابته وإصابة الغير بهذا المرض أخطر، كونه يتعرض لإشعاعات برج الاتصال بشكل

(١) للمزيد من التفاصيل حول جواز الخيرة بين المسؤوليتين ينظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - مرجع سابق - ص ٢٠٩ د. السنهوري - الوسيط ج ١ - مصادر الالتزام - ص ٧٥٨ - ٧٥٩.

(2) Barstad, Stine (18 February 2009) "Kunne ikke bevises at Stralinger Var ufarlig" *Aftenposten*. (in Norwegian) Archived From the original. Retrieved 25 may 2009.

(٣) تتلخص وقائع القضية في (إن رجل الأعمال الايطالي (اينوسينزو ماركوليني) ادعى بأنه اصيب بورم في الجهة اليسرى من دماغه نتيجة لكثرة استخدامه للهاتف النقال مما اضطر (ماركوليني) للخضوع الى عملية جراحية اثرت بشكل سلبي على حياته وقد رفع قضيته بعد ان رفضت سلطة التعويضات العمالية صرف تعويض له" بحجة عدم وجود صلة بين المرض وعمله" وبعد إن رأت المحكمة وجود هذه الصلة، حكمت المحكمة الايطالية لصالحه، ورفضت المحكمة طلب الطعن الذي تقدمت به سلطة التعويضات العمالية، وقد استندت المحكمة في حكمها على دراسات اجريت بين عامي (٢٠٠٥ - ٢٠٠٩) اجراها (لينارت هارديل) الطبيب المتخصص بالامراض السرطانية في المستشفى (ايربو السويدي) وبررت المحكمة اطمئنانها الى تلك الدراسات لكونها مستقلة).

يومي مستمر وليس لعدة ساعات، ومن ثم فإنَّ الأضرار التي تلحق المستخدم والغير على حدٍ سواء في مواجهة مالك العقار تفوق المزايا والمصالح التي يحصل عليها الأخير من نصب البرج فوق عقاره، لذا يمكننا القول، بإنطباق الحالة الثانية للتعسف على أضرار الابراج وبالتالي تسمح بقيام مسؤولية مالك الابراج على أساس إساءة إستعمال الحق.

أما بالنسبة للحالة الثالثة والمتعلقة بعدم مشروعية المصالح، فيصدق عليها ما قيل في التطبيق السابق والمتعلق بالاطلاع على مكالمات المستخدم، حيث إنَّ صاحب الحق الذي يسبب ضرراً للغير تقوم مسؤوليته حينما يستعمله دون سبب جدي ومشروع، وهكذا أمتلكت المحاكم أداة هائلة وفعّالة للرقابة على ممارسة الحقوق^(١).

ومسايرة للاتجاهات الحديثة في تاسيس المسؤولية على نظرية تحمل التبعة فاذا لم تتحقق اي حالة من الحالات السابقة ونكون أمام شخصين لم يصدر منهما خطأ، فأيهما أجدر يتحملة، مُحدث الضرر، أم الذي وقع فيه، فلا شك إنَّ العدالة تقتضي أن يلتزم محدثه بتعويضه^(٢).

المبحث الثاني

الحماية القانونية بموجب القوانين الخاصة

تناول المشرع العراقي معالجة المشاكل التي قد يتعرض لها المستهلك بصورة عامة وسبل حمايته من خلال قانون حماية المستهلك رقم(١) لسنة ٢٠١٠، لذا سنعمد إلى إعمال هذه الحماية لصالح المستخدم، كما إنَّ المشرع تناول هذه المعالجة وسبل الحماية من خلال الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ لحماية المستخدم بصورة خاصة، الامر الذي يقتضي تناول كلا التشريعين بشكل مستقل وذلك على النحو الآتي:

المطلب الاول : الحماية في ظل قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠

من أهم المسائل التي لاشك في تسببها بمشكلات للمستهلك بصورة عامة ولمستخدم الهاتف النقال على وجه الخصوص، إذا لم يمنح الاهتمام الكافي لها، هي مسألة الرقابة ومتابعة مقدم الخدمة في مدى تقيده بالالتزامات التي تفرضها عليه نصوص قانون حماية المستهلك، ممّا يقتضي مناقشة الاجراءات التي يتبناها كل من مجلس حماية المستهلك ولجان التفتيش التابعة له كون إنَّ المجلس هو المكلف بالإهتمام بهذه المسألة مع ماتسببه من مشكلات وكما يأتي

الفرع الاول/ إجراءات لجان التفتيش

(١) ينظر: د. ايمن ابراهيم العشماوي – تطور مفهوم الخطأ كاساس للمسؤولية المدنية – دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٨٢.

(٢) ينظر: جبار صابر طه – اساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر/دراسة مقارنة-دار الكتب القانونية-مصر-دار شتات للنشر-مصر-٣١٠ص.

لجان التفتيش هي اللجان التي يشكلها مجلس حماية المستهلك، مهمتها العمل على متابعة تنفيذ أحكام قانون حماية المستهلك^(١)، ولاشك إن جميع أحكام القانون تهدف إلى حماية المستخدم سواءً الأحكام المتعلقة بحقوقه^(٢) أو حمايته من الاعلان الخادع^(٣)، أو المتعلقة بالضمانات والالتزام بالمقاييس^(٤)، ذلك ان المستخدم ليس بمقدوره وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أن يحدد نقاط الإخلال وإثبات وجودها، بل إن جل ما يفهمه عند استخدامه للخدمة إن هنالك إنتهاك لحقوقه التي رتبها القانون، والسبب في ذلك هو قلة التوعية والثقافة الاستهلاكية^(٥) لديه، الامر الذي يجعله عرضةً لمعلومات تختلف باختلاف الجهة الصادرة منها، مما يقتضي مساعدته في التعرف على حقيقتها وإتخاذ الاجراءات الوقائية من قبل الجهات الادارية المختصة لتصحيح المعيب منها، وما الرقابة ومتابعة مقدم الخدمة (المجهز)^(٦) في القيام بواجباته إلا أحد هذه الاجراءات الوقائية، بحيث تتولى لجان التفتيش هذه المهمة، فتقوم بمراقبة مواصفات الخدمات المقدمة، إذ يمارس هؤلاء صلاحياتهم بالرقابة بحسب القانون بكافة الاماكن المخصصة لممارسة المحترف لنشاطه في داخلها^(٧)، إذ تنص الفقرة (ب) من المادة الخامسة من قانون حماية المستهلك على إنه (تتولى لجان التفتيش المهام الآتية: ١. الاطلاع على مواصفات السلع... اثناء الدوام الرسمي أو بعده وعلى المجهز والمعلن إبداء التعاون التام في هذا الشأن) وبالرغم من إن المجهز هو مقدم الخدمة بحسب نص الفقرة سادساً من المادة الاولى من قانون حماية المستهلك، إلا إنه قد يعترض البعض، لإن مهام لجان التفتيش تقتصر على السلع دون الخدمات، فنقول مسايرة لهذا الإشكال، بأن المادة (١٥) من قانون حماية المستهلك العراقي تنص على إنه (تطبق أحكام قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية رقم (٥٤) لسنة ١٩٧٩ أو أي قانون يحل محله في كل ما لم يرد به نص في هذا القانون).

وبما إن الرقابة على الخدمات بحسب هذا الأشكال لم يرد بها نص في قانون حماية المستهلك فنطبق احكام قانون الجهاز المركزي، إستنادا الى المادة (١٥) من القانون. وبذلك فأن على مقدم الخدمة أن يقوم بتمكين منتسبي الجهاز المركزي للتقييس من القيام بمهامهم^(٨)، بإستثناء المهام غير المتعلقة بالرقابة والمهام

(١) تنص الفقرة ثامناً من المادة الاولى من قانون حماية المستهلك على ان لجان التفتيش هي (اللجان التي يشكلها المجلس وتتولى متابعة تنفيذ احكام هذا القانون).

(٢) ينظر: المادة السادسة من قانون حماية المستهلك العراقي.

(٣) ينظر المادة التاسعة من قانون حماية المستهلك العراقي.

(٤) ينظر: المادة السابعة من قانون حماية المستهلك العراقي.

(٥) إن التفتيش ماهو إلا احد الحقوق الثمانية التي اعتمدت بقرار الجمعية العامة للامم المتحدة المرقم (٣٠٩/٢٤٨) في ٩ نيسان/١٩٨٥، والذي عد بمثابة حق مكتسب لجمعيات المستهلك تمارسه انشطتها في جميع انحاء العالم.

(٦) تنص الفقرة سادساً من المادة الاولى من قانون حماية المستهلك على انه (المجهز: كل شخص طبيعي او معنوي منتج او مستورد او مصدر او موزع او بائع سلعة او مقدم خدمة سواء أكان اصيلاً ام وسيطاً ام وكيلًا).

(٧) ينظر: د. غسان رباح - قانون حماية المستهلك الجديد - المبادئ، الوسائل، الملاحقة مع دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ١٧٤.

(٨) نصت المادة الثالثة من قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية على مهام الجهاز المركزي التي يجب على مقدم الخدمة تمكينه من القيام بها لتعلقها بالرقابة وكما يلي: (يقوم الجهاز تحقيقاً لاهدافه المنصوص عليها في هذا القانون بما يلي:

المتعلقة بالسلع، وأيضاً تمكينهم من الاطلاع على الوثائق وغيرها من المستندات والاجراءات التي يرى منتسبي الجهاز إنها ضرورية لتنفيذ مهامهم.

فلا شك إن هذه المادة قد وفرت حماية فعّالة للمستخدم لما لها من أهمية في التأكيد على الكثير من الالتزامات الملقاة على عاتق مقدم الخدمة وفي مقدمتها التأكيد على الالتزام بضمان المطابقة لمعايير الجودة. هذا وإن لجان التفتيش تتولى أيضاً مهام الاطلاع على مواصفات الخدمات، فإن من مهامها أن ترفع تقريراً إلى مجلس حماية المستهلك إذا وجدت أي مخالفة للمعايير والمواصفات الخاصة بالخدمة^(١)، وبذلك ينتهي دور لجان التفتيش معلناً بداية الاجراءات العلاجية لهذه المخالفة حيث يتولى مجلس حماية المستهلك بعدئذ هذه الاجراءات.

و تجدر الإشارة إلى إن قيام لجان التفتيش أو الجهاز المركزي للتقييس، بالرقابة والمتابعة ورفع تقارير بالمخالفات إلى مجلس حماية المستهلك، لا يمنع قيام المستخدم من المطالبة بحقه في التعويض وفي هذه الحالة يقتضي أن نفرق بين فرضين: الفرض الاول، قيام مقدم الخدمة بتقديم خدماته بمواصفات تخالف المواصفات التي أكدتها الوثائق والسجلات والتي فحصتها الجهات الرقابية وأوضحت عدم مخالفتها على أساسها، هنا يكون للمستخدم المضرور أن يرجع على مقدم الخدمة بتعويض ما أصابه من ضرر، أما الفرض الثاني، ففيه يراعي مقدم الخدمة توافر المواصفات التي اوضحت الجهات الرقابية على أساسها عدم المخالفة، ففي هذا الفرض طالما كانت الجهة الرقابية مهمتها حماية المستخدم لذا لاينبغي الرجوع على مقدم الخدمة وحده للحصول على التعويض، وإنما يجب إدخال تلك الجهة الرقابية كخصم في الدعوى المرفوعة من المستخدم ضد مقدم الخدمة لتعويضه عن الأضرار التي سببها تقديم تلك الخدمات.

الفرع الثاني/ اجراءات مجلس حماية المستهلك

تبدأ الاجراءات العلاجية بعد إنتهاء الاجراءات الوقائية برفع التقرير، فإذا رصدت الجهات الرقابية وهي تقوم بمهامها، أي مخالفة تتعلق بمواصفات الخدمة المقدمة للمستخدم، فإن هذا الأمر يحتم عليها أن ترفع تقريراً بالمخالفة إلى مجلس حماية المستهلك، وأشرنا سابقاً إلى إن رفع تقارير بالمخالفات إلى مجلس حماية المستهلك، لايحول دون حق المستخدم في مطالبته بالتعويض من مقدم الخدمة وحده أو إدخال الجهة الرقابية معه بحسب

اولاً: اعتماد نظام قومي للقياس ومراقبة تطبيقه. وابداد وحفظ قائمة ومراجع المعايير القياسية العراقية.

ثانياً: اعتماد ونشر ومراجعة وتعديل والغاء واستبدال المواصفات القياسية العراقية ومراقبة تطبيقها.

ثالثاً: اعتماد ومراقبة تنفيذ نظام قومي للسيطرة النوعية.....

=ثامناً: اجراء الفحوصات والتحليل والاختبارات والبحوث الخاصة بالتقييس والسيطرة النوعية مباشرة او عن طريق تخويل مختبرات معتمدة للقيام بهذه المهمة.

تاسعاً: تنظيم عمليات الفحص والتفتيش التقني للمكائن والمعدات والاجهزة).

(١) ان الجهة المكلفة برفع التقارير لمجلس حماية المستهلك هي لجان التفتيش، حيث تنص الفقرة (ب) من المادة الخامسة من قانون حماية المستهلك على انه: (تتولى لجان التفتيش المهام الاتية: ١.....، ٣ تقديم التقارير بالمخالفات الى المجلس).

الاحوال، وإلا فإنَّ المطالبة بالتعويض وإن كانت حقاً للمستخدم، فإنَّه قد لا يستطيع القيام بها أما لأن إقامة الدعوى تتطلب تكاليف باهضة أو أن لا تكون كذلك، ولكن الوقت والجهد الضائع قبلها قد لا يتناسب وحجم الاضرار المتحققة، فهذا السبب يضاف إلى الأسباب الاخرى المتمثلة بعدم قدرة المستخدم على تحديد نقاط الإخلال وإثبات وجودها، التي دعنا إلى اعتبار عدم تفعيل الدور الرقابي من المسائل التي تسبب المشكلات للمستخدم وتجعله بلا حماية.

فاذا تسلم مجلس الحماية تقارير المخالفة، فإنَّه يقوم على أساسها بتوجيه انذار إلى المخالف (مقدم الخدمة) بوجوب إزالة المخالفة خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ، فإذا انتهت هذه المهلة مع استمرار المخالفة يقوم المجلس بتحريك الدعوى ضد المخالف^(١)، وفي هذه الحالة يستطيع المستخدم لكونه غير قادر على رفع الدعوى للأسباب اعلاه، أن يطلب دخوله في الدعوى شخصاً ثالثاً طالباً الحكم لنفسه فيها لعلاقته بالدعوى^(٢)، فالمبادئ العامة لحماية المستهلك تركز على أهمية أن تقوم الحكومات بإعداد وتطبيق السياسات التي توفر الحماية الكافية للمستهلك في إطار منظومة يراعى فيها تحديد الاولويات الاقتصادية والاجتماعية فضلاً عن مراعاة تكاليف التدابير المقترحة والفوائد المرجوة منها.

ولا تقتصر مهام مجلس حماية المستهلك^(٣)، على الانذار وتحريك الدعوى، بل يتولى أيضاً مهمة رفع مستوى الوعي الاستهلاكي لدى المستهلك، إذ أن وجود التثقيف والتوعية القانونية للمستهلك وللمستخدم على وجه الخصوص سيضمن ما هو صحيح للمقاييس والمواصفات والعلامات وتوفير الشروط الصحية والكفيلة لضمان صحته وبالخصوص توعيته فيما يتعلق بالتعليمات الخاصة للاستخدام، فالتثقيف والتوعية القانونية إذا كانت من مهام مجلس حماية المستهلك إلا أنَّها من حقوق المستخدم مما يجعل منها إلتزامات تقع على عاتق كل من مجلس الحماية ومقدم الخدمة، لان التثقيف والتوعية لا يكون له جدوى ما لم يتأطر بالجانب القانوني المتعلق بحق المستهلك لانتراعه ومطالبته بالتعويض عن سوء الخدمة وهدر أمواله وعن الاضرار الصحية مثلاً^(٤).

كما إنَّ من مهام مجلس حماية المستهلك أن يقوم بتلقي الشكاوى وإتخاذ القرارات بشأنها، إذ إنَّ هذه المهمة تعد مكملاً للدور الرقابي الذي تمارسه لجان التفتيش، كما إنَّها تعد في الوقت ذاته وسيلة اخرى من

(١) جاء في الفقرة (أ) من المادة الخامسة من قانون حماية المستهلك العراقي على إنَّه (يتولى المجلس المهام التالية: اولاً... رابعاً: توجيه الانذار الى المخالف بوجوب ازالة المخالفة خلال (٧) سبعة ايام من تاريخ التبليغ أو تحريك الدعوى بأنتهائها واستمرار المخالفة، ويستند المجلس في توجيه الانذار على تقارير لجان التفتيش)

(٢) تنص الفقرة الاولى من المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على انه (لكل ذي مصلحة ان يطلب دخوله في الدعوى شخصاً ثالثاً منضماً لأحد طرفيها او طالباً الحكم لنفسه فيها إذا كانت له علاقة بالدعوى....)

(٣) وهناك مهام اخرى لمجلس حماية المستهلك نصت عليها الفقرة (أ) من المادة الخامسة من القانون.

(٤) ينظر: كريم عبيد عليوي - حقوق المستهلك في المناهج التربوية وضرورة التثقيف - بحث منشور في مجلة حقوق المستهلك، تصدر عن مركز بحوث السوق وحماية المستهلك، جامعة بغداد، العدد الحادي والتسعون، ٢٠١١، ص٦.

وسائل حماية المستخدم، إذ تمكّنه في حالة عدم معالجة مقدم الخدمة لشكواه، من الحفاظ على حقه في الإنتفاع بالخدمة من خلال إستقبال شكواه وإتخاذ الاجراءات المناسبة بشأنها، ففي مجال الرقابة على الاعلانات على سبيل المثال، يذهب البعض^(١)، إلى إن من وسائل الحماية من الغش التجاري والصناعي. هو إنشاء مكتب لمراقبة الاعلان بيدي رأيه في الاعلان قبل بثه لتحديد مدى مطابقتها للواقع والقانون وكذلك متابعته وتلقّي الشكاوى التي ترد بشأنه، وهو الامر الذي نجده ضمن مهام مجلس حماية المستهلك، كما يتولى المجلس تحديد إختصاصات جمعيات حماية المستهلك والتي يستطيع الاستعانة بها في توعية المستخدم إلا إننا لم نجد أي تحديد لهذه الاختصاصات، في حين نجد مثل هذه الاختصاصات في بعض التشريعات العربية لحماية المستهلك.

وعلى الرغم من الملاحظات التي ترد على قانون حماية المستهلك فهناك مآخذ أخرى تُلاحظ عليه، أهمها إن مجلس حماية المستهلك مازال غير مشكّل، الأمر الذي يجعل المستخدم في ظل قانون حماية المستهلك، ضائعاً بين كفالة الدولة واقتصاد السوق والقوى المسيطرة^(٢).

نستنتج مما تقدم إن المستخدم في ظل مهام مجلس حماية المستهلك وبضمنها مهام لجان التفتيش، سيكون بلا حماية رقابية وليس امامه سوى طريق القضاء، على الرغم من إننا اشرنا سابقاً إلى إن المستخدم قد لا يستطيع المطالبة بالتعويض قضائياً أما للتكاليف الباهضة أو لعدم تناسبه مع ما يبذله المستخدم من وقت وجهد، الأمر الذي يجعل المستخدم يعزف عن المطالبة بالتعويض فضلاً عن عدم حمايته رقابياً، و هي المسألة التي تسبب له مشكلات مستمرة لا حل لها لعدم الاهتمام بالرقابة والمتابعة في ظل قانون حماية المستهلك العراقي.

إلا أن المستخدم لم يفقد كل الحلول بل الاحالة التي جاءت بها المادة (١٥) من قانون حماية المستهلك الى تطبيق أحكام قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية، وذلك عندما نأخذ بالإشكال القاضي بأن مهام لجان التفتيش تقتصر على مراقبة السلع دون الخدمات، أي إن الرقابة على الخدمات لم يرد بشأنها نص في قانون حماية المستهلك العراقي.

لذا فإن الجهة المكلفة بالرقابة على مواصفات الخدمات ومطابقتها وتلقي الشكاوى من المستخدمين هي الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية، ممثلاً برئيس الجهاز^(٣)، الذي يتولى تمثيل الجهاز امام

(١) ينظر: د. عبدالله حسين علي - حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي - دراسة مقارنة-دار النهضة العربية-القاهرة- ٢٠٠٢ - ص ٢٠٢ - ٢٠٣.

(٢) ينظر: د. سالم محمد عبود - البيروقراطية وقانون حماية المستهلك - بحث منشور في مجلة صوت المستهلك، تصدر عن مركز بحوث السوق وحماية المستهلك، جامعة بغداد، العدد التاسع والثمانون، ٢٠١١، ص ٣.

(٣) تنص الفقرة ثانياً من المادة الخامسة من قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية على انه (رئيس الجهاز: هو الرئيس الاعلى للجهاز وتصدر القرارات والأوامر بأسمه او بتخويل منه ويمثل الجهاز امام المحاكم ودوائر الدولة..... والاشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة).

المحاكم ويحدد الاجهزة المختصة بالرقابة على المشاريع الخدمية، إذ تنص الفقرة ثانياً من المادة السادسة من قانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية رقم (٥٤) لسنة ١٩٧٩ على إنّه: (يمارس رئيس الجهاز الصلاحيات التالية: ثانيا - تكليف أجهزة فنية متخصصة، أو أحد منتسبي الجهاز، بالكشف والرقابة على المشاريع...)

المطلب الثاني: الحماية في ظل الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤

أن الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ هو أحد الأوامر التي صدرت عن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة)، لتنظيم عمل الاتصالات السلكية واللاسلكية في العراق، والذي بموجبه مُنحت هيئة الاعلام والاتصالات صلاحية إدارة عمليات ترخيص خدمات الاتصالات^(١)، وعلى الرغم من وجود قانون الاتصالات اللاسلكية العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨٠، إلا إنّه يعد من قبيل التشريعات التي تحتاج إلى إعادة صياغة، فضلاً عن كونه لم يتناول تنظيم عمل شركات الاتصال بالنظر إلى إن هذه الشركات لم تدخل إلى العراق إلا بعد عام ٢٠٠٣، لذا فإنّ نصوص هذا القانون لايمكنها أن تُسعف المستخدم في توفير الحماية له.

ومما يجدر الإشارة إليه أنّ هناك مشروع لقانون هيئة الاعلام والاتصالات وايضاً مشروع اخر لقانون الاتصالات والمعلوماتية اللذين تم تقديمهما للمناقشة الى مجلس النواب العراقي، وقد تم بالفعل مناقشة عدة مواد فيهما وتعديل بعضها واقتراح مواد اخرى، إلا إنّه لم يُقر أي منهما لحين إعداد هذه الدراسة، ونجد إن مشروع القانون الاول يقضي بإلغاء الأمر رقم (٦٥)، أما مشروع القانون الثاني فيقضي بإلغاء أي تعارض مع احكامه عند إقرار أي منهما من قبل مجلس النواب فيما يخص قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٠ وامر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٤^(٢). عليه سنتناول أهم نقاط الحماية التي يوفرها الأمر رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٤ للمستخدم ومقارنتها مع مايقابلها من نصوص في كلاً المشروعين اعلاه، لنكون قد أخذنا ببعض نصوص القوانين النافذة في مجال الاتصالات في حال إقرار أي من المشروعين و يمكن تلخيص أبرز نقاط الحماية بما يلي:

الفرع الاول/ رقابة الهيئة:

بالنسبة لرقابة هيئة الاعلام والاتصالات على عمل شركات الهاتف النقال، نجد إن هذه الرقابة تعد أهم إجراء يفرضه الأمر رقم (٦٥) على هذه الهيئة، للتأكد من مدى إلتزام هذه الشركات بشروط عقد

(١) تنص المادة الاولى من القسم (١٢) من الامر رقم (٦٥) على انه (تنتقل من وزارة الاتصالات الى المفوضية مسؤوليات الترخيص المنصوص عليها في الامر رقم (١١) الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) بخصوص ترخيص خدمات ومعدات الاتصالات السلكية واللاسلكية.....).

(٢) ينظر: المادة (٨٦) من مشروع قانون هيئة الاعلام والاتصالات، والفقرة اولاً و ثانياً من المادة (٤٠) من مشروع قانون الاتصالات المعلوماتية.

الترخيص المبرم بينهما^(١)، إذ جاء في الفقرة (هـ، ٢) من القسم الخامس من الأمر اعلاه، على أن (تضع المفوضية منهاجاً

تنظيماً للإتصالات السلكية واللاسلكية... عن طريق القيام بما يأتي: هـ - تحديد شروط الترخيص المطلوبة لضمان الاذعان للقواعد واللوائح التنظيمية والأوامر التي وضعتها المفوضية بموجب هذا الأمر، ومراقبة تنفيذ المرخص لهم بشروط الترخيص المشار إليها)، بهذه العبارات الركيكة عالج المشرع العراقي إجراء مهم غايته الاساسية حماية المستخدم، فضلاً عن استخدامه مصطلح (المفوضية) مع إن الأمر رقم (٦٥) معنون بمصطلح الهيئة العراقية للإتصالات والاعلام، إذ يعد هذا الامر، القانون المنظم لعمل الهيئة، ومع ذلك وبغض النظر عن الجانب الشكلي لصياغة الأمر رقم (٦٥)، يثار التساؤل حول ماهية إجراءات الرقابة التي تمارسها هيئة الاعلام والاتصالات على عمل شركات الاتصال ؟

يُظهر لنا الواقع العملي إنه لا توجد أي إجراءات تقوم بها الهيئة بإستثناء الاعتماد على الشكاوى التي ترددها من المستخدمين^(٢) ولعل مرد ذلك عدم تأكيد الأمر رقم (٦٥) على الاجراء الرقابي وسبل تطويره والإرتقاء به، وأيضاً عدم تحديد ماهية الشروط الخاضعة للرقابة فلم تتحدد بشكل واضح مضمون الشروط التي وضعتها الهيئة على الشركات لتطوير أجهزتها وتقنياتها لتقديم أفضل الخدمات، إلا إنه يتضح ومن خلال ملاحظة واقع الخدمات المقدمة من هذه الشركات، أما أن تكون هذه الشروط غير موجودة، أو إن الشركات والهيئة لانتهم لمخالفتها^(٣).

كما يشير مصدر مسؤول في هيئة الاعلام والاتصالات إلى إن الرقابة التي تمارسها الهيئة بدائية جداً وهي بحاجة إلى التعاقد مع شركات عالمية لإستخدام تقنيات متطورة، بل ويؤكد إنه لا يمكن الحديث عن الرقابة إلا بعد إدخال خدمة الجيل الثالث (3G)^(٤)، على الرغم من إن أغلب الدول تستخدم حالياً تقنية الجيل الرابع (4G)^(١)، ولحد الان لم تُحدد الجهات التي سيتم التعاقد معها في هذا المجال^(٢).

(١) يعرف عقد ترخيص خدمة الهواتف المتنقلة بأنه (ذلك العقد المبرم بين هيئة الاتصالات (المرخص) وشركة من شركات الاتصالات (المرخص له) لإنشاء أو تشغيل أو ادارة شبكة الهواتف المتنقلة لتجهيز المستهلكين بخدمات هذه الشبكة).

(٢) على سبيل المثال: ما قامت به هيئة الاعلام والاتصالات من الزام شركات الهاتف النقال بتخصيص رقم مختصر للحد من الرسائل الدعائية (الترويجية)، وما كان هذا الاجراء الا بعد ازدياد الشكاوى والتذمر من قبل مستخدمي خدمة الهاتف النقال، = وعليه تم الاعلان عن الارقام الخاصة بايقاف الرسائل الدعائية وما على المستخدم إلا إرسال رسائل نصية (sms) للرقم المختصر الخاص بالشركة يتضمن محتواها الرقم (٠) ليتسنى للشركة المعنية منع وصول تلك الرسائل الى المستخدمين، وهذه الارقام (١٠٢٧) خاص بشركة اثير(زين)، (٤١٥١) خاص بشركة اسياسيل، (٢٢٩) خاص بشركة كورك تليكوم.

(٣) ينظر: رشيد السراي - دراسة حقائق عن الاتصالات في العراق - بحث منشور على الموقع الالكتروني لمركز النور للدراسات التالي: www.alnoor.se/article.aspx?id=72108.

(٤) (3G) هو نظام (umts) إختصار كلمة (universal mobile technolog system) هو الجيل الثالث لمعايير وتكنولوجيا الهواتف المحمولة، حيث يسمح للمستخدم بمواصلة ارسال واستقبال المكالمات بنفس الرقم ونفس الجهاز عند التنقل لمسافات طويلة وله قوة بث مرتفعة وأيضاً يسمح بالدخول الى الانترنت ويكون أكثر سهولة، وبذلك يتميز عن الجيل الثاني المستعمل حالياً في العراق الذي يكون بثه ضعيف إذ لا يستطيع تحمل معطيات اكبر لذلك ظهر الجيل الثالث، للمزيد حول الموضوع

إلا أن هذا الكلام حول تقنية الجيل الثالث، لا يمكننا التسليم به فهو تهرب من المسؤولية لا يمكن أن يُعتد به ولن يلقي أذاناً صاغية، لأنه توجد الآن على الأراضي العراقية ثلاثة شركات للهاتف النقال تعمل في الجيل الثاني (GSM) وثلاثة شركات أخرى في اللاسلكي الثابت^(٣)، تعمل في الجيل الثالث (CDMA) مرخصة من قبل هيئة الاعلام والاتصالات تقوم على تقديم خدمة الهاتف النقال (الاتصال) واللاسلكي الثابت (خدمة الانترنت). فإذا كانت الرقابة مما يمكن الحديث عنها في مجال تقنية الجيل الثالث (3G)، فأين دورها عند تذبذب الخدمة خاصة بالنسبة لشركة اتصالنا التي تقدم خدمة الاتصال إلى جانب خدمة الانترنت؟.

الأمر الذي يؤكد ما أشرنا إليه سابقاً، من إن ضعف الاداء الرقابي سببه عدم تأكيد الأمر رقم (٦٥) عليه أولاً، وتهاون هيئة الاعلام والاتصالات به ثانياً، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال مقارنته بما جاء في مشروع قانون الاتصالات، فبالنسبة لمشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية، حددت المادة الرابعة مهام هيئة الاعلام والاتصالات في تنظيم الترددات الخاصة بأي تطبيق من تطبيقات الاتصالات اللاسلكية المختلفة ومنح القنوات الترددية لدوائر الدولة والقطاع الخاص وبما لا يتعارض مع البند اولاً من المادة الثالثة من هذا القانون والقوانين ذات العلاقة. كذلك منح تراخيص التردد لمشغلي الشبكات العامة والخاصة (م ٩) من القانون. ووفقاً للمادة الخامسة التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في البند خامساً من المادة التاسعة من القانون ومراقبة هذا النشاط والتقييد بالشروط وضمان الاستخدام الامثل للخدمات وضمان جودتها.

كما أكد مشروع القانون أعلاه على الاجراءات الرقابية عند منح التراخيص، بحيث نصت الفقرة خامساً من المادة التاسعة منه على إنه (يتم إتباع الضوابط التالية عند إصدار تراخيص التردد او إجازات الاتصالات: أ-...، و- إتخاذ التدابير الفنية والرقابية اللازمة لضمان عدم إساءة استخدام خدمات الاتصالات المقدمة من المشغلين بما يخالف أحكام النظام العام والاداب، ز- الموافقة على إشراف ومراقبة الوزارة او الهيئة اثناء فترة تقديم خدمة الاتصالات وفقاً لأحكام القانون).

ينظر: نجاح رسول داخل - دراسة احصائية لجودة خدمات الهاتف النقال في مركز محافظة ذي قار - مجلة علوم ذي قار - كلية العلوم-المجلد الثاني-العدد الثاني-٢٠١٠- ص١٢٢ وما بعدها.

(١) (4G) هو نظام (LTE) إختصار كلمة (Long Term Evolution) وهي تقنية مصممة لجعل عملية الوصول الى الانترنت اكثر سهولة وهي تستخدم الاي بي (IP) كأساس لعناوين الاجهزة المتصلة بالشبكة الامر الذي سيجعل من عملية تبادل البيانات اكثر سرعة الا ان هذه التقنية غير متوافقة مع شبكات الجيل الثاني والثالث التي تعمل عليها الهواتف حالياً مما يعني ان عملية التحول عليه سيكون صعباً ويتم تدريجياً.

(٢) جريدة المدى - هيئة الاعلام والاتصالات- مقال تحت عنوان (رقابتنا على النقال بدائية ولانية لحظر فايبر و واتس أب) - منشور في جريدة المدى - ٢٠١٣/٨/٢٤ العدد (٢٨٧٣)، ص٣. الا انه من خلال اطلاقنا عل بعض العقود التي تم ابرامها حديثاً لهذا الغرض فقد تم توقيع ملحق عقد حق استخدام ترددات الجيل الثالث للهاتف النقال للشركات العامة في العراق (اثير -اسيا سيل-كورك-تيليكوم).

(٣) يقصد بشركات اللاسلكي الثابت: الشركات التي تقدم خدمات التواصل الصوتي والمعلوماتي (هاتف وانترنت) للمستخدم سواء في المنزل او في مكان العمل، فضلاً عن العديد من الخدمات الاخرى المتاحة على هذا النظام، ومن هذه الشركات (شركة اتصالنا وشركة فانوس وشركة كلمات) للمزيد حول هذه الشركات ينظر: د. علي ناصر الخويلدي - دور الهيئات التنظيمية في قطاع الاتصالات-دار السلام للنشر-بيروت-٢٠١٢ - ص٤٥ وما بعدها.

أما بالنسبة لمشروع قانون الاعلام والاتصالات، نجده ألزم مقدم الخدمة بإعداد تقرير سنوي يبين فيه الجوانب الفنية والمالية^(١)، التي تضمن تقديم الخدمة بالمستوى المطلوب، ولاشك أن هذا المستوى هو الذي يتحقق به رضا المستخدمين المشروع من خلال تطابق الخدمة المقدمة مع معايير الجودة، إذ تنص المادة الخامسة من مشروع القانون اعلاه على إنه: (على المرخص له أن يقدم إلى الهيئة تقريراً سنوياً يبين فيه الجوانب الفنية والادارية والمالية المتوافرة لديه والتي تضمن تقديم الخدمة المرخصة للمستفيدين بالمستوى المطلوب).

وأيضاً ماجاء في المادة الثانية والخمسون منه، والتي حددت مهام هيئة الاعلام والاتصالات، حيث حملت الفقرتين (السادسة والحادية عشر) ذات المعنى الذي جاءت به المادة (الرابعة والتاسعة) من قانون الاتصالات والمعلوماتية.

مما تقدم نلاحظ إن كلا المشروعين قد حددا بشكل ظاهر بعض الشروط التي تخضع للرقابة وهي (المتعلقة بالجودة والاسعار) ونعتقد إنه بالرغم من التعيم على بقية الشروط التي يتضمنها الترخيص، إلا إننا نجد في الرقابة على هذين الشرطين، إن تحققت من شأنها أن توفر حماية فعالة للمستخدم، وكما أشرنا إن في الرقابة وقاية، بتحققها يتحقق رضا المستخدم بالخدمة المقدمة وهي الجودة بعينها، وأيضاً لاتدع لمقدم الخدمة أي فرصة أن يشترط في عقد الاشتراك أحقيته بتغيير الاسعار وما هذا التقييد إلا تأكيد لحق من حقوق المستخدم الاساسية^(٢).

ففي دراسة تحليلية أجريت لإستطلاع آراء المستخدمين ومقترحاتهم حول تطوير وتحسين خدمة الاتصال في كل من محافظة بغداد وسليمانية وواسط، فأظهرت الدراسة إن أبرز المقترحات كانت تدور حول تخفيض سعر المكالمة للدقيقة الواحدة وأيضاً حول متابعة ومراقبة عمل الشركات من قبل الجهات ذات العلاقة^(٣).

الأمر الذي يؤكد أهمية الرقابة على هذين الشرطين، كما نجد إن الرقابة المنصوص عليها في مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية أبلغ منها في قانون الاعلام والاتصالات، وفي جميع الاحوال تكون الرقابة المنصوص عليها في كلا المشروعين أبلغ وأفضل مما هو وارد في الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤، وما هذه

(١) يلزم مقدم الخدمة بالافضاء للمستخدم حول الجوانب الفنية والمالية التي تمكنه من الانتفاع بالخدمة، اما الجوانب الفنية والمالية المنصوص عليها في مشروع القانون هذا، فإن مقدمة الخدمة يكون ملزماً بالافضاء بها لهيئة الاعلام والاتصالات ولكن ليس حول الخدمة وإنما الافضاء بالاجراءات والاحتياطات والاجهزة وغيرها من الجوانب الفنية والمالية المتوافرة لديه لضمان تقديم الخدمة بالمستوى المطلوب.

(٢) (عدم جواز زيادة الاسعار) احد الحقوق الاساسية للمستخدم.

(٣) ينظر: د. منى تركي الموسوي وآخرون – دراسة تحليلية لآراء واتجاهات عينة من مستخدمي الهاتف النقال في العراق – بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الثاني عشر، ٢٠٠٦، ص ٢٥٧.

الصياغة الجيدة والتأكيد على الرقابة من قبل المشرع إلا إقراراً منه بعدم جدوى الرقابة الواردة في الأمر اعلاه.

عليه إذا وجد المستخدم عدم جدوى الرقابة أو عدم وجودها كما في الدراسة اعلاه، فما له من بدّ سوى تقديم شكواه إلى هيئة الاعلام والاتصالات، كون المطالبة القضائية قد تتقل كاهله كما أشرنا سابقاً.

الفرع الثاني: شكوى المستخدم:

في ضوء ماسبق أصبحت الشكوى هي السبيل الوحيد أمام المستخدم للحفاظ على حقوقه، فإذا وجدت شكوى من المستخدم أو نشأ نزاع بينه وبين شركة الاتصال فتبت هيئة الاعلام والاتصالات بالموضوع محل النزاع عن طريق اللجان التي تتألف منها، وذلك على النحو الآتي:

قامت هيئة الاعلام والاتصالات بتشكيل قسم تحت اسم (صوت المستهلك)^(١)، لتلقي الشكوى من المستخدمين على رقم مجاني أو على البريد الإلكتروني لهذا القسم، فعند ورود شكوى من المستخدم يتم إخضاعها للمعايير الموضوعية من قبل مجلس المفوضين، لتقرير إحدى حالتين، الأولى، ما إذا كان موضوع الشكوى يشكل مخالفة أم لا، والثانية، لتقرير ما إذا كان موضوع الشكوى تتجاوز خطورته خطورة المخالفة أم لا^(٢).

الحالة الأولى: أي حالة تقرير وقوع المخالفة أو عدم وقوعها، يتولى المدير العام وهو رئيس الجهاز التنفيذي للهيئة، مراجعة الشكوى وأصدار قرار على ضوء المعايير الموضوعية من مجلس المفوضين، فيصدر قراره بوقوع أي خرق أو مخالفة أو عدم وقوع أي من ذلك، وحجم الاضرار الناتجة عن مثل هذا الخرق أو المخالفة.

الحالة الثانية: أي إذا كان موضوع الشكوى تتجاوز خطورته خطورة المخالفة أو في حالة استمرار المخالفات أو تكرار وقوعها، فتتولى لجنة الاستماع إصدار قرارها في موضوع الشكوى وترفع قرارها إلى رئيس الجهاز التنفيذي للهيئة لتنفيذه^(٣). وفي جميع الحالات يجب أن تكون القرارات كتابية ومتاحة لجميع المستخدمين^(٤).

(١) ان الهيئة ستجيب عن طريق الرقم (١٧٧) والبريد الإلكتروني (voc@cmc.iq) والخاصين بقسم صوت المستهلك، عن أي استفسار أو شكوى من قبل المستخدم، حيث تم توجيه كتاب لشركات الهاتف النقال واللاسلكي الثابت كافة، ذي العدد (٣/م/١/٢٥/٢٠١٣) بضرورة ارسال رسائل نصية لمشتريها تنص على اعلان توضيحي عن الرقم المجاني (١٧٧) وبصورة دورية كل ثلاثة اشهر ليكون لدى المستخدم علم بهذه الخدمة. للمزيد حول هذه الخدمة ينظر: هيئة الاعلام والاتصالات – مكتب المدير التنفيذي العام – الاجراءات المتخذة بخصوص التقرير الخاص بشهر كانون الثاني – ص ٣٣.

(٢) تنص المادة الأولى من القسم الثامن من الامر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ على انه (يضع مجلس المفوضين معايير تستخدم لتقرير وقوع أي مخالفة...، تجيز هذه المعايير للمدير العام او للجنة الاستماع اصدار قرار بوقوع مخالفة ما، اما لجنة الاستماع فتتولى معالجة مايزعم وقوعه من اعمال تتجاوز خطورتها خطورة المخالفة).

(٣) تنص المادة الثالثة من القسم الثامن من الامر رقم (٦٥) على انه (في الحالات الاخرى او في حالة استمرار المخالفات او تكرار وقوعها تقرر لجنة الاستماع وقوع المخالفة او عدم وقوعها).

(٤) تنص المادة السابعة من القسم الثامن من الامر رقم (٦٥) على انه (تكون جميع القرارات سواء كانت صادرة عن المدير العام او لجنة الاستماع او مجلس الطعن قرارات كتابية وتتاح للجمهور).

وقد كانت غالبية الشكاوى من نصيب (شركة زين)، حيث اكدت إحدى الدراسات التي اجريت على شركة زين للاتصالات^(١)، عدم وجود إرتباط بين أبعاد ادارة علاقات المستخدم في الشركة وبين ابعاد جودة الخدمات المقدمة للمستخدم، بمعنى إن شركة زين لم تول أي أهتمام يذكر بين ادارة علاقات المستخدم والادارة المعنية في تقديم جودة الخدمات للمستخدمين، وهذا يؤكد إن كلا الادارتين تعملان بشكل إنفرادي ولايوجد دعم وتفعيل تطبيقي لادارة علاقات المستخدم في تقديم جودة خدمات مميزة للمستخدم.

لهذا الواقع نؤكد على إلزام شركات الاتصال على الالتزام بمعايير الجودة وما تتطلبه أبعادها، فإذا كان العمل لا يتم بشكل من الارتباط والتنظيم في الادارة، فلا يمكن توقع رضا المستخدمين عنه، ومثل هذا الأمر يمكن أن نتمسه بوضوح من خلال سوء الخدمات في الاتصالات لشركة زين ولبقية الشركات أيضاً ولكن بنسب متفاوتة.

في ضوء ماتقدم نلاحظ إن الأمر رقم (٦٥) قد وضح بشكل تفصيلي إجراءات تلقي الشكاوى وقامت هيئة الاعلام والاتصالات بتحديد الاجراءات التفصيلية في الامر (٦٥)، إلا إن مايؤخذ على عمل الهيئة إنه بالرغم من إلزامها لشركات الاتصال بكتاب موجه من قبلها، بأعلام المستخدمين كل ثلاثة أشهر عن الرقم المجاني لتلقي الشكاوى، غير إن الواقع لم يظهر لنا أي التزام من قبل شركات الاتصال لهذا الأمر، وهو مايؤكد أن هيئة الاعلام والاتصالات لا يوجد لديها أي نظام رقابي لمتابعة تنفيذ قراراتها فما بالك بتنفيذ شروط الترخيص، بمعنى إن الهيئة قد جعلت جُلّ إعتماها على مايقدمه المستخدم من شكوى بهذا الخصوص.

أما بالنسبة لمشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية، فنجده قد نص في الفقرة (ثانياً) من المادة (١٢) على إنه (يلتزم مشغل شبكة الاتصالات العامة بتقديم مايلي إلى الجهة المختصة وفقاً لاحكام هذا القانون: أ..... جـ القواعد والاجراءات التي تتبع في التعامل مع شكاوى المشتركين الخاصة بتشغيل شبكة الاتصالات العامة).

كما ألزمت الفقرة ثالثاً من نفس المادة مشغل الشبكة باعادة النظر وتغيير الاجراءات التي يتخذها والية تطبيقها بناء على طلب الجهة المختصة.

نلاحظ من هذه النصوص إنها تؤكد على ضرورة إلزام شركات الاتصال بوضع آليات وقواعد للبت في شكاوى المستخدمين، والية تغيير الاجراءات^(٢)، وفي ذلك أهمية للمستخدمين، بغية الاستجابة السريعة لشكاوهم

(١) ينظر: بلال جاسم القيسي، كريم ذياب احمد – تأثير إدارة علاقات الزبون في تحقيق جودة الخدمات في شركات الاتصالات العاملة في العراق – (دراسة مسحية في شركة زين العراق للاتصالات)، ٢٠١٢، ص٣٦.

(٢) بسبب سوء الخدمة.. فرضت سلطات الاتصالات في البرازيل عقوبات صارمة على أكبر ثلاث شركات للهاتف النقال وقررت حرمانها من ضم أي عملاء جُدد وهذه الشركات هي، (أوي) و (كلارو) و (تي. أي. ام) التي تستحوذ معاً على (٧٠%) من سوق الهاتف النقال في البرازيل، واكدت السلطات إن هذه العقوبات ستستمر حتى تقديم الشركات خطأً لتحسين الخدمة خلال (٣٠) يوم وفي حالة انتهاك هذه العقوبات سيتم تغريم الشركة حوالي (١٠٠) الف دولار يومياً، للمزيد حول الموضوع ينظر: صحيفة الاقتصادية السعودية، العدد (٦٨٦٠)، في ٢٣ يوليو ٢٠١٢،

وحلها، بحيث تكون الشكوى امام الهيئة إجراء ثاني يمارسه المستخدم الا انه يتسم بالبطء بالنظر إلى الاجراءات الروتينية التي تمارسها الهيئة.

إما بالنسبة لمشروع قانون الاعلام والاتصالات، فقد نصت المادة الرابعة منه على إنه (١) . على كل مرخص له لتقديم خدمة اتصالات عامة أن يُنشئ قسماً خاصاً لتلقي شكاوى المستفيدين والمشاركين وأن يعمل على تلافي أسباب الشكوى المتعلقة بمستوى الخدمة ونوعيتها أو طريقتها، ٢. يجب على كل مرخص له أن يضع نظاماً يحدد فيه الاجراءات التي تتبع بشأن التعامل مع شكاوى المشاركين المتعلقة بتشغيل شبكات الاتصالات وتقديم خدمات الاتصالات، ٣. على المرخص له أن يُعلن عن الاجراءات التي يتضمنها النظام المشار إليه في الفقرة السابقة وبالوسيلة التي تحددها الهيئة ويلتزم بأن يقدم لأي شخص عند طلبه اية إيضاحات لتلك الاجراءات دون مقابل،....).

كما حددت المواد (٦٨ و ٦٩ و ٧٠ و ٧١) من مشروع القانون أعلاه كيفية تشكيل لجنة الاستماع والشكاوى وأيضاً إجراءات الفصل في الشكاوى، وبذلك يكون مشروع قانون الاعلام والاتصالات قد جمع بين مانص عليه الأمر (٦٥) بالنسبة لاجراءات الفصل في الشكوى وبين مانص عليه مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية في إلزام شركات الاتصال بوضع القواعد اللازمة للنظر في شكاوى المستخدمين.

نستنتج مما تقدم. إن توفير حماية فعّالة للمستخدم. يقتضي توفير رقابة فعّالة إلى جانب إدارة تتسم بسرعة الفصل في الشكاوى مع تواصل بالمستخدمين، لكي تكون القرارات المتخذة نابعة عن دراسة، لأن الوصول إلى هذه الغاية لا يتطلب فقط وجود نظام للمعلومات الادارية وإنما يتطلب أيضاً تدفق تلك المعلومات في قنوات الاتصالات التنظيمية حتى لاتعتمد عملية إتخاذ القرارات فقط على خطوط السلطة وإنما خطوط المعلومات أيضاً، حتى يتحقق الارتباط بين المعلومات وإتخاذ القرارات والتحكم في عدم التأكد وحساب المخاطرة^(١).

وبما إن لهيئة الاعلام والاتصالات (المرخص) سلطة على شركات الاتصال (المرخص له)، نجد إن الأمر رقم (٦٥) قد أجاز لها فرض عدة جزاءات بغية تأمين الانصياع لشروط الترخيص^(٢)، وبما إن القرار قد يكون مجحفاً بحق أي من الطرفين (المستخدم أو مقدم الخدمة) فقد اتاح الامر رقم (٦٥) لكل منهما إمكانية التظلم من القرار امام سلطة الطعن، وهو ما سنتناوله في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: الجزاء والتظلم:

إن الحماية التي يوفرها الجزاء للمستخدم يمكن وصفها بإنها حماية علاجية، فالجزاء يكون بعد وقوع المخالفة، إذ يأتي الجزاء كرادع لمقدم الخدمة بعدم تكرار المخالفة، وكتعويض للمستخدم عما أصابه من

(١) د. فريد راغب النجار - تكنولوجيا الاتصالات والعلاقات والمفاوضات الفعالة - الدار الجامعية للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٧٣.

(٢) ينظر: المادة الاولى من القسم التاسع من الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤.

ضرر، إلا إن القرار الصادر بالجزاء قد لا يكون في صالح المستخدم الامر الذي يقتضي التظلم منه، وكما يأتي:

اولاً/الجزاء:

نجد أن المادة الاولى من القسم التاسع من الأمر رقم (٦٥) أجازت لهيئة الاعلام والاتصالات أن تفرض على شركات الاتصال عدة جزاءات في حالة عدم تقيدها بما يفرض عليها من التزامات، وهذه الجزاءات هي:

١. عقوبات مالية تتمثل ب(فرض غرامات مالية، مصادرة التجهيزات).
٢. تدابير احترازية وتتمثل ب(إصدار التحذيرات، تعليق التراخيص، تعليق العمليات، توقيف العمليات، إنهاء العمل بالترخيص أو سحبه).
٣. جزاءات مدنية وتتمثل ب(طلب نشر إعتذار، طلب تخفيض الضرر الذي تعرض له المستهلك أو إصلاح الضرر الذي لحق به).

بالنسبة للعقوبات المالية، فهي تخرج عن نطاق الدراسة كونها تدخل في نطاق الحماية الجنائية، أما التدابير الاحترازية، فلا تسعف المستخدم بشيء إذ إن (التحذير والتعليق والتوقيف) لا يحقق فائدة للمستخدم، و(إنهاء الترخيص أو سحبه) في إطار عقد الاشتراك، ليس بصالح المستخدم أيضاً، حيث تنص الفقرة (١٧) من البند ثانياً من عقد الاشتراك المبرم مع شركة أثير للاتصالات على إنه: (ينتهي هذا العقد تلقائياً في حالة إنهاء أو إنتهاء اتفاقية ترخيص الشركة...) فهذا الإنهاء من جانب هيئة الاعلام والاتصالات كجزاء يفرض على مقدم الخدمة، لافيد المستخدم بشيء، وكان من المفضل أن ينص الأمر رقم (٦٥) على التعويض إلى جانب الإنهاء هذا من جهة ومن جهة اخرى، فإن إنهاء الترخيص قد يضر بالمستخدم أكثر من نفعه، إذا وقع في وقت غير ملائم له.

الامر الذي لايجعل للمستخدم من تعويض يسعفه سوى الجزاء المدني، وحتى هذا الجزاء يعد تعويضا نسبيا، إذ إن طلب الاعتذار وإن أمكن عدّه من قبيل التعويض الادبي، إلا إنه لا يحقق الهدف المنشود في حالة كون المستخدم مضرورا مادياً أو أدبياً.

فلا يكون للمستخدم من جزاء مدني يجبر ضرره (سواء كان ضرره مادياً أو أدبياً)، إلا طلب تخفيف الضرر أو إصلاح الضرر، فبالنسبة لأضرار المستخدم المالية الناتجة عن إخلال مقدم الخدمة بشروط الترخيص، فبإمكان الهيئة أن تفرض عليه تخفيف الضرر الذي لحق المستخدم جراء هذا الإخلال - كما لو أخل بالتزامه بضمان المطابقة - وكما اشرنا سابقاً، إلى أن المطابقة هي إحدى أبعاد الجودة^(١)، ومن مهام

(١) لجودة الخدمة المقدمة للزبون أبعاد عدّه أهمها: (الاعتمادية، المطابقة، الجدارة، الاداء، درجة فهم مقدم الخدمة للزبون، الجودة المدركة، الاتصال، الاستجابية، الكياسة، الامان) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. عبد الناصر علك حافظ - تسويق الخدمات واثرها على رضا الزبائن - مجلة المأمون الجامعة - ع ١٨-٢٠١١ - ص ١٥.

هيئة الاعلام والاتصالات، إلزام مقدم الخدمة (المرخص له) بجودة الخدمات^(١)، فلا شك أن ضمان المطابقة هو أحد شروط الترخيص، ويمكن تخفيف الضرر بأضافة رصيد إلى حساب المستخدم.

أما اضرار المستخدم المادية الجسدية الناتجة عن إخلال مقدم الخدمة بشروط الترخيص المتعلقة بالسلامة، فبإمكان الهيئة أن تفرض عليه، إصلاح الضرر الناشئ جراء هذا الإخلال، وكما اشرنا سابقاً إلى إن من أغراض صياغة الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ هو ضمان تشغيل الاتصالات اللاسلكية بطريقة تتماشى مع معايير السلامة^(٢).

فلا شك إن ضمان السلامة هو أحد شروط الترخيص، والتعويض عن الضرر الجسدي هو تعويض قضائي يترك تقديره لسلطة القاضي التقديرية ولكل حالة على حدة^(٣).

اما بالنسبة لمشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية، تنص المادة (١٣) على إنه (للجهة المختصة:

هـ - إخلال المشغل بالشروط المحددة في عقد الترخيص او اجازة الاتصالات..و- إذا تسبب مشغل شبكة الاتصالات العامة بضرر مادي أو معنوي لمصالح الدولة الأمنية أو الاقتصادية أو مصلحة المواطنين بشرط موافقة مجلس الوزراء).

أما بالنسبة لمشروع قانون هيئة الاعلام والاتصالات، فنجده ينص في المادة (٢٢) منه على إنه: (يصدر الترخيص بتنظيم عقد يتضمن الشروط التالية: ١-،...،٤- إلترم المرخص له بتوفير التأمينات المالية اللازمة لرد ما يستحقه المشتركون من رسوم وتأمينات في حال إلغاء الترخيص...)، وأيضاً تنص المادة (٣٣) منه على إنه (لايحول قرار إلغاء الترخيص دون حق المشتركين أو المتضررين من مخالفات المرخص له بمطالبته بالتعويض أو رد ما يستحقونه من رسوم).

بهذه النصوص عالج كل من المشروعين إجراءات تعويض المستخدم، ويلاحظ إنه بالرغم من قلة النصوص التي عالجت موضوع الجزاء، إلا إنها جديرة بالإهتمام مقارنةً بما ورد في الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤، فمن جهة نجدها قد نصت بعبارات واضحة على تعويض المتضررين وسواء كان ضررهم مادي أو معنوي، ومن جهة أخرى نجد إن كلا المشروعين لم يقيدا من سلطة الهيئة في فرض الجزاءات، مقارنةً

(١) تنص الفقرة (ز-٥) من المادة ثانياً من القسم الخامس الوارد في الامر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤، من مهام هيئة الاعلام والاتصالات على انه (... وضع وتطبيق مسودة للمعايير والقواعد تحدد مايلي:...٥- جودة الخدمات التي تقدمها الكيانات المرخصة).

(٢) تنص المادة الخامسة من القسم الاول الوارد في الامر رقم (٦٥) على إنه (تمت صياغة هذا الامر لتحقيق الاغراض التالية: ٥- ضمان تشغيل الاتصالات السلكية واللاسلكية وخدمات البث ونقل المعلومات بطريقة تتماشى مع معايير السلامة).

(٣) ينظر: د. اكرم فاضل سعيد قصير - أحكام الضرر الجسدي بين الجوابر الشرعية والتعويضات القانونية - بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الثالث، العدد (١٤)، ٢٠١٢، ص٣٢.

بالأمر رقم (٦٥)، الذي كَبَل من يد الهيئة عند تحديده للجزاءات التي ينبغي أَنْ تُفرض على شركات الاتصال وكان من الافضل النص على أَنْ للهيئة أَنْ تتخذ ماتزاه مناسباً من جزاءات.

ثانياً/ التظلم:

الهيئة قد تفرض احدى الجزاءات التي لاتعوض المستخدم عما لحقه من ضرر، فلا يكون امامه إلا الطعن بهذا القرار سواء كان هذا القرار صادراً من قبل المدير التنفيذي العام للهيئة أو صادر عن لجنة الاستماع^(١)، علماً إنَّ التظلم يمكن ممارسته من قبل مقدم الخدمة أو من قبل المستخدم.

والواقع إنَّ في هذا الامر حماية للمستخدم الذي ليس بمقدوره أَنْ يسلك طريق القضاء لاسيما وإنَّ المجلس يتألف من قانونيين متخصصين في مجال الاتصالات، فعلى سبيل المثال: قامت هيئة الاعلام والاتصالات وتحقيقاً لهدف الامر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ في حماية مصالح المستخدمين^(٢)، بتشكيل كل من قسم صوت المستهلك وعدة لجان لمتابعة شكاوى المستخدمين، وألزمت شركات الاتصال بإعلام المستخدمين بالرقم المجاني الخاص بقسم صوت المستهلك وذلك بكتابها ذي العدد (١/م/٣) في تاريخ (٢٠١٣/٢/٢٥)، الامر الذي يجعل من الإخلال بهذا الالتزام مرتباً لمسؤولية شركات الاتصال لإنه سيؤثر بالنتيجة على حماية مصالح المستخدمين.

فالسؤال الذي يثار هنا هل بإمكان هيئة الاعلام والاتصالات ان تقرر الجزاء المناسب مع مثل هذا الإخلال؟ يجيبنا على هذا التساؤل التقرير الشهري لشهر نيسان لعام ٢٠١٣ لقسم صوت المستهلك حيث جاء فيه: (تم توجيه عدة كتب رسمية إلى الشركة العامة للاتصالات والبريد^(٣)، من صوت المستهلك تحثها على تفعيل خدمة الاتصال بالرقم المجاني (١٧٧) الخاص بشكاوى المستخدمين المرقم (١/م/٣/٦١٥٩ في ٢٣/٩/٢٠١٢) فضلاً عن مخالفة الشركة اعلاه لبنود عقد الترخيص من الناحية الفنية والمالية والقانونية، علماً إنَّه سبق وإنَّ تم رفع شكوى ضد الشركة إلى لجنة الاستماع والشكاوى لإتخاذ الاجراءات القانونية بحق الشركة، وبالفعل تم حسم الدعوى - وهو ما يهمننا - بقرار لجنة الاستماع رقم (٩/استماع) في ١٥/٥/٢٠١٣، وتقرر إلزام الشركة العامة للاتصالات والبريد بتفعيل خدمة صوت المستهلك للرقم المجاني (١٧٧) وتحذيرها بعدم تكرار ذلك مستقبلاً....^(٤)).

(١) تنص الفقرة (أ) من المادة (٤) من القسم الرابع من الامر رقم (٦٥) على إنَّه (يستمتع مجلس الطعن المستقل والمكون من ثلاثة اشخاص الى مايتلقاه من طعن في قرارات المفوضية سواء كانت تلك القرارات قرارات اتخذها المدير العام أو صدرت عن لجنة الاستماع).

(٢) تنص المادة الثانية من القسم الاول من الامر رقم (٦٥) على إنَّه (تمت صياغة هذا الامر لتحقيق الاغراض التالية: ٢. حماية مصالح المواطنين العراقيين بصفتهم مستهلكين لخدمات الاتصالات).

(٣) تعد الشركة العامة للاتصالات والبريد، إحدى تشكيلات وزارة الاتصالات العراقية الى جانب (شركة السلام العامة والشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات)، وهي شركة متخصصة في مجال الاتصالات الارضية واللاسلكية ومن ضمن الشركات المرخصة من قبل هيئة الاعلام والاتصالات. ينظر: د. علي ناصر الخويلدي - مرجع سابق - ص ٤١.

(٤) هيئة الاعلام والاتصالات - مكتب المدير التنفيذي العام - قسم صوت المستهلك - التقرير الشهري لشهر نيسان لقسم صوت المستهلك، ٢٠١٣، ص ٤١.

يتضح من هذا القرار إنه جاء مجحفاً بحق مستخدمي شبكة هذه الشركة، وهو الامر الذي يبهر للمستخدم حقه في التظلم من القرار امام مجلس الطعن.

كما نجد إن كلاً من مشروعَي قانون الاتصالات قد تناول الحق في الطعن فيما تصدره الهيئة من قرارات، غير إنه يُلاحظ على مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية قصره هذا الحق على مقدم الخدمة دون المستخدم وكما يلي:

فبالنسبة لمشروع القانون اعلاه، تنص الفقرتين (الثانية والرابعة) من المادة (١٤) منه على إنه:
(ثانياً- للمشغل أن يتظلم بطلب تحريري يقدم لدى اجهة المختصة التي أصدرت قرار الإلغاء وخلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار، خامساً - للمتظلم اللجوء إلى القضاء في حالة رفض تظلمه). وهذا مما يؤخذ على مشروع القانون المذكور وكان الاجدر به أن يقدم حماية المستخدم على حماية صاحب المقدره مقدم الخدمة.

أما بالنسبة لمشروع قانون هيئة الاعلام والاتصالات، إذ تنص المادة (٧١) منه على إنه (١). تصدر لجنة الاستماع والشكاوى قرارها في الشكوى بعد دراستها الادلة ودفع اطراف الشكوى... ويبلغ أطراف الشكوى بالقرار علناً، ٢. يجوز الطعن بقرار اللجنة امام هيئة الطعن خلال خمسة عشر يوماً إعتباراً من اليوم التالي للتبليغ به، ٣- على لجنة الاستماع والشكاوى إتخاذ القرار بشأن الشكوى خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً بعد إستكمال الادلة والوثائق المطلوبة من الاطراف المعنية).

يتضح مما سبق إن إجراءات التظلم التي أقرها الأمر رقم (٦٥) كانت أدق وأكثر حماية للمستخدم، مقارنةً بما ورد في مشروعَي قانون الاتصالات.

الفرع الرابع/ المفتش العام:

يعد المفتش العام من ضمن تشكيلات الهيكل التنظيمي لهيئة الاعلام والاتصالات (١)، ومن أهم مهام مكتب المفتش العام عموماً تشخيص حالات الاحتيال والابتذال وعدم فاعلية البرامج في الجهة التي يتبع مكتب المفتش العام لها، وكذلك إستلام الشكاوى المتعلقة بالإهمال وسوء الإدارة.

إلا إنه لاوجود لمكتب مفتش عام في هيئة الاعلام والاتصالات، بالرغم من النص على إنشائه في الأمر رقم (٦٥) وهذا يعني عدم وجود رقابة على عمل هيئة الاعلام والاتصالات وحسن إدارتها لعملها، وهذا ما أكدته لجنة الاعلام والثقافة في مجلس النواب (٢)، عندما أوضحت بعدم وجود مفتش عام في الهيئة وإنما

(١) تنص المادة الخامسة من القسم الرابع من الأمر رقم (٦٥) على إنه (يتم بموجب ذلك إنشاء مكتب للمفتش العام في المفوضية يتم تعيين هذا المفتش العام وفقاً للأمر رقم (٥٧)).

(٢) لقاء صحفي أجرته وكالة كل العراق الاخبارية - مقال تحت عنوان - الثقافة النيابية، (الحديث عن خلو هيئة الاعلام والاتصالات من المفتش العام مسيس)، المركز الخبري للوكالة - الاربعاء، ٢٧/شباط/فبراير، ٢٠١٣.

تخضع مع منتسبها وعملها ضمن آلية مراقبة وفق القانون نفسه، أي وفق الأمر رقم (٦٥) كونه قانون الهيئة، بمعنى إن الهيئة هي الخصم والحكم في الوقت نفسه.

نستنتج من جميع ماتقدم، إن الرقابة على عمل شركات الهاتف النقال معدومة وإن هيئة الاعلام والاتصالات لاتعتمد في عملها إلا على شكاوى المستخدمين وحتى الهيئة في عملها غير خاضعة للرقابة، الامر الذي يجعل المستخدم بلا حماية في ظل عمل هيئة الاعلام والاتصالات وحتى يستطيع المستخدم الحصول على حقوقه في إطار الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤، فما من سبيل امامه إلا اللجوء للقضاء، والذي لاطاقة له به، لذا نأمل من مشرنا العراقي عند اقراره لمشروع أي من قانوني الاتصالات، أن يأخذ بالنصوص التي تحقق أكبر قدر من الحماية للمستخدم من خلال مقارنة المشروعين بما جاء في الأمر رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤.

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة اهمية عقد الاشتراك بشبكة الهواتف النقالة ومساهمته الفعالة في النهوض بما يسمح بتقديم افضل الخدمات للمستخدمين، حيث اضحت الهواتف النقالة ضرورة ملحة من ضرورات الحياة المعاصرة، إلا انه بالمقابل فان هناك اثاراً سلبية ومشاكل اجتماعية ولّدها استخدام هذه الاجهزة على مستوى الفرد والمجتمع وحتى على مستوى البيئة، فكان الصراع ظاهراً ملموساً بين الشركات المنتجة لهذه التقنية من جهة، والباحثين والمنظمات والجمعيات المعنية بالجوانب البيئية والصحية والعلمية وحتى الاجتماعية من جهة اخرى، حول الاضرار الناجمة عن استخدامها، نظراً لعدم مطابقة الخدمة للمعايير القانونية والفنية السليمة، فضلاً عن الاستخدام غير السليم للهاتف النقال وعدم المعرفة الكافية والالمام بقواعد واصول هذا الاستخدام، مما سبب الكثير من المشكلات للمستخدم وبالخصوص في مرحلة تنفيذ العقد. وقد توصلنا من خلال البحث الى بعض النتائج واوردنا بعض التوصيات وهي كالآتي :-

أولاً / النتائج

- ١- عدم كفاية القواعد التقليدية الخاصة بضمان العيوب الخفية عن توفير الحماية الكافية لمستخدم شبكة الهواتف النقالة كونها قاصرة على المصالح الاقتصادية دون السلامة الجسدية، كما ان شركات الاتصال قد تشترط على المستخدم براءتها من كل عيب في الخدمة.
- ٢- ان لمبدأ حسن النية الدور الوقائي في مواجهة المقدرة التي يتمتع بها مقدم الخدمة أياً كان نوعها، وقدرته على فرض التزامات من شأنها تحقيق التوازن بين اطراف العلاقة التعاقدية.
- ٣- السلامة الجسدية لاتقل اهمية عن الانتفاع بالخدمة ذاتها فهي ضرورة حتمية تجعل من التزام مقدم الخدمة بضمانها امراً ضرورياً وعادلاً.

٤- المطابقة هي أحد أبعاد الجودة والتي من شأنها تحقيق رغبات المستخدمين من خلال تطابق مواصفات الخدمة مع مقتضيات الجودة وبالتالي فان فرض الالتزام بالمطابقة سيحقق التكافؤ والتوازن بين مراكز الطرفين (مقدم الخدمة والمستخدم).

ثانياً / التوصيات :

١- تفعيل الدور الرقابي للجهات الادارية والتي أشارت اليها القوانين ذات العلاقة ومتابعة مدى تقييد شركات الاتصال للمواصفات الفنية ومتطلبات المواقع لمنظومة الهاتف النقال لضمان سلامة المستخدم.

٢- ضرورة التثقيف والتوعية القانونية للمستخدم لضمان ما هو صحيح للمقاييس والمواصفات والعلامات وتوفير الشروط الصحيحة والكفيلة لضمان صحته وبالخصوص التعليمات الخاصة بالاستخدام الامثل للهاتف النقال والالتزام بالتحذيرات المختلفة التي قد يكون لها الاثر الايجابي على صحة وسلامة مستخدم الشبكة.

٣- شمول مراقبة لجان التفتيش للخدمات دون الاقتصار على السلع فقط لعدم ورود نص بشأنها في قانون حماية المستهلك العراقي.

٤- التأكيد على مسألتي الجودة والاسعار، وتفعيل الرقابة كاجراء وقائي، لتوفير حماية فعالة للمستخدم وتحقيق رضا سليم بالخدمة المقدمة وتأكيد لحق من حقوق المستخدم الاساسية والنص على ابطال اي بنود في عقد الاشتراك يكون الغرض منها الاعفاء من المسؤولية عن الاضرار التي تلحق به او فيما يتعلق بتعديل اسعار الخدمة وفسخ العقد.

٥- تلافي اسباب الشكاوى المتعلقة بمستوى الخدمة ونوعيتها او طريقة تقديمها والعمل على سرعة الفصل فيها، ووضع نظام تحدد فيه الاجراءات التي تتبع بشأن التعامل مع شكاوى المشتركين المتعلقة بتشغيل شبكات الاتصالات ونصب الابراج.

٦- ضرورة معالجة الحماية التي يوفرها الجراء للمستخدم وتناسبه مع ما يصيبه من ضرر في مرحلة تنفيذ العقد وهي حماية علاجية الغرض منها ضمان سلامته من اي ضرر مادي او معنوي وخاصة ان ضمان السلامة هو احد شروط الترخيص.

٧- اقرار المشرع لخيار العدول عن العقد كما هو الحال في خيار المستهلك الذي نص عليه قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسنة ٢٠١٠ بالنسبة للخدمات الخاصة بالاتصالات والتي لا تلائم حاجاته وغرضه من التعاقد.

والدعوة نحو اقامة المسؤولية على مقدم الخدمة على اساس الضرر بحيث يمكن الاكتفاء باثبات الضرر والعلاقة السببية لحصول المضرور على حقه.

تعطّل الرقابة البرلمانية

أ.م.د. سمير داود سلمان / كلية النخبة الجامعة
م.م. علي مجيد العكيلي/ كلية القانون/الجامعة المستنصرية

Abstract

In all parts of the world, the Parliament is doing function of monitoring on the government, But, thin issue differs one parliament to another according to the antheritien given to each one.

Some countries, it might enforce the government to quit, in other, the parliament might support it. In some situation, the parliament mentoring might be stopped, So, we will divide the study into two parts:

First part, the concept of the parliament monitoring.

Second part, the seasons in which the parliament monitoring is not working.

المقدمة

مما لا شك فيه، إنّ البرلمان وحده هو المختص بوضع التشريعات في الدولة، أو تعديلها أو إلغائها. كما له وظيفة الرقابة، وهي تعني أنّ البرلمان _ باعتباره ممثل الشعب _ يملك توجيه ومحاسبة السلطة التنفيذية في الدولة.

فالبرلمان في كل أنحاء العالم يقوم بالرقابة على السلطة التنفيذية، ولكن يختلف أداء البرلمان لهذه الوظيفة من دولة لأخرى، ذلك وفقاً للسلطات التي يتمتع بها البرلمان في مواجهة السلطة التنفيذية، ويتضح ذلك بالنظر إلى أنّ بعض الدول يستطيع البرلمان فيها إجبار الحكومة على الاستقالة عن طريق التصويت على الثقة في الحكومة، وفي بعض الدول الأخرى يقوم البرلمان بدور المساند للسلطة التنفيذية، وهذا يؤدي إلى عدم اهتمام السلطة التنفيذية بوظيفة رقابة البرلمان على أعمالها، وأحياناً تعطل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، ذلك بسبب قد يكون العتلة التشريعية للبرلمان أو تعطل الرقابة أثناء حالة الضرورة وأيضاً في حالة حلّه البرلمان من قبل الحكومة، لذلك سوف نقسم دراسة تعطل الرقابة البرلمانية على مطلبين وعلى النحو التالي :

المطلب الأول

مفهوم الرقابة البرلمانية

النظام البرلماني، هو أول النظم التي انتهجت مبادئ الديمقراطية، فقد كانت بمثابة شعاع النور، الذي أزال ظلمات الاستبداد والطغيان التي كانت وليدة للحكم المطلق في إنكلترا، الذي ساد في العهود الأولى دلالة ذلك أنّه جاء في البداية، كردّ فعل طبيعي ضد دكتاتورية الملوك وحاجة الشعب الإنكليزي، إلى إقامة نظام ديمقراطي يحترم حقوقه وحرياته ؛ لذلك يعدّ النظام البرلماني من الأنظمة الديمقراطية العتيقة التي شيدته الظروف التاريخية، وأبرزت معالمه كتابات المفكرين والفقهاء والعصور حتى صار نظاماً _ مثاليًا _ مازالت تعتقه العديد من دساتير دول العالم حتى وقتنا الحاضر.^(١)

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، حل المجلس النيابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٠.

هذا وقد جرى الرأي الفقهي على أنّ الرقابة البرلمانية، هي سلطة سياسية خولت للبرلمان في النظام البرلماني، للوقوف على حالة ونشاط السلطة التنفيذية.^(٢) كما وتعدّ الرقابة البرلمانية أساسها في كون أعضاء السلطة التشريعية منتخبين من قبل الشعب السياسي، ومن ثم فهي تحمل التعبير عن إرادته، ومن واجباتهم ضرورة مراقبة السياسة العامة للدولة، وتشكل مسألة الثقة بالحكومة، أول تطبيقات الرقابة السياسية للبرلمان. وفيما يرى غالبية الفقه^(٣) أنّه لا خلاف حول خضوع كافة الأعمال الصادرة عن الجهاز التنفيذي للرقابة البرلمانية، ذلك في حين يحصر البعض مجال سلطة الرقابة في ثلاثة أعمال هي : السياسة العامة للحكومة، وسياستها المالية، والخارجية، بحيث يخرج عن الرقابة التدخل في الأعمال الإدارية والتنفيذية للحكومة ونفوذها على مرؤوسيه.

في الحقيقة فإنّ نطاق الرقابة البرلمانية، وإن كان يجب بحسب الأصل أن يتسع ليشمل جميع التصرفات الصادرة عن الحكومة، إلا أنّ هذا النطاق في الرأي السليم، من المتعين أن يحدّ باعتبارات الصالح العام.^(١)

لبيان الرقابة البرلمانية، يتوجب معرفة المقصود بها، وبيان أهميتها ونطاقها، وتوضيح حدودها، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي :-
الفرع الأول : تعريف الرقابة البرلمانية.

تعرف الرقابة البرلمانية بشكل عام من الناحية اللغوية بأنّها " تقدير الأعمال تمهيداً للتعامل معها بما تستحق "^(٢)

أما المعنى الاصطلاحي للرقابة البرلمانية، فلم يهتم فقهاء القانون الدستوري بوضع تعريف لها على الرغم من أنّها تعدّ وظيفة من أقدم الوظائف، الأمر الذي انعكس على قلة التعاريف التي وضعها باحثي الفقه الدستوري.

حيث عرّفها الباحث البير بأنّها " واحدة من أقدم وظائف البرلمانات وهي تهدف إلى وضع القيود أمام السلطة التنفيذية ". كما عرّفها أيضاً الفقيه " هاريس " بأنّها " عملية فحص القوانين بعد تشريعها لبيان مدى تنفيذها، وهل حققت النتائج المرجوة منها، وماهي الإجراءات الكفيلة بتصحيح الأخطاء بهذا الشأن ".^(١)

(٢) د. أحمد عبد اللطيف السيد، دور رئيس الدولة في النظام السياسي الديمقراطي النيابي البرلماني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١٦٣ - ١٦٤.

(٣) د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، ط٢، الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٩٥٢.
(١) علي العكيلي، الرقابة الشعبية على أعمال الحكومة، بحث منشور في مجلة السياسية والدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤، ص ١٤.

(٢) السيد محمد الجوهري، الرقابة على مشروعات استثمار القطاع العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٤٦.
(١) وسيم الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١١.

وعزفها البعض الآخر^(٢) بأنها " دراسة أعمال الحكومة مع حق البرلمان في أن يصدر أحكاماً قيمة عن هذه الأعمال قد تقود إلى استقالة الحكومة إذا سحبت الثقة ". ويرى جانب آخر بأنها " تقصي الحقائق من جانب السلطة التشريعية لأعمال الحكومة للكشف عن عدم التنفيذ السليم للقواعد العامة في الدولة، وتحديد المسؤول عن ذلك ومسائلته ".^(٣)

وتأسيساً على ماتقدم فإنّ الرقابة البرلمانية ماهي إلا شكل من أشكال الرقابة السياسية والتي يمارسها حصراً أعضاء السلطة التشريعية تجاه أعضاء السلطة التنفيذية، وهذا ما يوضح لنا أنّ الرقابة البرلمانية تضم طرفين، الطرف الأول، هو عضو البرلمان الذي يمارس الرقابة، والطرف الثاني الذي يخضع للرقابة، عضو السلطة التنفيذية، وطالما إنّ الأمر متعلق سلطات الدولة الأساسية، فإنّ عملية الرقابة هذه تتأثر بطبيعة النظام السياسي ونظام الحكم (برلماني، رئاسي)، فالنظم الديمقراطية التي تقوم على أساس التعددية الحزبية، تعطي حرية كاملة لعضو البرلمان في إبداء رأيه تجاه الحكومة أو ممارسة دوره الرقابي، غير إنّ هذه الحرية تبدو واضحة في المجال النظري فقط، حيث إنّ التطبيق العملي لهذا الحق قد يدخل العملية السياسية في مأزق سياسي أو ربما يثير مشاكل للعضو الذي يمارس دوره الرقابي إذ كان منتمياً للحزب الحاكم، خاصة في الدول التي تشهد تماسك بين العضو وحزبه كما في بريطانيا فلا يصوت العضو ضد حزبه.^(١)

أما فيما يتعلق بنظام الحكم فالوسائل التي يملكها عضو البرلمان في النظام البرلماني أوسع من تلك التي يملكها في النظام الرئاسي، كون النظام البرلماني يقوم على أساس مبدأ التعاون والتوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية، فكل سلطة تملك وسائل مراقبة تجاه السلطة الأخرى.

فالسلطة التشريعية تملك سحب الثقة من الحكومة، ولها حق مراقبة أعمالها عبر الوسائل الرقابية المقررة لها سواء بـ (السؤال، الاستجواب، التحقيق، سحب الثقة) وطرح موضوع للمناقشة في حين تملك السلطة التنفيذية حق حل السلطة التشريعية قبل انتهاء المدة المحددة لها.^(٢)

هذا وقد أخذ الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بوسائل الرقابة البرلمانية (السؤال، الاستجواب، طرح الثقة) كمقابل لحق حل المجلس النيابي قبل انتهاء المدة النيابية.

يتضح مما تقدم أنّ الرقابة البرلمانية، هي دراسة وتقييم أعمال الحكومة مقرونة بحق البرلمان في أن يصدر أحكاماً قيمة، عن هذه الأعمال قد تقود إلى استقالة الحكومة، إذا سحبت منها الثقة، أو هي تقصي

(٢) لمى علي فرج، وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية، مجلة كلية الآداب، الجامعة المستنصرية، العدد ٥٠، لسنة ٢٠٠٩، ص ٦.

(٣) د.فارس عمران، التحقيق البرلماني في مصر والولايات المتحدة، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٣٣٢.

(١) د. علي الصاوي، من يراقب من، محاولة لتأصيل نظرية الرقابة البرلمانية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢٦.

(٢) د. علي الصاوي، من يراقب من، المرجع السابق، ص ٩.

الحقائق من جانب السلطة التشريعية، لأعمال الحكومة للكشف عن عدم التنفيذ السليم للقواعد العامة في الدولة وتحديد المسؤول عن ذلك ومسائلته، وإن اختلفت التعاريف حول مفهوم الرقابة، إلا أن ذلك الاختلاف لا يعدّ اختلافاً جوهرياً يؤثر على عملية الرقابة أو مضمونها، كون أغلب التعاريف انققت على الهدف الأساس للرقابة البرلمانية، المتجسد، بكشف عدم التنفيذ السليم للقواعد العامة للدولة ومساءلة المسؤول عنها.^(١)

الفرع الثاني : أهمية الرقابة البرلمانية.

إنّ عملية الرقابة البرلمانية تتأثر بطبيعة النظام السياسي، ونظام الحكم المتبع في الدولة، فالنظم الديمقراطية التي تقوم على أساس التعددية الحزبية، تعطي الحرية الكاملة في إبداء الرأي تجاه سياسات الحكومة وممارسة دورها الرقابي، على عكس الأنظمة التي تعتمد نظام الحزب الواحد، والتي تقوم على واحدية النظام السياسي، حيث يلاحظ ضمور مفهوم الرقابة، أو قد تكون غير مجدية.^(٢)

كما وتبدو أهمية الرقابة البرلمانية في ظل التحولات الديمقراطية التي شهدتها العالم في العصر الحاضر، وأخذ العديد من الدول بالأنظمة البرلمانية، ولما لهذه البرلمانات من صلاحيات رقابية على أعمال السلطة التنفيذية كافة، ومحاسبة الحكومات وإسقاطها بحجب الثقة عنها.

تتجلى أهمية الرقابة البرلمانية بالنظر إلى موضوعها والأعمال التي تشملها، فهي تنصب على جهاز هام وحساس في بناء الدولة _ السلطة التنفيذية _ ويشمل موضوعها الأعمال كافة في شتى مناحي الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية وتتبع أهمية الرقابة البرلمانية من خلال العمل البرلماني ذاته، فعمل النائب، يبرر بالسهر على حماية القواعد القانونية، فضلاً عن كونها رقابة وقائية وعلاجية بالوقت نفسه، فهي تراقب الأعمال الحكومية وتصحيح الأخطاء قبل وقوعها، فتمنع صدور القوانين المخالفة للدستور، ومن ثم فإنّها تؤدي إلى صيانة مبدأ الشرعية.^(١)

كما أنّ الرقابة البرلمانية لها ثلاثة معانٍ، الأول، معنى دستوري والذي يتمثل بسلطات وصلاحيات المجالس النيابية من أجل الرقابة على أعمال الحكومة، والثاني، هو المعنى الفني (التنظيمي) والذي يتمثل بالإجراءات والقواعد المنظمة لممارسة أعضاء البرلمان اختصاصهم الرقابي والأصول الفنية لهذه الممارسة، والثالث، المعنى السياسي، أي كون البرلمان المؤسسة النيابية للدولة التي تحضن فكرة سيادة الشعب على الحكومة تمثل الطرف الأول في العقد الاجتماعي التي تبرمه نيابة عن المجتمع مع الحكومة.^(٢)

(١) لبنى عدنان يوسف، الدور الرقابي للجان البرلمانية في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤، ص ١٠.

(٢) لمى على فرج، المرجع السابق، ص ٥٢١.

(١) سالم عبد الفتاح المسعود، الرقابة البرلمانية على أعمال الوزارة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٧، ص ٢٣.

(٢) د.علي الصاوي، من يراقب من، المرجع السابق، ص ٩.

هذا وقد تكسب الرقابة البرلمانية أهمية خاصة من ناحيتين :-

- الناحية الأولى، تطور الدول واتساع أعمال السلطة التنفيذية وتشعبها في مختلف مناحي الحياة.^(٣)
- الناحية الثانية، التطور الهائل في الدراسات البرلمانية التي هي فرع من فروع القانون الدستوري، حيث أصبحت تحظى بأهمية خاصة من قبل الدارسين والباحثين، فضلاً عن اتجاه المجالس التشريعية إلى الابتعاد عن الوظيفة الرقابية غير المباشرة وغير المقصودة أحياناً طمعاً في كسب ودّ السلطة التنفيذية التي تملك التأثير على القواعد الانتخابية للنواب بشتى الوسائل، وأخيراً فإنّ فاعلية الرقابة لا تظهر إلاّ في الأنظمة السياسية البرلمانية، فهي في دول الأنظمة الأخرى تبدو هشة وضعيفة.

الفرع الثالث :حدود الرقابة البرلمانية.

تعتبر الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، مظهرًا من مظاهر الديمقراطية، وتختلف النظم الدستورية، في مجال الفصل بين السلطات أو التعاون بينهما، كأسلوب تطبيقي للمبدأ الديمقراطي، والمحافظة على الحقوق والحريات العامة، ولقد أدى ذلك إلى حتمية وجود نوع من الرقابة المتبادلة بين السلطات، وتنوع وسائل الرقابة البرلمانية بحسب النظم المختلفة، فحدود الرقابة واسعة وتشمل جميع أنشطة وأعمال السلطة التنفيذية، بغية التأكد من التزامها بمبدأ المشروعية وجعل كافة تصرفاتها مطابقة لأحكام الدستور والقوانين النافذة.^(١)

لكن في الغالب تنصب الرقابة وبشكل أساسي على الأمور الجوهرية والمسائل العامة، وتبتعد عن التفاصيل الجزئية، ولعل السبب في ذلك قد يرجع إلى ضخامة حجم الأعمال الإدارية المطلوب رقابتها، فضلاً عن عدم تخصص أغلب أعضاء البرلمان في المسائل الفنية الدقيقة للأنشطة الإدارية، فضلاً عن قصر مدة الدورات البرلمانية مما لا يعطي السلطة التشريعية الوقت الكافي للخوض في دقائق الأمور وجزئياتها، مما يجعلها تكتفي برقابة السياسة العامة الجوهرية فقط، نترك نهاية الجزئيات، لأجهزة الرقابة الأخرى سواء كانت إدارية أم مالية.^(٢)

كما تختلف حدود الرقابة البرلمانية في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية، ففي الظروف العادية يلعب مجلس النواب دورًا هامًا في الرقابة على السلطة التنفيذية، ولقد نصت الدساتير العربية جميعها^(١) على هذا الأمر، وتتمثل هذه الرقابة في حق توجيه الأسئلة وطلبات الإحاطة والاستجابات، وكذلك

(٣) علي العكيلي، المرجع السابق، ص ٢٠.

(١) د. عبد الكريم محمد السروي، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٠٦.

(٢) لمى علي فرج، المرجع السابق، ص ٥٠٢.

(١) نصت المادة ١٢٤ من دستور مصر لعام ١٩٧١ على هذا الحق لكل عضو من أعضاء مجلس الشعب أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحد الوزراء أو من ينوبهم أسئلة في أي موضوع يدخل في اختصاصهم وعلى رئيس مجلس

إجراء تحقيق وإبداء الرغبات وطرح موضوع عام للمناقشة ثم المسؤولية الوزارية، أما في الظروف الاستثنائية، فتقوم الرقابة بالتدقيق على القرارات والأحكام المتخذة من قبل السلطة التنفيذية، والتي لها قوة القانون، وغالبًا مايفرض البرلمان رقابة صارمة على هذه القرارات والأحكام ؛ وذلك لأنّ الدستور أو كله مهمة تشريع القوانين للسلطة التشريعية، ولكن مع الأخذ بنظر الاعتبار أمرين أساسيين :-

- الأول :- وجوب احترام الحقوق والحريات الواردة في الدستور .
- الثاني :- وجوب أن يراعي البرلمان مبدأ العدالة في تشريعاته باعتبار أنّ هذا المبدأ يفرض ضوابط على البرلمان يجعله يحقق وظيفته التشريعية.(٢)

عمومًا فإنّ الرقابة التي يمارسها البرلمان على أحكام وقرارات حالة الضرورة يعدّ عنصرًا أساسيًا لصحة هذه القرارات والأحكام المتخذة أثناء قيام الظرف الاستثنائي.

المطلب الثاني

اوقات تعطل الرقابة البرلمانية

لقد أشرنا في المطلب الأول من هذه العجالة إلى تعريف الرقابة البرلمانية وبيان حدودها ولسنا هنا في معرض بيان أساليب الرقابة البرلمانية، من سؤال، وتحقيق، واستجواب، إنّما إنّنا نولي البحث هنا في الرقابة البرلمانية ذاتها، دون الولوج في تفاصيل وجزيئات وآليات هذه الرقابة.

عمومًا فإنّ الرقابة البرلمانية بما لها من أهمية تعدّ قيد يقيد معصم الحكومة لذلك نجد أنّ الأخيرة تحاول بين الحين والحين كسر هذا القيد، أو على الأقل إفرغه من محتواه كي يتسنى لها تغول السلطات الأخرى وبسط سيطرتها على مفاصل الدولة.

إنّ الرقابة البرلمانية تتعطل في الظروف الاعتيادية في حالتين هما " حلّ البرلمان والعطلة التشريعية للبرلمان "، وقد تتعطل الرقابة البرلمانية في الظروف الاستثنائية عندما يلجأ رئيس الدولة في النظام الرئاسي أو رئيس الوزراء في النظام البرلماني، إلى اتخاذ قرار بحلّ البرلمان، بالرغم من أنّ الغالبية العظمى من الدساتير لم تجز حلّ البرلمان، إلا أنّ بعض الدساتير تجيز ذلك كالدستور اليمني، الذي يمكن رئيس الجمهورية حلّ مجلس النواب عند الضرورة بعد استفتاء الشعب المادة " ١٠١ " من دستور الجمهورية العربية اليمنية ١٩٧٠، والحقيقة يعد هذا الأمر شاذًا لما فيه من محاذير جمة.

لقد آلينا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع، وعلى النحو الآتي :-

الوزراء أو نوابه الإجابة عن أسئلة الأعضاء. والمادة ٧٧ من دستور اليمن، والمادة ٩٣ من دستور الإمارات العربية المتحدة، م ١٦٢ من دستور الجزائر، والمادة ٩٦٢ من دستور الأردن، والمادة ٩٩ من دستور الكويت، د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٥٦٤.

(٢) علي العكيلي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٥٠.

الفرع الأول :- يتعلق بحلّ البرلمان في الظروف العادية.

يشق مفهوم حلّ البرلمان لغة من مصطلح مركب من كلمتين مضاف " حلّ " ومضاف إليه " البرلمان "، وتستخدم الكلمة الثانية للإشارة إلى المجلس وترجع أصولها إلى الكلمة الفرنسية Parler التي تعني الكلام أو المناقشة أو to speak or to discuss. والحلّ يعني الترك وحلّ خلاف حرم فهو الحلّ استناداً لقوله تعالى: " وأحلّ الله البيع " (سورة البقرة الآية ٢٧٥) أي أباحه. (١)

أما اصطلاحاً، فقد قيل العديد من الاصطلاحات لحلّ البرلمان منها " الحكم بإعدام البرلمان القائم كهيئة ممثلة للأمة... " (٢) وتعريفه بأنه " وسيلة لانتهاء المبستر أو لوفاء غير الطبيعي للبرلمان أو الإجهاز المعجل للفصل التشريعي قبل الميعاد المحدد سلفاً في الدستور... " (٣)

ولقد ظهر حقّ حلّ البرلمان في الأنظمة الملكية أي كان للملك وحده صلاحية حلّ البرلمان دون غيره ثم تطور الأمر بعد ذلك عام ١٦٨٨ وبدأت تقليص سلطات الملك فبدأ ما يسمى " الحلّ الوزاري " أي لرئيس الوزراء حلّ البرلمان إذا الحلّ نوعين " رئاسي، ووزاري " أي حلّ البرلمان من قبل السلطة التنفيذية، وهناك حلّ يتمّ من قبل الشعب بالاستفتاء. وكالاتي :-

أولاً: الحل من قبل السلطة التنفيذية:

١. الحلّ الرئاسي " Dissolution Presidentielle " :-

وهو لجوء رئيس الدولة في حالة حدوث خلاف بينه وبين البرلمان المؤيد من قبل الوزارة إلى إقالة الوزارة المؤيدة للأغلبية البرلمانية وتكليف وزارة أخرى من الأقلية أو من خارج البرلمان لتدير شؤون الدولة وتؤيد وجهة نظره في حلّ البرلمان (١) إذا فإجراء إقالة الوزارة وحلّ البرلمان مترابطان، ويهدف رئيس الدولة من هذا الحلّ إلى التعرف على إرادة الأمة من خلال انتخابات جديدة إزاء إقدامه على حلّ المجلس، وهنا تعطلّ الرقابة البرلمانية ؛ لعدم وجود برلمان. ومن أمثلة ذلك دستور بلجيكا ١٨٣١م " ١٣١ "، ودستور إيطاليا ١٩٤٧ م " ٨٨ "، ونصّ على ذلك الدستور الفرنسي ١٩٥٨ حيث نصت المادة " ١٢ " من الدستور على " لرئيس الجمهورية بعد التشاور مع الوزير الأول ورؤساء المجالس أن يعلن حلّ الجمعية الوطنية وتجري

(١) د. خليل عبد المنعم، حلّ البرلمان بين النظرية والتطبيق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٧٧.

(٢) (s.c). H.M.Barelay " parliamentary Dictionary " London : Butter worths 3rd ed. 1970. p91.

(٣) Funk wagnalls. New Encyclopedia. 29 parts printed by R.R Donnelleyos Sons company (U. S. A) published since 1876.

(١) د. السيد صبري، السلطات في النظام البرلماني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١-٢-٣، السنة الخامسة عشر ١٩٤٥، ص ٢١.

- د. زين بدر فراج، القيود الواردة على حقّ رئيس الدولة في الحلّ المجلس النيابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٣٨.

- د. رأفت دسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٨٥.

الانتخابات بعد مدة لا تقل عن ٢٠ يومًا ولا تزيد عن ٤٠ يومًا من تاريخ الحل... ولا يجوز حلّ الجمعية الوطنية مرة أخرى خلال السنة التي تلي انتخابها...^(٢)

أما في العراق فقد نصّ على الحلّ القانون الأساسي العراقي عام ١٩٢٥ حيث نصّت الفقرة " ٢ م " ٢٦ " على أنّ للملك حلّ مجلس النواب وفقًا لأحكام هذا القانون... "

أما في دستور ٢٠٠٥ العراقي النافذ فقد نصّت المادة " ٦٤ " على أنّ " أولاً - يحلّ مجلس النواب بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه بناءً على طلب ثلث أعضائه، أو طلب من رئيس مجلس الوزراء وبموافقة رئيس الجمهورية ولا يجوز حلّ المجلس أثناء مدة استجواب رئيس الوزراء. ثانيًا - يدعو رئيس الجمهورية عند حلّ المجلس إلى انتخابات عامة في البلاد خلال مدة أقصاها ٦٠ يومًا من تاريخ الحل، ويعدّ مجلس الوزراء في هذه الحالة مستقبلاً ويواصل تصريف الأمور اليومية... ". والواضح أنّ حقّ الحلّ في دستور العراق النافذ حلّ مشترك أي رئاسي ووزاري.

إدًا عندما يحلّ البرلمان حلاً رئاسياً سوف تتعطل الرقابة البرلمانية، وحتى في المستقبل يتخرج البرلمان الجديد من تشديد الأمور على الحكومة خوفاً من الحلّ.

٢. الحلّ الوزاري Dissolution Ministerielle :-

يتمّ الحلّ وفقًا لهذا النظام بناءً على رغبة الوزارة حيث يقدم الطلب إلى رئيس الدولة بحلّ البرلمان بغية استطلاع رأي الشعب لتحكيمه في نزاع نشب بينها وبين البرلمان نتيجة السياسة العامة للحكومة، ويرى البرلمان أنّ هذه السياسة في غير مصلحة البلاد^(١) إذًا فالحلّ الوزاري هو طلب الوزارة إلى رئيس الدولة لحلّ البرلمان ولما كان النظام البرلماني يتجه إلى حصر الصلاحيات الفعلية بيد رئيس الوزراء أو الوزير الأول، فهذا سيعني أنّ رئيس الدولة سوف يقوم بهذا الحلّ لقوة الحكومة ؛ لذلك سمي هذا الحلّ بالوزاري وهناك بعض الدساتير كالدستور الفرنسي " دستور الجمهورية الرابعة " ١٩٤٦ حيث أنّ مجلس الوزراء مجتمعا هو صاحب القرار بالحلّ^(١) ومن الدساتير التي أخذت بهذا الاتجاه الأخير أي الوزارة تحلّ البرلمان بمفردها دستور اليابان الصادر في ٣ نوفمبر ١٩٤٦، ودستور إسبانيا ١٩٧٨.

وهنا أيضًا تتعطل الرقابة البرلمانية بسبب حلّ البرلمان وقد يخشى البرلمان الجديد أيضًا فرض رقابة على أعمال الحكومة خوفًا من الحلّ.

ثانيا : الحل الشعبي بالاستفتاء Ladissolution Referentaire

(٢) دانا عبد الكريم سعيد، حلّ البرلمان وآثاره القانونية على مبدأ استمرارية أعمال الدولة، المؤسسة الحديثة للكتاب، عمان، ط١، ٢٠١٠، ص٦٣.

-Duvergea (Marice) The Idea of Politics , Translated By Robert North , London , 1966 , p21.

(١) د. آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٧٨، ص١١٣.

(١) د. السيد صبري، التاج، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٣-٤، السنة ١٩، ١٩٤٩، القاهرة، ص١٩.

وهنا الحلّ منوط بالشعب، وهذا الأسلوب معروف بنظام الديمقراطية شبه المباشرة^(٢) ويعرف هذا النوع من الحلّ بأنه " حقّ عدد من الناخبين دستوريًا المطالبة بحلّ البرلمان. فيعرض الأمر على الاستفتاء الشعبي للفصل فيه بالموافقة أو الرفض ويعتبر نوعًا من العزل الجماعي للنواب... " (٣).

وهناك نوع آخر من الحلّ يسمى " الحلّ الذاتي De lauto Dissolution "، وهنا فهذا الحقّ هو " حقّ البرلمان في حلّ نفسه بنفسه وهذا أمر طبيعي طالما البرلمان منتخب وله جزء من السيادة " (٤) إنّ كلّ هذه الأنواع من الحلّ تعطلّ الرقابة البرلمانية.

الفرع الثاني :- يتعلق بالعطلة التشريعية للبرلمان.

إنّ البرلمان " السلطة التشريعية " أحد أهم أجهزة الدولة فهو المعبر عن ضمير الشعب وهو الممثل الحقيقي للإرادة العامة ينتخب من قبل الشعب ليشرع القوانين باسم الشعب ويفرض نوعًا من الرقابة على أعمال الحكومة، ويتميز البرلمان عن الحكومة في إنّ الأول أعلى درجة من الحكومة فهو يصدر لها التشريعات اللازمة ويطلق لها الأموال لتقوم بالهدف الدستوري المحدد لها وهو إشباع الحاجات العامة.

ويتميز البرلمان عن الحكومة في أنّه لا يبقى مستمرًا في الانعقاد طيلة فترة السنة ؛ وذلك لأنّه محكوم بتوقيات دستورية لا يحيد عنها، إلاّ استثناءً وهذه التوقيات أو التقويم يأخذ من خلاله أعضاء البرلمان عطلة التشريعية بعيد انتهاء الفصل التشريعي وهذا خلال مدة العطلة لانعقاد البرلمان، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنّ لا رقابة طيلة فترة العطلة التشريعية.

وهنا فقد نصّت المادة " ٥٧ " من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أنّ " لمجلس النواب دورة انعقاد سنوية بفصلين تشريعيين أحدهما ثمانية أشهر ويحدد النظام الداخلي كيفية انعقادها، ولا ينتهي فصل الانعقاد الذي تعرض فيه الموازنة العامة إلا بعد الموافقة عليها... "

وهذا يعني أنّ مجلس النواب العراقي يجتمع خلال السنة الواحدة مدة ثمانية أشهر أي أنّ هنالك أربعة أشهر تعدّ عطلة تشريعية للبرلمان وبالتالي فلا رقابة فيها.

الفرع الثالث :- يتعلق بتعطيل البرلمان في الظروف الاستثنائية.

تعدّ هذه الحالة في تعطيل البرلمان من أهم وأكثر الحالات شيوعًا ؛ لأنّ الحياة لا تستقيم على وتيرة واحدة فلا بدّ من وجود أزمات وكوارث تعصف بالدولة وتعطل على أساسها المؤسسات الدستورية وتتولى

(٢) د. منصور محمود الواسعي، الحقوق السياسية في الدستور اليمني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٧١.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي، دار المطبوعات الجامعية الأسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥١.

(٤) بيداء عبد جواد محمد، الاستفتاء الشعبي وبعض تطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣، ص ٧٣.

السلطة التنفيذية متمثلة برئيس الجمهورية في النظام الرئاسي، ورئيس الوزراء في النظام البرلماني مهمة درء الخطر والوقوف بوجه الأزمة أو الكارثة متسلحًا بالصلاحيات الدستورية التي تخوله أن يحوز الصلاحيات التشريعية والصلاحيات القضائية مضافاً له التوسع بصلاحياته التنفيذية تحت مظلة " المشروعية الاستثنائية "، إذاً الظروف الاستثنائية هي " تلك الظروف غير العادية التي تتطوي على وجود خطر جسيم وحال يهدد مؤسسات الدولة وكيانها وتعهداتها الدولية ولا يمكن مجابهته بالإجراءات العادية... " وتسمى الظروف الاستثنائية بنظرية الضرورة في القانون الدستوري والتي مفادها " سلامة الشعب فوق القانون " فعندما تنهض الظروف الاستثنائية ويقوم الخطر الحال والجسيم تعطل جميع مؤسسات الدولة بما فيها البرلمان وحتى السلطة القضائية وبالتالي لا عبرة بالحديث عن الرقابة البرلمانية ؛ لأن جميع الحدود والصلاحيات مفتوحة لرئيس الوزراء أو لرئيس الجمهورية، وتستعمل الصلاحيات الاستثنائية استناداً إلى أعراف سابقة، وتسمى هنا " أحكام عرفية " أو بناءً على تفويض سابق من البرلمان يسمى " قانون الطوارئ " ولقد استندت التشريعات الدستورية إلى نصّ البند ١٦ من الدستور الفرنسي ١٩٥٨ حيث نصّت هذه المادة على أنّ " إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وعاجل ترتب عليه توقف السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة من رئيس الوزراء، ورئيس الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري، ويجب أن يكون الغرض من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية أن يؤمن للسلطات الدستورية في أقل مدة ممكنة الوسائل الفعالة لإنجاز مهام وظائفها... " الواضح أن التعطيل عام لكل مؤسسات الدولة عدا السلطة التنفيذية.^(١)

إذاً الواضح أنّ الظروف الاستثنائية تحتاج إلى سرعة بالإجراءات قد لا توفرها الإجراءات البطيئة المتخذة في الظروف العادية، كما أنّ الواضح أنّ البرلمان سوف لن ينعقد طالما كان الخطر مستمرًا ؛ لأنّ صلاحياته ممنوحة لرئيس الجمهورية إلا أنّ الدستور الفرنسي لم يجز لرئيس الجمهورية حلّ الجمعية الوطنية أبان الظروف الاستثنائية ولكن رغم هذا القيد فالرقابة البرلمانية معطلة لعدم إمكانية اجتماع المجلس. ورغم ذلك فهناك دساتير أجازت لرئيس الجمهورية حلّ البرلمان المعطل أثناء الظروف الاستثنائية فقد أجازت المادة " ١٠١ " من الدستور اليمني ١٩٧٠ على أنّ " لا يجوز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس النواب إلاّ عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب، ويجب أن يشتمل قرار الحلّ على الأسباب التي بني عليها... "، ويقصد بالحل هنا إنهاء مدة مجلس النواب المعطل قبل انتهاء وكالة أعضائه.^(٢)

(١) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٥٠.
-Georges Morange. Le controle des décisions prises au titre de l'article It. Dalloz. 1962 , p109 ets.
(٢) د. فؤاد النادي، د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢٥٦.
- د. عبد القادر إسماعيل، التعديلات الدستورية في النظام الدستوري اليمني، مركز عبادي، اليمن، ٢٠٠١، ص ١٩٥.

إنّ الرقابة البرلمانية تعدّ من أهم الصلاحيات المنوطة للبرلمان ولكنها لا تسير على وتيرة واحدة فهي متذبذبة بسبب التعطيل أحياناً لدوافع سياسية وهي دعم الحكومة صاحبة الأغلبية وأحياناً لأسباب خارجية خارجة عن إرادة أعضائها كالحلّ أو الظروف الاستثنائية.

الخاتمة

بعد هذه العجالة في بحث تعطل الرقابة البرلمانية التي هي أهم أهداف الديمقراطية النيابية وإنّها صلب عمل البرلمان لا بدّ لنا أن نقول إنّ الرقابة البرلمانية لم تأتِ أكلها ولم تحقق أهدافها مادام التعطيل يصاحبها بالغزو والآصال، ولقد توصلنا في هذا البحث إلى الآتي:

أولاً : الرقابة البرلمانية من أهم دعائم الدولة القانونية ؛ لأنّ البرلمان هو المعبر عن الإرادة الشعبية وهو وكيل الشعب الذي فوضه بالانتخابات، فكان لا بد أن يكون البرلمان التعبير الصادق عن هذه الوكالة وذلك التمثيل وأن يقوم بعمله على أتم وجه.

ثانياً : إنّ الحكومة بما أعطي لها من صلاحيات وأموال تسعى دائماً وأبداً إلى إفراغ البرلمان من عمله باعتباره قيّداً عليها ؛ لذلك فهي تسعى دائماً إلى كسر هذا القيد والتحلل من جميع التزاماتها، وأهم هذه القيود هي الرقابة البرلمانية ؛ لذلك فالحكومة تسعى دائماً إلى أن يتخلى البرلمان عن هذه الرقابة لذلك لزم التنبه.

ثالثاً :- إنّ الرقابة البرلمانية بما فيها من وسائل التي تتجلى بالسؤال والتحقيق والاستجواب قد تصلّ إلى سحب الثقة وبالتالي فالرقابة هي الطريق المعبد لسحب الثقة ؛ لذلك فإنّ ناقوس الخطر سيدق على أذان الحكومة وبالتالي هي تسعى إلى التخلص منه بأي وسيلة.

رابعاً :- على البرلمانات التخلي عن الانتماءات السياسية والتخلي بالقوة والعزيمة، والتحقق دائماً من انتظام سير عمل الحكومة وأن لا يحابي البرلمان الحكومة على حساب صوت الناخب.

المراجع

١. د. أحمد عبد اللطيف السيد، دور رئيس الدولة في النظام السياسي الديمقراطي النيابي البرلماني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
٢. د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٨.
٣. د. أبو بكر مرشد، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة في اليمن والسودان، دار الكتب العلمية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٤. د. آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية، بيروت، ١٩٧٨.

٥. د. السيد صبري، السلطات في النظام البرلماني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١-٢-٣، السنة الخامسة عشر ١٩٤٥.
٦. د. السيد صبري، التاج، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٣-٤، السنة ١٩، ١٩٤٩، القاهرة.
٧. السيد محمد الجوهري، الرقابة على مشروعات استثمار القطاع العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٨. بيداء عبد جواد محمد، الاستفتاء الشعبي وبعض تطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣.
٩. د. خليل عبد المنعم، حلّ البرلمان بين النظرية والتطبيق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣.
١٠. دانا عبد الكريم سعيد، حلّ البرلمان وآثاره القانونية على مبدأ استمرارية أعمال الدولة، المؤسسة الحديثة للكتاب، عمان، ط١، ٢٠١٠.
١١. د. رأفت دسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
١٢. د. زين بدر فراج، القيود الواردة على حقّ رئيس الدولة في الحلّ المجلس النيابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
١٣. سالم عبد الفتاح المسعود، الرقابة البرلمانية على أعمال الوزارة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٧.
١٤. د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.
١٥. د. عبد القادر إسماعيل، التعديلات الدستورية في النظام الدستوري اليمني، مركز عبادي، اليمن، ٢٠٠١.
١٦. علي العكيلي، الرقابة الشعبية على أعمال الحكومة، بحث منشور في مجلة السياسية والدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤.
١٧. علي العكيلي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
١٨. د. علي الصاوي، من يراقب من، محاولة لتأصيل نظرية الرقابة البرلمانية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠٣.
١٩. د. عبد الكريم محمد السروي، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٢٠. فارس عمران، التحقيق البرلماني في مصر والولايات المتحدة، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٢١. د. فؤاد النادي، د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
٢٢. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، حلّ المجلس النيابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٢٣. د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، ط٢، الاسكندرية، ١٩٧١.

٢٤. د. منصور محمود الواسعي، الحقوق السياسية في الدستور اليمني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٥. د. ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٦. لمى علي فرج، وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية، مجلة كلية الآداب، الجامعة المستنصرية، العدد ٥٠، لسنة ٢٠٠٩.
٢٧. لبنى عدنان يوسف، الدور الرقابي للجان البرلمانية في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤.
٢٨. وسيم الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٨.
29. Hawtrey (s.c). H.M.Barelay " parliamentary Dictionary " London : Butter worths 3rd ed. 1970.
30. Funk wagnalls. New Encyclopedia. 29 parts printed by R.R Donnelleyos Sons company (U. S. A) published since 1876.
31. Duvergea (Marice) The Idea of Politics , Translated By Robert North , London , 1966.
32. Georges Morange. Le controle des décisions prises au titre de l'article It. Dalloz. 1962.

ثانيا : الدساتير

١. دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
٢. دستور العراق لعام ١٩٢٥.
٣. دستور مصر لعام ١٩٧١.
٤. دستور فرنسا لعام ١٩٤٨.
٥. دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.
٦. دستور الكويت ١٩٦٢.
٧. دستور اليابان لعام ١٩٤٦.
٨. دستور الأردن ١٩٥٢.
٩. دستور اليمن ١٩٧٠.
١٠. دستور إسبانيا لعام ١٩٧٨.
١١. دستور الجزائر لعام ١٩٩٦.

أثر مخاطر التطور العلمي في الاعفاء من المسؤولية المدنية

أ.م.د. امل كاظم سعود

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

كانت ولا تزال وستبقى المسؤولية المدنية، وما يتعلق بها، المجال الخصب والرحب للكثير من الدراسات القانونية التي تطرح العديد من النظريات الفقهية التي أسهمت في تطوير هذه المسؤولية، وقد كان للتطور العلمي غير المسبوق الذي يشهده العالم في الآونة الأخيرة الاثر الكبير في تطوير هذه المسؤولية، ولعل ابرز مثال على ما افزره التطور العلمي في مجال تطور المسؤولية المدنية هو ما انتهى اليه هذا التطور من اقامة هذه المسؤولية في حالات كثيرة على ركن الضرر، وهو ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية، وقد كانت مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيب اوضح مثال على هذه المسؤولية الموضوعية حيث تقوم مسؤولية المنتج عن تعويض الاضرار التي تنتج عن منتجاته المعيبة حتى لو لم ينسب اليه أي خطأ.

وقد تبني المشرع الاوربي هذه المسؤولية الموضوعية بالنص عليها بالتوجيه الاوربي رقم C.E.E. 85/374 الصادر في ٢٥ تموز ١٩٨٥، ومن بعده نص عليها المشرع الفرنسي في القانون رقم ٩٨/٣٨٩ الصادر في ١٩ ايار ١٩٩٨ والذي ادمج ضمن القانون المدني في المادة ١٣٨٦^(١). ولما كانت احكام هذه المسؤولية الخاصة تتميز بالشدة لصالح المضرورين، لذا طُرح التساؤل بشأن مسؤولية المنتج عن الاضرار الناجمة عن مخاطر التطور العلمي، هل تقع هذه المسؤولية على المنتج ام تنتفي اذا كان بإمكانه ان يدفع المسؤولية باستحالة التنبؤ بمخاطر التطور العلمي؟ وقد كانت الاجابة بأن اتجه المشرع الاوربي الى تضمين التوجيه الاوربي الخاص بمسؤولية المنتج عن فعل المنتجات المعيبة نصاً يقضي بحق المنتج في التمسك بالاعفاء من المسؤولية استناداً الى مخاطر التطور اذا كانت حالة المعرفة العلمية والفنية لحظة طرح المنتج للتداول لم تكن تسمح باكتشاف وجود العيب. وتبع المشرع الاوربي في هذا النهج اغلب مشرعي دول الاتحاد الاوربي ؛ وذلك تحقيقاً للتوازن بين مصلحة المضرورين ومصلحة المنتجين.

لا ريب ان النص على مخاطر التطور في التوجيه الاوربي والقانون الفرنسي كسبب معفٍ للمنتج من مسؤوليته عن منتجاته المعيبة يشكل احد الواجه المهمة لهذه المسؤولية مما يستوجب معرفة المقصود بهذا السبب من اسباب الاعفاء واحكامه. بيد ان فكرة مخاطر التطور العلمي تلازم كل اوجه النشاط الانساني الذي يتعاطم بالمعرفة العلمية والفنية، فتصاحبه المنفعة من جهة، وتحقق به المخاطر من جهة اخرى ؛ لذلك فان الاعفاء من مخاطر التطور يثير العديد من التساؤلات اولاهما : هل الدفع بمخاطر التطور للاعفاء من المسؤولية الناشئة عنه تنحصر في نطاق تطبيق مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة ام تتخطاها الى جميع اوجه النشاط الانساني؟ وثانيتهما : ماهي الشروط الواجب تحققها حتى يمكن التمسك بهذا الدفع للاعفاء من المسؤولية ؟ وثالثتهما: في التشريعات التي لم تنص على هذا الدفع الحديث في النظام القانوني للمسؤولية المدنية، هل يمكن ان تدرج مخاطر التطور ضمن اسباب الاعفاء من المسؤولية المدنية في هذه التشريعات؟

ان الاجابة عن هذه التساؤلات هي محاولة للالمام بأثر مخاطر التطور العلمي في الاعفاء من المسؤولية المدنية؛ لذا سنتناول هذه الدراسة في مطلبين نخصص اولهما للتعريف بمخاطر التطور العلمي وثانيهما للوقوف على مخاطر التطور كسبب للاعفاء من المسؤولية المدنية. ثم نختم هذه الدراسة بخاتمة تتضمن اهم النتائج والمقترحات.

المطلب الاول

(١) سنشير فيما بعد في البحث الى التوجيه الاوربي رقم C.E.E. ٨٥/٣٧٤ الخاص بمسؤولية المنتج عن فعل المنتجات المعيبة بتعبير (التوجيه الاوربي). وسنشير بتعبير القانون الفرنسي الى القانون رقم ٩٨/٣٨٩ الصادر في ١٩ ايار/١٩٩٨ والخاص بمسؤولية المنتج عن المنتجات المعيبة .

التعريف بمخاطر التطور العلمي

يعد مصطلح " مخاطر التطور العلمي " ^(١) من المصطلحات الحديثة نسبياً، إذ بدأ ينتشر استعمال هذا المصطلح حتى صار شائعاً بين اوساط الفقه في الاونة الاخيرة، وهو مصطلح اطلقه الفقه دون التشريع ؛ إذ ان التعبير عن مضمونه جاء في التشريعات بمصطلح " حالة المعرفة العلمية والفنية " ^(٢).

ومن هنا فالتساؤل الذي يطرح نفسه هو هل التباين بين الفقه والتشريع في المصطلح المستخدم أورت تبايناً في المضمون؟ هذا من جانب. ومن جانب ثان، ان استقراء الدراسات الفقهية حول مخاطر التطور يشير الى ان معظم الفقه تناول هذه المخاطر بصدد مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة. ومن هنا فان التساؤل الذي يثور هو هل هذه المخاطر تنحصر في نطاق مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة ام من المتصور وجودها في مجالات اخرى؟

وللاجابة عن هذين التساؤلين، نقسم هذا المطلب على فرعين، نحصص اولهما لتعريف مخاطر التطور العلمي، وثانيهما لمجال تطبيق مخاطر التطور العلمي وعلى النحو الاتي :-

الفرع الاول : تعريف مخاطر التطور العلمي

ان وضع تعريف جامع مانع لأي مصطلح قانوني، ليس امراً سهلاً، ومما لاشك فيه ان الامر يزداد صعوبة عندما يتعلق بمصطلح حديث مضمونه مرن، كمصطلح " مخاطر التطور العلمي " ؛ إذ ان هذه المخاطر عديدة ومتغيرة بتغير العوامل والاعتبارات التي تحدد مضمون التطور العلمي ذاته. ومع ذلك، نجد ان بعض التشريعات التي نصت على هذه المخاطر، وان كان تحت تعبير اخر ^(٣) قد حرصت على بيان المقصود بها. كما حرص جمهور الفقه على تبيان المقصود بهذا المصطلح الجديد، لذا سنتناول في فقرة اولى موقف التشريع من تعريف مخاطر التطور، وفي فقرة ثانية، موقف الفقه من تعريف هذه المخاطر.

اولاً :- موقف التشريع من تعريف مخاطر التطور

ان معظم التشريعات التي نصت على مخاطر التطور العلمي عبرت عنها بتعبير " حالة المعرفة العلمية والفنية " وقد ورد اول تعريف لهذه المخاطر تحت المسمى المشار اليه اعلاه في التوجيه الاوربي الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، حيث نصت المادة السابعة منه على انه " ان المنتج لا يكون مسؤولاً اذا اثبت ان حالة المعرفة العلمية والفنية وقت وضع المنتجات في التداول لم تكن تسمح له باكتشاف

(١) ان الاصل اللغوي لمصطلح مخاطر التطور في اللغة الفرنسية : Lé risqué de développement وفي اللغة الانكليزية : the risk of development . والترجمة الحرفية لكلمة development في اللغة العربية هي التنمية والانتشار والزيادة .

(٢) (Philippe LE TURNEAU:la Respnsabilité du fait des produits défectueux, revue de la semaine juridique. J.C.P.no .1-2.05 janvier 2000.p.218

(٣) تنظر ص (٣) من البحث .

العيب". وقيام الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي، بتضمين قانونها الداخلي نصوص التوجيه الاوربي، اصبح هذا التعريف هو المعتمد في القوانين الداخلية لتلك الدول الاعضاء^(١).

ثانياً :- موقف الفقه من تعريف مخاطر التطور العلمي

على اثر صدور التوجيه الاوربي وتضمنيه في قوانين دول الاتحاد الاوربي، نجد ان الفقه نشط في وضع تعريف لمخاطر التطور، فذهب رأي في الفقه الفرنسي الى ان مصطلح مخاطر التطور العلمي ليس في حقيقة الامر ممثلاً لمخاطر التطور بل وعلى العكس من التسمية، فإنه يعني كشف التطور العلمي والتكنولوجي عن عيوب وجدت في المنتجات عند اطلاقها للتداول في وقت لم تكن حالة العلم والتقدم التكنولوجي تسمح باكتشافها^(٢).

وبذات الاتجاه، يذهب جانب اخر من الفقه الى ان مخاطر التطور في مجال المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، ان المنتج - ومن في حكمه - لا يستطيع ان يكتشف او يتحاشى العيب الموجود في المنتج، وفقاً للمعطيات العلمية والفنية الموضوعية والممكنة وقت طرح المنتج للتداول^(٣)

ويذهب رأي اخر الى ان خطر التطور هو عيب حتمي في الشيء، وهو عيب غير معلوم للجميع سواء لدى المنتج او المستهلك، البائع او المشتري، فهو غير ظاهر لحظة طرح المنتج للتداول او لحظة بيعه^(٤).

والحق ان مدارس التعريفات الفقهية السابقة تقودنا الى استخلاص ملاحظتين، ثانيتهما نتيجة منطقية لاولاهما، اما الملاحظة الاولى، فهي تتعلق بمضمون مخاطر التطور ؛ إذ تتفق التعريفات التشريعية مع التعريفات الفقهية السابقة، في ان مخاطر التطور هي مخاطر غير مدركة وفقاً للحالة العلمية والفنية لحظة طرح المنتج للتداول، اي، ان الامر يتعلق باضرار ناتجة عن خطر حتمي في المنتج، فيتعذر العلم به وفقاً لحالة العلم والفن الزاهنة وقت الصنع او وقت طرح المنتج للتداول، فلا المنتج ولا من في حكمه يستطيع ان يكتشف او يتحاشى الخطورة الموجودة في المنتج، وفقاً للمعطيات العلمية والفنية الموضوعية والممكنة وقت

(١) اليونان اول دول الاتحاد الاوربي التي قامت بتضمين التوجيه الاوربي بمقتضى قانونها الداخلي ٣١ مارس ١٩٨٥ ، اما المملكة المتحدة فقد ادرجته في قانون حماية المستهلك في ١٥ مايو ١٩٨٧ ، وضمنته ايطاليا في قانونها بمقتضى مرسوم قانون رقم ٢٢٤ في عام ١٩٨٨ ، والدنمارك بمقتضى قانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٨٩ ، والبرتغال بمقتضى مرسوم قانون ٣٨٣ لسنة ١٩٨٩ ، والمانيا بمقتضى قانون ١٥ ديسمبر ١٩٨٩ ، وهولندا بمقتضى قانون ٢٥ فبراير ١٩٩١ ، وبلجيكا بمقتضى قانون ٢٥ فبراير ١٩٩١ ، وايرلندا بمقتضى قانون ٤ ديسمبر ١٩٩١ واسبانيا بمقتضى قانون ١٩٩٤ ، وفرنسا بمقتضى قانون رقم ٣٨٩ في ١٣ ايار عام ١٩٩٨ .

<http://biblio.univ-alger.dz/jspui/bitstream/123456789/1/MOKHTAE>.

(٢) (Viney : L' introduction on droit fransais de la directive européenne de 25 jubilait 1985 relative a la responsabilité du fait des produits défectueuse, D, 1998 ,P.296. VOIR AUSSL, PASCAL ODDOT, Le risque de développement édition Universitaires de Dijon, 2005, p.28 " www.revue.bonqal.fr ".

(٣) Oliver Berg: Le nation de risqué de développement on matière de responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1996,no1.

(٤) (Francois Memml: La responsabilité du fabricant de médicaments un refus manifeste de garantir le risqué de déveoppement, Gaz, pat 1990.

طرح المنتج للتداول، ومن ثم، فإن المنتج لا يمكن اعتباره معيماً حتى لو اتصف بالخطورة منذ البداية، مادام ان الخطورة غير مدركة حتى وان التزم المنتج الحد الاقصى من العناية لمعرفة الصفة الخطرة للمنتج قبل طرحه للتداول ومع ذلك لم يدرك تلك الخطورة.

اما الملاحظة الثانية، فهي تتعلق بنطاق مخاطر التطور، حيث ان التعريفات التشريعية والفقهية السابقة قيلت بمناسبة مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، ومن ثم، فهي تقصر مخاطر التطور في نطاق هذه المسؤولية، لذا فالتساؤل الذي يثور ذو شقين، اما الشق الاول فهو هل مخاطر التطور مقصورة على النصوص القانونية الخاصة بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة؟ ام ان هناك نصوصاً قانونية نصت على مخاطر التطور؟ بحيث يمكن معها القول ان مخاطر التطور تتعدى نطاق المسؤولية عن المنتجات المعيبة. اما الشق الثاني من التساؤل فيدور حول واقع الحال فهل هذا الواقع يؤيد صفرية الخطر في اوجه النشاط الانساني الاخرى؟ الاجابة عن هذا التساؤل هو موضوع الفرع الاتي:

الفرع الثاني : نطاق تطبيق مخاطر التطور العلمي

ان النص على مخاطر التطور العلمي في التوجيه الاوربي، وفي العديد من التشريعات الاوربية ومن بينها القانون الفرنسي يشكل تحولاً في توجه الدراسات القانونية التي تتناول مسؤولية المنتج سواء في فرنسا (١) او في مصر (٢) او في العراق (٣)، حيث اخذت هذه الدراسات تركيز على بحث مخاطر التطور في نطاق مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، وبيان اثرها المزدوج على هذه المسؤولية، اثرها في قيام المسؤولية المدنية للمنتج عن منتجاته المعيبة، واثرها في الاعفاء من هذه المسؤولية.

وهذا يعني ان معظم ما تم طرحه بشأن مخاطر التطور العلمي جاء بمناسبة شرح المادة السابعة من التوجيه الاوربي. والبند الرابع من الفقرة ١١ من المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي.

(١)V.PAR. Exple :VINEY,OP.Cit.P.291, Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilite et des contrats,Dalloz, 2006, P.1474 ets, Oliver BERG, OP.Cit.No.1.

(٢)ينظر على سبيل المثال : د.حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠؛ د.حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر؛ د.محمد محي الدين ابراهيم سليم، مخاطر التطور كسبب لاعفاء المنتج من المسؤولية، دون دار نشر، مصر، ٢٠٠٢.

(٣)ينظر على سبيل المثال : سالم محمد رديعان، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩١؛ عامر قاسم احمد، الحماية القانونية للمستهلك، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٨؛ احمد عبد جاسم، المسؤولية المدنية عن اضرار المنتجات المعيبة، اطروحة دكتوراه، جامعة النهدين، ٢٠٠٥؛ رؤى عبد الستار صالح، المسؤولية المادية للمنتج عن فعل سلعته المعيبة - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥.

بيد ان هذه الحقيقة يجب ان لا تُغيب حقيقة اخرى وهي ان مخاطر التطور لم يكن النص عليها حكراً على التوجيه الاوربي والقانون الفرنسي. بل ان هناك العديد من النصوص القانونية، التي لا شأن لها بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، قد نصت على مخاطر التطور، واهم هذه النصوص هي :-

- المادة B / 35 من اتفاقية LUGANO في عام ١٩٩٢ والخاصة بالمسؤولية عن الاضرار التي تنشأ عن الانشطة الخطرة بالبيئة^(١).

- المادة B/4/8 من التوجيه الاوربي 2004/35/C.E.E في عام ٢٠٠٤ والخاص بحماية البيئة والتعويض عن الاضرار التي تلحق بها^(٢).

وبدون مراء، فان النصوص القانونية المشار اليها، ماهي إلا تجسيد لحقيقة يقرها واقع حال النشاط الانساني، ألا وهي ان الخطر - بوجه عام - يعد ملازماً للنشاط الانساني، فلا يمكن الجزم بانعدام الخطر في اي نشاط انساني، ومن ثم فان هذا الخطر اما ان يكون معلوماً وقت القيام بالنشاط، وأما ألا يكون معلوماً وقت القيام بالنشاط.

فاذا كان الخطر معلوماً، أو مؤكداً وقوعه في المستقبل فان ثمة ليات قانونية لمواجهة مثل هذا الخطر، اما ان كان الخطر غير معلوم وقت القيام بالنشاط الانساني ولكنه ظهر لاحقاً، وتم اكتشافه بفضل التقدم العلمي، فان هذا هو خطر التقدم العلمي وهو بذلك لا يعد مقصوراً على مجال الانتاج، بل يتخطاه الى غير ذلك من اوجه النشاط الانساني الاخرى، ومن ثم، فان البحث في مخاطر التطور العلمي يقتضي تناولها باعتبارها حدثاً ملازماً للنشاط الانساني لا قاصراً على وجه واحد فقط من اوجه هذا النشاط^(٣).

¹(Tout Signataire peut, au moment de la signature ou au moment du depot de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, declarer qu'il se reserve le droit:

- De n'appliquer l'article 3, aginea a, aux dommages subis sur le territoire des Etats qui ne sont pas Parties a la presente Convention que sur la base du principe de reciprincipe de reciprocite;
- De prevoir dans son droit interne, sans prejudice de l'article 8, que l'exploitant n'est pas responsable s'il prouve que, dans le cas d'un dommage cause par une activite dangereuse vise a l'article 2, paragraphe 1, alineas a et b, l'etat des connaissances scientifiques et techniques au moment de l'evenement ne permettait pas de connaitre l'existence des proprietes dangereuses de la substance ou le risqué significatif que presentait l'operation conernant l' organisme ;
- De ne pas appliquer l' article 18 .

²(b) " une emission ou une activite ou tout mode d' utiisation d' un produit dans le carder d' un produit dans le carder d' un activite don't l' expoitant prouve qu' etait pas consideree comme susceptible de causer desdommages a l' environnement= =au regard de l' etat des connaissances scientifiques et techniques au l' emission ou l' activite a eu lieu."

^(٣) د.حسن عبد الرحمن قدوس ، المرجع السابق ، ص ١٢ ؛ د.حسن حسين البراوي ، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والاعفاء منها ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ ، ص ٢١

وترتيباً على ما تقدم فإن نطاق تطبيق مخاطر التطور يتجاوز المسؤولية عن المنتجات المعيبة، فهذه المخاطر تتسم بالشمولية ليكون مجال اعمالها كافة اوجه النشاط الانساني، وللبهنة على ذلك نسوق بعض الامثلة التي تظهر ان مخاطر التطور يمكن ان ترد على كافة اوجه النشاط الانساني.

المثال الاول : ان يتم اقامة مشروع سياحي للغوص والصيد في منطقة بحرية تكثر فيها الشعب المرجانية، وتثبت المعطيات العلمية والفنية وقت اقامة المشروع، ان هذا المشروع لا يؤثر سلباً على البيئة البحرية والكائنات الموجودة فيها، ثم بتقدم العلم يتم اكتشاف مخاطر تضر بالبيئة البحرية ومكوناتها^(١).

المثال الثاني : تقام محطة لتقوية ارسال الهواتف المحمولة في احدى المناطق المأهولة بالسكان، ووفقاً للمعطيات العلمية والفنية الموضوعية الممكنة وقت اقامة هذه المحطة، لا يثبت اي خطر يهدد سلامة وصحة الانسان، ثم يثبت التقدم العلمي اللاحق ان مثل هذه المحطات تضر بصحة الانسان بسبب الترددات التي تبثها^(٢).

المثال الثالث : قيام طبيب باستخدام طريقة علاج معينة تمثلت بوضع قالب الجبس لجبر كسر عظمي الساق، إلا ان تصلب الجبس اورث تكسر نادر في العظام تسبب في تلف شريان، وعند عرض الامر على القضاء الفرنسي وإحالة المسألة الى الخبرة، جاء في تقرير الخبرة المقدم الى المحكمة " ان تلك الاصابة لم تكن معروفة في فرنسا ولا في دول اخرى إلا من خلال النشرات العلمية التي تضمنت الدراسات العلمية المقدمة الى احد المؤتمرات العلمية وهو تاريخ لاحق لحدوث هذه الاصابة ". ولهذا قرر القضاء الفرنسي عدم مسؤولية الطبيب عن هذا الخطر الملازم لطبيعة العلاج مادامت ان المعرفة العلمية والفنية السائدة في وقت القيام بالنشاط الطبي، لم تسمح بادراك ذلك الخطر، مع ان الطبيب قد بذل العناية التي تفرضها عليه المعطيات العلمية المتاحة^(٣).

(١) اذ ان هناك الكثير من الدراسات التي تشير الى ان هناك العديد من المخاطر التي تؤثر سلباً على الشعب المرجانية، القسم الاعظم منها يتأتى من النشاط الانساني الذي يؤدي الى التلوث نتيجة تسرب النفط او تدفق مياه المجاري = الى مياه البحر، فضلاً عن الاصطياد غير المراقب، وفعالية السفن السريعة المكثفة .

(٢) اذ ان هناك الكثير من الادلة العلمية التي تشير الى ان ابراج المحمول لها تأثيرات سلبية على صحة الانسان، ومن ثم يجب تمويل الدراسات الميدانية لكي يتم تأكيد هذه التأثيرات او نفيها، ويمكن ان تركز هذه الدراسات على كافة انواع السرطانات التي تصيب الانسان ومدى علاقة الاشعاعات الصادرة من هذه الشبكات بحصولها وخصوصاً سرطان المخ، وكذلك التركيز على الخلل في الافرازات الهرمونية مثل هرمون = =الميلاتوتين، وكذلك التأثيرات العصبية مثل اضطرابات النوم وصعوبة التحكم وكذلك الاجهاض والتشوّهات الخلقية .

د.احمد محمد محمود، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، مجلة اسويوط للدراسات البيئية . <http://acc.aun.edu.iq>

وايضاً د.نبيل كاظم عبد الصاحب و د.عمر علي عذاب، الموجات الكهرومغناطيسية وتأثيرها على صحة الانسان :

<http://www.kecbu.uobaghdad.edu.iq>

(٣) Cass,civ,Ler, 12 November, 1985, rev.trim.dr.civ.1986,p.764.

وبناءً على ما تقدم من اتساع نطاق تطبيق مخاطر التطور ليشمل جميع اوجه النشاط الانساني، فان مخاطر التطور تعني الخطر الذي يربط بين الحدث الضار والنشاط الانساني، ولكن هذا الخطر غير مدرك، وفقاً للمعطيات العلمية والفنية المتاحة وقت القيام بالنشاط الانساني، بمعنى ان عدم ظهور المخاطر وقت القيام بالنشاط ليس مرده تقصير او اهمال القائم بالنشاط بل عدم المعرفة الملازمة للنشاط الانساني وفيما بعد يكشف التقدم العلمي ان النشاط اثناء القيام به كان متضمناً خطراً.

المطلب الثاني

مخاطر التطور كسبب للاعفاء من المسؤولية المدنية

جاء النص على مخاطر التطور في التوجيه الاوربي والعديد من التشريعات الاوربية التي ادمجت هذا التوجيه في نصوصها، في الاصل باعتبار هذه المخاطر سبب من اسباب الاعفاء من المسؤولية، ويثير هذا الاعفاء عدة تساؤلات، اولاهما : هل الاخذ بهذا الاعفاء كان محل اجماع الفقه؟ وثانيهما : ماهي الشروط التي ينبغي تحققها في المخاطر حتى تشكل دعواً للمسؤولية المدنية، وثالثهما : هل يمكن ادراج مخاطر التطور ضمن اسباب الاعفاء من المسؤولية المدنية في التشريعات التي لم تشر الى مخاطر التطور العلمي كسبب معفٍ من المسؤولية؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية :-

الفرع الاول : موقف الفقه بين تأييد ومعارضة الدفع بمخاطر التطور العلمي كسبب للاعفاء من المسؤولية المدنية

ان مخاطر التطور العلمي هو دفع حديث النشأة نسبياً في النظام القانوني للمسؤولية المدنية، لذا فقد واكب الاخذ بهذا الدفع نقاشاً فقهيّاً كبيراً في فرنسا؛ حيث تتنازع الفقه اتجاهاً متعارضاً: اولهما، يرى وجوب الاعتداد بهذه المخاطر كسبب من اسباب الاعفاء من المسؤولية المدنية، وثانيهما، يرى عكس ذلك، ولكل اتجاه مبرراته، وللوقوف على هذه المبررات، نبحت مبررات كل اتجاه في فقرة مستقلة:

اولاً :- مبررات الاتجاه المؤيد للاخذ بمخاطر التطور كسبب معفٍ من اسباب الاعفاء

يورد انصار هذا الاتجاه العديد من المبررات التي توجب الاخذ بمخاطر التطور كسبب يعفي من المسؤولية المدنية، والواقع ان اغلب هذه المبررات ساقها هذا الفقه لاعفاء المنتج من المسؤولية الناشئة عن منتجاته المعيبة، باعتبار ان النشاط الذي تترتب عليه هذه المسؤولية هو اكثر الانشطة الانسانية التي تحقّق بها مخاطر التطور العلمي؛ لذا كان اثر هذا الاتجاه الفقهي واضحاً في المفاوضات والاعمال التحضيرية لاعداد التوجيه الاوربي ومن بعده التشريع الفرنسي^(١)، اما اهم مبررات هذا الاتجاه فتتلخص بما يأتي:

(١) حسن عبد الباسط جمبيعي، المرجع السابق، ص ٢٦٤ .

١- ان عدم الاخذ بمخاطر التطور كاحد اسباب الاعفاء من المسؤولية، من شأنه دفع المنتجين الى اللجوء للتأمين ضد مسؤوليتهم، مما يزيد من نفقة التأمين على المخاطر وهذه بدورها تنعكس على اسعار المنتجات ارتفاعاً، مما يعني ان المستهلكين هم من يتحملون تبعه عدم الاعفاء في نهاية الامر^(١).

٢- ان عدم الاخذ بمخاطر التطور العلمي كسبب معفٍ من المسؤولية، سيجتنب عليه الاحجام عن التطور العلمي والتجديد التقني، بعزوف المنتجين عن تقديم كل ما هو جديد خوفاً من ملاحقتهم بدعاوى التعويض. ومن ثم، فكل ذلك سيؤدي الى اعاقه الصناعة والاضرار بالاقتصاد الوطني^(٢).

٣- ان عدم علم المنتج بعيوب المنتجات في ضوء المعطيات العلمية والفنية الموضوعية المتاحة، ينبغي اعتباره دعواً للمسؤولية المدنية؛ ذلك ان اقرار هذه المسؤولية في ظل معطيات علمية وفنية لاتمكن المنتج في اي مكان، من معرفة هذه العيوب إلا بعد فترة من الزمن من طرح المنتج في التداول، يتعارض مع القواعد القانونية المستقرة التي تقضي بأنه لا التزام بمستحيل^(٣).

ثانياً : مبررات الاتجاه الرافض للاخذ بمخاطر التطور كسبب معفٍ من المسؤولية

يرى هذا الاتجاه الفقهي انه لا يوجد داعٍ للاخذ بمخاطر التطور كسبب من اسباب الاعفاء، واستند في تبرير رأيه بالمبررات الآتية:-

١- ان عدم الاخذ بمخاطر التطور كسبب معفٍ من المسؤولية سيحفز المنتجين للقيام بمزيد من التجريب التقني للوصول الى اعلى نسبة ممكنة لآمان المنتجات مما يدفع بعجلة التقدم الى الامام، مما يجعل الرصيد المتجمع لديهم من المعارف التقنية والمهارات الفردية كبيراً^(٤).

٢- ان قبول مخاطر التطور كسبب معفٍ من المسؤولية، يعد ارتداداً عن تبني المسؤولية الموضوعية وعودة الى قواعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ المفترض، فهذا الدفع يفرغ المسؤولية الموضوعية من مضمونها؛ إذ رغم تحقق

^(١) (Ghestin Jacques, La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur La responsabite du fait des produiles defectueux, D.1986, chron. P.135

^(٢) Oliver Berg: OP. Cit.N.1 .

^(٣) محمود السيد عبد المعطي خيال ، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٧٢ .

^(٤) محمود السيد عبد المعطي ، المرجع السابق ، ٧٣ .

الضرر، فالمضروور لن يتمكن من الحصول على تعويض، نظراً لدفع المسؤولية عن المنتج بمخاطر التطور^(١).

٣- ان تقرير مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور، يعد مقابل عادل للثقة التي يضعها المستهلك بالمنتج، كما ان اقامة مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور العلمي لا ترجع الى ارتكاب المنتج خطأ ما بقدر ما ترجع الى ضرورة ضمان التعويض عن الاضرار التي اصابته المستهلك وخاصة البدنية^(٢).

لا مناص من القول، ان لكل اتجاه من الاتجاهين الفقهيين حججه ومبرراته المنطقية؛ لذا نجد ان التشريعات التي نصت على مخاطر التطور كسبب معفي للمسؤولية، لم تجعل حكمه مطلقاً بل اوردت عليه الاستثناء^(٣)، فضلاً عن انها قيدت التمسك به كدفع يدفع المسؤولية عن القائم بالنشاط، ضرورة تحقق شروط للتمسك به، وهذا ما سيكون موضوع الفرع الاتي:-

الفرع الثاني : شروط التمسك بمخاطر التطور كسبب معفي من المسؤولية المدنية

ان الشروط التي ينبغي تحققها للتمسك بمخاطر التطور للاعفاء من المسؤولية، تعد في غاية الاهمية ؛ إذ يمكننا من خلالها تحديد ما اذا كان المدعى عليه يستطيع التخلص من مسؤوليته ام لا.

وباستقراء نص المادة السابعة من التوجيه الاوربي^(٤) والمادة (١٣٨٦ مكرر / ١١ / ٤) من القانون المدني الفرنسي^(٥)، نجد ان مخاطر التطور يجب ان تكون غير معلومة، وهذا هو الشرط الاول، بيد ان مخاطر التطور تعد ملازمة لكافة صور النشاط الانساني، ومن ثم، فإن مخاطر التطور يجب ان تكون حتمية وهو الشرط الثاني، وعليه سنبحث كل شرط في فقرة مستقلة:

اولاً:- يجب ان تكون مخاطر التطور غير معلومة

(١)Huet Jerome, La responsabilite professionnelle du fait des cnoset : La securite des produite ,2001.P.84 . =

=نقلاً عن حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص١٠٦ .

(٢)(TUNC :Rapport de synthese , in colloque de luniv de Paris la sur la responsabilite des fabricants et distributeurs, P.72 .

نقلاً عن حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص٢٦٦-٢٦٧ .

(٣) فمثلاً نجد ان نص المادة (١٢/١٣٨٦) من الباب الرابع مكرر من القانون المدني الفرنسي يقرر بأنه " لايستطيع المنتج ان يثير سبب الاعفاء الملحوظ في ٤ من المادة ١١/١٣٨٦ عندما يكون الضرر قد سببه عنصر من عناصر الجسم البشري او المنتجات المنبثقة عنه " .

(٤)تنص المادة السابعة من التوجيه الاوربي على انه : " ان المنتج لا يكون مسؤولاً اذا اثبت ان حالة المعرفة العلمية والفنية لحظة طرح المنتج للتداول لم تكن تسمح له باكتشاف وجود العيب " .

(٥)تنص المادة (٤/١١/٣٨٦) من الباب الرابع مكرر من القانون المدني الفرنسي على انه : " ان المنتج هو المسؤول حكماً إلا اذا اثبت ان وضع المعارف العلمية والتقنية في الوقت الذي وضع فيه المنتج قيد التداول لم تسمح باكتشاف وجود العيب " .

بيننا - فيما سبق - ان النص على مخاطر التطور لم يأتي قاصراً على نطاق تطبيق مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، بل جاء بصدد اوجه اخرى للنشاط الانساني^(١) . والملاحظ ان هذه النصوص القانونية جاءت متباينة في الصياغة وموحدة في المعنى، اذ استخدم المشرع الفرنسي نفس المصطلح الذي استعمله التوجيه الاوربي وهو " Impossible a deceler" ومعناه عدم امكانية الكشف عن وجود العيب ؛ بينما استخدمت اتفاقية لوجانو مصطلح " Impossible a connaitre" ومعناه الخطر الذي لايمكن اكتشافه، وبالنتيجة فالمعنى واحد هو استحالة العلم بوجود الخطر وقت القيام بالنشاط^(٢) .

بيد ان استحالة العلم بهذه المخاطر تقتضي تحديد الوقت الذي تقدر على اساسه هذه الاستحالة في العلم ؛ وهذا يقتضي بحث مسألتين، أولاهما تتعلق بتحديد الوقت الذي يكون فيه خطر التطور غير معلوم للقائم بالنشاط، وثانيتهما تتعلق بتحديد حالة المعرفة العلمية والفنية.

المسألة الاولى / تحديد الوقت الذي يكون فيه خطر التطور غير معلوم للقائم بالنشاط : يمكن القول، بصورة عامة، ان هذا الوقت الذي تتحدد فيه استحالة العلم بالمخاطر هو وقت القيام بالنشاط، مادام ان مخاطر التطور تحقق بكل صور النشاط الانساني ؛ غير ان تحديد هذا الوقت في نطاق تطبيق المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة اكثر انضباطاً منه خارج هذا النطاق. ولتوضيح ذلك نعرض المسألة في نقطتين اثنتين :-

١. الوقت في نطاق تطبيق المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، يتحدد بلحظة طرح المنتج للتداول، ومصطلح الطرح للتداول نص عليه التوجيه الاوربي والقانون الفرنسي ؛ غير ان التوجيه لم يحدد معناه، بينما القانون الفرنسي عرّفه في المادة (١٣٨٦ / ٥ مدني) بأنه : " يوضع المنتج قيد التداول عندما يتخلى عنه المنتج ارادياً "، وبذات الاتجاه ذهبت محكمة العدالة بالاتحاد الاوربي حيث عرّفت في عام ٢٠٠٦، الطرح للتداول، بأنه : " ان المنتج يكون في حالة تداول حينما يخرج عن السياق في التصنيع ويدخل في سياق العمليات التجارية"^(٣).

وعلى ذلك فالطرح للتداول يتحقق بتوافر عنصرين، عنصر مادي يتمثل بالتخلي عن المنتج لصالح الغير، وعنصر معنوي يتمثل بأن التخلي عن المنتج يجب ان يكون ارادياً. ويعني ذلك ان خروج المنتج من تحت يد المنتج عن طريق السرقة او الحجز الاداري او التنفيذ يؤدي الى عدم مسؤولية المنتج عنها^(٤).

(١) تنظر ص (٩ و ١٠) من البحث .

(٢) قارن مع د.حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٦-٢٧ .

(٣) www.fr.wikipedis.org/wiki/responsabilite

(٤) د.حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ؛ د.اسامة احمد بدر ، ضمان مخاطر المنتجات الطبية (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢٦-١٣٩

بيد انه يجب ان يلاحظ ان المنتج لا يكون موضوعاً قيد التداول إلا مرة واحدة^(١) . وهذا يعني ان المنتجات التي تمر بمراحل متعددة في الانتاج، بحيث تشكل كل مرحلة على حدة منتجاً قائماً بذاته، فان الطرح للتداول يكون في الوقت الذي يتخلّى فيه المنتج الاخير عن المنتج وليس قبل ذلك، حيث ان استحالة العلم يتم تقديرها في هذا الوقت^(٢) .

٢. الوقت خارج نطاق تطبيق المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، ان الحالات المتصورة في هذا الصدد يمكن ردها الى ثلاث حالات، اولاهما، حالة فقد الحيابة ارادياً، حيث يكون وقت عدم المعلوماتية بالخطر هو لحظة فقد الحيابة^(٣)؛ وثانيتهما، حالة القيام بنشاط انساني اخر، عدا النشاط الانتاجي، وهنا يتحدد الوقت الذي يتمكن فيه المستغل من التمسك بمخاطر التطور للاعفاء من المسؤولية بوقت القيام بالنشاط، أي ان يثبت القائم بالنشاط انه وقت ان قام بالنشاط لم تكن حالة المعرفة العلمية والفنية تسمح بأن يكتشف وجود الخطر^(٤)؛ وثالثتهما، حالة تقديم الخدمات، حيث ان مخاطر التطور متصورة في نطاق تقديم الخدمات، وأوضح مثال على ذلك هو تقديم العناية الطبية، ومن ثم، فأن وقت تقدير عدم المعلوماتية بالخطر في المجال الطبي هو وقت تقديم العناية الطبية، فالطبيب يلتزم بتقديم العناية لمرضاه، وفقاً لقواعد علم الطب وقت تقديم العناية^(٥) .

المسألة الثانية / تحديد حالة المعرفة العلمية والفنية : يكون تقدير عدم المعلوماتية بمخاطر التطور لأي نشاط انساني بالرجوع الى حالة المعرفة العلمية والفنية، وهو مصطلح معناه غير مرادف لمفهوم مصطلح قواعد الفن، حيث ان قواعد الفن تعني قواعد المعرفة العملية والفنية، ويتم تقديرها في النطاق المهني الخاص بالقائم بالنشاط، بينما المعرفة العلمية والفنية، هي اعم واشمل من قواعد الفن، إذ انها تضم بشكل اكثر اتساعاً العلم والفن معاً^(٦). وهذه الحالة من المعرفة العلمية والفنية يجري تقديرها من خلال مجموعة عناصر موضوعية هي :-

- ان المعرفة التي يعتمد عليها لتحديد مفهوم مخاطر التطور التي تعفي من المسؤولية هي المعرفة الاجمالية من حيث المجال، ومن حيث المكان ؛ فمن حيث مجال المعرفة يجب ان تكون المعرفة تتسع

(١) تنص المادة (٥-١٣٨٦) من القانون المدني الفرنسي على انه : "لا يكون المنتج موضوعاً قيد التداول إلا مرة واحدة "

(٢) د.رضا عبد الحليم عبد المجيد ، المسؤولية القانونية في انتاج وتداول الادوية والمستحضرات الصيدلانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٣) لم يورد المشرع العراقي نصاً في القانون المدني العراقي يبين فيه وقت فقد الحيابة ؛ لذلك الفقه العراقي يستند الى القواعد العامة في فقدان الحيابة بفقدان عنصرها او احدهما . لمزيد من التفصيل ينظر : د.محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية - الجزء الاول ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص ٢١٤-٢١٥ .

(٤) PASCAL ODDOT, OP. cit. n28.

(٥) Cass. Civ. 6Juin 2000. J.C.P.2000.1,336 .

(٦) Oliver Berg, Op. cit. No.10 ets .

لتشمل كل المعارف العلمية والفنية ولا تنحصر بالمجال الفني للقائم بالنشاط، إذ ان المهني يفترض فيه الاحاطة بكل المعارف العلمية والفنية الموجودة وقت قيامه بالنشاط ؛ اما من حيث مكان المعرفة، فان المعرفة التي يعتد بها هي المعرفة على مستوى العالم، وليست المعرفة على مستوى دولة معينة (١) .

- ان المعرفة التي يعتمد عليها لتحديد مخاطر التطور التي تعد سبب معفٍ من المسؤولية، هي المعرفة الممكنة، التي يسهل الوصول اليها بالنسبة للقائم بالنشاط، فتصرفات الاخير تقاس بمقياس موضوعي (المنتج النموذجي) وفي اوجه النشاط الاخرى، يمكن القول انه (القائم النموذجي بالنشاط) وهل ممكن له ان يكون على علم بهذه الحالة العلمية والفنية، فلا تقدر مخاطر التطور في ضوء حالة المعرفة العلمية والفنية التي يملكها القائم بالنشاط او التي يمكن ان يملكها بشكل شخصي وانما تقدر هذه المخاطر في ضوء حالة المعرفة العلمية والفنية الموضوعية والتي يفترض علم القائم بالنشاط بها (٢) .
- ان المعرفة العلمية والفنية التي ينبغي الرجوع اليها لتحديد مفهوم مخاطر التطور، يجب ان تكون هذه المعرفة، هي اخر ما توصل اليه العلم او الفن لحظة القيام بالنشاط على المستوى العالمي، وليست على مستوى دولة معينة او بصدد قطاع صناعي او انتاجي معين (٣) .

ثانياً :- يجب ان تكون مخاطر التطور حتمية : ويقصد بالحتمية لمخاطر التطور هو ان تكون ملازمة للنشاط الانساني، وشرط الحتمية هذا يتحقق اما من ملازمة مخاطر التطور للاشياء او من ملازمتها للشخص القائم بالنشاط (٤) ولذلك هناك مسألتان ينبغي بحثهما : الاولى : تحديد الاشياء التي تلازمها مخاطر التطور، والمسألة الثانية: تحديد الأشخاص الذي تلازمهم مخاطر التطور. وبحث المسألتين سيكون في ضوء احكام القانون الفرنسي وآراء الفقه؛ لذلك تبرز المسألة الثالثة التي ينبغي بحثها وهي وضع المسألتين اعلاه في القانون العراقي.

المسألة الاولى / تحديد الاشياء التي تلازمها مخاطر التطور: الواقع ان النشاط الانساني الذي تثور في اطاره مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة هو اكثر الانشطة الذي يمكن الادعاء فيه بمخاطر التطور ؛ لذا فان القوانين التي نظمت هذه المسؤولية هي التي توضح كيف يمكن ان تكون مخاطر التطور متصلة بالشيء، بتحديد المنتجات التي تطبق عليها قواعد المسؤولية الموضوعية وفي ضوء احكام القانون الفرنسي الذي نظم هذه المسؤولية نجد ان هذا القانون حدد الاشياء التي تلازمها مخاطر التطور بأنها المنتجات وهذه الاخيرة

(١) (Philippe LEE Tourneav, OP. cit. P.1490)

(٢) د.عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد ، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج (دراسة مقارنة) دار الفكر والقانون ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٢٢ .

(٣) د.عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٧٢٢ .

(٤) PASCAL ODDOT, OP. cit. N83 ets .

بحسب هذا القانون هي كل مال منقول مادي ولو كان مندمجاً في عقار، ويدخل في ذلك منتجات التربة، ونواتج التربية الحيوانية، والصيد البري والبحري، وكذلك ادخل هذا القانون الكهرباء في عداد المنتجات^(١).
 اما الاشياء التي استبعدها القانون الفرنسي من تطبيق المسؤولية الموضوعية عليها ؛ لانها بمقتضى احكام هذا القانون، لاتعد منتجات، فهي الاشياء المشتركة، الاموال المعنوية، العقارات، والمواد الاشعاعية^(٢) ؛ بيد ان اخراج هذه المواد من نطاق تطبيق احكام المسؤولية الموضوعية عليها ؛ لايغني بالضرورة ان مخاطر التطور غير ملازمة لكل هذه الاشياء المستبعدة ؛ فمثلاً ان المواد الاشعاعية هي اموال مادية منقولة، وقد تكون مصدر للضرر الذي سببه مخاطر التطور، ومع ذلك لم تدرج ضمن المنتجات الخاضعة لاحكام المسؤولية الموضوعية ؛ نظراً للطبيعة الخاصة لهذه المواد الاشعاعية، وهي تقتضي اخضاعها لاحكام مسؤولية تتفق مع هذه الطبيعة^(٣).

المسألة الثانية :- تحديد الاشخاص الذين تلازمهم مخاطر التطور : الواقع ان اكثر الاشخاص الذين تلازمهم مخاطر التطور هم الاشخاص المحددين بالقانون الفرنسي الخاص بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة ومن ثم فالاشخاص الذين يكونون معينين بمخاطر التطور هم :

- المنتج الحقيقي : فيعد منتجاً من عمل بصفة مهنية او حرفية، بداية من الصانع للاجزاء المكونة للمنتج الى الصانع النهائي للمنتج، فضلاً عن منتج المواد الاولية بما فيها المواد المتعلقة بالتربية الزراعية او بالصيد البحري او البري، بل اكثر من ذلك المنتجين الذين ينتجون الكهرباء^(٤).
- الاشخاص الذين يأخذون حكم المنتج وهم كل محترف يضع اسمه او علامته التجارية او اي علامة اخرى مميزة على المنتج تفيد نسبه اليه، ويدخل في حكم المنتج كذلك كل مهني يستورد سلعاً الى داخل الاتحاد الاوربي^(٥).
- البائع المهني، وكل مورد مهني، والمؤجر المهني^(٦).

(١) تنص المادة (١٣٨٦ - ٣) من القانون المدني الفرنسي على انه : " كل مال منقول هو منتج حتى لو صار جزءاً من عقار ، بما في ذلك منتجات الارض وتربية الماشية والصيد البري والبحري وتعتبر الكهرباء بمثابة منتج "

(٢) د.حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص ٤٧-٤٩

(٣) د.حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص ٤٩

(٤) تنظر المادة (٦ - ١٣٨٦) من القانون المدني الفرنسي ؛ لمزيد من التفصيل ينظر : ديسرية عبد الجليل ، المسؤولية عن الاضرار الناشئة عن عيوب تصنيع الطائرات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٧ .

(٥) تنظر المادة (١٣٨٦ - ٦ / البند الاول والثاني من القانون المدني الفرنسي . لمزيد من التفصيل تنظر د. يسرية عبد الجليل ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ .

(٦) تنظر المادة (٧ - ١٣٨٦) من القانون المدني الفرنسي .

بيد ان واقع الحال يشير الى ان مخاطر التطور لا يمكن ان تكون قاصرة على الاشخاص المشار اليهم في القانون الفرنسي، إذ من الوارد ان تكون مخاطر التطور متصلة باشخاص غير المشار اليهم اعلاه، وعليه يمكن تصور خطر التطور متصلاً بالشخص في ثلاث فروض هي :-

الفرض الاول / مقدموا الخدمات، فمن غير المستبعد ان يلزم خطر التطور مقدمي الخدمات، فمقدم الخدمة لا يعد مسؤولاً متى ما قدم الخدمة، وفقاً لحالة المعرفة العلمية والفنية الموضوعية، فاذا تم اكتشاف ثمة خطر كان موجوداً وقت تقديم الخدمة ولم يكن مقدم الخدمة يعلم به وقت تقديم الخدمة وفقاً للحالة العلمية والفنية المتاحة، فان هذا يعد خطر تطور يفترض ان يعفيه من المسؤولية عن الضرر الحاصل^(١).

الفرض الثاني / الخطر الذي يهدد الشخص في حياته، ويظهر هذا الخطر في اطار العلاقة بين الطبيب والمريض، وهذه الحالة تفترض وجود مريض قدم له طبيب عناية طبية وفقاً لحالة علم الطب، وقد كانت حالة المريض وقت تقديم العناية الطبية، لا يمكن ان يستخلص علمياً منها قابلية المريض للاصابة بامراض معينة، ثم تقدم علم الطب يثبت ان المريض كانت لديه قابلية للاصابة بالمرض الذي يهدد حياته، والذي قد اصابه وقت تقديم الخدمة، فهنا مثل هذا الخطر يعد من مخاطر التطور التي معها يفترض عدم مساءلة الطبيب مادام انه وقت تقديم الخدمة قد التزم حالة علم الطب^(٢).

الفرض الثالث / الخطر الذي قد يتأتى من شخص جيناته مصابة بامراض مجهولة وفقاً للمعطيات العلمية والفنية، وبسبب علاقاته مع الاخرين قد ينقل اليهم فيروس هذا المرض دون ان يعلم نظراً لحالة علم الطب التي لم تكن تكشف عن هذا المرض، ومثاله الاشخاص الاوائل الحاملون لفيروس الايدز حينما باتصالهم الجنسي بالغير نقلوا المرض اليهم^(٣).

المسألة الثالثة :- ملازمة مخاطر التطور للاشياء والاشخاص في القانون العراقي: سبق - ان بينا - بأن اكثر الحالات التي يتصور فيها التمسك بمخاطر التطور لدفع المسؤولية هي حالات تطبيق احكام مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة، ومن ثم، فاكثر الاشياء التي تتصل بها مخاطر التطور هي المنتجات، والمنتجون ومن في حكمهم هم اكثر الاشخاص الذين تتصل بهم مخاطر التطور، فهل يصدق هذا الوضع في القانون العراقي؟

الواقع ان المشرع العراقي لم ينظم مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة لا في القانون المدني ولا في أي قانون اخر نافذ، ومن ثم، فان من الصعب قبول ما ذهب اليه البعض^(٤) من تفسير نص (البند ثانياً

^(١) (PASCAL ODDOT, OP. cit. N.112).

^(٢) د.غادة فؤاد مجيد، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي (الحقوقية) لبنان، ٢٠١١، ص ٢٢٢-٢٧٨.

^(٣) د.احمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي بسبب نقل دم ملوث، المكتبة العصرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٨-٢٨.

^(٤) رؤى عبد الستار صالح، المرجع السابق، ص ٩٠.

من المادة السادسة)، ونص المادة (الثامنة) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ (١)، بأنه نهج اتبعه المشرع ينبغي ان يؤدي الى الاعتراف بأن المشرع تبني المسؤولية المادية للمنتج ؛ ذلك ان هذا النوع من المسؤولية ذات الاحكام الخاصة، لا يمكن القول بتبنيها في أي تشريع إلا اذا كان النص عليها صريحاً لا يخالطه الشك ؛ ومع ان المشرع لم يتبنى المسؤولية الموضوعية للمنتج ؛ غير انه، ولأول مرة، ادخل تعبير السلعة الى اللغة القانونية ؛ حيث عرفتها (الفقرة ثانياً) من المادة (الاولى)، من قانون حماية المستهلك النافذ انها (كل منتج صناعي او زراعي او تحويلي او نصف مصنع او مادة اولية او اي منتج اخر، ويمكن حسابه او تقديره بالعدد أو الوزن أو القياس، يكون معداً للاستهلاك)، وهذا يعني ان مشرعنا تبني مفهوماً واسعاً؛ حيث ان لفظ السلعة من العموم بحيث يشمل كل المنتجات المادية، صناعية ام زراعية، ام حيوانية او تحويلية او نصف مصنعة او اية مواد اولية تدخل في عملية التصنيع. وان هذه المنتجات تلازمها مخاطر التطور، ومن ثم، يمكن التمسك بصدها بمخاطر التطور، لدفع المسؤولية الناشئة عن عيوبها او عدم افصاح المعلومات عنها اما بالنسبة للعقارات فيمكن القول ان صياغة النص يتبين منه استبعاد العقارات من نطاق مسؤولية المنتج. اما الخدمات فهي بحسب (الفقرة ثالثاً من المادة الاولى) من قانون حماية المستهلك " العمل او النشاط الذي تقدمه اي جهة لقاء اجر او بدونه بقصد الانتفاع منه".

فهذه الخدمات بعد ان عرفها مشرعنا عمد في المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك الى ترتيب المسؤولية على مقدمها عن الاضرار الناجمة عنها ومن ثم فمن المتصور ان يتمسك مقدم الخدمة بمخاطر التطور لدفع المسؤولية عنه.

وعوداً على ذي بدء، فان الاشخاص الذين تلازمهم مخاطر التطور في ظل احكام القانون العراقي، يمكن استخلاصهم من نص المادة (الاولى/ سادساً) من قانون حماية المستهلك الذي يجري على النحو الاتي (المجهز : كل شخص طبيعي او معنوي منتج او مستورد او مصدر او موزع او بائع سلعة او مقدم خدمة سواء كان اصيلاً ام وسيطاً ام وكيلاً) وبذلك فان كل من المذكورين بالنص اعلاه هم اشخاص تتصل بهم مخاطر التطور، فاذا قامت مسؤوليتهم بسبب هذه المخاطر هل يستطيع اياً منهم التخلص منها بالاستناد الى الدفع بمخاطر التطور؟ هذا ما سيكون مدار الفرع الاتي:

الفرع الثالث : مدى امكانية ادراج مخاطر التطور ضمن اسباب الاعفاء من المسؤولية

(١) حيث تنص المادة (٦/ ثانياً) على انه : " للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة اعادة السلع كلاً او جزءاً الى المجهز والمطالبة بالتعويض امام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به او بامواله جزاء ذلك " اما المادة (الثامنة) فتتنص على انه : " مع عدم الاخلال بحكم الذنب (ثانياً) من (المادة السادسة) من هذا القانون يكون المجهز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته او سلعته او خدماته وتبقى مسؤوليته قائمة طيلة فترة الضمان المتفق عليه في الفقرة (ج) من البند اولاً من المادة (٦) من هذا القانون "

ابتداءً لأبد من القول ان المسؤولية المدنية بنوعها - العقدية والتقصيرية - بصفة عامة لا يمكن ان تقوم في جانب المدعى عليه إلا بتحقيق اركانها الثلاثة : الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية. لذلك فقبل قيام المدعي باثبات ذلك فلا يتصور طرح مسألة الاعفاء من المسؤولية، لان هذا الاعفاء لا محل للحديث عنه ثم تحققه، قبل وجود المسؤولية، والاعفاء من المسؤولية يمثل وسيلة تتيح للمدعى عليه استبعاد المسؤولية التي قامت في حقه (١).

ولقد نص المشرع العراقي في المادة (٢١١) مدني على انه: " اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك"، بمعنى اخر ان توافر السبب الاجنبي يعد سبباً معفياً للمدين (المدعى عليه) من المسؤولية، عقدية كانت ام تقصيرية، كما يتضح من النص ان السبب الاجنبي اما ان يكون آفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المضرور. والتساؤل المطروح هنا أي من الصور التي اوردها النص للسبب الاجنبي يمكن ان تندرج تحتها مخاطر التطور، ومن ثم، يعفى المدعى عليه من المسؤولية استناداً الى السبب الاجنبي، دون حاجة الى وجود نص خاص بمخاطر التطور؟

الواقع ان خطأ المضرور، وفعل الغير، صورتان من الصعوبة بمكان ان تندرج تحتها مخاطر التطور والدليل على ذلك ان التشريعات التي نصت على اعتبار مخاطر التطور سبب معفٍ من المسؤولية عندما عالجت مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة بتنظيم خاص، نصت على فعل الغير وعلى خطأ المضرور الى جوار النص على مخاطر التطور (٢). اما الآفة السماوية فهو تعبير لا يزيد عن ان يكون صورةً من صور القوة القاهرة اتى به المشرع العراقي محاكاةً منه لفقهاء الشريعة الاسلامية ونقلًا عنهم (٣).

وترتيباً على ما تقدم فلم يبق من صور السبب الاجنبي سوى القوة القاهرة والحادث الفجائي، ومن ثم، التساؤل المطروح هل يمكن ان تندرج مخاطر التطور تحت صورة القوة القاهرة او الحادث الفجائي؟ وابتداءً لأبد من القول ان كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران مترادفان في نظر القانون يؤديان الى نفس النتائج القانونية، ويشترط الفقه للقول بان الحادث قوة قاهرة ان يكون هذا الحادث غير متوقع

(١) لمزيد من التفصيل ينظر استاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، رابطة السببية، دار وائل للنشر، الاردن، ٢٠٠٦، ص ٥ وما بعدها؛ د.علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٧ وما بعدها.

(٢) ابرز مثال على هذه التشريعات هو القانون الفرنسي رقم (٩٨/ ٣٨٩) الذي تم تضمينه في القانون المدني الفرنسي حيث نصت المادة (١٣/١٣٨٦) " ان مسؤولية المنتج يمكن ان تخفض او تزال، بالنظر لكافة الظروف، عندما يكون الضرر قد سببه بصورة مشتركة العيب في المنتج او خطأ الضحية او الشخص الذي تكون الضحية مسؤولةً عنه "، وكذلك نص المادة ١٤/١٣٨٦ " ان مسؤولية المنتج اتجاه الضحية لا تخفض بفعل الغير الذي ساهم بتحقيق الضرر

(٣) استاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٥١

وغير ممكن الدفع؛ لذلك فإن التقريب بين مخاطر التطور والقوة القاهرة امر وارد حيث يمكن ان نجمع بين عدم المعلوماتية بالمخاطر وعدم التوقع للقوة القاهرة وشرط الحتمية للمخاطر وشرط عدم امكانية الدفع للقوة القاهرة، ومن ثم، فإن صورة القوة القاهرة او الحادث الفجائي من المتصور ان تستوعب مخاطر التطور متى توافرت فيها شروط السبب الاجنبي ومن ثم يمكن الاستفاضة من هذا السبب من اسباب الاعفاء من المسؤولية في النظام القانوني العراقي رغم عدم النص عليه.

الخاتمة

تبين لنا من خلال دراسة اثر التطور العلمي في الاعفاء من المسؤولية، حداثة هذا الموضوع، لذا سنعرض لاهم النتائج التي توصلنا اليها، واهم المقترحات في فقرتين :-

اولاً / النتائج

١. يعد مصطلح مخاطر التطور العلمي، مصطلح حديث النشأة نسبياً، وهو مصطلح استعمله الفقه دون التشريع، إذ ان التشريعات التي اخذت به عبرت عنه بمصطلح " حالة المعرفة العلمية والفنية " .
٢. ان مخاطر التطور العلمي دفع حديث في النظام القانوني للمسؤولية المدنية، وقد كانت ولا تزال مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، هي المجال الاصيل لاستعمال هذا الدفع، ويقصد بمخاطر التطور في مجال هذه المسؤولية، ان المنتج - ومن في حكمه - لا يستطيع ان يكتشف او يتحاشى العيب الموجود في المنتج وفقاً للمعطيات العلمية والفنية والموضوعية والممكنة وقت طرح المنتج للتداول.
٣. ان مجال تطبيق مخاطر التطور العلمي كان في بداية الامر يحصره جانب من الفقه في نطاق تطبيق احكام مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة. غير ان وجود نصوص قانونية نصت على مخاطر التطور خارج نطاق احكام مسؤولية المنتج، وواقع النشاط الانساني الذي تحقق به المخاطر، جعل نطاق تطبيق الدفع بمخاطر التطور العلمي يشمل كل اوجه النشاط الانساني.
٤. ان مخاطر التطور تعني الخطر الذي يربط بين الحادث الضار والنشاط الانساني، لكن هذا الخطر غير مدرك وفقاً للمعطيات العلمية والفنية وقت القيام بالنشاط الانساني، بمعنى ان عدم ظهور المخاطر وقت القيام بالنشاط الانساني ليس مرده تقصير او اهمال القائم بالنشاط بل عدم المعرفة الملازمة للنشاط الانساني، وفيينا بعد يكشف التطور العلمي ان النشاط اثناء القيام به كان متضمناً لخطر.
٥. لم يكن النص على مخاطر التطور كسبب من اسباب الاعفاء محل اجماع الفقه بل تتنازع الفقه اتجاهاً واحدهما أيد النص على مخاطر التطور، وثانيهما رفض هذا النص وقد كانت الغلبة للمؤيدين للحاجة الماسة للموازنة بين مصالح المسؤولين والمضرورين.
٦. ان التمسك بمخاطر التطور لدفع المسؤولية يستلزم تحقق شرطان اولاهما عدم المعلوماتية بمخاطر التطور وثانيهما حتمية مخاطر التطور.

٧. تقاس عدم معلومية مخاطر التطور بمعيار زمني ومعيار تقديري، اي تقدير حالة المعرفة العلمية والفنية.
٨. المعيار الزمني، في نطاق مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة هو وقت طرح المنتج للتداول، وخارج نطاق هذه المسؤولية فان المعيار الزمني لتحديد هذا الوقت يكون بلحظة فقد الحياة، او لحظة القيام بالنشاط او لحظة تقديم الخدمة.
٩. ان المعيار التقديري لقياس عدم المعلومية يعتمد على تقدير حالة المعرفة العلمية والفنية كماً ونوعاً.
١٠. شرط حتمية مخاطر التطور يعني ان مخاطر التطور ملازمة للنشاط الانساني، وهذا التلازم اما ان يتأتى من الاشياء او الاشخاص.
١١. انتهينا الى ان مخاطر التطور العلمي هو دفع حديث في النظام القانوني للمسؤولية المدنية يمكن التمسك به حتى في النظم القانونية التي لم تأخذ به كسبب معفٍ من المسؤولية وذلك من خلال تقريبه من الاسباب العامة للاعفاء من المسؤولية.

ثانياً / المقترحات

- ١- ضرورة وضع تشريع متكامل لتنظيم مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، مثلما هو الحال في الدول الاوربية التي اصدرت التوجيه الاوربي رقم ٣٧٤ - ٨٥ وضمنته في قوانينها الداخلية، والاستفادة من تجربتها بهذا الشأن بما فيها من مزايا وتجنب عيوبها. وللوصول الى هذا التنظيم التشريعي المتكامل، نقترح على مشرنا التركيز على المسائل الآتية :-
- أ- اعطاء الالوية في هذا التنظيم التشريعي لمسألة حماية حقوق المضرورين، وتمكين المضرور من المطالبة بحقه عما اصابه من ضرر من منتجات معيبة في مواجهة المنتج حتى وان لم تكن بينهما علاقة تعاقدية.
- ب- تنظيم انشاء صناديق تأمين لضمان حصول المضرورين على حقوقهم، والعمل على جعل تمويل هذه الصناديق من المنتجين والدولة.
- ج- لاداع للنص على مخاطر التطور كسبب معفٍ من المسؤولية، ذلك ان صياغة نص المادة (٢١١) من القانون المدني يمكن ان تستوعب جميع اشكال مخاطر التطور متى توافرت فيها شروط السبب الاجنبي.
- ٢- نقترح على القضاء العراقي تبني مخاطر التطور كسبب معفٍ من المسؤولية في المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ المفترض.

المصادر

- ١- د. احمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي بسبب نقل دم ملوث، المكتبة العصرية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ٢- احمد عبد جاسم، المسؤولية المدنية عن اضرار المنتجات المعيبة، اطروحة دكتوراه، جامعة النهدين، ٢٠٠٥.
- ٣- د. احمد محمد محمود، التأثيرات الصحية الناجمة عن شبكات التليفون المحمول في التجمعات السكانية، مجلة اسبوط للدراسات البيئية، منشور على الموقع الالكتروني : <http://acc.aun.edu.eg>
- ٤- د. حسن حسين البراوي، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والاعفاء منها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- ٥- د. حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.
- ٦- د. حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.
- ٧- استاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، رابطة السببية، دار وائل للنشر، الاردن، ٢٠٠٦.
- ٨- د. اسامة احمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية - دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
- ٩- رؤى عبد الستار صالح، المسؤولية المادية للمنتج عن فعل سلعته المعيبة - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥.
- ١٠- سالم محمد رديعان ، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩١.
- ١١- عامر قاسم احمد، الحماية القانونية للمستهلك، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٨.
- ١٢- د. عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج (دراسة مقارنة) دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠٠٩.
- ١٣- د. غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي ، بيروت، ٢٠١١.
- ١٤- د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية - الجزء الاول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١٥- د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، مخاطر التطور كسبب لاعفاء المنتج من المسؤولية، دون دار نشر، مصر ، ٢٠٠٢.

١٦- د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

١٧- د. نبيل كاظم عبد الصاحب و د. عمر علي عذاب، الموجات الكهرومغناطيسية وتأثيرها على صحة الإنسان. بحث منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.kecbu.uobaghdad.edu.iq>

١٨- د. يسرية عبد الجليل، المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن عيوب تصنيع الطائرات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

ثانيا / باللغة الاجنبية

- 1- Francois Memml: La responsabilite du fabricant de medicaments un refus manifeste de garantir le risqué de déveoppement, Gaz, pat 1990.
- 2- PhilippeLe TOURNEAU, Droit de la responabilite et des contrats,Dalloz, 2006.
- 3- Philippe LE TURNEAU:la Respnsabilité du fait des produits défectueux, revue de la semaine juridique. J.C.P.no.1-2.05 janvier 2000.
- 4- Ghestin Jacques,La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur La responsabite du fait des produiles defeetueux, D.1986.
- 5- Oliver Berg: Le nation de risqué de développement on matière de responsabilité du fait des produits défectueux, J.C.P. 1996.
- 6- PASCAL ODDOT, Le risqué de développement édition Universitaires de Dijon, 2005.
- 7- VINEY,: L' introduction on droit fransais de la directive européenne de 25 jubilait 1985 relative a la responsabilité du fait des produits défectueuse, D, 1998 ,P.296. VOIR AUSSL, PASCAL ODDOT, Le risqué de développement édition Universitaires de Dijon, 2005, "

موقف القضاء الدستوري من مسائل الواقع في التشريع

د. حسين جبر حسين الشويلي
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

مقدمة

يعدُّ التشريع أداةً أو وسيلةً لتحقيق أهداف أو غايات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، وذلك يتطلب أن يكون لدى واضع التشريع موقف معين من بعض المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية يرى من خلاله أنها تحتاج إلى معالجات، ويكون لديه رؤية للحلول التي يراها مناسبة لعلاج تلك المشاكل والتي يضمنها في ما يضعه من تشريعات، وكل ذلك يكون من أجل تحقيق المصلحة العامة وقيادة المجتمع نحو الرفاهية والاستقرار . وبهذا المعنى يمكن القول أن وراء كل تشريع، اختيار أو موقف سياسي للقابضين على السلطة يمارسونه عن طريق السياسة التشريعية^١.

والسياسة التشريعية تفترض ((إدراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور أو خطة أو سياسة لتغيير أو تعديل أو تنظيم هذا الواقع . فالسياسة القانونية أو التشريعية تعني تحديد هدف معين أو غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة الواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وتحديد ما يُراد تغييره أو تغييره أو تنظيمه بواسطة القانون .)) أي أن الواقع المادي أو المعنوي الذي يريد المشرع أن يتعامل معه هو كالمادة الأولية بالنسبة للتشريع^٢.

ومن المفترض أن يُترك التعامل مع هذا الواقع المادي والمعنوي للمشرع وحده، دون أن يكون للقاضي الدستوري تعقياً على رؤية المشرع حول معطيات ذلك الواقع والحلول التي يراها ملائمة لمشاكله والغايات

١- أنظر د. منذر إبراهيم الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩، ص ٢٠٢.

٢- المصدر ذاته، ص ٢٠٢-٢٠٣.

التي يريدها من وراء تلك الحلول، طالما أن ذلك التعامل يكون من المعقول واقعا ضمن اختصاصات المشرع^١.

وقد حظيت مسألة التفريق بين مسائل الواقع، التي يجب أن تترك لخيارات المشرع دون تعقيب من القاضي الدستوري، وبين مسائل القانون، التي تتعلق في نطاق القانون الدستوري بالكلمة النهائية للقاضي في تفسير الدستور وتحديد مفاهيم القيود التي يضعها الدستور على سلطة المشرع، باهتمام كبير من قبل الباحثين في مجال القضاء الدستوري في أمريكا.^٢

وقد انقسم الباحثون في أمريكا في تناول مسألة التفريق بين مسائل الواقع ومسائل القانون على قسمين من حيث المدخل إلى ذلك التفريق . فكان مدخل القسم الأول من خلال تفسير قيود الدستور على اختصاصات المشرع، فكان القيد على سلطة القاضي يتمثل عندهم في وقوف سلطته، نزولا من تفسيره للنص الدستوري، عند عملية تكييف الوقائع، ومن ثم الامتناع عن التعقيب على خيارات المشرع في نطاق الواقع إذا كان التعامل مع ذلك الواقع يدخل في نطاق الاختصاصات التي تركها له الدستور^٣. أما القسم الثاني من الباحثين فقد فرق بين مسائل الواقع ومسائل القانون من خلال القيد على سلطة القاضي في رقابته على الحقوق . فالمرحلة الأولى التي يمر بها القاضي في رقابة الحقوق هي تحديد ما إذا كانت الوقائع التي يسوقها المدعي تمثل تقييدا تشريعيًا لحق من الحقوق المحمية بقاعدة دستورية، وهذه المرحلة تسمى بمرحلة التفسير (Interpretive Stage) وتكون فيها سلطة القاضي واسعة في التفسير، مع أنه من الممكن أن يسلم بالتفسير الذي أجراه المشرع في أن تلك الوقائع لا تمثل خرقا لحق من الحقوق المحمية دستوريا . أما إذا خلص القاضي إلى أن الواقعة تمثل خرقا لأحد الحقوق فإنه سينتقل إلى المرحلة الثانية والمتمثلة في مدى الحرية التي تعطيها القاعدة الدستورية للمشرع في تقييد ذلك الحق إذا توافرت دواعي ذلك التقييد، وتسمى هذه المرحلة بمرحلة التقييد (Limitation Stage)، وفيها غالبا ما يخضع القاضي لتقييم المشرع فيسلم بدواعي تقييد الحق من أسباب وغايات^٤.

1 - Andrew Hessick، Rethinking Presumption of Constitutionality، Notre Dame Law Review، Volume 85، 2010،page 1452.

2 - See on Distinction between Law and fact as an example :- Elizabeth Thornburg، Law-Facts-and Power، Online Companion to Penn State Law review،2009. Bradford R. Clark، Unitary Judicial Review، Washington Law Review، 2003.

3 - See on that :- Lawrence Baum، The Puzzle of Judicial Behavior، The University of Michigan Press، Michigan، U.S.A.، 2005، page 57.

4 -Brian Foley، Deference and The presumption of Constitutionality، Institute of Public Administration، Dublin، Ireland، 2008، page 16

ولتوضيح ذلك يسوق مثلا حول تشريع يعيد فيه المشرع تنظيم الإجازات الممنوحة لأصحاب سيارات الأجرة، وطعن يقدمه أصحاب الإجازات على أن ذلك التشريع يمثل اعتداء غير مشروع على حق الملكية، فتتمثل المرحلة الأولى من رقابة القاضي في الإجابة عن السؤال الأول وهو : هل أن الإجازات الممنوحة لهم تمثل واحدا من حقوق الملكية التي يحميها الدستور؟ وذلك يمثل المرحلة الأولى من الرقابة، أما المرحلة الثانية فتتمثل في الإجابة عن سؤال هل أن هناك أسباب واقعية تقتضي أن يقوم

أما الفقه العربي فقد كان نهجه في التفريق بين مسائل الواقع ومسائل القانون من خلال حصره لمسائل الواقع بتلك المسائل التي لا تقع تحت سلطة القاضي الدستوري، والتي تتمثل في البواعث التي تدفع المشرع لوضع التشريع بعد رصده للواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، ورؤيته حول حاجة ذلك الواقع إلى بعض التغيير أو التنظيم من خلال التشريع، وذلك ما يسمى أحيانا بضرورة التشريع، وتتمثل إلى جانب ذلك بالغاية التي أرادها المشرع من التشريع، فضلا عن الحلول التي رأى المشرع أنها مناسبة أو ملائمة لعلاج تلك الحالات الواقعية . فالقواعد الدستورية تترك، في الغالب، أمر التعامل مع هذه المسائل الواقعية لسلطة المشرع التقديرية، فلا تقيده سلفا بقواعد آمرة وملزمة بخصوص أسباب وبواعث التشريع وأهدافه وتقدير ملاءمته^١.

ولغرض تتبع موقف القضاء في كل من أمريكا ومصر والعراق من مسائل الواقع، وتقييده الذاتي عبر تجنب الخوض في تلك المسائل سنوزع هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في الأول منها موقف القضاء الدستوري من بواعث وضرورة التشريع ونتناول في الثاني موقفه من غايات التشريع، أما الثالث فسنتناول فيه تجنب القاضي الدستوري الخوض في ملاءمة التشريع.

المطلب الأول

موقف القضاء الدستوري من بواعث التشريع وضرورته

في الولايات المتحدة الأمريكية استقرت المحكمة العليا ومنذ حكمها في قضية (Mc Culloch v. Maryland) عام ١٨١٩ على أن تقدير مدى الحاجة والضرورة للتشريع متروك للمشرع، وأن هذا التقدير هو من صلاحيات الكونغرس إذا كان التشريع يدخل ضمن اختصاصاته التي أناطها به الدستور^٢. ولذلك فإن من المفترض على القاضي أن يقضي بدستورية التشريع إذا كان من المتصور وجود وقائع تجعله مبنيًا على أساس معقول، أي إن المحكمة تذهب إلى دستورية التشريع حتى إذا كانت غير متأكدة من وجود

المشرع بإعادة تنظيم هذا الحق (على افتراض أنه من حقوق الملكية) لتلبية مقتضيات المصلحة العامة وفق الشروط التي تضمنها الدستور

١ - أنظر حول التمييز بين الاختصاص المقيد وسلطة المشرع التقديرية، الدكتور طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٨٣ والدكتور عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٨٤ وما بعدها، والدكتورة عيبر حسين السيد حسين، دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٧ وما بعدها .

2 -Mc Culloch v. Maryland، 4 Wheat 316، 405، 1819 . In this case Judge Marshal says : " Let the end be legitimate، let it be within the scope of the constitution، and all means which are appropriate، which are plainly adapted to that end، which are not prohibited، but consists with the letter and the spirit of the constitution، are constitutional " .

الأسباب التي دفعت المشرع إلى سنه، فيكفي أن يكون من المعقول أن تكون تلك الأسباب موجودة .^١ فالمحكمة وفق قرينة الدستورية تفترض وجود أسباب معقولة دفعت المشرع لوضع التشريع .^٢ غير أن المحكمة لا تطبق هذا المعيار في كل أنواع التشريعات، فهي تمتد من رقابتها إلى بواعث التشريع وضرورته إذا كان يتضمن تقييدا لواحد من الحقوق الأساسية أو يتضمن تمييزا عنصريا .^٣ فمسائل مثل حرية التعبير وانتقاد الحكومة، وحق الإنسان في المساواة أمام القانون دون تمييز عنصري، تحظى برقابة دستورية مشددة، حتى إن قرينة الدستورية يمكن أن تنعدم عندما تنظر المحكمة في تشريعات تتضمن مساسا بهذه المسائل، بحيث يُلقى عبئ إثبات صحة الوقائع التي تستند إليها التشريعات، على عاتق الحكومة، وليس على عاتق الطاعن بالتشريع.^٤

هذا هو موقف المحكمة العليا من مسائل مثل هذه في الظروف الاعتيادية، ولكن عندما تكون الدولة في حالة حرب، أو في مواجهة أزمات فإن مستوى الرقابة التي تمارسها المحكمة يتدنى، بحيث تُدعن المحكمة بشكل أكبر لخيارات المشرع وتتقلب قرينة عدم الدستورية (Presumption of Unconstitutionality) التي كانت تطبقها إزاء هذه الحالات إلى قرينة دستورية لصالح التشريع (Presumption of Constitutionality).^٥

ومن الأمثلة الواضحة على ذلك، أن الحكومة الاتحادية اتخذت في الحرب العالمية الثانية، وبعد أن هاجم اليابانيون ميناء بيرل (Pearl Harbor) سلسلة من الإجراءات التي قيدت فيها كثيرا من حرية المواطنين الأمريكيين الذين ينحدرون من أصول يابانية، ومن بين تلك الإجراءات وضع أكثر من مئة ألف مواطن أمريكي من أصل ياباني في مخيمات تحت حراسة عسكرية . وعلى الرغم من أن هذه الإجراءات لا يمكن أن تعد دستورية لأنها صادرت الحريات التي يجب أن تحظى بأعلى مستويات الحماية، إلا أن المحكمة العليا قضت بدستورية تلك الإجراءات، بادّعاء أن ضغط المصلحة العامة للبلاد، يسوّغ الضرورة القصوى لهذا التقييد، ومن ثم فإن المحكمة العليا قضت بصحة البواعث التي دفعت المشرع إلى تقييد

1 - See FCC v. Beach Commc ns, Inc, 508 U.S. 307, 313, 1993 stating that the law is constitutional " if there is any reasonably conceivable state of facts that could provide a rational basis "

2 - See Preseault v. Interstate commerce Cmm n, 494 U.S. 1, 17, 1990, stating that a court " Must defer to a Congressional finding that regulated activity affects interstates commerce, if there is any rational basis for such a finding "

3 - Andrew Hessick, Rethinking Presumption of Constitutionality, Op.Cit, page 1455.

4 -About Strict Scrutiny see William P. Marshall, False Campaign and First Amendment, University of Pennsylvania Law Review, Volume 153, 2004 . And Christina E. Wells, Beyond Campaign Finance : The first Amendment Implication of Nixon v. Shrink Missouri Government PAC, Montana Law Review, volume 66, 2001 .

5 -Christina E. Wells, Questioning Deference, Missouri Law Review, Volume 69, 2004, page 903 .

الحريات العامة وفق تصنيف ذي طابع عنصرى، على الرغم من اعترافها في حيثيات ذات الأحكام، أن كل عمل يتضمن تصنيفاً عنصرياً يجب أن يُنظر له بشك ويجب أن يخضع للرقابة المشددة^١. وهذا النهج هو ليس نهجاً جديداً في تأريخ المحكمة العليا في أمريكا، فقد سبق لها أن انتهجت هذا النهج على نحو واضح في الكثير من قراراتها في الحرب العالمية الأولى لصالح الحكومة بحجة أن هناك ضرورة تُلجئ المشرع لوضع تشريعات تحدّ من التجسس والعصيان دعماً للجهد الحربى . ومن بين تلك الأحكام حكمها في قضية (Schenck v. United States) الذي ذهب فيه القاضي (Holmes) إلى أن الأمة عندما تكون في حالة حرب، فإن الكثير من الأشياء التي كانت تطبقها المحكمة في حالة السلم والتي أصبحت عبئاً على الأمة في الوقت الذي يكون به رجالها في ساحة الحرب سوف لن تحظى بذات الرعاية من قبل المحاكم تحت ادعاء أنها محمية بينود الحقوق الدستورية^٢.

وحتى في سنوات الحرب الباردة، مالت المحكمة كثيراً إلى خيارات المشرع عندما نظرت في أعمال هي في صميم الحريات الأساسية، لا لشيء إلا لأن تلك الأعمال كانت موجّهة ضد التوجه الشيوعي . ومن أبرز قرارات المحكمة في هذا السياق حكمها في قضية (Dennis v. United states) الذي ذهب فيه إلى دستورية الاتهام الموجه إلى عدد من قادة الحزب الشيوعي . فعلى الرغم من أن هؤلاء القادة هم مواطنون أمريكيون، وأن حريتهم بالتعبير هي من صميم الحريات الأساسية التي من المفترض أن تحظى برقابة مشددة، وأن أي دليل كاف للاتهام غير موجود على الإطلاق، فإن المحكمة طبقت قرينة الدستورية بمداها الواسع وحكمت بدستورية هذا الاتهام، تحت ذريعة أن نشر مبادئ الماركسية - اللينينية (- Marxit Leninist Doctrines) تشكل خطراً واضحاً ومحدقاً يقود إلى إسقاط حكومة الولايات المتحدة، وأن على المحكمة أن تأخذ بنظر الاعتبار حالة الضرورة التي تلجئ الحكومة إلى ممارسة هذا النهج، في حربها المستمرة ضد الشيوعية^٣.

وفي مصر استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن مدى الحاجة إلى التشريع ومدى ضرورته هي من الأمور التي يختص بها المشرع ضمن سلطته التقديرية وفق الملاءمات السياسية التي يراها

1 -Korematsu v. United States،323 U.S.، 214، 1944، " All legal restriction which curtail the civil rights of s single racial group are immediately suspectThe courts must subject them to the most rigid scrutiny . Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions "

2 - Schenck v. United States، 249 U.S. 47 . 1919، when Justice Holmes said in it " When nation is at war many things might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right

3 -Dennis v. United States 341 U،S.494، 1951 .

١. فتقدير مدى الحاجة إلى وضع تشريع ما أو تعديله أو إلغائه يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية باعتباره عنصرا من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع على المحاكم التدخل بها. ٢ فالقواعد الدستورية التي منحت المشرع هذا الاختصاص لا يمكن أن تحيط مقدما بمدى الحاجة إلى التشريع مستقبلا. ٣ وقد استقر القضاء الدستوري في مصر على الأخذ بهذا الضابط من ضوابط مباشرة الرقابة على دستورية القوانين. ٤

فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن المشرع يستقل في أي تشريع يراه محققا للمصلحة العامة طالما كان ملتزما بأحكام الدستور وقواعده. وقضت بأن المحكمة لا يجوز أن تزن بنفسها ومن خلال مناهجها الذاتية ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازما، ولا يجوز أن تخوض في بواعث التشريعات أو تناقش دوافعها. ٦

وتطبيق المحكمة الدستورية العليا لهذا التوجه، أي التسليم بوجود الضرورة التي ألجأت المشرع إلى وضع التشريع يبرز بوضوح في رقابتها على الضرورة المبررة لإصدار قرار بقانون وفق نص المادة (١٠٨) من دستور مصر لعام ١٩٧١. ٧ فقد ذهبت إلى أن الإسراع بإصدار قرار بقانون حول تصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، في غيبة مجلس الشعب اقتضته ضرورة التدخل التشريعي حسما للمنازعات التي كانت قائمة وتجنباً لإثارة منازعات جديدة ((ولمواجهة ما قد يترتب على استرداد بعض الأموال والممتلكات عينا من الحائزين عليها من آثار خطيرة تمس بعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ...))^٨

١- د. عبد المنعم عبد الحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٧٥٨.

٢- د. رمزي طه الشاعر، رقابة القوانين، دراسة دستورية مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، مطابع التيسير، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٧٢٣.

٣- أنظر د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٠٩.. وانظر أيضا الدكتور عبيد حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص ١٦٢.

٤- د. عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٣٩

٥- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (٣١) لسنة ١٧ قضائية دستورية في ١٩٩٩/١/٢، موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt> وقد ذهبت في هذا الحكم إلى أن ((الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي، موازنا بينها، مرجحا ما يراه أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها لأكثر المصالح وزنا في مجال إنفاذها. وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة، تعتبر تخوما لها لا يجوز تجاوزها، بل يتعين التزامها نزولا عليها وتقيدا بها.))

٦ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم (٩) لسنة ١٨ قضائية دستورية في ١٩٩٧/٣/٢٢، موسوعة القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص ١٢٩

٧ نصت المادة (١٠٨) على أن ((الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ...))

٨- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣٩ لسنة ٥ قضائية دستورية في ١٩٨٦/٦/٢١.. وانظر أيضا مجموعة أحكام أخرى بخصوص إقرار المحكمة بحالة الضرورة للملجنة للتشريع عند الدكتور محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الرابع، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥٥٨ وما بعدها.

وفي العراق نجد من تتبع قضاء المحكمة الاتحادية العليا أنها قد تركت أمر تقدير الأسباب الموجبة للتشريع لخيارات المشرع .

فقد قضت في أحد قراراتها بدستورية قرار تشريعي صدر من برلمان إقليم كردستان يقضي بإلغاء جميع المزايدات التي جرت في أحد أيام عام ١٩٩٦ وإبطال جميع آثارها القانونية وإجرائها من جديد، مستندة إلى صحة الوقائع التي دفعت البرلمان لإصدار هذا التشريع^١.

وفي قرار آخر وجدت المحكمة أن الدستور قد حدد عدد نواب رئيس مجلس الوزراء بنائين في الدورة الانتخابية الأولى، ((وبعد تلك الدورة تُرك الأمر لتقدير رئيس مجلس الوزراء في تحديد عدد نوابه في الدورات اللاحقة، وحسب ما يتطلبه برنامج الوزارة، وعلى وفق المهام المنوطة به والصلاحيات المخولة له (...)) ولذلك وجدت المحكمة بأن تعيين ثلاثة نواب لرئيس مجلس الوزراء في الدورة الانتخابية (٢٠١٠-٢٠١٤) لا يمثل خرقاً دستورياً^٢.

وبخصوص الجانب المالي ضمن السياسة العامة للدولة التي يتولاها مجلس الوزراء قضت المحكمة الاتحادية العليا بدستورية الفقرة (د) من البند (ثانياً) من المادة (١٦) من قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٣ التي تنص على تعليق تسديد القسط البالغ ثلاثمائة مليار دينار بالكامل إلى صندوق الإسكان العراقي رقم (٣٢) لسنة ٢٠١١ على شرط تحقق زيادة في إيرادات النفط الخام المصدر في الأشهر الستة الأولى من سنة تنفيذ الموازنة ٢٠١٣. ذلك لأن الجانب المالي الذي تعكسه الموازنة العامة تحدده الموارد المالية للدولة في تلك السنة^٣.

المطلب الثاني

موقف القضاء الدستوري من غايات التشريع

من محددات الرقابة الدستورية أيضاً أن تُحجم المحكمة عن الخوض في مشروعية الغايات التي استهدفها المشرع من وضعه للتشريع طالما أنه يقع ضمن نطاق اختصاصاته التي أوكلتها له القواعد الدستورية . فحتى لو كان المشرع لم يضمن التشريع الغاية التي يستهدفها من وضعه له ضمن نصوصه أو في أسبابه الموجبة، فإن على القاضي أن يفترض دستورية الغايات التي أرادها المشرع .

١- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ١/اتحادية/٢٠١٠ في ١٦/٥/٢٠١١ . وفيه وجدت المحكمة أن يوم ١٩٩٦/٨/٣١ الذي جرت فيه تلك المزايدات العلنية صادف أحداثاً مسلحة بين عناصر البيشمركة والجيش العراقي في مدينة أربيل، مما أدى إلى الانفلات الأمني والهلع بين المواطنين واضطرارهم إلى البقاء في بيوتهم، ومن ثم عدم حضورهم إلى المزايدات العلنية، ومن بينها المزايدة التي دار حولها الادعاء التي لم يحضرها إلا المدعي فقط . ولذلك قررت المحكمة صحة الأسباب التي استند إليها برلمان إقليم كردستان في هذا التشريع.

٢- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢٤/اتحادية/٢٠١١ في ١٦/٥/٢٠١١.

٣- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٢٨/اتحادية/٢٠١٣ في ٢٧/٥/٢٠١٣.

وفي أمريكا اختلفت قاعدة عدم الخوض في غايات التشريع (Legislative Purposes)، من حيث مداها ومعايير تطبيقها باختلاف الواقع الاجتماعي والسياسي الذي عملت ضمنه المحكمة العليا الأمريكية على امتداد تاريخها.¹

ففي الفترة الأولى من تاريخ الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا، التي تمتد منذ بدايات القرن التاسع عشر وحتى السبعينيات منه نأت المحكمة بنفسها عن الخوض في أغراض التشريع على نحو يكاد يكون مطلقاً، فهي لا تحكم بعدم دستورية التشريع بسبب عدم مشروعية أغراضه إلا إذا نص التشريع على استهداف تلك الأغراض، وكان استهداف تلك الأغراض ممنوعاً على المشرع دستورياً، أو أن مسألة عدم مشروعية الغرض جلية جداً على نحو لا يترك أي مجال للشك، ولا أي احتمال لتفسير يضيء المشروعية عليه (Beyond reasonable Doubt) .²

ومن التطبيقات الواضحة لهذه القاعدة قضية (Norris v. City of Boston) التي وصلت إلى المحكمة العليا من ضمن القضايا التي ناقشت مسألة حق الولاية في فرض ضرائب . فقد أصدرت ولاية (Massachusetts) عام ١٨٣٧ تشريعاً يفرض على كل صاحب سفينة ترسو في موانئها أن يدفع تعريفة قيمتها دولارين عن كل شخص أجنبي تحمله، وبينت الولاية في ذات التشريع أن تلك العائدات ستُدفع لخزينة الولاية لاستخدامها في مساعدة الفقراء الأجانب . وحين طَعَنَ أحد أصحاب السفن بهذا التشريع أمام محكمة الولاية لكونه يعدُّ تدخلاً في حرية التجارة بين الولايات، قضت المحكمة العليا في الولاية بدستورية التشريع مستندة إلى مشروعية الغاية النبيلة التي نص عليها، والتي تبين مدى اهتمام الولاية بالفقراء، ذلك الاهتمام الذي أخذ بعداً إنسانياً عندما نص التشريع على توجيه العوائد لمساعدة الفقراء الأجانب . غير أن المحكمة العليا، وعندما طَعِنَ بقرار محكمة الولاية أمامها قضت بعدم صحة ذلك القرار ذاهبة إلى أن التشريع يتعارض مع حرية التجارة بين الولايات وأن الولاية ليس من حقها أن تفرض ضرائب مغطاة تشمل جميع أصحاب السفن، بغض النظر عن نبل الغاية التي تبينها حين تفرض تلك الضرائب .³ وطيلة كل هذه الفترة من تاريخ المحكمة والمحاكم العليا في الولايات كان المعيار في دستورية التشريع هو الاختصاص، فإذا كان تنظيم المسألة يدخل في اختصاص المشرع فإن المحكمة تفترض أن سلطته التقديرية مورست على نحو صحيح وليس لها بعد ذلك أن تفتش عن الغاية التي أرادها المشرع من وراء وضعه للتشريع .⁴

1 -See Caleb Nelson، Judicial Review of Legislative Purpose، New York University Law Review، Volume 83.2008، Page 1786.

2 - Richard L. Pacelle Jr.، The Role of the Supreme Court In American Politics، Westview Press، Boulder-Colorado-U.S.A.،2002، page 24.

3 -See Caleb Nelson، Op.Cit، Page 1805.

4 Ibid، page 1807.

وبعد سبعينيات القرن التاسع عشر ولغاية الثلاثينيات من القرن العشرين بدأت المحكمة تبتعد عن التطبيق الكامل لهذه القاعدة، وبدل أن تقيد نفسها بالغاية التي يُظهرها التشريع أخذت تدعي بأنها من الممكن في بعض الأحيان أن تستخلص أهدافا غير مشروعة من خلال البحث في طبيعة التشريع ومعقولية آثاره التي تكشف عنها الحقائق المتوفرة للمحكمة.^١ غير أن الملاحظ أن تلك الحالات التي رأت المحكمة أن من الممكن للمحكمة فيها أن توسع من بحثها عن الغايات الحقيقية للنص هي في الغالب حالات تنظيم المشرع لمسألة تتعلق بحق الملكية، حيث دأبت المحكمة، خلال تلك الفترة، على إضفاء أهمية كبيرة على هذا الحق من خلال تفسيرها الخاص لشرط الإجراءات القانونية الأصولية، كما هو واضح بعد حكمها في قضية (Lochner v. New York)^٢، الذي ذهب فيه إلى أن تشريع الولاية الذي يحدد ساعات العمل في المخابز يستهدف غايات أخرى غير ما نص عليه من استهداف للمحافظة على الصحة العامة . في حين نجد أن المحكمة سلمت بما توخاه المشرع من غاية للتشريع، على نحو حاسم، إزاء تشريعات تتضمن مسائل أخرى غير حق الملكية مثل مسألة الفصل العنصري، كما هو الحال في حكمها في قضية (Plessy v. Ferguson) عندما قضت بدستورية تشريع وضعته ولاية (Louisiana) يقضي بالفصل بين البيض والسود في عربات القطار بناء على مبدأ المساواة مع الفصل (Equal But Separate)، وقد استخلصت المحكمة في هذا الحكم أن الغاية من التشريع هي الحفاظ على السلم العام في الولاية من خلال منع الصدمات المحتملة بين البيض والسود على الرغم من أن نص التشريع لم يبين ذلك صراحة.^٣ وقد كانت المحكمة العليا تتعامل مع غايات المشرع على نحو متذبذب في هذه الفترة، لاسيما إزاء التشريعات التي كانت تتضمن فرض ضرائب معينة قَصَدَ منها المشرع أهدافا تنظيمية لم ينص الدستور صراحة على اختصاص المشرع في تحقيقها، أي ليست من الأهداف المنصوص عليها دستوريا من وراء فرض الضرائب وهي ((دفع الديون، وتوفير سبل الدفاع المشترك، والخير العام للولايات المتحدة)).^٤

ففي حكم لها عام ١٩١٨ قضت المحكمة بعدم دستورية تشريع اتحادي يقضي بدفع أصحاب المصانع رسوما معينة على إنتاجهم من البضائع إذا ساهم في ذلك الإنتاج أطفال تحت الرابعة عشرة من العمر، أو ساهم فيه أطفال في سن الرابعة عشرة إلى السادسة عشرة من العمر خارج ساعات محددة نص عليها ذلك التشريع، وقد انقسم قضاة المحكمة التسعة انقساما حادا بخصوص القرار في ذلك الحكم، وكان رأي الأغلبية منهم باتجاه عدم دستورية التشريع لاستهدافه تنظيم مسألة لا تدخل في اختصاص الكونغرس.^٥ وبعد تسعة شهور من هذا الحكم أراد الكونغرس تجاوز عدم دستورية هذا التنظيم فأصدر تشريعا بصيغة

1 - Henderson v. Mayor of N.Y، 92 U.S. 259،268، 1867.

2 - Lochner v. New York، 198 U.S. 45، 1905.

3 - Plessy v. Ferguson، 163 U.S.، 256، 1896.

٤- أنظر الفقرة الثامنة/١ من المادة الأولى من دستور أمريكا لعام ١٧٨٧

5 - See Hammer v. Dagenhart، 274 U.S. 251، 1918 .

جديدة تتضمن ذات المضامين والشروط التي كانت في التشريع المقضي بعدم دستوريته، وحين طعن بهذا التشريع الجديد أمام المحكمة قضت بدستوريته ذاهبة إلى أن المحكمة لا تملك أن تقطع بأن غاية المشرع لم تكن جمع الضرائب وإنما تنظيم عمل الأطفال، لأن بواعث وغايات تشريعات الضرائب تقع ضمن السلطة التقديرية الواسعة للمشرع التي ليس من حق المحكمة التدخل فيها^١.

وبعد منتصف ثلاثينيات القرن العشرين ومع تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي الجديد (New Deal) في ولاية الرئيس روزفلت (Roosevelt)، تغير منهج المحكمة العليا على نحوٍ حاد نحو تفسير الكثير من القواعد الدستورية مثل شرط الإجراءات القانونية الأصولية (Due Process of Law) بحيث أعطت حرية واسعة لتدخل الكونغرس في وضع تشريعات تهدف إلى تنظيم أمور داخل الولايات لا تدخل من حيث الأصل ضمن اختصاصاته التي نص عليها الدستور، وقد نأت المحكمة بنفسها تماما عن الخوض في بواعث التشريع، أو استخلاص غاياته من خلال الظروف المحيطة به أو من خلال أعماله التحضيرية، وقصرت بحثها في الغاية على تلك التشريعات التي تتضمن تمييزا عنصريا أو مخالفة لواحد من الحقوق الأساسية، علما أنها استبعدت حق الملكية وحرية التعاقد من نطاق تلك الحقوق^٢. لذلك نجد أن المحكمة سلمت بخيارات المشرع عبر هذه الفترة إزاء الغايات التي أرادها وبخاصة في التشريعات التي تتضمن تنظيم أوضاع اقتصادية^٣.

وفي مصر دأبت المحكمة الدستورية العليا على التأكيد في أحكامها بأنها تمارس رقابة ذات طابع قانوني مجرد ومن ثم فإنها تفترض أن المشرع عندما يسن تشريعا ما فإنه يكون قد استهدف تحقيق المصلحة العامة للمجتمع . فالمحكمة تسلّم مقدما بأن المشرع يستقل بوضع القواعد القانونية التي رآها محققة للمصلحة العامة متى كان ملتزما بأحكام الدستور وقواعده^٤. لذلك قضت المحكمة بخصوص أهداف التشريع بأن ((الأصل في النصوص القانونية هو أن لا تحمل على غير مقاصدها وألا تُفسر بما يخرجها عن معناها أو يفصلها عن سياقها))^٥. وقد سبقت المحكمة العليا في مصر المحكمة الدستورية العليا في افتراض مشروعية الغاية لدى المشرع ومن قضائها في ذلك حكمها بأن غاية التشريع الذي خص به المشرع القطاع

1 - See Child Labor Tax Case، 259 U.S.، 28، 29، 1922، When the Supreme Court says "this court is powerless to say judicially that the motive of Congress in levying the tax under consideration was not to impose the tax، but to regulate child laborthe motives and objectives of the tax are within the broad field of political discretion into which the judiciary is powerless to inter "

2 - Caleb Nelson، Op. Cit، page 1789.

3 - See Richard A. Posner، The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint، California Law Review، 2012، page 544.

٤- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٩٩ لسنة ٤ قضائية دستورية في ١٩٨٨/٦/٤. موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان: <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt>

٥- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية دستورية في ١٩٩٤/١/١٤، موقع المكتبة العربية لحقوق الإنسان، المصدر السابق .

العام دون القطاع الخاص بالإشراف على مرفق من المرافق المهمة مثل مرفق النقل البحري، هي تنظيم ذلك المرفق تنظيمًا يكفل النهوض به دعماً للاقتصاد القومي وضماناً لحقوق العاملين فيه^١. وقضت المحكمة الدستورية العليا في مصر أيضاً بأن الطعن بالغاية التي استهدفها التشريع يكون غير سديد إذا تبين لها ((... أن المشرع قد أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون عن مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التي تغياها من إصداره))^٢.

وفي العراق اتجهت المحكمة الاتحادية العليا إلى إضفاء المشروعية على الغايات التي تغياها المشرع، فقضت بدستورية التشريعات التي طعن بها أمامها بعدم مشروعية الأهداف التي أرادها المشرع من وضعها بما يخالف الدستور، وقد شمل هذا التسليم بدستورية الغايات حتى تلك التشريعات التي وضعت في أيام النظام السابق وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل، وبخاصة في مسائل نزع الملكية لأغراض المنفعة العامة، فافترضت المحكمة أن الغاية التي تغياها المشرع في تلك التشريعات هي المصلحة العامة، مع مراعاة المحكمة لعدالة التعويض عن الاستيلاء على الملكية، بل أن المحكمة قضت بدستورية قرارات الاستيلاء لأغراض الإصلاح الزراعي بدون تعويض مستتدة إلى أن تلك القرارات صدرت في ظل دستور ١٩٧٠ الذي لا يمنع ذلك^٣. كما قضت بأن ((نزع الملكية لأغراض تنفيذ الطرق العامة، هدفه تحقيق المنافع العامة ... وليس مصادرة الأرض كما ادّعى المدّعي))^٤.

وحول الإدعاء باستهداف المشرع إنشاء محاكم خاصة بالتعارض مع ما نص عليه الدستور حول مبدأ استقلال القضاء ومبدأ الفصل بين السلطات، قضت المحكمة بأن نص قانون التقاعد على تشكيل لجنة يرأسها قاضي من الدرجة الثانية لمراجعة طعون الأفراد بخصوص إجراءات تطبيق القانون، هدفه إيجاد لجنة فنية لتنظيم العمل وليس إنشاء محكمة خاصة حتى لو تضمن ذلك القانون النص على وجود قاضي في تلك اللجنة^٥.

١- أنظر حكم المحكمة العليا في مصر في الدعوى رقم ٧ لسنة ٤ قضائية عليا في ١٩٧٥/٣/١ ذكره الدكتور محمد ماهر أبو العينين، الدفاع في نطاق القانون العام، مصدر سابق، ص ٥٨٤
٢- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ لسنة ١ قضائية دستورية في ١٩٨٣/٢/٥. وذلك بمناسبة الطعن أمام المحكمة بعدم دستورية القرار رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ القاضي بتأميم بعض الشركات والمنشآت فيما تضمنه من إدراج الشركة المصرية المتحدة للملحة البحرية في الجدول المرفق به، بذريعة مخالفة ذلك للصالح العام لأن الشركة المذكورة لم تسهم بعد تأميمها بأي دور في تنمية الاقتصاد القومي. موسوعة القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص ٢٢.
٣- أنظر على سبيل المثال قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ٤٨/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٤/١٠/٢٠١٠. وقد جاء في حيثيات هذا القرار أن ((الإجراءات المتخذة للاستيلاء قد تمت وفق سياقاتها الصحيحة وموافقة لأحكام الدستور السابق ولا علاقة للدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ بتلك الإجراءات لأن الواقعة قد حصلت بموجب قانون صدر في ظل دستور سابق وموافقة لأحكامه))

٤- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٤٨/اتحادية/٢٠٠٨ في ١٢/١٠/٢٠٠٩.
٥- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ٣/اتحادية/٢٠١٣ في ٦/٥/٢٠١٣. وقد جاء في هذا القرار أنه ((لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وكيل المدعي أقام هذه الدعوى طالبا إلغاء المادتين (٢٠/أولا/أ-ب) و (٢٤/ثانيا) من قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ كونهما غير دستوريين وطلب تعديل قانون محكمة القضاء بجعلها هي المختصة بنظر قضايا المتقاعدين ابتداءً وذلك للأسباب التي أوردها في عريضة دعواه ولدى الرجوع إلى المادة

المطلب الثالث

موقف القضاء الدستوري من ملاءمة التشريع

من القيود المفروضة على القضاء الدستوري أن المحكمة لا تصدر حكماً تقويمياً على القانون الذي يضعه المشرع، ولا تعطي لنفسها الحق في وزن السياسة التشريعية فتتطرقُ باحثاً في مدى ملاءمة التشريع، أي صلاحيته الاجتماعية والسياسية ومدى نجاعة الوسائل التي تضمّنّها التشريع لتحقيق غاياته، وتناسب تلك الوسائل مع تلك الغايات .

وتعرّف الملاءمة أيضاً بأنها توافق التشريع مع توقيت صدوره وتوافقه مع الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تحيط إصداره.¹

وتلتزم المحكمة العليا الأمريكية بهذا القيد التزاماً كاملاً عندما تمارس رقابة الدستورية بحدها الأدنى، أي رقابة المعقولة (Rational Basis Scrutiny)، وهو ذلك النوع من الرقابة الذي تمارسه إزاء التشريعات التي لا تتضمن خرقاً لواحد من الحقوق الأساسية كذلك التي تضمّنّها التعديل الرابع عشر، ولا تتضمن تمييزاً عنصرياً.²

فوفق هذا القيد يفترض بالمحكمة أن تترك وضع السياسة التشريعية للمشرع، لأنها لا تملك تلك الوسائل التي يملكها المشرع في تقييم الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي.³

(٢٠/أولاً/أ) من قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ المعدل نجد بأنها تنص على (تشكيل لجنة تسمى "لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين" برئاسة قاضي من الصنف الثاني ينتدبه مجلس القضاء وعضوية من الموظفين القانونيين لا تقل عن درجتها الوظيفية عن مدير، أحدهما من وزارة المالية والآخر من وزارة الدفاع، تتخذ قراراتها بالأكثرية وتنتظر في جميع قضايا التقاعد المعترض عليها الناشئة من تطبيق أحكام هذا القانون، ونصت الفقرة (ب-) من أولاً من المادة (٢٠) من القانون المذكور على ((لذوي العلاقة الطعن أمام اللجنة خلال تسعين يوماً من تأريخ التبليغ أو العلم بقرار الوزير المختص أو رئيس الدائرة أو الهيئة)) كما وجد بأن المادة (٢٤/ثانياً) من القانون المذكور أنفاً قد نصت على ((إذا لم يقدم المتقاعد أو وكيله القانوني طلب منحة الراتب التقاعدي خلال سنة من تأريخ انفكاكه من الوظيفة محالاً على التقاعد أو لم يستلم راتبه التقاعدي خلال المدة المذكورة يصرف راتبه التقاعدي من تأريخ تقديمه الطلب ما لم يكن سبب عدم تقديمه الطلب أو استلام راتبه التقاعدي بمعذرة مشروعة ويستثنى القاصر ومن بحكمه)) . يتضح مما تقدم أعلاه بأن اللجنة المشكلة بموجب قانون التقاعد الموحد ... هي لجنة خاصة تشكلت بموجب القانون أنفاً وأن القرارات التي تصدرها هي قرارات ذات طبيعة فنية خاصة تغلب عليها الصفة الإدارية بالرغم من أن اللجنة يترأسها قاضي من الصنف الثاني ينتدبه مجلس القضاء ... وحيث أن المادة (٩٥) من الدستور قد نصت على ((يحظر إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية) ولم تنص على حظر إنشاء لجان خاصة أو فنية لذا فإن تشكيل اللجنة المذكورة أعلاه ... لا تتعارض مع نص المادة الدستورية المنوه عنها أعلاه (...))

١- د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٢

2 - Andrew T. Hyman، The Little Word "Due"، Akron Law Review، Volume 38، 2005، page 31 . See also Footnote Four of United States v. Caroline Product Co، 304 U.S. 144، 152، 1938 . And See Neal Devins، Congressional Fact Finding and The Scope of Judicial Review A Preliminary: Analysis، Duke Law Journal، Volume 50، 2001، Page 1178.

3 - See Robin Charlow، Judicial Review- Equal Protection –And The Problem of Plebiscites، Cornell Law Review، Volume 79، 1994، page 529، when he says that Judges do not have investigative or research staff .Consequently، judges may have difficulty translating scientific

وحين تطبق المحكمة العليا هذا القيد وهي بصدد رقابة المعقولية لا يكون مطلوباً من التشريع لكي تقضي بدستوريته إلا أن تكون مضامينه معقولة الارتباط بالأهداف المشروعة ((للحكومة)).^١ والأهداف هنا لا يشترط أن تكون أهدافاً ثابتة لدى المحكمة واقعا، بل يكفي أن تقبل المحكمة أي غايات مقنعة، وربما تقتض أحيانا وجود تلك الغايات.^٢ وفي مثل هذه الحالة فإن المحكمة تضع على عاتق الطاعن بالتشريع عبئ إثبات عدم وجود أي أساس معقول من الممكن أن يدعم التشريع، وهذا ما ورد صراحة في أحد قرارات المحكمة إذ ذهبت إلى أن ((أولئك الذين يهاجمون معقولية التصنيف الذي تضمنه التشريع يقع عليهم عبئ إثبات نفي كل أساس مقنع يمكن أن يدعمه)).^٣

والحقيقة أن الموقف من قيد عدم التدخل بملاءمة التشريع وحكمته لم يبسر على وتيرة واحدة عبر تاريخ المحكمة العليا الأمريكية . فقد بلغ أقصى مدى في تطبيقه في حقبة الثلاثينيات والأربعينيات من القرن العشرين، أي الفترة التي أعقبت ما يسمى عند الباحثين الأمريكيين بفترة حكم لوكنر (Lochner Era)، تلك الفترة التي بدأت في نهاية القرن التاسع عشر وامتدت إلى منتصف ثلاثينيات القرن العشرين . وقد تعرضت المحكمة في تلك الفترة إلى انتقادات شديدة لدرجة أن الواقع السياسي في أمريكا وُصف بأنه واقع حكومة القضاة، كناية عن التدخل السافر للمحكمة العليا في الملاءمات السياسية للتشريع .^٤ وكرد فعل لتلك الانتقادات الشديدة طرأ على نهج المحكمة تغييرا حادا، وأصبحت تنأى بنفسها عن التدخل في ملاءمة التشريع أو حكمته، وبخاصة إزاء التشريعات التي تتضمن تنظيما اقتصاديا . وكانت بداية ذلك في حكم لها أصدرته عام ١٩٣٤، قضت فيه بدستورية تشريع وضعته ولاية (New York) يحدّد أسعار الحليب، مؤسّسةً حكمها على أن ذلك التحديد يمثل إجراء يقع ضمن الملاءمات المتروكة للسياسة التشريعية التي يختارها المشرع، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن ((... من المسلم به أن استخدام الملكية وإبرام العقود هي من الشؤون الخاصة للأفراد وليست من الشؤون العامة، وأن القاعدة العامة فيها أن تكون بمنأى عن تدخل الحكومة . غير أن حقوق الملكية وحقوق التعاقد هي ليست حقوقا مطلقة، إذ إن الحكومة لا يمكن وجودها

and other studies . They may not know the scientific method and the impotence of validity . So they must leave all that to the legislature .

1 -Romer v. Evans،517 U.S. 620، 1996.

2 - See U.S. R.R. Ret. Bd. V. Fritz،449 U.S.،166-178، 1980 (discussing what legitimate objectives Congress could have proffered for the challenged legislation)

3 - Communication Commission v. Beach Communication،Inc. 508 U.S. 307،1993 : " Those attacking the legislative classification have the burden to negative every conceivable basis which might support it"

٤ - أنظر حول مدلول تجربة الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا خلال تلك الفترة الدكتور منذر ابراهيم الشاوي، القانون الدستوري - نظرية الدستور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ٧٧-٨٣، حيث يقدم تحليلا ناقدا لما آلت إليه التجربة الأمريكية في الرقابة الدستورية من تحكم للقضاة بحيث أن ((... المحكمة العليا لم تصبح، في الولايات المتحدة الأمريكية، إحدى الهيئات التشريعية، بل أصبحت المشرع الأعلى بحيث تعود لها الكلمة الأخيرة في إعطاء القوانين صفتها الملزمة))

إذا كان من حق كل مواطن أن يكون حرَّ الإرادة في استعمال ملكيته بما يلحق الأذى بأبناء المجتمع، أو يستخدم حريته بالتعاقد بما يلحق بهم الضرر . فالأساس العام في الحقوق الخاصة أن المجتمع يمكن أن ينظّمها بما يخدم المصلحة العامة ...))^١

وفي مصر تعد الملاءمة من أخص مظاهر السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، بحيث يعود له وحده القول الفصل في مدى ملاءمة مضامين التشريع الذي يضعه ونجاعتها لتحقيق الغايات المشروعة التي أرادها من إصداره .^٢ فملاءمات التشريع هي مسألة تتعلق بالواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، وإذا تعارضت رؤية المشرع لهذا الواقع، مع رؤية القاضي له، فإن رؤية المشرع هي التي يجب أن تقدّم طالما أنه يعمل في إطار الدستور .^٣

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على الالتزام بهذه القاعدة تجاه سلطة المشرع التقديرية . ومع ذلك تواترت أحكامها أيضا على أن سلطة المشرع التقديرية هي ليست مطلقة، وإنما يجب أن تُمارس بحدود القواعد الدستورية . أي أن المحكمة نأت بنفسها عن وزن السياسة التشريعية للمشرع طالما أنه يضعها بحدود الصلاحيات التي خولها له الدستور .

فقد أكدت المحكمة على أن الرقابة الدستورية لا شأن لها بالسياسة التشريعية التي استنسبها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها كلما كان تنفيذها - من خلال النصوص التي أقرها - لا يصادم حكما في الدستور .^٤ ولذلك قضت بدستورية نص يتضمن الحجز على السفن البحرية الخاصة التي يتعلق بها دين، ذاهبة إلى أن إسباغ المشرع على بعض الديون صفة الديون البحرية يكون واقعا في إطار سلطته التقديرية في تنظيم

1 - *Nebbia v. New York*, 291U.S. 502, 1934, When the Supreme Court Sustains that : Under our form of government "the use of property and the making of contracts are normally matters of private and not of public concern . The general rule is that both shall be free of government interference . But neither property rights nor contract rights are absolute ; for government cannot exist if the citizen may at will use his property to the detriment of his follows, or exercise his freedom of contract to work them harm . Equally fundamental with the private right is that of the public to regulate it in the common interest "

٢- أنظر الدكتور رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٧٢٧ . والدكتور محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣، ص ١٨٠ والدكتور رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٦٦ والدكتور سامر عبد الحميد محمد العوضي، أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - ٢٠٠٨، ص ٤٩

٣- أنظر الدكتور عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص ٣٩٠ .

٤- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية دستورية في ١٩٩٨/٣/٧ ((للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق بما لا يعقب عليه في تقديره ما دام أن الحكم التشريعي الذي قرره لتلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية ولا تهدر نصاً في الدستور، كما أنه يملك لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث يكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع))، موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان،

الحقوق، وأن ذلك النص الذي وضعه المشرع في قانون التجارة البحرية يهدف إلى دعم الائتمان التجاري البحري، ومضمونه يعدُّ من خيارات المشرع بما لا يُخلُّ بصون حق الملكية ولا مبدأ المساواة المنصوص عليهما في المادتين (٣٤) و (٤٠) من الدستور المصري لعام ١٩٧١^١. كما قضت بأن تقدير الضريبة يعد من الملاءمات التشريعية التي يختص بها المشرع^٢. وقضت بخصوص الضريبة أيضا بأن فرض الضريبة يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وله أن يغير بين الضريبة المفروضة على الأرض الفضاء وتلك المفروضة على العقارات^٣.

ولا يكاد الأمر يختلف كثيرا في المحكمة الاتحادية العليا في العراق بخصوص ترك ملاءمات التشريع لتقدير المشرع الذي يمارسه وفق ما يراه من سياسة تشريعية ملائمة . فقد قضت المحكمة بذلك في غير قليل من قراراتها، ومن بينها القرارات المتعلقة بمسائل الاستيلاء ونزع الملكية لأغراض المنفعة العامة، مثل قرارها الذي قضت فيه بدستورية ما نص عليه قانون الاستملاك من حق جهة الاستملاك باستملاك ما لا يزيد على ربع مساحة العقار بدون بدل إذا توصلت لجنة التقدير إلى زيادة في قيمة العقار المتبقي لدى المُستَمَلِك منه، وكانت تلك الزيادة بسبب قرار الاستيلاء^٤.

وبخصوص مبدأ المساواة التي يراها المشرع متحققة وفق خياراته التشريعية قضت المحكمة العليا في العراق بدستورية قصر وصف السجناء السياسيين على الأشخاص الذين تعرضوا للاعتقال للفترة من ١٧/٦/١٩٦٨ / ولغاية ٤/٩/٢٠٠٣ دون من تعرضوا له قبل ذلك التاريخ^٥.

١- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ١١١ لسنة ٢٧ قضائية دستورية في ٦/٧/٢٠٠٨. موسوعة القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص ٣٣٤.

٢- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٧٠ لسنة ٢٢ قضائية دستورية في ١/٧/٢٠٠٧. موسوعة القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

٣- أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٩٦ لسنة ٢٢/قضائية دستورية في ١٠/٣/٢٠٠٢، موسوعة القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

٤- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٨/١/٢٠٠٨ وقد جاء فيه أن استملاك ربع مساحة العقار بدون بدل إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن موقع العقار أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك ((...لا يتعارض مع حكم المادة ٢٣ /ثانيا من دستور جمهورية العراق (ويشكل) تطبيقا سليما له ذلك إن التعويض العادل الذي قصده النص الدستوري قد تحقق في تحسن موقع أو منفعة القسم المتبقي من العقار وزيادة لقيمته بسبب الاستملاك، وكذلك الحال عن دفع المستملاك منه ما يكمل قيمة ربع المساحة العمومية للعقار لأن ذلك يمثل الزيادة التي حصلت في قيمة أو في منفعة الجزء غير المستملاك وهذه الزيادة في القيمة أو في المنفعة هي التعويض العادل للمستملاك منه الذي قصده النص الدستوري المشار إليه، وإلا نكون أمام حالة إثراء غير مشروع بجانب المستملاك على حساب الجهة المستملكة)) ولنا ملاحظة على هذا الحكم بخصوص وصف الإثراء بدون سبب، لأن الإثراء بدون سبب يتطلب وجود ركن مهم هو حصول افتقار في الذمة المالية لأحد طرفي العلاقة، والمقصود به وفق رأي المحكمة الاتحادية العليا في هذه المسألة الذمة المالية لجهة الاستملاك، وهذا الركن برأينا غير متواجد.

٥- أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق ٥٣/اتحادية/٢٠١٢١٨/١٢/٢٠١٢ وفيه وجدت المحكمة بعد التدقيق والمداولة أن نص المادة (٥) من قانون السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦، والذي يجعل القانون لا يشمل إلا السجناء للفترة من ١٧/٧/١٩٦٨ ولغاية ١/٤/٢٠٠٣ ((... لا يخالف نص المادة (٢) أو (ج) من الدستور الذي نص على أن "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور)) بل العكس جاء منسجما مع نص المادة المذكورة، كما إن النص المذكور لا يتعارض مع المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع

الخاتمة

التفريق بين مسائل الواقع ومسائل القانوني يعد مسألة مهمة للقضاء في كل أنواعه . ففي داخل الحقل القضائي يعد هذا التفريق معيارا لبيان سلطة قضاء التمييز، فقضاء التمييز لا يمد رقابته إلى مسائل الواقع وإنما يترك مسألة استخلاصها وتقديرها لمحاكم الموضوع، ويقصر رقابته على مسائل القانون، أي مدى صحة تفسير وتطبيق محاكم الموضوع للقواعد القانونية سواء أكانت هذه القواعد إجرائية أم موضوعية . وفي نطاق القانون العام فإن القضاء، سواء أكان إداريا أم دستوريا، يناهض بنفسه، غالبا، عن الخوض في مسائل الواقع التي دعت المشرع إلى وضع التشريع، أو دعت الإدارة إلى اتخاذ القرار، وسلطة القضاء الإداري والقضاء الدستورية في هذا المجال يمكن تشبيهها بسلطة محكمة التمييز في قصر الرقابة على مسائل القانون دون الخوض في بواطن وغايات وملاءمات التشريع أو القرار . غير أننا نجد أن القضاء الدستوري لم يتخذ نهجا ثابتا في هذا الجانب، وإنما نجد أنه يتأثر بالواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي المحيط به عند الفصل في قضايا تتضمن هذه الجوانب .

المصادر

أولا : باللغة العربية

- ١- د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥
- ٢- د.رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩
- ٣- د.رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، مطابع التيسير، القاهرة، ٢٠٠٤
- ٤- د.سامر عبد الحميد محمد ألعوضي - أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - ٢٠٠٨
- ٥- د.طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦
- ٦- د.عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٩٥

الاقتصادي أو الاجتماعي " حيث أنه لم يفرق بين العراقيين لأسباب الواردة في المادة الدستورية المذكورة، إنما هو خيار تشريعي للمشرع حصره في المادة المذكورة، وكذلك لا يخالف نص المادة ١٦ من الدستور التي تنص على "تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك " لأن ما ورد في النص المطلوب الحكم بعدم دستوريته هو خيار تشريعي للمشرع ((

- ٧- د. عبد العزيز محمد سالمان ضوابط وقيود الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١
- ٨- د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٠
- ٩- د. عبد المنعم عبد الحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، ٢٠٠١
- ١٠- د. عبير حسين السيد حسن، دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩
- ١١- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبيو للقانون والتنمية، ٢٠٠٣
- ١٢- د. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣
- ١٣- د. محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الرابع، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢
- ١٤- د. منذر ابراهيم الشاوي، القانون الدستوري - نظرية الدستور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١
- ١٥- د. منذر إبراهيم الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩

ثانيا : باللغة الانكليزية

1. Andrew Hessick, Rethinking The Presumption of Constitutionality, Notre Dame Law Review, Volume 85, 2010
2. Andrew T. Hyman, The Little Word "Due", Akron Law Review, Volume 38, 2005
3. Bradford R. Clark, Unitary Judicial Review, Washington Law Review, 2003
4. Brian Foley, Deference and the Presumption of Constitutionality, Institute of Public Administration, Dublin, Ireland, 2008
5. Caleb Nelson, Judicial Review of Legislative Purpose, New York University Law Review, Volume 83, 2008
6. Christina E. Wells, Questioning Deference, Missouri Law Review, Volume 69, 2004
7. Christina E. Wells, Beyond Campaign Finance : The first Amendment Implication of Nixon v. Shrink Missouri Government PAC, Montana Law Review, volume 66, 2001
8. Elizabeth Thornburg, Law-Facts- and Power, Online Companion to Penn State Law review, 2009
9. Lawrence Baum, The Puzzle of Judicial Behavior, The University of Michigan Press, Michigan, U.S.A., 2005

10. Neal Devins, Congressional Fact Finding and The Scope of Judicial Review A Preliminary: Analysis, Duke Law Journal, Volume 50, 2001
11. Richard A. Posner, The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, California Law Review, 2012
12. Richard L. Pacelle Jr., The Role of the Supreme Court In American Politics, West view Press, Boulder-Colorado-U.S.A., 2002
13. Robin Charlow, Judicial Review- Equal Protection –And The Problem of Plebiscites, Cornell Law Review, Volume 79, 1994
14. William P. Marshall, False Campaign and First Amendment, University of Pennsylvania Law Review, Volume 153, 2004

قيود الإسناد الدائمة في قانون أصول المحاكمات الجزائية

دراسة مقارنة

د. حيدر غازي فيصل الربيعي

كلية القانون - الجامعة المستنصرية

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث:

متى ما وقعت الجريمة نشأ حق المجتمع في معاقبة مرتكبها، فترفع بمواجهته الدعوى الجزائية تحقيقاً لهذا الغرض، بيد أن حق المجتمع بتحريك هذه الدعوى لا ينفى أن يترك مطلقاً من الناحية الزمنية، حيث أنه قد تظهر بعض القيود أو العقبات التي تؤدي إلى منع تحريك الدعوى الجزائية، أو منع الاستمرار فيها وبالتالي منع الإسناد الجنائي لإنقضاء وسيلة التدليل على نسبة الجريمة إلى المتهم، وهي الدعوى الجزائية. فبانقضاء هذه الدعوى لا يمكن البدء أو الاستمرار في الإجراءات اللازمة للتدليل على اسناد الجريمة إلى المتهم.

ومن أهم خصائص هذه القيود أنها ذات طبيعة اجرائية، لا تتعلق بالرابطة الإجرائية التي تجمع بين المتهم والادعاء العام والقاضي، ومن ثم لا شأن لها بأركان الجريمة أو عناصر المسؤولية أو شروط استحقاق العقوبة. ويكون الحكم الذي تصدره المحكمة إذا توافر مانع من الموانع هو عدم قبول الدعوى وليس الحكم ببراءة المتهم. كما تتسم بأنها قيود متعلقة بالنظام العام، وأساس ذلك إن الدعوى الجزائية ذاتها تتصل بالنظام العام فتتصل به بالضرورة أسباب انقضائها، ويترتب على ذلك عدم جواز تنازل المتهم عنها. فضلاً عن ذلك فإن المحكمة تقرر توافرها من تلقاء نفسها ويجوز اثارها لأول مرة في اية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة التمييز. وتتمثل هذه القيود بـ((وفاة المتهم، العفو العام، التقادم، الحكم البات، وقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً، الصلح، وأخيراً التنازل)).

ثانياً: أهمية موضوع البحث:

يكتسب هذا البحث أهميته في نطاق قانون أصول المحاكمات الجزائية وتتضح هذه الأهمية في كون القاضي - قاضي تحقيق أو قاضي موضوع حسب الأحوال - لا يستطيع في حالة توافر أحد القيود الشكلية للإسناد، اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو اصدار أي حكم في موضوع الدعوى سواء أكان هذا الحكم بالإدانة ام بالبراءة، وعلى ذلك فاذا وجدت احدى القيود الشكلية الدائمة وكانت الدعوى في مرحلة التحقيق الابتدائي فان ذلك يمنع قاضي التحقيق من الاستمرار في إجراءاتها وذلك لانقضائها بوجود مثل هذه القيود، أما إذا كانت الدعوى في مرحلة المحاكمة، فأن وجود أي من هذه القيود يمنع القاضي من اصدار أي حكم في موضوعها سواء أكان بالإدانة ام بالبراءة، وذلك لانقضاء الدعوى الجزائية بوجود هذا القيد.

ثالثاً: منهجية البحث:

نظراً لتنشعب المسائل التي تطرق لها موضوع البحث، فقد اعتمدت على عدة مناهج علمية تتكامل فيما بينها بقصد الوصول إلى مادة البحث ومحاولة الالمام بجميع دقائقها وتفصيلاتها والإجابة عن التساؤلات المطروحة، ولأجل تحقيق هذه الغاية فقد اتبعنا المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وفقاً لما يأتي:

- المنهج التحليلي: يقوم هذا المنهج على اساس استعراض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، وكذلك استعراض الآراء الفقهية التي طرحت حول الموضوع ومناقشتها للوقوف على الرأي الراجح منها والانحياز اليه مع بيان الاسباب والمبررات التي دفعتنا إلى ذلك.
- المنهج المقارن: حيث قارنا الأحكام التي جاء بها التشريع العراقي في خصوص موضوع البحث، مع الأحكام التي جاء بها كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي بهذا الخصوص، كما أشرنا إلى موقف القضاء الجنائي في هذه الدول بقدر ما توافر لدينا من قرارات قضائية.

رابعاً: إشكالية موضوع البحث:

تتركز إشكالية موضوع البحث حول الاجابة على التساؤل الآتي: كيف تؤثر القيود الواردة على الإسناد في نطاق قانون أصول المحاكمات الجزائية، أي في نطاق القواعد الشكالية من القانون الجنائي من حيث التدليل أو إقامة الدليل على إسناد الجريمة إلى المتهم ونسبتها اليه؟.

خامساً: خطة البحث:

بغية الإحاطة بموضوع هذا البحث من كافة جوانبه، فقد ارتأينا تقسيمه إلى سبعة مباحث، تسبقها مقدمة، خصصنا المبحث الاول لبيان قيد وفاة المتهم وأثره على الإسناد الجنائي. وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى العفو العام وبيان اثره على الإسناد الجنائي. اما المبحث الثالث فقد تطرقنا فيه لبيان التقادم واثره على الإسناد الجنائي. وفي المبحث الرابع تطرقنا عن الحكم البات وأثره على الإسناد الجنائي. أما في المبحث الخامس فقد تطرقنا لبيان وقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً وبيان أثر ذلك على الإسناد الجنائي. وفي المبحث السادس تطرقنا لبيان الصلح واثره على الإسناد الجنائي. وأخيراً في المبحث السابع تناولنا قيد التنازل وأثره على الإسناد الجنائي. وانهيينا البحث بخاتمة تضمنت جملة من النتائج والمقترحات التي نراها ضرورية لاستكمال الغرض من هذا البحث.

المبحث الاول

وفاة المتهم وأثرها على الإسناد الجنائي

إذا كان المسلم به ان العقوبة لا تحقق أياً من أغراضها إلا إذا نفذت في شخص معين بالذات هو المسؤول عن الجريمة، فان وفاة هذا الشخص تجعل من المستحيل تنفيذ العقوبة وتحقيق أغراضها، ومن ثم يتعذر إمكان تحريك الدعوى الجزائية أو الاستمرار في سيرها. وبالتالي عدم إمكان إسناد الجريمة إلى المتهم، لانقضاء الدعوى الجزائية بوفاة هذا الشخص فلا يمكن بعد ذلك اتخاذ أو الاستمرار في الإجراءات الهادفة إلى إقامة الدليل على إسناد الجريمة إليه. ويتطلب بحث هذا القيد الشكلي من قيود الإسناد الجنائي بيان مفهوم الوفاة (الموت) أولاً، ثم بيان اثر وفاة المتهم على الإسناد الجنائي. وهذا يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، كما يأتي:

المطلب الاول: مفهوم الوفاة (الموت).

لم تحدد التشريعات الجنائية معنى الوفاة تاركة ذلك للفقهاء المختصين في هذا المجال، ولهذا فإن هذه التشريعات اكتفت بالإشارة إلى وفاة المتهم كسبب عام لانقضاء الدعوى الجزائية دون تحديد معنى الوفاة. ومن هذه التشريعات المشرع العراقي حيث ينص في المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ على أنه ((تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم))، وكذلك المشرع المصري حيث تنص المادة (١٤) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه ((تنقضي الدعوى الجنائية بوفاة المتهم...)). وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، إذ تنص المادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية لعام ١٩٥٨ على أنه ((تنقضي الدعوى العامة بالنسبة لتطبيق العقوبة بوفاة المتهم...)). يتبين من النصوص السابقة أن التشريعات الجنائية لهذه الدول الثلاث، لم تحدد معنى الوفاة، بل اكتفت ببيان الأثر الذي ترتبه الوفاة على الدعوى الجنائية، وتمثل بانقضائها بالوفاة. أما أمر تعريفها فقد ترك للفقهاء المختصين في هذا المجال.

أما الفقهاء فقد عرف الوفاة بأنها ((انتهاء الحياة بسبب توقف جهاز التنفس والدورة الدموية والجهاز العصبي توقفاً تاماً لبضع دقائق، وما يتبع ذلك من ظهور علامات وتغيرات بمظاهر الجثة تنتهي بتحلل الجسم تحللاً كاملاً))^(١). وعرفت الوفاة أيضاً بأنها ((خروج الروح من الجسد ومفارقة الحياة للإنسان مفارقة تامة))^(٢). إما إثبات الوفاة فإنه لا يعتبر من الأمور الروتينية السهلة التطبيق كما يعتقد البعض، فهناك حالات مرضية معروفة، مثل ((داء السكري الحاد، وبعض امراض الكبد المتسفحة، والتسمم الشديد، وبعض اصابات الرأس والدماغ)) تترك أحياناً أثراً طفيفة للحياة بحيث يختلط الموت من عدمه حتى لدى الكثير من الأطباء والجراحين، ويكون النبض الشرياني وعملية التنفس شبه معدومين في هذه الاحوال، بحيث لا يمكن التأكد من وجودهما أو عدم وجودهما^(٣). وحتى لا تحصل مثل هذه الالتباسات ركز الطب العدلي على اشارات وتجارب عديدة لاثبات الوفاة، ففي الطب الحديث تؤدي الاشعة الملونة والفحوصات الآلية والكهربائية دوراً أساسياً في تحديد هذه المسألة^(٤).

وهناك معياران علميان لتحديد لحظة الوفاة، الاول هو المعيار التقليدي للوفاة، وبمقتضاه يعتبر الشخص ميتاً بالتوقف النهائي للقلب ((الدورة الدموية))، وتوقف الرئتين ((الجهاز التنفسي)) عن العمل. فالموت الحقيقي لا يتم الا بمفارقة الروح الجسد وتوقف جميع الاعضاء الحيوية عن اداء وظائفها بما في ذلك القلب. وذلك لان الروح هي التي تبعث الدفء أو الحرارة في الجسد وتحفظه من الفساد والتعفن إذا

(١) أنظر: د. أحمد أبو الروس- التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية- المكتب الجامعي الحديث- الاسكندرية- ٢٠٠٥- ص٤١٥.

(٢) أنظر: د. إبراهيم صادق الجندي- الموت الدماغى- الرياض- ط١- ٢٠٠١- ص١٢.

(٣) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- قيود الإسناد في القانون الجنائي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة الموصل- كلية الحقوق- ٢٠٠٨- ص١٥٣.

(٤) أنظر: د. طارق الزعين- تعريف الموت- بحث منشور في مجلة القضاء- الاعداد- ١- ٢- ٣- ٤- السنة (٣٦)- بغداد- ١٩٨١- ص٣٤١.

طالت مدة وجوده على جهاز التنفس الاصطناعي. ولا يتفق هذا المعيار وفقاً للاتجاه الغالب مع ما توصل إليه التطور العلمي والفني في المجال الطبي، فتوقف الوظائف المشار إليها تعبر عن الموت الظاهري وليس الحقيقي^(١)، لذلك ظهر المعيار الاخر هو المعيار الحديث للوفاة، وبمقتضاه يعتبر الشخص ميتاً في حالة توقف المخ عموماً بما في ذلك المراكز العصبية الهامة التي تتحكم في الوعي الحركة، الكلام، السمع والبصر، الذاكرة، التنفس، الدورة الدموية، السيطرة على درجة الحرارة، والسيطرة على الغدد وتنظيم وظائف الاعضاء الهامة^(٢).

المطلب الثاني: أثر وفاة المتهم على الإسناد الجنائي

إذا كانت الدعوى الجزائية هي وسيلة الدولة في اقتضاء حقها في العقاب، وإذا كانت العقوبة هي شخصية بطبيعتها أي لا تقع الا على الجاني ولا تمتد إلى غيره، فكان من الطبيعي ان تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم^(٣). فوفاة المتهم تجعل اقتضاء الدولة لحقها في العقاب مستحيلاً لان شخص المتهم لم يعد له وجود فالحق تبعاً لذلك، لا وجود له وهي الدعوى الجزائية^(٤). وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ، إذ تقضي بأنه ((تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم...))^(٥). فالمسؤولية الجنائية لا تنقرر الا بالنسبة لمتهم حي، فاذا كان المتهم قد توفي فلن تجد تلك المسؤولية من يتحمل تبعاتها^(٦).

ويختلف أثر وفاة المتهم على الإسناد الجنائي باختلاف المرحلة التي تكون عليها الدعوى الجزائية وقت حدوث الوفاة، لذا لا بد ان نبحث اثر وفاة المتهم على الإسناد الجنائي في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى الجزائية ابتداءً من تحريكها إلى حين صدور حكم بات فيها. فإذا توفي المتهم قبل تحريك الدعوى الجزائية بصدد الجريمة المرتكبة، فأن هذا يعني عدم امكانية تحريك الدعوى الجزائية وبالتالي عدم امكان اسناد التهمة إلى المتهم^(٧)، وإذا قدمت الدعوى رغم ذلك تعين على القاضي من تلقاء نفسه ان يقضي بعدم قبول الدعوى لانقضائها بالوفاة دون التعرض لشكل الدعوى. ولا يتوقف ذلك على تمسك احد بهذا الدفع، إذ

(١) أنظر: د. صفوان محمد شديفات- المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط١- ٢٠١١ ص ٣١١ وما بعدها. د. صفاء حسن العجيلي- الاهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة- دراسة مقارنة- دار الحامد للنشر والتوزيع- ط١- ٢٠١١ ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) أنظر: حسام عبد الواحد كاظم الحميد اوي- الموت واثاره القانونية- دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي- اطروحة دكتوراه- جامع بغداد- كلية القانون- ١٩٩٩- ص ٥٩.

(٣) أنظر: د. مأمون محمد سلامة- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- دار الفكر العربي- بدون ذكر سنة الطبع- ص ٤٢٢.

(٤) أنظر: د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ج ١- دار الدكتور للنشر- ط١- ٢٠١١ ص ٧٥.

(٥) تقابلها المادة (١٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النافذ، والمادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لعام ١٩٥٨.

(٦) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ١٥٥.

(٧) أنظر: د. محمد علي سويلم- نظرية دفع المسؤولية الجنائية- دراسة تأصيلية تحليلية وتطبيقية مقارنة- منشأة المعارف بالاسكندرية- ٢٠٠٧- ص ٢٧١.

ان المسألة متعلقة بالنظام العام، ويتعين على الادعاء العام- النيابة العامة- وغيرها من الجهات إذا ثبت لديها وفاة المتهم، ان تأمر بحفظ الاوراق لانقضاء الدعوى الجزائية بالوفاة إذا كانت لم تباشر إجراء فيها، فإذا كانت قد باشرت بإجراء من إجراءات التحقيق تعين ان يكون الامر بالالوجه لاقامة الدعوى الجزائية^(١). أما إذا توفي المتهم بعد تحريك الدعوى الجزائية وقبل صدور حكم فيها، ترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجزائية وتعين على المحكمة الحكم بانقضائها لوفاة المتهم. ويستوي ان تكون الوفاة قد حدثت اثناء التحقيق النهائي الذي تقوم به المحكمة أو بعد الانتهاء منه^(٢)، بل حتى بعد الانتهاء من سماع المرافعة واصدار المحكمة قرارها باقفال باب المرافعة وحجز القضية للحكم في الجلسة التي تحددها^(٣)، فللمحكمة اعادة فتح باب المرافعة متى ما وجد ما يببر ذلك، أي ان على المحكمة التي تنتظر الدعوى ان تصدر حكماً بانقضائها لوفاة المتهم متى حصلت الوفاة في أية لحظة بعد رفع الدعوى حتى لحظة النطق بالحكم في جلسة علنية^(٤). ولا يختلف موقف مشرعنا عن موقف المشرع المصري من حيث الاساس، فقد نصت المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على انقضاء الدعوى بوفاة المتهم، كما بينت المادة (٣٠٤) من نفس القانون بأن على المحكمة ان تصدر قرارها بأيقاف الإجراءات الجزائية بحق المتهم ايقافاً نهائياً إذا ما توفي ثناء المحاكمة^(٥). وهكذا فان على محكمة الموضوع إذا ما تأكد لها وفاة المتهم بارتكاب الجريمة ان تصدر قرارها بوقف الإجراءات الجزائية بحق المتهم وفق المادة (٣٠٤) لانقضاء الدعوى بوفاة، وفقاً للمادة (٣٠٠)^(٦)، أيأ كان نوع الجريمة المتهم بارتكابها سواء أكانت جريمة مخالفة أو جنحة أو حتى جنائية، فالمحكمة ملزمة بوقف الإجراءات الجزائية بحق المتهم ما دام أنه قد توفي بعد صدور القرار بإحالته على المحكمة المختصة وفق المادة (١٣٤) من نفس القانون، سواء كان المتهم محالاً إلى المحكمة المختصة بدعوى موجزة أو غير موجزة وسواء حدثت الوفاة قبل توجيه التهمة أم بعدها، وتلتزم المحكمة بإصدار القرار بوقف الإجراءات الجزائية عند حصول الوفاة في اية لحظة اثناء توليها اختصاص النظر في الدعوى^(٧)، طالما أنها لم تتلو صيغة الحكم أو القرار علناً^(٨)، فإذا قامت المحكمة بتلاوة الحكم في

(١) أنظر: د. عبد الحكم فوده- انقضاء الدعوى الجنائية وسقوط عقوبتها- منشأة المعارف بالاسكندرية- ٢٠٠٥- ص٣٢.

(٢) أنظر: د. مأمون محمد سلامة- المصدر السابق- ص٢٢٤ وما بعدها.

(٣) أنظر: نص المادة (٢٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النافذ.

(٤) فالحكم لا يعتبر صادراً قانوناً حتى بعد الانتهاء من المداولة بل يستلزم لصحة صدوره النطق به علناً ولو كانت الدعوى قد نظرت في جلسة سرية، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد: الحكم الذي اصدرته عام ١٨٧١ بانقضاء الدعوى الجنائية ضد المتهم الذي كان قد توفي قبل اليوم المحدد للنطق بالحكم. أنظر في ذلك: Cr. 15. Sept. 1872 D.P. 71. 5. 51.

(٥) أنظر: قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٦٥/جنايات/١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٣/٢٣ الذي صدقت فيه قرار محكمة الموضوع بوقف الإجراءات القانونية بحق المتهم المتوفي ايقافاً نهائياً وفق المادة (٣٠٤) من قانون الاصول الجزائية. أنظر في ذلك: النشرة القضائية، العدد الاول، ١٩٧٤، ص٣٧٩.

(٦) عليه فان اسناد المحكمة قرارها بوقف الإجراءات القانونية بحق المتهم الذي توفي خلال المرافعة وقبل صدور الحكم عليه، ايقافاً نهائياً إلى المادة (٣٠٠) من قانون الأصول الجزائية ينطوي على قصور في الإسناد. أنظر في ذلك: القرار رقم ٧٤٨/جنايات/١٩٧٣ في ١٩٧٢/٥/٢، النشرة القضائية، العدد (٢)، س٣، ص٢٤٦.

(٧) لا يجوز الاختصار على مجرد القول بحصول وفاة المتهم دون الحكم صراحة بوقف الإجراءات في الدعوى وفقاً نهائياً وفق المادة (٣٠٤) من قانون الاصول الجزائية لانقضاء الدعوى الجزائية بموجب المادة (٣٠٠) من نفس القانون.

الجلسة المعينة لإصداره امتنع عليها الرجوع عن الحكم الذي أصدرته أو اجراء أي تغيير أو تبديل فيه، الا لتصحيح خطأ مادي، حيث يصبح الحكم خاضعاً لطرق الطعن المقررة قانوناً^(١). وإذا حدثت وفاة المتهم بعد صدور الحكم في الدعوى ولكن قبل ان يصبح نهائياً، أعتبر هذا الحكم اخر اجراء من إجراءات الدعوى، وانقضت بحلول الوفاة، ويترتب على ذلك انه لا يقبل من الورثة الطعن في هذا الحكم، ذلك ان الطعن احياء لدعوى قد انقضت، وهو ما لا يجيزه القانون^(٢)، ومعنى هذا ان الإسناد الجنائي يمتنع هنا أيضاً، إذ لا قيمة للحكم الصادر في هذه الدعوى باعتبار انها انقضت بوفاة المتهم، ومن ثم لا يكون لهذا الحكم أي أثر ولذلك لا يمكن الطعن فيه. فما دامت الدعوى الجزائية قد انقضت، فلا يمكن الاستمرار في الإجراءات الهادفة إلى التبدل على اسناد أو نسبة الجريمة إلى المتهم، ومن بين هذه الإجراءات الطعن في الحكم الصادر في الدعوى.

اما القضاء الفرنسي فيقبل الطعن في الحكم الجنائي من الورثة، فقد اعتبرت محكمة الجنايات حكماً غيابياً على شخص هارب فقدم ورثته عريضة للمحكمة أوضحوا فيها ان مورثهم كان قد توفي في الخارج قبل صدور ذلك الحكم. فقررت محكمة الجنايات بناءً على هذه العريضة ان الحكم الغيابي الذي أصدرته يعتبر كأن لم يكن. ورفضت محكمة النقض والإبرام الطعن الذي رفعته النيابة عن هذا القرار^(٤). أما إذا حصلت الوفاة بعد الطعن بالحكم الصادر في الدعوى من جانب المحكوم عليه أو الادعاء العام، سواء كان طعنًا بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي أو طعنًا بالتمييز أو تصحيح القرار التمييزي^(٥)، سواء كان الحكم صحيحاً أو بين الخطأ، فإن على المحكمة المختصة بنظر الطعن ان ترد الطعن المقدم إليها من الادعاء العام إذا كان الحكم صادراً بالبراءة ما دام المتهم قد توفي قبل الفصل في الدعوى^(٦)، وان تصدر قراراً بايقاف الإجراءات ايقافاً نهائياً لانقضاء الدعوى بوفاة المحكوم عليه وفقاً للمادة (٣٠٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٧). وإذا كان الحكم صادراً بالادانة وحدثت الوفاة بعد تقديم الطعن أو اثناء النظر فيه^(٨)، فإن على

(١) أنظر: نص المادة (٢٢٣/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٢) أنظر: نص المادة (٢٢٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٣) أنظر: د. عبد الحميد الشواربي- التعليق الموضوعي على قانون الإجراءات الجنائية- الكتاب الأول- الدعوى الجنائية- منشأة المعارف بالاسكندرية- ٢٠٠٢- ص ١٠٥ وما بعدها. د. حسن ربيع- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٠/٢٠٠١- ص ١٨١.

(٤) أنظر: Cass, 25 Oct. 1821, D. N. 50.

نقلاً عن: د. عبد الحكم فودة- المصدر السابق- ص ٣٥ وما بعدها.

(٥) أنظر: نقض جنائي مصري في ١٢/٢٧/١٩٧٦- مجموعة احكام النقض- س٢٧- رقم ٢٢٦- ص ١٠١٠. نقض جنائي مصري في ١١/٢٩/١٩٤٩، أحكام النقض، س١، رقم ٤١، ص ٢١٨. نقض جنائي مصري في ١٢/٥/١٩٣٨، مجموعة القواد القانونية، ج٢، رقم ٢٩٠، ص ٣٦٨. وكذلك قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٣٨/تمييزية/١٩٤٧ بتاريخ ١٩٤٧/٤/٢٨، حيث كانت محكمة التمييز قد نقضت الحكم الذي أصدرته محكمة الموضوع في الدعوى الجزائية وقررت احالة الدعوى إلى المحكمة الذي أصدرته لاجراء المحاكمة فيها مجدداً، إلا ان المحكوم عليه قد توفي اثناء المحاكمة امام محكمة الموضوع مجدداً، فقررت محكمة التمييز بان على محكمة الموضوع ان تقضي بوقف الإجراءات وفقاً نهائياً، لان الحكم الذي سبق إصداره بحق المتهم لم يصبح باتاً بسبب نقضه من قبل محكمة التمييز.

(٦) أنظر: نقض جنائي مصري في ١١/٢٠/١٩٣٠، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ١٠٤، ص ١٠٦. ونقض في ١٩٣١/٣/٥، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ١٩٦، ص ٢٥٥.

(٧) وتقبلها المادة (١٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النافذ.

المحکم المختصة بنظره ان تصدر القرار بإنقضاء الدعوى ووقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً وفقاً للمادة (٣٠٤) من قانون الاصول الجزائية، سواء كان الطعن مقدماً من المحكوم عليه نفسه أو من الادعاء العام^(٢). وأخيراً إذا حدثت الوفاة بعد صدور حكم بات بالادانة، أي بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية باستفادته طرق الطعن القانونية أو بانقضاء مواعيد الطعن فيه أو بصدوره غير قابل للطعن فيه، فان اثر الوفاة لن ينصرف إلى الدعوى الجزائية في هذه المرحلة نظراً لانقضائها بصدور الحكم البات فيها، بل أن أثر الوفاة ينتقل إلى العقوبة المحكوم بها بحق المتهم^(٣)، فتسقط العقوبات الجنائية ويمتنع تنفيذها استناداً إلى مبدأ شخصية العقوبة^(٤). وهذا الموضوع لا يثير أي خلاف حيث تقتضيه طبيعة العقوبة الجنائية، باستثناء ما يتعلق بتنفيذ عقوبة الغرامة^(٥)، حيث اختلفت التشريعات كما اختلف الفقهاء بخصوص تنفيذها من عدمه^(٦).

أما عن أثر وفاة المتهم على الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة، فيمكن القول ان وفاة المتهم قبل صدور الحكم البات في حقه تؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية بالنسبة له وحده دون غيره من المساهمين الآخرين الذي اشتركوا معه في الجريمة، سواء في ذلك أكانوا مساهمين أصليين، ام مجرد مساهمين تبعيين وكان المتوفى هو الفاعل الأصلي، حيث تستمر الإجراءات الجزائية في مواجهة هؤلاء في مجراها الطبيعي^(٧)، لان العبرة في المساهمة هي بعلاقة المساهم بذات الفعل الجنائي المكون للجريمة، لذا فان المساهم يستمد صفته بحسب الأصل من الفعل الأصلي، فضلاً عن فعل المساهمة الذي صدر فيه، وهكذا فان المساهمين في الجريمة مستقلون فيما بينهم من حيث إجراءات الملاحقة والمحاكمة، فإذا توفي احد المساهمين فان ذلك لا يمنع السلطات المختصة من تحريك الدعوى إزاء المساهمين الآخرين، أيأ كانت المرحلة التي حصلت فيها الوفاة، ان لم قد رفعت والاستمرار في نظرها ان كانت مرفوعة حتى تنتهي بالحكم

(١) أنظر: نقض جنائي مصري في ١٤/ديسمبر/١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض، س١٣، رقم ١٩٨، ص٨٢٤. وانظر في تطبيقات القضاء الفرنسي: Cr- 15 Mars- 1830- J. G. Cassation, 293. هذا ويذكر ان محكمة النقض الفرنسية قد أقرت مبدأ انقضاء الدعوى الجزائية عند وفاة المحكوم عليه الصادر بحقه حكم غير بات بالادانة، في حكمها الذي اصدرته عام ١٨٤٢، وذلك بمناسبة طعن احد المواطنين الجزائريين، حيث صدر بحقه حكم بالموت بموجب قرار قضائي من المجلس الحربي الفرنسي. أنظر في ذلك:

Cr. II Mars, 1842. J. G. Casstation.

(٢) أنظر: نقض جنائي مصري في ٥/مارس/١٩٣١، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ١٩٦، ص٢٥٥.
(٣) أنظر: أحمد حازم مصطفى- أثر وفاة المتهم في إنقضاء الدعوى الجزائية- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٨- ص١٠٦.

(٤) أنظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات- القسم العام- مطبعة الزمان- ١٩٩٢- ص٥٠٣. د. حسن ربيع- المصدر السابق- ص١٨٢.

(٥) أنظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١- ص٨١. المحامي: محسن الناجي- الأحكام العامة في قانون العقوبات- شرح على متون النصوص الجزائية- ط١- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٧٤- ص٥٥٥.

(٦) ذهب قانون العقوبات العراقي إلى تأييد الاتجاه القائل بعدم سقوط عقوبة الغرامة بوفاة المحكوم عليه إذا كان الحكم باتاً، وذلك وفق الفقرة الثانية من المادة (١٥٢) من قانون العقوبات، وتقبل المادة (٥٢٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٧) أنظر: أحمد حازم مصطفى- المصدر السابق- ص١٣٥.

فيها نهائياً^(١). وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة بالنسبة لأثر الوفاة في حالة تعدد المساهمين في الجريمة، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء موضوعه جريمة الزنا، فإذا توفيت الزوجة الزانية انقضت الدعوى الجزائية بالنسبة لشريكها، ويقوم هذا الاستثناء على أساس ان وفاتها قبل الحكم قرينة قانونية على براءتها، فلا يجوز هدم هذه القرينة بمحاكمة شريكها لان ادانته تتضمن بالضرورة أدانتها^(٢). ويسري هذا الاستثناء إذا توفي الزوج الزاني اثناء نظر الدعوى، إذ تنقضي بالنسبة له وبالنسبة لشريكته معاً^(٣). ومن جهة اخرى فإن وفاة المتهم لا تمنع من مصادرة الأشياء الممنوعة التي يعد صنعها، أو استعمالها، أو حيازتها، أو بيعها، أو عرضها للبيع، جريمة في ذاتها كالأسلحة التي تحرز بدون رخصة والمشروبات والمأكولات والأدوية التالفة^(٤)، باعتبار ان الحكم بمصادرة هذه الأشياء لا يعد فصلاً في الدعوى الجزائية بل هو قضاء بتدبير احترازي وقائي لا يعتبر جزءاً جنائياً. ولا تستطيع المحكمة الحكم بهذا التدبير الوقائي إذا كانت الوفاة تمت قبل رفع الدعوى الجزائية أمامها لان ذلك معناه ان الدعوى لم تدخل في حوزتها قانوناً. وإذا كانت الوفاة قد تمت أثناء التحقيق الابتدائي أو الإحالة فيتعين التقرير بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية^(٥). فهذه الأشياء يجب مصادرتها في جميع الأحوال وان لم تكن ملكاً للمتهم^(٦). وهذا يعني ان الحكم بالمصادرة لا يعني قيام الإسناد الجنائي في حق المتهم حيث ان المصادرة هنا لا تعتبر عقوبة بل هي مجرد تدبير احترازي.

ومن تطبيقات القضايا الجنائية في هذا الصدد، ما قضت به محكمة التمييز في العراق من انه ((إذا توفي المتهم تقرر المحكمة إيقاف الإجراءات القانونية بحقه إيقافاً نهائياً وفق المادة (٣٠٤) من الأصول الجزائية))^(٧). وما قضت به محكمة النقض المصرية من انه ((إذا كان الطاعن قد توفي بعد تقريره بالطعن تعين الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالنسبة إليه لوفاة))^(٨).

المبحث الثاني

العفو العام وأثره على الإسناد الجنائي

- (١) أنظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات اللبناني/ القسم العام- دار النهضة العربية- مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي- بيروت- ١٩٧٧- ص ٥٧٣.
- (٢) أنظر: د. إبراهيم حامد طنطاوي- شرح قانون الإجراءات الجنائية- الجزء الاول- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٤- ص ٢٥٤.
- (٣) أنظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط٢- دار النهضة العربية- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ١٩٨٨- ص ١٩١.
- (٤) أنظر: د. عبد الحكم فودة- المصدر السابق- ص ٣٧ وما بعدها.
- (٥) أنظر: د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية- دار النهضة العربية- مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي- ١٩٨٥- ص ١٤٣.
- (٦) أنظر: نص المادة (١٠١) من قانون العقوبات العراقي النافذ، تقابلها المادة (٣٠) من قانون العقوبات المصري.
- (٧) أنظر: قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٦٥/جنايات/١٩٨٣، في ٢٣/٣/١٩٧٤، منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، س٢، ١٩٧٦، ص ٣٧٩.
- (٨) أنظر: طعن جنائي رقم (٢٣٤) لسنة ٥١ق، في ١٤/٦/١٩٨١، المحامي عبد المنعم حسين، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، ج٦، و٨، الاصدار الجنائي، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٤٣.

العفو إجراء قانوني تعطل الدولة بمقتضاة الاثار الجنائية المترتبة على الجريمة، ولذلك فهو يعتبر من اسباب سقوط الجريمة نظراً لما يترتب عليه من سقوط حق الدولة في عقاب مرتكبها^(١).
 وإذا كانت الدساتير الحديثة توجب صدور العفو العام بقانون، فان ذلك مرده إلى ان الدعوى الجزائية حق للهيئة الاجتماعية بأكملها، وانه ليس لغيرها ان يتنازل عنها، فهي صاحبة هذا الحق، تتنازل عنه حين يقوم لديها من الأسباب ما يدعوها إلى ذلك. وفي هذه الحالة لا بد من إفراغ هذا التنازل في قانون يصدر من الهيئة الاجتماعية أي من الهيئة التي تمثل المجتمع وتتكلم نيابة عنه وتعمل لحسابه وهي السلطة التشريعية^(٢). عليه يتطلب بحث هذا القيد الشكلي من قيود الإسناد الدائمة بيان مفهوم العفو العام أولاً، ثم بيان أثره على الإسناد الجنائي، ووفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم العفو العام.

لم يعرف المشرع العراقي "العفو العام" بل اكتفى بتنظيم أحكامه تاركاً أمر تعريفه للفقهاء، حيث تنص الفقرة (١) من المادة (١٥٣) من قانون العقوبات النافذ على أنه ((العفو العام يصدر بقانون ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية ومحو حكم الادانة الذي يكون قد صدر فيها...))، وتنص المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ على انه ((تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم... أو بالعفو عن الجريمة...))، وتنص المادة (٣٠٥) من نفس القانون بأنه ((إذا صدر قانون بالعفو العام فتوقف إجراءات التحقيق والمحاكمة ضد المتهم ايقافاً نهائياً...)). اما المشرع المصري فلم يعرف هو الاخر "العفو العام"، ولم يستخدم هذا المصطلح بل استخدم مصطلحاً آخر هو "العفو الشامل" حيث تنص المادة (٧٦) من قانون العقوبات النافذ على أنه ((العفو الشامل يمنع أو يوقف السير في إجراءات الدعوى أو يحو حكم الإدانة...)). وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي لم يعرف العفو العام، مكتفياً بتنظيم احكامه في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية وفي المادة (١٣٣) من قانون العقوبات الجديد لعام ١٩٩٤، حيث تنص المادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه ((تنقضي الدعوى العامة بالنسبة لتطبيق العقوبة بوفاة المتهم والعفو العام...))، وتنص الفقرة (٩) من المادة (١٣٣) من قانون العقوبات الجديد إذ تنص على أنه ((العفو عن الجريمة يحو احكام الادانة المحكوم بها، ويؤدي إلى الاعفاء من كافة العقوبات دون ان يكون هناك مجالاً للرجوع إلى أية تبعات قانونية)).

أما على صعيد الفقه، فقد تعددت التعاريف التي اوردها فقهاء القانون الجنائي لمصطلح العفو العام، فيعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بأنه ((تجريد الفعل من الصفة الجرمية بحيث يصير له حكم الافعال

(١) أنظر: د. مأمون محمد سلامة- المصدر السابق- ص ٢٣٣.
 (٢) أنظر: د. حاتم حسن البكار- أصول الإجراءات الجنائية وفق احداث التعديلات التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية- منشأة المعارف بالإسكندرية- ٢٠٠٧- ص ١٢٤.

التي لم يجرمها الشارع أصلاً^(١))). وعرف الدكتور رؤوف عبيد العفو العام بأنه ((العفو عن الجريمة يزيل الصفة الاجرامية عن الفعل فهو بمثابة تنازل من الهيئة الاجتماعية عن جميع حقوقها قبل الجاني، وهو بالادق اغضاء من الهيئة الاجتماعية ونسيان للواقعة، حسبما يشير اليه الاصل اللغوي لكلمة Amnistié مستتبع انقضاء العقوبة الاصلية والتكميلية والتبعية والاثار الجنائية لها))^(٢). وعرفه الدكتور أحمد فتحي سرور بأنه: ((قرار تصدره الدولة للتنازل بمقتضاه عن حقها في معاقبة الجاني، ونظراً لأنه يعطل احكام قانون العقوبات الذي نظم حق الدولة في العقاب فان العفو الشامل لا يكون الا بقانون))^(٣). يتبين من التعاريف الثلاثة المذكورة اعلاه، بأنها تتفق على ان العفو العام يسقط الجريمة برفع الصفة الاجرامية عن الفعل المرتكب واعتباره فعلاً مشروعاً غير معاقب عليه قانوناً. والواقع ان العفو العام لا يرفع الصفة الاجرامية عن الفعل المرتكب فهو ليس سبب اباحة، بدليل انه إذا ارتكب شخص اخر نفس الجريمة بعد صدور العفو العام يسأل عنه طبقاً للقواعد العامة. ولا يصدر العفو العام إلا بقانون، حيث تنص المادة (١٥٣) من قانون العقوبات العراقي النافذ على انه ((يصدر العفو العام بقانون...))، وتنص المادة (٣٠٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ على انه ((إذا صدر قانون بالعفو العام...)). اما عن الحكمة من العفو العام فهي التهدة الاجتماعية بسدال ستار النسيان على جرائم ارتكبت في ظروف إجتماعية معينة كي ينتهياً للمجتمع ان يمضي في مرحلة جديدة من حياته لا تشوبها ذكريات هذه الظروف^(٤)، ولذلك يصدر العفو العام عقب فترات من الاضطراب السياسي ويكون موضوعه أفعال ذات صلة بهذا الاضطراب^(٥).

المطلب الثاني: أثر العفو العام على الإسناد الجنائي

يخالف أثر العفو العام على الإسناد الجنائي باختلاف المرحلة التي تكون عليها الدعوى الجزائية، وبناءً على ذلك إذا صدر قانون العفو العام قبل تحريك الدعوى الجزائية ترتب عليه عدم جواز تحريكها بخصوص السلوك الجرمي المعفى عنه وتحت أي وصف كان^(٦). وإذا كانت قد رفعت الدعوى وجب على المحكمة ان تقضي بانقضائها ولو من تلقاء نفسها لان قواعد انقضاء الدعوى الجزائية تعد من النظام العام، لذا لا يجوز للمتهم ان يتنازل عن العفو الصادر لصالحه ويطلب الاستمرار في الدعوى ومحاكمته لاطهار

(١) أنظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية- المصدر السابق- ص١٩٣.

(٢) أنظر: د. رؤوف عبيد- مبادئ القسم العام من التشريع العقابي- دار الفكر العربي- ط٤- ١٩٧٩- ص١٩٧٤.

(٣) أنظر: د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات- الجزء الاول- النظرية العامة للجريمة- دار النهضة العربية- ١٩٨١- ص٨٠٩.

(٤) أنظر: د. عمر سالم- شرح قانون العقوبات المصري- القسم العام- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠١٠- ص٨١٩. د. عبد الحميد الشواربي- المصدر السابق- ص١٠٨.

(٥) أنظر: جمال محمد مصطفى- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- مطبعة الزمان- بغداد- ٢٠٠٥- ص٢١٠. أمير طاهر حسين الكناني- المصلحة المعتبرة في تشريع قانون العفو العام- رسالة ماجستير- الجامعة المستنصرية- كلية القانون- ٢٠١٣- ص٦٣.

(٦) أنظر: د. فوزية عبد الستار- شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لحدث التعديلات- ط٢- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠١٠- ص١٤٤. د. براء منذر عبد اللطيف- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط١- دار ابن الأثير للطباعة والنشر- جامعة الموصل- ٢٠٠٩- ص٤٩.

براءته، لأن الفعل في ذاته اصبح غير معاقب عليه، وبناءً على ذلك يتعين اطلاق سراح المتهم الموقوف أو المتهم المدان ما لم يكن مطلوباً عن قضية اخرى غير مشمولة بقانون العفو^(١). أما إذا كان صدور قانون العفو العام في تاريخ لاحق على تحريك الدعوى الجزائية أمام قاضي التحقيق ((أو أمام السلطة الاتهامية))، فيجب على قاضي التحقيق ((أو الهيئة الاتهامية)) ان يصدر قراراً بإيقاف إجراءات التحقيق لانقضاء الدعوى الجزائية بالعفو العام^(٢)، أما إذا كانت الدعوى الجزائية مرفوعة امام المحكمة وجب عليها ان توقف سير الدعوى وتصدر حكمها بانقضاء الدعوى الجزائية بالعفو العام، ولا يجوز لها ان تستمر النظر في موضوعها أو ان تصدر حكماً بالبراءة أو الإدانة^(٣). وإذا صدر العفو العام بعد الحكم في الدعوى وغدى هذا الحكم باتاً حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه، فان هذا العفو يمحو أثر الحكم محوً تاماً وتزول اثاره ولا يجوز تنفيذ العقوبة المحكوم بها حتى ولو كانت الغرامة^(٤)، وإذا كان المحكوم عليه محبوبساً يخلى سبيله فوراً ويعتبر العفو العام بمثابة رد اعتبار له^(٥). وقد اجمل المشرع العراقي اثار العفو العام بنص المادة (١٥٣) من قانون العقوبات، حيث نصت الفقرة الاولى من هذه المادة على أنه ((العفو العام يصدر بقانون ويترتب عليه انقضاء الدعوى ومحو حكم الادانة)).

والعفو العام نظام جنائي بحت^(٦)، ومن ثم ينحصر أثره في منع الإسناد الجنائي، اما الإسناد المدني فيبقى قائماً، وهذا ما قرره المادة (٣٠٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ صراحة عندما قضت بأنه ((... ويكون للمتضرر من الجريمة الحق في مراجعة المحكمة المدنية)). وبالنسبة لاثار العفو العام على الإسناد في حالة تعدد المساهمين، فيمكن القول بأنه لما كان للعفو العام طابع عيني اذ ينفي الصفة الاجرامية عن افعال معينة ارتكبت قبل تاريخ معين، بغض النظر عن اشخاص مرتكبي هذه الأفعال، ولذلك يترتب عليه سقوط الدعوى الجزائية بالنسبة لمرتكب الفعل وللمساهمين فيه، وذلك خلافاً للعفو الخاص، الذي لا يستفيد منه من المساهمين في الجريمة الا من توافرت لديه شروطه^(٧). وبناءً على ذلك لا يجوز للمتهمين طلب استمرار النظر في الدعوى لاستظهار براءتهم، إذ ان قانون العفو يوقف النظر في الدعوى ويحتم الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية^(٨).

(١) أنظر: د. عوض محمد عوض- المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية- منشأة المعارف الاسكندرية- بدون ذكر سنة الطبع- ص١٣٣. د. ضياء عبد الله عيود- العفو كسبب من اسباب انقضاء الدعوى الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ- بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق- مجلة قانونية فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون- جامعة كربلاء- السنة الثالثة- العدد الثاني- ٢٠١١- ص٢٨. وليد بدر نجم الراشدي- العفو العام في التشريعات المقارنة- اطروحة دكتوراه- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٣- ص١١٧.

(٢) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص١٦٢.

(٣) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص١٦٢ وما بعدها.

(٤) أنظر: د. مصطفى محمد عبد المحسن- النظام الجنائي الاسلامي- القسم العام- العقوبة- الكتاب الثالث- امتناع المسؤولية وارتفاع العقاب- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٩- ص١٠٢٦. د. براء منذر عبد اللطيف- المصدر السابق- ص٥٠.

(٥) أنظر: د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية- المصدر السابق- ص١٦٧.

(٦) أنظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية- المصدر السابق- ص١٩٣.

(٧) أنظر: د. فوزية عبد الستار- المصدر السابق- ص١٤٥. د. عمر سالم- المصدر السابق- ص٨٢.

(٨) أنظر: د. عيود الحكم فوده- المصدر السابق- ص٤٦.

ومن جهة أخرى فإن العفو لا يشمل الجرائم المستمرة والمتعاقبة أو المتتابعة، إذا استمرت حالة الاستمرار أو التعاقب أو التتابع بعد صدور قانون العفو العام^(١)، فإذا كانت الجريمة متتابعة وامتدت حالة التتابع إلى ما بعد التاريخ المحدد بالقانون فإن العفو العام لا تنقضي به الدعوى الجزائية بالنسبة للوقائع التي تواجدت بعد هذا التاريخ^(٢)، وكذلك الحال بالنسبة للجرائم المستمرة فإن حالة الاستمرار بارتكاب الجريمة بعد التاريخ المحدد لنفاذ قانون العفو العام يجعل الدعوى الجزائية قائمة بحق من ارتكب تلك الجريمة، لأن العفو العام لا يسري الا على الافعال التي تقع خلال مدة سريانه، أي انه في حالة كون الجريمة مستمرة عند صدور قانون العفو العام، فانه لا يحقق اثره بانقضاء الدعوى الجزائية، وما عدا ذلك فإن الدعوى الجزائية تنقضي حقه إذا ان حالة الاستمرار هي التي تميز هذه الجريمة عن الجريمة الوقتية، فمجرد قيام هذه الحالة تنهض الجريمة المستمرة ولا تنتهي الا بنهايتها، ومحل الاعتبار في حالة الاستمرار هو الفعل الجرمي لا الأثر المترتب عليه، لأن الدعوى الجزائية تمر بعده مراحل، فقد يتوقف الركن المادي للجريمة المتمثل بالسلوك الاجرامي ويستمر الاثر المترتب عليه كجريمة الضرب، فهي وقتية وان استمر اثرها على جسم المجنى عليه لمدة من الزمن^(٣).

وقد ثار خلاف حول اثر العفو العام على الإسناد الموضوعي، فأتجه الرأي السائد في الفقه المصري والمقارن^(٤) بأن العفو العام يرفع عن الفعل الصفة الاجرامية بأثر رجعي، فيصبح له حكم الافعال التي لم يجرمها المشرع اصلاً، ومن ثم ينتفي الإسناد المادي، إذ تكتسب الواقعة صفة المشروعية بأثر رجعي بقانون العقوبات، وأساس هذا الاتجاه ان نص المادة (١٤٩) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ تحظر اصدار العفو العام بالا بقانون، أي ان انشاء الجريمة كالعائها لا يكون الا بقانون، ومن ثم فان العفو يلغي الجريمة ذاتها، وذهب جانب من الفقه المصري الا ان العفو العام لا يزيل عن الفعل صفته غير المشروعية اذ يظل للفعل هذه الصفة بعد صدور العفو على ذات النحو الذي كانت له قبل صدور العفو. فالعفو العام إجراء مسقط للدعوى الجريمة ذاتها، لانه صفع، والصفح لا يمحو الذنب، ولا يبيح ارتكابه. وكل ما يفيد تنازل المجتمع ممثلاً في السلطة التشريعية- عن حقه في محاكمة الجاني، وهذا الحق هو ما يطلق عليه اسم الدعوى الجزائية^(٥).

(١) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ١٦٤.

(٢) أنظر: د. مأمون محمد سلامة- المصدر السابق- ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. محمد علي سالم جاسم وصالح شريف مكتوب- اشكاليات تطبيق قانون العفو العام وموقف القضاء العراقي- بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية- مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل- السنة السادسة- العدد الاول- ٢٠١٤- ص ٢٣. د. حاتم حسن البكار- المصدر السابق- ص ١٢٦.

(٤) أنظر: د. رمسيس بهنام- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً- منشأة المعارف- الاسكندرية- ١٩٧٧- ص ٣٥٦. د. سليمان عبد المنعم- النظرية العامة لقانون العقوبات- دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية- ٢٠٠٣- ص ٨١٤.

(٥) أنظر: د. محمد علي سويلم- الإسناد في المواد الجنائية- دراسة تأصيلية تحليلية وتطبيقية مقارنة- منشأة المعارف- ٢٠٠٧- ص ٢٧٧ وما بعدها. د. عوض محمد عوض- المصدر السابق- ص ١٣٠.

فإذا كانت الدعوى الجزائية عن الفعل لم تحرك فلا يجوز تحريكها، وإذا كانت قد حركت فلا يجوز الاستمرار فيها، وإذا كان الحكم بالادانة قد صدر سقط الحكم وانمحي ما جاء فيه من عقوبات اصلية أو تكميلية^(١). وهذا ما اكدته نصوص القانون، فالمادة (٣٠٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ تنص على انه ((إذا صدر قانون بالعمو العام فتوقف إجراءات التحقيق والمحاكمة ضد المتهم ايقافاً نهائياً))، والمادة (١/١٥٣) من قانون العقوبات ايضاً تنص على انه ((العمو العام يصدر بقانون ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية ومحو حكم الادانة الذي يكون قد صدر فيها، وسقوط جميع العقوبات الاصلية والتبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية ولا يكون له على ما سبق تنفيذه من العقوبات، ما لم ينص قانون العفو على غير ذلك))، وكذلك فان المادة (٧٦) من قانون العقوبات المصري النافذ تنص على أنه ((العفو الشامل يمنع أو يوقف السير في إجراءات الدعوى، أو يمحو حكم الادانة))، وتنص المادة (٩/١٣٣) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أنه ((العفو عن الجريمة يمحو احكام الادانة المحكوم بها، ويؤدي إلى الاعفاء من كافة العقوبات دون ان يكون هناك مجالاً للرجوع...)). فليس في هذه النصوص ما يشير إلى رفع الصفة الاجرامية عن الفعل المرتكب وجعله مباحاً، فغاية الامر ان المجتمع عبر عن ارادته بالتنازل عن حقه في عقاب الجاني مع بقاء الفعل المرتكب غير مشروع.

ومن تطبيقات القضاء الجنائي في هذا الصدد، القرار الصادر عن مجلس شورى الدولة الذي جاء فيه ((حيث ان التحقيق واجراءته هو كاشف للجريمة وليس منشأ لها، وحيث ان وقف الإجراءات القانونية المتخذة بحق المتهمين في الجرائم شملت من كان محكوماً أو متهماً في دور التحقيق فأمن لم يجر التحقيق معه في هذه الجريمة المرتكبة قبل صدور القرار المذكور يكون مشمول بهذا الأيقاف من باب اولى ذلك لان قصد المشرع من ايقاف الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القرار المشار اليه هو اعفاء الفاعل من عقوبة الفعل المرتكب الذي يشكل جريمة، وحيث ان ايقاف الإجراءات القانونية يعني عفوياً عاماً عن مرتكبي الجرائم وان هذا العفو يتميز باثر رجعي يعود إلى وقت ارتكاب الفعل لذا فانه لم يعد للفعل هذا صفة اجرامية منذ لحظة ارتكابه، عليه يرى المجلس شمول مخالقات الشركات الوطنية والاجنبية لاحكام قانون الشركات رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣ المعدل والنظام رقم (٥) لسنة ١٩٨٩ بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٣٢٤) لسنة ١٩٩٠، وسواء كان ذلك في دور المحاكمة، أو التحقيق بما فيها المخالقات المرتكبة قبل نفاذ هذا القرار والتي لم تحال إلى التحقيق))^(٢).

المبحث الثالث

التقادم وأثره على الإسناد الجنائي

(١) أنظر: د. محمد زكي أبو عامر- الإجراءات الجنائية- ط٧- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية- ٢٠٠٥- ص٣٨٩ وما بعدها.
(٢) أنظر: قرار مجلس شورى الدولة بالعدد ١٩٩١/٨ في ١١/٢٧/١٩٩١، أشار اليه: د. محمد علي سالم جاسم وصالح شريف مكتوب- المصدر السابق- ص٤٠.

لما كانت الدعوى الجزائية بمفهومها الواسع تعني مطالبة الادعاء العام للقضاء الجنائي بتوقيع العقاب على المتهم بجريمة، لذا فانها تعدو الحالة هذه وسيلة الدولة في اقتضاء حقها في العقاب متى كان الفعل المرتكب مطابق لنموذج قانوني منصوص عليه في قانون العقوبات. غير ان مرور الزمن الذي حدده القانون ينال من حق الدولة في العقاب، فيحول دون اقتضاؤه، فاذا كانت الدعوى الجزائية لم تحرك بعد فلا يجوز تحريكها، واذا كانت مرفوعة إلى القضاء فعلاً وجب الحكم بانقضائها^(١). وعليه يتطلب بحث هذا القيد الشكلي الدائم من قيود الإسناد الجنائي بيان مفهوم التقادم في نطاق القانون الجنائي أولاً، ثم بيان اثره على الإسناد الجنائي، وذلك ما سنبحثه تباعاً وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم التقادم.

لم تعرف غالبية التشريعات الجنائية "التقادم"، مكتفية بتنظيم أحكامه وتاركة امر تعريفه للفقهاء، ومن هذه التشريعات المشرع العراقي، والمشرع المصري، والمشرع الفرنسي.

فالمشرع العراقي لم يورد تعريفاً للتقادم، إذ انه لم يأخذ بالتقادم كقاعدة عامة، ولكن استثناءً من هذه القاعدة العامة اخذ بالتقادم في أحوال خاصة، منها ما نصت عليه المادة (٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ ((لا تقبل الشكوى في الجرائم المبينة بالمادة الثالثة من هذا القانون بعد مضي ثلاثة أشهر...))، وكذلك ما نصت عليه المادة (٧٠) من قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ من انه ((أولاً: تنقضي الدعوى الجزائية بمضي عشر سنوات في الجنايات وخمس سنوات في الجرح. ثانياً: يسقط التدبير إذا لم ينفذ بمضي خمس عشر سنة في الجنايات، وبمضي ثلاث سنوات على انتهاء مدة التدبير في الحالات الاخرى)). أما المشرع المصري فلم يحدد هو الآخر معنى التقادم بل أكتفى بتنظيم أحكامه في المواد (١٥-١٩) من قانون الإجراءات الجزائية النافذ، فالمادة (١٥) تنص على انه ((تنقضي الدعوى الجزائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقع الجريمة، وفي مواد الجرح بمضي ثلاث سنين، وفي المخالفات بمضي سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)). ولم يعرف المشرع الفرنسي أيضاً التقادم، بل اكتفى بالإشارة اليه كسبب عام من اسباب انقضاء الدعوى العامة، وذلك في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية. أما على صعيد الفقه فقد تعددت التعاريف التي وضعها الفقهاء في نطاق القانون الجنائي لمصطلح "التقادم"، فيعرفه البعض بأنه ((مضي فترة من الزمن يحددها القانون، دون ان يتخذ خلالها أي اجراء من إجراءات الدعوى، مما يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية))^(٢). ويعرف التقادم كذلك بأنه ((مضي زمن معين بين ارتكاب الجريمة وبدء التحقيق في الدعوى الناشئة عنها، أو رفعها إلى القضاء الجنائي، أو عن

(١) أنظر: نوار دهام مطر الزبيدي- انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٢- ص ١١١.

(٢) أنظر: د. محمد سعيد نمور- أصول الإجراءات الجزائية- شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١- ص ٢٦٨.

آخر اجراء اتخذ في الدعوى الجنائية، ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية^(١)، وعرف التقادم ايضاً بأنه ((تكليف قانوني ينزع من الواقعة الجنائية اثرها القانوني المباشر فيحول دون اقتضاء الدولة لحقها الشخصي في معاقبة مرتكب الجريمة))^(٢).

يتضح ان جميع هذه التعريفات قد حددت معنى التقادم من خلال الاثر الذي يترتب عليه وهو انقضاء الدعوى الجزائية بعد مضي مدة التقادم التي يحددها المشرع. فالتقادم - إذن - باعتباره قيداً شكلياً يرد على الإسناد الجنائي، هو قيد يمنع تحريك الدعوى الجزائية وذلك لانقضاء مدة من الزمن من تاريخ ارتكاب الجريمة، أو من تاريخ صدور الحكم دون المبادرة إلى اتخاذ أي اجراء، اما لتحريك الدعوى الجزائية أو لتنفيذ الحكم الصادر فيها.

اما عن الحكمة من تقرير نظام التقادم، فتكمن بأن التقادم - كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية، يجد تبريره في انه تجسيد وإقرار بنسيان المجتمع للجريمة، فمتى مضت الفترة الزمنية المحددة قانوناً لانقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم كان معنى ذلك ان الجريمة قد محيت من ذاكرة الرأي العام أو كادت. ولم يعد من المفيد تحقيقاً للمصلحة العامة ملاحقة مرتكب الجريمة وانزال العقاب به، ذلك ان مضي هذه المدة كفيل بتلاشي الموعظة في اصلاحه. واصبح من دواعي الامن والاستقرار الاجتماعي ان لا تثار الدعوى الجزائية من جديد، حتى لا يعود معها شبح الجريمة بما تحمله من ذكريات سيئة تؤرق وجدان المجتمع، وحتى لا تبعث ماضياً اندثرت اطلاله أو تنفض ما تراكم عليها من غبار بعد ان اسدل عليها الزمن ستار النسيان^(٣). كما ان هذا النظام - التقادم - يساهم في تحقيق الاستقرار بالنسبة للجهاز القضائي، وذلك بوضع حد للدعاوى التي تقادم عليها العهد ومضت عليها فترة معينة، اذ مما لا شك فيه ان القضاء لا يستطيع ان يؤدي وظيفته إذا كانت الدعاوى تظل قائمة بلا نهاية ومن هنا فلا بد من اصطناع وسيلة بمقتضاها يضع المشرع حداً للدعاوى التي تقادم عليها الزمن^(٤). وفضلاً عن ذلك فإن مرور وقت طويل على وقوع الجريمة يؤدي إلى تلاشي ادلتها وصعوبة اثباتها، خاصة إذا تعلق الامر بشهود الاثبات مما يصعب عليهم تذكرها أو لا يبعث على الاطمئنان لشهادتهم، الامر الذي يجد للسلطات المبرر لاصطناع الأدلة لاثباتها مما يفقد الشعور بالعدالة^(٥). واخيراً فان التقادم يتفق مع مقتضيات السياسة الجنائية التي تقتضي بالموازنة بين مصلحتين متعارضتين الاولى العدالة المطلقة التي تقتضي محاكمة ومعاقبة كل من ارتكب الجريمة مهما طال عليها

(١) أنظر: د. محمد احمد طه - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الاول - الدعاوى الناشئة عن الجريمة - دار الكتب القانونية - ٢٠١٣ - ص ٢٢٥. د. عوض محمد عوض - المصدر السابق - ص ١٠٧.

(٢) أنظر: عماد حسين نجم عبد الله - إجراءات الدعوى الجزائية في الجريمة الكمركية - اطروحة دكتوراه - جامعة بغداد - كلية القانون - ٢٠٠٣ - ص ١٧٢.

(٣) أنظر: د. مجلد ساير السيجان الظفيري - التقادم كسب لانقضاء الدعوى الجنائية - دراسة مقارنة - ط ١ - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٦ - ص ٨٦ وما بعدها.

(٤) أنظر: د. كامل السعيد - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - ط ١ - الاصدار الثاني - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠٠٨ - ص ١٥٦.

(٥) أنظر: د. مصطفى يوسف - التقادم الجنائي واثره الاجرائي والموضوعي - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - ٢٠١٠ - ص ٣٣.

الزمن، والثانية مصلحة المجتمع في اسدال الستار على الجريمة بعد انقضاء فترة طويلة من الزمن، وقد رجح المشرع المصلحة الثانية باقراره للتقادم^(١).

ومع ذلك فقد انتقد نظام التقادم بناءً على ان مضي المدة لن يؤدي إلى إصلاح المجرم أو إزالة خطورته الاجرامية، بل ان تمكينه من الافلات من العقاب سوف يكون حافزاً له علالتماذي في الاجرام. وقد انتقد بيكاريا وبنتام تقادم الدعوى الجزائية وايدتهما في ذلك المدرسة الوضعية التي رفضت مبدأ التقادم بالنسبة إلى المجرمين بالعادة أو بالفطرة^(٢). كذلك يبدو هذا النظام- التقادم- منتقداً إذا قيمناه من وجهة المنفعة الاجتماعية أو الدفاع الاجتماعي ضد المجرم، ذلك ان مضي المدة ليس له قيمة في محو خطورة المجرم على المجتمع أو حتى الحد منها^(٣). وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة لنظام التقادم فإن اغلب التشريعات، حرصاً على الاستقرار القانوني، واستناداً في اغلب الاحيان إلى فكرة نسيان المجتمع للجريمة، تأخذ بنظام التقادم واعتباره سبباً من اسباب انقضاء الدعوى الجزائية. وحتى في نطاق التشريعات التي لم تأخذ بهذا النظام ظهرت محاولات من اجل تقرير هذا النظام، ففي العراق- وهو من التشريعات التي لم تأخذ بالتقادم كقاعدة عامة- ظهر اتجاه تشريعي يؤيد الاخذ بالتقادم في نطاق الدعوى الجزائية حيث جاء في قانون اصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ ((الاخذ بمبدأ التقادم في مجال تحريك الدعوى الجزائية وفي تنفيذ العقوبات، وتحديد حالات التقادم وفق قواعد خاصة يؤخذ فيها بنظر الاعتبار جسامة الجرائم وتعددتها)).

المطلب الثاني: أثر التقادم على الإسناد الجنائي

متى انقضت مدة التقادم انقضى معها حق الدولة في الدعوى الجزائية وهو الحق الذي ينشأ لها مع سلطتها في العقاب يوم ارتكاب الجريمة، ويتعين الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية، ولما كانت الدعوى الجزائية هي الوسيلة المحركة للخصومة الجزائية، فان انقضاء الدعوى يستتبع بقوة القانون عدم جواز اتخاذ أي اجراء من الإجراءات بغية اقامة الدليل على اسناد الجريمة إلى المتهم^(٤). والتقادم باعتباره قيداً شكلياً أو اجرائياً يرد على الإسناد الجنائي لا يرتب اثره المانع من الإسناد الجنائي الا بتوافر شرطين:

الشرط الأول: مضي المدة المقررة قانوناً للتقادم: يتطلب القانون لانقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم مرور مدة زمنية تختلف بحسب نوع الجريمة^(٥). وقد حدد المشرع العراقي هذه المدة بالنسبة لسقوط الحق في تقديم الشكوى في الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ بثلاثة

(١) أنظر: د. محمد علي سويلم- الإسناد في المواد الجنائية- المصدر السابق- ص٢٥٧. د. مأمون محمد سلامة- المصدر السابق- ص٢٣٩. د. عوض محمد عوض- المصدر السابق- ص١٠٧.

(٢) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص١٦٨ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. فوزية عبد الستار- المصدر السابق- ص١٤٨ وما بعدها.

(٤) أنظر: أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية- المصدر السابق- ص١٦٤.

(٥) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص١٦٩.

اشهر^(١). وحدد هذه المدة بالنسبة لسقوط حق الزوج في تقديم الشكوى في جريمة زنا الزوجية بثلاثة أشهر أيضاً^(٢). أما في جرائم الاحداث فقد جعل هذه المدة عشرة سنوات في الجنائيات، وخمس سنوات في الجرح بالنسبة لتقادم الجريمة، اما بالنسبة لتقادم التدبير فقد جعلها خمس عشرة سنة في الجنائيات وثلاث سنين في الاحوال الاخرى^(٣). اما المشرع المصري فقد حدد هذه المدة بعشر سنوات في مواد الجنائيات، وثلاث سنوات في مواد الجرح، وسنة واحدة في مواد المخالفات^(٤). كما اعتبر المشرع الفرنسي المدة المسقطه للدعوى الجنائية في مواد الجنائيات عشر سنين وفي مواد الجرح ثلاث سنين وفي مواد المخالفات سنة واحدة، وذلك من يوم وقوع الجريمة ما لم يقرر القانون مدة أخرى^(٥). فاذا لم تمضي هذه المدة فلا يمكن القول بامتناع الإسناد الجنائي، باعتبار ان الدعوى الجزائية لا تنقضي قبل انتهاء هذه المدة، ومن ثم لا يمكن اتخاذ أي اجراء من الإجراءات اللازمة لاقامة الدليل على اسناد الجريمة إلى المتهم.

الشرط الثاني: مضي المدة دون انقطاع: لكي يحقق التقادم اثره في منع الإسناد الجنائي، لابد ان تمضي المدة المقررة قانوناً- منذ وقوع الجريمة- بغير انقطاع، ومعنى هذا ان يعرض سبب يحو المدة التي مضت بحيث يتعين بعد زوال سبب الانقطاع ان تبدأ مدة جديدة كاملة فلا تضاف اليها المدة التي مرت قبله^(٦). ويشترط في الاجراء الذي يقطع التقادم ان يكون قضائياً بمعنى ان يكون جنائياً فضلاً عن كونه مستوفياً لشرط صحته التي حددها القانون^(٧). واثر الانقطاع عيني فيستفيد منه جميع المساهمين في الجريمة أياً كانت درجة المساهمة، أي سواء بصفتهم فاعلين اصليين مع غيرهم أو شركاء، وسواء كانوا معلومين أو مجهولين، وسواء وجهت الإجراءات القاطعة للتقادم ضد احدهم أو كلهم^(٨). فاذا اكتملت شروط التقادم هذه يرتب عليها القانون سقوط الجريمة، وسقوط الجريمة معناه سقوط حق الدولة في العقاب وبالتالي انقضاء الدعوى الجزائية التي هي وسيلتها في اقتضاء العقوبة. والتقادم بذلك يؤدي إلى سقوط مسؤولية المتهم عن الجريمة المرتكبة ولا يجوز مساءلته عنها. وهذا يعني انقضاء الإسناد الجنائي في حق الجاني، فلا يمكن بعد انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم اتخاذ أي من الإجراءات الهادفة إلى اقامة الدليل على اسناد الجريمة إلى المتهم، باعتبار ان اتخاذ هذه الإجراءات يتطلب تحريك الدعوى الجزائية وهذا ما لا يمكن تصوره لانقضائها بالتقادم. لذا فإن امتناع الإسناد الجنائي في هذا الفرض هو نتيجة حتمية لانقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم. وإما عن أثر هذا القيد الشكلي على الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة، فيمكن القول بانها إذا تعدد

(١) أنظر: نص المادة (٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٢) أنظر: نص المادة (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٣) أنظر: نص المادة (٧٠) من قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ النافذ.

(٤) أنظر: نص المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النافذ.

(٥) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ١٧٠.

(٦) أنظر: د. حسن ربيع- المصدر السابق- ص ٢٠٤.

(٧) أنظر: د. طلال أبو عفيفة- الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني- ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١- ص ١٦٥ وما بعدها.

(٨) أنظر: د. احمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية- المصدر السابق- ص ١٦١.

المساهمين في الجريمة واستكمل التقادم مدته انتج اثره بالنسبة لجميع المساهمين في الجريمة، ومن ثم لا يتصور القول بانقضاء الدعوى بالنسبة لاحد المساهمين في الجريمة واستمرارها بالنسبة لسواه تطبيقاً لمبدأ ((وحدة الجريمة)) في نظرية التقادم^(١). هذا ويلاحظ ان انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم وبالتالي انتفاء الإسناد الجنائي، يعد من النظام العام، ويترتب علي ذلك انه لا يجوز للمتهم ان يتنازل عنه رغبة في اثبات براءته، واذا دفع به وجب على المحكمة ان تتعرض لهذا الدفع وترد عليه رداً كافياً سائغاً والا كان حكمها معيباً بما يوجب نقضه، فاذا رفضته استناداً إلى وجود إجراءات قطعت مدة التقادم وجب عليها ان تحدد هذه الإجراءات من حيث طبيعتها وتاريخ اتخاذها حتى يمكن لمحكمة التمييز (النقض) مراقبتها، فاذا لم تفعل كان هذا الابهام في البيان سبباً يعيب الحكم ويبطله^(٢). كذلك يترتب على كون التقادم من النظام العام اذ تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز اثارته في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة امام محكمة التمييز^(٣).

وقد يتبادر إلى الذهن للوهلة الاولى ان التقادم لا ينفي الإسناد الجنائي في حق المتهم، باعتبار ان مسؤولية المتهم عن الجريمة قائمة، وما التقادم الا سبب لاحق على قيام هذه المسؤولية، والواقع ان التقادم يسقط حق الدولة في الدعوى الجزائية بناءً على سقوط حقها في العقاب بسقوط الجريمة بالتقادم، فضلاً عن ان المسؤولية الجنائية لا تتقرر الا بالحكم^(٤).

والتقادم لا يؤثر على التكييف الاجرامي للفعل والمسؤولية الناشئة عنه، فالفعل يبقى غير مشروع والمسؤولية عنه تظل قائمة^(٥). فيجوز الاعتداد بالجريمة التي تقادمت كظرف مشدد في جريمة اخرى. كما لو أتهم شخص بتهمة القتل بظرف مشدد هو ان القتل كان هدفة تجهيز أو تسهيل أو تنفيذ جنحة السرقة، فان جنحة السرقة هنا تظل كما هي ظرفاً مشدداً لجناية القتل وتخضع عندئذ لتقادم الفعل الأصلي^(٦). ومن تطبيقات القضاء الجنائي في هذا الصدد، ما قضت به محكمة التمييز في العراق من أنه ((لا تسمع الشكوى عن جريمة الاخبار الكاذب بعد مرور ثلاثة اشهر على تاريخ علم المجنى عليه بهذه الجريمة))^(٧). وما قضت به كذلك من أنه ((لا تقبل الشكوى المتعلقة بانتهاك حرمة ملك الغير بعد مضي ثلاثة شهور على الحادثة))^(٨). وما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه ((جريمة الزنا جريمة وقتية، وقد تكون متتابعة

(١) أنظر: عدلي خليل- الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية- دار الكتب القانونية- مصر- ٢٠٠٥- ص ٧٣١.
(٢) أنظر: د. فوزية عبد الستار- المصدر السابق- ص ١٦٨. نوار دهام مطر الزبيدي- المصدر السابق- ص ١١٧.
(٣) أنظر: د. محمد سعيد نمور- المصدر السابق- ص ٢٨١.
(٤) أنظر: د. مأمون محمد سلامة- المصدر السابق- ص ٢٦١.
(٥) أنظر: د. محمود احمد طه- المصدر السابق- ص ٢٤٥.
(٦) أنظر: د. ابراهيم حامد طنطاوي- المصدر السابق- ص ٢٩٠. وللمزيد في ذلك أنظر: محمد عبودي نغميش- انقضاء تنفيذ الحكم الجزائي بالتقادم- دراسة مقارنة- اطروحة دكتوراه- جامعة بغداد- كلية القانون والسياسة- ١٩٨٣- ص ٩٤ وما بعدها.
(٧) أنظر: قرار محكمة التمييز رقم ٦٧/تميزية/١٩٧٣ في ١٩٧٣/٤/١٨، النشرة القضائية، ١٩٧٥، ٢٤، ٢٤، ص ٤١٧.
(٨) أنظر: قرار محكمة التمييز رقم ٥٩٥/تميزية ثانية/١٩٧٧ في ١٩٧٧/٥/٢٢، مجلة الأحكام العدلية، ١٤، ٨، ١٩٧٧، ص ٢٣٨.

الأفعال، وحينئذ تكون افعال الزنا المتتابعة في رباط زمني متصل جريمة واحدة في نظر الشارع، ويبدأ ميعاد سقوط الحق في الشكوى من يوم العلم ببدء العلاقة الاثمة، لا من يوم انتهاء افعال التتابع^(١).

المبحث الرابع

الحكم البات وأثره على الإسناد الجنائي

لما كانت الدعوى الجزائية هي وسيلة الدولة في اقتضاء حقها في العقاب عن طريق اللجوء إلى القضاء للفصل في الخصومة الجنائية بين المتهم من ناحية والادعاء العام - النيابة العامة - من ناحية أخرى فان الدعوى الجزائية تنتضي بصدور حكم فاصل ومنهي لهذه الخصومة. ومؤدى ذلك ان الحكم الفاصل في الموضوع يعتبر المرحلة النهائية من مراحل الدعوى، ومن ثم يكون انقضاءها بالحكم هو السبب الطبيعي لانتهاءها. ويجب ان يكون هذا الحكم باتاً، وهو يكون كذلك إذا كان غير قابل للطعن أو كان قد استنفذ كل طرق الطعن المقررة قانوناً، بما يحول دون اعادة النظر في موضوع الدعوى مرة أخرى أمام المحاكم^(٢). ويتطلب بحث هذا القيد الشكلي الدائم من قيود الإسناد الجنائي بيان مفهوم الحكم البات أولاً، ثم بيان الاثر الذي يترتب على الإسناد الجنائي ذلك ما سنبحثه فيما يأتي:

المطلب الاول: مفهوم الحكم البات.

لم يحدد المشرع العراقي معنى "الحكم البات" في نطاق قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ، بل اكتفى ببيان الأثر الذي يترتب على صدور الحكم البات في الدعوى، فالمادة (٣٠٠) من القانون المذكور تنص على انه ((تنتضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم، أو بصدور حكم بات بآدانتة أو براءته...)) اما في نطاق قانون العقوبات النافذ فقد حدد المشرع معنى الحكم البات صراحةً، وذلك في الفقرة (٢) من المادة (١٦) من هذا القانون، اذ تقضي بانه ((الحكم النهائي أو البات في هذا القانون كل حكم اكتسب الدرجة القطعية بان استنفذ جميع اوجه الطعن القانونية، أو انقضت المواعيد المقررة للطعن فيه)). اما المشرع المصري فلم يعرف "الحكم البات" ايضاً، ولم يستخدم هذا المصطلح، بل استخدم مصطلح "الحكم النهائي" للتعبير عن الحكم الذي يكتسب حجية الامر المقضي فيه، حيث تنص المادة (٤٥٤) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ على انه ((تنتضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم والوقائع المسندة فيها اليه بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو بالإدانة...)). اما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فلم يعرف هو الآخر الحكم البات، ومع ذلك أشار إلى الحكم البات ضمن الاسباب العامة لانقضاء الدعوى العامة، اذ قضت المادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية بأنه ((تنتضي الدعوى العامة بالنسبة لتطبيق العقوبة بوفاة المتهم، ... وحجية الشيء المحكوم به))، كما أشار اليه في المادة (٣٦٨) من القانون المذكور، والتي تقضي بأنه ((كل شخص حكم قانوناً ببراءته لا يجوز القبض عليه واتهامه بسبب نفس التهم ولو بناء على وصف قانوني مخالف)). اما

(١) أنظر: نقض جنائي مصري في ١٩٨٥/٥/٩، مجموعة احكام النقض، س٣٦، رقم ١١٢، ص ٦٣١.

(٢) أنظر: د. حاتم حسن البكار - المصدر السابق - ص ١٣٢.

على صعيد الفقه، فقد تعددت التعريفات التي أوردها الفقهاء في نطاق القانون الجنائي لمصطلح الحكم البات، فيعرف بأنه ((الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن المقررة قانوناً سواء كانت عادية ام غير عادية، سواء استنفذ طرق الطعن فيه ام لم يطعن فيه متى انقضت مواعيد الطعن))^(١). وعرف الحكم البات أيضاً بأنه ((الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى الجزائية وطعن فيه بطرق مراجعة الأحكام الجزائية التي يتيحها القانون في خلال مهلة معينة، أو مضت المهلة التي حددها القانون دون ان يطعن في الحكم))^(٢)، ويعرف الحكم البات كذلك بأنه ((هو ذلك الحكم الذي أصبح من غير الممكن طرق باب القضاء لاعادة النظر فيه، اما لان كافة طرق الطعن في الأحكام قد استنفذت قبل صدوره، وأما لأنه بعد صدوره فاتت مواعيد الطعن فيه فأصبح غير قابل للتعديل والإلغاء))^(٣).

يتبين من التعاريف المذكورة آنفاً أنها متفقة في كون الحكم البات هو حكم ينهي الدعوى ومن ثم لا يقبل الطعن سواء بطريق عادي أو غير عادي اما لصدوره بعد استنفاد هذه الطرق، أو لفوات المدة المحددة قانوناً دون استعمالها، وبالتالي يحول دون طرح موضوع الدعوى امام القضاء من جديد.

وتجدر الاشارة هنا إلى ان مصطلح الحكم البات لا يرادف مصطلح الحكم النهائي، فكثير من الفقهاء يستخدمون تعبير الحكم النهائي للتعبير عن مضمون الحكم البات، بل ان المشرع نفسه قد يقع احياناً في هذا الخلط^(٤). في حين ان هناك فرقاً كبيراً بين هذين المصطلحين فالحكم البات دون الحكم النهائي يكتسب حجية الامر المقضي فيه ويؤدي بالتالي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، اما الحكم النهائي فلن يؤدي إلى هذه النتيجة لعدم اكتسابه لحجية الامر المقضي فيه^(٥)، وهذا يعني ان الحكم البات دون الحكم النهائي يعتبر قيماً شكلياً على الإسناد الجنائي، فإذا كان الحكم البات لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية منها أو غير العادية عدا اعادة النظر^(٦)، فان الحكم النهائي وان كان لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف فانه يقبل الطعن بالمعارضة- الاعتراض على الحكم الغيابي- ومن ثم لا يحوز حجية الامر المقضي فيه^(٧).

المطلب الثاني : أثر الحكم البات على الإسناد الجنائي

تنص المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على أنه ((تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم، أو صدور حكم بات بآدانتته أو براءته...)). وتنص المادة (٤٥٤) من قانون الإجراءات

(١) أنظر: د. محمود أحمد طه- المصدر السابق- ص ٢٦١.

(٢) أنظر: د. طلال أبو عفيفة- المصدر السابق- ص ١٨٠.

(٣) أنظر: د. رمسيس بهنام- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً- ج ١- منشأة المعارف- الاسكندرية- ١٩٧٧- ص ٣٧٩.

(٤) فالمشرع العراقي قد وقع في هذا الخلط في المادة (٢/١٦) من قانون العقوبات النافذ إذ تقضي بأنه ((الحكم النهائي أو البات...)). وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري حيث تقضي المادة (٤٥٤) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ بأنه ((تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائي...)).

(٥) أنظر: د. محمد سعيد نمور- المصدر السابق- ص ٢٥٤. دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ١٧٥ وما بعدها.

(٦) أنظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط ١- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٨٢- ص ٢٤٠.

(٧) أنظر: د. محمود نجيب حسني- قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية- ط ٢- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٨٧- ص ٧٩.

الجنائية المصري النافذ على أنه ((تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم والوقائع المسندة فيها اليه بصدور حكم نهائي..)). وتنص المادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه ((تنقضي الدعوى العامة بالنسبة لتطبيق العقوبة بوفاة المتهم.. وحجية الشيء المحكوم فيه)). يتضح من هذه النصوص ان صدور حكم بات فاصلاً في موضوع الدعوى الجزائية يترتب عليه سقوط الدعوى الجزائية، ويحول دون عرضها على القضاء من جديد ولو بوصف مغاير، ومن ثم يعد هذا الحكم من الموانع الدائمة للإسناد الاجرائي دون ان يؤثر على الإسناد الموضوعي للفعل موضوع الجريمة محل الدعوى الجزائية فيظل الفعل غير مشروع. وأياً كان الامر فان الحكم البات باعتباره قيداً شكلياً يرد على الإسناد في نطاق القانون الجنائي، لا يرتب اثره ما لم تتوافر فيه شروط هي:

الشرط الأول: وحدة الخصوم في الدعويين: تعني وحدة الخصوم ان يكون اطراف الخصومة في المرتين واحدة، والعبارة هي بصفاتهم لا بأشخاصهم، فقد ترفع الدعوى على احد الاشخاص بوصفه فاعلاً أو شريكاً، ثم يتدخل في المرة الثانية بوصفه مسؤولاً عن الحقوق المدنية والعكس صحيح^(١)، وتقصيل ذلك بان المدعي في الدعوى الجزائية هو المجتمع ممثلاً بالادعاء العام- النيابة العامة- حتى ولو حركت بطريق الادعاء المباشر من المدعي بالحق الشخصي، وذلك باعتبار هذا الاخير يعد خصماً في الدعوى المدنية فحسب، ولهذا يمتنع على الادعاء العام- النيابة العامة- تجديد الدعوى حتى إذا كان الطرف الذي اقامها في المرة السابقة هو المدعي بالحق الشخصي وقضي فيها بالبراءة، والعكس صحيح من حيث انه يمتنع تجديدها على المدعي بالحق المدني إذا كان الادعاء العام- النيابة العامة- هو الذي اقامها في المرة السابقة لنفس السبب المذكور^(٢). فالمتهم في دعوى الحق العام هو وحده الطرف الذي يمكن ان يتغير فيها من واحدة إلى اخرى، والقاعدة ان قوة الشيء المحكوم فيه نسبية، أي تقتصر على المتهم المرفوعة عليه الدعوى دون سواه كما هي مقصورة على الوقائع التي فصل فيها دون غيرها^(٣).

الشرط الثاني: وحدة السبب في الدعويين: السبب في الدعوى الجزائية هو الجريمة المسندة إلى المتهم والذي يراد توقيع العقاب عليه من أجلها^(٤). ويشترط لوحدة السبب في الواقعتين ان تكون الواقعة التي يحاكم المتهم من اجلها هي ذاتها الواقعة التي كانت محلاً للحكم السابق، ولا يكفي للقول بوحدة السبب في الدعويين ان تكون الواقعة الثانية من نوع الواقعة الاولى أو تتحد معها في الوصف القانوني، أو ان تكون الواقعتان كلتاهما واقعة من سلسلة وقائع متماثلة ارتكبتها المتهم لغرض واحد إذا كان لكل واقعة من هاتين الواقعتين ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة بما يمتنع معها القول بوحدة السبب في كل منهما^(٥)، وتطبيقاً

(١) أنظر: د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية- المصدر السابق- ص ١٧٧.

(٢) أنظر: د. كامل السعيد- المصدر السابق- ص ١٨٩.

(٣) أنظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- المصدر السابق- ص ١٠٠.

(٤) أنظر: عدلي خليل- الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية- المصدر السابق- ص ٧٧١.

(٥) أنظر: حسن الربيع- المصدر السابق- ص ٢٢٨ وما بعدها.

لذلك قضي بأن ((دعوى اصدار شيك بدون رصيد تختلف موضوعاً وسبباً عن دعوى تزوير الصك واستعماله مع العلم بتزويره))^(١).

الشرط الثالث: وحدة الموضوع في الدعويين: موضوع الدعوى الجزائية هو طلب توقيع الجزاء الجنائي - عقوبة أو تدبير احترازي - الذي رسمه القانون على من يدعي ممثل المجتمع - الادعاء العام - أنه مسؤول عن الجريمة^(٢)، وتأسيساً على ذلك، فإنه إذا أقيمت الدعوى الجزائية وحكم فيها بالبراءة أو بالعقوبة نهائياً، فهذا يحول دون تجديد الدعوى، أي يحول دون طرحها من جديد امام القضاء لتوقيع عقوبة تكميلية مثلاً أو لتغيير العقوبة المقضي بها تخفيفاً أو تشديداً، اما إذا كان الحكم صادراً من جهة تأديبية، فهو لا يحول دون رفع الدعوى الجزائية، لان موضوع الدعوى التأديبية، هو انزال الجزاء التأديبي بحق الشخص، وهو يختلف عن موضوع الدعوى الجزائية المتمثل في انزال الجزاء الجنائي، فضلاً عن صدور كل من الحكمين عن جهة تختلف عن الاخرى، وان كان الحكم الجزائي يلزم القضاء التأديبي بخصوص ثبوت الواقعة ووصفها القانوني ونسبتها إلى نفس الشخص، الامر الذي يوجب على القضاء التأديبي الانتظار حتى يتم الفصل في الدعوى الجزائية^(٣). فمتى توافرت هذه الشروط تعين على الجهة التي تنظر الدعوى ان تتوقف عن النظر فيها وتصدر قراراً بانقضائها لسبق الفصل فيها. فاذا كانت الدعوى لا تزال في مرحلة التحقيق الابتدائي فان على سلطة التحقيق ان توقف إجراءات التحقيق ضد المتهم^(٤)، اما إذا كان الدعوى مرفوعة امام المحكمة المختصة تعين عليها ان تحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى^(٥). فالأثر المترتب على الحكم البات هو انقضاء الدعوى الجزائية، ذلك ان هذا الحكم لا يقبل طعناً وبالتالي يحول دون سير إجراءات هذه الدعوى امام اية جهة من جهات القضاء، ويعني ذلك انقضاها واستقرار الوضع القانوني الذي قرره الحكم، ويقرر القانون جزاءً للاخلال بهذه القوة للحكم البات، وهو عدم قبول أي اجراء يراد به استئناف السير في الدعوى^(٦). ويسمى اثر الحكم البات هذا بالقوة السلبية للشيء المحكوم به، لان فيه سلباً لامكان النظر قضاءً من جديد في الشيء ذاته عملاً بمبدأ مقرر للحفاظ على الكرامة الادمية للانسان، وهو عدم جواز تثنية محاكمته عن جرم واحد بعينه^(٧).

ننتقل الآن لنتساءل عن الاثر الذي يرتبه هذا القيد الشكلي على الإسناد الجنائي في حالة تعدد

المساهمين في الجريمة؟

(١) أنظر: نقض جنائي مصري في ٣٠/٥/١٩٧٦، مجموعة احكام النقض، س٢٧، ق١٢٤، ص٥٥٨.
(٢) أنظر: د. محمود نجيب حسني- قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية- المصدر السابق- ص١٩٥.
(٣) أنظر: د. كامل السعيد- المصدر السابق- ص١٩٥.
(٤) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص١٧٨.
(٥) أنظر: د. مأمون محمد سلامة- المصدر السابق- ص٢٨٢.
(٦) أنظر: د. محمود نجيب حسني- قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية- المصدر السابق- ص١٠١.
(٧) أنظر: د. رمسيس بهنام- المصدر السابق- ص٣٨٥.

ليبان الاثر الذي يرتبه الحكم البات على الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة ينبغي ان نفرق بين حالتين:

الحالة الاولى: إذا كان الحكم البات بالادانة: فاذا صدر حكم بات بادانة بعض المساهمين ثم اقيمت الدعوى ضد البعض الاخر الذين لم يكونوا ماثلين في الدعوى الاولى التي صدر فيها ذلك الحكم، فانه يمتنع على هؤلاء الاخرين الدفع بسبق محاكمة الاولين مادام الثابت انه قد ساهم اكثر من شخص في ارتكاب الجريمة، فاذا رفعت الدعوى على شخص معين من أجل جريمة وتمت محاكمته عنها، فان الحكم متى صار باتاً يقف عقبه في وجه تحديد محاكمة نفس الشخص عن ذات الجريمة ولكنه لا يحول دون اقامة الدعوى ضد شخص اخر عن ذات الجريمة بصفة فاعل اصلي أو شريك في الجريمة^(١). وتفسير ذلك ان الحكم بادانة متهم عن واقعة معينة لا يكون حجة الا بالنسبة لمن يصدر ضده دون غيره ممن يكون قد ساهم فيها، لان المبادئ الاولية لقانون أصول المحاكمات الجزائية توجب تمكين كل متهم من الدفاع عن نفسه فيما هو منسوب اليه قبل الحكم عليه، حتى لا يجابه بما يتضمنه حكم صدر بناء على إجراءات لم تتخذ في حقه، ولان الاصل في قواعد المحاكمة ان يستقل القاضي في تكوين عقيدته بنفسه دون ان يدخل فيها رأياً أو حكماً لسواه بحيث لا يجوز له ان يستند في قضائه إلى اسباب حكم اخر الا إذا كان صادراً منه في ذات الدعوى وبين الخصوم انفسهم^(٢).

الحالة الثانية: إذا كان الحكم البات بالبراءة: ولغرض بيان اثر الحكم البات على الإسناد الجنائي في هذه الحالة، لابد ان نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: استناد الحكم البات بالبراءة إلى اسباب شخصية: إذا استند الحكم البات ببراءة احد المساهمين في الجريمة إلى اسباب ترجع إلى شخصه- كانتفاء القصد الجنائي لديه أو توافر مانع من موانع المسؤولية أو مانع العقاب- فلا قوة لهذا الحكم في الدعاوى التي تقام ضد من ساهموا معه في الجريمة. فللقاضي الحرية الكاملة في ان يبرهم جميعاً أو يبرأ بعضهم استناداً إلى نفس السبب الذي اعتمد عليه الحكم السابق، وله ان يقرر البراءة استناداً إلى سبب آخر، وله ان يدينهم نافياً بذلك السبب الذي استند اليه البراءة في الحكم السابق^(٣). وعلة هذه القاعدة ان براءة المتهم بسبب يرجع إلى شخصه تفترض دراسة لنفسيته وظروفه، وقد تكون مختلفة عما يتوافر لدى متهم آخر ساهم معه في ذات الجريمة^(٤). هذا فضلاً عن تخلف

(١) أنظر: عدلي خليل- الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية- المصدر السابق- ص٧٦٧.
(٢) أنظر: د. سمير عالية- قوة القضية المقضية أمام القضاء الجزائي- دراسة مقارنة- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- ط٢- ١٩٨٧- ص١٨٤.
(٣) أنظر: د. محمود نجيب حسني- قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية- المصدر السابق- ص١٧٤. د. كامل السعيد- المصدر السابق- ص١٩١.
(٤) أنظر: عدلي خليل- الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية- المصدر السابق- ص٧٦٨.

احد شروط صحة الدفع بقوة الحكم البات وهو شرط وحدة الخصوم، اذ المتهم في الدعوى الثانية هو غير المتهم الذي قضي ببراءته، الامر الذي يتمتع معه التمسك بقوة الحكم البات في الدعوى الثانية^(١).

الفرض الثاني: استناد الحكم البات بالبراءة إلى اسباب موضوعية: إذا استند الحكم البات ببراءة أحد المساهمين في الجريمة إلى اسباب لا ترجع إلى شخصه، وانما تتصل بماديات الجريمة وتكييفها القانوني، كما لو استندت البراءة إلى عدم ثبوت ارتكاب الفعل أو عدم خضوعه لنص تجريم أو سريان سبب اباحة عليه أو تقادم الدعوى الجزائية، فقد اتجه رأي إلى ان الحكم الصادر بها لصالح أحد المتهمين يحوز الحجية وتكون له قوته في كل دعوى تقام بعد ذلك ضد سائر المساهمين في الجريمة حتى ولو تمت محاكمتهم تباعاً، أي تمت محاكمة بعض المساهمين في دعاوى جديدة بعد صدور حكم بالبراءة على من سبقت محاكمته من المساهمين الاخرين، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه^(٢)، والقضاء وتترجم هذا القضاء محكمة النقض المصرية في قولها ((أحكام البراءة المبنية على اسباب غير شخصية بالنسبة للمحكوم لهم تعتبر عنواناً للحقيقة سواء بالنسبة لهؤلاء المتهمين أو لغيرهم متى كان في ذلك مصلحة اولئك الغير ولا يفوت عليهم أي حق مقرر لهم بالقانون، فالحكم النهائي الذي ينفي وقوع الواقعة المرفوعة بها الدعوى مادياً، وينبني على ذلك براءة متهم فيها يجب قانوناً ان يستفيد منه كل من يتهمون في ذات الواقعة باعتبارهم فاعلين اصلين أو شركاء سواء قدموا للمحاكمة ام قدموا على التعاقب باجراءات مستقلة))^(٣). ومن تطبيقات القضاء الجنائي في صدد اثر الحكم البات على الإسناد الجنائي، ما قضت به محكمة التمييز في العراق من أنه ((لا يجوز اتخاذ أي اجراء ضد المتهم في الجريمة التي صدر فيها قرار بات..))^(٤). وما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه ((من المقرر ان المادة ٤٥٤ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على ان "تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه الوقائع المسندة اليه، بصدور حكم نهائي بالبراءة أو بالادانة. وإذا صدر حكم في موضوع الدعوى الجنائية، فلا يجوز اعادة نظرها الا بالطعن في هذا الحكم بالطرق المقررة في القانون، ومن ثم كان محظوراً محاكمة الشخص عن الفعل ذاته مرتين))^(٥).

المبحث الخامس

وقف الإجراءات القانونية واثره على الإسناد الجنائي

- (١) أنظر: د. سمير عالية- المصدر السابق- ص ١٨٦.
- (٢) أنظر: د. محمود محمود مصطفى- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط ٢ - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ١٩٨٨- ص ٧٩.
- (٣) أنظر: نقض جنائي مصري في ٥ يونيو ١٩٣٩، مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، رقم ٤٠٤، ص ٥٧١. ونقض جنائي مصري في ١٧ نوفمبر ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، رقم ٣٠٥، ص ٥٧٩.
- (٤) أنظر: قرار محكمة التمييز رقم ٨٩٦/تميزية/١٩٧٦، في ٩/١٠/١٩٧٦، منشور في مجلة الاحكام العدلية، ع ٤٤، ص ٧، ١٩٧٦، ص ٣٤٥.
- (٥) أنظر: طعن جنائي مصري رقم ٤١٣، لسنة ٦٠ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٥، ص ٤٦، ص ٢٦٩.

يتطلب بحث هذا القيد الشكلي من القيود التي ترد على الإسناد في نطاق القانون الجنائي، بيان مفهوم وقف الإجراءات القانونية أولاً، ثم بيان الاثر الذي يترتب هذا القيد الشكلي على الاسناد الجنائي. وهذا يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، كما يأتي:

المطلب الاول: مفهوم وقف الإجراءات القانونية.

لم يحدد المشرع العراقي مفهوم وقف الإجراءات القانونية، مكتفياً بالإشارة اليه ضمن الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجزائية التي ذكرها في المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ. اما لمشرع المصري فلم يشير هو الآخر إلى هذا القيد ضمن الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجنائية، وكذلك المشرع الفرنسي. أما على صعيد الفقه، قد عرف البعض وقف الإجراءات القانونية بأنه ((قرار يصدر يقصد به منع الاستمرار في الدعوى الجزائية وهذا المنع ما هو الا استثناء من القاعدة العامة في الإجراءات الجنائية والتي توجب الاستمرار في الدعوى الجنائية حتى صدور القرار البات فيها))^(١)، وعرف أيضاً بأنه ((سقوط الحق باستمرار إجراءات التحقيق والمحاكمة واعتبار الدعوى الجزائية منقضية))^(٢). ويعرف كذلك وقف الإجراءات القانونية بأنه ((يقف الإجراءات القانونية ضد متهم أو عدة متهمين يقصد به منع الاستمرار في الدعوى الجزائية العامة، وقد يعود سبب وقف الإجراءات القانونية لامور تخص الامن العام أو السياسة العليا للدولة أو مصلحة بعض الأفراد، وقد تتوقف الإجراءات القانونية بصورة وقتية وقد يستمر المانع إلى النهاية، أو لا ينتهي بمدة معينة، حينئذ يصار إلى طلب وقف الإجراءات القانونية بصورة دائمية))^(٣). فالجهة المختصة باصدار قرار وقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً هي محكمة التمييز الاتحادية، كما اناط القانون برئيس الادعاء العام مهمة تقديم الطلب، على ان يوضح في الطلب الاسباب المسوغة، وغالباً ما تتعلق تلك الاسباب بمقتضيات الامن أو المصلحة العليا للدولة أو كون المتهم من السياسيين أو ذو مركز اجتماعي كان يكون موظفاً كبيراً أو صاحب مهنة محترمة وغير ذلك من الاسباب التي يرتهاها الادعاء العام^(٤). والطلب الذي يتقدم به رئيس الادعاء العام قد يكون من تلقاء نفسه وبناءً على قناعته بتوافر اسبابه، وقد يكون بناءً على طلب موجه اليه من جهة رسمية أو حتى من الافراد^(٥). وهو لا يحتاج في تقديم الطلب إلى اذن من اية جهة^(٦). كما ان له ان يحدد في طلبه وقف الإجراءات مؤقتاً أو نهائياً، ومن الجائز ان يتقدم

(١) أنظر: د. سليم ابراهيم حريه والاستاذ عبد الامير العكيلي- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ج ٢- توزيع المكتبة القانونية- بغداد- شارع المنتبي- ط ٢- ٢٠١١- ص ١٥٤. د. تميم طاهر احمد ود. حسين عبد الصاحب عبد الكريم- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط ١- مركز دار الدكتور للطباعة والتتضيد الالكتروني- بغداد- شارع المنتبي- ٢٠١٢- ص ٣٠٠.

(٢) أنظر: محسن الناجي- المصدر السابق- ص ٥٦٠.

(٣) أنظر: حميد عبد حمادي جناحي- وقف الإجراءات الجزائية في القانون العراقي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ٢٠٠٧- ص ٣٩.

(٤) أنظر: جمال محمد مصطفى- المصدر السابق- ص ١٣٥.

(٥) أنظر: د. براء منذر عبد اللطيف- المصدر السابق- ص ٥٥.

(٦) يلاحظ بأن الفقرة (أ) من المادة (١٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية عدلت بموجب مذكرة سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣) حيث ألغيت من النص عبارة ((بناء على اذن من وزير العدل)) الوقائع العراقية- العدد ٣٩٧٨- في ١٧ اب ٢٠٠٣.

بالطلب في مرحلة التحقيق الابتدائي أو في مرحلة المحاكمة طالما لم تحسم بعد بقرار^(١). وبعد ان يقدم الطلب إلى محكمة التمييز الاتحادية، تقوم بتدقيقه، ومن ثم فهي اما ان تقرر رد الطلب، وذلك إذا تبين لها عدم وجود ما يبرره، أو تقرر قبوله، وفي هذه الحالة اما ان تقرر وقف الإجراءات القانونية وفقاً مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، أو تقرر وقف الإجراءات وفقاً نهائياً. وبعد ذلك تعيد محكمة التمييز الدعوى، وترسل صورة من قرارها إلى رئاسة الادعاء العام^(٢).

المطلب الثاني : اثر وقف الإجراءات القانونية على الإسناد الجنائي

بيننا في المطلب السابق ان القرار الذي تصدره محكمة التمييز بعد ان يتقدم الادعاء العام بطلبه اليها، اما ان يكون قرار بوقف الإجراءات القانونية وفقاً مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، أو يكون قراراً بوقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً، حسب ما تراه المحكمة المذكورة بعد تدقيقها للأسباب والمبررات التي استندت اليها الادعاء العام في طلبه هذا. ففي حالة صدور قرار محكمة التمييز بوقف الإجراءات القانونية وفقاً مؤقتاً، فإن على قاضي التحقيق أو المحكمة استئناف اجراء التحقيق أو المحاكمة- بحسب الحال- وذلك عند انتهاء مدة الوقف المؤقت ومن النقطة التي وقفت عندها^(٣)، غير ان ذلك لا يمنع اعادتها لاتخاذ بعض الإجراءات المسبقة كاعادة الاستماع إلى بعض الشهود لاستجلاء الحقيقة. اما إذا صدر قرار المحكمة المذكورة بايقاف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً، ففي هذه الحالة يجب على قاضي التحقيق، أو المحكمة- حسب الاحوال- اخلاء سبيل المتهم إذا كان موقوفاً، دون ان يؤثر ذلك على سلطة قاضي التحقيق أو المحكمة، في اصدار قرار بمصادرة الاشياء الممنوعة حيازتها قانوناً^(٤). وهذا يعني امتناع الإسناد الجنائي في حق المتهم تبعاً لانقضاء الدعوى الجزائية بوقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً. فبانقضاء هذه الدعوى لا يكون بالإمكان اتخاذ أي إجراء من إجراءاتها بهدف إقامة الدليل على نسبة الجريمة إلى المتهم. كما ان جواز الحكم بمصادرة الاشياء الممنوعة بالرغم من انقضاء الدعوى الجزائية بوقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً لا يحول دون القول بامتناع الإسناد الجنائي، باعتبار ان الحكم بالمصادرة هنا هو مجرد تدبير احترازي^(٥). وقرار وقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً يعتبر بمثابة قرار البراءة فيكون للمتهم نفس الحقوق التي كان يمكن ان يوفرها القانون لو اصدرت المحكمة بحقه قرار البراءة عدا حقوق المتضرر في الدعوى المدنية في الدعوى المدنية فانها تبقى ويحق للمتضرر اقامة الدعوى المدنية امام المحكمة المدنية المختصة للمطالبة برد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الجريمة أو الرد أو التعويض عما سلب منه من أشياء^(٦).

المبحث السادس

- (١) أنظر: الفقرة (أ) من المادة (١٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.
- (٢) أنظر: الفقرتين (ج ود) من المادة (١٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.
- (٣) أنظر: الفقرة (أ) من المادة (٢٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.
- (٤) أنظر: الفقرة (هـ) من المادة (١٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.
- (٥) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ١٨٧.
- (٦) أنظر: الفقرة (ب) من المادة (٢٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

الصلح الجنائي وأثره على الإسناد الجنائي

قد ادى حرص المشرع الجنائي على مساءلة ومعاقبة المتهم إلى زيادة عدد القضايا الجنائية وترتب على ذلك انتقال كاهل القضاء الجنائي، وتأخير الفصل في هذه القضايا، مما ادى إلى ضعف القوة الرادعة للعقوبة. ومن هنا اتجهت السياسة الجنائية الحديثة في العديد من الدول إلى الاخذ بأسلوب الصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجزائية في بعض الجرائم^(١). والحكمة في ذلك هو قطع دابر الضغينة والعداوة بين الافراد، وإعادة الالفة والانسجام بينهم، وبهدف ابعاد المتهم من احتمالات تعرضه لعقوبة قصيرة المدة لما لها من آثار سلبية على المدان وعائلته، ولكونها تمس حق المشتكي اكثر من حق المجتمع، فاتيح للمشتكي الصلح بشأنها^(٢).

ويتطلب بحث هذا القيد الشكلي من قيود الإسناد الجنائي بيان مفهوم الصلح في نطاق القانون الجنائي أولاً، ثم بيان الاثر الذي يترتب عليه هذا القيد على الإسناد الجنائي. وهذا يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، كما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم الصلح الجنائي.

لم يحدد المشرع العراقي مفهوم الصلح في نطاق القانون الجنائي، بل اكتفى بتنظيم احكامه وبيان الاثار المترتبة عليه في المواد ((١٩٤ - ١٩٨)) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ، حيث تنص المادة (١٩٤) من هذا القانون على انه ((يقبل الصلح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة إذا طلبه المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الدعوى التي يتوقف تحريكها على شكوى من المجنى عليه وفق الاحكام المبينة في المواد التالية)). وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري فلم يحدد هو الاخر مفهوم الصلح كما انه استخدم إلى جانب مصطلح (الصلح) مصطلحاً آخر لم يورده المشرع العراقي وهو مصطلح (التصالح) وهذا الاصطلاح وان كان يختلف عن الصلح الا انه يترتب نفس الأثر الذي يترتب عليه، وهو انقضاء الدعوى الجزائية، وقد نظم المشرع المصري أحكامهما في المادتين (١٨) مكرر و(١٨) مكرر (أ)^(٣)، حيث تقضي المادة (١٨) مكرر بأنه ((وتنقضي الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر...))، وتنقضي المادة (١٨) مكرر (أ) بأنه ((للمجنى عليه ولوكيله الخاص في الجرح المنصوص عليها في المواد... ان يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال اثبات صلحه مع المتهم. ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر...)). اما على صعيد الفقه، فقد عرف الصلح الجنائي بأنه ((اتفاق بين جهة الادارة المجنى عليها في بعض الجرائم وبين المتهم، من

(١) أنظر: د. فوزية عبد الستار- المصدر السابق- ص ١٨٣.

(٢) أنظر: جمال محمد مصطفى- المصدر السابق- ص ١٣١. د. براء منذر عبد اللطيف- المصدر السابق- ص ٥٨.

(٣) أضيفت هاتين المادتين إلى قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم (١٧٤) لسنة ١٩٩٨.

شأنه ان يوفق بين مصلحة الادارة المجنى عليها ومصصلحة المجتمع^(١). ويعرف الصلح الجنائي أيضاً بأنه ((وسيلة لانهاء المنازعات بطريقة ودية، أي عن غير طريق القضاء))^(٢). وعرف كذلك الصلح الجنائي بأنه ((اجراء يؤديه المتهم في الدعوى الجنائية بدفع مبلغ معين إلى خزينة الدولة كي يتمكن من تقادي رفع الدعوى الجنائية ضده))^(٣).

والصلح في نطاق القانون الجنائي يتمتع بطبيعة مزدوجة موضوعية واجرائية، اما الطبيعة الموضوعية فتتمثل في إن الصلح لا يرد الا على مجموعة من الجرائم المحددة قانوناً دون سواها، كما انه لا ينتج اثره الاجرائي الا إذا كان مستجعماً لشروطه القانونية، فضلاً عن ان الاثر الاجرائي لا يتحقق الا تبعاً لتحقق الاثر الموضوعي، إذ ان الاثر الاجرائي للصلح هو لكونه احد الاسباب الخاصة لانقضاء الدعوى الجزائية في الجريمة التي تم الصلح بشأنها. وتتمثل هذه الطبيعة كذلك في كونه بمثابة عقوبة مالية يتوقف تنفيذها على رضا الجاني وتعد استثناءً على مبدأ قضائية العقوبة^(٤). هذا وينبغي عدم الخلط بين الصلح بالمفهوم الذي حددناه، ومصطلح "التصالح" الذي استخدمه كل من المشرع المصري في المادة (١٨) مكرر من قانون الإجراءات الجنائية، والمشرع الفرنسي في المادة (٢/٤١) من قانون الإجراءات الجنائية. فمصطلحا "الصلح" و "التصالح" وانا كانا يتشابهان من ناحية الأثر المترتب عليهما وهو انقضاء الدعوى الجنائية^(٥)، فانهما يختلفان عن بعضهما في نواح عديدة، حيث ان الصلح يتم بين المتهم من ناحية والمجنى عليه أو وكيله الخاص أو ورثته أو وكيلهم الخاص من ناحية اخرى. بينما التصالح يتم بين المتهم أو وكيله من ناحية وبين الدولة من ناحية اخرى^(٦). ومن ناحية اخرى فان الصلح لا يشترط لصحته ان يتم بمقابل بل الغالب فيه ان يكون بلا مقابل، في حين ان التصالح لا ينتج اثره بمجرد قبول المتهم له بل يتعين عليه الوفاء بالالتزامات المالية التي قررها المشرع والمتمثلة في دفع مبلغ الغرامة المحددة قانوناً^(٧). ومن ناحية اخرى فان الصلح يقدم من المجنى عليه أو ممثله القانوني^(٨)، اما التصالح فيعرض من مأمور الضبط القضائي أو من الادعاء العام - النيابة العامة-^(٩). ومن ناحية اخرى فان الصلح يجوز في الجرائم المحددة قانوناً على سبيل

(١) أنظر: د. أحمد فتحي سرور- بدائل الدعوى الجنائية- بحث منشور في مجلة الجمعية المصرية للقانون الجنائي- ١٩٨٤- ص٢١٤.

(٢) أنظر: د. محمد علي سويلم- الإسناد في المواد الجنائية- المصدر السابق- ص٢٦٥.

(٣) أنظر: د. أحمد رفعت خفاجي- نظام الصلح في قانون الإجراءات الجنائية- بحث منشور في مجلة المحاماة- العدد (٦)- السنة (٣٢)- ١٩٥٢- ص١٩١.

(٤) أنظر: أييسر سفايح كريم التميمي- مركز المجنى عليه في الخصومة الجزائية- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- الجامعة المستنصرية- كلية القانون- ٢٠١٣- ص١١٤.

(٥) أنظر: د. شريف سيد كامل- الحق في سرعة الإجراءات الجنائية- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٤- ص١١٩.

(٦) أنظر: د. فوزية عبد الستار- المصدر السابق- ص١٨٤.

(٧) أنظر: د. محمود أحمد طه- المصدر السابق- ص٢٩٢.

(٨) أنظر: نص المادة (١٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ، تقابلها المادة (١٨) مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية المصري النافذ.

(٩) أنظر: د. عوض محمد عوض- المصدر السابق- ص١٣٦.

الحصر دون سواها^(١)، اما التصالح فجائز في المخالفات عموماً، وكذلك الجرح التي تكون عقوبتها الغرامة فقط^(٢)، وهذا ما أكدته المادة (١٨) مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري عندما قضت بأنه ((يجوز التصالح في مواد المخالفات وكذلك في مواد الجرح التي يعاقب القانون فيها بغرامة فقط)).

المطلب الثاني: اثر الصلح الجنائي على الإسناد الجنائي

انتهينا في الطلب السابق إلى ان الصلح في نطاق القانون الجنائي هو عبارة عن تصرف قانوني يفترض وجود ارادتين متقابلتين هما ارادة المجنى عليه و ارادة المتهم، ولا يتم الا بموافقة الطرفين. ومن ثم، يجب ان تتوافر في كليهما الاهلية الاجرائية اللازمة لاجراء الصلح. وحيث ان الصلح تصرف قانوني فانه يترك اثرًا على الإسناد الجنائي، باعتباره يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، ومن ثم لا يمكن اتخاذ أو الاستمرار في الإجراءات اللازمة للتدليل على اسناد الجريمة إلى الجاني. ان الصلح باعتباره قيداً شكلياً يرد على الإسناد في نطاق القانون الجنائي، لا يرتب أثره هذا ما لم تتوافر فيه شروط:

الشرط الأول: ورود الصلح على احدى الجرائم المحددة قانوناً: لا يرد صلح المجنى عليه او وكيله الخاص على سائر الجرائم، وانما اختص المشرع بعضها فحسب، واجاز لصاحب الحق في الصلح ان يطلب اثبات صلحه مع المتهم، باعتبار ان الصلح سبب خاص يرد على بعض الجرائم دون غيرها حسب تقدير المشرع، وبالتالي فهو ليس سبباً عاماً لانقضاء الدعوى الجزائية^(٣). والجرائم التي يجوز الصلح فيها في التشريع العراقي هي ذات الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى الجزائية فيها على شكوى، والتي ذكرها المشرع في الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ^(٤). اما المشرع المصري فقد حدد هذه الجرائم في المادة (١٨) مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ.

الشرط الثاني: صدور الصلح ممن له الحق في إصداره: لا ينتج الصلح اثره الا إذا صدر ممن خوله القانون الحق في التصالح، وقد حددت المادة (١٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي الاشخاص الذين يحق لهم الصلح مع المتهم وهما المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً^(٥). اما المشرع المصري فقد حدد في المادة (١٨) مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الاشخاص الذي يحق لهم الصلح مع المتهم وهما المجنى عليه أو وكيله الخاص، و اساس هذا الشرط ((ان فاقد الشيء لا يعطيه)). ويقصد بالمجنى عليه هو من وقعت عليه الجريمة أو على حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء من توافرت فيه صفة المضرور

(١) وهذه الجرائم في التشريع العراقي هي ذاتها التي لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية عنها الا بشكوى من المجنى عليه أو ممثله القانوني والتي حددها المشرع في الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ، اما المشرع المصري فقد حدد الجرائم التي يجوز الصلح فيها في المادة (١٨) مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ.

(٢) أنظر: د. محمد حكيم حسين الحكيم- النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية- دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية- ٢٠٠٩- ص ٣٠.

(٣) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ١٩٤.

(٤) أنظر: نص المادة (١٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٥) نصت المادة (١٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على أنه ((يقبل الصلح... إذا طلبه المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً...)).

أو المدعي بالحق المدني، وإذا تعدد المجنى عليهم، فيجب ان يوافقوا جميعاً على الصلح حتى يرتب اثره، ومن ثم لا يكفي الصلح الذي يعقده احدهم أو بعضهم، كما يشمل اصطلاح المجنى عليه في حالة عدم اهلية من يمثله قانوناً كالولي أو الوصي بالنسبة للقاصر والقيم بالنسبة للمحجور عليه^(١).

الشرط الثالث: عدم صدور حكم بات في الدعوى: اشار المشرع العراقي صراحة إلى هذا الشرط، ينص ((يقبل الصلح في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة حتى صدور القرار في الدعوى))^(٢)، وهذا الشرط بديهي حتى ينتج الصلح أثره في انتهاء الخصومة وإلا كان الصلح عديم الأثر. وتتوافر هذه الشروط الثلاثة، يرتب الصلح أثره وهو امتناع الإسناد الجنائي، كنتيجة حتمية لانقضاء الدعوى الجزائية وما تشتمل عليه من العقوبات المالية كالمصادرة والغرامة، وكذلك المصاريف المتعلقة بهذه الدعوى، ولهذا يجب ايقاف التعقيبات القانونية بحق المتهم وإخلاء سبيله من التوقيف حالاً ان كان موقوفاً عن الجريمة التي تم الصلح عنها^(٣)، وهذا الاثر نتيجة حتمية لصدور القرار بالصلح من وجوب وقف السير بإجراءات الدعوى الجزائية، حيث ان النصوص القانونية صريحة في ضرورة اخلاء سبيل المتهم بمعنى ان ذلك يتم بقوة القانون، حيث نصت المادة (١٩٧/ب) من قانون الأصول الجزائية العراقي على أنه ((إذا توافرت الشروط القانونية في طلب الصلح فيصدر قاضي التحقيق أو المحكمة قرار بقبوله واخلاء سبيل المتهم إذا كان موقوفاً)). اما إذا كان موقوفاً عن قضية اخرى، فلا يخلى سبيله من التوقيف ويعود ذلك نتيجة منطقية لما يستلزم القرار من ضرورة انتهاء التحقيق وعدم وجود مبرر لمواصلة السير في اجراءاته أو احالة المتهم إلى القضاء المختص^(٤)، وهذا ما جرى عليه القضاء العراقي في احكام عديدة لمحكمة التمييز^(٥).

ننتقل الآن لنتساءل عن اثر الصلح على الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة، فهل يسري اثر الصلح في منع الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة، فهل يسري اثر الصلح في منع الإسناد الجنائي في حق متهم معين على غيره من المساهمين معه في الجريمة فاعلين اصليين كانوا أم مجرد شركاء؟

اجاب المشرع العراقي عن هذا التساؤل صراحة، وذلك إذ نص في الفقرة (أ) من المادة (١٩٦) من قانون الأصول الجزائية إلى ان ((طلب الصلح مع متهم لا يسري إلى متهم آخر...))، يتضح من هذا النص ان الصلح مع المتهم في جريمة تعدد فيها المتهمون لا يسري لغيره من المتهمين الاخرين، حيث تستمر

(١) أنظر: د. محمد علي سويلم- نظرية دفع المسؤولية الجنائية- المصدر السابق- ص ٢٩٠.

(٢) أنظر: الفقرة (أ) من المادة (١٩٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٣) أنظر: أيسر سفاح كريم التميمي- المصدر السابق- ص ١١٦.

(٤) أنظر: كريم حسين علي- الصلح في القانون الجنائي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٢- ص ١٥١ وما بعدها.

(٥) أنظر: قرار محكمة التمييز رقم ١٩٧٤/١٨٤ في ١٩٧٤/٩/٢١ ((إذا انتهت الدعوى بالصلح أو اوقف الإجراءات نهائياً بحقه كان للقرار الصادر بذلك نفس الاثار التي تترتب على الحكم بالبراءة)). وأنظر: القرار رقم ١٥٧٠/ج/١٩٧١ في ١٩٧١/٨/٩، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص ١٦٢.

الدعوى الجزائية ضدّهم، إذ لا يستفيد من سقوط الدعوى الا المتهم الذي تمّ الصلح معه باستثناء حالة الشريك في جريمة الزنا فان الصلح مع الزوجة ينصرف إلى شريكها. وهناك من يبرر موقف المشرع العراقي بأنّ المتهم قد يكون متعاطفاً مع المجنى عليه أو كان من بين المتهمين من هو ارحم بالمجنى عليه من غيره، أو لان ظروف المجنى عليه العائلية توجب قبول المصالحة مع متهم واحد فقط، كوجود قرابة ومصاهرة أو صداقة أو ان يكون المتهم قد سلك مع المجنى عليه سلوكاً خاصاً يوجب ذلك^(١). أما بالنسبة للمشرع المصري فقد جاء قانون الإجراءات الجنائية النافذ خالياً من نص يتكفل بتنظيم هذه الحالة، لذلك ذهب جانباً من الفقه المصري إلى ذات اتجاه الفقه والقضاء الفرنسي، حيث يرى انه في حالة تعدد الجناة، فلا تنقضي الدعوى الجنائية الا بالنسبة للجاني او المحكوم عليه الذي كان طرفاً في الصلح، ومن ثم تظل الدعوى الجنائية قائمة قبل الاخرين من الشركاء. بينما يرى جانب آخر من الفقه، ان تصالح بعض المتهمين أو المحكوم عليهم دون الاخرين، يترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية بالنسبة لكل المتهمين أو المحكوم عليهم، وذلك استناداً إلى ان مقابل الصلح واحد لا يتعدد بتعدد الجناة، وكذلك استناداً إلى مبدأ وحدة الجريمة^(٢). ومن تطبيقات القضاء الجنائي في صدد أثر الصلح على الإسناد الجنائي، ما قضت به المحكمة الكبرى لمنطقة ديالى من أنه: ((... عدم اجراء التعقيبات القانونية بحق المتهم الثاني (ع) لكون قد تصالح معه...))^(٣). وما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه ((كان الحكم المطعون فيه قد أدان الطاعن بجريمة تبديد الاشياء المحجوز عليها والمعاقب عليها بالمادتين ٣٤١، ٣٤٢ من قانون العقوبات. وقد صدر بعد الحكم المطعون فيه القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ باضافة المادة (١٨) مكرر (أ) إلى قانون الإجراءات الجنائية والتي اجازت للمجنى عليه ولوكيله الخاص- في جرائم معينة بينها حصرها- من بينها الجنحة التي ادين الطاعن بها، ان يطلب اثبات صلحه مع المتهم وانه يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية حتى ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر. وقد استقر قضاء النقض على ان نص المادة (١٨) مكرر (أ) يعتبر قانوناً اصلاً للمتهم يتعين تطبيقه على واقعة الدعوى طالما لم يفصل فيها بحكم بات عملاً بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات ولما كان الثابت ان الطاعن قد قام بسداد الدين المحجوز من اجله، وهو ما يعنى الصلح، ومن ثم يتعين الحكم بنقض الحكم المطعون فيه وانقضاء الدعوى الجنائية بالصلح))^(٤).

المبحث السابع

(١) أنظر: د. سليم ابراهيم حربه والاستاذ عبد الامير العكيلي- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ج ٢- المصدر السابق- ص ١٥٢.
(٢) أنظر في عرض هذه الاراء: د. أحمد فتحي سرور- الجريمة الضريبية- درر النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٩- ص ٢٦٦.
د. محمد حكيم حسين الحكيم- المصدر السابق- ص ٢٨١.
(٣) أنظر: قرار المحكمة الكبرى، الاضبارة المرقمة ١٤٩/ج/١٩٥١ في ١٩٥٦/١١/٦، منشور في مجلة القضاء، العدد (٥)، س ١٤، بغداد، ١٩٥٦، ص ٧٨٧.
(٤) أنظر: نقض جنائي مصري في ٢٠ ابريل سنة ٢٠٠٣، الطعن رقم ١٩٩٤٠ لسنة ٦٤ قضائية.

التنازل وأثره على الإسناد الجنائي

إذا كان المشرع الجنائي قد ترك امر تحريك الدعاوى الناشئة عن جرائم معينة لإرادة المجنى عليه، كونه الاقدر من السلطات المختصة على تحديد حجم الضرر الذي ينجم عن تحريكها كان منطقياً ان يمنح المجنى عليه الحق في التنازل عن شكواه، وتتقضي الدعوى الجزائية^(١). ويتطلب بحث هذا القيد الشكلي بيان مفهوم التنازل عن الشكوى أولاً، ثم بيان اثره على الإسناد الجنائي، ووفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم التنازل عن الشكوى.

لم تحدد اغلب التشريعات الجنائية مفهوم "التنازل" بل اكتفت بتنظيم القواعد التي تحكمه ومن هذه التشريعات المشرع العراقي، اذ لم يحدد قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ معنى التنازل عن الشكوى بل اكتفى بتنظيم احكام هذا التنازل وذلك في المادتين (٨ و ٩)، فالمادة (٨) تنص على انه ((... ويعتبر المشتكي متنازلاً عن شكواه بعد تقديمها إذا تركها دون مراجعة مدة ثلاثة اشهر دون عذر مشروع ويصدر قاضي التحقيق قراراً برفض الشكوى أو غلق التحقيق نهائياً)) وتنص الفقرة (ج) من المادة (٩) من القانون ذاته على انه ((يحق لمن قدم الشكوى ان يتنازل عنها...)). وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري اذ انه لم يحدد المقصود بالتنازل، مكتفياً ببيان القواعد التي تحكمه وذلك في المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ اذ تنص هذه المادة على انه ((للمن قدم الشكوى والطلب في الأحوال المشار اليها في المواد السابقة، وللمجنى عليه في الجرائم المنصوص عليها... ان يتنازل عن الشكوى والطلب في أي وقت إلى ان يصدر في الدعوى حكم نهائي، وتتقضي الدعوى الجنائية بالتنازل)). وبالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يحدد هو الاخر مفهوم التنازل عن الشكوى، بل اشار فقط إلى احكامه في المادة (٣/٦) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ. اما على صعيد الفقه، فقد عرف التنازل عن الشكوى بأنه ((تصرف قانوني من جانب المجنى عليه بمقتضاه يعبر عن ارادته في وقف الاثر القانوني لشكواه، وهو وقف السير في إجراءات الدعوى))^(٢). وعرف التنازل عن الشكوى ايضاً بأنه ((تصرف قانوني يعبر به المجنى عليه عن ارادته صراحة أو ضمناً في وقف الاثر القانوني المترتب على شكواه وهو وقف السير في الدعوى الجنائية، وهو يفترض استعمال المجنى عليه لحقه في الشكوى))^(٣). وعرف كذلك بأنه ((تعبير المجنى عليه الذي يستطيع بمقتضاه ان يوقف السير في الدعوى بعد سبق تحريكها، بل وايقاف تنفيذ العقوبة في حالات معينة على فرض صدور حكم بات بقرارها))^(٤)، يلاحظ ان هذين التعريفين الاخيرين عبرا بدقة عن مفهوم التنازل عن الشكوى باعتباره تصرفاً يقوم به المجنى

(١) أنظر: غازي خالد درويش الشبيلات- شكوى المجنى عليه- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٧- ص١٦٩٧.

(٢) أنظر: د. اسامة حسنين عبيد- الصلح في قانون الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٥- ص١١١. د. عبد الحميد الشواربي- المصدر السابق- ص٤٨.

(٣) أنظر: د. إبراهيم حامد طنطاوي- المصدر السابق- ص٢١٧.

(٤) أنظر: د. مصطفى محمد عبد المحسن- انقضاء الدعوى الجنائية- البدائل والمفترضات- بدون ذكر مكان الطبع- ٢٠٠٣- ٢٠٠٤- ص٣٨ وما بعدها.

عليه بعد تقدمه بشكواه ضد المتهم، ويؤدي إلى إيقاف الإجراءات الجنائية التي اتخذت ضد المتهم بمجرد تقديم هذه الشكوى. ويتعين عدم الخلط بين التنازل عن الشكوى والتنازل عن الحق في الشكوى، فالاول يفترض وقوع الجريمة وقيام المجنى عليه بتقديم الشكوى عنها وتحريكها ومباشرة السلطات المختصة لها^(١)، ومن ثم انصراف ارادته إلى التنازل عن شكواه، وذلك بعودة القيد من جديد على حرية الادعاء العام، في حين ان التنازل عن الحق في الشكوى يفترض فضلاً عما سبق وقوع الجريمة المعلق تحريك الدعوى الجزائية بشأنها على شكوى من المجنى عليه علم الاخير بمرتكبها وانصراف ارادته إلى عدم تقديم الشكوى لاي سبب من الاسباب كما ان التنازل عن الشكوى تصرف قانوني ينصب على موضوع معين، وهذا الموضوع لا يتحدد الا بتقديم الشكوى ويظل قائماً حتى صدور الحكم الجنائي في الدعوى، في حين ان التنازل عن الحق في الشكوى لا ينصب من حيث الواقع على الشكوى بحد ذاتها، وانما يرد على حق المجنى عليه في تقديم الشكوى في الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى فيها الا بعد تقديم هذه الشكوى^(٢). ويعتبر التنازل من الحقوق الشخصية، فالتنازل عن الشكوى هو كالحق في تقديمها، وهو حق شخصي ولا ينتقل إلى الورثة، فاذا تعدد المجنى عليهم، وقدموا شكوى بحق المتهم، ثم توفي احدهم بعد تقديم الشكوى، فان الحق في التنازل لا ينتقل إلى الورثة^(٣)، وهذا ما أكدته صراحة المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري اذ قضت بأنه ((وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته، الا في دعوى الزنا فلكل واحد من الاولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو منه ان يتنازل عن الشكوى وتتقضي الدعوى)). وهذه يعني ان القاعدة العامة في القانون المصري هي زوال الحق في التنازل عن الشكوى بوفاة صاحبه دون ان ينتقل إلى ورثته، واستثناء من هذه القاعدة العامة فان الحق في التنازل ينتقل إلى ورثة المجنى عليه في جريمة الزنا، اذ اجاز لاولاد الزوج المتوفي من الزوج المتهم ان يتنازلوا عن هذه الشكوى. وعلّة ذلك ان سير الدعوى قد يضر بسمعة الابناء ضرراً كبيراً فمن مصلحة المجموع تمكينهم من وقف السير فيها إذا ارادوا ذلك، بل قد توسع المشرع في هذا الاتجاه وجعل لكل واحد من الاولاد ان يتنازل، ورتب على هذا التنازل إنقضاء الدعوى ولو لم يتنازل الباقي أو اصروا على السير في الدعوى وعلّة هذا الاستثناء هو ما لدعوى الزنا من طبيعة خاصة تجعل المشرع يتوسع في حالات انقضائها^(٤). اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد خلا قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ من نص يماثل النص المصري، إذ اجاز المشرع العراقي انتقال الحق في التنازل عن الشكوى إلى الورثة بعد وفاة الشاكي فيما يتعلق بجريمة الزنا اذ تنص المادة (٣٧٩) من قانون العقوبات النافذ في فقرتها الثانية على انه ((وإذا توفي الشاكي يكون لكل من اولاده من الزوج المشكو أو الوصي عليهم ان يمنع السير في تنفيذ

(١) أنظر: د. عبد الرؤوف مهدي- شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية- ج ١- دار النهضة العربية- ١٩٩٥- ص ٤٢٦.

(٢) أنظر: غازي خالد درويش الشبيلات- المصدر السابق- ص ١٧٠. ايسر سفاح كريم التميمي- المصدر السابق- ص ١٠١.

(٣) أنظر: د. محمود محمود مصطفى- المصدر السابق- ص ٩٠. د. محمد سعيد نمور- المصدر السابق- ص ٢٨٤.

(٤) أنظر: ايهاب عبد المطلب- بطلان إجراءات الاتهام والتحقيق في ضوء الفقه والقضاء- ط ١- المركز القومي للاصدارات القانونية- ٢٠٠٩- ص ٣١.

الحكم)). اما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فلا وجود لمثل هذه القاعدة ولقد جاء عنها في تقرير لجنة الإجراءات لمجلس الشيوخ ((ان وفاة الشاكي بعد رفع الدعوى لا تأثير لها على سيرها، ولكن اللجنة رأيت استثناء جريمة الزنا وتقرير وجوب انتقال حق الشاكي في التنازل عن الشكوى إلى كل من اولاد الزوج المشكو منه، لأنه روعي ان صدور حكم يمس الاولاد وكما يمس الزوج وقد يهمهم منع صدوره كما كان يهمه))^(١).

المطلب الثاني : اثر التنازل عن الشكوى على الإسناد الجنائي

التنازل عن الشكوى يعد من قبيل العفو عن الجريمة، فتترتب عليه الاثار نفسها^(٢). وهذا يعني ان الاثر المترتب على التنازل عن الشكوى تتمثل في امتناع الإسناد الجنائي في حق المتهم فلا يمكن اسناد التهمة اليه لانقضاء الدعوى الجزائية، فلا يمكن بانقضائها اتخاذ أو الاستمرار في الإجراءات الجنائية الهادفة إلى اقامة الدليل على اسناد الجريمة إلى المتهم. بيد ان هذا التنازل لا يرتب اثره هذا الا إذا توافرت فيه شروط وهي:

الشرط الاول: تقديم الشكوى بصورة صحيحة: فالتنازل لا يكون صحيحاً الا إذا كانت الشكوى قد قدمت وفق القيود والشروط المقررة قانوناً^(٣). وقد اشار المشرع العراقي بصورة ضمنية إلى هذا الشرط وذلك في المادة (٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ حيث تنص الفقرة (ج) من هذه المادة على أنه ((يحق لمن قدم الشكوى ان يتنازل عنها))^(٤)، يتضح من هذا النص انه لكي يمكن التنازل عن الشكوى فلا بد من ان تقدم اولاً، وخصوصاً ان تقديم الشكوى هو الذي يميز التنازل عن الشكوى عن الحق في الشكوى، والذي يتم قبل تقديمها.

الشرط الثاني: تقديم الشكوى عن الجرائم التي يتطلب فيها القانون هذا القيد: لا ينتج التنازل عن الشكوى اثره الا اذا كانت قد قدمت الشكوى بشأن احدي الجرائم التي يعلق القانون تحريك الدعوى الجزائية فيها على سبق تقديم الشكوى^(٥)، وقد اشار المشرع العراقي إلى هذا الشرط في المادة (٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ بالنص ((إذا اشترط القانون لتحريك الدعوى الجزائية تقديم بشكوى... ويعتبر المشتكي متنازلاً عن شكواه بعد تقديمها...))^(٦).

الشرط الثالث: صدور التنازل ممن له الحق في تقديم الشكوى: فالتنازل عن الشكوى لا يكون صحيحاً الا إذا صدر ممن ثبت له الحق في الشكوى، وهذا ما يعبر عنه بشرط الصفة في التنازل عن الشكوى، وهذه الصفة تثبت لصاحب الحق في تقديمها، فصاحب الحق في الشكوى هو وحده يملك التنازل - وان كانت قد

(١) أنظر: تقرير اللجنة المؤرخين في ١٧/١/١٩٤٩ و ٢٤/٢/١٩٥٨، ص ٢. نقلاً عن دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ٢٠٠.

(٢) أنظر: د. محمد سعيد نمور- المصدر السابق- ص ٢٨٤.

(٣) أنظر: د. نظام توفيق المجالي- القرار بأن لا وجه لاقامة الدعوى الجنائية- دراسة مقارنة- جامعة مؤتة- ٢٠٠٣- ص ٢٣٢.

(٤) تقابلها المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٣/٦) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي.

(٥) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ٢٠١.

(٦) تقابلها المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري- والمادة (٣/٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

قدمت من القيم أو الوصي - فليس لمن سبق ان قدم الشكوى حق التنازل عنها، اما إذا كان المجنى عليه لا يزال غير اهل للتنازل عن الشكوى فيجوز ان يوكل بالتنازل إلى الوكيل الخاص عن طريق وكالة جديدة للتنازل^(١).

الشرط الرابع: صدور التنازل قبل صدور حكم بات في الدعوى: بمجرد تقديم المجنى عليه لشكواه يثبت له حق التنازل عن هذه الشكوى ويظل هذا الحق قائماً إلى أن يصدر حكم بات في الدعوى، وعلى ذلك يجوز التنازل امام عضو الضبط القضائي الذي قدمت له، كما يجوز امام سلطة التحقيق، ويجوز ايضاً امام المحكمة المرفوعة اليها الدعوى، اما إذا صدر حكم بات في الدعوى فلا يكون للتنازل أي أثر قانوني^(٢)، واستثنى كل من المشرع العراقي، والمشرع المصري، والمشرع الفرنسي جريمة الزنا من هذا الشرط، حيث يجوز للزوج أو الورثة بعد وفاته ان يوقف السير في تنفيذ الحكم الصادر في هذه الجريمة^(٣). فاذا توافرت الشروط المذكورة انفاً ترتب على التنازل انقضاء الدعوى الجزائية وسقوط حق الدولة في العقاب، ومعنى هذا انه لا يجوز الاستمرار في الدعوى الجزائية أو تحريكها ورفعها مرة اخرى بعد صدور التنازل ممن يملكه قانوناً^(٤). فاذا وقع التنازل وكانت القضية لاتزال رهن التحقيق يصدر قاضي التحقيق قراراً برفض الشكوى، أو غلق القضية نهائياً^(٥)، وهذا ما نصت عليه المادة (٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ ((ويعتبر المشتكي متنازلاً عن شكواه... ويصدر قاضي التحقيق قراراً برفض الشكوى أو غلق الدعوى نهائياً)). اما إذا كانت الدعوى قد احيلت إلى القضاء فيتعين على القاضي ان يحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بالتنازل، اما إذا وقع التنازل بعد الطعن بالحكم الصادر بتعين الحكم بعدم جواز الاستمرار في نظر الطعن^(٦). بقي ان نبين اثر التنازل على الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة، فهل يتمتع الإسناد الجنائي بالنسبة لجميع المساهمين في الجريمة ام لا؟ لقد أجاب المشرع العراقي عن هذا التساؤل بصورة صريحة اذ تنص الفقرة (هـ) من المادة (٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ على انه ((إذا تعدد المتهمون فان التنازل عن أحدهم لا يشمل المتهمين الاخرين)). لذلك واستناداً إلى هذا النص فإن اثر التنازل في منع الإسناد الجنائي يقتصر على المتهم الذي صدر التنازل لمصلحته، اما بالنسبة للمتهمين الاخرين الذين لا يتطلب القانون تقديم شكوى لتحريك الدعوى الجزائية بحقهم، لا يستفيدون من التنازل المقدم لغيرهم ممن تطلب القانون، لتحريك الدعوى قبلهم تقديم الشكوى، فلو ان حفيداً وصديقه سرقا منزل جده وقدم الجد الشكوى ضد حفيده، وتنازل بعد ذلك عنها، فان التنازل يقتصر أثره على الحفيد ولا يستفيد منه الصديق

(١) أنظر: نظام توفيق المجالي- المصدر السابق- ص ٢٣٩. د. عبد الحميد الشواربي- المصدر السابق- ص ٤٩.

(٢) أنظر: د. مصطفى محمد عبد المحسن- انقضاء الدعوى الجنائية- المصدر السابق- ص ٧٧.

(٣) أنظر: نص المادة (٣٧٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ، تقابلها المادة (٢٧٤) من قانون المصري النافذ، والمادة (٣٣٧) من قانون العقوبات الفرنسي النافذ.

(٤) أنظر: د. عبد الحميد الشواربي- المصدر السابق- ص ٥٢.

(٥) أنظر: أيسر سفاح كريم التميمي- المصدر السابق- ص ١٠٤.

(٦) أنظر: دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- المصدر السابق- ص ٢٠٢.

وتتقضي الدعوى تجاه الحفيد فقط. ومع ذلك نجد ان المشرع قد استثنى جريمة الزنا من هذه القاعدة، حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٣٧٩) من قانون العقوبات النافذ على انه ((... ويعتبر تنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية تنازل منه عن زنا بها))، يتضح من هذا النص ان الشريك في جريمة الزنا يستفيد من تنازل المجنى عليه عن شكواه ضد زوجته الزانية، فتنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية يعتبر تنازلاً منه عن محاكمة من زنا بها، وتتقضي دعوى الزنا قبل صدور حكم نهائي في الدعوى، فمصير الشريك مرتبط بمصير الزوجة الزانية، وللشريك ان يدفع بالتنازل الحاصل بالنسبة للزوجة^(١). اما المشرع المصري فقد رتب للتنازل عن الشكوى أثراً شخصياً مطلقاً. فاذا تعدد المتهمون وتنازل المجنى عليه عن الشكوى بالنسبة لاحدهم فان التنازل يستفيد منه جميع المتهمين، سواء كانوا فاعلين اصليين أو شركاء^(٢). وهذا ما اشارت اليه المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ عندما نصت على انه ((والتنازل بالنسبة لاحد المتهمين يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين)). وعلى هذا الاساس فان اثر امتناع الإسناد الجنائي في حق احد المتهمين بسبب التنازل يمتد إلى بقية المساهمين معه في الجريمة. بيد ان هذا الحكم يقتصر على المتهمين الذين يستلزم القانون شكوى ضدهم والبعض الاخر لا يستلزم شكوى ضدهم، فأن التنازل عن الشكوى ينصرف اثره إلى الفئة الاولى دون الثانية^(٣). غير ان هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتعلق بشريك الزوجة الزانية، فتنازل الزوج عن شكواه بالنسبة لزوجته ينصرف اثره إلى شريكها^(٤). على الرغم من ان المشرع لم يستلزم ضده شكوى من الزوج، فمصير الشريك يرتبط بمصير الزوجة الزانية مادام لم يصدر في الدعوى حكم بات، فاذا صدر هذا الحكم استقل كلاً منهما عن الاخر ولا يكون للعفو الصادر من الزوج عن زوجته من اثر بالنسبة لشريكها^(٥)، وللشريك ان يتمسك بهذا التنازل ولو لم يتمسك به الزوجة، لانه يعتبر من الدفوع الجوهرية التي لو صحت لتغير به وجه الحكم في الدعوى^(٦). ومن تطبيقات القضاء الجنائي في هذا المجال، ما قضت به محكمة الاحداث ببغداد من ((انقضاء الدعوى الجزائية ضد المتهم (ص) استناداً إلى المادة (٤٦٢) ق.ع. وذلك

(١) أنظر: غازي خالد درويش الشيبيلات- المصدر السابق- ص ١٨٧.

(٢) أنظر: د. عبد الحميد الشواربي- المصدر السابق- ص ٥٥. ايهاب عبد المطلب- المصدر السابق- ص ٢٩ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. محمود محمود مصطفى- المصدر السابق- ص ٩٢ وما بعدها.

(٤) وقد عللت محكمة النقض هذا الاستثناء بقولها ((جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة لانها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد القانون احدهما فاعلاً أصلياً وهي الزوجة ويعد الثاني شريكاً وهو الرجل الزاني. فاذا امحت جريمة الزوجة وزالت آثارها لسبب من الاسباب وقبل صدور حكم نهائي على الشريك فان التلازم الذهني يقتضي محو جريمة الشريك ايضاً، لانها لا يتصور قيامها مع انعدام ذلك الجانب الخاص بالزوجة، والا كان الحكم على الشريك تأثيم غير مباشر للزوجة التي عدت بمنأى عن كل شبه اجرام، كما ان العدل المطلق لا يستتبع بقاء الجريمة بالنسبة للشريك مع محوها للفاعلة الاصلية لان اجرام الشريك انما هو فرع من اجرام الفاعل الاصيل والواجب في هذه الحالة ان يتبع الفرع الاصل مادامت جريمة الزنا لها ذلك الشأن الخاص الذي تمتنع معه التجزئة وتجب فيه ضرورة المحافظة على شرف العائلات)). أنظر في ذلك: نقض في ١٩٧١/٥/٣١، احكام النقض، س ٢٢، رقم ١٠٥، ص ٤٢٧.

(٥) أنظر: د. ابراهيم حامد طنطاوي- المصدر السابق- ص ٢٢٨.

(٦) أنظر: د. محمود محمود مصطفى- المصدر السابق- ص ٩٣.

لتنازل والد المشتكي (ع) والد المتهم المذكور عن شكواه ضد ولده عن الجريمة المسندة اليه وفق المادة ((٤٤٤ ق.ع.))^(١).

الخاتمة

بعد ان انهينا بحثنا هذا فقد توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نعرض لها فيما يأتي:

أولاً: النتائج:

- ١- تبين لنا من خلال البحث ان هناك خلاف قد أثير حول أثر العفو العام على الإسناد الموضوعي، وظهرت على اثر هذا الخلاف عدة آراء، وخلصنا إلى أنه الرأي الراجح هو ان العفو العام يرفع عن الفعل الصفة الاجرامية بأثر رجعي، فيصبح له حكم الافعال التي لم يجرمها المشرع أصلاً، ومن ثم ينتقي الإسناد المادي، اذ تكتسب الواقعة صفة المشروعية بأثر رجعي بقانون العقوبات، وأساس هذا الإتجاه نص المادة (١٥٣) من قانون العقوبات العراقي الذي يحظر إصدار العفو العام الا بقانون، أي ان إنشاء الجريمة كالغائها لا يكون إلا بقانون. ومن ثم، فان العفو يلغي الجريمة ذاتها ويترتب عليه سقوط جميع العقوبات الأصلية والتبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية. ولا يكون له أثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص قانون العفو على خلاف ذلك.
- ٢- تبين لنا من خلال البحث بان التقادم لا يؤثر على التكييف القانوني للفعل المجرم والمسؤولية الناشئة عنه، فالفعل يبقى غير مشروع والمسؤولية عنه تظل قائمة. فيجوز الاعتداد بالجريمة التي تقادمت كظرف مشدد في جريمة اخرى.
- ٣- تبين لنا ان وقف الإجراءات القانونية بحق المتهم وفقاً مؤقتاً لا يمكن اعتباره قيداً شكلياً يرد على الإسناد في نطاق قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك لان قرار وقف الإجراءات القانونية وفقاً مؤقتاً لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، حيث تنطلق من النقطة التي وقفت عندها. ومن ثم يمكن اتخاذ الإجراءات اللازمة للتدليل على إسناد الجريمة إلى المتهم- وذلك بخلاف قرار وقف الإجراءات القانونية وفقاً نهائياً حيث يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية وبالتالي لا يجوز اتخاذ أي اجراء من اجراءاتها، ومن ثم لا يمكن اقامة الدليل على اسناد الجريمة إلى المتهم.
- ٤- كما اتضح لنا تباين موقف المشرعين العراقي والمصري، فيما يتعلق بأثر التنازل على الإسناد الجنائي في حالة تعدد المساهمين في الجريمة. فالمشرع العراقي جعل من التنازل عن الشكوى سبباً في امتناع الإسناد الجنائي في حق من صدر التنازل لمصلحته دون غيره من المساهمين معه في الجريمة، وهذا ما قضت به الفقرة (هـ) من المادة (٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ. اما المشرع

(١) أنظر: قرار محكمة الاحداث ببغداد، اضبارة رقم ٢٠/ج/١٩٧٦ في ١٠/١/١٩٧٦، منشور في مجموعة الاحكام العديلية، ١٤، ٧، ١٩٧٦، ص٢٦٩.

المصري فقد جعل اثر التنازل عن الشكوى امتناع الإسناد الجنائي الأمر الذي يمتد إلى جميع المساهمين في الجريمة، وهذا ما قضت به الفقرة (٣) من المادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية النافذ.

ثانياً: التوصيات:

١- نقترح على المشرع العراقي ان يسلك مسلك كل من المشرع المصري والفرنسي في النص على التقادم كسبب لانقضاء الدعوى الجزائية، وبالتالي امتناع الإسناد الجنائي كنتيجة لانقضاء هذه الدعوى. فالمشرع الفرنسي نص على هذا السبب في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجنائية، وأشار اليه المشرع المصري في المواد (١٠ - ١٩) من قانون الاجراءت الجنائية النافذ. عليه نقترح اضافة نص إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية لتنظيم احكام التقادم فيصبح كالآتي: ((تنقضي الدعوى الجزائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنوات، وفي المخالفات بمضي سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)).

٢- نقترح على المشرع العراقي ان يسلك مسلك كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي في النص على التصالح كسبب لانقضاء الدعوى الجزائية في بعض الجرائم وبالتالي امتناع الإسناد الجنائي كنتيجة لانقضاء هذه الدعوى. إذ نص المشرع المصري على هذا السبب في المادة (١٨) مكرر من قانون الإجراءات الجنائية النافذ، وأشار إليه المشرع الفرنسي في المادة (٢-٤١) من قانون الإجراءات الجنائية. لذا نقترح تعديل نص المادة (١٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ، باضافة فقرة اخرى اليها لتنظيم احكام التصالح، فيصبح نصها كالآتي: المادة (١٩٤):

((١- يجوز التصالح في مواد المخالفات وكذلك في مواد الجنح التي تكون عقوبتها الغرامة. وعلى المتهم الذي يقبل التصالح ان يرفع خلال ١٥ يوماً من اليوم التالي لعرض التصالح عليه مبلغاً يعادل ربع الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو قيمة الحد الأدنى المقرر لها ايهما اكثر، ويكون الدفع إلى خزنة المحكمة، أو إلى الادعاء العام، أو إلى أي موظف عام يرخص له ذلك من وزير العدل. وتنقضي الدعوى الجزائية بدفع مبلغ التصالح.

٢- يقبل الصلح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة إذا طلبه المجنى عليه او من يقوم مقامه قانوناً في دعاوى التي يتوقف تحريكها على شكوى المجنى عليه، وفق الاحكام المبينة في المواد التالية)).

٣- ولتحقيق المساواة بين المتهمين وحتى لا يختلف مصير كل منهم عن الآخر نقترح على المشرع العراقي ان يسلك مسلك المشرع المصري في جعل اثر التنازل عن الشكوى في امتناع الإسناد الجنائي يمتد إلى جميع المساهمين في الجريمة وان كان التنازل قد صدر لمصلحة احد المتهمين دون غيره، وذلك من خلال تعديل نص الفقرة (هـ) من المادة (٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ لتصبح كالآتي:

((إذا تعدد المتهمون فان التنازل عن احدهم يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين)). وبذلك تتحقق وحدة الجريمة وعدم تجزئة الشكوى.

المصادر

أولاً: الكتب:

١. د. إبراهيم حامد طنطاوي- شرح قانون الإجراءات الجنائية- الجزء الاول- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٤.
٢. د. إبراهيم صادق الجندي- الموت الدماغى- الرياض- ط١- ٢٠١١.
٣. د. أحمد أبو الروس- التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية- المكتب الجامعي الحديث- الاسكندرية- ٢٠٠٥.
٤. د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون الإجراءات- الجزء الاول- النظرية العامة للجريمة- دار النهضة العربية- ١٩٨١.
٥. د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات- دار النهضة العربية- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ١٩٨٥.
٦. د. أحمد فتحي سرور- الجريمة الضريبية- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٩.
٧. د. أسامة حسنين عبيد- الصلح في قانون الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٥.
٨. ايهاب عبد المطلب- بطلان إجراءات الاتهام والتحقيق في ضوء الفقه والقضاء- ط١- المركز القومي للاصدارات القانونية- ٢٠٠٩.
٩. د. براء منذر عبد اللطيف- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط١- دار ابن الاثير للطباعة والنشر- جامعة الموصل- ط١١- ٢٠٠٩.
١٠. د. تميم طاهر أحمد الجادر ود. حسين عبد الصاحب عبد الكريم- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط١- مركز دار الدكتور للطباعة والتتضيد الإلكتروني- بغداد- شارع المنتبي- ٢٠١٢.
١١. جمال محمد مصطفى- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- مطبعة الزمان- بغداد- ٢٠٠٥.
١٢. د. حاتم حسن البكار- أصول الإجراءات الجنائية وفق أحدث التعديلات التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية- منشأة المعارف بالإسكندرية- ٢٠٠٧.
١٣. د. حسن ربيع- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- ط١- القاهرة- ٢٠٠٠- ٢٠٠١.
١٤. د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ج١- دار الدكتور للنشر- ط١- ٢٠١١.
١٥. د. رمسيس بهنام- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً- منشأة المعارف- الإسكندرية- ١٩٧٧.
١٦. د. رؤوف عبيد- مبادئ القسم العام من التشريع العقابي- دار الفكر العربي- ط٤- ١٩٧٩.

١٧. د. سليم إبراهيم حربيه والأستاذ عبد الأمير العكيلي- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ج ٢- توزيع المكتبة القانونية- بغداد- شارع المتنبى- ط٢- ٢٠١١.
١٨. د. سليمان عبد المنعم- النظرية العامة لقانون العقوبات- دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية- ٢٠٠٣.
١٩. د. سمير عالية- قوة القضية المقضية امام القضاء الجزائي- دراسة مقارنة- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- ط٢- ١٩٨٧.
٢٠. د. شريف سيد كامل- الحق في سرعة الإجراءات الجنائية- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٤.
٢١. د. صفاء حسن العجيلي- الاهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة- دراسة مقارنة- دار الحامد للنشر والتوزيع- ط١- ٢٠١١.
٢٢. د. صفوان محمد شديفات- المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط١- ٢٠١١.
٢٣. د. طلال أبو عفيفة- الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني- ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١.
٢٤. د. عبد الحكم فودة- إنقضاء الدعوى الجنائية وسقوط عقوبتها- منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٥.
٢٥. د. عبد الحميد الشواربي- التعليق الموضوعي على قانون الإجراءات الجنائية- الكتاب الاول- الدعوى الجنائية- منشأة المعارف بالاسكندرية- ٢٠٠٢.
٢٦. د. عبد الرؤوف مهدي- شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية- ج ١- ط١- دار النهضة العربية- ١٩٩٥.
٢٧. عدلي خليل- الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية- دار الكتب القانونية- مصر- ٢٠٠٥.
٢٨. د. عمر سالم- شرح قانون العقوبات المصري- القسم العام- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠١٠.
٢٩. د. عوض محمد عوض- المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية- منشأة المعارف بالاسكندرية- بدون ذكر سنة الطبع.
٣٠. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات- القسم العام- مطبعة الزمان- ١٩٩٢.
٣١. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١.
٣٢. د. فوزية عبد الستار- شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات- ط٢- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠١٠.
٣٣. د. كامل السعيد- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- ط١- الاصدار الثاني- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠٠٨.
٣٤. د. مأمون محمد سلامة- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- دار الفكر العربي- بدون ذكر سنة الطبع.
٣٥. د. مجلاد ساير السبحان الظفيري- التقادم كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية- دراسة مقارنة- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٦.

٣٦. د. محمد حكيم حسين الحكيم- النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية- دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية- ٢٠٠٩.
٣٧. المحامي/ محسن الناجي- الأحكام العامة في قانون العقوبات- شرح على متون النصوص الجزائية- ط١- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٧٤.
٣٨. د. محمد زكي أبو عامر- الإجراءات الجنائية- ط٧- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية- ٢٠٠٥.
٣٩. د. محمد سعيد نمور- أصول الإجراءات الجزائية- شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١١.
٤٠. د. محمد علي سويلم- الإسناد في المواد الجنائية- دراسة تأصيلية تحليلية وتطبيقية مقارنة- منشأة المعارف بالاسكندرية- ٢٠٠٧.
٤١. د. محمد علي سويلم- نظرية دفع المسؤولية الجنائية- دراسة تأصيلية تحليلية وتطبيقية مقارنة- منشأة المعارف بالاسكندرية- ٢٠٠٧.
٤٢. د. مصطفى محمد عبد المحسن- انقضاء الدعوى الجنائية- البدائل والمفترضات- بدون ذكر مكان الطبع- ٢٠٠٤/٢٠٠٣.
٤٣. د. مصطفى محمد عبد المحسن- النظام الجنائي الاسلامي- القسم العام- العقوبة- الكتاب الثالث- امتناع المسؤولية وارتقاع العقاب- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٩.
٤٤. د. مصطفى يوسف- التقادم الجنائي واثره الاجرائي والموضوعي- دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات- ٢٠١٠.
٤٥. د. محمود أحمد طه- شرح قانون الإجراءات الجنائية- الجزء الاول- الدعاوى الناشئة عن الجريمة- دار الكتب القانونية- ٢٠١٣.
٤٦. د. محمود محمود مصطفى- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط١٢- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ١٩٨٨.
٤٧. د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات اللبناني- القسم العام- دار النهضة العربية- مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي- بيروت- ١٩٧٧.
٤٨. د. محمود نجيب حسني- قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية- ط٢- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٧٧.
٤٩. د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط١- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٨٢.
٥٠. د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط٢- دار النهضة العربية- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- ١٩٨٨.
٥١. د. نظام توفيق المجالي- القرار بأن لا وجه لاقامة الدعوى الجنائية- دراسة مقارنة- جامعة مؤتة- ٢٠٠٣.

ثانياً: البحوث:

١. د. أحمد رفعت خفاجي- نظام الصلح في قانون الإجراءات الجنائية- بحث منشور في مجلة المحاماة- العدد (٦)- السنة (٣٢)- ١٩٥٢.
٢. د. أحمد فتحي سرور- بدائل الدعوى الجنائية- بحث منشور في مجلة الجمعية المصرية للقانون الجنائي- ١٩٨٤.
٣. د. ضياء عبد الله عبود- العفو كسبب من اسباب انقضاء الدعوى الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ- بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق- مجلة قانونية فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون/ جامعة كربلاء- العدد الثاني- السنة الثالثة- ٢٠١١.
٤. د. طارق الزعين- تعريف الموت- بحث منشور في مجلة القضاء- الاعداد (١، ٢، ٣، ٤)- السنة (٣٦)- بغداد- ١٩٨١.
٥. د. محمد علي سالم جاسم وصالح شريف مكتوب- اشكاليات تطبيق قانون العفو العام وموقف القضاء العراقي- بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية- مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل- السنة السادسة- العدد الاول- ٢٠١٤.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

١. أحمد حازم مصطفى- أثر وفاة المتهم في القضاء الدعوى الجزائية- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٨.
٢. أمير طاهر حسين الكناني- المصلحة المعتبرة في تشريع قانون العفو العام- رسالة ماجستير- الجامعة المستنصرية- كلية القانون- ٢٠١٣.
٣. أيبسر سفاح كريم التميمي- مركز المجنى عليه في الخصومة الجزائية- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- الجامعة المستنصرية- كلية القانون- ٢٠١٣.
٤. حسام عبد الواحد كاظم الحميداوي- الموت واثاره القانونية- دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي- اطروحة دكتوراه- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٩.
٥. حميد عبد حمادي جناحي- وقف الإجراءات الجزائية في القانون العراقي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ٢٠٠٧.
٦. دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني- قيود الإسناد في القانون الجنائي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة الموصل- كلية الحقوق- ٢٠٠٨.
٧. عماد حسين نجم عبد الله- إجراءات الدعوى الجزائية في الجريمة الكمركية- أطروحة دكتوراه- جامعة بغداد- كلية القانون- ٢٠٠٣.
٨. غازي خالد درويش الشيبيلات- شكوى المجنى عليه- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٧.

٩. كريم حسين علي- الصلح في القانون الجنائي- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٢.
١٠. محمد عبودي نغميش- انقضاء تنفيذ الحكم الجزائي بالتقادم- دراسة مقارنة- اطروحة دكتوراه- جامعة بغداد- كلية القانون والسياسة- ١٩٨٣.
١١. نوار دهام مطر الزبيدي- انقضاء الدعوى الجزائية بالتقادم- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٢.
١٢. وليد بدر نجم الراشدي- العفو العام في التشريعات المقارنة- اطروحة دكتوراه- جامعة بغداد- كلية القانون- ١٩٩٣.

رابعاً: القوانين:

١. قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧.
٢. قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٨.
٣. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٤. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٥. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣.

خامساً: الموسوعات:

١. المحامي عبد المنعم حسين- الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة نقض المصرية- ج ٦ و٨- الاصدار الجنائي- الدار العربية للموسوعات- ٢٠٠٦.

سادساً: القرارات القضائية:

١. نقض جنائي مصري في ٢٠/١١/١٩٣٠، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ١٠٤.
٢. نقض جنائي مصري في ٥/٣/١٩٣١، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ١٩٦.
٣. نقض جنائي مصري في ٥/١٢/١٩٣٨، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ٢٩٠.
٤. نقض جنائي مصري في ٥ يونيه ١٩٣٩، مجموعة القواعد القانونية، ج٤، رقم ٤٠٤.
٥. نقض جنائي مصري في ١٧ نوفمبر ١٩٤١، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، رقم ٣٠٥.
٦. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٣٨/تميزية/١٩٤٧ بتاريخ ٢٨/٤/١٩٤٧.
٧. نقض جنائي مصري في ٢٩/١١/١٩٤٩، أحكام النقض، س١، رقم ٤١.
٨. قرار المحكمة الكبرى، الاضبارة المرقمة ١٤٩/ج/١٩٥١ في ٦/١١/١٩٥٦، منشور في مجلة القضاء، العدد (٥)، س١٤، بغداد، ١٩٥٦.
٩. طعن جنائي مصري رقم (٤١٣)، لسنة ٦٠ ق، جلسة ١/٢٥/١٩٥٥، س٤٢.
١٠. تقرير اللجنة المؤرخين في ١٧/١/١٩٤٩ و ٢٤/٢/١٩٥٨،
١١. نقض جنائي مصري في ١٤/ديسمبر/١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض، س١٣، رقم ١٩٨.

١٢. نقض جنائي مصري في ٣١/٥/١٩٧١، أحكام النقض، س٢٢، رقم ١٠٥.
١٣. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٥٧٠/ج/١٩٧١ في ٩/٨/١٩٧١، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣.
١٤. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٧٤٨/جنايات/١٩٧٣ في ٢/٥/١٩٧٢، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٣.
١٥. قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٦٥/جنايات/١٩٧٣، في ٢٣/٣/١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ١٩٧٤.
١٦. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٧/تمييزية/١٩٧٣ في ١٨/٤/١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ١٩٧٥.
١٧. قرار محكمة الأحداث ببغداد، إضارة رقم ٢٠/جنايات/١٩٧٦، في ١٠/١/١٩٧٦، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة، ١٩٧٦.
١٨. نقض جنائي مصري في ٣٠/٥/١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، س٢٧، رقم ١٢٤.
١٩. قرار محكمة التمييز رقم ٨٩٦/تمييزية/١٩٧٦، في ٩/١٠/١٩٧٦، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٦.
٢٠. نقض جنائي مصري في ٢٧/١٢/١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، س٢٧، رقم ٢٢٦.
٢١. قرار محكمة التمييز رقم ٥٩٥/تمييزية ثانية/١٩٧٧ في ٢٤/٥/١٩٧٧، منشور في مجلة الأحكام العدلية، ع١، س٨، ١٩٧٧، ص٢٣٨.
٢٢. طعن جنائي رقم (٢٣٤) لسنة ٥١ق، في ١٤/٦/١٩٨١.
٢٣. نقض جنائي مصري في ٩/٥/١٩٨٥، مجموعة أحكام النقض، س٣٦، رقم ١١٢.
٢٤. قرار مجلس شورى الدولة بالعدد ٨/١٩٩١ في ٢٧/١١/١٩٩١.
٢٥. نقض جنائي مصري في ٢٠ ابريل سنة ٢٠٠٣، الطعن رقم ١٩٩٤٠ لسنة ٦٤ قضائية.
٢٦. قرار محكمة التمييز رقم ١٨٤/١٩٧٤ في ٢١/٩/١٩٧٤.
- سابعاً: المصادر الأجنبية:

1. Cr. 15 sept. 1871. D.P. 71. 5. 513.
2. Cass, 25, Oct. 1821, D. N. 50.
3. Cr- 15 Mars- 1830- J. G. Cassation, 293.
4. Cr. II Mars, 1842. J. G. Casstation.

المشكلات العملية في صياغة العقود

د. علي حمزة الغانمي

م.م. جعفر عقيل محمود

المقدمة

يعرف العقد بأنه توافق أو اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية العامة أو الخاصة، لترتيب التزامات متبادلة أو متقابلة أو منفردة وإرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد الآثار التي ترتبت عليه^(١).

ويجب ن تنشأ العقود عن إرادة سليمة ورضا وترد على محل صحيح وسبب مشروع والعقد بذلك هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، والعقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما^(٢).

وتعرف الصياغة القانونية بأنها عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون الى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل^(٣).

ومن الممكن تعريفها بأنها الإفصاح عن القاعدة القانونية أو هي طريقة التعبير عن مضمون القاعدة القانونية.

وتتعدد المشكلات العملية لصياغة العقود، بسبب تطور الحياة الاقتصادية وتشعبها في مجالات متعددة في التخصص.

والعقد يمر بمراحل متعددة، ابتداءً من المرحلة قبل التعاقدية والمفاوضات ومرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذ العقد ومرحلة تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد.

(١) ويعرف العقد في اللغة بأنه الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل وتستعمل أيضاً بمعنى احكام الشيء وتقويته ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين، ومن معنى الاحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان وكل ما ينشئ التزاماً وعلى ذلك يكون عقداً في اللغة كل ما يفيد الالتزام بشيء عملاً كان أو تركاً من جانب واحد أو من جانبين، بما يتصل بمعنى الربط والتوثيق.

وللمزيد من التفاصيل ينظر: د. حسن ذنون، النظرية العامة للالتزام، ص ٢٧. وكذلك ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ١٩٨٠، ص ١٩.

(2) See: Dr. M.I.Alamedin, Drafting of international contracts, 1999, P:223.

وكذلك ينظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التقاعد في القانون المقارن، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٣٣-٣٥.

(3) ينظر: د.عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص ٢٥-٢٦.

وإتفاقاً مع ما تقدم، سوف نبين في بحثنا هذا، اشكاليات العقود العملية خلال مراحل العقد، ونحتاج لبيان المشكلات العملية لكل مرحلة منها وأثرها على صياغة العقود. وذلك على النحو التالي:

المبحث الاول

المرحلة قبل التعاقدية

والمرحلة قبل التعاقدية هي المرحلة التي تتبلور ارادات الاطراف وتتكون بشكل عام وفيها تتحدد كثير من التفاصيل والأمور الفنية وتمثل البداية الحقيقية للالتزامات الإطراف.

المطلب الاول: صياغة المرحلة قبل التعاقدية

تعتبر المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحلها وأخطرها، بما تحويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة سواء ما يتعلق بالمخالفات التالية للالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية التي تنشأ على عاتق الطرف الذي بسببه لم ينعقد العقد وانتهت العلاقات بين الأطراف على هذه المرحلة السابقة من التعاقد، وفي معظم الأحيان تستغرق هذه المرحلة وقتاً طويلاً أكثر من الوقت اللازم لإبرام العقد، ولا سيما في العقود غير التقليدية التي لا تتناسب معها القواعد التقليدية للإيجاب والقبول^(١).

إذ أن هذه القواعد أصبحت غير قادرة على الاستجابة لضرورة التعامل الاقتصادي والتسويق الحديث، ولا يمكنها مواجهة الصعوبات التي تنطوي عليها في الغالب العقود غير التقليدية والمفاوضات هي مرحلة المحادثات بين الطرفين للدخول في تعاقد ويمكن أن تكون مرحلة عرض للإمكانيات الفنية والقدرات المالية للطرفين، كما تكون فترة تعارف تتطرق للسمعة التجارية أو القدرات السوقية، ويمكن خلالها تقديم معلومات أولية عن الوضعية القانونية والمؤسسية للطرفين^(٢).

وعادة ما تكون هذه المفاوضات محاطة بالسرية والالتزام بعدم الإفصاح، ويمرر هذا الشرط الى العقد فيكون عادةً هناك شرط أو اتفاق بعدم الإفصاح الا في الحالات التي حددها القانون، وفي بعض الحالات يطلب الاطراف تقديم مستندات مثل سابقة الخبرة أو الأعمال، أو الموقف المالي أو الميزانيات السابقة وهنا

(١) ينظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، التطبيق العملي للثقافة القانونية (مجال صياغة العقود)، بحث مقدم في المؤتمر الأول لتنمية ثقافة الوعي القانوني والوطني، بغداد، ١٠-١٢/٣/٢٠١٣، ص ٣٥٢.

(٢) ينظر: د. علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٣٢ وما بعدها.

وللمزيد من التفاصيل ينظر: زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الادارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١، ص ٢٢٣.

وكذلك ينظر: د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٣-٤٤.

يكون الأصل أن الطرف الذي يقدم بيان أو معلومة يكون مسؤول عن صحتها مسؤولية تقصيرية وعند إبرام العقد تضمن هذه الوثائق بالعقد وتعتبر جزء منه ومكاملة ومتممة له.

فالمفاوضات تعمل على تحديد حقوق والتزامات أطراف العقد باعتبارها الاطار العام الذي يحدد ملامح العقد وصياغته ليأتي معبراً عن إرادتهم معاً، وتلعب المفاوضات دوراً وقائياً عند إبرام العقد، نظراً لما تقوم به من التقريب بين وجهات النظر، والعمل على اتخاذ التدابير والاحتياطات التي تمنع نشوب اي نزاع في المستقبل^(١).

وغالباً ما تكون وجهتا النظر للطرفين متباينة، إذ يحرص كل طرف على استبقاء حريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حق يتم الاتفاق النهائي على العقد^(٢).

ونلاحظ في الممارسة العملية ان كل طرف في مرحلة المفاوضات حر في العدول عن المفاوضات وعدم الاستمرار فيها، ودون أن يكون ملزماً بإبداء الاسباب أو المبررات لعدوله، باعتبارها عملاً مادياً لا يرقى الى مرتبة التصرف القانوني، وقد أكدت هذا المبدأ العديد من أحكام المحاكم، والاتفاقيات والتي أكدت بأن الاعلان الموجه للجمهور أو الافراد لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض، وأن المفاوضات ليست الا عملاً مادياً ولا يترتب عليها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية ويطلب ببيان مبررات لعدوله^(٣).

وهذا ما بينته محكمة الاستئناف الكويتية بشيء قريب من ذلك حيث قررت أنه: ((الابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر ومن يصدر منه الايجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر أيجاباً باتاً الا بعد مفاوضات، والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثر قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد ولا مسؤولية على من عدل، بل هو لا يكلف بإثبات انه عدل لسبب جدي وليست المفاوضات الا عملاً مادياً لا يلزم أحداً، على أن العدول عن المفاوضات قد يترتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه ولكن المسؤولية ليست

(١) فالمفاوض يمنع عليه الافضاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استناداً الى احكام المسؤولية التقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الاخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن مسلك الرجل العادي عند التعامل مع الغير، والرجل العادي لا يفشي الاسرار التي علمها بمناسبة مفاوضات العقد ولا يفيض بها الى الغير، ولا يستغلها لحساب نفسه، وما دام معيار الرجل المعتاد يقوم على اعتبار اخلاقي الى جانب الاعتبار المادي. وللمزيد من التفاصيل ينظر:

Le Tourneau, Laresponsabilité, no 1342.

Staeck, Droitcivil, obligations, no 1389.

(٢) ينظر: د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، مركز الطباعة والنشر بمعهد الادارة العامة، السعودية، ١٩٩٨، ص١٢٢.

(3) Sylvette Guillemard Acomparative study of the UNIDROIT Principles and the orinciples of European contracts and some dispositians of the CISG applicable to the Formayion of international contracts from the perspective of harmonization of law (2000-2001), P:8.

تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول، وإن التلكسات المتبادلة وإن أشارت الى اسعار بعض المواد الا انها لم تتضمن باقي الشروط الجوهرية التي تكون محلاً للدراسة بين الطرفين قبل إبرام العقد، مثل مدة التنفيذ وضمانات كل من الطرفين وموافقة صاحب العمل على تنفيذ المستأنفة الأعمال، الأمر الذي يتأكد به أن ما دار بين الطرفين لم يخرج عن حيز المفاوضات^(١).

فصياغة العقد هي تجسيد مادي لإرادة طرفيه وفقاً لما انتهت اليه المفاوضات بينهما، فالصياغة تعتبر تصديقاً من الطرفين عما اتفقا عليه في المفاوضات لذلك يرى جانب من الفقه ان المفاوضات تسبق صياغة العقد أو مشروع العقد، وبالرغم من ذلك يجب أن يراعي أن الصياغة الأولى وان كانت في معظم الاحيان في وقت معاصر للتفاوض، بمعنى أنها تتم بعد التوصل الى اتفاق بشأن موضوع التفاوض أو جزء منه، لكن هناك حالات تقوم المفاوضات فيها على أساس وثيقة تتضمن مشروع عقد اتخذ أحد أطرافه المحتملين المبادرة الى صياغته ومن ثم يبعث به الى الطرف الآخر لمراجعته قبل اللقاء من اجل التفاوض حول البنود المقترحة للعقد^(٢).

ويمكن أن يجري التفاوض على أساس تبادل مشروعين للعقد يضعهما كل طرف ويبعث به للطرف الآخر تمهيداً لتحديد الأوجه المتفق والمختلف عليها، بحيث تحاول المفاوضات أن تجد حلول لنقاط الخلاف.

المطلب الثاني: التطبيق العملي للمرحلة قبل التعاقدية

المبدأ العام هو ليس كل ما أتفق عليه أثناء التفاوض وأدرج في محاضر التفاوض يكون ملزماً للطرفين، فمحاضر التفاوض لا تعد عقداً وإنما جاءت مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين وممهدة لإبرام العقد، لذا يمكن الرجوع اليها لإيضاح مقاصد طرفا العقد وما اتفقوا عليه من حقوق والتزامات متبادلة^(٣).

والامور الاساسية التي يجب إعطائها الاولية في صياغة العقود هو تضمين كافة وثائق التفاوض على العقد في البند الأول منه عند صياغة العقد، ومثالها في التطبيق العملي هو ((يعتبر التمهيد السابق، ومحاضر جلسات التفاوض والمستندات المودعة والمذكرات وكافة المكاتبات المتبادلة وكراسة الشروط والمواصفات، جزء لا يتجزأ من هذا العقد ومكماً لشروطه وحكامه))^(٤).

والقول بخلاف ذلك يؤدي الى ثمة مشاكل عملية في صياغة العقد، عند نشوب خلاف أو نزاع على العقد لم تعالجه صياغة العقد، فيبدأ الحديث عن إمكانية الرجوع الى محاضر التفاوض، فإذا كانت هذه المحاضر قد اعتبرها من صاغ العقد بأنها متممة ومكملة للعقد فلا مشكلة في ذلك، وإنما تبرز المشكلة في

(١) ينظر: حكم محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الاولى، منشور في مركز تصنيف الاحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٣ جمادي الآخرة، ١٤٠٩هـ، (١٩٨٩/١/٣٠)، رقم (١٣٤٧).

(٢) G. Schmoll, Vendre a l'rttnger, guide à de l'exportation, Paris, 1989, P:15.

(٣) ينظر: د. محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص ٤٣-٤٤.

(٤) ينظر: محمود محمد علي صبره، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٣٦.

حالة عدم الإشارة الى القيمة القانونية لمحاضر التفاوض بين ثنايا العقد، أي هل يعتبر الرجوع اليها والأخذ بها ملزماً أم الأمر لا يعدو أن يكون إستثنائياً ومن جانب الاطمئنان والوقوف على قصد المتعاقدين . ولما كانت العلاقة بين عملية التفاوض والصياغة، علاقة اساسية مترابطة، لذا يكون أقدر الاشخاص على القيام بعملية صياغة العقد، هو من قام بعملية التفاوض على العقد مسبقاً، فمخالفة هذا المبدأ يثير ثمة مشاكل عملية لصياغة العقود^(١).

في حين هناك رأي آخر يرى وجوب الفصل بين المفاوضين والقائمين بالصياغة، ويعتمد هذا الرأي على أساس إنه من قام بالتفاوض وقام فيما بعد بالصياغة، فمن الممكن أن تغوت هذا الشخص عند مراجعة صياغة العقد إكتشاف ما لم تتضمنه مما كان يجب ان تتناوله الصياغة، في حين إذا قام بالصياغة شخص آخر فيكون بإمكان المفاوض أن يقف على أوجه النقص في الصياغة، وبإمكانه أن يلفت نظر الصانع اليها^(٢).

في حين يرى آخرون^(٣) بأن الأصل العام هو وجوب أن يكون القائم بالصياغة على علم تام بكافة أجزاء موضوع التعاقد، وما انتهى التفاوض بشأنها، إذ أن القاعدة والركيزة الاساسية في الصياغة الجيدة يجب مراعاتها والتمسك، سواء إشتراك القائم بالصياغة في التفاوض أم لم يشترك . ومن جانبنا نؤيد هذا الرأي معرفة القائم بالصياغة لمراحل التفاوض وما توصلوا اليه واتفقوا عليه، يقوي جانب الصانع في فهم وبلورة الافكار لدى طرفي العقد، من أجل ترجمتها ووضعها في نصوص العقد المبرم بينهم. ويرجع غموض خطاب النوايا^(٤): باعتباره من مستندات التفاوض، الى إن القائم بصياغتها يسعى الى تقليل احتمالات ارتباطه موكله به في نفس الوقت الذي يبحث فيه عن وثيقة ملزمة للطرف الآخر. ونتيجة لاختلاف تكييف خطاب النوايا من عقد لآخر، فإنه يتوجب التعرض لها لدى صياغة العقد النهائي، وإذا كان يكتفه الغموض فسيؤدي ذلك الى تعثر وتأخر وتراخي في صياغة العقد النهائي^(٥).

(١) ينظر: د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، (تصميم العقد)، الطبعة الثالثة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٧.
(٢) ينظر: وليم دون، محاضراته خلال الدورة التدريبية الخاصة بمفاوضات الاتفاقات البترولية (صياغة العقود)، معهد القانون الدولي، واشنطن، ١٩٨٩.

(٣) يصعب أن تتم عملية الصياغة القانونية للعقد، في إطار من عدم المعرفة أو تنبع من حالة جهل للمفاوضات، فلا شك أن الصانع الناجح يحتاج توافر كم مناسب من البيانات والمعلومات عن موضوع المفاوضات وما انتهت اليه.
ينظر د. محمد احمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٤) في العقود المهمة من حيث القيمة المالية لها أو ارتباطها بمرافق عامة كبيرة، تتيح المفاوضات السابقة على العقد النهائي الفرصة لظهور علاقات تثبت معالمها في سندات تحتاج الى الصياغة الجيدة، والمستندات التي تجري صياغتها في المرحلة قبل التعاقدية هي خطابات النوايا، والوعد بالتعاقد، والعقود التحضيرية، والعقود المؤقتة (البسيطة) و العقود الجزئية.

أما مصطلح خطاب النوايا فإنه يطلق على العديد من المستندات التي تحرر في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي، والأصل في هذا المصطلح أن ينصرف الى التعبير عن مقترحات أحد الطرفين المتعاقدين المحتملين أو كليهما بشأن عناصر هذا العقد سواء فيما يتعلق ببعض موضوعاته أو فيما يتصل بالتفاوض حولها.

ينظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٥) ينظر: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

مما تقدم نرى أهمية المرحلة الاولى من الشروع في صياغة العقد وما لها من دور أساسي ورئيسي في الشروع بتحديد الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وسبل حل النزاعات والتنبؤ بها قبل حصولها، لذا يجب على القائم بالصياغة أن يهتم بهذه المرحلة جيداً، ويعطيها حقها في الوقت والجهد والاهتمام أسوةً بباقي أحواتها من المراحل الأساسية في صياغة العقود.

المبحث الثاني

مرحلة إبرام العقد

يجب أن يطابق القبول الايجاب، فإذا لك يكن مطابقاً، بأن تضمن إضافة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا ينعقد ويعتبر هذا القبول رفضاً للإيجاب ويتضمن إيجاباً جديداً فإذا عرض التاجر بيع بضاعته بألف دينار فردى المشتري بأنه يقبل الشراء بخمسائة دينار فإن البيع لا يتم.

المطلب الأول: صياغة إبرام العقد

يجب أن يطابق القبول الايجاب في جميع المسائل التي اشتمل عليها الايجاب الجوهرية منها والتفصيلية، على ان عدم ذكر المسائل التفصيلية لا يمنع من ابرام العقد حيث يكفي لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، ففي عقد البيع يكفي أن يتم الاتفاق على الثمن والمبيع وان لم يذكر المتعاقدان على من يقع عليه رسوم التسجيل والضريبة^(١).

ويتضح مما تقدم بأن الاتفاق على الشروط الجوهرية يكفي لانعقاد العقد، حتى لو احتفظ الطرفان بمسائل تفصيلية يؤجلان الاتفاق عليها فيما بعد، والا يكون انعقاد العقد معلقاً على هذه المسائل المؤجلة بينهما، وتؤدي التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل القانونية دوراً هاماً في مرحلة إبرام العقد، إذ عند الاتفاق تمثل المسائل الجوهرية والمقومات التي لا بد من وجودها لقيام العقد، فتخلف أي مسألة منها يحول دون إنعاقده، فلا يرتب الآثار المقصودة، وعند ذلك يكون الاطراف في إطار علاقة قانونية لا تعتبر في نظر القانون عقداً منعقدًا.

(١) اذا كان الأصل أنه يجب لكي يبرم العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب وهو ما يعني أن الاتفاق على بعض شروط العقد لا يكفي من حيث الأصل لإتمام العقد بل يجب أن يتم الاتفاق على جميع مسائل وشروط العقد الا انه استثناءً يمكن أن يكون الاتفاق على الشروط الجوهرية يكفي لانعقاد العقد حتى ولو وجدت مسائل تفصيلية تركت دون اتفاق عليها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وفي هذا المجال جاءت المادة (٨٩) من القانون المدني المصري ونظيرتها المادة (٨٦) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي: الا انه استثناءً يمكن ان يكون الاتفاق على الشروط الجوهرية كافياً لانعقاد العقد حتى ولو وجدت مسائل تفصيلية تركت دون اتفاق عليها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وبنفس الموضوع قررت المادة (٩٥) من القانون المدني المصري هذا الاستثناء، وكذلك فعل القانون المدني العراقي في المادة (٨٦) الفقرة (٢) منه.

ينظر: د. تاج السر محمد حامد، الوجيز في أحكام العقود والارادة المنفردة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٥-٢٦.

وكذلك تنظر: المواد (٨٩) و (٩٥) من القانون المدني المصري، و (٨٦) الفقرة (١) و (٢) من القانون المدني العراقي.

ويقصد بالمسائل الجوهرية في العقد، اركان العقد وشروطه التي يرى المتعاقدان وجوب الاتفاق عليها والتي ما كان ليتم العقد المحتمل إبرامه من غيرها، ويعتبر من المسائل الجوهرية التي يجب توافرها في العقد حتى ينعقد، الاركان الثلاثة اللازمة لقيامه، وهي الرضا والمحل والسبب^(١).

أما المسائل الثانوية فإنه من الممكن التمييز بينها وبين المسائل الجوهرية عن طريق معيارين، الأول هو المعيار الموضوعي: أي ضرورة توافر الاتفاق على الاركان الثلاثة اللازمة قانوناً لانعقاد العقد وهي الرضا والمحل والسبب، بالإضافة الى الاركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة، والتي تحدد ماهية العقد وتميزه عن غيره من العقود، في حين المعيار الشخصي يفرق بين المسائل الجوهرية والثانوية عن طريق الارادة المشتركة للمتعاقدين، والتي يتم الكشف عنها بجميع الطرق، ومنها المعاملات السابقة والظروف المحيطة بإبرام العقد^(٢).

فإذا اتفقا طرفا العقد على عناصر العقد الجوهرية فقط دون التعرض للمسائل التفصيلية فإنه يعتبر ايجاباً حتى ولو لم يتضمن كافة شروط العقد ومن ثم فإن العقد يتم^(٣)، ويكون الرجوع في شأن المسائل التفصيلية للعرف والقواعد التشريعية المكملة المنصوص عليها في التنظيم القانوني الخاص بالعقد اذا كان من العقود المسماة، وللقواعد المنظمة للنظرية العامة في الالتزام اذا كان من العقود غير المسماة^(٤).

المطلب الثاني: التطبيق العملي لصياغة إبرام العقد

يفترض تكوين العقد تطابقاً تاماً بين الايجاب والقبول، والاجتهاد ثابت بجزم في هذا الشأن، ويستنتج القاضي بحق من غياب موافقة أحد طرفي العقد على شروط العقد، إذ ان هذا العقد لم ينعقد، ولا يمكن للقاضي أن يعتبر العقد منعقداً بدون التأكد من وجود اتفاق بين طرفي العقد على شروط العقد جميعها.

والصيغة يجب أن تكون دقيقة، فالغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض الفرنسية نقضت بتاريخ (٨ شباط ١٩٨٤)؛ بسبب نقص الأساس القانوني لحكم اعتبر أن رضا المشتري لم يكن من الممكن ((أن يستنتج يقينياً من الأعمال الملتبسة ومن مستند لم يكن تحريره دقيقاً ومعيناً بشكل كافٍ لتكوين عقد البيع، بدون التعيين بماذا كان المستند تنقصه الحكمة والدقة الى درجة انه لم تكن هناك بشكل مطلق مطابقة بين الايجاب والقبول))^(٥).

(١) ينظر: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٢) ينظر: د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد الاعمال الدولية، القاهرة، ١٩٩٣.

(٣) Andrew D. Murray, Entering Into contracts Electronically, 2002, P:21.

(٤) ينظر: د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، دار السنهوري، ٢٠١٥، ص ٣-٤.

(٥) النشرة المدنية I، رقم (٥٧)، صفحة (٤٨)، مصنف الاجتهادات الدوري، ١٩٨٤، IV، ص ١١٩. أشار له: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، مراجعة: د. فيصل كلثوم، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص ٣١٨.

وعليه تكون العبرة باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية في حين اذا لم يتعرضا للمسائل التفصيلية، سواء عن عمد أو إهمال واقتصروا فقط على مناقشة المسائل الجوهرية وتراضيا بشأنها فإن العقد يعتبر قد أبرم إعمالاً للقواعد العامة في القانون المدني ما لم يتفقا على خلاف ذلك. والعقد يستهدف إقامة تفاهم بين طرفيه بعد مفاوضات، ورغم أن أسلوب الصياغة باعتبارها فناً يختلف باختلاف مفاهيم توجهات القائم بالصياغة وقدراته، إلا أن تحقيق الصياغة للعقد الغرض منها يقتضي سبق معرفة مسائل أولية تتعلق بالمعاملة محل التعاقد^(١).

فطرفا العقد يتوصلا الى صياغة تمثل قبولهما، وعلى هذا فإن العقد قبل أن يتخذ شكله ومضمونه النهائيين يمر بعدة مراحل وتجرى صياغته أكثر من مرة للتغلب على اختلافات وجهات نظر طرفيه، وينبغي أن يدرك أن الوثيقة العقدية النهائية ليست مجرد صياغة يتفق عليها ولكنها تجسد اختياراً بين بدائل عديدة رأى طرفاه أنها الأقرب الى تحقيق مصالحهما سوياً، ولذلك فإن التوصل الى إتفاق حول المسائل المختلف عليها قد يتطلب صياغة وثائق تمهيدية مثل خطابات النوايا واتفاقات التفاهم واتفاقات المبادئ، يجري التعبير فيها عما توصل إليه طرفا العقد في المفاوضات السابقة على انعقاده^(٢).

وهناك جملة عيوب تشوب صياغة مرحلة إبرام العقد من شأنها أن تثير صعوبات في التفسير لدى حدوث نزاع بين أطرافها وترجع هذه المشاكل في كثير من الأحيان الى أن القائم بالصياغة ليس من رجال القانون أو من رجال القانون غير المؤهلين للصياغة، فمثلاً نجد رجال الأعمال الذين لا يدركون أهمية الصياغة، يعمدون بها الى اشخاص مثل مهندسين أو موظفين في القطاع التجاري للشركة أو المكتب الذين وإن كان تكوينهم المهني يمكنهم من تقرير بعض جوانب موضوع التعاقد الا أنهم تعوزهم القدرة على استخدام اللغة القانونية، ولذلك تجدهم يستخدمون تعبيرات اللغة الجارية دون اهتمام بدقتها أو الاحاطة بجوانبها، إذ أنهم لا يدركون نتائج مثل هذه الصياغة التي قد تصل الى انهيار العلاقة العقدية المراد بنائها من خلال صياغة العقد^(٣).

(١) ينظر: د. عبد القادر الشخيلي، المرجع السابق، ص ٩٧-٩٨.

(٢) اذا كان الفقه الفرنسي يسير على أن خطابات النوايا وتعهدات الشرف واتفاقات المبادئ شبه عقود (Presque contrato) فقد اطلق على العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد ومشاركة التفصيل عقود ما قبل العقد (Contrato Avant)، فإن التفرقة بين شبه العقود وعقود ما قبل العقد ليست سهلة أو ميسورة والقدر المتيقن أن الأولى تتعلق بالمفاوضات قبل إبرام العقد النهائي، بينما تتعلق الثانية بالعقد النهائي وجوهر التمييز بينهم صياغة المستند وإن أثارت الأولى فيما أشرنا أدق مشكلات القوة الملزمة لمستندات التعاقد في حين أن الثانية كما يتضح من تسميتها تعد عقود ملزمة ما دامت قد أبرمت مستوفاة لأركان العقد وشرائط صحة الرضا به، ولا يفيد من ذلك أن قيمتها القانونية مؤقتة وممهدة للعقد النهائي.

ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة في مدى القوى الملزمة لمستندات التعاقد، الطبعة الاولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ١٢٨-١٢٩.

(٣) ينظر: د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، تشريعاً وفقهاً وقضاءً، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥، ص ١٤.

لذا على رجال الأعمال في هذا المجال أن يعهدوا لرجال القانون بمهمة الصياغة أو على الأقل تجري استشارتهم في أنسب المصطلحات التي تستخدم في صياغة العقد^(١).

فاحتواء النص على تفسير غير دقيق يوحي لمن يقرأ الصياغة القانونية للعقد، لأول وهلة ان هذا القدر الواجب ذكره في إبرام العقد يمثل الحد الأدنى لما يجب أن تتضمنه صياغة العقد، إذ يجب أن تتوافر في صياغة العقد على الأقل، ذكر طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية، في حين أن وصف الكمال يتحقق في صياغة إبرام العقد عند ذكر الشروط أو العناصر الأساسية للعقد حسب نوعه أو طبيعته، ولذا من المناسب والأدق أن يقال يكفي لكمال إبرام العقد ذكر شروط العقد الأساسية حسب طبيعته، لأن عدم ذكرها سواها من المسائل التفصيلية غير الجوهرية في إبرام العقد لا ينال من كماله.

المبحث الثالث

مرحلة تنفيذ العقد

يجب تنفيذ العقد في جميع ما أشتمل عليه، تطبيقاً للقاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين فإن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فالمتعاقدين بإمكانهم ان يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يريدون بشرط أن يراعوا النظام العام والآداب والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية.

المطلب الأول: صياغة مرحلة تنفيذ العقد^(٢)

العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لما اشتملت عليه، وعلى القاضي في الأعمال القانونية أن يقف على نية الملتزم الحقيقية إذا كان الالتزام من جانب واحد أو على قصد المتعاقدين إذا كان هناك تعاقد لا أن يقف عند معنى النص الحرفي^(٣).

فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، وكذلك مراعاة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا اذا تقدر حمله على معناه الحقيقي^(٤).

وبعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه، لا يبقى إلا أن يلزم الاطراف بتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، طالما أنه نشأ صحيحاً، فالقاضي يطبق العقد كما لو يطبق القانون، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين الأطراف، ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب

(١) ينظر: د. خالد جمال أحمد حسن، أصول الصياغة التشريعية ونماذج تطبيقية لبعض عيوبها، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٧٠-٧١.

(٢) ينظر: د. تاج السر محمد حامد، المرجع السابق، ص ١٢٤-١٢٥.

(٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٤) تضمن الحديث النبوي الشريف نفس المبدأ عندما عبر عنه الرسول الأكرم محمد (صلى الله عليه وسلم): ((المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)).

ينظر: الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشريعة، ج ١٥، ص ٣٠، أبواب المهور، باب ٢٠، ح ٤.

وكذلك ينظر: الشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣، باب المهور والأجور، ح ٦٦.

التي يقرها القانون، فالقاضي عندما يلزم الأطراف بتنفيذ العقد يقتضي منهما أن ينفذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود^(١).

ويعبر القانون المدني الفرنسي بوضوح عن تأثير حسن النية في تنفيذ العقد، فبموجب المادة (١١٣٤) الفقرة (٣) الاتفاقيات بالفعل ((يجب أن تكون منفذة بحسن النية))، وقد أيدت المحكمة البدائية في باريس في حكم صادر في (٤ آذار ١٩٨١) عندما أشارت الى أن ((إسناداً الى المبادئ العامة للموجبات المطبقة عموماً في التجارة الدولية، أخذوا بحسن النية الذي يجب أن يسود تكوين العقود وتنفيذها، بالتأكيد أن حسن النية هذا يعبر على وجه الخصوص عن إسناد الى العادات والى قاعدة مسلك يمكن تقريبها من المبدأ العام لتبعية المسؤولية))^(٢).

ويجب كذلك الأخذ بالحسبان ضرورات التوقع القانوني لما سيطراً في المستقبل، والعقد بكونه قبل أي شيء عمل توقعي، يفقد علة وجوده اذا كان عدم اليقين يجب أن يخلق بلا انقطاع حول تحقيقه، واذا كان باستطاعة القاضي أن يفسر شروط العقد وهاجسه في ذلك احترام العدالة وحسن النية ومراعاة الشروط العقدية المنصوص عليها في العقد، فلا يغيب عن باله إيجاد توازن عادل بين العادل والنافع^(٣).

المطلب الثاني: التطبيق العملي لتنفيذ العقد

إذا ما اعتمد طرفا العلاقة العقدية على الصياغة النمطية للعقود، أي من خلال قيام أحد طرفي العقد بإعداد نماذج عقدية موحدة في حدود نشاطه وتطبيق على الطرف الآخر.

فالعقد النموذجي هو ليس عقداً بذاته، بل هو شروط توضع مسبقاً لتتخذ نموذجاً لحكم عقود فردية تبرم في تواريخ لاحقة، إذا اتجهت الى ذلك إرادة عاقدتها، وميزة الصياغة النمطية للعقود انها توفر الوقت والجهد والنفقات حيث لا يتعين صياغة عقود فردية في كل مرة على حدة، حيث يكفي الالتجاء الى الصياغة النمطية الموحدة التي تم إعدادها سابقاً لحكم العقود كافة^(٤).

الا إنه من عيوب استخدام العقود النمطية والتي تبرز في التطبيق العملي أثناء تنفيذ العقود، هو استخدام العبارات غير المألوفة والتي تثير مشكلات في تنفيذ العقد، ومثال ذلك إن يتخذ إجراء معين خلال مدة معقولة فيقوم نموذج العقد بتحديد المدة المعقولة.

(١) نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل في الفقرة (١) منها على أنه: يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

وفي الفقرة (٢) من نفس المادة على أنه: ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

(٢) ينظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٣) See: E GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté, P:381-388.

(٤) ينظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص ٩٣-٩٤.

وما يعيب الصياغة النمطية للعقود ما تتضمنه من شروط مجحفة بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ تستغل الشركات العالمية بوضع العقود النموذجية والشروط العامة ومن ثم تختار ما يحقق مصلحتها من شروط عامة^(١).

ومن أهم عيوب الصياغة النمطية للعقود والتي تظهر خلال تنفيذ العقد، وجود بنود أو فقرات في العقود النمطية لم يطلع عليها أحد المتعاقدين والسبب الرئيسي في ذلك هو توقيع العاقد من دون الاطلاع على العقد النموذجي والشروط العامة التي أحيل إليها^(٢).

وبناءً على ذلك يتوجب على من عهدت إليه مهمة صياغة العقد عند اتفاق المتعاقدين على الاحالة الى نموذج عقد أو شروط عامة التأكيد على علم كل منهما بأحكامهما.

وكذلك من عيوب الصياغة القانونية للعقود والتي تظهر خلال تنفيذ العقد، وجود الخطأ المادي المؤثر على سلامة المعنى واستقامة مضمونه، سواء كان ذلك متمثلاً في ورود لفظ بطريق الخطأ أخل بمعنى النص أم كان متمثلاً في عدم ورود لفظ معين بالنص أدى الى حصول ذلك النقص أو الخلل ومثال ذلك: عندما ينص في العقد المبرم بين طرفي العقد على أنه العقار مدار العقد بأنه يمكن بيعه في المزاد العلني في حال تعذر تنفيذ العقد واستيفاء أحد طرفي العقد لحقوقه، ولكن إرتكب خطأ مادي عند صياغة العقد المطلوب وسبقت بأداة نفي جعلت من استخدام خيار البيع في المزاد العلني غير ممكن مثل: ((لا يمكن بيعه في المزاد العلني، في حال تعذر تنفيذ العقد، وعدم امكانية احد طرفي العقد من نيل حقوقه بموجب العقد المبرم بين طرفيه))^(٣).

(١) ينظر: د. أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) يجب على القائم بالصياغة أن يساعد الراغب بالتعاقد على فهم الصياغة ويقعده بأسباب الصياغة التي يريدها، وإذا أراد الراغب بالتعاقد الأخذ بما تشير إليه النماذج العقدية عليه أن يطلع على هذه النماذج العقدية.

ينظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٣) وترد محكمة النقض الفرنسية الطعون التي تستند الى تنفيذ حرفي للعقد في حين ان القاضي لم ينتكر لقانون العقد، بتقدير الشروط التي يجب أن ينفذ بمقتضاها عن حسن النية، فقد رد حكم للغرفة التجارية في محكمة النقض بتاريخ (٣١ آذار ١٩٩٢)، على أساس ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية، طعناً قدمته شركة مقاوله يأخذ على محكمة الاستئناف أنها إدانتها بأن تعيد الى حالها أشياء كانت قد طلنتها بطلاء مضاد للصدأ وفقاً للطلب بدون تغطيتها المسبقة بالرمل، أي بدون تحضير سطحها، وقد انفصل الطلاء عنها، فلاحظت الغرفة التجارية أن ((الحكم بعد أن بين أن الشركة (B) لم تكن ملزمة تعاقدياً باستعمال التغطية بالرمل مسبقاً لمساحات يجب طلاؤها، اعتبر أن هذه الشركة لا تستطيع الادعاء انها قامت بتنفيذ موجباتها على اعتبار انها لم تقم بتغطية الدنان بطلاء فعال، علماً أن هناك أساليب أخرى غير التغطية بالرمل تتيح الحصول على نتيجة يتوخاها شريكها في التعاقد)). وأضاف أن محكمة الاستئناف لم تنتكر لقانون العقد بتقديرها الشروط التي كان العقد يجب أن ينفذ استناداً إليها عن حسن نية.

ينظر: مجلة اجتهاد قانون الاعمال، ١٩٩٢، الرقم (٥٥٢)، ص ٤٤٧.

وكذلك ينظر: المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٩٢، ص ٧٦٠.

أشار لهما: جاك غستان، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

وكذلك من المشاكل العملية لصياغة العقود وجود الأخطاء اللغوية في صياغة العقود والتي تظهر وتبرز عند تنفيذ العقود، فمثلاً: إذا وردت عبارة ((يلتزم المتعاقد بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الناشئ عن فعله المرتكب))^(١).

ونرى أن الصياغة هنا قد جانبت الصواب حيث استخدمت لفظ ((الضرر الناشئ عن فعله المرتكب))، وكان ينبغي أن يكون هذا الوصف مشروطاً لتوافر القصد أو العمد في جانب مرتكب الفعل، الأمر الذي يقتضي أن يتوافر فيه صفة العمد، كون ان الخاطئ في اللغة هو من يتعمد الخطأ، بعكس المخطئ فهو من يرتكب الخطأ دون عمد أو قصد مسبق، وهذا ما لم يبينه واضع النص عند صياغته للعقد المبرم بين طرفيه.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أنه على من يقوم بمهمة الصياغة أن يراعي الدقة، ويتجنب ويتخلى عن اللفظ الفني الذي يحمل في مدلوله قصداً آخر غير المطلوب في العقد، ويتعارض مع هدف العقد والغاية المرجوة من ابرامه.

المبحث الرابع

مرحلة تسوية المنازعات

ويتم بحث هذه المرحلة من خلال التعرف على الصياغة القانونية والتطبيق العملي لها.

المطلب الأول: صياغة تسوية المنازعات

من الممكن عندما تكون صياغة العقد جيدة، وتقوم بدورها المنشود وبوسعها أن تنص صراحة وبشكل مفصل على الاحتمالات الممكنة جميعاً، ومنها تسوية جميع الخلافات التي يمكن أن تحدث بينهم، كما أن وجود عقود نموذجية يفسر أحياناً بوضع أحد طرفي العقد الذي باستطاعته فرض إرادته على الآخر، بيد أن فائدة هذه العقود أيضاً تخفيض تكاليف تسوية المنازعات^(٢).

وفيما يخص البنود الخاصة بتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد، فإنه بإمكان القاضي ترك المعنى الظاهر لعبارة العقد والأخذ بمعنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير يراه أكثر اتقافاً مع إرادة المتعاقدين، وهنا ينبغي عليه تسبيب حكمه، أي بيان الأسباب التي دعت على الأخذ بالإرادة الباطنة دون تلك التي تظهر من عبارات العقد، ويخضع حكمه هنا وتسبب لرقابة المحكمة، وهي تمارس رقابة تقديرية موضوعية في تقدير ذلك الوصف^(٣).

(١) ينظر: د. خالد جمال احمد حسن، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٢) See: Anthony T.KRONMAB et Richard A.POSNER, The Economics of contrat law, Little, Borwn, 1919,P:80.

(٣) ينظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

وينبغي تفسير بنود العقد في ضوء مجملها، إذ أن بنود العقد تفسر بعضها بعضاً، وقد يوجد غموض في بند يفسره بند آخر، لذا يجب النظر الى البنود متكاملة ومجموعة ولا يفسر كل بند على حدة، فالبنود الغامض يفسر في ضوء بقية البنود^(١).

وطبيعة الحال تقتضي تفسير بنود العقد التي تعالج موضوع تسوية المنازعات بصورة جيدة، حتى وإن كانت صياغتها تشوبها بعض الغموض واللبس^(٢).

المطلب الثاني: التطبيق العملي لتسوية المنازعات

من نافلة القول إن التحكيم هو احدى الوسائل التي تساعد أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الدول التي تسعى لجذب الأموال الأجنبية للاستثمار على أرضها، لأن المستثمر الأجنبي يفضل عادة أسلوب التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود، لأنه يتوجس خفية من انحياز القضاء الوطني لدولته ويرى في التحكيم وسيلة محايدة تدعو الى الطمأنينة^(٣).

ولما كان شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد ملزماً لطرفيه، فإنه من الأفضل للطرفين الا يلتزما مسبقاً بهذا الالتزام وانما تترك موضوع الاتفاق على التحكيم الى المستقبل أي نشوب النزاع، فإن قدرت حينئذ أن المصلحة تستوجب اللجوء الى التحكيم لتسوية النزاع أبرمت مع الطرف المتعاقد اتفاقاً مستقلاً بشأن التحكيم يسمى في المصطلح القانوني بإسم (مشارطة التحكيم) تمييزاً له عن (شرط التحكيم) الذي يرد في صلب العقد^(٤). واذا تم الركون الى شرط التحكيم في العقد كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد، فلا يمكن الحيدة عنه مستقبلاً^(٥).

وقد تأكد ذلك بالعديد من الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم والمحاكم القضائية ومثالها الحكم الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في العراق والذي مفاده ما يلي:-

(١) هناك قواعد عامة وضعها الفقهاء المسلمون يسترشد بها القاضي في تفسير العقد ومن هذه القواعد قاعدة عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً وهي من القواعد المهمة في التفسير، ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة بقولهم: ((الخاص يقيد العام))، ومعنى القاعدة أن العقد يجب ان ينظر اليه ككل لا يتجزأ فلا يجوز عزل عبارة من عباراته والتمسك بها لترتيب الاحكام عليها، وبالرغم من أهمية هذه القاعدة فإن القانون المدني العراقي لم ينص عليها.

(٢) نصت المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي في الفقرة (١) على أنه: ((العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني)).

وكذلك نصت في الفقرة (٢) منها بالقول: ((على أن الأصل في الكلام الحقيقة اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز)).

(٣) تشير بعض الدراسات في كندا الى ربع منازعات العقود ترجع الى أسباب تتعلق بصياغتها، مما ينبغي العناية والحذر عند صياغة العقود وتضمن بنودها وسائل لتسوية المنازعات بطريقة تختزل الجهد والوقت والمال.

See: R Dick, Legal drafting, Toronto, 1985, P.1.

(٤) د. صلاح الدين جمال الدين، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤، ص ١١٨.

(٥) وان كان التقاضي (Litigation) هو الطريق التقليدي لتسوية منازعات العقود، الا أن هناك طرق اخرى لحل المنازعات مثل التحكيم الذي يتزايد الاقبال عليه في الفترة الأخيرة، وهو ما يرجع الى مساوئ التقاضي امام المحاكم التقليدية.

See: Kackie, D.Miles andw. Marshi commercial dipute resolution butter worths, 1995, P:18.

((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتماً على أسبابه فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين أنه صحيح لموافقته احكام القانون. فقد ثبت اتفاق الطرفين على حل النزاع المتعلق بعقد النقل المبرم بينهما وفقاً لقواعد واجراءات التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي بواسطة محكم أو أكثر ولصدور قرار المحكم المنفرد في القضية (٢٠١٠/٦٢) بتاريخ (٢٠١١/١٠/١)، وإقامة الدعوى بتصديق حكم المحكم امام المحكمة الابتدائية بدبي التي اصدرت قرارها (٢٠١٢/٨٠٥) في (٢٠١٣/٥/٢٨)، لذا كان متعيناً الطعن بالحكم المذكور أصولياً وفق قانون الاجراءات المدنية والتجارية لدولة الامارات العربية المتحدة، فهو حكم معترف به في ضوء احكام اتفاق الرياض العربية للتعاون القضائي التي صادقت جمهورية العراق بالقانون رقم (١١٠) لسنة (١٩٨٣) ولا يصح اقامة الدعوى ثانية أمام المحكمة العراقية، ولما كان الحكم الاستثنائي المميز قد قضى بذلك لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز اضافة لوظيفته رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في (٣٠/ ذي الحجة/١٤٣٤هـ) الموافق (٢٠١٣/١١/٤)).^(١)

لذا على الصانع القانوني أن يكون حذراً وبالتالي صياغة اي بند يتعلق بتسوية المنازعات التي تنشأ بسبب العقد، قد يكون له دور كبير في إحقاق الحقوق أو اهدارها، وخصوصاً إن طرق تسوية المنازعات للعقود قد تكون محلية ضمن نطاق الدولة كالمحاكم أو تكون دولية خارج نطاق الدولة كهيئات التحكيم الدولية.

فالمحاذير تكمن في إمكانية حماية حقوق الطرف الذي تمثله في عملية الصياغة القانونية للعقد، وكيف تتمكن من حماية مصالحه العقدية من خلال صياغة بنود ذلك العقد، ولا سيما عندما تكون إمام هيئات تحكيم دولية قد لا تملك إجتاههم الامكانية الفنية المناسبة.

لذا يجب أن تراعي البنود الخاصة بتسوية المنازعات العقدية بطريقة تتلاءم مع إمكانية الجهة العقدية التي يمثلها من يقوم بفن الصياغة القانونية للعقد.

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث في موضوع المشاكل العملية في صياغة العقود الى جملة من النتائج والمقترحات:

أولاً: النتائج

١- تركز معظم العقود في صياغتها القانونية على مراحل العقد منذ ابرامه وحتى تنفيذه، وتسوية منازعته ولكنها تهمل المرحلة السابقة على التعاقد أي المرحلة قبل التعاقدية بالرغم من أهمية هذه المرحلة لما

(١) ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية، العدد ٢٤٣٨ / استئنافية منقول/ ٢٠١٣، في ٢٠١٣/١١/٤. أشار له: القاضي جبار جمعة اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٠٣.

تحتويه من تحديد لأهم معظم التزامات وحقوق طرفي العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة.

٢- تسفر عن المرحلة قبل التعاقدية إتفاقيات تأخذ مسميات مختلفة مثل البروتوكول، مذكرة أو خطاب التفاهم أو خطاب النوايا والمصطلح الأخير هو الأكثر تداولاً ويقوم بتحريره عادة أشخاص ليس لديهم دراية قانونية كالمهندسين، ولذلك تأتي صيغته عامة ينقصها الوضوح والدقة مما يجعل مهمة تكييف نية اطراف العقد صعبة وعسيرة.

٣- اذا اتفقا طرفا العقد على عناصر العقد الجوهرية فقط دون التعرض للمسائل التفصيلية فإنه يعتبر ايجاباً حتى ولو لم يتضمن كافة شروط العقد ومن ثم فإن العقد يتم، ويكون الرجوع في شأن المسائل التفصيلية للعرف والقواعد التشريعية المكملة المنصوص عليها في التنظيم القانوني الخاص بالعقد اذا كان من العقود المسماة، وللقواعد العامة في الالتزام اذا كان من العقود غير المسماة.

٤- العقود المبرمة يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لما اشتملت عليه، وعلى القاضي الوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين ولا يقف عند النص الحرفي للعقد، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، وبعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه، لا يبقى الا أن يلزم الاطراف بتنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه.

٥- فيما يخص البنود الخاصة بتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد، فإنه بإمكان القاضي ترك المعنى الظاهر لعبارات العقد والأخذ بمعنى آخر يصل اليه عن طريق التفسير يراه اكثر اتفاقاً مع ارادة المتعاقدين.

ثانياً: المقترحات

١- من الأمور الأساسية في صياغة العقود هو تضمين كافة وثائق التفاوض على العقد في البند الاول منه عند صياغة العقد، ولما كانت العلاقة بين عملية التفاوض والصياغة، علاقة أساسية مترابطة لذا ينبغي أن يكون القائم بالصياغة على علم تام بكافة أجزاء موضوع التعاقد وما انتهى التفاوض بشأنها، وعلى القائم بالصياغة أن يهتم بهذه المرحلة جيداً ويعطيها حقها في الوقت والجهد والاهتمام أسوة بباقي اخواتها من المراحل الأساسية في صياغة العقود.

٢- ترجع مشاكل الصياغة في الكثير من الأحيان الى ان القائم بالصياغة ليس من رجال القانون أو من رجال القانون غير المؤهلين للصياغة، فنجد رجال الأعمال الذين لا يدركون أهمية الصياغة القانونية للعقود يعمدون بها الى أشخاص غير متخصصين تعوزهم القدرة على استخدام اللغة القانونية، لذا ينبغي أن يسند هذا الأمر الى من يمتلك القدرة والخبرة والمكنة على القيام بمهمة الصياغة القانونية للعقود.

٣- إطلاع المتعاقد على العقود النموذجية والشروط العامة التي يحيل اليها العقد، لذا يتوجب على من عهدت اليه مهمة الصياغة القانونية للعقد ان يلفت نظر المتعاقدين على موضوع العقود النموذجية والشروط العامة والتأكيد على علم كل منهما بأحكامهما، وكذلك تنبه الى موضوع وجود الخطأ المادي والخطأ اللغوي في العقد وما لهما من تأثير كبير على موضوع صياغة العقد، وتنفيذه فيما بعد وما يسببها من مشاكل كبيرة عند التنفيذ.

٤- الاهتمام بالبند المتعلق بتسوية المنازعات العقدية، والالتجاء الى الوسائل الحديثة في فض المنازعات العقدية، وخصوصاً التحكيم كونه يختصر الجهد والوقت والمال، ومحاولة تنمية الوعي والثقافة القانونية الخاصة بالتحكيم من خلال اقامة دورات متخصصة فنية للعاملين في مجال العقود ولا سيما الدولية منها.

٥- اقترح تأسيس جمعية عربية موحدة للتحكيم التجاري الدولي وذلك أسوةً بالعديد من الدول وتكون مهمتها المساهمة في رفع مستوى خبراء التحكيم والدفاع عن مصالحهم والمشاركة في وضع وتطوير القوانين ذات العلاقة، من غير أن يكون لها اختصاص مباشر في عملية التحكيم مستقبلاً.

المراجع والمصادر

أولاً: باللغة العربية

- أ- الكتب الفقهية
 - ١- الشيخ ابي جعفر محمد بن عبد الحسن الطوسي، تهذيب الاحكام، ج٧، ح١٥٠٣، باب المهور والأجور، ح٦٦.
 - ٢- الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشريعة، ج١٥، أبواب المهور، باب ٢٠، ح٤.
- ب- الكتب القانونية
 - ١- د. أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة في مدى القوى الملزمة لمستندات التعاقد، الطبعة الاولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
 - ٢- د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، (تصميم العقد)، الطبعة الثالثة، القاهرة، ٢٠٠٨.
 - ٣- د. تاج السر محمد حامد، الوجيز في احكام العقود واردة المنفردة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
 - ٤- القاضي جبار جمعة اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥.
 - ٥- د. حسن ذنون، النظرية العامة للالتزام.
 - ٦- د. خالد جمال أحمد حسن، أصول الصياغة التشريعية ونماذج تطبيقية لبعض عيوبها، القاهرة، ٢٠١٤.

- ٧- د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، دار السنهوري، ٢٠١٥.
- ٨- د. صالح عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، مركز الطباعة والنشر بمعهد الادارة العامة، السعودية، ١٩٩٨.
- ٩- د. صلاح الدين جمال الدين، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤.
- ١٠- د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية، تشريعاً وفقهاً وقضاءً، الطبعة الاولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥.
- ١١- د. عبد القادر الشخلي، الصياغة القانونية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.
- ١٢- د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ١٩٨٠.
- ١٣- د. علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ١٤- د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٥- محمود محمد علي صبره، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٦- د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
- ج- الرسائل والبحوث
- ١- د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد الأعمال الدولية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٢- زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الادارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١.
- ٣- د. محمد عبد الظاهر حسين، التطبيق العملي للثقافة القانونية (مجال صياغة العقود)، بحث مقدم الى المؤتمر الأول لتنمية ثقافة الوعي القانوني والوطني، بغداد، ١٠-١٢/٣/٢٠١٣.
- د- أحكام المحاكم
- ١- حكم محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الاولى، منشور في مركز تصنيف الاحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٣ جمادي الآخرة ١٤٠٩ هـ، ٣٠/١/١٩٨٩.
- ٢- حكم محكمة التمييز الاتحادية، العدد/٢٤٣٨ / استئنافية منقول/٢٠١٣، ٤/١١/٢٠١٣.
- هـ- القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

ثانياً: المترجمة

أ- الكتب والبحوث

١- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، مراجعة: د. فيصل كلثوم، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨ .

٢- وليم دون، محاضراته خلال الدورة التدريبية الخاصة بمفاوضات الاتفاقيات البترولية (صياغة العقود)، معهد القانون الدولي، واشنطن، ١٩٨٩ .

ب- المنشورات والدوريات

١- النشرة المدنية ا، رقم ٥٧، مصنف الاجتهادات الدوري، ١٩٨٤ .

٢- مجلة اجتهاد قانون الاعمال، ١٩٩٢ .

٣- المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٩٢ .

ثالثاً: باللغة الاجنبية

- 1- Andrew D.Murray, Entering in ti contracts electronically,2002.
- 2- Anthony T.K RONMAN et Richard A.POSNER, The economics of contract law, little, Borwn, 1919.
- 3- E GOUNOT, Le pribcipe de l'autonomie de la volonté.
- 4- G. Schmoll, vendre al'etrnger, guide à de I' exportation paris, 1989.
- 5- Kackie, D.Miles and W. Marsh: commercial di pute resolution butter worths, 1995.
- 6- Le Tourneau, Lares ponsabilité starck, droit civil, obligations.
- 7- Dr. M.I. ALamedin, Drafting of international contracts, 1999.
- 8- R. Dick, Legal drafting, Toronto, 1985.
- 9- Sylvette Guill emill emard Acomparative study of the UNIDROIT principles and the principles of European contracts and some dispositions of the of European contracts and some disposition of the CISG applicable to the formation of international contracts from the perspective of harmonistion of law (2000-2001).

م.م شامل هادي نجم
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

التوازن المالي للعقد الإداري يمثل حالة التي ارتضاها طرفي العقد، لذلك فإن أي اختلال يحدث يؤثر على ذلك التوازن، والإخلال بالتوازن المالي إما يرجع إلى استخدام الإدارة سلطتها المقررة لتعديل العقد، أو إلى ما يطرأ على تنفيذ العقد من عوارض تتمثل في عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة التي تصادف التنفيذ، وأما أن يرجع سبب الإخلال بالتوازن إلى الافتقار الذي لحق بالمتعاقد والإثراء الذي أصاب الإدارة من جراء تنفيذ المتعاقد أعمالاً إضافية مفيدة للمشروع المتعاقد بشأنه .

أن الاتجاه إلى الخصخصة والنظام الاقتصادي الحر يؤدي إلى زيادة أهمية العقود الإدارية، وبالتالي نجد الدولة وأجهزتها المختلفة تجد نفسها تسعى إلى الحصول على احتياجاتها من خلال الاتفاق مع الغير عن طريق العقد الإداري، ونظراً لاتصاله (العقد الإداري) بنشاط مرفق عام يؤدي خدمة عامة أن يكون للإدارة مركزاً متميزاً في العقد الإداري يختلف مداه من عقد إلى عقد آخر، فإن هذا الأمر يستلزم الإبقاء على توازن التزامات المتعاقدين في العقد الإداري، غير أن النظرية التقليدية في العقود الإدارية تزخر بمواطن كثيرة تؤدي إلى وجود اختلال في التوازن المالي بين الإدارة والمتعاقد، وهذا ما سنتناوله من خلال تخصيص المبحث الأول لتعريف اختلال التوازن المالي في العقد الإداري وفي المبحث اختلال التوازن المالي في مرحلة إبرام العقد وسوف نغرد المبحث الثالث اختلال التوازن المالي في مرحلة تنفيذ العقد .

المبحث الأول

تعريف اختلال التوازن المالي في العقد الإداري

التوازن المالي للعقد الإداري يمثل حالة العدل التي ارتضاها طرفي التعاقد، وبالتالي فإن أي اختلال يحدث يؤثر على ذلك التوازن، ينشئ الالتزام والحق في ذات الوقت فحيث تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي إلى سابق عهده وينشأ للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض عن الظروف التي أثرت على التوازن المالي^(١) . وفكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ظهرت لأول مرة في الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩١٠ ومنذ ذلك التاريخ داعت فكرة التوازن المالي للعقد^(١) . وإذا كانت القاعدة العامة في عقود

(١) د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الادارية، منشأ المعارف، الاسكندرية، ص ٣١٤.

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٥٨٤ - ٥٨٥.

القانون الخاص تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين، فتفرض على طرفي العقد التزامات محددة وثابتة، فلا يملك أي منهما تعديل العقد أو فسخه إلا بإرادة طرفيه، فان الأمر يختلف في العقود الإدارية، فالقاعدة العامة في العقود الإدارية هي مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وإمكانية زيادتها أو إنقاصها بما يتفق وحسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة^(٢). أن امتناع الإدارة عن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري عند زيادة الأعباء على المتعاقد نتيجة تصرف الإدارة أو نتيجة ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد وتوقعاته طرأت أثناء تنفيذ العقد، سيؤدي بالنتيجة إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة مما ينعكس سلبا على المرافق العامة وبالتالي كذلك على المصلحة العامة، فضلا عن حرمان المتعاقد من حقوقه المشروعة في استيفاء البديل العادل مقابل تنفيذ التزاماته^(٣).

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد شروط نظرية التوازن المالي فالبعض يرى بأنها قاعدة عامة، تطبق في كل حالة يختل فيها التوازن المالي للعقد، سواء كان الاختلال بفعل الإدارة أو بفعل خارج عن إرادتها كظرف استثنائي^(٤). ويرى آخرون أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلال التوازن راجعا إلى فعل الإدارة^(٥). وهناك من انتقد فكرة التوازن المالي ويرى عدم الأخذ بها في مجال العقود الإدارية ولاكتفاء بمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد في حالة زيادة الأعباء عليه^(٦). وهناك جانب آخر من الفقه، ومنهم الدكتور ثروت بدوي، يرون عكس ذلك بضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد، كون هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة في كثير من الأحيان، والخطورة تأتي من الطابع العام الذي تحتويه هذه الفكرة، حيث يؤدي العمل بها إلى تعويض المتعاقد حتى لو كان الإخلال بالتوازن المالي ناتجا عن عمل خارج عن إرادة الإدارة^(٧). أما عدم صحتها فيأتي من أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد مع الإدارة لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد حسب الأصول والأسعار المتفق عليها وقت التعاقد^(٨).

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بمبدأ التوازن المالي للعقد بأحد أحكامها حيث قررت (أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، اعتبارا بان نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب تعديل على التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة الأعباء المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن

(٢) د. نصري منصور نابلسي، العقود الادارية، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٠، ص٥٩٩.

(٣) د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دار الثقافة للنشر، ط١، ٢٠١٠، ص١٦٣.

(٤) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٥٨٥.

(٥) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص١٩١.

(٦) د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص١٩١.

(٧) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص٥٨٦.

(٨) د. وضاح محمود الحمود، مصدر سابق، ص١٦٤.

يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك، لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة، فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحضر تحكم سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها.^(١)

فالتوازن المالي للعقد الإداري يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه . والحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة، وما يكتنف تنفيذ العقود الإدارية من حسن نية لما يؤدي إليه هذا الحفاظ من تحقيق للمصلحة العامة في استمرار سير المرافق العامة بانتظام في أداء خدماتها للمنتفعين بها.^(٢) ونص قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ على (التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وأبطال ما يخالف ذلك وجواز تعديل العقد من قبل القضاء، بما يحقق هذا التوازن وذلك تحقيقاً للعدالة ومنها للتحكم وغضاً من شوكة سلطان الإدارة في دائرة العلاقات العقدية إذا أضحت مصدراً للاستغلال).^(٣) وهكذا تصبح مبادئ العدالة هي الأساس لتحقيق التوازن المالي في العقود الإدارية وذلك لان فكرة التوازن المالي تعود الى حالة العدل التي ارتضاها طرفي التعاقد، فان أي اختلال يحدث ويؤثر على ذلك التوازن ينشئ الالتزام والحق في ذات الوقت بحيث تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي الى سابق عهده ينشأ للمتعاقد مع الإدارة حق في التعويض عن الظروف التي أثرت على التوازن المالي.^(٤) وبناء على ذلك ما تقدم فان التزامات الإدارة والتي تعتبر نتيجة حتمية لأثار العقد هي في ذات الوقت حقوق ثابتة للمتعاقد معها، ألا أن أهم التزام تتحمله الإدارة ويعتبر في الوقت نفسه حقاً للمتعاقد معها، وهو التزامها بضرورة إعادة التوازن المالي للعقد بما يحقق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد والمزايا التي ينتفع بها بالصورة التي تسمح بتعادل كفتي أطراف العقد مما يوجب على الإدارة تعويض المتعاقد معها حتى وان لم يصدر أي خطأ من جانبها وهكذا ينشأ للمتعاقد مع جهة الإدارة في العقود الإدارية الحق في إعادة التوازن المالي للعقد بالمخالفة لنصوص العقد واستجابة لمبادئ العدالة والأخلاق الفاضلة، فإذا كانت القاعدة العامة في العقود المدنية تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين مما يعني أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة وثابتة في فترة تنفيذ العقد فان هذا الأصل لا يعدو أن يكون

(١) حكم محكمة القضاء الاداري في مصر، دعوى رقم ٩٠٩٨٣ق، ١٩٥٧/٦/٣ . مشار اليه لدى د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص ٦٠٠ وما بعدها.

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٩.

(٣) الفقرة (٥) اولا الحقوق الشخصية بند (١) القانون المدني من الفصل الثاني (التشريعات المدنية)، نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٢٥٧٦، بتاريخ ١٤/٣/١٩٧٧.

(٤) د. عصام احمد البهجي، عقود B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨، ص ١٧٨ - ١٧٩.

استثناء في العقود الإدارية بحيث تصبح القاعدة العامة في تنفيذ العقود الإدارية هي مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها أما بالزيادة أو النقصان.^(١)

المبحث الثاني

اختلال التوازن المالي في مرحلة أبرام العقد

تتعدد مظاهر اختلال التوازن المالي بين المتعاقدين في مرحلة أبرام العقد الإداري، وذلك لان وسائل أبرام العقد تنهض على التشدد في اختيار المتعاقد مع الجهة الإدارية لكي لا تتعاقد الجهة الإدارية مع أشخاص غير مؤهلين لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة، ونخصص الثاني مدى سلطة الجهة الإدارية في إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسؤولية عليها .

المطلب الأول - عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة

المناقصة^(٢) هي طريقة بمقتضاها تلتزم الجهة الإدارية باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها^(٣). وتقوم المناقصات العامة على أساس المنافسة وما يحكمها من إجراءات، ومشاركة أكبر عدد من المتنافسين في تقديم الأسعار، والتي تعد أكبر ضمان لجهة الإدارة، لاسيما عندما تتم وفق إجراءات سليمة حماية للمال العام، ونظراً لما تمثله المناقصة العامة من أهمية في توافر متطلبات الجهة الإدارية من سلع وخدمات أو إنشاءات بأقل ما يمكن من الأسعار، فضلاً عن ذلك تكون إجراءاتها ضمانه سواء لجهة الإدارة أو المتعاقد، وهناك عدد من المبادئ التي تحكم المناقصات العامة، والتي تتمثل بما يأتي :

أولاً : مبدأ العلانية بالتعاقد

وقد عرف مبدأ العلانية بأنه " أخطار ذوي الشأن بالمناقصة، وإبلاغهم للشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار."^(١)

أما في العراق فقد عرفه احد الكتاب بأنه " دعوة للمتنافسين أو المزايدين للاشتراك في المناقصة أو المزايدة حسب الشروط والأوضاع المحددة لذلك."^(٢) ونقصد بالعلنية معرفة الجميع بأن الجهة الإدارية سوف

(١) عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) المناقصة عكس المزايدة، فالمناقصة تستهدف اختيار من يتقدم باقل عطاء، ويكون ذلك اذا ارادت الادارة القيام باعمال معينة كاشغال عامة مثلا، اما المزايدة فترمي الى التعاقد مع الشخص الذي يقدم اعلى عطاء، وذلك اذا ارادت الادارة مثلا ان تبني او تؤجر شيئاً من املاكها . د . سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٢٦.

(٣) احمد هادي مدلول، التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ٢٠٠٩، ص ٦٥.

(١) د. احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥٧.

(٢) د. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٠، ص ٨٠.

تبيع أو تشتري أو تؤجر أو القيام بأشغال عامة ... الخ . والهدف من ذلك لكي لا تيرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة والفساد، لان سرية التعاقد سوف لا تتيح الفرصة لمن يرغب بالتعاقد كي يتنافس مع غيره، ومعنى ذلك يجب أن لا يكون أبرام العقد الإداري سرىا، لذلك يجب احترام هذا المبدأ سواء في المناقصات العامة أو المزايدات العامة وحتى في الاتفاق المباشر كبديل عن أي منهما.^(٣) وبالتالي فإن مبدأ العلانية في المناقصات يصب في مصلحة الجهة الإدارية من جهة ومصلحة الشركات والأفراد من جهة أخرى، لأنه سوف يتقدم عدد كبير من الراغبين في التعاقد، وبالتالي يؤدي إلى حصول الجهة الإدارية على أفضل الأسعار .

ثانيا : مبدأ المساواة بين المتقدمين للتعاقد

والمقصود بالمساواة معاملة جميع المتقدمين للتعاقد على قدم المساواة، بالنسبة للشروط المطلوبة، والمواعيد والإجراءات المقررة، وبالتالي لا يجوز التفرقة بين المتقدمين للتعاقد من جانب الجهة الإدارية، عن طريق محاباة احدهم، أو إعفائه من بعض الشروط، في حين تشدد في تطبيق الشروط على الآخرين.^(٤) وبموجب هذا المبدأ فان الإخلال بعدالة إجراءات المناقصات أو المزايدات يعتبر جريمة بموجب قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث نصت المادة (٣٣٦/فق ١) منه على " يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة اخل بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بحرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بما لها بنصيب أو التي تجريها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية . " كما كدت الفقرة (٢) من المادة نفسها يعاقب بنفس العقوبة من ارتكب الفعل المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه من غير الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة . ويحكم على الموظف وغير الموظف برد بدل الخسارة عن الفعل المنصوص عليه فيها .

ثالثا : مبدأ حرية المنافسة

يتيح هذا المبدأ الفرصة لكل من تتوافر فيه الشروط أن يتقدم للمناقصة . وتمثل المناقصة العامة الميدان الحقيقي لتطبيق هذا المبدأ، غير أن للجهة الإدارية الحق في استبعاد بعض من تقدموا للمناقصة إذا ثبت لها عدم قدرتهم المالية أو الفنية.^(١)

وبناء على ما تقدم فان المناقصات العامة تقوم على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين مع مراعاة القيود التي ترجع إلى نوع المناقصة، وكقاعدة عامة فان مبدأ الإعلان عن المناقصات العامة وعدم

(٣) د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥٤٣.

(١) د. سامي جمال الدين، اصول القانون الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٦٥١.

التمييز بين المتنافسين هو ما نص عليه المشرع المصري صراحة في المادة الثانية من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ حيث نصت على " تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية، والمساواة، وحرية المنافسة، " (٢)

رابعا : مبدأ احترام الاختصاص لأداري والمالي بالتعاقد

أن ممارسة النشاط الإداري يجب أن تكون محكمة بقواعد الاختصاص قبل القيام بإجراءات التعاقد، ووجود الاعتماد المالي المخصص للمشروع محل التعاقد . وبالتالي لا يجوز للجهة الإدارية أن تتجاوز حدود الاعتمادات المالية وصلاحياتها بالصرف وبخلافه سوف ترهق ذمة الدولة ماليا، (٣) ومن ثم على الجهة الإدارية التحقق من الاعتماد المالي للمشروع محل التعاقد لأنه يترتب على الجهة الإدارية التزامات مالية، وتعد هذه من القواعد العامة في علم المالية . (٤) وهذا ما أكد عليه المشرع العراقي حيث لا يجوز للجهة الإدارية الدخول في العلاقات التعاقدية إذا لم يكن هناك اعتماد مالي لازم مخصص لها في الموازنة . (٥)

غير أن التعاقد عن طريق الممارسة في فرنسا ومصر ما تزال هي الأصل برغم من تعدد الحالات التي يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تلجأ إلى طريقة المناقصة، وإذا كانت المناقصة العامة تخضع إلى عدد من المبادئ، فإن مبدأ التعاقد عن طريق الممارسة تخضع لقاعدة حرية الجهة الإدارية في اختيار التعاقد، (١) غير أن هذه الحرية في اختيار التعاقد لا يتعارض معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين . (٢) أن عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة، لأنه في ذلك تحقيق لمصلحة الجهة الإدارية وكذلك مصلحة مقدم العطاء، والسبب في ذلك تجنب التكلفة المالية التي يتحملها مقدم العطاء حين أعداد عطاءه، وإذا كان عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة في ظل القانون الملغي رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ والذي جعل من المناقصة العامة الأساس للتعاقد ويجوز اللجوء إلى غيرها هو الاستثناء وإن يكون بقرار مسبب من السلطة المختصة بالتعاقد بإحدى الطرق الآتية (١- الممارسة ٢- المناقصات المحدودة ٣- المناقصات المحلية ٤- الاستثناء المباشر). (٣) وفي ظل قانون المناقصات العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وفي المادة الأولى منه قد ساوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة وجعل للجهة الإدارية حرية اللجوء إلى أيهما في التعاقد . (٤)

(٢) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ٥١ .

(٤) د. ابراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص ١٣٨ .

(٥) ينظر المادة (٣ / ١/٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، ٢٠٠٩، ص ١٦٧ .

(٢) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣٠٢ .

(٣) د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطورات الحديثة بعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٢، ص ٢٤ .

(٤) المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

وبناء على ما تقدم نجد أن المشرع المصري قد تطرق إلى التعاقد بطريقة الممارسة وبين الأحوال التي يجوز فيها للجهة الإدارية اللجوء إلى هذه الطريقة في القانون الملغي رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ غير أنه عاد وسأوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة في قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وحرية الجهة الإدارية في اللجوء إلى أيهما . غير أننا وجدنا أن المشرع لم يتطرق إلى هذه الطريقة (الممارسة العامة) باعتبارها من طرق التعاقد على الرغم من أهميتها، حيث جاء بالمادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ " أن على الجهات التعاقد اعتماد الأساليب التالية عند تنفيذ الموازنة أو العقود العامة بمختلف أنواعها أولاً: المناقصة العامة، ثانياً: المناقصة المحدودة، ثالثاً: المناقصة بمرحلتين، رابعاً: الدعوة المباشرة، خامساً: أسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد)، سادساً: لجان المشتريات . ونحن ندعو المشرع العراقي إلى سد هذا القصور التشريعي وذلك للأهمية الكبيرة الذي تمتاز بها طريقة الممارسة العامة، وذلك لوجود حالات كثيرة يكون من الضروري للجهة الإدارية أجراءها عن طريق الممارسة العامة كالحالات التي تحتاج إلى خبرات فنية عالية، وكذلك هناك حالات تتطلب السرية فيها، والتي تستوجب أن يترك للجهة الإدارية حرية كبيرة من أجل التعاقد .

المطلب الثاني - مدى سلطة الجهة الإدارية في إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسؤولية عليها

قد تستجد ظروف ترى الجهة الإدارية أنها لم تعد تحتاج إلى أبرام العقد إذا ما قدرت بسلطتها التقديرية عدم الجدوى من أبرام هذا العقد ولا يحقق المصلحة العامة، لان التعاقد مع الجهة الإدارية ينظر إليه كعمول لها في تسيير المرفق العام، فإذا ما قررت الجهة الإدارية عدم حاجتها إلى هذا المعاون فقد أعطاها القانون خيار إلغاء المناقصة أو المزايدة في أحوال معينة سواء قبل أو بعد البت فيها.^(١) وبالتالي فإن للجهة الإدارية الحق في إلغاء المناقصة قبل البت فيها في حالتين:^(٢)

١- إذا وجدت الجهة الإدارية الاستغناء عن المناقصة، فمن المعلوم أن الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكي تسد حاجة المرفق العام سواء تمثلت في توريد أو إنشاءات، فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمناقصة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها، فإن القانون يعطي لها الحق في إلغاء المناقصة .

٢- إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة وهو أمر تقرره الإدارة فقد تؤدي المناقصة إلى تأكل الاعتمادات المالية المخصصة للجهة الإدارية، ومن ثم ترى الجهة الإدارية إلغاء هذه المناقصة .

والقاعدة المسلم بها في مصر أن المناقصين يلتزمون بمجرد تقديم عطاءاتهم،^(٣) وقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بان " القاعدة هي أن مقدم العطاء يلزم بعطائه من وقت تصديره إلى

(١) جلال سعود سالم سويد، عدم إبرام العقد الإداري بعد صدور قرار الاحالة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣، ص ٦٧ .

(٢) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٢١ .

(٣) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٢٢٠ .

نهاية المدة المحددة في شروط العطاء^(٤)، ويترتب على عدم التزام مقدم العطاء ببعثائه في المدة التي حددتها الجهة الإدارية في الإعلان اثر هام وهو مصادرة التامين الابتدائي المرفق مع العطاء^(١). وبالتالي أن وجه عدم التوازن بين سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة وبين مقدم العطاء ظاهرة من ناحيتين:^(٢)

الأولى : أن كثيرا من المناقصات التي تعلن عنها الجهة الإدارية تتطلب في كثير من الأحيان على إجراء دراسات متعددة الجوانب قد تكون اقتصادية، أو هندسية، أو إنشائية، وهو أمر يكلف مقدم العطاء مبالغ مالية طائلة وهو يقوم بهذه الدراسات رغبتا منه في التعاقد مع الجهة الإدارية، لذلك حتى يتوازن مركز الإدارة مع مركز مقدم العطاء يجب أن يكون للأخير حق الحصول على تعويض أن أصابه ضرر من جراء إلغاء المناقصة قبل البت فيها .

الثانية : أن مقدم العطاء يلتزم - بعد تقديم عطائه إلى الجهة الإدارية - ببعثائه وفق المدة المحددة في الإعلان عن المناقصة، أي حتى ميعاد فتح العطاءات، وبالتالي لا يستطيع أن يرجع في عطائه أو سحبه أو حتى تغييره وفي ذلك تبدي المفارقة بين مركز جهة الإدارة وبين مقدم العطاء، فالجهة الإدارية تستطيع إلغاء المناقصة دون مؤاخذة أو تقرير حق مقدم العطاء في التعويض، أما إذا أراد مقدم العطاء أن يسحب عطائه أو يغيره فإنه لا يجوز ذلك، وإذا فعل فإنه يخسر التامين الابتدائي الذي قدمه مع عطائه .

وهناك من يرى في إلغاء المناقصة ينبغي التفريق بين إلغائها من قبل الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد وبين اقتراح إلغائها من قبل لجنة البت، فإذا كانت الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد هي التي تقوم بإلغاء المناقصة من تلقاء نفسها فإن ذلك يكون بناء على مقتضيات المصلحة العامة التي تختص بتقديرها على وفق أهمية العقد وظروف تنفيذه، أما إذا كانت لجنة البت هي التي تقترح إلغاء المناقصة فإنه يقوم على أسباب محددة بالقانون، فإذا توافرت تلك الأسباب كلا أو جزءا، فلا يجوز لها أقرار محضر المناقصة بعد أن اقترحت اللجنة عليها إلغائها.^(٣) غير انه إذا قامت الجهة الإدارية بالاستغناء عن المناقصة ومن ثم أعلنت عن تمكين احد الأشخاص في الدخول في المناقصة لم يشترك فيها أول مرة، فهنا تكون الجهة الإدارية قد ارتكبت خطأ يستوجب مسؤوليتها التقصيرية، لذلك اشترط المشرع المصري بان يكون قرار الإلغاء مسببا، لكي يتمكن القضاء من مراقبة أسباب الإلغاء، حتى لا تضيع حقوق الأفراد المتقدمين للمناقصة، فإذا صدر القرار غير مسبب كان غير مشروع ومشوبا بعيب الشكل في القرار الإداري.^(٤)

(٤) محكمة القضاء الاداري، دعوى رقم ٩١٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .

(١) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للامم المتحدة اليونسرال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٢، ص ١٢٦ .

(٢) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٢٣ .

(٣) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ١٣٢ .

(٤) جلال سعود سالم سويد، مصدر سابق، ص ٧٢ .

غير أن المشرع العراقي لم يشترط في قرار عدم التصديق أو أتمام العقد أن يكون مسبباً، حيث جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري في العراق " بان مديرية بلدية الفلوجة قامت ببيع ستة دور سكنية لموظفي البلدية حصراً بالمزايدة العلنية، وقد رست إحدى الدور على المدعي عند المراجعة تبين بان الإحالة لم يتم تصديقها . " فحكم المحكمة بان القرار صحيح وموافق للقانون، ذلك لان المادة (١١) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة قد أعطى الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة صلاحية التصديق من عدمه على قرارات البيع الصادرة من اللجنة المختصة، ولا تعد الإحالة عند البيع قطعية إلا بعد التصديق، وحيث أن المصادقة تخضع للوصفات المتعلقة بالمصلحة العامة، وهي سلطة تقديرية للوزير المختص أو من يخوله ."^(١)

المبحث الثالث

اختلال التوازن المالي في مرحلة تنفيذ العقد

من المسلم به في مجال القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين وهذا يعني سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين طرفية، وبالتالي لا يمكن لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة، كما لا يجوز له نقض العقد أو تعديله إلى بموافقة الطرف الآخر، أو وفقاً لما يقرره القانون . غير أن الأمر يختلف في مجال العقود الإدارية، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الالتزام التي تكون في العقود المدنية بين الأفراد، لأنه ذلك يقتضي إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة، وبالتالي يجوز للإدارة تعديل العقد أو إنهائه إذا اقتضت المصلحة العامة، لذلك فإن فكرة التوازن المالي للعقد تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدان وقت أبرام العقد، وبالتالي يعتبر حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد حقاً أساسياً له، ويمثل امتداداً طبيعياً لحقه والأصيل في المقابل المالي المتفق عليه . لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول ارتباط ممارسة الإدارة لسلطاتها بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها على التعويض وسوف نتناول في المطلب الثاني تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئياً في الظروف الطارئة .

المطلب الأول - ارتباط ممارسة الإدارة لسلطاتها بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها على التعويض

تتمتع الإدارة في العقود الإدارية بكثير من الحقوق والسلطات التي تميزها كطرف في العقد الإداري عن باقي ما تبرمه من عقود أخرى^(١) وتهدف هذه السلطات في الأساس إلى تحقيق نفع عام الذي يتحقق بضمان سير العقد بانتظام واطراد وسلطتها في تعديل ونهاء العقد وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة . وقبل

(١) قرار محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ١٢١/قضاء اداري/١٩٤ وتم تصديقه من الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية رقم ١٦/اداري - تميز / ١٩٩٥ . مشار إليه لدى : عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ١٦٤ .
(١) د. احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود ال B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ص ١٦٧ .

سلطة التعديل وسلطة توقيع الجزاءات حق الإدارة في رقابة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية ثم تبلغ هذه السلطات ذروتها بمنح الإدارة حق فسخ العقد دون اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي بذلك إذا ارتأت أن المصلحة العامة تتطلب ذلك ودون خطأ من جانب المتعاقد .^(١) وبالتالي يجب أن يرتبط تدخل الإدارة في العقود الإدارية بحق المتعاقد معها بالحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي تلحق به من جراء هذا التدخل أيا كانت هذه الأضرار .^(٢) وإن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست سلطة كما نها ليست سلطة تقديرية، وإنما سلطة تتبع من دوافع الاستجابة لمتطلبات المرافق العامة وضرورة انتظام سيرها . وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تعديل العقد الإداري فإن العدالة تقتضي بضرورة تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به في مركزه التعاقدية جراء ممارسة سلطة التعديل، لأن ضرورة الحفاظ على المصلحة العامة في المرفق العام لا تبرر التضحية بمصلحة المتعاقد . لأنها مصلحة مشروعة لذلك ينبغي إيجاد توازن من الناحية الحقوقية بينهما بما لا يهدر حق أحدهما لمصلحة الآخر، فإن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد جراء التعديل هو مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة .^(٣) ويشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة لحقت به وكذلك ما فات المتعاقد من ربح . وفي حكم لمحكمة التمييز في العراق الصادر في ١٩٨٢/٩/١٩ في قضية تتلخص وقائعها بأن الشركة العامة للمقاولات الإنشائية قد تعاقدت مع مقاولين عقد أشغال عامة . ولكن بعد أن باشرا بالعمل ونجزاً قسماً منه كما هو ثابت في اضبارة المقاول . فقد تم سحب العمل منهما من قبل المدير العام للشركة بالإضافة إلى وظيفته . فطالباً بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهما جراء سحب العمل دون حدوث تقصير من قبلهم فأصدرت محكمة البداءة حكماً يقضي للمدعين بمبلغ التعويض وقد تأيد الحكم استئنافاً . ولكن عند تمييز الحكم تبين أن هناك اتفاقاً قد جرى بين المقاولين والشركة العامة حول سحب العمل والتنفيذ على حسابهما وذلك لغرض الإسراع في انجاز العمل قبل موعده المحدد بالعقد مما يتعين معه على المحكمة الابتدائية والاستئنافية أن تلاحظا المبالغ المصروفة فعلاً وتاريخ صرفها .^(٤) وإذا كانت سلطة الإدارة في العقد الإداري لازمة لضمان حسن تنفيذ العقد وتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته الناتجة عن العقد، فإن الواقع يقضي الاعتراف بأن التطورات الحديثة التي أفرزته التطورات السياسية والاقتصادية قد أفرز صور جديدة من العقود الإدارية مثل عقد الفيديك أو عقد البوت بصورة الكثيرة وهذا الجيل من العقود الإدارية - لا سيما عقود البوت - والتي تعني أن الملتزم، هو الذي ينشأ المرفق ويشغله ويعيد ملكيته إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء مدة الالتزام،^(٥) ففي مثل هذه العقود يجب أن تأخذ

(٢) احمد هادي مدلول محمد الطائي، مصدر سابق، ص ٧٧ .

(٣) د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٢ .

(٤) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٥١ وما بعدها .

(١) د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ١٥٧ .

(٢) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٣٢ .

الشروط الاتفاقية حيز اكبر الأمر الذي يجب معه تقيد سلطة الإدارة في ممارسة سلطاتها في هذه العقود بصور تكفل للإدارة أن يكون لها مركزاً متميزاً في العقود الإدارية مع المحافظة على حقوق المتعاقد معها .

المطلب الثاني - تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئياً في الظروف الطارئة

يمكن أن يتعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري إلى طوارئ وصعوبات غير منظورة لم تكن متوقعة عند أبرام العقد وتؤدي إلى زيادة صعوبات التنفيذ. غير أنها لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ولكنها ترتب زيادة الأعباء على المتعاقد مع الإدارة مما ينتج الخلل في توازن العقد.^(٣) والحكمة من منح المتعاقد مع الإدارة الحق في ضمان التوازن المالي للعقد تعود إلى ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد عند وقوع أحداث أو ظروف خارجة عن إرادته تؤدي إلى زيادة أعبائه بصورة مرهقة، وفي هذا حماية للصالح العام عن طريق ضمان سير المرفق العام محل التعاقد بانتظام واطراد والحيلولة دون الأضرار به من ناحية . فان ضمان التوازن المالي للعقد يبعث الاطمئنان في نفوس المتعاقدين مع الإدارة على مصالحهم المالية عندما تطرأ ظروف صعبة تؤثر على تنفيذ العقد وفقاً للشروط المتعاقد عليها.^(٤) ومناطق تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف سواء كانت طبيعية أو اقتصادية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند أبرام العقد ولا يملك لها دفعا من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً،^(٥) وبالتالي فإن نظرية الظروف الطارئة يتسع تطبيقها على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها ظرف استثنائي غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين،^(١) ولأهمية نظرية الظروف الطارئة فقد تم تقنينها في القانون المدني المصري، إذ تنص المادة (١٤٧) منه على أن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أو تنفيذ الالتزام التعاقدية وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك"^(٢). وكذلك اخذ المشرع العراقي بنظرية الظروف الطارئة في المادة (١٤٦/٢) من القانون المدني بقولها " على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة

(٣) د. وضاح محمود الحمود، مصدر سابق، ص ١٦٥ .

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، مصدر سابق، ص ٥٧٥ .

(٥) د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ص ٣٥٦ .

(١) د. عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٣٥٦ .

(٢) المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك^(٣).

وهناك farkا بين القوة القاهرة والظرف الطارئ، فالقوة القاهرة هي نوع من الظروف الطارئة ألا أنها تؤدي إلى استحالة التنفيذ غير أن الظرف الطارئ لا يجب أن يصل إلى حد استحالة التنفيذ ولكن يقتصر على جعل الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة على نحو يهدده بخسائر فادحة إذا نفذ التزاماته وفقا للأسعار التي سبق واتفق عليها . وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " تعتبر القوة القاهرة من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وينقضي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعه عدم تنفيذه ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام، فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة، فإنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعه عدم تنفيذ التزامه أو التأخير في التنفيذ"^(٤) ولكي يستحق المتعاقد مع الإدارة الحصول على التوازن المالي للعقد أن يكون الظرف الطارئ سببا في زيادة أعباء المتعاقد. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بان " زيادة أسعار الزيتق أثناء تنفيذ عقد توريد مما ترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد بتحملة خسائر فادحة تصل إلى حد الإخلال بتوازن العقد أخلايا جسيما يعتبر ظرفا طارئا وليس قوة القاهرة."^(١) ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة لابد من توافر الشروط الآتية:^(٢)

١- وجود ظرف طارئ ذي طبيعة استثنائية عامة بعد أبرام العقد وأثناء تنفيذه، بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه . قد يكون هذا الظرف اقتصاديا أو سياسيا أو طبيعيا، كما قد يكون إجراء قانونيا أو إداريا صادر من سلطة أخرى غير السلطة الإدارية التي أبرمت العقد.

٢- أن يحدث الظرف الطارئ الغير متوقع راجعا لأمر خارج عن إرادة احد المتعاقدين، وذلك لأنه لو كان الظرف الطارئ متوقعا عند التعاقد لفقد صفة الظرف الطارئ، وإذا كان لإرادة الجهة الإدارية دخل في وقوعه فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة بنظرية أعمال الأمير .

٣- أن يؤدي الظرف الطارئ أخلايا في التوازن المالي للعقد، وكذلك يؤدي إلى إرهاب المتعاقد في تنفيذ لالتزاماته ووقوع خسائر مالية فادحة تتجاوز الحد المعقول ولكنها لا تجعل التنفيذ مستحيلا .

فإذا توافرت هذه الشروط، فإنه يتعين على الإدارة أن تعوض المتعاقد معها بالقدر الذي يمكنه من الاستمرار في تنفيذ العقد، بحيث تشاركه في تحمل ما لحقه من خسارة مع مراعاة الظروف التي ابرم فيها العقد، أي أن التعويض هنا جزئيا . وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على شروط تطبيق نظرية

(٣) المادة (١٤٦/٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

(٤) الطعن رقم (٤٤٤) لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ١١/٢٧/١٩٧٨ . مشار اليه لدى . عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٣٥٧ .

(١) طعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٩ . مشار اليه لدى . عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٣٥٧ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، مصدر سابق، ص ٥٧٩ . د. عاطف محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٣٥٨ وما بعدها.

الظروف الطارئة في حكمها الصادر في ١٦/٥/١٩٧٨ والذي جاء فيه " يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم يكن في حساب المتعاقد عند أبرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعا، ويشترط في هذه الظروف أن تكون من شأنها أنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما".^(٣) ويتميز حق المتعاقد في التعويض الجزئي من جانب الإدارة عند توافر شروط نظرية الظروف الطارئة بإعادة التوازن المالي للعقد، بأنه حق مؤقت ينقضي بمجرد انقضاء الظرف الطارئ الذي تسبب في الخسارة لارتباطه بهذا الظرف.^(٤)

وبناء على ما تقدم فإن الإدارة لا تعوض المتعاقد معها عن الظرف الطارئ تعويضا كاملا بدعوى أن الإدارة لا يد لها في حدوث هذا الظرف الطارئ ويجب عليها مشاركة المتعاقد معها في الخسائر، وهذا ما نصت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر " أن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً".^(١) في حين ينتقد احد الكتاب في عدم تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الظروف الطارئة بدعوى أن الإدارة لا يد لها في حدوث الظرف الطارئ، والحقيقة أن ذلك ليس سببا جوهريا يؤدي إلى حرمان المتعاقد مع الإدارة من التعويض الكامل الذي يؤدي إلى تمكينه من تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً وإعادة توازن حقوق المتعاقد والتزاماته^(٢). أما إذا ثبت استحالة إعادة التوازن المالي للعقد، وان الاختلال الذي أصابه قد أصبح نهائيا لا يمكن إصلاحه، فإن العقد يتم فسخه أما بحكم قضائي أو بقرار إداري^(٣).

وبناء على ما تقدم أن مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة أن تشارك في نسبة معينة من الخسائر التي ألحقت بالمتعاقد معها طول فترة قيام الظرف الطارئ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستمرار سير المرفق العام، ولكن التعويض الجزئي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة نتيجة الظرف الطارئ لا يعد حلا شافيا وكافيا لإعادة التوازن المالي للعقد إلى صورته الأولى التي كان عليه عند أبرام العقد، وكذلك أن العلاج الذي تأتي به النظرية لا يعد علاجاً كاملاً فليس للقاضي أن يرفع كامل الضرر الذي وقع على المتعاقد واقتصرت سلطته إلى رد الالتزام الذي أصبح مرهقا إلى الحد المعقول وليس إلى أصل ما كان عليه، علما أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بإدارة مرفق عام يقدم خدمة عامة للأفراد .

الخاتمة

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق، في جلسة ١٦/٥/١٩٨٧ . مشار اليه لدى، احمد هادي مدلول محمد الطائي، مصدر سابق، ص ٧٣ وما بعدها .

(٤) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٦٧٣ .

(١) د. احمد سلامه بدر، مصدر سابق، ص ٣٤ .

(٢) د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٢ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، مصدر سابق، ص ٥٧٩ .

وبهذا نصل إلى ختام هذا البحث الذي يدور حول اختلال التوازن المالي للعقد بين الإدارة والمتعاقد والذي تناولنا فيه تعريف اختلال التوازن المالي في العقد الإداري الذي يمثل حالة العدل وفي ذات الوقت ينشئ الالتزام والحق بحيث أن الجهة الإدارية تلتزم بإعادة التوازن المالي إلى سابق عهده الذي ينشأ للمتعاقد مع الجهة الإدارية الحق في التعويض عن الظروف التي تؤثر على التوازن المالي . حيث تتعدد مظاهر اختلال التوازن المالي بين المتعاقدين في مرحلة أبرام العقد الإداري . لأن وسائل أبرام العقد تستند على التشدد والدقة في اختيار المتعاقد مع الإدارة . وإذا كان للجهة الإدارية التمتع بحق تعديل في العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، كذلك أيضا لا بد أن يتمتع المتعاقد معها بمجموعة من الحقوق من ذلك حق الحصول على التوازن المالي في حالة تعرضه لأي من الظروف الطارئة التي تفقده التوازن في العقد، ومن هنا نحن نرى أن فكرة التوازن المالي التي تطبق في العقود الإدارية ضرورة أن لا تستهدف فقط حفظ التوازن المالي بين الطرفين في العقد وإنما ضرورة تعادل هذه الالتزامات مع لأخذ بنظر الاعتبار الخصوصية في كل نظرية من نظريات حفظ التوازن المالي للعقد الإداري . ومن خلال ما تقدم يمكن أن نوصي ببعض المقترحات .

- التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة في حالة الظروف الطارئة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد.
- أن التعويض الجزئي في نظرية الظروف الطارئة لا يعد حلا شافيا وكافيا لإعادة التوازن المالي للعقد، وذلك نتيجة اتجاه النظام الاقتصادي في الدولة إلى الخصخصة .

- وضع ضوابط يتم على أساسها تقدير التعويض الكامل للمتعاقد من خلال :

١- فيما يتعلق بتحديد بداية الظرف الطارئ وتحديد هذا التاريخ له أهمية كبيرة لأنه على أساسه يتم احتساب الخسائر، ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي لا يمكن توقعه عند أبرام العقد .

٢- يتم حساب الخسائر على أساس الفرق بين الأسعار الفعلية عند التعاقد والأسعار الطارئة وفقا لاعتبارات الصالح العام .

٣- يخصم من المتعاقد ما تسبب فيه من الخسارة كإهمال أو تقصير منه .

المصادر

- ١- د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢- د. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٠ .
- ٣- د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية .
- ٤- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨ .
- ٥- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩ .

- ٦- د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دار الثقافة للنشر، ط١، ٢٠١٠ .
- ٧- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٩ .
- ٨- د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩ .
- ٩- د. عصام احمد البهجي، عقود B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٨ .
- ١٠- د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .
- ١١- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠٠٩ .
- ١٢- د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة) بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١ .
- ١٣- د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢ .
- ١٤- د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للامم المتحدة اليونسترال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٢ .
- ١٥- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٠ .
- ١٦- عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧ .
- ١٧- عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨ .
- ١٨- احمد هادي مدلول محمد الطائي، التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، ٢٠٠٩ .
- ١٩- جلال سعود سالم سويد، عدم أبرام العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٣ .
- ٢٠- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .
- ٢١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٢٢- قانون المناقصات والمزايدات العامة المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .
- ٢٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

ملف العدد

ندوة علمية تحت عنوان

(اثر التطورات السياسية على القواعد الدستورية في العراق)

أقامت كلية القانون/ الجامعة المستنصرية ندوة علمية تحت عنوان (اثر التطورات السياسية على القواعد الدستورية في العراق)، بمشاركة عدد من الاساتذة المختصين، يوم الاثنين الموافق ٢٥/٤/٢٠١٦، وقد رأست الندوة أ.د. حنان محمد القيسي وبحضور معاوني السيد العميد العلمي والاداري ورؤساء الاقسام العام والخاص في الكلية وعدد من الاساتذة، وقد جرت مناقشة مستفيضة لاوراق العمل المقدمة وقدمت تعقيبات من قبل الحضور، واستكمالاً للفائدة ننشر طياً الاوراق البحثية المشاركة.

أقالة الوزراء في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

أ.م.د. كاظم علي عباس الجنابي كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

وفقا للنظام البرلماني يخضع الوزراء لمسئولية مزدوجة، برلمانية ورئاسية، فمن ناحية المسؤولية البرلمانية فهم يخضعون للوسائل التي تحرك بها المسؤولية السياسية للوزراء المقررة في النظام البرلماني كالسؤال والاستجواب والتحقيق وسحب الثقة، وكذلك فان الوزراء في النظام البرلماني يخضعون للمسئولية الرئاسية من خلال محاسبة رئيس الوزراء لهم والتي تظهر من خلال حق رئيس الوزراء في اقالتهم.

واقالة الوزراء حق يقتررب فيه رئيس الوزراء في النظام البرلماني من ذلك الحق الموجود لدى رئيس الجمهورية في النظام الرئاسي، فكما ان الرئيس في ظل النظام الاخير يملك حق اقالة مستشاريه (وزراءه) غير المنسجمين مع سياسته التي ينفرد بها فان رئيس الوزراء في النظام البرلماني له هذا الحق، ولكن ليس على هذا الاطلاق، نتيجة القيود الحزبية ونوع النظام الانتخابي، اذ انه غالبا ما يلجأ الى طلب الاستقالة من الوزير بدلا من اقالته خصوصا في ظل حكومة الاغلبية التي يقودها.

وقد تبني دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النظام البرلماني بصراحة المادة الاولى منه، ومن مقتضيات هذا النظام كما اسلفنا انه جعل من مسؤولية الوزراء مسؤولية مزدوجة حيث يخضع لرقابة البرلمان، عن طريق اعمال المسؤولية السياسية، وكذلك للرقابة الرئاسية بما منحة الدستور لرئيس مجلس الوزراء من حق اقالة الوزراء وفق المادة ٧٨ منه.

وقد اثار موضوع اقالة الوزراء، الذي تبناه رئيس مجلس الوزراء الحالي الدكتور حيدر الأعبادي، كجزء من الاصلاحات الحكومية لمواجهة الفساد، نتيجة الضغط الشعبي، تساؤلات حول شرعية ومشروعية الاقالة هذا من جهة، ومن جهة اخرى عن مدى تأثيره الاقالة على نوع الحكومة القائمة وكذلك صلاحيات البرلمان ذاته ومدى قوة هذه الحكومة.

شرعية ومشروعية الاقالة

تنص المادة (٧٨) من الدستور على ان ((.....وله(رئيس مجلس الوزراء)الحق باقالة الوزراء،بموافقة مجلس النواب)).

ومن هذا النص يتبين ان حق رئيس مجلس الوزراء مطلق في الاقالة استنادا الى القاعدة المعروفة المطلق يحمل على اطلاقه، رغم ان الدستور تطلب موافقة مجلس النواب على الاقالة استنادا لقاعدة تقابل الاجراءات التي تتطلب نفس اجراءات التعيين.

لذلك واستنادا لهذا النص فان مشروعية الاقالة قائمة اذ كل ما يحتاجه رئيس مجلس الوزراء هو اللجوء لهذا النص لاعمال حقه في ذلك، لكن هل يحظى ممارسة هذا الحق بالشرعية، ورغم تطلب موافقة البرلمان والتي تجعل من هذه الشرعية امر ممكن، تبقى مسألة الاقالة الجماعية للوزراء محل نظر فاذا كان رئيس الوزراء هو الذي اختارهم الا يشكل ذلك نوع من المسؤولية عليه لسوء الاختيار ثم ان نص المادة السابقة تجعل منه صراحة المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة فاذا اخطأ الوزراء برمتهم الا يجعل منه ذلك مسؤولا، ثم ان مسألة التصويت الفردي من قبل مجلس النواب بالثقة على كل وزير الا تمثل عائق امام الاقالة الجماعية، كما ان الواقع السياسي كان قد فرض نفسه عند تشكيل الحكومة والتي تشكلت بناء على تقاضيات سياسية من خلال ما يسمى حكومة وحدة وطنية والتي جعلت من كل الكتل النيابية تشارك فيها وذلك باقتسام الوزارة وهو الامر الذي ادى الى نجاح رئيس الوزراء في تسنم منصبه.

وعليه وان كان رئيس الحكومة يمتلك حق الاقالة الا انه ليس على الاطلاق الذي ورد في نص المادة ٧٨، وانما المراد منه هو الاقالة الجزئية وليست الكلية لان القول بالاقالة الجماعية يعني حتما اختلال الثقة برئيس الوزراء نفسه.

مدى فاعلية الحكومة البديلة

وإذا ما تم اقالة الوزراء وقامت حكومة بديلة مشكلة من وزراء مستقلين ولا تنتمي لاي من الاحزاب الموجودة في البرلمان، فاعلية هذه الوزارة غير المؤيدة حزبيا تكون محل نظر، اذ من المتصور ان يهيمن البرلمان على هذه الوزارة من خلال ما يمتلكه من وسائل رقابة برلمانية.

وبديهيًا يكون هؤلاء الوزراء خاضعين لسيطرة رئيس الحكومة الذي لا يزال محتفظا بصفته الحزبية والتي لا يستطيع الحياد عنها، فتظل علاقتهم به علاقة الرئيس بالمرؤوس.

وتجدر الاشارة هنا الى انه لا ضير من اعمال الرقابة على الوزراء سواء على اشخاصهم واعمالهم بل انه امر واجب ومتطلب، ولكن جعلهم تحت مطرقة الرقابة بدون اية وسيلة للمواجهة سيجعل من السلطة التنفيذية خاضعة لهيمنة البرلمان، وبما يخل بمبدأ التوازن بين السلطتين. وهذا يجعل الوزارة في موقف حكومة الاقلية، التي عادة ما تشكل لتحقيق هدف واحد هو حل البرلمان.

ولكون رئيس الحكومة لا يزال منتميا لحزبه فالبديهي ان تتطبع هذه الوزارة بطابع هذا الحزب، الامر الذي يطيح حتما باستقلالية هؤلاء الوزراء اما قوة رئيس الوزراء المدعوم حزبيا.

كل ذلك يجعل الحديث عن فاعلية الوزارة، رغم حسن النوايا في تشكيلها، امر مشكوك فيه او نكاد نجزم ان عدم الفاعلية هو الذي يسود المشهد السياسي العراقي في حال اكتمال التشكيل.

اثر التطورات السياسية على الاحكام والقواعد الدستورية في العراق

أ.م.د. مهند ضياء عبد القادر
كلية القانون - الجامعة المستنصرية

الشعب مصدر السلطات... بهذه الكلمات تتباهى دساتير الدول بان الشعوب اصبحت هي الحاكم الفعلي لبلدانها. حيث انتهت الفترة التي كان فيها الحاكم يمارس سلطات كاملة بصورة منفردة. واذا عدنا الى ارض الواقع فان الظاهر للعيان ان الشعب فعلا يمارس السلطة العامة بكافة صورها، على الاقل ان الشعب بما يمتلكه من حق الانتخاب يستطيع ان يؤثر تأثير مباشر على تشكيل اي سلطة في الدولة. الا ان الحقيقة الساطعة ايضا ان الشعب لا يستطيع ان يباشر بذاته خصائص السلطة العامة في الدولة لذلك فان من المهم ان يكون هناك بديل عن الشعب يمارس خصائص السلطة العامة والبديل سيكون في البرلمان الممثل الحقيقي للإرادة العامة ما خلا بعض الحالات التي يمارس الشعب فيها السلطة بصورة مباشرة كالاقتراح الشعبي او الاقتراح الشعبي وغيرها من المظاهر التي يطلق عليها مظاهر الديمقراطية غير المباشرة. لذلك فان اهمية البرلمان تتبع من اهمية مصدره الذي اتى به وهو الشعب الذي قدمنا بانه مصدر السلطات.

وفي خضم انشغال الشارع العراقي بتغيير بعض وزراء الحكومة والقاء اللوم عليهم بما الت اليه الاوضاع في العراق، وبعد ان تحول بعض البرلمانيين من اساليب اعتيادية الى اساليب استثنائية في انتقاد الحكومة والمطالبة بإصلاحها كتشكيل كتل برلمانية مهمتها فقط متابعة الاصلاحات الحكومية. نقول بعد كل ذلك تفاجئ الشارع العراقي بان النواب المعارضين لسياسة الحكومة يقوموا بانقلاب على رئيس البرلمان في جلسة خاصة عقدها لإقالته باعتباره من الاسباب المباشرة التي تعيق تشكيل او لنقل استبدال بعض وزراء الحكومة.

ان الدستور او القانون لم يتناول موضوع اقالة رئيس مجلس النواب بصفة خاصة وانما تناول هذا الموضوع بالنسبة للنائب البرلماني بشكل عام ولم يخص رئيس البرلمان بوضع واحكام خاصة.

وإذا اردنا ان نبين مدى مشروعية اقالة رئيس البرلمان بجلسة خاصة نقول. ابتداء ان الدستور العراقي لم يخص رئيس مجلس النواب بمركز استثنائي خاص يميزه عن بقية اعضاء البرلمان على الاقل فيما يتعلق بإقالته من منصبه.

إذا عدنا الى اساس ما حدث من اشكالات بعد اقالة رئيس المجلس فان الاشكال الحقيقي كان في ادعاء رئيس المجلس ومريديه بان الجلسة الخاصة بإقالته لم تكن دستورية وبالتالي فكل ما نتج عنها غير دستوري ويجانب مبدا المشروعية.

إذا عدنا الى جلسة الاقالة نجد انها كانت جلسة استثنائية. والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ نظم حالة الدعوة الى جلسة استثنائية. حيث بينت المادة ٥٨ من الدستور بفقرتها ان من حق رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب او خمسين عضوا من المجلس الدعوة الى جلسة استثنائية. والحالة التي حدثت بينت ان الجلسة عقدت من عدد من النواب يزيد عددهم عن الخمسين لذلك فان اساس انعقاد الجلسة لم يكن فيه ما يجانب مبدا المشروعية اذا ما علمنا ان عدد النواب الذين شكلوا جبهة المعارضة لرئيس مجلس النواب كان لا يقل عن ١٧١ عضو برلماني.

من جانب اخر رغم ان الدستور بين كيفية الدعوة لجلسات استثنائية الا ان الدستور ايضا لم يضع الية خاصة للتصويت على القرارات المتخذة خلال الجلسة الاستثنائية لذلك فان ما يصدر من قرارات لا يحتاج الا الى اغلبية بسيطة من عدد الحاضرين في الجلسة حيث ان المادة ٥٩ من الدستور بينت ان اي جلسة تعقد بحضور اغلبية اعضاء البرلمان والقرارات تتخذ بالأغلبية البسيطة مالم ينص الدستور في نص خاص على اغلبية خاصة في بعض الموضوعات وهذا ما حدث فعلا لذلك فان الجانب الاخر من المشكلة وهو رئيس مجلس النواب لم يتطرق في اعتراضه على ما حدث الى عدم شرعية القرار بقدر تركيزه على عدم مشروعية جلسة المجلس التي اودت بمنصبه.

ورغم ان الدستور لم يشر صراحة في أيا من نصوصه الى اقالة رئيس مجلس النواب الا ان المادة ٤٩ من الدستور في فقرتها الخامسة احالة مسألة الاقالة الى قانون خاص يصدر بهذا الخصوص وبالفعل صدر القانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٧ الخاص باستبدال اعضاء البرلمان بين ان من بين الاسباب التي تؤدي الى فقدان النائب لموقعه هي الاقالة حسبما اشارت لذلك المادة الاولى في فقرتها الثالثة من هذا القانون. كما ان المادة ١٢ في فقرتها الثانية من النظام الداخلي لمجلس النواب المصوت عليها في ١٥ / ٦ / ٢٠٠٦ اجازت ايضا اقالة اي عضو من هيئة الرئاسة الخاصة بمجلس النواب وفقا للقانون.

لذلك فان الناحية الدستورية والقانونية تذهب الى جواز اقالة رئيس مجلس النواب بالاستناد الى رغبة عدد من النواب لا يقل عن خمسين نائباً حددها دستور الدولة كما قدمنا وحددها ايضا النظام الداخلي لمجلس النواب.

لكن اذا امنا بان الدستور اقر حق الاعضاء في اقالة رئيسهم الا ان الدستور ايضا لم يوضح الاسباب الكفيلة بإقالة رئيس مجلس النواب وبالتالي فان عمومية النص تعطي كامل الحق لأعضاء البرلمان في اقالته وهذا في الحقيقة نقص جوهري في احكام الدستور العراقي حيث كان من الاجدر ان يحدد اسباب لهذه الاقالة كما كان من الاجدر ان يكون هناك الية خاصة لمعالجة فكرة اقالة رئيس مجلس النواب ولم يقف الامر عند الدستور بل ان حتى القوانين والنظام الداخلي لمجلس النواب لم تتطرق لأسباب او الية خاصة لإقالة رئيس مجلس النواب.

وإذا كانت فكرة الاقالة جائزة من الناحية الدستورية والقانونية الا ان الجانب السياسي يلقي بظلاله على اي موضوع دستوري لذلك فان المشكلة القائمة في اقالة رئيس مجلس النواب وان كان هناك ما يؤيد لها دستوريا الا انها من الناحية السياسية ادخلت النظام السياسي العراقي في مأزق كبير فالحديث كان منصب على الحكومة واذا برياح الازمات تضع رحلها في مقر مجلس النواب. واذا ما علمنا ان الدستور العراقي يعمل بأسس النظام البرلماني فهذا معناه توقف اغلب مفاصل العمل السياسي بشلل البرلمان وتعطيله عن اداء مهامه. وبالتالي فإننا نشهد في الوقت الحاضر ما يمكن ان نسميه تعطيل فعلي غير رسمي للأحكام والقواعد الدستورية وهو ما يندر بعواقب وخيمة على الوضع العراقي برمته.

الظواهر المصاحبة للنظام السياسي العراقي

في ظل دستور ٢٠٠٥

أ.م.د. منجد منصور الحلو

كلية القانون - الجامعة المستنصرية

توطئة

لاشك أن النظم السياسية المختلفة تتنوع بتنوع الدول ذاتها التي تميز إحداها عن الاخرى مجموعة من التطبيقات والقواعد التي تختلف من دولة الى اخرى بحسب الظروف التي تحيط بتلك الدولة. ولا بد والحال هذه أن نجد من النادر تطبيق نظام سياسي بشكله المثالي إلا في الدول التي إبتدعت هذا النظام أو ذاك. فلا

وجود للنظام البرلماني التقليدي أو النظام الرئاسي التقليدي أو نظام الجمعية التقليدي بسبب التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي إعتزى الدول حسب المجرى الطبيعي للتطور.

على هذا الاساس، سنحاول تسليط الضوء على بعض الظواهر التي رافقت النظام السياسي العراقي الجديد بعد صور الدستور الدائم في عام ٢٠٠٥، حيث صاحب تطبيق هذا النظام البرلماني الكثير من الظواهر التي تعد غريبة نوعا ما بالقياس الى ما هو موجود في دول الجوار. وما سيتم التركيز عليه في هذا المقام ظاهرتان مهمتان هما: عدم الالتزام بالقواعد الدستورية، كذلك ظهور وثائق الاتفاقات السياسية التي أصبحت بديلاً عن الدستور.

أولاً: مفهوم النظام السياسي:

يعرف النظام السياسي عادة بأنه مجموعة القواعد التي تبين شكل الدولة وشكل حكومتها ووسائل اسناد السلطة في الدولة، كذلك تلك القواعد التي تبين هيئات سلطة الدولة المختلفة. ومن هذا التعريف العام، يتبين أن عناصر النظام السياسي تنحصر بهذه الوظائف فقط وبالتالي دراسة الانظمة السياسية تدور حول هذه الامور.

وإذا كان هذا التعريف صحيحاً للنظام السياسي حتى وقت قريب نسبياً، فإن مفهومه قد تغير وأخذ يتسع باتساع وظائف الدولة ومجالات تدخلها، وبالتالي لن يكون لمجموع القواعد الدستورية المتخصصة بالموضوعات المذكوره اعلاه هي الوحيده التي تحدد النظام السياسي، بل أن لمركز الافراد وحقوقهم قبل الحاكم لها الدور المهم في تحديد مفهوم هذا النظام، كذلك فان القوى السياسية المؤثرة بجانب الحكام الفعليين لهم اليد الطولى في بلورة مفهوم النظام السياسي، كالرأسماليين وغيرهم، وكذلك نشو الاحزاب السياسييه وما لها من تأثير في النظام السياسي، حتى أصبح يحلو لبعض الفقهاء تسميتهم بالحكام المستترين بجانب الحكام الفعليين^١.

ثانياً: الظواهر المصاحبة للنظام السياسي العراقي الحالي

تعددت تلكم الظواهر التي لازمت النظام السياسي العراقي الحالي في ظل الدستور الحالي لعام ٢٠٠٥، إلا أن المجال لايتسع لاستعراضها بتفاصيلها، لذلك سنقتصر على ذكر الالهام والواضح من تلك الظواهر:

١. غياب النصوص الدستورية عن التطبيق الفعلي: من المعروف أن المبدأ العام الذي يجب أن يسود في جميع تفاصيل نشاط الدولة وفي جميع مفاصل مؤسساتها هو مبدأ (الدستورية). فالدولة التي تدعي أنها تتبنى دولة القانون وسيادته، لا بد لها من أن تحترم هذا المبدأ لانه العمود الفقري لفكرة

^١. ينظر في ذلك: د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٦١، ص٥ وما بعدها.

دولة القانون^١. وإذا نظرنا الى ما يحصل فعلا في العراق في ظل النظام السياسي الحالي، أن الدستور توضع قواعده واحكامه جانبا ليتم التصرف على وفق ما ترغب به الاحزاب السياسية وما يتلاءم مع مصالحها، وعلى سبيل المثال لا الحصر، نقول، أن المشرع الدستوري في العراق قد تبني اسلوب الاحالة على المشرع العادي في تنظيم موضوعات أوجز الدستور في ذكرها تاركاً المجال للمشرع العادي بتنظيمها تفصيلاً. وبتعداد بسيط لنصوص الدستور التي أحال الامر فيها الى المشرع العادي نجد أن هناك أكثر من (٤٥) مادة دستورية تحيل الامر صراحة الى المشرع العادي، وبما أن البرلمان العراقي إتسم منذ عهد ما بعد ٢٠٠٣ بالتقاعس عن العمل في أكثر الاحيان، فقد أوجد ذلك الوضع غياباً تاماً للنصوص الدستورية في وظائفها التي تؤديها داخل أي نظام سياسي، وجعل الهوة سحيقة بين الواقع السياسي والواقع الدستوري. هذا الوضع المرير الذي يعيشه الدستور والتشريع العراقي يتجسد بأحد أهم صور إنتهاك البرلمان لنصوص الدستور والتي تعرف إصطلاحاً بـ (عدم الاختصاص السلبي للبرلمان). حيث يتنكر البرلمان فيها لاختصاصه فيمتنع عن ممارسة التشريع وهو الصورة الأكثر تطبيقاً في العراق، ومن أهم صورها، عدم إصدار القانون الخاص الذي ينظم كل ما يتعلق بمجلس الاتحاد الشريك لمجلس النواب في عملية التشريع منذ صدور الدستور ولحد الآن م(٦٥) من الدستور. كذلك عدم إصدار أو المماثلة في إصدار القانون الخاص بالمحكمة الاتحادية العليا كما جاء في المادة (٩٢)/ثانياً منه. كذلك عدم محاسبة رئيس الجمهورية بالرغم من تقصيره الواضح في أداء وظائفه في أكثر من مناسبة كما في المادة (٦١)/سادساً/أ.ب. كذلك عدم إصدار قانون خاص بالنفط والغاز.... الخ.

الصورة الثانية لانتهاك نصوص الدستور من قبل البرلمان تتجسد في إصدار البرلمان لتشريعات قاصره على أن تحقق ما يرغب به المشرع الدستوري، فيأتي التشريع غافلاً لجانب من الجوانب التي اراد المشرع الدستور منه أن يحيط بها، وهذا ما يسمى إصطلاحاً بـ (الاغفال التشريعي). ومثاله، عدم تنظيم القانون الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠٠٦ مسألة إقالة أو إستقالة هيئة الرئاسة فيه كما أوجب ذلك الدستور في المادة (٤٩) / خامساً منه، كذلك القانون الخاص بمجلس القضاء الاعلى رقم (١١٢) لسنة ٢٠١٢، الذي قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته لاسباب متعددة منها الاغفال التشريعي^٢.

٢. ظهور وثائق سياسية بديلة عن الوثيقة الدستورية: قلنا أن الظاهرة الواضحة التي صاحبت النظام السياسي العراقي الحالي هي غياب النصوص الدستورية عند التطبيق، أو بعبارة أخرى، عدم

^١. ينظر في تفاصيل ذلك: د. أمين عاطف صليب، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٢، ص ٧٤ وما بعدها.

^٢. ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا ٨٧/اتحادية/٢٠١٣.

الالتزام بمبدأ تتدرج فيما يسمى بـ (الممارسات السياسية) والتي يكمن تعريفها : تصرفات سلطوية تنشأ على حساب القواعد الدستورية المكتوبة وعلى النقيض منها، ولا تواجه معارضة صريحة من الفاعلين السياسيين^١. فهذه الاتفاقات السياسية هي اذن اتفاقات ضمنية بين أجنحة أو هيئات السلطة على العمل خارج إطار الدستور.

ولابد من القول، أن هذه الاتفاقات تختلف عن الاعراف الدستورية، فمن حيث النشأة، نجد أن العرف يمكن أن يوجد في ظل النظام العرفي أو المكتوب للدستور، أما هذه الاتفاقات فلا توجد إلا في ظل نظام الدستور المكتوب. وإذا كانت الاتفاقات الضمنية تقع على أشكال مختلفة، منها المتقبلة، ومنها المستترة ومنها الاتفاقية (الرضائية)، أي التي تقع بإتفاق الاطراف السياسية، فنجد أن هناك العديد من الاتفاقات السياسية المختلفة الانواع قد وقعت من قبل الاطراف الحاكمة في العراق، إلا أننا سنحاول التركيز على الاتفاقات السياسية (الرضائية) التي وجدت في ظل النظام السياسي العراقي، وهي:

أ. قرار الاصلاح السياسي للمرحلة القادمة رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠٨: حيث أن هذه الوثيقة قد إحتوت على العديد من البنود التي تحمل اتفاقات الاطراف السياسية وحملت معها احكاماً تناقض نصوص الدستور العراقي، حيث جاء في الفقرة (٤) بند ت منه على : (إن مبدأ الشراكة والتوافق له أسس دستورية وسياسية ويجب تحقيق هذا المبدأ قولاً وفعلاً بما يطمئن الجميع...). والحق أن في هذه الفقرة انتهاك صارخ لمبدأ الاغلبية الذي يقوم عليه النظام البرلماني وهو ما نص عليه الدستور في المادة (١) منه. ثم إن مبدأ الاكثريّة السياسية والعديدي له أكثر من حضور نجده على سبيل المثال لا الحصر في المادة (٧٦)/أولاً، رابعاً، المادة (٥٩)أولاً، ثانياً وغيرها.

كذلك، جاء في الفقرة (٥)/بند ب من الوثيقة: (حسم الخلاف حول موضوع إصدار المراسيم الجمهورية في تنفيذ أحكام الاعدام وفقاً للدستور وإستقلالية القضاء...). وهذا بوضوح محاولة لايجاد حل آخر غير الطريق الذي رسمه الدستور عند التصديق على أحكام الاعدام. حيث لم يلتزم الرئيس بما هو منصوص عليه في الدستور بهذا الصدد، ولم يقيم البرلمان هو الآخر بشيء حيال ذلك الانتهاك. وبهذا فهو انتهاك صارخ من قبل السلطة الحاكمة لنصوص الدستور.

كذلك نصت الوثيقة على وجوب تعريف (المجلس السياسي للامن الوطني) في البند(ت) من الوثيقة، وهو مؤسسة قد أتفق على إنشائها خارج النصوص الدستورية ومن دون تخويل منه.

ب. وثيقة الاصلاح الوطني الموقعة في ١١ نيسان ٢٠١٦: جاءت هذه الوثيقة هي الاخر بمجموعة من الاتفاقات السياسية التي تمت بين الاطراف السياسية الفاعلة في العراق وحملت هي الاخرى معها انتهاكات للنصوص الدستورية، وجاء في فقرتها الثالثة التأكيد على مبدأ الشراكة والتوافق لجميع

^١. ينظر: د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ط١، منشورات الحلبي- بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٠٧.

المكونات. وجاء في خطوة أكثر تطوراً على تفصيلات لمجلس سمي بـ (المجلس السياسي) وإختصاصاته، وهذا الأمر أيضاً خارج نطاق الدستور ومواده.

الخاتمة

يمكن في نهاية المطاف القول، أن لكل دولة نظامها السياسي الذي يتلاءم مع الظروف السياسية الاقتصادية وحتى الاجتماعية. وبهذا المعنى كان النظام السياسي العراقي. إلا أن لهذا النظام ظواهر صاحبت تطبيقه، وأهم هذه الظواهر، عدم تطبيق النصوص الدستورية والالتزام بمضمونها، كذلك ظهور وثائق سياسية تحوي اتفاقات سياسية في معظمها هي على خلاف مع ما تنص عليه النصوص الدستورية.

المصادر

١. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٢.
٢. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ط ١، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٦١.
٣. د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ط ١، منشورات الحلبي- بيروت، ٢٠٠٩.
٤. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٥. مجموعة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٣.

صلاحية رئيس مجلس الوزراء في إقالة الوزراء صلاحية مطلقة أم مقيدة؟

د. إيمان قاسم الصافي

كلية القانون - الجامعة المستنصرية

ابتداءً، وقبل الخوض في كيفية إقالة الوزراء وموقف دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والنظام الداخلي لمجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠١٤، لابد من تحديد مفهوم الإقالة وتمييزها عن مصطلحي العزل والاستقالة.

فالإقالة أحد الاساليب الاستثنائية التي تنتهي بها مدة ولاية مجلس الوزراء رئيساً وأعضاء، فهي تنحية عضو المجلس الوزاري من منصبه قبل انتهاء مدة ولايته المقررة في الدستور من دون طلب أو رغبة منه، إذا فقد الثقة بسبب ارتكابه أخطاء في الحكم تجعله غير صالح لمباشرة سلطته بحيث يُعد بقاءه في الحكم من

الخطورة التامة على سياسة الدولة ومصالح الأفراد والتوازن العام بين المؤسسات، من دون اتخاذ أية اجراءات جنائية ضده، ويكون ذلك بموجب قرار صادر عن الجهة المختصة بموجب الدستور. وهو بذلك يختلف عن مصطلح العزل المعروف في نطاق القانون الإداري كعقوبة إنضباطية توجه للموظف، فهو مصطلح يخص الموظفين أكثر مما ينصرف إلى الرؤساء والوزراء لكن هناك من يعرفه من الناحية الدستورية بأنه الجزء الذي يؤدي إلى إنهاء الوظيفة السياسية للرئيس أو العضو الوزاري نتيجة إدانته بجريمة جزائية، أما بشأن الاستقالة فهي عمل إرادي يتقدم به الرئيس أو العضو الوزاري إلى الجهة المختصة التي يحددها الدستور، يطلب فيه إنهاء عمله الوزاري بصفة نهائية، على أن يبقى القرار النهائي موقوفاً على إرادة تلك الجهة المخولة دستورياً، فالاستقالة اما تكون اختيارية أو بحكم القانون عند تحقق حالات معينة ولا يمكن ان يكون إجبارية وهذا ما يميزها عن الإقالة لأن الأصل فيها عدم وجود الأكره فهي تُقدم بإرادة حرة مختارة أما الاستقالة الاجبارية فأنها تعدم الاختيار ومن ثم الإرادة ومن ثم فهي باطلة وليس لها أي قيمة قانونية.

وعودة إلى بدء، فإن دستور ٢٠٠٥ لم ينص على انتهاء ولاية رئيس مجلس الوزراء بالاقالة وان كل ما ورد بهذا الشأن هو مسألة سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء بموجب المادة (٦١/ ثامناً/ ب) من الدستور وذلك في حالتين: الأولى بناءً على طلب يقدمه رئيس الجمهورية إلى مجلس النواب بسحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، والثانية بناءً على طلب يقدمه خمس أعضاء مجلس النواب إلى مجلس النواب وهنا لا تسحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء إلا بناءً على استجواب سابق موجه إليه إذا ثبت ما يستوجب ذلك وتكون سحب الثقة عندئذ بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، البعض يعد سحب الثقة في هذا الحالة بمثابة سبب سياسي لإقالة رئيس مجلس الوزراء، ولكن سحب الثقة في حقيقة الأمر لا تعد إقالة، بل استقالة استناداً لنص المادة (٦١/ ثامناً/ ج) من الدستور التي جاء فيها ((تعدالوزارة مستقيلة في حالة سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء)).

ويذهب البعض إلى وجود سبب جزائي لإقالة رئيس مجلس الوزراء لم ينص عليه الدستور صراحة وذلك استناداً إلى إقالة رئيس الجمهورية عند ادانته من قبل المحكمة الاتحادية العليا عند الحنث باليمين أو انتهاك الدستور أو الخيانة العظمى ويستشف ذلك ضمناً من نص المادة (٩٣/ سادساً) من الدستور التي جاء فيها ((تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: ... سادساً- الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء، وينظم ذلك بقانون))، ومع ذلك يبقى الأمر بحاجة إلى معالجة تشريعية لتحديد التهم الجزائية التي يمكن ان توجه إلى رئيس مجلس الوزراء والجهة التي تتقدم بالاتهام والجهة التي لها إقالة رئيس مجلس الوزراء بعد ادانته من المحكمة الاتحادية العليا.

أما فيما يخص إقالة أعضاء مجلس الوزراء، فإن دستور ٢٠٠٥ تولى تنظيم مسألة اقالة الوزراء في المادة (٧٨) التي جاء فيها ((رئيس مجلس الوزراء هو المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة

والقائد العام للقوات المسلحة يقوم بإدارة مجلس الوزراء ويتأسس اجتماعاته، وله الحق بإقالة الوزراء بموافقة مجلس النواب))، كما وذهبت المادة (١٦/ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠١٤ إلى إن ((الرئيس المجلس الطلب من مجلس النواب إقالة الوزير عملاً بأحكام المادة ٧٨ من الدستور)). من هذه النصوص يتضح إن إقالة أي عضو من أعضاء مجلس الوزراء (وزيراً كان أم نائباً لرئيس المجلس) يُعد عملية مشتركة بين رئيس مجلس الوزراء ومجلس النواب، بمعنى أن صلاحية رئيس مجلس الوزراء في إقالة وزرائه ليست صلاحية مطلقة، بل مقيدة بإرادة وموافقة مجلس النواب، فلا يقال أي عضو في مجلس الوزراء إلا بموافقة مجلس النواب.

وبشأن تسبب الإقالة من عدمها من قبل رئيس مجلس الوزراء فقد قدم مكتب رئيس مجلس الوزراء طلب إلى المحكمة الاتحادية العليا في ٤/٤/٢٠١٦، حول هل يجوز لمجلس النواب التصويت بقرار واحد بالموافقة على إقالة الوزير مقترناً في الوقت ذاته بالموافقة على تعيين بديل عنه بناءً على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؟ وهل يشترط بيان سبب الإقالة من عدمه؟

وقد جاء في فحوى قرار المحكمة الاتحادية العليا بأنه فيما يخص التصويت بقرار واحد وجدت من خلال استعراض نصوص الدستور الواردة في هذا المجال عدم وجود نص يحول من دون ذلك، بل إن متطلبات حسن سير العمل وتنفيذاً للسياسة العامة من قبل مجلس الوزراء تتطلب ذلك، وعن تسبب قرار الإقالة من عدمه وجدت المحكمة بأن المادة (٧٨) من الدستور خولت رئيس مجلس الوزراء إقالة الوزير بموافقة مجلس النواب والنص جاء مطلقاً إذ لم يشترط على الرئيس ذكر أسباب الإقالة من عدمها باعتبار أن رئيس مجلس الوزراء المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة.

ويذهب البعض إلى إمكانية إقالة أعضاء مجلس الوزراء لسبب جزائي كما هو الحال بالنسبة لرئيس الجمهورية وذلك استناداً لنص المادة (٩٣/سادساً) من الدستور الأنفة الذكر، ومع ذلك يبقى الأمر بحاجة إلى معالجة تشريعية لبيان التهم وتحديد الجهة المختصة بتوجيه الاتهام والجهة التي تصدر قرار الإقالة بعد الإدانة من المحكمة الاتحادية العليا.

ولابد من الإشارة في هذا الصدد إلى وجود مشروع قانون يخص الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ونوابه ورئيس مجلس الوزراء ونوابه ولا يزال قيد التدقيق والدراسة في مجلس الوزراء.

إقالة الوزراء

(قراءة نقدية للقرار التفسيري الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا

بالرقم ٢٥ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٦ / ٤ / ٥ في ٢٠١٦ / ٤ / ٥

م.م وائل منذر

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

تقدم مكتب رئيس مجلس الوزراء بكتابه المرقم (٤٥٦٢ في ٤/٤/٢٠١٦) بطلب بيان مدى امكانية قيام مجلس النواب بالتصويت على اقالة الوزراء بقرار واحد يصدر عنه مع اقترانه في الوقت ذاته بالموافقة على تعيين بديلاً عن الوزير او الوزراء المقالين بناءً على اقتراح رئيس مجلس الوزراء، وكذلك فيما اذا كان يشترط بيان سبب الاقالة من عدمه. وقد تقدم بهذا الطلب بعد ان طرح رئيس مجلس الوزراء فكرة تشكيل حكومة تكنوقراط كحل للازمة السياسية الحالية وسعيًا منه لاصلاح الوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي في البلاد، وقد اصدرت المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ٥/٤/٢٠١٦ قراراً تفسيرياً بهذا الخصوص حمل العدد (٢٥ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٦)، بينت فيه ما يلي :-

١. ان المادة (٧٨) من الدستور خولت رئيس مجلس الوزراء الحق في اقالة وزراءه بموافقة مجلس النواب، وحيث ان النص جاء مطلقاً في ممارسة هذا الحق دون اشتراط ذكر اسباب لذلك، باعتبار ان رئيس مجلس الوزراء بموجب المادة ذاتها هو المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة.

٢. بخصوص جواز الاقالة والموافقة على تعيين البديل بقرار واحد فان المحكمة لم تجد عند استعراضها نصوص الدستور الواردة في هذا المجال نصاً يمنع ذلك، لا بل انها بينت ان من حسن سير العمل في مجلس الوزراء ان يكون قرار المجلس بالاقالة مقترناً بتعيين الوزير البديل.

ان الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ قد اعطى للمحكمة الاتحادية العليا اختصاص تفسير بنوده بموجب احكام المادة (٩٣/ثانياً) والتي نصت على " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي :.....ثانياً تفسير نصوص الدستور....." وقد مارست المحكمة الاتحادية اختصاصها التفسيري بمجرد نفاذ الدستور باعتبارها الجهة التي تملك دون غيرها الزام جميع السلطات بالعمل في ضوء ارادة او قصد المشرع الدستوري الذي توضحه في قرارها سواء بايضاحها للنصوص او ازالة الغموض عنها او رفع التعارض وسد مواطن النقص التي قد تتخللها، في الاحوال التي يعتري فيها نصوص الدستور مثل هكذا عيوب.

ويتبين ان استفسار مكتب رئيس مجلس الوزراء تضمن شقين الاول يتعلق باقالة الوزراء وتعيين بديلاً عنهم بقرار واحد من مجلس النواب والثاني حول اشتراط الدستور لبيان سبب الاقالة من عدمه، وحيث ان الشق الثاني هو الاقرب زمانياً عند التطبيق فقد اجابت عليه المحكمة اولاً بتقريرها عدم الحاجة لبيان اسباب

الاقالة استناداً لعدم وجود قيد في المادة (٧٨) من الدستور، مما يعني انها مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه، وكذلك ان موقع رئيس مجلس الوزراء باعتباره المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة تعطيه دون غيره هذا الحق. وهنا نحتاج الى وقفة فيما يتعلق بطلب الاقالة.

المسألة الاولى / مدى الحاجة الى بيان اسباب الاقالة في طلب رئيس مجلس الوزراء؟

تعتبر بريطانيا هي مهد النظام البرلماني التقليدي ونجد ان رئيس الوزراء هناك باعتباره رئيساً لحزب الاغلبية البرلمانية يملك اقالة الوزراء دون بيان اسباب او الرجوع الى احد، ومرجع ذلك هو المركز القانوني لرئيس الوزراء حيث انه المعبر عن ارادة الاغلبية البرلمانية داخل مجلس العموم وكذلك الطبيعة الثنائية للنظام الحزبي هناك والتي تجعل المجلس منقسم الى اغلبية ومعارضة تتمتعان بانضباط حزبي صارم عند التصويت، هذه الاسباب ادت الى ان العرف الدستوري في بريطانيا لا يتطلب تقديم اسباب للاقالة حيث ان رئيس الوزراء هناك قد يستخدم الاقالة احياناً كوسيلة لمعاقبة الوزير غير المنضبط حزبياً، مثل هكذا نتائج لا تثير الاستغراب في النظام البريطاني لاسباب انفة الذكر، والسؤال هنا هل يمكن تطبيق ذات القواعد في العراق بالرجوع الى نصوص الدستور او النظام الداخلي لمجلس الوزراء او النواب؟.

١. ان الحكومة في العراق هي حكومة ائتلافية فالاغلبية المشكلة للحكومة تضم عدد كبير من الاحزاب الصغيرة نسبياً ارتضت برنامجاً وزارياً واسماء معينة لادارة الحكومة وعليه لا سلطة حزبية لرئيس مجلس الوزراء على اغلب اعضاء الكابينة الوزارية كما هو الحال في بريطانيا.

٢. لو رجعنا الى النظام الداخلي لمجلس الوزراء لوجدناه قد اورد في المادة (١٦/ثانياً) ان لرئيس مجلس الوزراء طلب اقالة الوزير عملاً باحكام المادة (٧٨) من الدستور، وهذا النص فسر بعد الجهد الماء بالماء حيث من المفترض ان النظام الداخلي يصدر لوضع تفصيلات واليات لا يمكن ايرادها في الدستور لكن النظام هنا احالنا مرة اخرى الى الدستور، وهذا يلاحظ بكثرة في العديد من الانظمة والتعليمات التي تصدر لتسهيل تنفيذ القوانين حيث انها تعيد نفس مواد القانون دون بيان المراد منها مما يشكل احد العيوب التشريعية التي تعاني منها منظومتنا القانونية.

٣. ان المحكمة الاتحادية العليا اقرت اطلاق النص كونه خلا من الاشارة الى الزام رئيس الوزراء ببيان سبب الاقالة واعتبرت سكوت الدستور عن ذلك قرينة على عدم رغبته في الزام رئيس المجلس بتقديم اسباب عند طلب الاقالة. وهنا نقول

أ. ان الاقالة في نطاق القانون العام تعني اجبار الشخص على ترك المنصب او المهمة الموكلة اليه دون رغبة منه، فهي تحمل في طياتها اشارات للفشل او الاخفاق بالنسبة للوزير الذي عهدت اليه مهام الوزارة.

ب. ان اصل تشكيل الحكومة واختيار الوزراء يقوم على اساس البرنامج الحكومي الذي يقمه رئيس مجلس الوزراء وما يقدمه كل وزير من سيرة ذاتية ووظيفية تؤهله لتولي المنصب مع رؤيته الخاصة لكيفية اداء الوزارة للمهام الملقاة عليها ويتم تصويت مجلس النواب على الاستيزار على هذا الاساس، فنحن امام مايشبه العقد السياسي بين الوزير وممثلي الشعب، يترتب على مخالفته لجوء مجلس النواب الى سحب الثقة عن الوزير واجباره على الاستقالة.

ج. ان المنطق في حال رجوع رئيس الوزراء عن ترشيحه للوزير يتطلب بدهاة بيان الاسباب الدافعة لذلك ففشل الوزير في اداء مهامه قد يثير المسؤولية السياسية والتي يمكن اعمالها من خلال سحب الثقة عنه واجباره على الاستقالة طبقا للمادة (٦١/ سابعاً وثامناً) من الدستور. كما قد تكون هناك مسؤولية جنائية تجاهه ينبغي تحريكها بحقه لا ان يتم طلب اقالته فقط.

د. ان المحكمة ذهبت في اسناد وتأييد رأيها الى كون المادة (٧٨) من الدستور نصت على ان ".... رئيس الوزراء هو المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة...". وهذا من حيث النص لاختلاف عليه. ولكن كان على المحكمة عند تفسيرها للمادة ان لاتتغاضى عن احكام اخرى اوردها الدستور فمواده لاتفسر بمعزل عن بعضها البعض فمن اساليب التفسير الواجبة الاتباع اسلوب تقريب النصوص وهو يتضمن وضع النصوص التي تتناول موضوع معين مع بعضها البعض للوصول الى ارادة المشرع، فلو رجعنا الى المادة (٨٠/ اولاً) لوجدناها تنص على ان " يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الأتية : اولاً تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة.... والاشراف على الوزارات...". وهذا النص لو جمعناه مع المادة (٧٨) من الدستور لتوصلنا الى نتيجة مفادها ان رئيس مجلس الوزراء هو المسؤول التنفيذي المباشر عن ما يخططه المجلس اي ان وضع السياسة العامة للدولة يتم من خلال مجلس الوزراء لا رئيسه، فالمجلس هو من يعهد اليه تخطيط هذه السياسة والاتفاق عليها ثم العمل على تنفيذها وما رئيسته الا المسؤول المباشر عن تنفيذ ما تم الاتفاق عليه داخل المجلس مع الوزراء الذين سيشاركون في التنفيذ هنا رئيس المجلس يكاد يكون الاول بين متساويين ولا يتقدم على الوزراء الا في خطوة.

وهنا نتساءل هل اتجه مجلس الوزراء الى الاتفاق على اقالة بعض او كل وزراءه ؟. الجواب كلا، اذن رئيس مجلس الوزراء لا يملك الانفراد بالاقالة دون يان الاسباب على اساس كونه الرئيس التنفيذي المباشر للسياسة العامة كما قالت المحكمة الاتحادية العليا حيث انها لم تصب في اسنادها هذا الحق الى رئيس الوزراء على اساس الشق الاول من المادة (٧٨).

هـ . كان على المحكمة ان ترجع في بيان حدود حق الاقالة الى مجمل مواد الدستور التي قامت على اساس الديمقراطية لا التفرد فاقالة رئيس الجمهورية او سحب الثقة عن الوزراء لا تتم الا لاسباب وردت في الدستور بالنسبة للرئيس او بناء على استجواب للوزراء وكذلك تقتضي القواعد القانون العامة بيان الدوافع وراء طلب اقالة الشخص من منصبه حتى يكون تصويت اعضاء مجلس النواب مبني على اساس قناعة لا مجرد تنفيذ لرغبة رئيس مجلس الوزراء .

و . كان بإمكان المحكمة بالاضافة الى ما سبق ان تطبق نظرية الاشكال المتماثلة التي تقتضي تطبيق ذات شروط الموافقة على تولي المنصب على حالة الاقالة لعدم ورود نص يفصل احكامها فكما يتطلب الاستيزار بيان مؤهلات الوزير فان اقالته تتطلب بيان اسباب فشله او استبداله بالافضل . ان طلب الاقالة دون بيان سبب مع ما تحمله من مظنة الاخفاق للوزير يعد من قبيل التعسف في استعمال الحق في اقل تقدير .

المسألة الثانية / مدى امكانية اقالة الوزير واستيزار غيره بقرار واحد ؟

ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها في هذه المسألة الى عدم وجود نص دستوري يمنع اقالة وزير وتعيين آخر بقرار واحد، حيث بينت ان خلو الدستور من مادة تمنع ذلك، وهنا ايضا لا بد من وقفة قصيرة نبينها بالاتي :

- ١ . ان صدور قرار باقالة الوزير وشغور الوزارة يتطلب وجود بديل يقوم يتولي مهما الوزارة وهذا البديل ينبغي ان تتوفر فيه مواصفات ومؤهلات لاشغال المنصب مع ما يتطلبه من موافقة لمجلس النواب بالاغلبية المطلقة على توليه المنصب بعد الاطلاع على ما يؤيد اهليته له، وهذا يتطلب في البدء تحقق الشغور ثم بعد ذلك تقديم طلب باشغال المنصب يقدمه رئيس الوزراء حيث يعرض على اعضاء مجلس النواب لدراسته وهذا يتطلب وقت يطول او يقصر لا معاصرة مع قرار الاقالة .
- ٢ . ان عدم وجود نص يمنع لا يعني امكانية الاقالة والتعيين في آن واحد ذلك ان اعضاء مجلس النواب قد يقتنعون بوجوب اقالة وعدم اهلية الوزير للبقاء في منصبه، ويتحقق نصاب المطلوب للاقالة في مادة (٧٨) من الدستور وهي اغلبية اعضاء مجلس النواب، لكنهم قد لا يقتنعون بالمرشح البديل لشغل المنصب ، فكيف يعتبر اقالة وزير وتعيين اخر متحققاً بقرار واحد !؟
- ٣ . بررت المحكمة الاتحادية هذه الممارسة بانها " من متطلبات حسن سير العمل في مجلس الوزراء لتنفيذ السياسة العامة للدولة يتطلب اقتران قرار مجلس النواب باقالة الوزير بتعيين الوزير البديل " . وهذا التبرير ايضا غير مقنع كون النظام الداخلي لمجلس الوزراء تضمن في الفصل الثاني منه احكام معالجة حالات عدم تمكن الوزير من الحضور الى جلسات المجلس، وبالتالي فان الفترة التي تمتد منخلو منصب الوزير نتيجة لاقالته ودراسة ملف المرشح البديل والتصويت عليه لن تؤثر في

سير عمل مجلس الوزراء، كما وان هذا الحل لا يمكن ان يتحقق منطقياً مع ما يتطلبه المرشح الجديد من دراسة وتحقق لمؤهلاته لشغل المنصب بما لا يمكن تقييمها في ذات الوقت الذي يتم فيه التصويت على الاقالة، حيث يبقى التطبيق العملي مانعاً لتحقيق هذا التفسير، فالتصويت لابد ان يتم على مرحلتين الأولى تتضمن اقالة وزير حتى تتحقق حالة الخلو في المنصب لاجل تحقق امكانية قانونية للبدء في اجراءات شغل المنصب مرة اخرى من خلال تصويت ثاني على تولي شخص اخر له.

في ضوء الملاحظات التي تبين لنا ان المحكمة الاتحادية العليا قد اخفقت في الموازنة بين ما يتطلبه الدستور لاجل اقامة نظام ديمقراطي وبين الرغبات السياسية بان مالت في تفسيرها لاحكام الدستور بطريقة لا تؤدي الى تفسير يطور من النظام السياسي او ينضج ديناميكيته وانما عمدت الى الانكفاء بالنصوص تبسيطاً وتسطيحاً بطريقة تحوي بأنها لا تفسر الدستور الا بما يتلائم مع التوازنات السياسية، وهذا يعني ان التوازن بين الحرية والسلطة قد مال نتيجة لهذه التفسيرات الى مصلحة السلطة على حساب حقوق وحرية الافراد وتطلعاتهم نحو تطور التجربة السياسية الحالية.