

الإدارة والاعتداء على حقوق الأفراد دراسة في إمتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام الإلغاء

أ.م.د. حنان محمد القيسي
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

The principle of the rule of law has several implications, including the need to implement the ruling as a title of the truth, and its clear that implementation is done through a competent authority that shall take the necessary measures to ensure implementation. And its known that a ruling for an individual vs another is easier in implementation than those rulings issued against the administration, because of the existence of an executive ways defined by law and penalties for abstainers, while the implementation of judgments against the administration is harder, mainly because the administration appears in these conditions as the opponent and the port at the same time, making the implementation of judicial decisions entrusted to the administration alone, which means the loss of the wisdom of the judicial rulings originally.

On the other hand, the non-implementation of the court rulings issued against the administration without a valid reason constitutes a violation of res judicata, which hits at the heart of sanctity and prestige of the judiciary and sows doubt about the effectiveness and feasibility of the administrative judiciary.

The phenomenon of non-implementation of rulings is not a new problematic, it is a well-known phenomenon since ancient times, as it is not linked to a state, so that all contemporary states are complaining about them, but their importance varies from a state to another, according to the different types of means set by the legislator for the administrative to compel to the rulings issued against it.

المقدمة

الدول جميعا بلا إستثناء - على إختلاف أيديولوجياتها ونظمها السياسية - تطمح الى إيجاد توازن أفضل أو وسيلة أكثر عدالة للفصل في المنازعات بين الدولة والأفراد، والتي تدور جميعها حول حقوق الأفراد وحررياتهم، وفي سبيل ذلك تظافرت جهود الفقه والقضاء والمشرع لصياغة الوظيفة المخصصة لتحقيق العدالة الإدارية وتوفير حماية قضائية لتلك الحقوق والحرريات في مواجهة الإدارة، وقد تبلور ذلك في ضوء أخذ الكثير من الدول بنظام القضاء المزدوج، رافقه في نفس الوقت - لتحقيق هذا التوازن المنشود - أن عملت دولة القانون على إعلاء قاعدة القانون، وذلك بإخضاع جميع أعمال السلطات العامة وهيئاتها ومؤسساتها لمبدأ سيادة القانون، فالسلطان أصبح للقانون لا لهيئة سواه.

وفي ظل ذلك، فإنّ دولة القانون فرضت على الإدارة مهام ووظائف تصب في الحفاظ على النظام العام وخدمة الأفراد وإشباع حاجاتهم، ولأجل ذلك فقد وضعت تلك الإدارة تحت حماية سلطة قضائية مستقلة ترأب مدى إآترام القانون بالمعنى الواسع، الذي يتجاوز التقيد بالمجرد بالنصوص إلى إآترام مضمون القانون من حيث وجوب حمايته لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

والمبدأ المتقدم ورد إبتداء في ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ جاء " .. ولما كان تجاهل حقوق الإنسان وإزدراؤها قد أفصيا إلى أعمال أثارت بربريتها الضمير الإنساني.. ولما كان من الأساسي أنّ تتمتع حقوق الإنسان بحماية النظام القانوني إذا أريد للبشر ألا يضطروا آخر الأمر إلى اللبيا بالتمرد على الطغيان والاضطهاد.."، كما أشارت له بعض المواد في الإعلان كالمواد ٨-١٠ منه، وتولت النصوص الدستورية من ثم لتكملة القاعدة المتقدمة في ضوء النص على أنّ القضاء مستقل لا سلطان لأحد عليه إلا القانون من ناحية، وكفلت حق التقاضي لجميع الأفراد بلا إستثناء من ناحية ثانية.

ويترتب على مبدأ سيادة القانون آثار عديدة من بينها وجوب تنفيذ الحكم القضائي بإعتباره عنواناً للحقيقة، والقاعدة أنّه لا يجوز للدائن، عند رفض المدين تنفيذ الدين رضاءً، أنّ يقوم بإقتضاء هذا الدين بنفسه، لأنّ المجتمعات المتحضرة - دول القانون - لا يمكنها أنّ تسوغ للشخص اللجوء إلى إستيفاء حقه بنفسه، بل أنّها تعدّ أنّ الشخص الذي يقوم بإستيفاء حقه تحكماً وببنفسه يرتكب جرماً يعاقب عليه جزائياً. فيجب على الدائن- إداً- لأجل إستيفاء حقه بالرغم من رفض المدين، أنّ يستعين بالسلطة المختصة التي تتخذ الإجراءات اللازمة لضمان التنفيذ. ولذلك فقد قيل "تربح الدعوى مرتين، مرة أمام محاكم الموضوع، ومرة أمام دوائر التنفيذ".

وإذا أمكن القول أنّ لا صعوبة في التنفيذ إذا كان الحكم صادراً لصالح فرد في مواجهة فرد آخر أو أيّ من أشخاص القانون الخاص - لوجود طرق تنفيذية حددها القانون وعقوبات تفرض على الممتنعين - فإنّ تنفيذ الأحكام الصادرة ضد جهات الإدارة أثار من الجدل الشيء الكثير، لأسباب أهمها أنّ الإدارة تظهر في هذه الأحوال كالخصم والمنفذ، إذ لطالما ساد الإعتقاد أنّ مهمة القاضي الإداري تنتهي بمجرد النطق بالحكم الفاصل في النزاع المعروف عليه، سواء بإلغاء قرار إداري غير مشروع، أو بإقرار التعويض عن فعل ضار تسببت في إحدائه إحدى الجهات الإدارية، وأنّ تنفيذ الأحكام القضائية موكول للإدارة من دون سواها، مما يعني ضياع للحكمة من صدور الأحكام أصلاً.

من جهة أخرى إنّ عدم تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضد الإدارة من دون سبب مشروع يشكل مخالفة لحجية الشيء المقضي به، وتدميراً لكل معاني الدولة القانونية وإنتقاصاً من حقوق وحرريات الأفراد في الحصول على حماية القانون.

غير أنّ إنتشار مفهوم دولة القانون وتكريس مبدأ إستقلال القضاء نتج عنه إعادة النظر في هذه القناعة السائدة، بل وأدى ذلك إلى إقرار مسؤولية الإدارة وإلزامها بتنفيذ أحكام القضاء بإعتبارها شخصاً من أشخاص القانون ومن واجبها الإمتثال إليه في كل تصرفاتها، وإلا فما جدوى أنّ يجتهد القاضي الإداري في إيجاد الحلول الناجعة للقضايا المعروضة عليه بشكل يتلاءم وصون الحقوق والحرريات وسيادة القانون إذا كان مصير أحكامه الموت؟ ما الفائدة من الإعتراف للأفراد بكفالة حق التقاضي بموجب نص دستوري، وتمكينه من رفع الدعاوى ضد الإدارات المختلفة ثم عندما يحسم القاضي الإداري في النزاع وينصف رافع الدعوى بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، تبادر جهة الإدارة لعدم تنفيذ هذا الحكم؟ ما الجدوى من تحمل عبء رفع الدعوى ومتابعة إجراءاتها من أجل الحصول على حكم يبقى تنفيذه رهيناً بحسن نية الإدارة المنفذ ضدها؟

وإذا كان الواقع يفصح عن أنه لا قيمة للقانون من دون تنفيذ، فإنه – وبدون أدنى شك - لا قيمة لأحكام القضاء من دون تنفيذها ولا قيمة لمبدأ سيادة القانون في الدولة ما لم يقتدر بمبدأ آخر مضمونه إحترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها، فمبدأ سيادة القانون يلقي إحتراماً وتطبيقاً كلما بادرت جهة الإدارة إلى تنفيذ أحكام القضاء والتزمت بمضمون هذه الأحكام ونفذتها بمختلف جزئياتها، فالإدارة شخص من أشخاص القانون وليس لها أن تتناول عليه، أو تحاول التقليل من شأن الأحكام القضائية.

ومن ثم فإنّ عدم التنفيذ يضرب في الصميم حرمة وهيبة وقدسيّة القضاء ويزرع الشك حول فعالية وجدوى قضاء إداري يقتصر دوره على إصدار الأحكام من دون أن يتمكن الأفراد من تنفيذها، فلا ريب إن ذلك يطعن في جدية هذه المحاكم وأهمية دورها في حماية حقوق وحرريات الأفراد، وبناء دولة القانون، فمن دون تنفيذ تصير الأحكام عديمة الجدوى والفعالية ويفقد الناس ثقتهم في القضاء. ولا أصدق للدلالة على ذلك من أنه إذا كان قد قيل أنّ قوة الدولة تكمن في قوة قضائها، فإنّ قوة القضاء كمؤسسة دستورية تكمن في تنفيذ أحكامه وقراراته.

وظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام الصادرة في مواجهتها، ليست بإشكالية جديدة، بل هي ظاهرة معروفة منذ القدم، ولا أدل على ذلك من مقولة الرئيس الأمريكي الأسبق "جاكسون" ١٨٣٢ في حق القاضي "مارشال" رئيس المجلس الأعلى للولايات المتحدة "لقد أصدر مارشال حكماً فلينفذه إن استطاع". كما أنها لا ترتبط بدولة بعينها، بحيث أنّ جل الدول المعاصرة تشكو منها، إلا أنّ أهميتها تختلف من دولة إلى أخرى، باختلاف الوسائل التي يضعها المشرع رهن إشارة القضاء الإداري لإلزام الإدارة بالإذعان لما يصدر ضدها من أحكام.

لكل ما تقدم فقد آثرنا الخوض في هذا الموضوع بحثاً، فإذا كان موضوع تنفيذ قرارات الإلغاء الصادرة عن القضاء الإداري ضد الإدارة – لصالح الأفراد وحماية لحقوقهم وحررياتهم طبعاً - مكانة قانونية خاصة بحيث أصبحت تشغل بال كثير من الفقه منذ زمن طويل، لا سيما في ظل تطور القيم والمبادئ الديمقراطية في الدولة القانونية، التي تلتزم فيها الإدارة - مثلها مثل الأفراد - بتنفيذ الأحكام المكتسبة للدرجة القطعية (الباتة)، فإن للموضوع في العراق أهمية خاصة، نتيجة التحولات العديدة التي شهدتها العراق منذ ٢٠٠٣ على كافة المستويات.

من جهة أخرى فإذا كان إستحداث القضاء الإداري في العراق قد عدّ أحد الأحداث المهمة في تاريخ العراق الحديث - وبرغم أنه لم يصل الى المستوى الذي كنا نطمح من ترسيخ للمبادئ وإبتكار للقواعد القانونية في مجال العمل الإداري - إلا أنه كان ولا زال مادة دسمة للباحثين والدارسين في مجالي القانون والقضاء الإداري وحقوق الانسان، ويبقى موضوعاً ثراً يُغري الباحث على تناوله، محاولة منا لإبراز بعض الهفوات والثغرات في عمله، ورغبة في إكمال النقص الذي يعتريه. وسوف نتناول هذا الموضوع على وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول

تنفيذ الأحكام القضائية وأثره على حقوق الأفراد

لقد أسلفنا أنه لا وجود للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ المشروعية، والأخير يرتبط وبشكل حتمي بمبدأ آخر هو تقديس وإحترام الأحكام القضائية، فإذا كانت الرقابة القضائية ركن من أركان الدولة القانونية فأنها لا تتكامل إلا بوجود تنفيذ للأحكام الصادرة عن القضاء، ولعل أهمية التنفيذ مما لا يحتاج الى بيان إذا ما تذكرنا أمران في غاية الأهمية، الأول أنه لا قيمة للقانون إلا بتنفيذه، فكذا لا قيمة للأحكام القضائية إلا بتنفيذها،

والثاني أن الفرد يقف عاجزاً أمام الإدارة بآلتها العملاقة وإمكانياتها الجبارة ومن ثم لا بد له من إنصاف وحماية لحقوقه وحرياته من جورها وإعتداءها.

فاذا وجد القاضي الإداري أن الشروط الشكلية متوافرة في الدعوى المقامة على الإدارة، إنتقل لفحص مضمون القرار الإداري النهائي المطعون فيه. والأصل أن سلطة محكمة القضاء الإداري تنحصر في بحث مشروعية القرار الإداري المطعون فيه، لتحكم من ثم إما بإلغاء القرار المعيب أو تأكيد مشروعيته والحكم برد الدعوى، أي أن المحكمة لا تستطيع أن تذهب أبعد من ذلك بأن تصدر أوامر صريحة للإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل أو أن تحل نفسها محل الإدارة في إصدار قرارات إدارية جديدة تحل محل القرارات المعيبة التي طعن فيها.

وإذا كانت الأحكام الصادرة برد الدعوى لا تمثل أي مشكلة فيما يتعلق بتنفيذ الحكم، فإن الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات تثير بعض الإشكالات العملية على الرغم من أن الإلغاء في نفسه يعيد الحال الى ما كانت عليه فيصبح القرار الملغى وكأنه لم يصدر ابتداءً.^(١)

ولتفصيل الموضوع لا بد لنا أولاً من بيان أساس إلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها، والصعوبات التي تواجه الإدارة في تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها ثانياً، وذلك فيما يأتي:

المطلب الأول - الأساس القانوني لإلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية

أسلفنا أن القاضي الإداري يقف عند حدّ إصدار الحكم بالإلغاء من دون أن يتعداه الى إصدار أوامر للإدارة أو الحلول محلها، ومن ثم فإن الإختصاص بتنفيذ حكم الإلغاء يكون دائماً لجهة الإدارة من دون حاجة الى صدور أمر بذلك من القاضي،^(٢) والأصل أن الإدارة لا تخضع للوسائل الجبرية في تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها، والتنفيذ يتم على وفق حسن نيتها.

إذ من المقرر أن نطاق تنفيذ الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية يتحدد بمنطوق الحكم والأسباب الجوهرية المرتبطة بالمنطوق، وإذا كانت الأحكام القضائية لا تتضمن في الغالب بياناً كاملاً بالنتائج والآثار القانونية المرتبطة بتنفيذ الحكم فإن حسن النية يوجب على جهة الإدارة عند التنفيذ أن يكون تنفيذها للحكم قائماً على أعمال مقتضاه وليس تنفيذه شكلياً.

وإذا كانت الإدارة تبادر الى تنفيذ بعضاً من تلك الأحكام فأنها قد تمتنع عن تنفيذ بعضها الآخر، لذا كان لا بد من البحث في الأساس القانوني لإلزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة في مواجهتها، وقد تعددت تلك الآراء والأسس وسوف نتناول بعضاً من أهم الاتجاهات الفقهية، فيما يأتي:

١ - ولا بد من القول ان الصلة بين الحكم القضائي والتنفيذ ليست صلة تتابع بالضرورة، وان كانت كذلك في معظم الاحيان، فالتنفيذ يبدأ بعد الحكم، الا انه ليس كل الأحكام يعقبها تنفيذ، بل ان التنفيذ يشمل الأحكام الإلزامية دون الأحكام التقريرية او المنشئة. والأحكام التقريرية هي الأحكام التي تقضي بوجود او عدم وجود الحق او المركز القانوني او الرابطة القانونية، دون إلزام المحكوم ضده باداء معين او باحداث تغيير في هذه المراكز، في حين ان الأحكام المنشئة تقضي باستحداث او تعديل او انهاء مركز قانوني موضوعي. لمزيد من التفاصيل راجع حمدي ياسين عكاشة - الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة - ط١- منشأة المعارف - ١٩٩٧ - ص ٢٠٢/٢٠٣

٢ - وقد استقر القضاء الإداري المصري على ذلك ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية جاء " ان مهمة القاضي الإداري تقف عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع، اما تنفيذ مقتضى هذا الإلغاء فانه مما تختص به الجهة الإدارية بموجب القرار الذي يصدر منها مراعية فيه التنفيذ الكامل للحكم الصادر في هذا الشأن" - الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ١٦ق - ١٩٧٤/٢/٢٤ - اشار له حمدي ياسين عكاشة - المصدر السابق - ص ٣٢٧.

أولاً – أساس إلتزام الإدارة بالتنفيذ هو القانون:

لعل أول الأسس التي قيل بها هو أن أساس إلتزام الإدارة بالتنفيذ القانون الذي يحوز قرينة قانونية قاطعة على صحة ما قضى به ولها قوة القانون.^(١) ومن ثم على الجهات المنوط بها التنفيذ الإلتزام بتنفيذ الحكم تنفيذاً تاماً وصحيحاً إحتراماً للقانون الذي ما أنزل الحكم إلا على أساسه، ولذلك يصبح أي إمتناع عن الإلتزام بالتنفيذ هو مخالفة قانونية صريحة تستوجب مواجهة الإدارة بها على أساس مخالفة القانون،^(٢) بل أن هذا الإمتناع يطعن بجوهر الدولة القانونية، وبالذات مبدأ الفصل بين السلطات، باعتباره أحد أركانها.

فأي إنكار للأحكام القضائية وإستخفاف بها يعني القضاء على مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن وظيفة كل من سلطات الدولة – تشريعية وقضائية وتنفيذية – إنما تؤدي طبقاً للقاعدة القانونية الموضوعية، وإن إستخدام كل منها لإمتيازاتها والقيام بمهامها إنما يقوم أساساً على الإختصاص الوظيفي الذي يعني تحديد مهمة هذه السلطة في حدود وظائفها، وهذا يعني أن هيئات الدولة القانونية الثلاث وإن كانت كل منها محددة بإختصاصاتها الوظيفية إلا أنه لا يجوز لأي منها الإخلال بإحترام السلطات الأخرى.^(٣)

ومن ثم فكما يتوجب على القاضي إحترام مبدأ الفصل بين السلطات فيحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع من دون أن يحل محل الإدارة وإصدار قرار آخر مشروع بدلاً منه، كذلك يجب على الإدارة وإحتراماً لنفس المبدأ (الفصل بين السلطات) أن تحترم السلطة التشريعية وتلتزم بأحكام القوانين الصادرة عنها فيما تصدر من قرارات وأن تحترم أحكام القضاء إذا ما تناولت قراراتها غير المشروعة (المخالفة للقانون) بالإلغاء.

فتنفيذ حكم الإلغاء من قبل الإدارة تنفيذاً تاماً وترتيب كافة الآثار المترتبة عليه لا يعني إخضاع السلطة التنفيذية للسلطة القضائية، بل خضوعها للقانون نفسه، أي أن الأخير هو مصدر إلتزام الإدارة بالتنفيذ، فالحكم الذي يصدره القاضي إنما يعبر عن حكم القانون بصدد القضية المعروضة عليه، وهذا لا يعني أنه على الإدارة أن تتجرد من حقها في إستخدام إمتيازاتها في تحقيق الصالح العام وإنكار حق التقدير في التصرف طبقاً لما يوافق عليه القانون وما منحه لها.^(٤)

ثانياً – أساس إلتزام الإدارة بالتنفيذ هو حجية الشيء المقضي به:

وهب القانون لأحكام القضاء قوة أطلق عليها تسمية حجية الشيء المقضي به، ويكتسب الحكم بالإلغاء حجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره، وهذه الحجية تنطوي على قوة إلزامية، أي أنها تفرض واجب الخضوع للحكم، وباستنفاد الحكم طرق الطعن العادية يكتسب قوته التنفيذية. وفي ذلك تنص المادة (٧/ ثامناً- ج) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل "يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار المحكمة الإدارية العليا الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً".

وحجية الشيء المقضي به – باعتبارها قوة قانونية وأصل من أصول القانون – التي تتمتع بها أحكام الإلغاء هي أساس إلتزام الإدارة بتنفيذها، أي لا بد على الإدارة إحترام هذه الحجية في ضوء إلتزامها بتنفيذ آثار الحكم، أي إتخاذها (الإدارة) كافة الخطوات الإيجابية التي يستلزمها الحكم بالإلغاء.^(٥)

١ - حسين ابو زيد - الحكم بالإلغاء - حجيته واثاره وتنفيذه - ص ١٦٥.

٢ - اسراء محمد حسن - حجية حكم الإلغاء وعدم إلتزام الإدارة بتنفيذه - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٦ - ص ٥٠.

٣ - عادل السيد فهمي - القوة التنفيذية للقرار الإداري - الدار القومية للطباعة والنشر - القاهرة - بدون سنة طبع - ص ١٩٨.

٤ - د. مصطفى ابو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة - ط ٣ - ١٩٦٦ - ص ١٢١.

٥ - د. سليمان محمد الطماوي - قضاء الإلغاء - ك ١ - ط ٥ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ - ص ١٠٣٩.

ويرى البعض^(١) أن حجبية الشيء المقضي به تفرض على الإدارة نوعان من الإلتزامات، الأول واجب إيجابي يُلقى عليها إلتزاماً بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي، وذلك بإزالة كافة الآثار القانونية والمادية التي ترتبت في ظلّه بأثر رجعي، كما يلزمها بهدم كافة القرارات والأعمال القانونية التي إستندت في صدورها إلى القرار الملغي، فالحكم الصادر بإلغاء قرار الفصل أو إنهاء الخدمة لا يترتب عليه بذاته عودة الموظف الى عمله وإنما يتعين على الإدارة أن تتخذ القرارات التي تعيد بها الموظف الى عمله وترتب له آثار حكم الإلغاء. والثاني واجب سلبي يتمثل في إلتزام الإدارة بعدم إنتهاكها قوة الشيء المقضي به، فعليها أن تمتنع عن تنفيذ القرار الملغي وتمتنع أيضاً عن الإستمرار في تنفيذه إن بدأت به، كما يفرض هذا الواجب على الإدارة أن لا تعيد إصدار القرار الملغي في ضوء إصدارها قراراً جديداً تمنح فيه الحياة للقرار الملغي بصورة غير مباشرة.

في حين يرى البعض الآخر من الفقه^(٢) أن لفكرة حجبية الشيء المقضي به وجهان، الأول شكلي يتمثل في الحاجز الإجرائي الذي يحول بين الخصوم والطعن في القرار من جديد لأن الحكم نهائي ولا يجوز مناقشة الموضوع مجدداً، والثاني مادي يتمثل في ضرورة تنفيذ الأحكام، سواء أتم هذا التنفيذ طوعاً أم كرهاً، فالإلتزام بالتنفيذ هو المظهر المادي الفعّال فيما يخص حجبية الشيء المقضي به.

ولا يجوز للإدارة أن تتخلص من آثار الحكم القضائي الصادر ضد أحد قراراتها بأية وسيلة، لأن الحكم القضائي يمثل تصويب لتصرفات الإدارة، ولا يجوز أن يُفرغ مبدأ حجبية الشيء المقضي به من محتواه لعدم وجود وسائل إجبار للإدارة، كما ليس للأخيرة أن تختفي وراء المصلحة العامة حتى تتلافى آثار حكم الإلغاء لأن كل ذلك سيكون أعمالاً غير مشروعة، فالكثير من الشراح ينظرون إلى حجبية الشيء المقضي به ليس على أساس إنها أثر إجرائي فحسب، بل أهميتها تكمن في الأثر المادي المتمثل بإلزام المحكوم عليه بتنفيذ الأحكام الصادرة ضده، فالقاضي إذ يفصل في مسألة قانونية موضوعها القرار الإداري يبحث مدى مشروعيته ويقرر بحكم له قوة الحقيقة القانونية أن القرار المطعون فيه مخالف للقواعد القانونية^(٣).

وحكم الإلغاء يُعد حجة على الكافة ويسري في مواجعتهم سواء أكانوا أطرافاً في الدعوى أم لم يكونوا، وتُعد الحجبية المطلقة المقررة للأحكام الصادرة بالإلغاء إستثناء من القاعدة العامة المقررة لجميع الأحكام القضائية وهي نسبية حجتها، أي اقتصار آثار الحكم على أطراف الدعوى من دون سواهم، والعلة في ذلك ترجع إلى إنتماء دعوى الإلغاء إلى طائفة القضاء الموضوعي أو العيني، إذ تُخاصم دعوى الإلغاء في إطارها القرار الإداري، فالإلغاء يعني تصحيح اللامشروعية التي وصم بها القرار ومن المنطقي أن يسري هذا التصحيح في مواجهة الكافة.

ثالثاً- أساس الإلتزام بالتنفيذ هو القوة الملزمة للحكم :

إذا كان الأصل أن القاضي لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة نتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات – كما أسلفنا – إلا أن ذلك لا يعني أن الأحكام القضائية لا إلزام لها، بل إن القوة الملزمة للأحكام القضائية نتيجة منطقية لأعمال المبدأ المذكور، فالسلطة القضائية تقف على قدم المساواة مع كل من السلطة التشريعية والتنفيذية، وإذا كانت السلطة التشريعية – برغم إلزام كل ما تضعه من تشريعات – لا تملك وسائل الإكراه والجبر، فأن من غير المنطق منح صفة الإلزام لأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية وإنكارها عن السلطة القضائية.

١ - د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دهوك، مطبعة جامعة دهوك، ٢٠١٠، ص ٢٧٢ وما بعدها

٢ - عادل السيد فهميم – المصدر السابق - ص ٥٤

٣ - د. محمود حلمي : القضاء الإداري – ط٢ – دار الفكر العربي – القاهرة - ١٩٧٧ - ص ٤٧٩.

ويراد بالقوة الملزمة للحكم إلزام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الصادر ضده، أيا ما كانت صفة المحكوم عليه فرداً كان أم سلطة عامة، وهي مرتبة لا يصل إليها الحكم إلا إذا أصبح نهائياً، أي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن الإعتيادية سواء بسبب إستنفاد تلك الطرق أم بسبب إنقضاء المواعيد المقررة لإجرائها.^(١)

ويرى البعض إن القوة الملزمة لحكم الإلغاء - التي تُلزم الإدارة بالتنفيذ - تظهر في ضرورة مطابقة المراكز القانونية مع ما تضمنه الحكم، وتنعكس القوة الملزمة كأثر إيجابي لحجية الشيء المقضي به،^(٢) وبذلك تُترجم القوة القانونية في الحكم إلى قوة إلزامية ينبغي طبقاً لها تنفيذ الحكم والإمتناع عن القيام بأي إجراء يتعارض معه.

ولما كان حكم الإلغاء صادر على أساس القانون وما يقضي به يتطابق مع ما يقتضيه القانون فمن هنا يصدر الإلزام المستمد من قوة القانون، وهذه الصفة لا تنشأ من تدخل القاضي بحكمه وإنما هي سابقة عليه ويقتصر تدخل القاضي على مجرد تأكيدها، والمنازعة بشأنها تعني عدم إستقرار المركز القانوني وحكم الإلغاء هو الذي يؤكد قوتها ويظهرها.^(٣)

ونعتقد أنه من غير الممكن الإعتماد - لبيان سبب إلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها - على أساس لوحد من الأسس السالفة، فإذا كانت الأحكام النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به - كما أسلفنا - هي عنوان للحقيقة، وهي ليست مجرد توصيات أو آراء إستشارية، بل أعمال لها حجية وقوة تنفيذية تستمدها من روح القانون ومما تقتضيه مبادئ العدل والإنصاف، فإن ذلك يمثل الأساس الشكلي للإلتزام الإدارة، أما الأساس الموضوعي لضرورة إمتثال الإدارة للأحكام القضائية فإنه يجد سنده في القانون. بمعنى آخر إن القانون وإحترام أحكام القضاء وإحترام حجية الأمر المقضي به الذي تتمتع به الأحكام تقف جميعاً خلف إلتزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة في مواجهتها، ولا ريب أن في تعدد أسس الإلتزام محاولة حقيقية لإخضاع الإدارة للقانون في سبيل الحفاظ على ما للأفراد من حقوق في مواجهتها.^(٤)

وليس يكفي لتحقيق تلك الغاية - الحفاظ على حقوق الأفراد وحررياتهم - أن تصدر جهة الإدارة قرارها بتنفيذ الحكم حتى يُقال أنها نفذته بل يجب أن يلي ذلك وضع قرارها موضع التنفيذ الفعلي بما يتطلبه الأمر من أعمال لمضمون القرار، ومضمون القرار الإداري بتنفيذ حكم صادر بالإلغاء هو تطبيق نتائج الحكم القانونية والمادية على القرار الملغي وإعادة بناء مركز المحكوم له في ضوء إزالة القرار المحكوم بالغائه إزالة مادية ومحو جميع الأعمال التنفيذية وكأن القرار الملغى لم يصدر قط.^(٥)

المطلب الثاني - صور الإمتناع عن التنفيذ والصعوبات التي تواجه الإدارة في التنفيذ

إذا كان الإمتناع عن تنفيذ الأحكام يمثل إعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم، فإن هذا الإعتداء يأخذ أشكالاً وصوراً شتى، كما أن الإمتناع قد لا يكون عمدياً من جهة الإدارة لكن تواجهها بعضاً من الصعوبات

١ - سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء - دعاوى الإلغاء- كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية-١٩٩١- ص ٣٩٤.

٢ - د. عبد المنعم جيرة - اثار حكم الإلغاء- أطروحة دكتوراه - القاهرة - ١٩٧٧- ص ٣١

٣ - د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر العربي - ط ٤ - ١٩٧٦ - ص ٤٦٣

٤ - وندعم رأينا السالف بحكم محكمة القضاء الإداري المصرية جاء فيه " وإذا كانت الإدارة ملتزمة بحصر تنفيذ حكم الإلغاء في نطاقه الطبيعي فإن واجبها في تنفيذ الحكم لا يقتصر أيضاً على مجرد الجانب السلبي باعتبار القرار الملغى معدوماً بل يتعين عليها قانوناً ان تتخذ جميع الإجراءات الإيجابية التي يستلزمها ذلك. وإذا كان مجلس الدولة لا يستطيع إصدار اوامر للإدارة الا ان القانون وحجية الشيء المقضي به يفرضان على الإدارة الإلتزام باتخاذ كافة الخطوات الضرورية التي يستلزمها الحكم بالإلغاء" - محكمة القضاء الإداري - جلسة ١٩٥٣/٣/٢٧ - س ٦ - اشار له حمدي ياسين عكاشة - المصدر السابق - ص ٣٣٢.

٥ - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية - الدعوى ١٦٥٥ - س ١٧ - جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠ - اشار له حمدي ياسين عكاشة - المصدر السابق - ص ٣٣٣.

التي تجعلها غير قادرة على التنفيذ، ومن ثم لا يمثل إمتناعها عن التنفيذ إعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم، لذا إستوجب الحديث في هذا الموضوع بيان مسألتين هما، صور الإمتناع عن التنفيذ أولاً، والإشكاليات والصعوبات التي تواجه الإدارة في تنفيذ هذه الأحكام ثانياً، وكما يأتي بيانه:

الفرع الاول: صور الإمتناع عن التنفيذ:

إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها من بين المشكلات العديدة التي تواجه القضاء الإداري اليوم، لا بل أنها تُعد صورة من صور تمرد الإدارة على الرقابة، فهي لا تمثل إعتداء على حق للمحكوم له وحسب، بل أنها مخالفة سافرة لحكم القانون، وتتعدد صور الإمتناع عن تنفيذ الأحكام، ويمكن تصنيف هذه الصور الى:

أ- إمتناع جهة الإدارة الصريح عن تنفيذ الحكم القضائي: وتعني هذه الصورة من صور الإمتناع عن التنفيذ أن تتجاهل الإدارة تجاهلاً تاماً الحكم القضائي الصادر بالإلغاء وما يتضمنه من إلتزامات. ومن ثم تعتدي الإدارة على حق الفرد المحكوم له في ضوء عدم تمكينه من حقه الذي كفله له الحكم القضائي البات.

وهذه الصورة تمثل ظاهرة فجأة لأنها تحوي في طياتها وثنائها إنتهاكاً صارخاً للأحكام القضائية وإستهانة بما لها من إحترام وقديسية من جهة، وتهوي بحق التقاضي - وهو حق دستوري- إلى العدم وكأن لا فائدة من القضاء ولا أثر لقراراته من جهة ثانية، فضلاً عن إعتدائها على حق صريح - إلتزم القانون بحمايته - للأفراد.

وهو أسلوب خطير يؤدي الى المسؤولية الجنائية للموظف الممتنع عن التنفيذ، ما لم تُثبت الإدارة أن من شأن هذا التنفيذ أن يحدث فوراً إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تجنبه كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام، فيُرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها، وأن يُعوض صاحب الشأن إن كان لذلك وجه^(١).

كل ما تقدم مع التذكير بأن من واجب الدولة إحترام قوة الشيء المقضي به للأحكام لأن ذلك يُشيع الطمأنينة بين الناس ويؤدي إلى إستقرار المراكز والأوضاع القانونية وإحاطتها بسياج متين من الحماية. إذ لا يجوز أن تنتصل الإدارة من تنفيذ الأحكام لأي سبب وبأي صورة كانت، فالكل يجب أن يخضع لمبدأ سيادة حكم القانون، الذي يعني إحترام القانون والإلتزام بما يصدره القضاء من أحكام، فتلك تمثل مصلحة عليا للجماعة وما من مصلحة أخرى تعلوها.

ب- تنفيذ جهة الإدارة للحكم القضائي على نحو غير كاف: وهو ما يطلق عليه التنفيذ الناقص للحكم أو إساءة التنفيذ، وفي هذه الصورة تتجاهل الإدارة جزء من الحكم القضائي وتنفذ الجزء الآخر، أي أن تقوم بالتنفيذ بشكل صوري أو بشكل منقوص من دون مراعاة منطوق الحكم والإلتزامات التي تفرض على الإدارة بموجبه.

وإذا كانت للإدارة سلطة تقديرية في مباشرة البعض من تصرفاتها، في الأحوال التي يترك فيها المشرع للإدارة التصرف دونما تقييد بدواعي تحقيق المصلحة العامة والكفاءة والسرعة في العمل الإداري، على ألا يتعرض ذلك لحقوق الأفراد وحررياتهم، وإذا ما حصل مثل ذلك التعرض والإعتداء جاز للأفراد اللجوء للقضاء لإقتضاء حقهم، إلا أن إمتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم بشكل

١ - حكم الإدارية العليا في ١٩٨٦/١/٢٥ اشار له د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - ط١ - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص٨٥٦

كامل وتنفيذه جزئياً يهوي بفكرة السلطة التقديرية ويحولها الى سلطة إنتقائية كيفية، فتنفذ الإدارة الجزء الذي تريد وتترك الجزء الآخر من الحكم القضائي. مثل إلغاء قرار فصل الموظف، إذ تقوم عندها الإدارة بإعادة الموظف إلى وظيفته الأولى أو تعيده إلى نفس الوظيفة مع حجب الترقيات التي كان يستحقها لو لم يصدر قرار الفصل. ومثل هذه الأحوال تشكل بلا ريب إعتداء على حق الفرد في التنفيذ الكامل لحكم القضاء الصادر لمصلحته أياً ما كان خصمه.

ج- تراخي جهة الإدارة في تنفيذ الحكم القضائي: وفي هذه الصورة تتراخي الإدارة وتماطل في تنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها، بمعنى أنها ستنفذ الحكم في خاتمة المطاف إلا أنها تسعى لكسب بعض الوقت في ضوء التراخي بالتنفيذ. ويعد مسلك الإدارة هذا من أخطر ما تلجأ إليه من وسائل لعرقلة تنفيذ الأحكام القضائية، لأنها لا تفصح عن نيتها في عدم التنفيذ الذي لا يروق لها ولا ترضى عنه بنحو صريح، بل تسلك طريقاً آخر هو المماطلة لتحقيق أهدافها في تعطيل تنفيذ الأحكام أو تأخيرها. وبذلك تتبع السلطة التنفيذية سلوكاً غير سوي في التعامل مع السلطة القضائية بإهدار الفائدة المرجوة من صدور الحكم.^(١)

وهي صورة تمثل بدورها إعتداء على حق المحكوم له، من دون وجود غاية تبرر هذه المماطلة من جهة الإدارة، خاضة إن كانت ستنفذ الحكم في مطلق الأحوال، وتراخي الإدارة في التنفيذ يحتمل أحد أمرين، إما أن تكون الإدارة حسنة النية وتحاول فعلاً بلوغ الهدف من تنفيذ الحكم إلا أن هناك صعوبات تعترض طريق التنفيذ، كأن يكون التخصيص المالي غير متوفر، أو يقتضي التنفيذ إجراء مكاتبات أو مخاطبات مع دوائر أخرى، أو أن تكون الإدارة سيئة النية تتعمد التأخير في التنفيذ لتفوت على المحكوم له بعض المزايا التي يحققها له حكم الإلغاء، كأن تقيم الدعوى المتعلقة بالتنفيذ أمام جهة غير مختصة بالنظر في مثل هكذا منازعات، مما يشكّل خروجاً سافراً عن قاعدة أن قاضي الأصل هو نفسه قاضي الفرع، وذلك في ضوء أن الإشكال في تنفيذ حكم هو بمنزلة فرع من الأصل.^(٢) والمظهر الثاني عملي واقعي يتمثل في عدم امكان قيام القاضي الإداري الحلول محل الإدارة لإصدار قرار بديل، ومن ثم يصبح للحكم الصادر عن القضاء دور تنفيذي من دون حاجة لتدخل الإدارة.

وفي الإحتمالين سألني الذكر يرجع للقاضي التثبت من أسباب هذا التأخير للبحث في مدى التقصير المنسوب لجهة الإدارة وإمكان قيام مسؤوليتها على أساسه، ومن ثم يكون أمامنا فرضيتين، إما أن يقرر القاضي عدم مسؤولية الإدارة لعدم وجود تراخي من قبلها في التنفيذ، لأنها – أي الإدارة – تبذل جهودها في تنفيذ الحكم، أو أن يقرر القاضي العكس فيقضي بمسؤولية الإدارة، فتكون مسؤولة عن تعويض الأضرار التي أصابت المحكوم له جراء المماطلة والمراوغة في التنفيذ.

١ - فاروق الكيلاني - إستقلال القضاء - ط٢- المركز العربي للمطبوعات - ١٩٩٩ - ص ٢٣٤.

٢ - الاصل ان المحكمة التي اصدرت الحكم هي المحكمة التي تختص بما قد يقام من اشكالات في تنفيذه، وهو الامر الذي استقر عليه قضاء مطرد لمحاكم القضاء الإداري، وتوجه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، تأكيداً للإختصاص الذي حرص الدستور المصري على تقريره لمجلس الدولة دون غيره بنظر المنازعات الإدارية ومايتفرع منها او يتصل بها، د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - المصدر السابق - ص ٨٦١

ولهذا إتجه القضاء في مصر إلى أن إمتناع الجهات الإدارية عن تنفيذ الأحكام القضائية في وقت مناسب، أو تعمدتها تأخير التنفيذ يعد قراراً إدارياً سلبياً مخالفاً للقانون، يمنح أصحاب الشأن الحق في التعويض عما يلحقهم من أضرار.^(١)

د- إعادة إصدار القرار الملغى: وفي هذه الصورة من صور إمتناع الإدارة عن التنفيذ، لا تمارس الإدارة أي عمل يتعلق بالتنفيذ كالإمتناع الصريح أو التنفيذ الجزئي أو التراخي بالتنفيذ، بل تقوم جهة الإدارة بالإحتيال على الحكم القضائي في ضوء إصدار قرار جديد بنفس موضوع القرار الذي كان محلاً للإلغاء بموجب الحكم القضائي، وذلك تحت ذرائع مختلفة مثل تحقيق المصلحة العامة.

وإذا كانت الإدارة تلجأ الى تعطيل الأحكام باتباع أساليب عدة، من بينها تصحيح قراراتها الملغاة أو إزالة عيوبها المختلفة، وإذا كان من حق الإدارة إلغاء أو سحب قراراتها الإدارية، فإن ذلك لا يمكن أن يكون بشكل مطلق وخال من أي ضابط أو قيد، لا سيما مع تعلق حقوق الأفراد بها (أي القرارات)، لذا فإن هذه الصورة من عدم التنفيذ تشكل مع سابقتها إعتداء على حق المحكوم له أو حرية شخصية كفلها له القانون تم الإعتداء عليها.

ويتوقف إلتزام الإدارة هذا على أوجه عدم المشروعية التي قام عليها الحكم بالإلغاء، فإذا تم إلغاء القرار لعيب في الشكل أو لمخالفة قواعد الإختصاص، فإن ذلك لا يحول من دون إعادة إصدار القرار من جديد مستوفياً للأشكال القانونية المقررة وبمراعاة قواعد الإختصاص، أما إذا كان إلغاء القرار مرده مخالفة القانون أو عيب السبب أو الإنحراف بالسلطة وإساءة إستعمالها، فالأصل إلتزام الإدارة بالإمتناع عن إصدار القرار من جديد سواء في صورته الاولى أو في صورة مقتعة، ما لم يتغير أساس إصداره أو تغيرت الظروف الواقعية التي صدر في ظلها القرار الملغى.^(٢)

الفرع الثاني: والصعوبات التي تواجه الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية :

في بعض الأحوال لا يكون إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام بارادتها بل نتيجة صعوبات واجهتها جعلت التنفيذ صعباً، ويمكن تقسيم هذه الصعوبات الى نوعين، صعوبات واقعية وأخرى قانونية، وسوف نتناول كل منها فيما يأتي:

أ – الصعوبات القانونية : وتتمثل في الصور الآتية :

- إصدار تشريعات جديدة لاحقة على صدور الحكم القضائي، يكون من شأنها تعطيل تنفيذه، أو إفراغه من مضمونه، أو تقويت الفرصة على من صدر الحكم لصالحه للإستفادة منه. ففي هذه الأحوال لا يكون للإدارة يد في عدم التنفيذ بل أن إمتناعها عن التنفيذ يكون نتيجة لصدور تشريع جديد يلحق – من حيث التاريخ – الحكم القضائي، مثال ذلك ما شهدته فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية من صدور بعض التشريعات، وقد تصدى الفقه الفرنسي لمثل هذه التشريعات بالنقد، إنطلاقاً من أنها ستؤدي إلى

١ - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١٤٧٤ في ٢٥/ مايو (مايس) ١٩٦٨. مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٣، ص ٩٧٣. ونهجت محكمة العدل العليا في الأردن الاتجاه نفسه في عام ١٩٧١ في القضية رقم ١٨، فعدت عرقلة تنفيذ الإدارة لقرار قضائي بات في الوقت المناسب له يثير مسؤولية الإدارة ويستوجب التعويض. لأنه يدل على نية الإدارة في تأخير تنفيذ الحكم القضائي، الأمر الذي يمثل اعتداءً واضحاً وجلياً على إستقلال السلطة القضائية. فاروق الكيلاني - المصدر السابق - ص ٢٣٥.

٢ - د. سامي جمال الدين – الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية – المصدر السابق - ص ٨٥٥

نتيجة مفادها شل عمل السلطة القضائية وإخلال بمبدأ المساواة في تنفيذ الحكم القضائي إذ يلتزم الأفراد وترفض الدولة الإلتزام بها.^(١)

● إستبعاد إستخدام طرق التنفيذ الجبرية ضد الإدارة، يضيف البعض^(٢) هذه الصورة من صور الصعوبات القانونية التي تحول من دون تنفيذ الإدارة للأحكام التي تصدر في مواجهتها، إذ من المبادئ المستقر عليها في القانون العام وإجتهدات القضاء، عدم خضوع أشخاص القانون العام لطرق التنفيذ الجبري، لأن الأموال العامة ليست ضماناً للدائنين، إذ إن الإدارة تعتبر مديناً شريفاً بالأصل، يجب أن يقوم بتنفيذ إلتزاماته بصورة طبيعية من دون تهرب أو سوء نية، فلا يعقل - من ثم - أن تستعمل القوة التي تحت تصرف الإدارة ضد الإدارة نفسها لتؤمن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها. وما تقدم يحول دون شك بين المحكوم له والحصول على حقه الذي تمتنع الإدارة عن تمكينه منه في ضوء إمتناعها عن التنفيذ، لعدم إمكان إستخدام وسائل الإلجبار المتاحة للتنفيذ في القانون الخاص على الإدارة.

ب - الصعوبات الواقعية: وتتمثل بالصور التالية: (٣)

- مساس تنفيذ الحكم بالنظام العام: الإدارة تمارس وظائفها لغرض إشباع الحاجات العامة والحفاظ على النظام العام، بأهدافه المتعددة (الأمن العام - الصحة العامة - السكينة العامة وأخيراً الأخلاق العامة) وقد منحها المشرع لغرض ذلك سلطة تقديرية، تحاول من خلالها الموازنة بين الصالح العام وبين حقوق وحرريات الأفراد، وإذا كان تنفيذ الحكم القضائي حقاً للفرد، فالإدارة لها سلطة تقدير فيما إذا كان تنفيذ ذلك الحكم يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة. ومن ثم قد ترفض جهة الإدارة تنفيذ الحكم القضائي مستندة في ذلك إلى دواعي المصلحة العامة. وفي هذه الحالة - وإن كنا نحترم لجهة الإدارة تغليبها المصلحة العامة على المصالح الفردية - إلا أنه ينبغي عليها الإلتفات في مفهوم المصلحة العامة على النحو الذي يجعله أداة تهدم بواسطتها قدسية الأحكام القضائية.
- عدم إدراج بند يتعلّق بتنفيذ الأحكام في ميزانية أشخاص القانون العام: لا يخفى على أحد أهمية الأموال العامة في ممارسة الإدارة للمهام المنوطة بها، ويُخصّص لكل نشاط من نشاطاتها البند المالي الخاص به في موازنتها، والحقيقة لم نسمع بدولة أفردت بنداً في ميزانيتها لتنفيذ الأحكام القضائية، علماً أنه يدخل ضمن نشاطات الإدارة. ونعتقد أنه ينبغي أن تحرص كل دولة على إدراج بند مالي خاص ومستقلّ ضمن موازنة الجهة الإدارية لتمويل تنفيذ الأحكام القضائية التي قد تصدر في مواجهتها.
- أن يكون الحكم نفسه سبباً في عدم التنفيذ: من بين الصعوبات الأخرى التي تواجه الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية غموض وعدم تحديد الحكم القضائي لما هو مطلوب من الجهة الإدارية القيام به. ومن ثم لا بد أن يكون منطوق الحكم واضح في معناه، قاطع في دلالاته، حاسم في مدلوله، لا يحتمل إجتهداً أو تأويلاً أو اختلافاً، وأن يكون موجّهاً إلى جهة أو جهات إدارية بعينها، حتى يمكن محاسبتها حال إمتناعها عن تنفيذه. وكما لا يتخذ غموض الحكم ذريعة تهرب الإدارة بموجبها من إلتزامها

١ - المحامي عثمان محمود - الأحكام القضائية بين التنفيذ والتعطيل - من منشورات الانترنت - lattakia.org

٢ - مازن ليلو راضي - وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري - مجلة الحقوق - كلية القانون / الجامعة المستنصرية - العددان ١١ و١٢ - المجلد (٣) السنة (٥) - ٢٠١٠ - ص ٥

٣ - جامعة الدول العربية - التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية وإيجاد أساليب فعّالة لمعالجتها - بيروت - ٢٠١٠

بتنفيذ الحكم القضائي فإن لها أن تطلب تفسير هذا الحكم، على أن يكون الحكم الصادر بالتفسير متمماً للحكم الاصيل وله نفس حجيته، ويمارس مجلس شورى الدولة في العراق دوراً في هذا المجال إذ أنه يقوم بتوضيح الأحكام القانونية عند الإستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة.^(١)

● إستحالة تنفيذ حكم الإلغاء: قد يكون سبب إمتناع الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها تجاه حكم الإلغاء هو وجود صعوبات مادية تحول دون تنفيذ الحكم والتطابق مع حجية الشيء المقضي به، وإن كان يجب تنفيذ حكم الإلغاء تنفيذاً تاماً وإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل صدور القرار الملغى وإعمال أثره الرجعي لأجل ذلك، لكن في أحيان كثيرة يكون الزمن قد مضى ويبقى من الصعوبة بمكان إعادة الزمن الى الوراء وإزالة الآثار المادية التي رتبها صدوره، وهذه الحالات تعرف بحالات رجحان الواقع على القانون أو حالات عدم الرجعية لإستحالة التنفيذ، وإن كان ذلك لا يعفي الإدارة من مسؤوليتها عن التعويض بالشكل الذي يجبر الآثار الناتجة عن القرار الملغى.^(٢)

المبحث الثاني

جزاء إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام (٣)

الحقيقة إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية، وعدم إمكان قيام القاضي بدور في التنفيذ بتوجيه أوامر الى الإدارة بشكل صريح لإكراهها على التنفيذ، فضلاً عن إنعدام التشريعات التي تُلزم الإدارة بالتنفيذ، كل ذلك لا يعني أن المحكوم له صار أعزلاً من كل سلاح أو وسيلة تكفل إحترام الإدارة لأحكام القضاء، بل هنالك جملة من الوسائل الكفيلة بإكراه الإدارة على التنفيذ، وإن كنا نُقرّ إبتداءً أن الكثير من هذه الوسائل قد لا يُجدي نفعاً في حالة إمتناع الإدارة السافر عن تنفيذ الأحكام. وبإستقرار الموقف في العراق والقانون المقارن يمكن القول أن هنالك بعض الوسائل، إختلفت الدول في مدى الأخذ بها، والتي يمكن إجبار الإدارة من خلالها على التنفيذ وسنعرض لكل منها فيما يأتي:

المطلب الأول – إعمال قواعد المسؤولية :

تعني المسؤولية من الناحية الشرعية الجزاء والمحاسبة والتبعية، فالإنسان يتحمل تبعه أفعاله وأقواله ويحاسب في الدنيا والآخرة. ومن الناحية القانونية يرى الفقهاء أن المسؤولية هي الإلتزام بتحمل الجزاء الذي ترتبه القواعد والتشريعات في حالة إتيان فعل يشكل خرقاً أو مخالفة لأحكامها.^(٤) وبوجه عام المسؤولية هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه.

وقاعدة المسؤولية، هي من القواعد التي تحمي الأفراد في المجتمع أياً كان نوع ونطاق هذه المسؤولية مدنية كانت أم جنائية، تقوم على الخطأ أم الضرر، فالقانون يلزم بتعويض المضرور عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب والقانون يحمي المجتمع بجزاء يفرض على كل من يخرج على القوانين المنظمة

١ - المادة (٦/ خامسا) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل.

٢ - اسراء محمد حسن - المصدر السابق - ص ١٠٥-١٠٦

٣ - هنالك جملة من الوسائل القانونية لحمل الإدارة على الإيفاء بالتزامها بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة ضدها منها دور القاضي الإداري في تذكير الإدارة بواجبها في الإلتزام بتنفيذ حكم الإلغاء والثاني دور لجنة التقرير والدراسات في مجلس الدولة الفرنسي بذلك والثالث دور الوسيط في حث الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء. لمزيد من التفاصيل راجع اسراء محمد حسن - المصدر السابق - ص ١١٦ وما بعدها.

٤ - للمزيد من التفاصيل راجع: أسامة ابراهيم على النايه - مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الاسلامية- ط١- دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع - الاردن - عمان - ١٩٩٩ - ص ٢٣.

للعلاقات. ومن ثم فإن المسؤولية عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية قد تطال الإدارة كما أنها قد تطال الموظف، على إختلاف في الأحكام في الحالتين، وهذا ماسنحاول بيانه فيما يأتي:

أولاً – مسؤولية الإدارة المدنية عن عدم التنفيذ: حاول بعض الفقه القانوني بيان مفهوم مسؤولية الإدارة، فتعددت من ثم التعريفات وتنوعت على وفق نظرة كل فقيه، فالمسؤولية المدنية على أساس الخطأ يقصد بها إلترام الإدارة بدفع تعويض لمن يصيبه ضرر نتيجة الخطأ الذي قد يرتكبه موظفو الإدارة، سواء أكان هذا الخطأ يتعلق بتصرفات قانونية أم بأعمال مادية، فاذا ما قامت الإدارة عند مباشرتها لهذه الأعمال بإحداث الضرر لأحد الأفراد أو الهيئات أو لعدد منهم، فإنه يحق للشخص المضرور أن يطالب الإدارة بتعويضه عن هذا الضرر، ويكون ذلك بوساطة دعوى التعويض التي تقام أمام القضاء.^(١)

وعلى الرغم من أن القاعدة العامة تقضي بإمكان لجوء المتضرر من قرار إداري - بلغت فيه عدم المشروعية من الجسامة حداً بأن سبب ضرراً للغير - الى القضاء للمطالبة بالتعويض، إلا أن علينا أن نؤكد أن ليست كل صور عدم مشروعية القرار الإداري تُحرك مسؤولية الإدارة، لكن يمكن القول أن هنالك ارتباطاً حتمياً ما بين عيب مخالفة القانون والمسؤولية الإدارية، لأن هذا العيب تندرج تحت عنوانه مخالفة مبدأ حجية الشيء المقضي به ومخالفته شديدة الوقع على القانون والعدالة والمجتمع، فإحترام حجية الشيء المقضي به يعني إحتراماً لمبدأ المشروعية.^(٢)

والإدارة حينما تمتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء تعرض بدون شك المحكوم له الى أضرار تصيبه نتيجة عدم التنفيذ، مما يستدعي فرض جزاء على من تسبب بهذه الأضرار، إنطلاقاً من أن إمتناع الإدارة عن القيام بواجبها بالوفاء بإلترامها الذي يفرضه القانون بتنفيذ حكم قضائي هو تصرف خاطئ يجعلها مسؤولة عن الأضرار التي سببتها للغير.^(٣)

والخطأ الذي يقيم مسؤولية الإدارة هو بلا شك الخطأ المرفقي الذي لا يمكن نسبته الى موظف بعينه أو هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف بحسن نية، ومن الصعب التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي لذا حاول الفقه بيان بعض الصور التي يمكن الإستدلال منها أن الخطأ مرفقي، وسنحاول تبيانها مع إسقاطها على صور الإمتناع عن تنفيذ الأحكام التي سبق بيانها، وكما يأتي:

- ١- أداء المرفق للخدمة بصورة سيئة: والصورة هنا أن المرفق أدى الخدمة لكن على وجه سئ مما تسبب في ضرر للغير، واذا ما طبقنا هذه الصورة على إمتناع الإدارة عن التنفيذ نراها تنطبق على حالة التنفيذ الجزئي والكيفي للأحكام القضائية، فهو من ثم يعد من الأخطاء المرفقية التي يمكن أن تُحرك دعوى المسؤولية ضد الجهة الإدارية.
- ٢- المرفق لم يؤد الخدمة أصلاً: في هذه الصورة ينسب إلى المرفق عدم أداء الخدمة، فالإلترام المرفق بتقديم الخدمات إلترام محدد ليس للإدارة سلطة تقديرية فيه، فاذا ما لم يؤد المرفق الخدمة المقررة –

١ - د. ماجد راغب حلو- القضاء الإداري- دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٢ - ص ٤٤٧.

٢ - د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري / قضاء التعويض - ك٢ - ص ١٥٢.

٣ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الإلتزام بوجه عام – دار النشر للجامعات – القاهرة، ١٩٥٢-ص ٧٧٨. وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في مصر (وإذ إن ثمة قاعدة أولية قوامها إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء هو بمنزلة قرار سلبي خاطئ لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء أمام المجلس ومن ثم المطالبة عنه بالتعويض)، حكم محكمة القضاء الإداري – القضية رقم ١٦٥٥ لسنة ١٧ القضائية جلسة - ٣٠/حزيران ١٩٦٨/ السنوات ٢٣، ٢١-ص ٣٦٨ – وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري – القضية رقم ٧٣ لسنة ١٣ القضائية، جلسة ٢/حزيران/ ١٩٦١

وليس بسبب إمتناع الموظف - يعد هذا خطأ مرفقياً، من ذلك الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، فهذه صورة صريحة للأخطاء المرفقية التي تقوم أساساً على إمتناع الإدارة عن التنفيذ.

٣- المرفق يتباطأ في أداء الخدمة: تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية، يعد إختيار الوقت المناسب للتدخل حدها الأدنى، وعليه فالمرفق غير ملزم بتقديم الخدمة في مدة زمنية محددة، فاذا ما تأخر في تقديم الخدمة أكثر مما يجب من دون مسوغ فممتضرر اللجوء للقضاء، وللأخير سلطة تقدير المدة اللازمة لتقديم الخدمة ومعرفة ما اذا كانت مما يدخل في سلطة الإدارة التقديرية. فاذا كان للإدارة إختيار وقت تنفيذ الأحكام القضائية فأن ذلك يجب أن يتم ضمن المدة المعقولة وإلا عُدَّ خطأ مرفقياً.

إلا أن مسؤولية الإدارة لا تقوم على الخطأ وحده بل قد تترتب مسؤوليتها دون قيام الخطأ، إذا ما كان تصرفها بالإمتناع عن تنفيذ حكم قضائي قد سبب ضرراً من دون أن يقوم على خطأ، وفي مثل هذه الحالات تصعب عملية التنفيذ لما قد تسببه للنظام العام من ضرر ومن ثم الإضرار بالمصلحة العامة إجمالاً، والإدارة وإن لم ترتكب خطأ بإمتناعها عن التنفيذ، إلا أنها قد تكون سبباً بتصرفها هذا - وإن كان تصرفاً مشروعاً - ضرراً إختص الفرد الذي صدر الحكم لصالحه ولم ينفذ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة يتحمل عبئه حماية للمصالح العام، لذا تكون الإدارة ملزمة بالتعويض طبقاً لمبدأ المساواة في تحمل تكاليف الأعباء العامة^(١) على وفق نظرية تحمل التبعة أو نظرية المخاطر الإدارية. فإذا كانت الدولة مسؤولة، فليس لأنها ارتكبت خطأ بوساطة موظفيها، ولكن لأنها تكفل الأفراد ضد الخطر الإجتماعي وهذا مطابق تماماً لمبدأ تساوي الجميع أمام المرافق العامة وأمام التكاليف العامة^(٢).

ويبقى علينا الإشارة الى الركن الثالث من أركان المسؤولية الإدارية وهو ركن العلاقة السببية، والتي تثبت إن الضرر ما كان سيحصل لولا ارتكاب ذلك الخطأ، وهي واضحة بين تصرف الإدارة المنطوي على خطأ - في حال إمتناعها عن تنفيذ الأحكام - لإخلالها بالتزام قانوني يفرضه القانون وحجية الشئ المقضي به وما يسببه هذا التصرف من ضرر لمن صدر الحكم لصالحه لعدم إلتزام الإدارة بالتنفيذ التام والصحيح، وبذلك تتحقق المسؤولية ويتوجب على الإدارة تعويض الضرر الذي أحدثه خطأها.

لكل ما تقدم يمكن القول أن المسؤولية الإدارية، تم إقرارها على أساس إن عدم تنفيذ الأحكام يعد من التصرفات غير المشروعة، ويشكل خطأ من جانب الإدارة، فتكون الإدارة الممتنعة مسؤولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن ذلك الإمتناع، كما أنه قد يثير مسؤولية الإدارة اذا ما سبب إمتناعها عن التنفيذ ضرراً للفرد - المحكوم له - وإن لم يبدر من الإدارة خطأ، كما أسلفنا وذلك إلى جانب تقرير المسؤولية الشخصية للموظف الذي يمتنع عن تنفيذ أحكام الإلغاء في بعض الأحوال^(٣) وهذا ما سنحاول بيانه فيما يأتي:

ثانياً - مسؤولية الموظف عن عدم التنفيذ: إذا كان إخلال الإدارة بالتزامها في تنفيذ الأحكام القضائية يعرضها للمسؤولية المدنية، فإن الإشكالية التي تواجه تقرير المسؤولية أن الذي يتصرف بإسم الشخص الإعتباري ويصدر منه السلوك الموجب للمسؤولية هو دائماً الشخص الطبيعي. وعليه لا بد من رسم الحدود بين الخطأ الذي ينسب إلى الشخص الطبيعي (الموظف) أي الخطأ الشخصي والخطأ الذي ينسب إلى الشخص المعنوي (الإدارة)، لذا وبإفتراض التمييز بين الخطأ الشخصي الذي ينسب للموظف والخطأ المرفقي الذي ينسب للإدارة وتقوم على أساسه مسؤوليتها عمد المشرع إلى إيقاع المسؤولية الجنائية والمسؤولية التأديبية على

١ - د. وجدي ثابت غبريال - مبدأ المساواة امام الاعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية- دار النهضة العربية - القاهرة - ص ١٣٩.

٢ - د. ماجد راغب حلو - المصدر السابق - ص ٤٨٤.

٣ - د. سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية - والإجراءات امام القضاء الإداري - المرجع السابق - ص ٣٩٩.

الموظف الذي يخل أو يمتنع عن القيام بواجبه في تنفيذ الأحكام القضائية المنوط به تنفيذها، وسنبين كل من هذين النوعين بإختصار:

١- **المسؤولية الجنائية:** فالموظف يسأل جنائياً إذا ارتكب أثناء عمله أو في ضوء تأديته لوظيفته فعلاً يكون جريمة يعاقب عليها في قانون العقوبات، لما في ذلك من إنعكاسات سلبية على مصالح الأفراد والمجتمع ومن ثم مصلحة الدولة ككل^(١)، وقد أحسن المشرع صنوعاً إذ قرر تجريم عمل الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم قضائي لما في ذلك - كما أسلفنا - من مساس بمبدأ حجية الشئ المقضي به الذي هو أصل من الأصول القانونية الواجب إحترامها.

ومن ذلك نص المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لعام ١٩٦٩ المعدل والتي نصت على " ١- يعاقب بالحبس أو الغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة إستغل سلطة وظيفته في وقف أو تعطيل تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين والأنظمة أو أي حكم أو أمر صادر من إحدى المحاكم أو أية سلطة عامة مختصة أو في تأخير تحصيل الاموال أو الرسوم ونحوها المقررة قانوناً. ٢- يعاقب بالعقوبة نفسها كل موظف أو مكلف بخدمة عامة إمتنع عن تنفيذ حكم أو أمر صادر من إحدى المحاكم أو أية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره رسمياً بالتنفيذ متى كان الحكم أو الأمر داخل إختصاصه".

وعلى هذا الأساس فإن عرقلة أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي يعد جريمة يعاقب عليها القانون، لأنها قيام بفعل ما لا عاقبة لتنفيذ الحكم أو الإمتناع عن فعل بالقيام، بإتخاذ الإجراءات الكفيلة لتحقيق مقتضيات الحكم، وإتيان هذه الأفعال يعده المشرع جريمة من الناحية الجنائية، ويوقع على من يرتكبها عقوبة منصوص عليها في قانون العقوبات.^(٢)

ومن إستقراء النص السابق يمكن القول، أن مسؤولية الموظف في العراق عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية تظهر في صورتين:

الأولى - أن يستغل الموظف سلطته الوظيفية في وقف أو تعطيل تنفيذ أي حكم أو امر صادر من احدى المحاكم.

الثانية - أن يمتنع الموظف عن تنفيذ حكم أو أمر صادر من إحدى المحاكم يدخل في إختصاصه، بعد مضي مدة على انذاره رسمياً بالتنفيذ.

ومن ثم يتعرض الموظف الذي يمتنع بشكل كامل أو بشكل منقوص أو يتراخى في تنفيذ الأحكام القضائية الى العقوبة المقررة في قانون العقوبات، أما الصور الأخرى لمخالفة الإدارة لإلتزامها مثل التحايل على تنفيذ حكم الإلغاء بإصدار قرار إداري يعيد الحياة للقرار الإداري الملغى فلا يكون هناك إمكان باللجوء إلى مثل هذا النوع من الجزاء لحمل الموظف على التنفيذ الصحيح.

٢- **المسؤولية التأديبية:** لقد أسلفنا أن الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية يعاقب جزائياً نتيجة ذلك الإمتناع، وذلك في الأحوال التي يكون فيها فعل الإمتناع الصادر عن الموظف جريمة يعاقب عليها القانون، أما في الأحوال التي لا يكون فيها فعل الإمتناع جريمة إلا أنه يشكل إخلالاً بالنظام العام وعرقلة لسير المصالح العامة، ففي هذه الأحوال تثور المسؤولية التأديبية لموظف العام.

١ - مزهر جعفر عبد - جريمة الامتناع في التشريع العراقي - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد - ١٩٨٧ - ص ٢٩٨.

٢ - د.مصطفى كامل - شرح قانون العقوبات العراقي- الطبعة الاولى - مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٤٩ - ص ٢٥٤.

وتقوم المسؤولية التأديبية للموظف العام على أساس الخطأ الذي ينسب الى الموظف، نتيجة إخلاله بواجبات وظيفته، ومخالفة الأنظمة والقوانين وقواعد السلوك الوظيفي التي يجب مراعاته لها بوصفه موظفاً عاماً.^(١) وإذا كان الإلتزام بتنفيذ المهام الموكلة اليه من أهم واجبات الموظف، فإن مفهوم المخالفة يقضي بأن عدم تنفيذ الموظف لمهامه الوظيفية على الوجه الأكمل ومن دون وجه حق أو عذر مشروع يعد مخالفة، أي سلوكاً ينطوي على إهمال واضح وتقصير من الموظف في إداء واجباته التي يفرضها عليه القانون، وكل ذلك لما يستدعي أن يُسأل عنها تأديبياً.

وقد تكون المخالفة التي يقترفها الموظف خطأً تتعدى على أساسه المسؤولية الجنائية والمسؤولية التأديبية معاً، فإمتناع الموظف عن القيام بتنفيذ حكم القضاء يؤدي طبقاً للمادة ٣٢٩ من قانون العقوبات العراقي الى تحريك المسؤولية الجنائية والتأديبية معاً ضد الموظف، إذ ينص فضلاً عن عقوبة الحبس عقوبة العزل ايضاً والتي هي من أشد الجزاءات التأديبية التي يمكن أن توقع على الموظف، إلا أن التلازم بين المسؤوليتين ليس مطلقاً، فقد يكون الخطأ الحاصل من الموظف ذنباً إدارياً إلا أنه لا يوجب المسؤولية الجنائية للموظف لأن القانون لا ينص على عقوبة من جراء القيام بذلك الذنب،^(٢) في حين يمكن مساءلته تأديبياً لإقتراه ذلك الذنب، فحتى يمكن مساءلة الموظف جنائياً يجب أن يكون ما أتاه من فعل جريمة يعاقب عليها القانون في حين ان الأفعال التي قد تصدر من الموظف وتترتب عليها المسؤولية التأديبية لا يمكن حصرها.^(٣) لكل ما تقدم يمكننا القول أن قيام المسؤولية يعد تهديداً واضحاً للإدارة الممتنعة عن التنفيذ، ومن ثم فهي من بين الوسائل التي يمكن من خلالها إجبار الإدارة على التنفيذ، أو بعبارة أكثر دقة تعد وسيلة علاجية لإمتناع الإدارة عن التنفيذ، على إعتبار أنها تثور عقب قيام الإدارة بالإمتناع عن التنفيذ، وليست وسيلة إجبار مباشر تترادف مع صدور الحكم لصالح المحكوم له، إلا أن لعنصر التهديد بإستخدام دعاوى المسؤولية قد يكون لها بعض الأثر في عملية أكراه الإدارة على التنفيذ.

المطلب الثاني – التدخل التشريعي لإقرار أساليب تشريعية لإجبار الإدارة على التنفيذ

لا يخفى على أحد التطورات والتغييرات الجذرية التي لحقت وظائف الدولة، مع ما رافق ذلك من تطورات تشريعية وقضائية، أدى الى أن تتجاوز هذه الدول وتتحول عن الأسس التقليدية لمسؤوليتها – كما تجاوزت وتحولت عن وظائفها التقليدية- الى حد أنها بدأت تحاول إعطاء حقوق للمتضرر لا ترتبط بمبدأ المسؤولية بالمفهوم التقليدي، إذ لم يعد ينظر إلى الضرر على أنه مجرد عنصر أو ركن في المسؤولية وإنما أصبح ينظر إلى وجوب رفع الضرر عن المضرور بصرف النظر عن مصدره وأصبح موضوع إصلاح الضرر مستقلاً عن المسؤولية.

وإذا كان الحال كذلك، وإذا كانت الدول اليوم تتحمل مسؤولية إصلاح الأضرار التي تلحق أفراد المجتمع، بسبب بعض الأنشطة والتصرفات التي لا تقوم على خطأ، فإن قيامها بمثل هذا التصرف لا بد أن يستند إلى أساس موضوعي يبرره، والحقيقة أن الدول لم تسلك منهجاً موحداً فيما يتعلق بالتعامل مع إمتناع الإدارة عن التنفيذ وأثر ذلك على حقوق المحكوم له، ففي حين لجأت بعضها الى البحث عن نظريات فقهية وآراء قضائية سلكت بعضها الآخر طريق أسهل في ضوء وضع قواعد تشريعية تقرر أساليب لإجبار الإدارة على التنفيذ وفق ضوابط خاصة كما فعل المشرع المغربي.

١ - د.محمود حلمي - القضاء الإداري - الطبعة الاولى - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٤ - ص ٢١٤ .

٢ - د.سليمان الطماوي - القضاء الإداري-قضاء التعويض- المصدر السابق- ص ٢٨٢ .

٣ - حسين حمودة المهدي - شرح أحكام الوظيفة العامة - ط١- المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان - طرابلس - ١٩٨١

ومن بين الأساليب التشريعية إسلوب الغرامة التهديدية والحجز، وسوف نتناول كل من هذين الإسلوبين فيما يأتي:

أولاً – الغرامة التهديدية: تعد الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، وكذا وسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ تلك الأحكام، والقاضي الإداري وهو يقوم بتوقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لا يعد تدخلاً منه ضد الإدارة ولا هو يحل محلها في شيء ولا يمس في ذلك الفصل بين السلطات، ولكنه لا يفعل سوى أن يذكر الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في إحترام مضمون قوة الشيء المقضي به مع إلباس هذا التذكير ثوب التحذير الرسمي وهو التهديد بجزاء مالي.^(١)

والغرامة التهديدية وسيلة قانونية في الدول التي أباحتها تشريعياً، وهي وسيلة لإكراه المدين وحمله على تنفيذ الإلتزام الواقع على عاتقه عيناً متى طلبها الدائن، وصورتها أن يلزم القضاء المدين - وهو في هذا الفرض الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام - بتنفيذ إلتزامه عيناً في مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة عن كل يوم أو إسبوع أو شهر عن كل مرة يرتكب فيها عملاً يخل بإلتزامه.^(٢)

والغرامة تستهدف بشكل مباشر إكراه الإدارة على التنفيذ. وتظهر أهمية الغرامة التهديدية بشكل واضح في جميع الحالات التي لا تكفي فيها الوسائل الأخرى على حمل الإدارة، على تنفيذ الحكم القضائي إذا لم يكن قد سبق الحكم بها، والقاضي لا يلجأ إلى هذه الوسيلة غالباً إلا في الحالات التي تظهر فيها الإدارة عدم رغبتها في تنفيذ هذا الحكم.^(٣)

وتتصف الغرامة التهديدية بأنها تهديدية وتحذيرية وتحكمية ولا يقضى بها إلا بناء على طلب. فهي تهديدية تحذيرية لأنها تنبئ المحكوم عليه إلى الجزاءات المالية التي سوف يتعرض لها إن هو إستمر في مقاومة تنفيذ الحكم الصادر ضده وهي تحذر المحكوم عليه إلى الإلتزامات المالية التي سوف تُثقل عاتقه في حالة إمتناعه عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به وتتميز بكونها حكمية يؤخذ في تحديدها مدى تعنت المدين في تنفيذ إلتزامه الوارد بمنطوق الحكم المعني بالتنفيذ، ومن جملة خصائصها أنه لا يقضى بها تلقائياً بل بناء على المطالبة القضائية لصاحب الشأن وهي تنقلب في نهاية الأمر إلى تعويض يحدد تبعاً لطبيعة الضرر وأهميته ومداه الناتج عن الإمتناع عن التنفيذ مع الأخذ بعين الإعتبار تعنت المدين.^(٤)

ولم يجرؤ القضاء الإداري الفرنسي قبل قانون ١٦ يونيو ١٩٨٠ على تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به بناء على أساس كونه لا يستطيع أن يحل محل الإدارة أو أن يصدر لها أوامر بعمل شيء أو بالإمتناع عنه أو ما يرغمها على ذلك تحت التهديد المالي بحجة إحترام مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد أجازت المواد من ٢-٦ من قانون ١٩٨٠ من الثانية إلى السادسة للقاضي الإداري أن يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة لضمان تنفيذ الأحكام في مواجهتها وبخصوص تحديد شروط وقواعد الحكم بالغرامة التهديدية تنص المادة الثانية من القانون على أنه في حالة عدم تنفيذ حكم صادر من جهة الإدارة فإن لمجلس الدولة ولو من تلقاء نفسه أن يقضي بغرامة تهديدية ضد الأشخاص المعنوية للقانون العام لضمان تنفيذ هذا الحكم.

١ - الأستاذ محمد قصري - تنفيذ الأحكام الإدارية "الغرامة التهديدية" و"الحجز" - من منشورات الانترنت -

hawassdroit.ibda3.org

٢ - د.نجيب احمد عبد الله - الإجراءات الخاصة للتنفيذ الجبري ضد الإدارة - المكتبة القانونية - القاهرة - ٢٠٠٦ - ص ٦٠.

٣ - مازن ليلو راضي - وسائل تنفيذ حكم القضاء - المصدر السابق - ص ٢٠.

٤ - الأستاذ محمد قصري - تنفيذ الأحكام الإدارية "الغرامة التهديدية" و"الحجز" - المصدر السابق

والملاحظ على النص السابق الامور الآتية، أولاً أنه لا يحكم بالغرامة التهديدية إلا في حالة تسجيل إمتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القابل للتنفيذ، ومن هنا فالقاضي الإداري لا يمكنه إصدار الغرامة التهديدية مع الحكم في الموضوع وهو لا يلتجأ إلى إستعمال هذه السلطة إلا بعد الحكم وبعد أن يثبت له إمتناع الإدارة عن التنفيذ، وقد قصد المشرع من وراء ذلك أن يترك فرصة للإدارة قبل إستخدام هذا الأسلوب الإكراهي ضدها، وثانياً أنه لم يمنح سلطة توقيع الغرامة التهديدية إلا لمجلس الدولة فقط من دون جهات القضاء الإداري الأخرى، وثالثاً أنه حصر إستخدام وسيلة الغرامة التهديدية في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة من دون غيرها من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام.

وقد تنبه المشرع الفرنسي لذلك القصور التشريعي فأصدر القانون رقم ٨٧-٥٨٨ بتاريخ ٣٠/٧/١٩٨٧ فأخضع أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام إلى أحكام قانون عام ١٩٨٠، وكان لصدور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ أثر حاسم في هذا المجال، إذ أعطى جميع جهات القضاء الإداري إمكانية فرض الغرامة التهديدية، وذلك فرضه منطوق الإعتراف لهذه الجهات نفسها بحق إصدار الأوامر في مواجهة الإدارة، وحاجة هذه الأخيرة إلى مؤيدات فعالة تضمن تنفيذها.^(١)

لكل ما تقدم يمكن القول أن الغرامة التهديدية في فرنسا تمثل وسيلة لاحقة على الحكم الأصلي الصادر لصالح الفرد في مواجهة الجهة الإدارية، لضمان تنفيذه بعد ثبوت إمتناعها أو مماطلتها في التنفيذ. إلا أن تشريعات أخرى كالتشريع المغربي^(٢) جعلت من الغرامة التهديدية وسيلة احتياطية وسابقة لضمان التنفيذ، وهذه الوسيلة التهديدية والإكراهية يستعملها القاضي ليبين للإدارة ما سوف تتعرض له من جزاءات مالية في حالة إمتناعها عن التنفيذ، لذا يصار الى تحديد مقدارها بمنطوق الحكم وبمعزل عن تسجيل الإمتناع عن التنفيذ كما يفعل المشرع الفرنسي، ونعتقد أن في الموقف الفرنسي تحقيقاً للغاية من الغرامة التهديدية ووسيلة إجبار للإدارة على التنفيذ حتى وإن كانت لاحقة، لأن مجرد التلويح بإستخدامها كاف لردع الإدارة عن الإمتناع عن التنفيذ.

ثانياً – الحجز الإداري:^(٣) لقد أسلفنا أن المرافق العامة تحتاج الى الأموال العامة في أدائها للخدمة المنوطة بها تحقيقاً للصالح العام، فقد كان من المتفق عليه أن المرفق العام يجب أن يحاط بكل الضمانات التي تمكنه من أداء خدماته بصورة مضطربة ومنتظمة لجمهور المنتفعين بها تحقيقاً للنفع العام، لذلك - وتطبيقاً لمبدأ عدم تعطيل المرفق العام وعرقلته - لا يجوز التنفيذ على الأموال اللازمة لسيره.

كما أسلفنا أن القاعدة المتفق عليها فقهاً وقضاء هي عدم قابلية الأموال العامة للدولة للحجز، وما بين هذه المحظورات يبرز حق الفرد في تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته، أي مبدأ ضرورة تنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به إحتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.

وإذا كانت الأحكام القضائية الصادرة ضد الأفراد الحائزة لقوة الشيء المقضي به تتضمن في مواجهتهم إمكانية إستخدام طرق التنفيذ الجبرية كالحجز التحفظي والحجز التنفيذي وحجز ما للمدين لدى الغير والحجز العقاري، فإن هذه الوسائل القانونية لا تجد لها تطبيقاً إلا في حالات خاصة حينما يكون الأمر يتعلق بجهة إدارية، نتيجة لعدم جواز الحجز على أموال الدولة، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ذلك أن

١ - مازن ليلو راضي - وسائل تنفيذ حكم القضاء - المصدر السابق - ص ٢١.

٢ - المادة ٤٤٨ من القانون المدني المغربي المحال عليه بموجب المادة ٧ من القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم ٤١ لسنة ١٩٩٠.

٣ - الأستاذ محمد قصري - تنفيذ الأحكام الإدارية "الغرامة التهديدية" و"الحجز" - المصدر السابق.

الإتجاه الفقهي والعمل القضائي الحديث يميز دائماً بين أموال الدولة اللازمة لسير المرفق وهذه لا تقبل الحجز والأموال الخاصة للدولة التي يجوز توقيع الحجز عليها.

وليكون المال من أموال الدولة العامة يشترط فيه أن يكون مملوكاً للدولة أو أي شخص معنوي عام مثل المؤسسات والهيئات الإدارية، وثانيهما أن يكون هذا المال مخصصاً للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون. ويترتب على اعتبار المال عاماً نتيجة قانونية جد مهمة تتمثل في الأساس بعدم جواز التصرف فيه بما يتعارض والنفع العام وعدم جواز كسب ملكيته بالتقادم وعدم جواز الحجز عليه وحظر طرق التنفيذ الجبرية حوله على خلاف المال الخاص للدولة الذي يجري التعامل بشأنه وفق ما يجري بين أشخاص القانون الخاص. والقواعد سالفة الذكر من النظام العام.

وعلى الرغم من ذلك فلا يجوز أن تقف مثل هذه الأحكام عقبة أمام حق الفرد في إقتضاء حقه من الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، لذلك يكاد الفقه والقضاء يتفقان على أن عدم جواز الحجز هذا قاصر على ما يلزم لسير المرفق العام فإذا كانت هنالك بعض الأموال غير مخصصة لإدارة المرفق ولا يتعارض الحجز عليها مع سيره تعتبر أموالاً خاصة لهذا المرفق ويمكن الحجز عليها. فالمناط في إيقاع الحجز التنفيذي على منقولات المرفق العام هو تقدير ما إذا كانت تلك المنقولات لازمة لسير المرفق أم لا وما إذا كان حجزها يعطل سيره وانتفاع جمهور الناس بخدماته.

لكل ما تقدم نقول، أنه إذا كان مبدأ حظر الحجز على أموال الإدارة يجد مسوغه في الصالح العام فإن ذلك يقابله أن إحترام مبدأ المشروعية وسيادة القانون وإحترام قوة الشئ المقضي به من النظام العام من باب أولى. لذلك يبقى الإمتناع عن التنفيذ بدون مسوغ مشروع هو مناط الحجز التنفيذي في مواجهة الإدارة.

المطلب الثالث – حلول قضائية تتمثل في مدى امكان حلول القاضي محل الإدارة

إذا كانت وظيفة القضاء تنحصر أساساً في مهمة الفصل في المنازعات بمقتضى أحكام القانون، ومن ثم ينحصر دور القاضي في إنزال حكم القانون على القضية المعروضة عليه، دون أن يمد سلطته فيصدر للإدارة أمراً في ضوء حكم الإلغاء أو أن يكلفها بالقيام بعمل ويلزمها صراحة بذلك.^(١)

كما يتمتع القاضي عن الحلول محل الإدارة بإتخاذ القرار الواجب عليها إتخاذها طبقاً للقانون على إعتبار أن ذلك مساساً – كما أسلفنا – بمبدأ الفصل بين السلطات وإعتداء على إستقلال الإدارة التي تترخص وحدها بالقيام بالأعمال المنوطة بها.^(٢)

من جهة أخرى وأمام عدم إلترام الإدارة بتنفيذ كل المقترضيات التي جاء بها حكم الإلغاء، قام القاضي الإداري ببيان كل الآثار التي تترتب على حكم الإلغاء وتوضيح كل مراميه ليسهل على الإدارة عملية التنفيذ ويقدم لها مشورته حتى لا تتعذر بعدم وضوح الحكم أو عدم فهمها لكل النتائج التي يريد الحكم أن يحققها.^(٣) ولا يعد ذلك تجاوزاً من القاضي للحدود المفروضة على سلطته، إذ لا يعدو ذلك عن توجيهه للإدارة وتعقيب كفيية تصرفها من الناحية القانونية ووضع الأمور في نصابها القانوني الصحيح ونوع من المساعدة يقدمها القاضي في ضوء حيثيات حكم الإلغاء دون أن يضمن منطوق الحكم أمراً أو إلتراماً للإدارة.^(٤)

١ - د. محمود محمد حافظ – القضاء الإداري – ط٤- دار النهضة العربية – ١٩٦٧ – ص٦٠١ ود. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – ص٢٢٦.

٢ - د. حسن السيد بسيوني – دور القضاء في المنازعة الإدارية/دراسة تطبيقية للمقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر- القاهرة- ١٩٨١- ص٣٤١.

٣ - د. مصطفى كمال وصفي – اصول إجراءات القضاء الإداري – ط٢ – عالم الكتب – القاهرة - ١٩٧٨- ص٤٦٨.

٤ - حسني سعد عبد الواحد – تنفيذ الأحكام الإدارية – مطابع مجلس الدفاع الوطني – ١٩٨٤- ص٤٦٢.

إلا أن التطبيق العملي قد لا يكون بمثل تلك السهولة، لا سيما إذا لم يجد القاضي حكم القانون الكفيل بإنهاء النزاع، ومن ثم لا يبقى أمامه إلا أن يبحث ويجتهد في الكشف عنه في ما سوى القانون من قواعد كقواعد العدالة أو القانون الطبيعي أو المبادئ العامة للقانون، لذلك قيل أن للقاضي في مثل هذه الأحوال دوراً إنشائياً لا تطبيقياً.

وهذا الدور يجد حده الطبيعي في مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقضي - كما بينا - بإستقلال كل من السلطتين الإدارية والقضائية عن بعضهما مع ضرورة التوازن بينهما، إذ أن تدخل القضاء بصورة غير مباشرة في عمل الإدارة كان لزاماً لتحقيق التوازن بينهما، لتحقيق نوع من التلطيف والتخفيف من حدة هذا المبدأ، لذلك كان لابد من إيجاد وسائل (قيود) تكفل للقاضي التدخل بشكل غير مباشر في عمل الإدارة من أجل تنفيذ قراراته دون إكراه أو جبر صريح.^(١)

ومن بين هذه القيود - فضلاً عن مبدأ الفصل بين السلطات - ما يجد مصدره في طبيعة المنازعات في حين أن بعضها الآخر يجد مصدره في طبيعة الأشخاص أطراف المنازعة، والبعض الأخير يجد مصدره في الوظيفة القضائية نفسها.^(٢) لذلك فقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على التخفيف من تلك القيود - لا سيما وأن تلك القيود ناتجة من قاعدة قضائية ألزم القاضي نفسه بها دون أن يكون هنالك نص تشريعي يحدد القاضي فهي قيود نتجت إبتداء عن ضرورة الفصل بين سلطة القاضي والوظيفة الإدارية^(٣) - بإتباع أساليب معينة، مثل تبنيه فكرة إحلال السبب الصحيح محل السبب الباطل في حالة أن تكون الإدارة ملزمة بإتخاذ القرار على نحو معين،^(٤) أو توسيع رقابته لتشمل الملاءمة (عدم التناسب أو الغلو).

وقد سلك مجلس الدولة المصري المسلك نفسه، فإتبع أساليب عديدة للتخفيف من القيود التي ترد على سلطته في دعوى الإلغاء، إذ تبنى فكرة تحول القرار الإداري وفكرة إحلال السبب الصحيح محل السبب الباطل، كما عمل على تحديد آثار حكم الإلغاء في ضوء بيان الإطار الذي يمكن أن تعمل فيه الإدارة. فضلاً عن رقابة التناسب في مجالي التأديب والضبط الإداري.

أما القضاء الإداري في العراق فلم يقيد نفسه بالقيود التي وضعها كل من نظيريه الفرنسي والمصري دون الإعتداع على نص تشريعي يجيز له ذلك، ولم يجد مانعاً من أن يواجه الإدارة بحزم وأن يضمن حكمه أوامر ونواهي حتى يكفل قدر المستطاع التنفيذ الصحيح والسريع لأحكامه بالإلغاء، دون أن يرى في ذلك أي إعتداء على إستقلالية الإدارة.^(٥)

ودور القاضي في هذا الصدد لا يقف عند حد إلغاء القرار الإداري وتوجيه الأوامر للإدارة بإصدار قرار جديد، بل قد يتعداه إلى ترتيب كل الآثار على قرار الإلغاء ومنها تعديل القرار، ومسألة التعديل لاقت من جانب الفقه جدلاً وتبايناً في المواقف، إلا أنه يمكن القول أن القضاء الإداري حرص في مسلكه العام على الإلتزام بالحدود التقليدية التي ترد على سلطة قاضي الإلغاء إزاء القرار الإداري المطعون فيه، في ضوء الإلتزام بقاعدة عامة تقضي بأن سلطة قاضي الإلغاء تجاه القرار الإداري المطعون فيه تقتصر على الإلغاء أو رد الطعن، ما عدا بعض الأحوال وعلى وفق الذرائع شتى

١ - د.حسن السيد بسيوني - المصدر السابق - ص ٣٣٢.

٢ - د.عبد المنعم عبد العظيم الجيزة: آثار حكم الإلغاء في القانونين المصري والفرنسي - ط١ - اطروحة دكتوراه - ١٩٧١ ص ٣١٥.

٣ - د. حسن السيد بسيوني - المصدر السابق - ص ٣١٤.

٤ - د.حسن السيد بسيوني - المصدر السابق - ص ٣١٥.

٥ - اسراء محمد حسن - المصدر السابق - ص ٢٤.

ويعد التعديل في العراق إحدى الصلاحيات التي يتمتع بها قاضي الإلغاء، إذ جاء في المادة (٧/ثامناً- أ) "تبت محكمة القضاء الإداري في الطعن المقدم إليها، ولها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناء على طلب المدعي". كما لا بد من الإشارة إلى الدور الذي تمارسه المحكمة الإدارية العليا في العراق في مجال تنفيذ الأحكام النهائية، إذ نصت المادة (٢/رابعاً- ج) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل على أن " تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر فيما يأتي:

(١) الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.

(٢) التنازع الحاصل حول تعيين الإختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين.

(٣) التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البنات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر".

والملاحظ على النص أعلاه أنه يجعل من المحكمة الإدارية العليا محكمة تنازع في أحوال تنازع الإختصاص ما بين محاكم القضاء الإداري المختلفة - قضاء إداري أم قضاء موظفين - حول تنفيذ أحكام متناقضة، وذلك على وفق الشروط الآتية:

١. من حيث نوع الأحكام: يجب أن تكون الأحكام مكتسبة درجة البنات من جهة، ومتناقضة من حيث النتيجة وما تقضي به ثانياً، مما يجعل التنفيذ غير ممكن فيما يخص الأطراف.

٢. من حيث مصدر الأحكام: يجب أن تكون هذه الأحكام صادرة عن إحدى جهات القضاء الإداري في العراق حصراً، أي محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.

٣. من حيث موضوع الأحكام: يجب أن تكون الأحكام المتناقضة تنصب على موضوع واحد.

٤. من حيث الأطراف: إما أن يكون الحكمين المتناقضين بين الخصوم أنفسهم أو يكون أحد الخصوم طرفاً في هذين الحكمين.

هذا ويكمن إختصاص المحكمة الإدارية العليا في هذا المجال بترجيح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه من دون الحكم الآخر، أي أنها تسهل عملية التنفيذ وترفع الإرتباك عنها، إلا أنه من الجدير بالذكر أن قرار المحكمة الإدارية العليا يبقى مثل الأحكام الأخرى الصادرة عن القضاء الإداري خاضعاً لجميع ما تقدم ذكره من تحكم الإدارة في عملية التنفيذ وضرورة تدخلها الإيجابي، أي أن صدور الحكم من المحكمة الإدارية العليا لا يمنحه أفضلية أو علوية، ولا يؤثر في مجال التنفيذ.

وختاماً نقول، أن هذه المحاولات القضائية في مجال إلزام الإدارة بالتنفيذ ومواجهة تعنتها - سواء في فرنسا أم مصر، فضلاً عن العراق - لم تشمل كل المجالات بل ظهرت بعض المجالات التي إستعصى على القاضي اللوج إليها وتوجيه الأوامر للإدارة بخصوصها، وقد تبنى القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر المعيار الشكلي لتحديد ما يعد عملاً إدارياً يخضع لرقابة القضاء عما سواها من أعمال، ومن ثم لا يجوز أعمال الرقابة على بعض المسائل المتعلقة بأعمال السيادة أو الأعمال التشريعية.

الخاتمة

لقد أسلفنا أن ظاهرة تمرد الإدارة على القضاء ليست بالظاهرة الجديدة، وإمتناعها عن تنفيذ الأحكام هي الأخرى باتت واقعاً ملموساً ومعاشاً لا يمكن حجبها أو إنكاره، بل أنها تتسع يوماً بعد يوم مع ما لذلك الإمتناع من غمط لحقوق الأفراد وإعتداء عليها، بل يمكن القول أن هنالك علاقة حتمية ما بين تمتع الأفراد بحقوقهم وقيام الدولة القانونية من جهة وتنفيذ الأحكام القضائية من جهة أخرى.

فلا وجود للدولة القانونية إلا بتحقيق الإعراف بالحقوق الفردية، ولا وجود لمبدأ المشروعية إلا بوجود مبدأ آخر ألا وهو تقديس وإحترام الأحكام القضائية، ويمكن القول أن الدولة القانونية تقوم على أركان ثلاث لا بد من تحققها هنا، الأول يتعلق بحرمة حقوق الأفراد، والثاني بحرمة الأحكام القضائية، والثالث خضوع الإدارة للقانون (المشروعية)، فإذا كانت الرقابة القضائية ركن من أركان الدولة القانونية فأنها لا تتكامل إلا بخضوع الإدارة للقانون وإلتزامها بتنفيذ ما يفرضه عليها من إلتزامات ومنها تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، وكل ذلك غايته إنصاف وحماية حقوق وحريات الأفراد من جورها وإعتداءها.

ونعتقد أنه من غير الممكن الإعتماد لبيان سبب إلتزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها على أساس لوحده، ونعتقد أن إلتزام الإدارة يقوم على أساسين إثنين، أساس شكلي يتمثل في حجية الشئ المقضي به، لأن الأحكام النهائية الحائزة لقوة الشئ المقضي به هي عنوان للحقيقة، أما الأساس الموضوعي لضرورة إمتثال الإدارة للأحكام القضائية فإنه يجد سنده في القانون. بمعنى آخر إن القانون وإحترام أحكام القضاء وإحترام حجية الأمر المقضي به الذي تتمتع به الأحكام تقف جميعاً خلف إلتزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة في مواجهتها، ولا ريب أن في تعدد أسس الإلتزام محاولة حقيقية لإخضاع الإدارة للقانون في سبيل الحفاظ على ما للأفراد من حقوق في مواجهتها.

ولالإمتناع عن التنفيذ صور شتى، فقد يكون بشكل إمتناع جهة الإدارة الصريح عن تنفيذ الحكم القضائي، أو قد يكون بصورة تنفيذ جهة الإدارة للحكم القضائي على نحو غير كاف، أو أن تتراخى جهة الإدارة في تنفيذ الحكم القضائي، أو في ضوء قيامها إعادة إصدار القرار الملغى.

ولا يجوز لنا الإفتراض - حال إمتناع الإدارة عن التنفيذ - أن الإدارة سيئة النية وأنها تروم إفراغ حكم القاضي من محتواه، إذ قد تواجه الإدارة في بعض الأحوال صعوبات تحول بينها وبين التنفيذ وهذه الصعوبات قد تكون قانونية، كما لو صدرت تشريعات جديدة لاحقة على صدور الحكم القضائي، يكون من شأنها تعطيل تنفيذه، أو إفراغه من مضمونه، أو تقويت الفرصة على من صدر الحكم لصالحه للإستفادة منه، أو إستبعاد إستخدام طرق التنفيذ الجبرية ضد الإدارة تشريعياً أو عرفياً، وقد تكون صعوبات واقعية كما في أحوال مساس تنفيذ الحكم بالنظام العام، أو عدم وجود التخصيص المالي في ميزانية الإدارة لتنفيذ الأحكام، أو أن يكون الحكم نفسه سبباً لعدم التنفيذ لغموض منطوقه، أو وجود صعوبة مادية تحول من دون التنفيذ وتجعله مستحيلاً.

لكل ما تقدم كان لا بد من إيجاد بعض الوسائل لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، وكان من بين هذه الوسائل اللجوء الى دعاوى المسؤولية (الإدارية أو مسؤولية الموظف الجزائية أو التأديبية)، التي تمثل تهديداً واضحاً للإدارة الممتنعة عن التنفيذ، ومن ثم فهي من بين الوسائل التي يمكن من خلالها إجبار الإدارة على التنفيذ، أو بعبارة أكثر دقة تعد وسيلة علاجية لإمتناع الإدارة عن التنفيذ، على إعتبار أنها تثار عقب قيام الإدارة بالإمتناع عن التنفيذ، وليست وسيلة إجبار مباشر تترادف مع صدور الحكم لصالح المحكوم له، إلا أن لعنصر التهديد بإستخدام دعاوى المسؤولية قد يكون لها بعض الأثر في عملية إكراه الإدارة على

التنفيذ. كما أن هنالك من الوسائل التشريعية التي أستخدمت مؤخراً لغرض إجبار الإدارة على التنفيذ، مثل أسلوب الغرامة التهديدية أو الحجز الإداري، وهما تمثلان وسائل لاحقة على الحكم الأصلي الصادر لصالح الفرد في مواجهة الجهة الإدارية، لضمان تنفيذه بعد ثبوت إمتناعها أو مماطلتها في التنفيذ.

فضلاً عن وسيلة قضائية، بدأ يمارس من خلالها القاضي الإداري دوراً أوسع في مجال إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها لصالح الأفراد وإنتصاراً لحقوقهم، وهي أن يوجه القاضي الأوامر للإدارة أو أن يحل محلها لإتخاذ القرار الجديد.

وفي نهاية بحثنا هذا توصلنا الى بعض المقترحات نجملها فيما يأتي:

١. إنشاء دائرة للتنفيذ تختص بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري او قضاء الموظفين، أو على الأقل إخضاع قرارات الإلغاء الصادرة عن تلك المحاكم لنفس الآلية المتبعة في تنفيذ الأحكام الاعتيادية، للتخلص من إشكالات تنفيذ الأحكام وعدم الإصطدام بالإدارة حين التنفيذ، أو يصبح المحكوم له تحت رحمتها تستعمل في مواجهته ما تشاء من وسائل المماطلة بدعوى السلطة التقديرية.

٢. التأكيد على أهمية صياغة الأحكام ووضع منطوقها ودقة الفاظها وعدم تباين دلالاتها، هذا فيما يتعلق بصياغة الأحكام، كما نؤكد على ضرورة الدقة في طباعة هذه الأحكام ومراجعتها لغوياً وطباعياً قبل تسليمها للمحكوم له، كي لا تكون ذريعة بيد الإدارة تتملص من خلالها من التنفيذ. ونعتمد ضرورة دراسة فن الصياغة القانونية لا لطلبة المعهد القضائي فحسب، بل ويمكن أن تدرس في كليات القانون لأهميتها الجمة.

٣. على الرغم من رفضنا للحلول المؤقتة، ودعوتنا المتكررة الى إنشاء مجلس دولة على وفق أحكام المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، إلا أن صدور التعديل الخامس عام ٢٠١٣، بعد مخاض سنوات، كان يمكن أن يظهر خلالها المجلس المنشود، جعلنا نعيد صياغة مقترحاتنا إنسجاماً مع سياق الحلل المؤقتة، لذا نرى أن ينص في قانون مجلس شوري الدولة على أن تكون محاكم القضاء الإداري وتحت رقابة المحكمة الإدارية العليا الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات إمتناع الإدارة عن التنفيذ، باعتبارها محكمة أصل الموضوع، مع التأكيد على أننا نرى عدم جدوى إقامة دعوى أخرى لمخاصمة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، ما لم تحاط هذه الدعوى الجديدة بضمانات تنفيذية.

٤. العمل على إيجاد الحلل التشريعية الناجعة حيال مواجهة كافة صور إمتناع جهة الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية. ولا ضير من أخذ بعض من التجارب الحديثة مثل وسيلتي الغرامة التهديدية أو الحجز الإداري من أجل إجبار الإدارة على التنفيذ.

٥. أن تعمل الإدارات المختلفة على القضاء على كل أشكال الفساد الإداري، ومن أهمها الروتين والبيروقراطية في العمل الإداري، وأن تعمل بكل شفافية وكفاءة دافعها تحقيق المصلحة العامة، وهاجسها - دوماً - أن المواطن شخص ذا كرامة وليس متسولاً يقف على أعتاب الوزارات.

المصادر

١. أسامة ابراهيم علي التايه - مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الاسلامية- ط١- دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع - الاردن - عمان - ١٩٩٩.
٢. اسراء محمد حسن - حجية حكم الإلغاء وعدم التزام الإدارة بتنفيذه - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٦.

٣. جامعة الدول العربية - التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية وإيجاد أساليب فعالة لمعالجتها - بيروت - ٢٠١٠
٤. حسين ابو زيد - الحكم بالإلغاء - حجبه واثاره وتنفيذه - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع.
٥. حمدي ياسين عكاشة - الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة - ط١- منشأة المعارف - ١٩٩٧.
٦. حسين حمودة المهدي: شرح أحكام الوظيفة العامة - ط١- المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان - طرابلس - ١٩٨١.
٧. د. حسن السيد بسيوني - دور القضاء في المنازعة الإدارية/دراسة تطبيقية للمقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر- القاهرة - ١٩٨١.
٨. د. حسني سعد عبد الواحد - تنفيذ الأحكام الإدارية - مطابع مجلس الدفاع الوطني - ١٩٨٤.
٩. د. سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء - دعاوى الإلغاء- كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية-١٩٩١.
١٠. د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - ط١ - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٤.
١١. د. سليمان محمد الطماوي - قضاء الإلغاء - ك١ - ط٥ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦.
١٢. د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر العربي - ط٤ - ١٩٧٦.
١٣. د. سليمان الطماوي - القضاء الإداري / قضاء التعويض - ك٢.
١٤. عادل السيد فهم - القوة التنفيذية للقرار الإداري - الدار القومية للطباعة والنشر - القاهرة - بدون سنة طبع.
١٥. د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - دار النشر للجامعات - القاهرة، ١٩٥٢.
١٦. د. عبد المنعم جيرة - اثار حكم الإلغاء- اطروحة دكتوراه - القاهرة - ١٩٧٧.
١٧. د. عبد المنعم عبد العظيم الجيزة - آثار حكم الإلغاء في القانونين المصري والفرنسي- ط١- اطروحة دكتوراه- ١٩٧١.
١٨. عثمان محمود - الأحكام القضائية بين التنفيذ والتعطيل - من منشورات الانترنت - lattakia.org
١٩. فاروق الكيلاني - إستقلال القضاء - ط٢- المركز العربي للمطبوعات - ١٩٩٩.
٢٠. د. ماجد راغب حلوق، القضاء الإداري، دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٢.
٢١. د. مازن ليلو راضي- القضاء الإداري- دهوك - مطبعة جامعة دهوك - ٢٠١٠.
٢٢. مازن ليلو راضي - وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري - مجلة الحقوق - كلية القانون / الجامعة المستنصرية - العددان ١١ و١٢ - المجلد (٣) السنة (٥) - ٢٠١٠.
٢٣. د. مصطفى ابو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة - ط٣ - ١٩٦٦.
٢٤. د. محمود حلمي - القضاء الإداري - ط٢ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٧.
٢٥. د. محمود حلمي - القضاء الإداري - الطبعة الاولى - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٤.
٢٦. مزهر جعفر عبد - جريمة الامتناع في التشريع العراقي - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون-جامعة بغداد - ١٩٨٧.
٢٧. د. مصطفى كامل - شرح قانون العقوبات العراقي- الطبعة الاولى - مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٤٩.
٢٨. محمد قصري - تنفيذ الأحكام الإدارية الغرامة التهديدية والحجز - من منشورات الانترنت - hawassdroit.ibda3.org
٢٩. د. محمود محمد حافظ - القضاء الإداري - ط٤- دار النهضة العربية - ١٩٦٧ - ص٦٠١ ود. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري.

٣٠. د. مصطفى كمال وصفي - اصول إجراءات القضاء الإداري - ط٢ - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٧٨ .
٣١. د.نجيب احمد عبد الله - الإجراءات الخاصة للتنفيذ الجبري ضد الإدارة - المكتبة القانونية - القاهرة - ٢٠٠٦ .
٣٢. د. وجدي ثابت غبريال - مبدأ المساواة امام الاعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية- دار النهضة العربية - القاهرة.

السياسة الضريبية بين تشجيع الاستثمار بالطاقة وحماية البيئة وآلية الموازنة بينهما

ا.م.د.راند ناجي احمد
كلية القانون / جامعة الفلوجة

Abstract

The tax of tools important country in achieving the goals of different and perhaps that this ‘ environmental and others‘ economic and social‘financial whether ‘tool gain special importance in encouraging investment energy conventional energy or renewable where is this policy to grant the investor tax uses ‘ by contrast‘breaks such as tax breaks or undergo price tax low or otherwise ‘tax policy legislator also to protect the environment through various means notably the imposition of an energy tax on investors in the field of conventional energy sources in particular the results from these sources of polluting gases. It is here ‘then reflected the manifest contradiction between the two policies above especially those that have a ‘raises the question of whether the state should conventional energy reservoirs that deviate from one of the two policies in favor of the other? Therefore it requires finding a balance between the two policies look keep on targets legislator to encourage investment energy and at the same time but according to certain ‘maintain a clean environment by imposing an energy tax controls addressed search does not affect the trends in the energy sector investors.

المقدمة

تعد الضريبة الاداء الاساسية التي تركز اليها الدول في سبيل تحقيق اهدافها المختلفة من مالية واقتصادية واجتماعية وسياسية وغير ذلك.لذا استدرك فقهاء الاقتصاد على وجه الخصوص لاسيما في بدايات القرن السابق اهميتها في معالجة المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التي مرت بها عبر تبني ما يعرف بالسياسة الضريبية التي تعبر عن وجه نظر الدولة في ايجاد الحلول الضريبية الناجعة للمشاكل تلك.

وطالما ان العالم ومنذ ظهور الثورة الصناعية واكتشاف مكامن الطاقة لأدوات هذه الثروة تتقدم فيه الامم وتتأخر وتنمو اخرى وتتخلف بالاستناد لما متوفر لديها من مكامن الطاقة او لما تحوزه من معالمها انطلق سباق محموم بين الدول تنشد فيه الى حيازة وتملك اكبر كم ممكن من مصادر الطاقة ايا كان نوعها تقليدية ام نووية ام متجددة يمكن ان ترفد صناعاتها وتنمي مواردها وتغذي طموحاتها في تحقيق مصالح شعوبها. ولكن ربما تكون يد الدولة قاصرة على تحقيق مرادها هذا بمفردها مما يستلزم الاستعانة بغيرها من رؤوس الاموال وصناعات بما يعرف بالاستثمار. وهذا ما يدفعها الى تبني مختلف السبل وشتى السياسات بغية توجيه بوصلة المستثمرين اليها دون غيرها وفي قطاع الطاقة دون غيره.

وبالمقابل لذلك ولما كانت معظم دول العالم تعتمد في استهلاكها للطاقة على انواع معينة من مصادرها وهي النفط والغاز الطبيعي والفحم وبنسبة تصل ٨٠% من اجمالي الطاقة المستهلكة، فان هذا الاستهلاك دق ناقوس الخطر المهدد لحياة الكون يرتمه لما تسببه هذه المصادر من انبعاثات غازية زادت بشكل مخيف من ظاهرة الاحتباس الحراري، مما استدعى تظافر جهود الامم التي نادى في مؤتمراتها ومحافلها الى اتباع سياسات ضريبية حامية للبيئة ومحافظة على عناصرها.

وبالنتيجة ستكون الدول امام هدفين اولهما تشجيع الاستثمار في الطاقة وثانيهما حماية البيئة. وهنا تثار اسئلة عدة منها ماهي السياسة الضريبية التي تتبعها الدول لتحقيق اي من الهدفين؟ وهل ثمة تعارض بينهما؟ وما هو السبيل الناجع في التوفيق بينهما اذا ما وجد مثل هذا التعارض؟

كل هذه الاسئلة سنجيب عليها في مباحث ثلاث يتناول الاول السياسة الضريبية لتشجيع الاستثمار بالطاقة ويخوض الثاني في غمار السياسة الضريبية في حماية البيئة اما الثالث فانه سيركز على آلية الموازنة بين السياستين.

المبحث الاول

دور السياسة الضريبية في تشجيع الاستثمار في الطاقة

لا يخفى على احد ان مصادر الطاقة متعددة ومتنوعة في عالم اليوم فمنها مصادر طاقة تقليدية واخرى نووية وثالثة متجددة وان بعضها متوفرة في عدد محدود من الدول ومعرضة للنفاذ والنضوب كالنفط والغاز وبعضها يحتاج الى تكاليف مالية باهضة وإمكانات علمية كبيرة كالطاقة النووية والطاقة المتجددة. ومما لا مراء فيه أن أية دولة تتبع سياسات مختلفة في سبيل التشجيع على الاستثمار في بعض هذه المصادر دون غيرها او تعمل على استخدامها بشكل متفاوت بحسب ما تملكه من مصادر طبيعية او إمكانيات علمية او درجة الأهمية التي توليها لبعضها دون البعض الآخر وبالتأكيد ان توجيه الموارد تلك يكون متوسلا بوسائل وأدوات عدة لعل من أبرزها استخدام سياسة ضريبية منضبطة تتواءم مع الأهداف التي ترنوا إليها في تشجيع الاستثمار في مصدر معين من مصادر الطاقة دون آخر. وسنبسط ذلك بحثا من خلال تحديد توجهات الدول في تشجيع الاستثمار في الطاقة وبيان أهم الحوافز الضريبية التي تركز إليها الدول في سبيل تشجيع الاستثمار هذا، ثم نبين مدى أهمية هذه الحوافز في تحقيق غايات الدولة في تشجيع الاستثمار في الطاقة، ولأهمية هذا الموضوع على المستوى الوطني سنبين اخيرا موقف المشرع الضريبي في العراق من تشجيع الاستثمار في الطاقة :

المطلب الأول - توجهات الدول في تشجيع الاستثمار بالطاقة

من الطبيعي ان تختلف رغبات الدول وتوجهاتها في تشجيع الاستثمار بالطاقة اذا ما استثنينا الطاقة النووية، بين الطاقة التقليدية والطاقة المتجددة بحسب مصادر ومكامن الطاقة التي تحتكم عليها وإمكاناتها

العلمية. وابتداء لا بد ان نبين بان الطاقة التقليدية هي الطاقة المتأتية من المصادر الاحفورية كالنفط والغاز والكبريت والفحم والمواد المشعة التي تمثل المصدر الاساس للحياة حيث تعتمد عليها البشرية في العيش والنمو والتقدم^١. اما الطاقة المتجددة وتشمل ما طور حديثا من مصادر الطاقة التي لا تنضب كالوقود الحيوي وطاقة الرياح والطاقة الشمسية والطاقة المائية (الكهرومائية) وهي تسمى بالطاقة النظيفة^٢. وعموما يمكن ان نقسم رغبات تلك الدول وتوجهاتها في تشجيع الاستثمار في الطاقة الى قسمين نبيينهما في الفرعين الاتيين

الفرع الاول- توجهات الدول في تشجيع الاستثمار في الطاقة التقليدية

تعد الدول التي تشجع على الاستثمار بالطاقة التقليدية كالوقود الاحفوري الناجم عن الفحم والغاز الطبيعي والنفط هي الدول التي ثبت لديها اكتشاف مكامن هذه المصادر.ومن ثم فان الدول البترولية مثلا تعتمد بالتاكيد سياسة معينة تبغي من ورائها تشجيع الاستثمار بالطاقة التقليدية لاسيما وان انتاج الثروات النفطية يعود عليها بايرادات مالية كبيرة ولعل من ابرز ادوات هذا التشجيع استخدام الحوافز الضريبية.اذ تشير البيانات الصادرة عن منظمات متخصصة الى زيادة حجم الاستثمار الاجنبي في دول الخليج العربي في قطاع النفط والغاز وعلى وجه الخصوص في المملكة العربية السعودية والامارات العربية وسلطنة عمان وذلك بنسبة ٥٤% و ٤٨,٥% و ٤٧% على التوالي^٣. كما تشير تقارير اخرى بان ارتفاع أسعار النفط ادى الى اجتذاب المزيد من الاستثمارات في دول مجلس التعاون الخليجي في مجال الطاقة التقليدية المتعلقة بالنفط والغاز. وهذا الأمر بالتاكيد ينطبق على بقية دول منظمة اوبك. علاوة على دول اخرى خارج منظمة اوبك لديها خزين بترولي جيد مثل مصر التي اشارت البيانات الرسمية فيها ان قطاع البترول استحوذ على النصيب الاكبر من صافي التدفقات الاستثمارية لتصل نسبته الى ٦٥,١% في عام ٢٠٠٤-٢٠٠٥^٤.

الفرع الثاني - توجهات الدول في تشجيع الاستثمار بالطاقة المتجددة

من المفروغ منه ان الدول التي ليس لديها مكامن طاقة تقليدية او لديها ولكنها نضبت تحاول أن تبحث عن مصادر طاقة بديلة لاسيما بعد ارتفاع أسعار البترول بشكل كبير جدا ووجدت ضالتها في الطاقة النووية والطاقة المتجددة لكن الطاقة النووية تحيطها الكثير من المخاطر كما ان الاعتماد عليها يكلف الدولة اعباء مالية كبيرة لتغطية نفقات الصيانة المستمرة التي تحتاجها، ولذلك اضحى التوجه لديها هو توسيع الاستثمار في مجال الطاقة المتجددة لما تحظى به من اهتمام عالمي للمحافظة على البيئة وتقليل مخاطر التلوث المناخي. ويمكن ملاحظة ان دعم مشاريع الاستثمار بالطاقة المتجددة يكون اما بسن قوانين خاصة بها تعرف بقوانين الطاقة المتجددة كما هو الحال في كل من المانيا والتشيك والدنمارك والصين والاردن او تضمين قوانين الطاقة الخاصة بها احكاما تشجع على الاستثمار بالطاقة المتجددة كما هو الحال ببلغاريا وجنوب

١ - زينب منذر جاسم وفضيلة عباس غائب، الضريبة البيئية، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق/جامعة الموصل بعنوان الحماية القانونية للبيئة (الواقع والافاق)، ٢٠٠٩، ص ٢٤.

٢ - د. روبرت ل. ايفانز، شحن مستقبلنا بالطاقة (مدخل الى الطاقة المستدامة) ترجمة د، فيصل حردان، ط١، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، ٢٠١١، ص ١٣١.

٣ - د. زايري بلقاسم، اتجاهات ومعوقات الاستثمارات الاجنبية في دول مجلس التعاون الخليجي، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١، ص ٥٠٣-٥٠٨.

٤ - د. ماجد شلبي، الاستثمار الاجنبي واثره على النمو الاقتصادي (دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصري)، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١، ص ٨٤.

٥ - د. روبرت ل. ايفانز، مصدر سابق، ص ٣٠.

افريقيا وجورجيا وغيرها او ان قوانين الكهرباء تحتوي على نصوص ومواد تشجع على الاستثمار بالطاقة المتجددة مثل فرنسا ورومانيا وكرواتيا.^١

ولعل ابرز الدول التي تشجع الاستثمار بالطاقة المتجددة هي الولايات المتحدة الامريكية، اذ فضلا عن رغبتها في المساهمة في معالجة مشكلة الاحتباس الحراري التي سببتها استخدام الطاقة التقليدية فان هنالك اسباب اخرى منها يتعلق بأمن الطاقة القومي اذ تشير التوقعات الحالية الى ان استهلاك النفط في الولايات المتحدة الامريكية يتزايد وسوف يتجاوز منحنيات تقديرات الانتاج المحلي التي توقفت عن الارتفاع مما يجعل هذه الدولة معتمدة على اسواق النفط الاجنبية بصورة متزايدة وهو ما سيجعل الاقتصاد الامريكي عرضة للتأثير باي انقطاع في واردات البترول. علاوة على ذلك يدفع النمو الذي تشهده كل من الصين والهند الى الضغط على اسواق النفط العالمية مما يدفع الى ارتفاع أسعار النفط بشكل كبير جدا وهو ما سوف يساهم في رفع تكاليف الحصول عليه بصورة عالية جدا، بالإضافة الى ذلك ان كلفة الطاقة المتجددة ما فتئت تتناقص منذ عدة عقود بسبب تحسين تكنولوجيا انتاجها وهذا ما يجعل لها ميزة تفضيلية مقارنة بمصادر الطاقة التقليدية. ولذلك زادت نسبة الاستثمار في مجال طاقة الرياح والطاقة الشمسية والوقود البيولوجي بشكل كبير جدا. اما في الاتحاد الاوربي فبدأت دوله تتخذ خطوات مهمة تهدف الى تعزيز استعمال الطاقة المتجددة واصبحت مصدرا للسياسات المبتكرة كما اضحت بعض هذه الدول تمنح مزايا ضريبية في سبيل تشجيع الاستثمار فيها كالمملكة المتحدة وفنلندا واليونان وغيرها.^٢

وعلى الرغم من كل ما قلناه سابقا نجد ان بعض الدول التي لديها مكامن طاقة تقليدية تذهب الى تشجيع الاستثمار بالطاقة المتجددة لمعرفة ان مصادر الطاقة التقليدية هي معرضة للنضوب، ولكي لا تكون رهينة المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها مستقبلا حيث تنفذ هذه المصادر او يقل استهلاكها نتيجة لزيادة الطلب على مصادر الطاقة المتجددة بعد انخفاض تكاليف انتاجها او للمحافظة على بيئتها، ولعل من بين هذه الدول هي اندونيسيا والهند فالأولى تعد من ابرز دول اوبك النفطية والثانية لديها خزين كبير من الفحم ومع ذلك تتبنى سياسات تبغي من ورائها تشجيع الاستثمار بالطاقة المتجددة.^٣ وقد سارت على هدى هذا النهج بعض اكبر الدول النفطية في المنطقة العربية وهي المملكة العربية السعودية والامارات العربية المتحدة؛ اذ اعلنت الدولتان عن سعيهما إلى ضخ استثمارات كبيرة لدعم مجالات الطاقة المتجددة، وفي تقدير لشركة بنويل

^١ - د. مهندس محمد مصطفى محمد الخياط و مهندس ماجد كرم الدين محمود، سياسات الطاقة المتجددة عالميا، منشور على الموقع الالكتروني <http://abudhabienv.ae>

^٢ - ميكل اكهارت، الطاقة المتجددة: التطلع الى طاقة لا تنضب، ٢٠٠٨، منشور على الموقع الالكتروني

<http://iipdigital.usembassy.gov>

^٣ - برنامج دراسة حالات البلدان ذات النمو المنخفض في الانبعاثات الكربونية، اعده البنك الدولي للتنمية والتعمير، ايلول/

٢٠٠٩، منشور على الموقع الالكتروني wbi.worldbank.org/

^٤ - فضلا عن ذلك فان هاتين الدولتين لم يقتصر اهتمامهما على الطاقة المتجددة بل كان لهما مبادرات هامة في مجال الاستثمار بالطاقة النووية اذ اعلنت المملكة العربية السعودية عن مشروع لإنشاء مفاعل نووي لتوليد الكهرباء بحلول عام ٢٠٣٠ تبلغ تكلفته ٣٠٠ مليار دولار بغية تغطية ٢٠% من حاجتها من الكهرباء، كما تم الاعلان في الامارات عن السياسة العامة لتطوير الطاقة النووية السلمية في الاول من ابريل ٢٠٠٨ وقد توج ذلك بصدور قانون الطاقة النووية رقم (٤) لسنة ٢٠١٢ لتنظيم استخدام الطاقة النووية وانشاء وادارة المرافق النووية. انظر في تفصيل ذلك د. محمد احمد زيدان، الابعاد الاقتصادية لبرنامج الطاقة النووية في دولة الامارات العربية المتحدة، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السنوي الحادي والعشرون تحت عنوان (الطاقة بين القانون والاقتصاد) الذي أقامته كلية القانون /جامعة الإمارات، الجزء الأول، ٢٠١٣ ص٢٩، د. محمد احمد غوير، التشريعات الداعمة للحصول على الطاقة النووية والطاقة المتجددة (التجربة الاماراتية) بحث مقدم الى المؤتمر اعلاه، ص٣٣١ و د. سارة محسن العتيبي، مصدر سابق، ص١٢٦.

للطاقة عن حجم المشاريع التي تسعى دول مجلس التعاون الخليجي لتنفيذها في هذا النوع من مصادر الطاقة قد بلغ ٢٥٠ مليار دولار. ولعل في انشاء الوكالة الدولية للطاقة المتجددة (IRENA) وجعل مقرها في ابو ظبي يعد عاملا مشجعا للإمارات على وجه الخصوص والمنطقة العربية على وجه العموم لتبني سياسة جديدة تهتم بمصادر الطاقة المتجددة لاسيما وانها اول منظمة دولية تتخذ من منطقة الشرق الأوسط مقرا لها^١.

المطلب الثاني - الحوافز الضريبية المشجعة على الاستثمار في الطاقة

هنالك الكثير من الحوافز الضريبية التي يركن إليها في سبيل ترغيب أصحاب رؤوس الأموال على الاستثمار بالطاقة ايا كان مصدرها وقد نصت التشريعات المقارنة على بعض هذه الحوافز كما أشار الفقه الى البعض الآخر، ويمكن ان نبين هذه الحوافز على النحو الاتي:

اولا: منح الإعفاءات الضريبية :

يراد بالإعفاء الضريبي امتياز يستبعد بموجبه المشرع دخل المكلف او نشاطه بشكل كلي او جزئي دائمي او مؤقت من الخضوع للضريبة ايا كان هدفه او غرضه^٢. وفي اطار الكلام عن الاستثمار بالطاقة فان غاية المشرع من تقرير الإعفاءات الضريبية هي تشجيع المستثمرين المحليين والاجانب على ولوج ميدان الطاقة؛ لما يشكله من اهمية بالنسبة للدولة سواء كان الامر متعلق بالطاقة التقليدية ام الطاقة المتجددة ام غير ذلك من انواع الطاقة.

وعند تصفح التشريعات المختلفة نجد ان هذه الإعفاءات يشار إليها تارة في قوانين الاستثمار و تارة اخرى في قوانين النفط والبتروول وتارة ثالثة في قوانين خاصة بالطاقة المتجددة وسوف نتعرض هنا الى مجموعة من الإعفاءات الضريبية الممنوحة للمستثمرين في ميدان الطاقة في بعض دول العربية و الاجنبية:

١- الإعفاءات الضريبية في مصر :

نظم الإعفاءات الضريبية في مجال الاستثمار بالطاقة في مصر قانون الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ حيث ساوى في احكامه بين الاستثمار في مجال الطاقة والاستثمار في القطاعات الاخرى من حيث منح الإعفاءات، اذ نص على اعفاء الاستثمارات من الضرائب الاتية:

- أ- الإعفاء من الضريبة على ايرادات النشاط التجاري والصناعي.
- ب- الإعفاء من الضريبة على ارباح شركات الاموال بحسب الاحوال لمدد مختلفة من (٥) سنوات الى (٢٠) سنة بحسب الموقع الجغرافي الذي يجري فيه الاستثمار.
- ج- الإعفاء من رسوم الدمغة والتوثيق والشهر ولمدة ثلاث سنوات من تاريخ القيد بالسجل التجاري.
- د- الإعفاء من الضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة.

^١ - انظر تفصيل ذلك د.سارة محسن العتيبي، التحول الاقتصادي الأخضر ودور السياسات الوطنية لتحقيق النمو المستدام (السعودية والإمارات خطط طموحة وتجارب عالمية)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السنوي الحادي والعشرون تحت عنوان (الطاقة بين القانون والاقتصاد) الذي أقامته كلية القانون /جامعة الإمارات، الجزء الأول، ٢٠١٣، ص١٣٤.

^٢ - انظر في تفصيل ذلك د. يحيى حسن ود. عدنان الجوارين، الطاقة المتجددة ودورها في تحقيق التنمية المستدامة في دولة الامارات العربية المتحدة، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السنوي الحادي والعشرون تحت عنوان (الطاقة بين القانون والاقتصاد) الذي أقامته كلية القانون /جامعة الإمارات، الجزء الأول، ٢٠١٣، ص٧٣ و د. سارة محسن العتيبي، مصدر سابق، ص١٠٢-١٠٤

^٣ د.راند ناجي احمد، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٢، ص١٤٤.

^٤ David Holland and Richard J. Vann1, Income Tax Incentives for Investment, p4 منشور على الموقع الالكتروني <http://www.ieo-imf.org/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/>

٥- بالإضافة الى تقرير اعفاءات كمركية على المواد المستخدمة في المشروع الاستثماري.^١

٢- الإعفاءات الضريبية في الجزائر :

نجد تنظيم الإعفاءات الضريبية الممنوحة للمستثمرين في الجزائر في قانونين هما قانون ترقية الاستثمار رقم (٩٣) لسنة ١٩٩٣ والمراسيم التشريعية المتعلقة به ومنها الامر رقم (٠٣/٠١) في (٢٠) اب ٢٠٠١ وقانون المحروقات رقم (٠٥-٠٧) لسنة ٢٠٠٥. لكن الاختلاف بين القانونين وحسب ما نعتقد ان الاول يقدم اعفاءات لتشجيع الاستثمار في الطاقة المتجددة لان ثانيا مواد تشير الى ذلك ومنها المادة (١٠) التي اكدت على منح مزايا اضافية واستثنائية للاستثمارات التي تستخدم تكنولوجيا للمحافظة على البيئة وتدخر الطاقة وتفضي الى تنمية مستدامة، اما القانون الثاني فانه معني بالإعفاءات المقدمة لتشجيع الاستثمار في الطاقة التقليدية، وعموما فان قانون الاستثمار اشار الى نوعين من المزايا ضمن نظامين احدهما هو النظام العام و الآخر هو النظام الاستثنائي (الخاص) وقد تناول النظام الاخير المزايا الضريبية التي يستفيد منها المستثمر في مجال حماية البيئة وادخار الطاقة علاوة على تلك المزايا التي يتمتع بها والمنصوص عليها في النظام العام. وقد قسم النظام الاستثنائي المزايا الممنوحة للمستثمرين وفق مرحلتين هي مرحلة بدء الانجاز للاستثمار ومرحلة انطلاق الاستغلال:

أ- مرحلة بدء الانجاز للاستثمار: حيث يستفيد المستثمر من الإعفاءات الآتية :

١- الإعفاء من حقوق نقل الملكية (ضريبة نقل الملكية) المتعلقة بكل العقارات ذات الصلة بالاستثمار.

٢- الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة المفروضة على السلع والخدمات التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

٣- الإعفاء من الضريبة الكمركية بالنسبة للسلع المستوردة والتي تدخل مباشرة في انجاز المشروع.

ب- مرحلة انطلاق الاستغلال: يتمتع المستثمر في هذه المرحلة بالإعفاءات الآتية:

١- الإعفاء لمدة (١٠ سنوات) من تاريخ بدء النشاط الفعلي للمشروع من الضرائب المفروضة على ارباح الشركات ومن الرسم على النشاط المهني.

٢- الإعفاء لمدة ١٠ سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.^٢

أما قانون المحروقات المشار اليه اعلاه فقد نص على مجموعة من الإعفاءات الضريبية في اطار التشجيع على الاستثمار في النفط والغاز الطبيعي ومنها ما نصت عليه المادة(٨٩) من إعفاء النشاطات المتعلقة بالبحث او الاستغلال الخاضعة لهذا القانون من الرسم على القيمة المضافة الخاصة بالأموال والخدمات المتعلقة بنشاطات البحث والاستغلال، والإعفاء من الرسم على النشاط المهني، والإعفاء من الضرائب الكمركية المفروضة على استيراد التجهيزات والمواد والمنتجات التي يتم استعمالها في نشاطات البحث والاستغلال. كما نصت المادة(٩٧) على اعفاء نشاطات نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وتمييع الغاز وفصل غاز البترول من الرسم على القيمة المضافة المتعلقة بالأموال والخدمات الثابتة والإعفاء

١ - د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الاجنبي وحوافزه في القانون المصري، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١، ص٥٨٣-٥٨٤.

٢ - أ.طالبي محمد، اثر الحوافز الضريبية وسبل تفعيلها في جذب الاستثمار الاجنبي المباشر في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ٦٤، ص٣٢١، منشور على الموقع الالكتروني <http://iefpedia.com/arab>

من الضريبة الكمركية المفروضة على املاك التجهيز والمواد والمنتجات التي يتم استعمالها في هذه النشاطات.^١

٤- الإعفاءات الضريبية في الاردن :

اشار المشرع الاردني الى الإعفاءات الضريبية الممنوحة للمستثمرين في مجال الطاقة في قانونين احدهما قانون الطاقة المتجددة والثاني قانون الاستثمار. واراد بالقانون الاول من منح الإعفاءات المذكورة التشجيع على الاستثمار في الطاقة المتجددة، اما الثاني فقد تضمن اعفاءات ضريبية بغية التشجيع على الاستثمار في الطاقة التقليدية:

فبالنسبة للإعفاءات التي اوردها قانون الطاقة المتجددة وترشيد الطاقة لسنة ٢٠١٢ فانه من ابرزها ما نصت عليه المادة (١١) بقولها تعفى جميع أنظمة وأجهزة ومعدات الطاقة المتجددة وترشيد استهلاك الطاقة ومدخلات انتاجها وتصنيعها محليا او المستوردة من جميع الضرائب الكمركية وضريبة المبيعات.^٢ ويلاحظ هنا ان المشرع الاردني لم يأت على ذكر الاستثمار على وجه التحديد وهذا امر فيه دلالة على ان المشرع لا يستهدف منه تشجيع الاستثمار في الطاقة المتجددة فحسب وإنما التحفيز ايضا على استخدامها. ومن جانب آخر نجد ان هذا القانون لم يتضمن سوى الإعفاء من ضريبة الكمارك وضريبة المبيعات وكان الاولى بالمشرع طالما يرغب بالتشجيع على هذا النوع من الاستثمار ان يمنح اعفاءات ضريبية للمستثمر من جميع الضرائب ذات العلاقة سواء من ضريبة الدخل ام ضريبة نقل ملكية العقار ام ضريبة التسجيل ام غير ذلك.

اما بالنسبة للإعفاءات الضريبية التي اشار اليها قانون تشجيع الاستثمار رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥ فإنها مقررة في قطاعات عدة ومنها الاستثمار في مجال استخراج ونقل وتوزيع المياه والغاز والمشتقات النفطية وغيرها، وأبرزها هي اعفاء الآلات والمكائن والأجهزة والمعدات والآليات والعدد لاستخدامها حصرا في المشروع الاستثماري من الضرائب الكمركية كما اعفى المشاريع الاستثمارية من الخضوع لضريبة الدخل ولمدة ١٠ سنوات من تاريخ المباشرة بالعمل إلا ان هذا الإعفاء لم يكن بشكل كلي وإنما وفق نسبة تتراوح بين ٢٥% و ٧٥% بحسب الموقع الجغرافي والمنطقة التنموية التي تجري فيها الاستثمار.^٣

٥- الإعفاءات الضريبية في ماليزيا :

تعد ماليزيا من الدول التي نظمت تشريعاتها احكاما خاصا بالإعفاءات الضريبية للاستثمار في مجال الطاقة المتجددة على وجه الخصوص ومن بين ذلك اعفاء الشركات العاملة في مجال الطاقة باستخدام المصادر المتجددة والصديقة بالبيئة كالطاقة الشمسية والطاقة المائية والكتلة الحيوية من ضريبة الدخل بنسبة ١٠٠% لمدة خمس سنوات، بالإضافة الى ذلك منح المشرع الماليزي إعفاءات ضريبية لتوسيع استخدام الطاقة المأخوذة من مصادر متجددة اذ قرر اعفاء معدات نظم الخلايا الشمسية المستوردة او المستخدمة او

^١ - قانون المحروقات الجزائري رقم (٠٧-٠٥) لسنة ٢٠٠٥ (منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية ع (٥٠) في ١٩/يوليو/٢٠٠٥ وعلى الموقع الالكتروني www.mem-algeria.org/fr/

^٢ - قانون الطاقة المتجددة الاردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢ (منشور في الجريدة الرسمية الأردنية ع(٥١٥٣) في ١٦/٤/٢٠١٢) وعلى الموقع www.lob.gov.jo/ui/laws

^٣ - مزايا و حوافز الاستثمار في الاردن (قانون تشجيع الاستثمار رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥، مقال منشور في مجلة مستثمرون، العدد الاول، منشور على الموقع الالكتروني <http://www.hmoud.com/ar>

الجهات الموردة لهذه الخلايا والمعتبرة من مفوضية الطاقة من الضريبة الكمركية وضريبة المبيعات كما اعفى معدات نظم التسخين الشمسي المصنعة محليا من ضريبة المبيعات.^١

ثانيا: تخفيض سعر الضريبة :

من المسائل التي ينظر اليها المستثمر في مجال الطاقة هو ما يستقر عليه سعر الضريبة بعد انتهاء الفترة التي يتمتع بها بالإعفاء، ولذلك وبغية تحفيز أصحاب رؤوس الاموال على الاستثمار في مجال الطاقة تحرص بعض الدول على تخفيض سعر الضريبة دون ان يتعدى ذلك الى الغائها بشكل كامل^٢ كعامل تفضيلي يمكن من خلالها ان تعمل على تحويل وجهة رؤوس الاموال من قطاعات خاضعة لأسعار ضريبية مرتفعة الى تلك التي ينخفض فيها سعر الضريبة. وتشير التطبيقات التشريعية ان من بين الدول التي تبنت هذا النوع من الحوافز الضريبية في مجال الطاقة هي السعودية التي خفضت منذ عام ٢٠٠٤ نسبة ضريبة الشركات الاجنبية من حدها الاقصى وهو ٤٥% الى نسبة مقدارها ٢٠% كما سارت على ذات النهج الكويت التي قامت ومنذ عام ٢٠٠٨ بتخفيض نسبة الضريبة المفروضة على الاستثمارات الاجنبية من حدها الاقصى وهو ٥٥% الى نسبة ١٥% وكذلك قامت عمان بخفض نسبة الضريبة على الشركات الأجنبية من ٥٠.٥% إلى ٣٠.٥%^٣.

اما في الجزائر فان التقرير الذي اعد عام ٢٠٠٥ والذي شمل ٦٠٠ مؤسسة بين ان من العوائق التي تعترض الاستثمار هي ارتفاع السعر الضريبي ومع ذلك فان هذا السعر الضريبي أتجه نحو الانخفاض بالقياس بالأسعار الضريبية في البلدان الواقعة على ضفاف البحر المتوسط حيث يتراوح المعدل العادي للرسم على القيمة المضافة في هذه البلدان بين ١٨% و ٢٥% ومعدل الضريبة على الشركات بين ٣٠% و ٤٠% اما السعر المطبق على ارباح الشركات في الجزائر فتم تخفيضه من ٣٠% الى ٢٥% ولكن ذلك السعر يبدو اعلى من المعدل المطبق على المستوى العالمي الذي يتراوح بين ١٥% و ٢٠% ولهذا طالب منتدى رؤساء المؤسسات الحكومية الجزائرية بتخفيض معدل الرسم على القيمة المضافة الى مستوى موحد في حدود ٢٠% بدلا من ٤٠% والى ٢٠,٥% بالنسبة للضريبة على ارباح الشركات كجزء من السياسات الضريبية التي ينبغي ان تتبعها الدولة لتشجيع الاستثمار لاسيما في مجال الطاقة.^٤

وبالرغم مما قيل اعلاه وبغية تشجيع الاستثمار في مجال الطاقة تضمن قانون المحروقات الجزائري نصا اجاز لكل شخص يستثمر في النشاطات المتعلقة بالكهرباء وتوزيع الغاز ان يستفيد من النسبة المنخفضة للضريبة على ارباح الشركات السارية المفعول من اجل حساب الضريبة التكميلية على الناتج.^٥

ثالثا: احتساب نظام اندثار (استهلاك) معجل :

يعرف الاندثار او كما يسمى في بعض التشريعات بالاستهلاك بأنه تناقص قيمة الاصول الثابتة تدريجيا من سنة لأخرى بسبب التلف الذي يصيبها من جراء استعمالها في الانتاج او ظهور موجودات احدث منها مثل اندثار المكائن والآلات وغيرها وإزاء ذلك يصبح باستطاعة المكلف ان يخصم قيمة هذه الاصول المندثرة من الايرادات الاجمالية والقاعدة المعمول بها في هذا الصدد ان قيمة الاصل لا تستقطع مرة واحدة

^١ - الحوافز البيئية، منشور على موقع هيئة تنمية الاستثمار الماليزية، تحت عنوان استثمار في ماليزيا، وعلى الموقع الالكتروني <http://www.mida.gov.my>

^٢ David Holland and Richard J. Vann I, op.cit , p

^٣ - د. زايري بلقاسم، مصدر سابق، ص ٥٢٦-٥٢٧.

^٤ - ا.طالبي محمد، مصدر سابق، ٣٢٨

^٥ - انظر المادة (٨٨) من قانون المحروقات الجزائري.

من الربح بل توزع على عدة سنوات بحيث يفترض انتفاء المنفعة من الاصل في نهاية المدة.^١ ويتم احتساب الاندثار بعدة طرق تقليدية منها طريقة القسط الثابت وطريقة القسط المتناقص والوحدة المنتجة والقسط المتزايد وغيرها. أما نظام الاندثار أو الاستهلاك المعجل فيراد به السماح للمشروعات باستهلاك أصولها الرأسمالية في وقت اقل من العمر الافتراضي أو العمر المقدر لها ضريبيا وله أشكال مختلفة منها طريقة الاستهلاك الحر ويراد بها منح المستثمر الحق الكامل في تحديد المبلغ السنوي الذي يرغب خصمه كقسط استهلاك للتوصل إلى وعاء الضريبة طالما أن مجموع أقساط الاستهلاك لا تتجاوز صافي التكلفة التاريخية للأصل أي انه يمكن للمستثمر ان يخصم قيمة الأصل بالكامل في سنة شرائه اذا رغب بذلك وهو ما مطبق في السويد والنرويج. وهناك طريقة الاستهلاك الخمسي والتي يراد بها السماح للمشروعات بخصم اصولها الرأسمالية في مدة خمس سنوات حتى وان كان العمر الافتراضي للأصل أكثر من ذلك وهو ما مطبق في الولايات المتحدة الأمريكية وغير ذلك من طرق الاستهلاك المعجل.^٢

ومن المعلوم ان تبني وسيلة الاستهلاك المعجل في ميدان الاستثمار بالطاقة لها اهمية كبيرة لاسيما وان المستثمرين يستخدمون مكائن وآلات عالية الجودة وتكنولوجيا مرتفعة التكلفة، لذلك فان ظهور ابتكارات جديدة احدث منها او استهلاك المكائن والآلات المستخدمة في انتاج وتوليد الطاقة يستلزم من المستثمر رصد مبالغ مناسبة لشراء التكنولوجيا المتطورة او المكائن و الآلات الجديدة وهذا يستدعي السماح له باحتساب اندثار لموجوداته الثابتة بطريقة تمييزية تحفزه على ولوج الاستثمار في هذا الميدان دون غيره. ومن الدول التي تبنت هذا الحافز الضريبي هي تونس حيث حرصت على اعتماد نظام الاندثار بطريقة القسط المتناقص في ميدان الاستثمار وهو ما مكن المؤسسة من دفع ضرائب اقل خاصة في السنوات الاولى.^٣ ويذهب البعض ان اسلوب الاندثار المعجل يعد من اكثر الحوافز الضريبية جاذبية للاستثمار الاجنبي بل ذهب البعض الآخر إلى عد هذا الحافز اكثر فاعلية في التشجيع على الاستثمار من الإعفاء الضريبي من ضريبة الدخل وذلك لأنه يمثل عاملا مؤثرا بالنسبة للمشروعات ذات الاستثمار الرأسمالي الضخم فضلا عن انه يساعد المشروعات التي تسعى الى النمو والتوسع، وهو ما ينطبق على الاستثمار في مجال الطاقة.

وتجدر الإشارة الى ان بعض التشريعات الضريبية تسمح بخصم نسبة مئوية معينة من تكلفة الاصل الخاضع للضريبة في السنوات الاولى للاستثمار غير تلك النسبة المسموح بها للاستهلاك وذلك بغية تشجيع الاستثمار في مجال معين دون آخر ومن بين الدول التي اعتمدت هذه الطريقة انكلترا حيث سمح التشريع الضريبي لديها باحتساب استهلاك إضافي بنسبة (٧٥%) من تكلفة الاصل في سنة الاستثمار غير نسب الاستهلاك العادي وفي مجالات معينة تبغي تشجيع الاستثمار فيها ومنها مصادر الطاقة مثل مناجم الفحم وأبار البترول وغيرها. ولا شك ان هذا الاسلوب يعد حافزا قويا لتشجيع الاستثمار في اصول رأسمالية تستخدم اساليب فنية و انتاجية متقدمة حيث تؤدي هذه الطريقة الى رفع العائد بمقدار الضريبة.^٤

ونرى ان تشجيع الاستثمار بالطاقة يستدعي ايضا اطفاء تكاليف الموجودات غير المادية التي تتحملها المؤسسة في سبيل تطوير نظم التكنولوجيا المستعملة لديها في ميدان الطاقة سواء التقليدية ام المتجددة مثل

١ - د. رائد ناجي احمد، مصدر سابق، ص ١٦٠.

٢ - د. عبد المجيد دراز، السياسة المالية، ج ٣، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٦٨-٢٧٢.

٣ - أ. طالبي محمد، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

٤ - صفوت عبد السلام عوض الله، الحوافز الضريبية واثرها على الاستثمار والتنمية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٢.

٥ - د. صفوت عبد السلام عوض الله، المصدر السابق، ص ١٤-١٥.

شراء براءات الاختراع او دفع مبالغ عن البحوث والدراسات التي تجريها المؤسسة المستثمرة بالاتفاق مع مراكز و بحوث متخصصة، اذ السماح بإطفاء هذه الموجودات بالتأكيد سوف يشجع المستثمرين على التوجه نحو تطوير انظمة التكنولوجيا المستخدمة في استخراج و انتاج الوقود الاحفوري وبنسب انبعاثات كربونية قليلة او التوصل الى احدى صور التكنولوجيا لتطوير انظمة توليد و انتاج الطاقة المتجددة او غير ذلك.

رابعاً: خصم الخسائر او ترحيلها

تعد من الاساليب المهمة التي تساعد على تشجيع الاستثمار في الطاقة هي خصم الخسائر التي يتحملها المستثمر من الارباح التي تتحقق له في السنوات اللاحقة، اذ يساعد هذا الامر على عدم تأكل راس المال المستثمر نتيجة للخسارة التي تحققت، كما انه يؤمن المخاطر التي يمكن ان يتعرض لها المستثمر خلال ممارسة نشاطه الاستثماري، وبالتأكيد يساهم ذلك في صمود المستثمرين في ميدان الطاقة وعدم هجرتهم الى ميدان استثمار آخر. اي بمعنى ان هذه الوسيلة تساعد على استقرار رؤوس الاموال للاستثمار في ميدان الطاقة طالما اطمئن اصحابها على تنزيل هذه الخسارة من الارباح المتحققة في السنوات اللاحقة وهذا ما يدفع المستثمرين الى اعتماد نظم تكنولوجيا افضل تطورا وأكثر حداثة بغية تحقيق الربح كما يساعد على تشجيع التنافس لصالح الاستثمار في الطاقة.

والجدير بالذكر انه ثار خلاف في مصر في ظل قانون الاستثمار السابق رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ حول مدى أحقية المشروعات العاملة في ظل الاستثمار بشكل عام ان ترحل خسائرها التي تحققت خلال فترة الإعفاء من أرباح السنوات التالية لانتهاء مدة الإعفاء، فهناك من رأى عدم جواز السماح بترحيل الخسائر المتحققة خلال فترة الإعفاء إلى تلك الخاضعة للضريبة حتى لا يلجأ المستثمر الى الاستثمار في مشروعات تحقق أرباحاً ضخمة في السنوات الأولى، وهذا النوع من الاستثمارات ذو سيولة عالية ومخاطر محدودة ولا يحتاج إلى أصول رأسمالية متقدمة ومن ثم فهو غير مجد في عملية التنمية. بينما الفريق الآخر يرى خلاف ذلك ويؤيد ترحيل الخسائر الى ما بعد فترة انتهاء الإعفاء الضريبي وعندما عرض الأمر على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قال بجواز ترحيل هذه الخسائر التي تحققت خلال سنوات الإعفاء المقرر لها إلى السنوات التالية بما لا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ تحقق الخسارة طبقاً لحكم المادة (١١٥) من قانون الضرائب على الدخل رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١^١. وإذا ما سحبنا هذا الأمر على الاستثمار في مجال الطاقة نرى انه ينبغي الأخذ بالاتجاه الذي يسمح بترحيل الخسارة المتحققة خلال مدة الإعفاء من الضريبة إلى ما بعد انتهاء هذه المدة لان في ذلك تخفيف من العبء الضريبي الذي يتحملة المستثمر وهو ما يساهم في توجيه رؤوس الأموال المختلفة نحو الاستثمار في مجال الطاقة طالما أن نسب المخاطر من تحقق الخسارة سوف تقل بسبب إتباع هذه الوسيلة من الحوافز الضريبية. ومن بين الدول التي أخذت عملياً بهذا الرأي ماليزيا التي اجازت تشريعاتها للشركات المستثمرة في مجال الطاقة المتجددة باستخدام الكتلة الحيوية والطاقة المائية والطاقة الشمسية ترحيل الخسارة المتراكمة التي تحققت لها إلى ما بعد انتهاء مدة الإعفاء الضريبي وهي خمس سنوات ويتم خصم هذه الخسارة من الإرباح المتحققة لها في الفترات اللاحقة^٢.

خامساً: عقد اتفاقيات الازدواج الضريبي :

يراد بالازدواج الضريبي خضوع نفس الشخص لأكثر من ضريبة من نفس النوع وعلى نفس الوعاء وخلال نفس المدة وقد يكون هذا الازدواج داخلياً او دولياً. وفي ظل التشجيع على الاستثمار في الطاقة من

^١ - د. صفوت عبد السلام عوض الله، المصدر السابق، ص ١٠-١١

^٢ - الحوافز البيئية، منشور على موقع هيئة تنمية الاستثمار الماليزية، مصدر سابق، وعلى الموقع الإلكتروني

الضرورة بمكان عدم خضوع المستثمر لهذا الازدواج. وإذا ما كان هذا الامر مرهونا بإرادة الدولة المنفردة في اطار الازدواج الضريبي الداخلي فان تلافى الازدواج الضريبي الدولي يستلزم اتفاق ارادة دولتين او اكثر من خلال الدخول في معاهدة او اتفاقية معنية بهذا الامر. ان الإعفاء الضريبي الذي تقرره اية دولة للاستثمار في الطاقة لا يكون له اية فاعلية ولا يمكن للمستثمر الاجنبي ان يستفيد منه طالما ان جميع ارباحه التي حققتها ستخضع للضريبة التي تقررها الدولة لإم، ومن ثم فان مثل هذه الإعفاءات لا يكون لها من مغزى سوى تنازل من الدولة المضيفة عن ضرائبها لصالح الدولة الأم.^١ وهذا ما تنبته له بعض التشريعات العربية ومنها قانون الاستثمار المصري السابق رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ حيث اشترط في المادة (١٦) منه لمنح الإعفاء الضريبي للمستثمر الأجنبي ان لا يكون الإيراد محل الإعفاء خاضعا لضريبة مماثلة في دولة المستثمر الأجنبي او الدولة التي يحول اليها الإيراد بحسب الأحوال.^٢

ولذلك لا بد من عقد اتفاقيات تمنع الازدواج الضريبي ولاسيما مع الدول المتقدمة والتي تمثل احد مصادر تدفق الاستثمار الاجنبي المباشر مما يساهم في خفض تكلفة انتقال رؤوس الاموال الاجنبية^٣ ومن ثم يجب على الدولة المضيفة ان تفاضل بين الإيرادات المتوقعة من الضريبة والتكلفة الاقتصادية لهروب الاستثمار الوارد^٤. ونتيجة لذلك نجد ان اغلب الدول النفطية ذهبت الى عقد اتفاقيات منع الازدواج الضريبي لتشجيع الاستثمار في الطاقة وغيرها وتشير التقارير ان السعودية عقدت (٢٠) اتفاقية في هذا الشأن بينما عقدت الامارات (٤٣) اتفاقية في حين عقدت قطر (١٧) اتفاقية والكويت (٣٨) اتفاقية وهذا الاعداد هي لغاية ٢٠٠٨.

ومن جانبنا نرى ان هذه الاتفاقيات لكي يكون لها جدوى في مجال الاستثمار في الطاقة لا بد ان تعقد حصرا مع الدول التي تكون مصدرا لرؤوس الاموال المستثمرة في داخل الدولة المضيفة وتكون مرتبطة بالاستثمار في مجال الطاقة سواء الطاقة التقليدية ام الطاقة المتجددة بغية تشجيع أصحاب رؤوس الاموال على توجيه رؤوس اموالهم نحو الاستثمار في الدول التي عقدت مثل هذه الاتفاقيات. وبالتأكيد سيكون نشاط المستثمر مخصصا للاستثمار في ميدان الطاقة طالما ان اتفاقية منع الازدواج الضريبي متعلقة بهذا الميدان دون غيره. ومن جانب آخر لا بد ان تتضمن اتفاقية منع الازدواج الضريبي على نصوص تقضي بعدم فرض ضريبة على المستثمرين في الدولة الام لكي يمكن تحقيق التكامل بين الإعفاء الضريبي الذي تقرره الدولة المضيفة وعدم خضوع ارباح المستثمر للضريبة في الدولة الام.

علما انه اشار بعض الفقهاء في الجزائر الى عدم فاعلية اتفاقيات الازدواج الضريبي التي عقدتها الدولة الجزائرية مع الدول الاخرى كونها لم تعقد مع دول مؤثرة في مجال الاستثمار في الجزائر كالمملكة العربية السعودية والكويت.^٥

المطلب الثالث - مدى اهمية الحوافز الضريبة في تشجيع الاستثمار بالطاقة

١ - د.صلاح الدين حامد الحديثي و ايمان احمد حسن، الإعفاء الضريبي كعامل جذب للاستثمار الاجنبي في العراق، ورقة عمل مقدمة الى الندوة العلمية الضريبية الأولى، ١٢/١١/٢٠٠٨، ص١٦، منشور على الموقع الالكتروني <http://tax.mof.gov.iq>

٢ - د.صفوت عبد السلام عوض الله، المصدر السابق، ص٤١

٣ - د.محمد احمد زيدان، حوافز جذب الاستثمارات الأجنبية الى دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص٣١١.

٤ - زوبير بن الشريف دغمان، التدابير الاساسية بتشجيع وتنظيم وحماية الاستثمار المباشر الاجنبي. بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١، ص٧٨٢.

٥ - أ.طالبي محمد، مصدر سابق، ص٣٢٩.

ثار جدل حول مدى فاعلية الحوافز الضريبية في تشجيع الاستثمار في الطاقة بين الرافض والمؤيد فبعض الدراسات التي قال بها كتاب مثل هيلز (١٩٧٣) و ويلس (١٩٨٦) و رولف (١٩٩٣) ايدت جميع الحوافز التي تنطوي عليها تشريعات الاستثمار وعلى وجه الخصوص الحوافز الضريبية. في حين أبدى بعض الخبراء، وعلى هامش المناقشات والمفاوضات الخاصة بأعداد اتفاقيات الاستثمار متعددة الاطراف (MAI) والتي جرى الاعداد لها في اطار منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)، شكوكهم حول مدى فاعلية الحوافز الضريبية كعنصر مؤثر في قرارات الشركات متعددة الجنسيات، ولذلك انتقدت بعض المنظمات الدولية وأعضاء (OECD) المغالاة في منح الإعفاءات والحوافز الضريبية وانها تعمل الى اهدار الموارد المالية للدول. وقد ذهب البعض الى القول ان الإعفاءات والحوافز الضريبية تعد من المسائل المفروغ منها طالما هي مطبقة في جميع دول العالم بدون استثناء وهي بهذا الشكل شيء متوفر وليس نادر اي انها لا تمثل ميزة نادرة.^١

ومن جانبنا فان نرى ان الحوافز الضريبية حتى اذا ما افترضنا جدلا انها ليست بذات فائدة للاستثمار بشكل عام الا ان لها فائدة في مجال الاستثمار بالطاقة على وجه التحديد ونبين ادناه بعض هذه الفوائد:

اولا: المساهمة في زيادة ايرادات الدولة المالية :

من المفروغ منه ان مكامن ومصادر الطاقة وخصوصا التقليدية ليس متوافرة في جميع دول العالم وإنما هي متمركزة في بعضها مما يجعل منها سلعة نادرة في ظل تزايد الطلب عليها لاسيما النفط والغاز الطبيعي، ولذلك نجد ان معظم الدول البترولية تعتمد في ايراداتها على حجم ما منتج ومصدر من نفط وغاز طبيعي الى الاسواق العالمية ومن ثم فإننا نرى من الاهمية بمكان تشجيع الاستثمار في ميدان هذا النوع من الطاقة وتوسيع رقعة الاستكشافات النفطية وهو ما يساعد على زيادة حجم صادرات الدولة البترولية وبالتالي يسهم في زيادة حجم ايراداتها. ولذلك فان منح الحوافز الضريبية للمستثمرين سواء بشكل اعفاءات ضريبية ام خفض في أسعار الضريبة ام غير ذلك وان ادى الى تخفيض الايرادات الضريبية من جانب فانه يساهم من جانب آخر في زيادة الايرادات النفطية بشكل اكبر بكثير من حجم الايرادات الضريبية التي تقلصت. وفي الحقيقة هذا الأمر هو الذي دفع بالجزائر التي يعتمد اقتصادها على النفط بنسبة (٩٧%) الى اعداد تعديلات في قانون النفط والغاز الطبيعي او المحروقات تتضمن مجموعة من الإعفاءات والحوافز الضريبية في مجال الاستثمار في مصادر الطاقة التقليدية وغير التقليدية بغية استكشاف احتياطات جديدة من الموارد النفطية والغازية مما يساهم في زيادة الايرادات المالية للجزائر في المستقبل.^٢

ثانيا: اهمية الحوافز الضريبية في حماية البيئة :

تساهم الحوافز الضريبية في تحقيق اهداف الدولة نحو الوصول الى بيئة نظيفة من خلال تشجيع الاستثمار في مصادر الطاقة المتجددة عندما تكون تلك الحوافز مقتصرة على هذه المجالات، وبالمقابل ابقاء الضريبة على حالها عند الاستثمار في مصادر الطاقة التقليدية التي تتسبب في زيادة الانبعاثات الكربونية الملوثة للبيئة وهو ما يدفع الى تقليل حجم الارباح المتحققة من الاستثمار في الطاقة التقليدية مقارنة بتلك المتحققة في الطاقة المتجددة كون الاولى خاضعة للضريبة بينما الثانية معفية منها او خاضعة لأسعار ضريبية منخفضة، اي تتمتع بشكل عام بمعاملة ضريبية تفضيلية، وهو ما يشجع على انتقال اصحاب رؤوس

^١ - أزيدان محمد، الاستثمار الاجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر)، مجلة اقتصادية شمال إفريقيا، ع(١)، ص ١٢٣. منشور على الموقع الالكتروني www.univ-chlef.dz

^٢ - نمو واردات الجزائر من المنتجات النفطية، مقال منشور في (الاقتصادية)، ع(٦٩٦٥) في ٥/نوفمبر ٢٠١٢، منشور على الموقع الالكتروني <http://www.aleqt.co>

الاموال من الاستثمار في مصادر الطاقة التقليدية الى الاستثمار في مصادر الطاقة المتجددة مما يساهم بالنتيجة في حماية البيئة^١ وتطبيقا لذلك ازداد الاستثمار في الولايات المتحدة الأمريكية في مجال الطاقة المتجددة بشكل كبير وتعد إحدى أسباب هذه الزيادة هي معالجة ظاهرة الاحتباس الحراري التي سببها استخدام مصادر الطاقة التقليدية وان وسيلتها في تشجيع الاستثمار هذا هي الإعفاءات الضريبية حيث تمنح في هذه الدولة مثلا إعفاءات ضريبية على إنتاج الطاقة للشركات المستثمرة في طاقة الرياح تعادل (١,٩) سنتا لكل واط/ساعة منتجة وقد شكل ذلك حافزا لجذب المستثمرين كشركات الكهرباء نحو امتلاك مزارع لتوليد الطاقة من الرياح. وبالإضافة الى ذلك منح قانون سياسة الطاقة في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ٢٠٠٥ تخفيضات على المبلغ الذي تفرض عليه ضريبة دخل فدرالية بلغت ٣٠% من سعر أنظمة الطاقة الشمسية المشتراة للاستعمال في المنازل او في شركات الأعمال. وبالمقابل لذلك من المنوحة القول بأنه حتى لو كانت الدولة تحتكم على مصادر طاقة تقليدية فحسب فانه يمكن استخدام الحوافز الضريبية في توجيه المستثمرين نحو استخدام آلات ومكائن صديقة للبيئة او تبني تكنولوجيا متطورة تقلل من حجم ونسب الانبعاثات الكربونية وذلك من خلال إعفائهم من الضريبة الخاضعين له او تخفيضها بالقدر الذي يتناسب مع تخفيض الانبعاثات الكربونية تلك. وهو ما اتبعته اندونيسيا التي تعد من الدول النفطية اذ إنها استخدمت أدوات السياسة الضريبية في تقليل نسبة الانبعاثات الكربونية.^٢

ثالثا: تخفيض تكاليف الانتاج :

تعد الضريبة عبء اضافي يتحمله المستثمر بالإضافة إلى الأعباء المالية الأخرى المتعلقة بالمشروع من اقامة ابنية ومشيدات وتثبيت مكائن وآلات وغيرها، وبالتأكيد ان هذا العبء يزيد من تكاليف الإنتاج ولكن منح حوافز ضريبية سيساهم في تقليص هذا العبء او التقليل من حجمه ومن ثم تخفيض التكاليف التي يتحملها المستثمر في نشاطه. وقد اكدت تقارير امريكية ان الحوافز الضريبية في امريكا والتي تساوي (٢٢) دولار لكل ميغا واط/ساعة يساهم في تقليص تكلفة كل مشروع يستثمر في مجال طاقة الرياح بنسبة تتراوح بين ٢٠% و ٣٠%.^٣

المطلب الرابع - موقف المشرع الضريبي في العراق من تشجيع الاستثمار في الطاقة

من المعروف ان العراق يعتمد في إنتاجه للطاقة بصورة رئيسية على الوقود الاحفوري لاسيما النفط والغاز وهو يملك احتياطات هائلة فيها اذ تدلل الاحصائيات على ان العراق هو ثالث دولة في العالم من حيث نسبة الاحتياطي من النفط وثامن دولة من حيث نسبة الاحتياطي في الغاز وهناك بيانات تشير الى امتلاك العراق المرتبة الاولى في نسبة الاحتياطي من النفط بناء على تقديرات تخمينية لحقول النفط غير المكتشفة، ومع ذلك فان نسبة انتاجه من النفط والغاز لا تتناسب مع حجم مخزونه الاحتياطي^٤، كما انه لم يسن المشرع العراقي الاتحادي لحد الآن قانونا ينظم أعمال وأنشطة النفط والغاز على الرغم من إقرار مشروعة من قبل مجلس الوزراء في عام ٢٠٠٧ في حين صدر قانون محلي في إقليم كردستان نظم هذه الأنشطة في الحدود الجغرافية لإقليم كردستان سمي بقانون النفط والغاز رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧. ونظرا لاعتماد العراق

^١ - د.مهندس محمد مصطفى محمد و مهندس ماجد كرم، مصدر سابق، منشور على الموقع <http://abudhabienv.ae>

^٢ - مايكل اكهارت، مصدر سابق، منشور على الموقع الالكتروني <http://iipdigital.usembassy.gov>

^٣ - الغاء الحوافز يهدد صناعة طاقة الرياح الأمريكية، مقال منشور في جريدة الاتحاد نقلا عن فاينانشيال تايمز، ترجمة عماد الدين زكي، على الموقع الالكتروني <http://www.alittihade.ae>

^٤ - د.كارول نخلة، مستقبل النفط في العراق اكتشاف اطار العمل الصحيح، مركز سيبري، اقتصادات الطاقة، جامعة سيبري، ٢٠٠٨، منشور على الموقع الالكتروني www.seec.surrey.ac.uk/

على الإيرادات النفطية بشكل أساسي ولحاجته الى زيادة هذه الإيرادات بغية تغطية نفقاته المتزايدة، لإعادة اعمار ما دمرته الحروب ورفع مستويات التنمية الاقتصادية التي توقفت بعد فرض الحصار عليه، وضعت خططا لزيادة الاستكشافات البترولية وتطوير انتاجه من النفط والغاز من خلال التوسع في الاستثمار في ميدان الطاقة النفطية والغازية، وتحقق ذلك من خلال تراخيص العقود النفطية التي ابرمتها الدولة العراقية مع العديد من الشركات الأجنبية العاملة. ومع ذلك فان هذه الرغبة في التوسع بالاستثمار لم تصاحبها سياسة ضريبية واضحة ومؤثرة تحفز على الاستثمار فيه او تشجع الأقدام عليه، اذ على الرغم من سن المشرع الاتحادي لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦^١ وتضمينه لمجموعة من الحوافز الضريبية منها تقريره إعفاءات ضريبية كثيرة ولقترات زمنية مختلفة سواء كان هذا الإعفاء من ضريبة الدخل ام العقار ام الكمارك ام غيرها من الضرائب ذات العلاقة بنشاط المستثمر^٢، إلا انه نص في المادة (٢٩/أولا) على استثناء الاستثمار في استخراج وإنتاج النفط والغاز من الخضوع لأحكامه. بل ذهب ابعد من ذلك عندما سن قانونا خاصا بفرض ضريبة دخل على شركات النفط الأجنبية المتعاقدة للعمل في العراق^٣ تضمن اخضاع ارباحها المتحققة لها من انتاج النفط والغاز والصناعات المتعلقة بها لضريبة دخل وبسعر نسبي مقداره ٣٥% وهو سعر مرتفع جدا بالقياس بالحد الاعلى للسعر الذي يطبق على الشركات المستثمرة في مجالات اخرى وهو ١٥%، فضلا عن عدم ذكره لأية حوافز او إعفاءات ضريبية.

وفي هذه المناسبة لا بد ان نشير إلى أنه ثمة خلاف^٤ حول التوصيف القانوني لتراخيص العقود النفطية التي تبرمها وزارة النفط الاتحادية مع الشركات الأجنبية المستثمرة بين كونها عقود خدمة كما تدعي وزارة النفط وعقود مشاركة بالإنتاج، إلا أن الكثير من الفقه يرجح الوصف الأخير^٥ واذا ما كان الأمر كذلك فان هذا يعطي ميزة كبيرة للشركات المستثمرة اذ بمقتضاها تلتزم الشركة المستثمرة بتقديم التمويل اللازم لانجاز عمليات الاستكشاف والاستخراج مقابل امتلاكها لحصة من النفط اذ ان الكميات المستخرجة من النفط الخام تقسم الى قسمين: الأول يطلق عليه نفط التكلفة ويكون مملوكا للشركة المتعاقدة لتغطية تكاليف الاستثمار، والثاني يسمى نفط الربح حيث يقسم بين الشركة والدولة المالكة للنفط.^٦ وبما ان ضريبة الدخل المشار اليها اعلاه تفرض على الربح الصافي لهذه الشركة بعد ان يسمح لها بخصم كل تكاليف الاستثمار ضمن ما يعرف بنفط التكلفة فان هذا يشكل في رايانا احد الحوافز الضريبية كونها تكون بمنجاة من ضريبة الدخل الا بعد استبعاد هذه التكاليف.

١ - منشور في جريدة الوقائع العراقية ع(٤٠٣١) في ١٧/١/٢٠٠٧.

٢ - انظر المواد (١٨-١٥) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

٣ - وهو القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠ منشور في الوقائع العراقية ع(٤١٤٨) في ١٥/٣/٢٠١٠.

٤ - انظر المادة (١) من القانون اعلاه.

٥ - انظر المادة(ثالثة عشر/١) من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ النافذ.

٦ - ونعتقد ان سبب هذا الخلاف هو عدم صدور قانون اتحادي للنفط والغاز ينظم صيغة العقود النفطية التي تبرمها الحكومة

الاتحادية بعكس الحال في اقليم كردستان الذي نص قانونه الخاص بالنفط والغاز رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧

على صيغة هذه العقود وهي المشاركة بالإنتاج حيث نظم أحكامه في المواد(اولا/تاسعة عشر) والمادة سبع و ثلاثون وثمانين

وثلاثون من قانون النفط والغاز رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧.

٧ - انظر في ذلك د.احمد عمر الراوي، دور التشريعات الوطنية في تطوير استثمار موارد الطاقة (النفط والغاز) في العراق بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السنوي الحادي والعشرون تحت عنوان (الطاقة بين القانون والاقتصاد) الذي أقامته كلية القانون /جامعة الإمارات، الجزء الأول، ٢٠١٣ ص ٣٧٠، ٣٨٢.

٨ - د.عبد الستار عبد الجبار موسى، دراسة تحليلية لواقع القطاع النفطي في العراق وافاقه المستقبلية، مجلة الإدارة والاقتصاد، ع(٥٨)، ٢٠١٠، ص ٢٩٦، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.iasj.net/

وربما يعد مصداقا لقولنا هذا ما أشارت إليه البيانات الصادرة عن مختصين بان السعر الضريبي المرتفع لم يقلل من رغبات الشركات الاجنبية للاستثمار في ميدان النفط والغاز وذلك لارتفاع حجم الارباح التي تحصل عليها هذه الشركات في هذا النوع من الاستثمار^١. حيث نعتقد ان هذه الأرباح متأينة من الميزة التي تقدمها عقود المشاركة بالإنتاج والتي تضمن للشركة المستثمرة حصة من النفط المنتج يغطي تكاليف الاستثمار ضمن ما يعرف بنفط التكلفة فضلا عن العوامل الآتية:

١- انخفاض تكلفة انتاج برميل النفط في العراق فهو يعد من بين الادنى على المستوى العالمي حيث تتراوح هذه التكاليف بين (٠,١) دولار و٥,٦ دولار.

٢- احتواء حقول النفط العراقية على احتياطات هائلة تقلل من اعمال التنقيب في اكثر من مكان ضمن الرقعة الجغرافية الواحدة التي طرح بشأنها الاستثمار مثل حقل مجنون في البصرة الذي تقدر احتياطياته ب(٣٠) مليار برميل.

٣- ان الطبقات الجيولوجية التي تقع فيها حقول النفط الخام والغاز قريبة جدا من سطح الارض ومعظمها ذات جدوى اقتصادية عالية بسبب كبر مساحتها مما يقلل من تكاليف التنقيب والمسح الجيولوجي والزلائي.

فكل هذه العوامل تقلص من حجم التكاليف المحتمل صرفها من قبل الشركة المستثمرة كما تقلل من عناصر المخاطرة والمجازفة التي يمكن ان تواجه هذه الاستثمارات وتهددها بعدم إمكانية استرداد ما أنفقتته^٢. وعلى الرغم مما قلناه اعلاه فان المشرع العراقي اصدر قانونا خاصا للاستثمار في تصفية النفط الخام^٣ تغيا من ورائه تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في عملية التنمية الاقتصادية من خلال انشاء مصافي لتكرير النفط الخام وإدارتها وتسويق منتجاتها^٤. وقد منح للشركات المستثمرة في هذا الميدان حق التمتع بالامتيازات الممنوحة للمشروعات التي تشيد في المناطق الحرة^٥، ولعل من ابرز هذه الامتيازات هي عدم خضوع هذه الشركات للقيود الكمركية المنصوص عليها في قانون الكمارك^٦ ومن بينها عدم اخضاعها للضرائب الكمركية والضرائب والرسوم الاخرى ذات العلاقة والتي تطبق على المناطق الكمركية في العراق^٧.

المبحث الثاني

دور السياسة الضريبية في حماية البيئة

لعل ان موضوع البيئة هو الشغل الشاغل لمعظم دول العالم لاسيما في ظل زيادة خطر الاحتباس الحراري الذي سببته الانبعاثات الكربونية والغازية وخصوصا تلك التي تنجم عن استخدام الطاقة التقليدية. وقد نبه هذا الخطر الى ضرورة اتباع الدول مختلف الوسائل لحماية البيئة ومن اهم تلك الوسائل هي تفعيل السياسة الضريبية بالشكل الذي يحقق هذا الهدف. لكن بما ان الضريبة تعد من المعالم الاساسية المعبرة عن

١ - اشار الى ذلك كاظم الحسيني: مدير الهيئة العامة للضرائب، جريدة الصباح الرسمية الصادرة بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠١١ و

منشور على الموقع الالكتروني <http://www.tax.mof.gov.iq>

٢ - م.م امجد صباح عبد العالي، عقود بديلة لاتفاقيات المشاركة بالإنتاج، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية ع(٢١)، المجلد

الخامس، حزيران، ٢٠٠٨، ص١٣-١٤، منشور على الموقع الالكتروني www.iasj.net/

٣ - قانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧ منشور في الوقائع العراقية ع (٤٠٦٢) في ١٨/٢/٢٠٠٨.

٤ - المادة (١) من قانون الاستثمار الخاص بتصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧ النافذ.

٥ - انظر المادة (٢) من القانون اعلاه.

٦ - انظر المادة (٩) من القانون اعلاه.

٧ - انظر المادة (٢/ثانيا) من قانون الكمارك رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ النافذ.

سيادة الدولة لذلك نرى ان هذه السياسة كانت متباينة بين الدول فمنها من ركنت في ذلك الى تقديم حوافز ضريبية في اطار الضرائب التقليدية مثل ضريبة الدخل او الكمارك او الضريبة على القيمة المضافة او غيرها لتشجيع الشخص على استخدام ادوات صديقة للبيئة او الاستثمار في نشاط غير مضر بالبيئة، في حين ذهبت دول اخرى الى استحداث ضرائب جديدة غير تقليدية خاصة بالبيئة أسمتها (ضريبة الطاقة) والتي هي صورة من صور الضرائب البيئية. وسوف نتكلم هنا عن السياسة الضريبية لحماية البيئة متعرضين بشكل تفصيلي لفرض ضريبة الطاقة في المطلب الأول بعدها ضريبة مستحدثة في حين نتعرض في الثاني للحوافز الضريبية التي تجد موطنها في الضرائب التقليدية.

المطلب الاول - فرض ضريبة الطاقة

ذهبت الكثير من دول العالم وبغية المحافظة على البيئة إلى اتباع سياسة ضريبية تتضمن فرض ضريبة الطاقة والتي تعد من الضرائب الحديثة ولتوضيح هذا الفرض لابد ان نحدد مفهوم ضريبة الطاقة وتطور الاهتمام بهذه الضريبة على المستوى الدولي وتطبيقاتها في التشريعات المقارنة وذلك في ثلاثة فروع متتابعة.

الفرع الأول - مفهوم ضريبة الطاقة

تعد ضريبة الطاقة إحدى أنواع الضرائب البيئية التي تفرضها الدول لحماية البيئة وأكثرها رواجاً في التطبيقات التشريعية المختلفة إذ لها تأثير كبير في تقليل حجم التلوث في المناخ. ولتحديد مفهوم هذا النوع من الضرائب لا بد أن نشير ابتداءً إلى أن الفقه اختلف بشأن تعريف الضرائب البيئية بشكل عام إلى مذهبين وهذا الاختلاف نعتقد انه ينصرف إلى ضريبة الطاقة كونها إحدى أنواع الضرائب البيئية، فمنهم من أراد ان يخلع عليها (اي الضرائب البيئية) ذات التعريف المعتمد بالنسبة للضريبة بشكل عام والذي هو اقتطاع نقدي يدفعه الشخص جبراً الى الدولة بدون مقابل لتغطية نفقاته المختلفة. ومن ثم فانه بالاستناد إلى هذا التعريف عرفت الضريبة البيئية بأنها إلزام الممول جبراً وبصفة نهائية وبدون مقابل بدفع مبلغ نقدي محدد للدولة بقصد حماية البيئة^١. اما المذهب الثاني فان أصحابه ذهبوا إلى تعريف هذه الضريبة بحسب المناسبة التي كانت سبباً في فرضها فعرفوها بأنها تلك الضرائب المفروضة على الملوثين الذين يحدثون اضراراً بالبيئة من خلال نشاطاتهم الاقتصادية المختلفة الناجمة عن منتجاتهم الملوثة واستخدامهم لتقنيات انتاجية مضرّة للبيئة^٢. لا بل ذهب البعض الى الغلو في ذلك بحيث عرفوا الضريبة البيئية بتعاريف مختلفة ترتبط بطبيعة المادة التي تفرض عليها كالغازات المنبعثة التي تفرض عليها ضريبة الانبعاثات او بعض السلع الاستهلاكية كالبنزين التي يترتب على استخدامه الاضرار بالبيئة حيث تفرض عليه ضريبة هي ضريبة البنزين او الوقود^٣. وبهذه المناسبة نجد ان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية عرفت الضريبة البيئية بذات التعريف الذي تبناه الفريق الثاني وهي بانها دفعات مالية اجبارية غير مردودة تدفع الى الحكومة مفروضة على قواعد الضريبة على اعتبار ان هذه الدفعات صلة معينة بالبيئة^٤.

١- د.فارس مسرور، أهمية تدخل الحكومات في حماية البيئة من خلال الجباية البيئية، منشور في مجلة الباحث، ٧٤، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ٣٤٩.

٢- زينب منذر جاسم وفضيلة عباس غائب، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

٣- ولمزيد من التفصيل ينظر أ. عبد الكريم قندوز و بلعزوز بن علي، استخدام الضرائب في مكافحة التلوث، ص ٤٥ و ٥٥ بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.gooh.net/

٤- د.نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الضرائب الخضراء والرخص القابلة للتداول كأدوات لمكافحة التلوث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٩.

ومن جانبنا نرى ان الضريبة البيئية وان كانت حديثة النشأة وخاصة بالبيئة الا ان هذا لا يعني تمييزها بتعريف يختلف عن ذلك الذي يتبع في الضريبة العامة فهي ككل ضريبة من الضرائب سواء كانت مباشرة ام غير مباشرة تحمل نفس الصفات العامة للضريبة وهي انها مبلغ نقدي يدفعه الشخص جبرا للدولة وبدون مقابل لتغذية نفقاتها المختلفة. فهذا التعريف يمكن ان ينطبق على اية ضريبة ومنها الضريبة البيئية على اساس انها (اي الأخيرة) تفرض بشكل نقدي وجبري وبدون مقابل من قبل الدولة لتغذية نفقاتها العامة، وهي اصلاح البيئة وحمايتها من التلوث. وبالمقابل لكل ذلك يمكن ان تعرف كل ضريبة من الضرائب بحسب المناسبة التي تفرض فيها والواقعة القانونية لفرضها فمثلا يمكن تعريف الضريبة الكمركية بانها تلك المفروضة على السلع التي تتجاوز حدود الدولة الكمركية استيرادا او تصديرا، كما يمكن تعريف ضريبة الدخل بانها المفروضة على الدخل والإرباح التي يحصل عليها الشخص من انشطته الاقتصادية خلال فترة زمنية معينة، او ضريبة الانتاج بأنها المفروضة على انتاج السلع والخدمات. اذا ليس بالعسير تعريف اي نوع من انواع الضرائب بحسب المناسبة التي تفرض فيها ولكن هذا لا يعني ان يكون هذا التعريف متعارضا مع التعريف العام للضريبة والذي اشرنا اليه سابقا. وهذا الامر ينطبق على الضريبة البيئية فهي يمكن تعريفها بحسب مناسبة فرضها بانها مبلغ نقدي تحصل عليه الدولة من الوحدات الاقتصادية التي تسبب نشاطاتها تلويث البيئة، كما يمكن تعريف ضريبة الطاقة بانها الضريبة التي تفرض على العمليات الاقتصادية المتعلقة بمصادر الطاقة الاحفورية والتي تسبب اضرارا بالبيئة سواء عند استكشافها او استخراجها او انتاجها او تداولها او استهلاكها او غير ذلك. او هي كما عرفها البعض من الفقهاء، الضريبة التي تفرض على أي مرحلة من مراحل النشاط التي تتعلق بأنواع الوقود الاحفوري من انتاج للمادة الاولية او تحويل لها او نقلها او توزيعها، لكن هذا تعريف خاص لا يتعارض مع تعريفها بانها مبلغ نقدي جبري تفرضه الدولة على الاشخاص بغية تغطية الاعباء العامة، وان ادعى البعض بان في الضرائب الاخرى يتعامل معها المشرع وفق قاعدة عدم تخصيص الإيرادات بينما في الضريبة البيئية ومنها ضرائب الطاقة تخرج عن هذه القاعدة. نقول ان تخصيص مورد ضريبي معين لتغذية نفقة معينة لا يخل بوصفها بانها ضريبة لان الكثير من الضرائب يخصص المشرع إيراداتها لتمويل عبء مالي محدد دون ان يدعي احد امكانية إخراجها عن نطاق او مفهوم الضريبة كتخصيص ضريبة الإيرادات العقارية للهيئات المحلية في المحافظات اذ ان عدم تخصيص إيرادات الضريبة ليس من العناصر الاساسية للضريبة بل هي من صفاتها العامة التي يمكن الخروج عليها.

ومن الجدير بالذكر ان ضريبة الطاقة تأخذ عادة صورتين هما:

أ- ضريبة الوقود: تتخذ هذه الضريبة من المصدر الأساس للطاقة وعاء لها إثناء إنتاجه واستهلاكه إي إنها تفرض على كمية الطاقة نفسها المستهلكة والمنتجة بغض النظر عن محتواها من غاز ثاني أكسيد الكربون، كما لو فرضت بمقدار دولار لكل برميل نפט وهي تعد من الضرائب التي أشيع استخدامها في الكثير من دول العالم لاسيما الدول الصناعية الكبرى منذ سبعينات القرن الماضي مثل دول الاتحاد الأوروبي وبعض الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها وابتغت من ورائها زيادة الإيرادات الضريبية وتشجيع المستهلكين على استخدام وقود غير مضر بالبيئة.

ب- ضريبة الكربون: تتخذ هذه الضريبة من المصدر الأساس للطاقة وعاء لها حيث إنها تفرض بشكل إضافة إلى سعر الوقود تتناسب مع كمية الكربون المنبعثة منه عند حرقه واستهلاكه ولهذا تختلف عن سابقتها

١- د. نزيه عبد المقصود محمد مبروك، مصدر سابق، ص ٤٥.

٢- د. احمد خلف حسين الدخيل وإبراهيم علي محمد، الضرائب على التلوث البيئي بين دواعي الحماية وغياب السند القانوني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، (١٦)، ٢٠١٢، ص ٢٦٠.

بأنها تركز على نسبة الكربون في الوقود.^١ وتعد هذه الضريبة من الضرائب الحديثة التي اثارت جدلا بين الدول الصناعية الكبرى او بين هذه الدول والدول البترولية.

الفرع الثاني - تطور الاهتمام بضريبة الطاقة

بدأ السياسيون والاقتصاديون يشعرون بجديّة وخطورة حدوث تغييرات مناخية سلبية دائمة تؤثر على الحياة في كوكب، فقد هدد علماء المناخ والبيئة من ان تراكم ثاني اكسيد الكربون وغيره من الغازات قد يؤدي الى ارتفاع كلي في درجة حرارة الارض وتغييرات مناخية اخرى على قدر كبير من الخطورة خلال القرن الواحد والعشرين. وقد ربط غالبية العلماء بين المخاطر المناخية المشار إليها وارتفاع استهلاك الطاقة خاصة تلك التي يكون مصدرها الفحم والغاز والبترول.

وقد أقرت المفوضية الأوروبية في بروكسل في مايو ١٩٩٢ اقتراح رسمي بفرض ضريبة على الكربون والطاقة بزعم أن هذه الطريقة تمثل جزءا من حرب المجموعة الأوروبية ضد انبعاث الغازات الدفينة وارتفاع درجة حرارة كوكب الأرض واستندت المفوضية الأوروبية إلى العديد من المبررات في اقتراحها لفرض هذه الضريبة وكان من أبرزها ما يلي:

١- أن السبب الرئيس لاحتمال ارتفاع درجة حرارة الأرض وما ينتج عن ذلك من مشاكل هو تركيز غاز ثاني أكسيد الكربون الناتج عن زيادة حرق أنواع الوقود الاحفوري في الغلاف الجوي، ولما كانت مصادر هذا الغاز معروفة والتحكم فيها ممكن فان فرض ضريبة على المحتوى الكربوني لأنواع الطاقة الاحفورية يبرر الرغبة في الحد من الاستهلاك وبالتالي خفض انبعاث غاز ثاني أكسيد الكربون.

٢- أن هذه الضريبة سوف تؤدي إلى خفض انبعاث غاز ثاني أكسيد الكربون لأنها ستفرض على المحتوى الكربوني لمصدر الطاقة وهذا من شأنه أن يعدل في الأسعار النسبية لأنواع الوقود الاحفوري فيحل الوقود الأقل تلويثا محل الوقود الأكثر تلويثا.

٣- أن هذه الضريبة سوف تؤدي إلى زيادة مصادر الطاقة النظيفة، إذ إن تعديل الضريبة للأسعار النسبية لأنواع الوقود الاحفوري يؤدي إلى زيادة تكاليف الطاقة المعتمدة على هذا الوقود بالمقارنة على تلك التكاليف التي يمكن أن تتحقق بإنتاج مصادر الطاقة المتجددة وهذا يؤدي إلى تحول المنتجين والمستثمرين من مجال الطاقة التقليدية إلى مجال الطاقة المتجددة بشكل تدريجي.^٢

هذا ولقد لاقت ضريبة الطاقة معارضة من قبل الدول البترولية لاسيما دول مجلس التعاون الخليجي على أساس إن فرض هذه الضريبة سوف يؤثر على كمية مبيعاتها وعلى عائداتها النفطية.^٣ اذ ترى هذه الدول ان الدول المستهلكة لمصادر الطاقة الاحفورية لاسيما النفط استخدمت قضية حماية البيئة ذريعة لفرض ضرائب جديدة على هذا النوع من مصادر الطاقة وهو ما يشكل تحديا للصناعات النفطية للدول المنتجة لأنها ستعمل على تقليل الميزة التنافسية للصادرات النفطية مع مصادر الطاقة الاخرى التي تتلقى دعم من الدول الصناعية الكبرى مثل الطاقة المتجددة والطاقة النووية مما يؤثر ذلك على مداخيل الدول النفطية ومن ثم يقلل من حجم استثماراتها وكان ابرز مبررات الرفض التي ساقتهها الدول النفطية لضرائب الطاقة هي^٤:

١ - زينب منذر جاسم و فضيلة عباس غائب، مصدر سابق، ص ٢٩٠-٢٩١.

٢ - د. نزيه عبد المقصود، مصدر سابق، ص ١١-١٢.

٣ - ي. زينب منذر جاسم و فضيلة عباس غائب، مصدر سابق، ص ٢٩١-٢٩٢.

٤ - انظر تفصيل ذلك م. يحيى حمود حسن البو علي، اثر الاتفاقيات البيئية على الصناعة النفطية في دول الخليج العربي، مجلة العلوم الاقتصادية، ع(٢٢)، المجلد السادس، ايلول، ٢٠٠٨، ص ١٠٨، ١١٥ - ١٢٢.

١- ان غاية الدول المستهلكة من فرض ضرائب الطاقة ليس حماية البيئة كما يعلن عنها وانما التأثير على مصدر حيوي من مصادر الطاقة التي تملكها الدول المنتجة للبترول والغاز الطبيعي ودلالة ذلك ان هذه الدول في الوقت الذي تفرض ضرائب الطاقة على النفط والغاز الطبيعي بالنظر لما تسببها من انبعاثات تضر بالبيئة فإنها لا تفرض مثل هذه الضرائب على انواع اخرى من مصادر الطاقة الدفينة وهو الفحم بل وتقدم الدعم المالي للاستثمار فيه مع انه يشكل اكثر انواع الوقود الاحفوري اضرارا بالبيئة. فحجم الضرائب في الاتحاد الاوربي تتراوح بين ٦٢% - ٨٢% من سعر الغازولين والديزل اما في الولايات المتحدة الامريكية فان الضرائب على الغازولين هي ٣١% من سعرها اما بالنسبة للديزل فإنها تمثل ٤٢%، اما اليابان فان الضرائب تمثل ٥٦% على الغازولين و ٤٣% على الديزل، في حين لا تفرض هذه الدول اية ضرائب على الفحم بل يلقي دعما ماليا منها وصل الى ما يقارب تسعة مليارات دولار وهذا يؤدي الى تشويه سوق الطاقة ويجعل النفط في بيئة غير تنافسية بفرض ضرائب عليه تحت ذريعة حماية البيئة.

ومن جانب آخر عابت الدول المنتجة للنفط على الدول الصناعية بانها تبغي التخفيف من اثر التلوث البيئي التحول من الوقود الاحفوري الى مصادر الطاقة الاخرى وخاصة النووية رغم ان الطاقة النووية تعد مصدرا غير آمن في الوقت الحاضر وملوث للبيئة بشكل كبير من خلال النفايات الناتجة عن المفاعلات النووية والمشاكل البيئية التي تواكب عمليات التخلص منها فضلا عن ارتفاع تكلفة تفكيك ودفن المفاعل بعد انتهاء صلاحية والتخلص من النفايات والمواد المشعة اثناء تشغيل المفاعل.

٢- وحتى لو تم فرض هذه الضريبة فانه سوف لا تحقق الهدف المنشود منها بحسب وجهة نظر الدول النفطية في تثبيت غاز ثاني اوكسيد الكربون، وهو ما اعترفت به المجموعة الاوربية بان تطبيق ضريبة الطاقة لن يؤدي الى استقرار مستوى انبعاث الكربون عند مستوى سنة ١٩٩٢ ولكي يتحقق هذا الهدف فان الضريبة يجب ان تكون لعام ٢٠٠٥ في مجموع الدول الصناعية ودول اسيا ٣٧ دولار للبرميل الواحد وحوالي ٥٧ دولار للبرميل في عام ٢٠١٠ وهذا يعني تراجعاً تراكمياً من دخل دول منظمة الاوبك حتى عام ٢٠١٠ بأكثر من تريليون دولار.

٣- ان فرض ضرائب الطاقة يؤدي الى زيادة إيرادات الدول المستهلكة للنفط بشكل كبير جدا يتجاوز ما تحصل عليه الدول المنتجة من إيرادات وهذا ما يشير إلى ان هدف الدول الصناعية الكبرى من وراء فرض ضريبة الطاقة مالي اكثر مما هو بيئي، اذ ان سعر برميل النفط حتى لو انخفض فان الدول المستهلكة لا تسمح بانتقال هذا الانخفاض الى المستهلك النهائي وتطبيقاً لذلك كان يتراوح سعر البرميل الواحد من النفط عند وصوله الى المستهلك النهائي في دول الاتحاد الاوربي بين ٩٢ دولار عام ١٩٩٢ و ٨٥,٢ عام ١٩٩٣ و ٩٣ دولار عام ١٩٩٨ في حين لم يتجاوز سعر انتاجه وبيعه ٢٠ دولاراً في تلك الفترة وهو ما زاد من حجم الإيرادات الضريبية التي تحصل عليها الدول المستهلكة للنفط بالقياس الى ما كانت تحصل عليه الدول المنتجة ولذلك اشارت تقارير دقيقة بأنه في عام ١٩٩٦ حصلت الدول الصناعية من هذه الضرائب ما يقارب ٢٧٠ مليار دولار بينما بلغ مجموع ربيع اقطار الاوبك من النفط حوالي ١٨٥ مليار دولار في العام ذاته.

وتجدر الإشارة إلى ان هنالك بعض الدول الكبرى قد وقفت بالصد من ضريبة الكربون على وجه الخصوص مثل الولايات المتحدة الأمريكية واليابان على الرغم من عدم تحفظها على ضريبة الوقود وهي نقطة الخلاف بين هاتين الدولتين ودول الاتحاد الاوربي لان هاتين الدولتين تريان ان فرض ضرائب الكربون سيؤدي إلى الإضرار بمصالح أصحاب الصناعات الكبرى لديها مما يؤثر ذلك على مستوى النمو الاقتصادي ككل ولذلك اشترطت المجموعة الأوروبية في مؤتمر كيوتو ١٩٩٧ لسريان ضريبة الكربون ان تقوم الولايات المتحدة الأمريكية واليابان باتخاذ نفس الإجراءات المالية المتبعة في الدول الأوروبية والا

سيؤدي ذلك الى انتقال المستثمرين الى هاتين الدولتين باعتبار ان ما يتحملونه من اعباء مالية فيهما هي اقل لعدم فرض ضرائب الكربون وقد عارضت الولايات المتحدة الامريكية ذلك.^١

وفي رايانا ان معارضة بعض الدول الكبرى لضريبة الكربون دون ضريبة الوقود هو لان الاولى تؤثر بشكل مباشر على المستثمرين في مجال النفط والغاز وأصحاب رؤوس الأموال الضخمة ومالكي الصناعات الكبرى الذين يكون لهم دور كبير في صناعة القرار السياسي ومن ثم الاقتصادي في هذه الدول في ظل فلسفة النظام الرأسمالي ومن ثم فان فرض هذه الضريبة يتعارض مع مصالحهم الاقتصادية بينما ضريبة الوقود يتحملها بشكل نهائي المستهلك وحتى لو فرضت على المنتجين فانهم يستطيعون نقلها اليه لاسيما وان الوقود يعد من السلع التي يكون الطلب عليها غير مرن.

الفرع الثالث - تطبيقات ضريبة الطاقة في التشريعات المقارنة

لاقت ضريبة الطاقة اهتماما كبيرا من لدن الكثير من دول العالم إلا أن هذا الاهتمام كان متفاوتا بين هذه الدول انعكس على التشريعات التي تبنتها بشكل فعلي، ففيما أبدت أوروبا رغبتها في فرضها على الانبعاثات الناجمة عن استخدام الطاقة الاحفورية رفضت ذلك الدول المنتجة للنفط كما اعترضت عليها الولايات المتحدة الأمريكية بدعوى أن فرض مثل هذه ضريبة سيعرقل استمرار التنمية الاقتصادية في العالم بأسره.^٢ هذا مع العلم ان الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا تعدان من أكثر الدول التي تنتج الكربون المضر بالبيئة ففيما تتسبب الولايات المتحدة الأمريكية بإنتاج ٢١% من إجمالي صادرات غازات البيت الزجاجي في العالم، فان أوروبا تتسبب بإنتاج ١٤% من هذه الإصدارات^٣ وسوف نبين هنا موقف بعض التشريعات من ضريبة الطاقة وحسب الآتي:

اولا:- تطبيق ضريبة الطاقة في الولايات المتحدة الامريكية

على الرغم من كون الولايات المتحدة الأمريكية من أكثر الدول المسببة للتلوث من خلال استخدام مصادر الطاقة المختلفة لاسيما التقليدية إلا إنها لم تكن متفاعلة بشكل كبير مع فرض ضريبة الطاقة وسبب ذلك يعود إلى كونها دولة نفطية وتخشى من أن فرضها سيرفع أسعار البترول والوقود ومن ثم يقلل ذلك من مستوى التنمية الاقتصادية. إذ لم يوافق الكونجرس الأمريكي على مشروع قدمه الرئيس نيكسون عام ١٩٧٢ يتعلق بفرض ضريبة فدرالية على إصدارات أكسيد الكبريت التي تنتجها المحطات الحرارية لتوليد الكهرباء والمصانع والتدفئة المنزلية ومع ذلك فان ضريبة الطاقة كانت محل اهتمام بعض الولايات الأمريكية ومنها ولاية مينسوتا إذ أصدرت في عام ١٩٩٦ قانون سمي بقانون الكفاءة الاقتصادية وتخفيض التلوث الذي يقوم على العناصر الآتية :

- فرض ضريبة مقدارها (٥٠) دولار على كل طن من الوقود والكهرباء يستهلك في الولاية.
- فرض ضريبة بذات المعدل على الكهرباء المولدة من المفاعلات النووية.
- اعفاء الكهرباء المولدة من الطاقة المتجددة مثل الرياح والمياه من هذه الضريبة.

١ - م. يحيى حمود حسن البوعلي، مصدر سابق، ص ١٠٧

٢ - د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٠-٢٧.

٣ - د. احمد جمال الدين سامي، دور التشريعات الضريبية في حماية البيئة، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق/جامعة الامارات تحت عنوان (دور التشريعات الضريبية في حماية البيئة) (المجلد الرابع، ١٩٩٩، ص ٢٤).

كما تضمن هذا القانون بالإضافة الى ذلك خفض في أسعار الضرائب العقارية والضريبة على ارباب العمل والعاملين بالإضافة الى منح اعانات مالية للعائلات محدودة الدخل بغية الاحتفاظ بقدرتها على استهلاك الوقود والتدفئة^١.

ثانياً:- تطبيق ضريبة الطاقة في الاتحاد السويسري

تعد سويسرا من الدول التي تتمتع بسجل مهم جدا في مجال حماية البيئة من خلال فرض مختلف انواع الضرائب البيئية على المصادر المسببة للتلوث ومنها ضريبة الطاقة. اذ اعدت الحكومة الفدرالية قانونا لتقليل انبعاثات ثاني اكسيد الكربون من خلال فرض ضريبة الكربون ووافق عليه البرلمان عام ١٩٩٩. كما اعدت الاحزاب السياسية ثلاث تعديلات دستورية متعلقة بضرائب الطاقة وجمعت التوقيعات المطلوبة لوضع هذه المبادرات في حيز الاقتراح، وفي نفس الوقت راجع البرلمان والحكومة تشريعات الطاقة واعدت تعديلات لنظم الضرائب الفدرالية وقد قدمت هذه الاقتراحات للاقتراع عليها عام ٢٠٠٠^٢.

ثالثاً:- تطبيق ضريبة الطاقة في السويد

تمثل السويد اول دولة تطبق سياسة تغيير بوصلة النظام الضريبي من ضريبة الدخل الى ضريبة الطاقة والتلوث فعلى الرغم من فرض ضريبة الوقود منذ عام ١٩٧٤ الا انها استحدثت ضريبة جديدة مفروضة على ثاني اكسيد الكربون عام ١٩٩١^٣ حيث فرضت على اساس المحتوى المتوسط من الكربون في مختلف انواع الوقود الاستخراجي وهي بحسب الترتيب الفحم والبتروال والغاز الطبيعي، وقد ترتب على هذه الضريبة ان ارتفع سعر البنزين مما حدا بالمشروع السويدي الى تخفيض الضريبة على الدخل عام ١٩٩٢ والضريبة على القيمة المضافة عام ١٩٩٣ وساهمت هذه الضريبة في تخفيض نسبة الاصدارات الملوثة بنحو ٣-٤% في غضون عامين بعدما كانت في تسارع مستمر^٤.

رابعاً:- تطبيق ضريبة الطاقة في فرنسا

لم تركز فرنسا على ضريبة الطاقة مثلما فعلت غيرها من الدول الاوربية الاخرى وان كانت قد قننت ضرائب اخرى معنية بالحفاظ على البيئة، ولكن يشير الكتاب الى حصول تغيير جوهري في الموقف الدولي والسياسي من ضريبة الطاقة على وجه الخصوص والضريبة البيئية على وجه العموم تمخض عن ذلك عقد اجتماع في باريس لأكثر من ٨٠٠ مدافع عن البيئة في فرنسا والعالم في يومي (٢٤ و٢٥) اكتوبر عام ٢٠٠٧ وقد ناقش الاجتماع الاجراءات اللازم اتخاذها للمحافظة على سلامة الكون من الملوثات التي تهدده وحضره رئيس الجمهورية نيكولا ساركوزي الذي اعلن عن برنامج شامل للبيئة لتصبح فرنسا خضراء خلال عشر سنوات. ومع ذلك فان فرنسا فرضت عدة ضرائب للحد من التلوث من الناحية العملية وكان من اهمها ضريبة الطاقة والانبعاثات ومثلت ضريبة الطاقة اهمية كبيرة فيما يتعلق بالضرائب الداخلية على الدخول النفطية، كما فرضت ضريبة على الهيدروكربونات الا ان هذه الضرائب صدرت ضمن قانون الكمارك الفرنسي كما طبقت ضريبة على الدخول النفطية بأسعار متنوعة بحسب طبيعته واستعماله، واخيرا فرضت الضريبة على الطاقة الكهربائية بمقتضى القانون رقم (١٠٨) في ١٠ فبراير عام ٢٠٠٠ وعدل في ٣ يناير ٢٠٠٣ حيث فرضت هذه الضريبة على الخدمات الكهربائية وعلى التوريدات الكهربائية^٥.

١ - د. احمد جمال الدين سامي، مصدر سابق، ص ٢٦.

٢ - دنزيه عبد المقصود محمد مبروك، مصدر سابق، ص ٩٣-٩٤.

٣ -- دنزيه عبد المقصود محمد مبروك، مصدر سابق، ص ١٠٠.

٤ - د. احمد جمال الدين سامي، مصدر سابق، ص ٢٥.

٥ - دنزيه عبد المقصود محمد مبروك، مصدر سابق، ص ١٠٩-١١٣.

المطلب الثاني - منح الحوافز الضريبية

يراد بالحوافز الضريبية في اطار حماية البيئة مجموعة من المزايا التي يمنحها المشرع الضريبي للمنتجين او المستهلكين بغية تحقيق مآرب منسجمة مع حماية البيئة ولكن ما يميز هذه الحوافز عن الضريبة البيئية ان المشرع يركز فيها على ضرائب اخرى غير ضريبة البيئة بغية تشجيع المنتجين او المستهلكين على انتاج او استخدام سلع صديقة للبيئة كضريبة الدخل وضريبة الكمارك والضريبة على القيمة المضافة والضريبة على الانتاج وغير ذلك من الضرائب التقليدية. ولعل ابرز انواع هذه الحوافز ما يلي :

اولا:-الإعفاء الضريبي

اذ تقرر الكثير من الدول مجموعة من الإعفاءات الضريبية الدائمة والمؤقتة لإغراض حماية البيئة كأن يتم اعفاء المنشآت الصناعية التي تستخدم تقنيات صديقة للبيئة من ضريبة الدخل بصورة كلية او جزئية وان يتم اعفاء المؤسسة المعنية لمدة معينة من تاريخ بدء نشاطها لمساعدتها في انتاج منتجات تنافسية مقارنة بالسلع التي تنتجها المنشآت التي تستخدم تقنيات ملوثة للبيئة، او ان تعفى انواع معينة من السلع المستوردة الصديقة للبيئة من الضريبة الكمركية وغير ذلك.^١

ثانيا:- خصم التكاليف واستخدام نظام الإهلاك المعجل:

ويكون ذلك بالسماح بخصم جميع التكاليف الرأسمالية التي يتحملها المنتج في سبيل استخدام مكائن وآلات صديقة للبيئة. او استخدام نظاما للاندثار بطريقة الإهلاك المعجل حيث سمح لمالك المنشأة تنزيل تلك التكاليف في مدة اقصر من العمر الحقيقي للأصول الرأسمالية المستخدمة في منع التلوث او الالات والأجهزة المستخدمة في اغراض حماية البيئة والمحافظة عليها، او منح المنشأة تنزيلا اضافيا لاندثار اصولها الرأسمالية ذات العلاقة بجعل المنتجات او العملية الانتاجية موافقة للبيئة كأن يتم منحها تنزيلا بنسب معينة من قيمة الاصول في السنة الاولى اضافة الى نسبة التنزيل العادي لاندثار تلك الاصول.^٢ علما ان هذا التنزيل عادة ما يخصم من ربح المنشأة الخاضع لضريبة الدخل. وفي هذه المناسبة نجد تطبيقا لذلك في سنغافورة حيث سمح قانون ضريبة الدخل فيها لشركات الاستثمار خصم جميع النفقات الرأسمالية التي تتحملها في غضون سنة واحدة بدلا من ثلاثة سنوات اذا كان استثمارها ينصب على مجالات الطاقة الصديقة للبيئة.^٣

ثالثا:- تطبيق أسعار ضريبية منخفضة :

تعد من بين الحوافز الضريبية هي اخضاع المنتجين الذين يستخدمون اساليب غير ملوثة في عملية الانتاج لأسعار ضريبية منخفضة قياسا بالأسعار العادية التي تخضع لها بقية المنشآت او المكلفين بصورة عامة.^٤

رابعا:-استرداد الضريبة :

ويتحقق ذلك عندما يجيز المشرع الضريبي بإعادة مبلغ الضريبة الذي دفعه الشخص في السابق عند اعادته السلعة التي دفع عنها تلك الضريبة وانتهت صلاحيتها بفعل الاستخدام الى الجهات المعنية لإعادة

١ - د. قيس حسن عواد، التشريع المالي وحماية البيئة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ١٢، ع(٤٥)، ٢٠١٠، ص ٢١٣.
٢ انظر تفصيل ذلك لدى شيماء فارس محمد الجبر، الوسائل القانونية لحماية البيئة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٢، ص ١١٩-١٢٤.

٣ Tax and Fiscal Policies for Promotion of ' Jonathan Sinton، Christina Galitsky،- Lynn Price
p31، 2005، Industrial Energy Efficiency:

منشور على الموقع الالكتروني <http://industrial-energy.lbl.gov/node/129>

٤ - د. قيس حسن عواد، مصدر سابق، ص ٢١٣

تصنيعها مرة ثانية. وغاية المشرع من ذلك هو المساهمة في تشجيع الاشخاص على التقليل من المخلفات السلعية المضرّة بالبيئة ومن ذلك قيام كل من السويد والنرويج المتعاقدين على شراء السيارات الجديدة بدفع ضريبة تتخذ شكل وديعة لا ترد الا بعد تسليم السيارة عند انتهاء صلاحيتها لاستخدامها من قبل المنشآت المتخصصة في مجال معالجة هياكل السيارات والهدف في ذلك هو الحد من ظاهرة السيارات المتروكة في الخلاء وبهذه الوسيلة تم استعادة حوالي (٩٠%) من السيارات غير الصالحة للاستخدام^١.

المبحث الثالث

اثر السياسة الضريبية في حماية البيئة على الاستثمار في الطاقة

من البدهي القول ان اثار السياسة الضريبية المتعلقة بحماية البيئة سواء كانت بشكل فرض ضريبية الطاقة او تقديم الحوافز الضريبية تتجلى في مجال الاستثمار بالطاقة بحسب نوع الطاقة المراد تشجيع الاستثمار فيها بين كونها طاقة تقليدية ام طاقة متجددة.

المطلب الاول - اثر الضرائب البيئية على الاستثمار في مجال الطاقة المتجددة

تؤثر السياسة الضريبية التي تتبعها الدول في مجال حماية البيئة ايجابا على الاستثمار في مجال الطاقة المتجددة سواء تمثلت تلك السياسة بتقديم حوافز ضريبية ام بفرض ضرائب الطاقة لا بل انه ثمة مشتركات بين السياسة الضريبية في حماية البيئة والسياسة الضريبية في تشجيع الاستثمار في الطاقة ومن بين ابرز تلك المشتركة هي انه يمكن استخدام الحوافز الضريبية في تشجيع الاستثمار بالطاقة أو في تحقيق رغبة الدولة بحماية البيئة، اذ في كلا الأمرين يؤدي المشرع إلى تحقيق هدف واحد من خلال اي أداة من الأدوات التي تنطوي عليها هذه الحوافز سواء تمثلت بالإعفاء من الضريبة او تخفيض سعر الضريبة او خصم الاندثار المعجل او غيرها، فلو أخذنا مثال الإعفاءات الضريبية لوجدنا ان التطابق بين تشجيع الاستثمار بالطاقة وحماية البيئة يتحقق من خلال تقرير إعفاءات ضريبية للاستثمار في الطاقة المتجددة وهذا النوع من الاستثمار يحقق في ذات الوقت حماية البيئة، على أساس انه سيعمل على التشجيع نحو توسيع وتطوير النشاط الاقتصادي الذي يعتمد على الطاقة النظيفة ومن ثم سيساهم ذلك في معالجة مشاكل تلوث البيئة ولذلك أفضل من استغل هذه الأداة هي الدول الصناعية، اذ قامت المانيا بإعفاء المنشآت التي تستخدم معدات صديقة للبيئة او موفرة للطاقة من ضريبة البترول بشكل كامل بشرط ان تكون معدلات الاستخدام الشهرية او السنوية للطاقة ٧٠% او اكثر^٢. اما الولايات المتحدة الأمريكية فإنها عملت بعض الولايات فيها على منح مثل هذه الإعفاءات او التسهيلات الضريبية للاستثمار في الطاقة المتجددة في حين أبقت الضرائب على حالها في الطاقة التقليدية الناجمة عن الوقود الاحفوري او الطاقة النووية، وهذا ما شجع المستثمرين على التحول من الطاقة التقليدية إلى الطاقة النظيفة على أساس ان تكاليف إنتاجها اقل بسبب عدم خضوعها لأي عبء ضريبي او خضوعها لعبء ضريبي اقل، وبالنتيجة فان الفائدة كانت لمصلحة البيئة بتقليل حجم الانبعاثات المسببة للاحتباس الحراري او الملوثة للبيئة. ولذلك نجد ان المستثمرين في مجال الطاقة النووية كانوا من اشد المعارضين لهذه السياسة الضريبية^٣ على أساس ان تقرير إعفاءات ضريبية للاستثمار في مصادر الطاقة المتجددة والإبقاء على حالها في مصادر الطاقة النووية يؤدي الى زيادة ارباح المستثمرين في الطاقة النظيفة

١ - شيماء فارس محمد الجبر، مصدر سابق، ص ١٣٤.

٢ - Lynn Price ، op.cit , p31، Christina Galitsky

٣ - الغاء الحوافز الضريبية يهدد صناعة طاقة الرياح، مصدر سابق، مقال منشور على الموقع الالكتروني

من جانبين: الاول هو انخفاض حجم التكاليف بسبب الإعفاء الضريبي وهذا ما يؤدي الى زيادة الربح. اما الثاني مرتبط بانعكاس الضريبة على سعر السلعة المستهلكة، اذ إعفاء المستثمرين في انتاج الطاقة المتجددة من الخضوع للضريبة سيساهم في جعل السلعة المنتجة من مصادر هذه الطاقة كالكهرباء مثلا ارحص من تلك المنتجة من المنشآت العاملة بالطاقة النووية وهو ما يعني تحويل رغبات المشتريين من استهلاك الثانية لصالح الاولى ومن ثم يؤدي ذلك الى مضاعفة ارباح المستثمرين في مجال الطاقة المتجددة.

ولكن من جانب آخر ان هذه الميزة التي يتمتع بها المستثمرون الاجانب ربما تتلاشى اذا ما بقوا خاضعين للضريبة في الدولة الام، ومن ثم فان الإعفاء الذي تقرره الدولة المضيفة لا يكون له اي اثر سوى انها سيقبل من حجم ايراداتها الضريبية لصالح الدولة الام، أي بمعنى آخر ستبقى تكاليف هذا المستثمر مرتفعة وان كانت اقل من تلك التي يتحملها المستثمر في مصادر الطاقة التقليدية او الطاقة النووية وهذا ما يوجب عقد اتفاقيات تتلافى الازدواج الضريبي على النحو الذي ذكرناه سابقا.

ومن جانب آخر استخدمت الدول الصناعية نظام الاستهلاك المعجل لتحقيق هدفين اساسيين هما تشجيع الاستثمار في الطاقة وحماية البيئة ومن بين تلك الدول هي كندا واليابان وهولندا وسنغافورة. ففي كندا سمح بخصم استهلاك معجل مقداره ٣٠% من حجم التكاليف الفعلية التي يتحملها المستثمر في مجال الطاقة المتجددة واهم انواع الاستثمار التي يشملها هذا النوع من الحوافز الضريبية هي انظمة التوليد الكهربائية التي تعمل بالوقود النظيف وانظمة الطاقة الشمسية والمنشآت الكهربائية الصغيرة والانظمة المولدة لطاقة الرياح وغيرها وقد توسع منح هذه الحوافز الى استثمارات اخرى متعلقة بالطاقة في عام ٢٠٠١ بحيث شملت الاستثمارات الخاصة بمصانع الصلب التي تعمل على طاقة مولدة بمعدات صديقة للبيئة، بالإضافة الى كل ذلك لم يعد يقتصر الاستهلاك المعجل على التكاليف المادية التي يتحملها المستثمر بل امتد ليشمل اطفاء التكاليف غير الملموسة التي يتحملها المشروع مثل تكاليف دراسة الجدوى وتكاليف التفاوض والموافقة على الموقع والاستشارات الفنية وغير ذلك. اما في اليابان فان الاستهلاك المعجل يسمح بخصم ٣٠% من التكاليف التي يتحملها المستثمرون حسب ما بينه قانون حفظ الطاقة وتدويرها الصادر عام ١٩٩٣ اذا ما كانت هذه الاستثمارات متعلقة بمضخات الحرارة والتدفئة المركزية والقطارات الكهربائية والسيارات منخفضة الانبعاثات وانظمة الطاقة الشمسية والرياح وغيرها. وفي هولندا كانت من بين الوسائل الضريبية للمستثمرين هي الاستهلاك المعجل والذي يسمح للمستثمر بخصم جزء من التكاليف التي يتحملها اذا ما كان استثماره منصبا على آلات ومعدات صديقة للبيئة او تعمل على الاستثمار في مجالات الطاقة المتجددة لا بل سمح حتى بالاستهلاك المعجل للتكاليف المدفوعة لقاء الاستشارات الفنية التي يكون لها مردود ايجابي على البيئة بحيث تقلل من الآثار السلبية لاستخدام الطاقة المضرة بهذه البيئة. وأخيرا يسمح قانون ضريبة الدخل السنغافوري لشركات الاستثمار بخصم جميع النفقات الرأسمالية التي تتحملها في غضون سنة واحدة بدلا من ثلاث سنوات اذا كان استثمارها منصبا على مجالات الطاقة الصديقة للبيئة.^١

ويجدر الذكر ان ما قلناه اعلاه يكاد ينطبق ايضا اذا ما تضمنت السياسة الضريبية فرض ضريبة الطاقة سواء ضريبة الوقود ام ضرائب الكربون اذ في كلا الحالتين تفرض هذه الضرائب على مصادر الطاقة التقليدية باعتبار ما يصدر عنها من انبعاثات تصلح ان يكون محلا لهذه الضرائب بخلاف مصادر الطاقة المتجددة والتي توصف بانها مصادر نظيفة وهو ما يعطي ميزة تفضيلية للمستثمرين في مجال الطاقة

المتجددة تجعل ارباحهم بمستوى اعلى من المستثمرين في مجال الطاقة التقليدية مما يشجع ذلك على الاستثمار اكثر في هذا الميدان.

المطلب الثاني - اثر الضرائب البيئية على الاستثمار في مجال الطاقة التقليدية

يبدو للوهلة الاولى ان الضرائب البيئية تؤثر تأثيرا سلبيًا على الاستثمار في مجال الطاقة التقليدية وان هذا التأثير يتجلى بشكل واضح من خلال التعارض والتقاطع بين سياسة الدول في تشجيع الاستثمار في هذا النوع من الطاقة وسياستها الضريبية في حماية البيئة. اذ من جانب ينبغي على الدول تشجيع المستثمرين على ولوج ميدان الاستثمار بإنتاج الوقود الاحفوري من غاز و نפט و فحم بكل مراحل عمله من اكتشاف واستخراج وانتاج ونقل وتوزيع وتسويق من خلال تقرير حوافز ضريبية مثل الإعفاء من الضرائب المختلفة وتخفيض سعر الضريبة المطبقة على هذه الانشطة او احتساب نظام الاندثار المعجل وغير ذلك من الوسائل الضريبية، وفي ذات الوقت يتوجب على المشرع وبغية حماية البيئة استخدام سياسة ضريبية مناسبة من خلال فرض ضريبة على هذه الانشطة لما تسببه من اضرار ملوثة بالبيئة. ومن ثم يثور التساؤل عن كيفية الموائمة والتوفيق بين كلا السياستين الضريبتين المتعارضتين لاسيما في الدول التي تعتمد على مصدر طاقة واحد للحصول على الإيرادات المالية سواء نפט ام غاز ام فحم.

وقد ينقدح في الذهن ان المشرع الضريبي لا بد ان ينحاز الى احدي السياستين تلك على حساب الاخرى، فإما ان يشجع على الاستثمار في هذا النوع من الطاقة من خلال تقرير الحوافز الضريبية التي سبق وان تكلمنا عنها وبالتالي تضحي بالهدف الآخر وهو حماية البيئة، او بفرض ضريبة بيئية كضريبة الطاقة لتحقيق الهدف الاخير (حماية البيئة) وبالتأكيد ان هذا الامر سيؤثر على رغبات المستثمرين في ولوج ميدان الاستثمار في هذه الدولة مما يضطرهم الى تحويل انشطتهم الى دول اخرى لا تفرض مثل هذه الضريبة. علما ان هذا الامر هو الذي تحقق فعلا اذ قامت الكثير من الشركات العالمية الكبرى وخاصة الهولندية منها في مطلع التسعينات بتحريك ونقل مصانعها واستثماراتها بعيدا عن دول السوق الاوربية المشتركة التي تعضد بشدة النواحي البيئية وتفرض ضرائب عالية على مصادر الطاقة التقليدية الى الدول البترولية التي لا تفرض مثل هذه الضريبة^١ ومن ثم فان الدول الصناعية نجحت في تصدير مشاكل التلوث التي سببها الاستثمار في بلدانها الى الدول الاخرى.

وفي الحقيقة ان مثل هذا التعارض بين السياستين نجده بشكل ظاهر للعيان في الدول البترولية لاسيما العربية منها والتي تحوز على اكبر الاحتياطات النفطية والغازية في العالم فهذه الدول تتبنى في معظمها سياسة ضريبية تشجع على الاستثمار بالطاقة مقابل عدم تقرير اية ضريبة من الضرائب البيئية ومنها ضريبة الطاقة بمعنى ان المشرع في هذه الدول حاد عن سياسة حماية البيئة لصالح تشجيع الاستثمار في الطاقة. اذ انها كانت تبدي معارضتها - كما اسلفنا- لفرض ضريبة الطاقة لما تسببه في ارتفاع أسعار النفط والغاز وبالشكل الذي يقلل من حجم استهلاكه عالميا وتحول المستهلكين الى مصادر الطاقة الاقل كلفة مثل مصادر الطاقة المتجددة وهذا ما يسهم في خفض حجم إيراداتها المالية ويؤثر على مستوى النمو في اقتصاداتها، كما ترى ان فرض هذه الضريبة سوف يحد من امكانيات الدول النفطية في تزويد السوق الدولية بالنفط الخام والغاز الطبيعي لكون ان مثل هذا الفرض سيؤثر على المصدر الرئيسي للحصول على العملة الأجنبية وهو ما سوف يحد من حجم استثماراتها في هذا النوع من مصادر الطاقة في حين انه ثمة تزايد كبير في احتياجات

١ - انظر في ذلك د. عمرو محمد السيد الشناوي، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة (دراسة حالة مصر)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع(٤٩)، ابريل ٢٠١١، ص ٤١١.

العالم الصناعي من النفط والغاز وكانت تقدر هذه الحاجة ب(٤٠-٥٠) بريميل في اليوم خلال العقد الاول من هذا القرن مما يستلزم ذلك على دول اوبك استثمار (٦٧) مليار دولار لزيادة الطاقة المطلوبة بالإضافة الى (٥٢) مليار دولار للحفاظ على الطاقة الانتاجية الحالية وفقا لتقرير النفط العالمي لعام ٢٠٠٠. ومن جانب آخر قدرت هيئة الطاقة الدولية في سنة ٢٠٠٦ انه خلال الفترة من ٢٠٠١-٢٠٣٠ سوف يحتاج العالم الى استثمار ٢٠ ترليون دولار امريكي في البنية التحتية للطاقة لتلبية احتياجات الطلب المتوقع نصيب قطاع النفط وحده اكثر من ٤ ترليون دولار امريكي في الفترة ٢٠٠٥-٢٠٣٠^١. ومن ثم فان توفير التمويل اللازم لهذه الاستثمارات سوف يصبح شبه مستحيل وسط التراجع المتوقع في مداخيل الدول النفطية وتفاقم العجز المالي والتجاري بسبب الدعوات الى فرض ضرائب الطاقة لاسيما ضريبة الكربون.

ونخلص من كل ذلك ان معظم الدول المنتجة لمصادر الطاقة الاحفورية لاسيما دول اوبك لا تحبذ فرض ضرائب الطاقة سواء بشكل ضرائب الكربون ام ضرائب الوقود في داخل حدودها الاقليمية وبالمقابل هي تعارض مثل هذا الفرض من قبل الدول المستهلكة لما يتركه ذلك من اثر سلبي على مجالات الاستثمار في الطاقة الاحفورية ولاسيما النفط والغاز الطبيعي.

وعلى الرغم من المبررات التي تقدمها الدول المنتجة لمصادر الطاقة التقليدية لاسيما العربية منها لرفض ضرائب الطاقة لأثرها السلبي على الاستثمار الا انه ينبغي التذكير بضرورة ان تعي هذه الدول بانها ثمة راي عام عالمي يقف ضد تلوث المناخ ويؤيد الإجراءات المتخذة للتقليل من نسبه ويلقي بالمسؤولية على الدول النفطية في تفاقم ظاهرة الاحتباس الحراري حتى وصفت بأنها تصدر التلوث للعالم، ولذلك يستلزم منها تبني سياسة ضريبية جديدة تقنع الرأي العام العالمي بانها حريصة على الحفاظ على البيئة كما لا ينبغي بها ان تركز على الاستثمار في الموارد المادية على حساب الاستثمار في الموارد البشرية. ومن ثم حري بها ان تقرض ضريبة الطاقة لكي تحافظ على البيئة ومن ثم الحفاظ على صحة الإنسان وحياته^٢. وهذا ما أقدمت عليه إحدى الدول النفطية المهمة ولو بشكل جزئي وهي الجزائر التي ذهبت إلى تفعيل الضرائب البيئية للتقليل من اوباء التلوث المناخي حيث فرض المشرع فيها العديد من الضرائب البيئية التي سماها خطأ (رسوم) ومن بينها ضريبة الوقود وذلك بموجب قانون المالية لسنة ٢٠٠٢^٣ حيث تضمن هذا القانون في المادة (٣٨) منه فرض رسم (ضريبة) بمقدار دينار واحد لكل لتر من البنزين الممتاز والعادي الممتزج بالرصاص^٤.

ولا بد من التنويه بان الطلب على مصادر الطاقة من النفط والغاز الطبيعي هو طلبا غير مرن ومن ثم فأن فرض ضرائب الطاقة لا يقلل من حجم استهلاكها بشكل كبير اما لكون بدائلها ما زالت مرتفعة التكلفة او تحيطها مخاطر بيئية كبيرة او لأن مصادر الطاقة تلك معرضة للنضوب وان الطلب عليها في ازدياد متواتر او غير ذلك من الاسباب وهو ما يفسر ارتفاع أسعارها في الاسواق العالمية. ومن جانب آخر فإننا نعتقد بان فرض هذه الضريبة وان كان له تأثير سلبي على الاستثمار من ناحية الا انه يولد اثارا ايجابية من ناحية اخرى وقد بين ذلك بعض الفقه^٥ ومن ابرز الجوانب الايجابية تلك ما يلي:

١ - د. كارول نخلة، مصدر سابق، ص ١٨.

٢ - انظر في ذلك: شيماء جمال مجاهد شحاتة، مصادر الطاقة والتنمية الاقتصادية، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر تحت عنوان البترول والطاقة هموم عالم واهتمامات امة، كلية الحقوق /جامعة المنصورة، في الفترة من ٢-٣ ابريل ٢٠٠٨ منشور على الموقع الالكتروني www.f-law.net/law

٣ - د. كمال رزيق، دور الدولة في حماية البيئة، مجلة الباحث ٩٤، ٢٠٠٥، ص ١٠٢.

٤ - ابن عزة محمد ود. حبيب عبد الرزاق، دور الجباية في ردع وتحفيز المؤسسات الاقتصادية على حماية البيئة من اشكال التلوث (دراسة تحليلية لنموذج الجباية البيئية في الجزائر)، ص ١٥٢.

٥ - د- نزيه عبد المقصود محمد مبروك، مصدر سابق، ص ٥٦-٦٢.

١. ان فرض مثل هذه الضريبة على مجالات الاستثمار في النفط والغاز لا يقلل بالضرورة من الطلب على هذه المصادر من الطاقة لاسيما وان الطلب عليها كما قلنا مازال طلبا غير مرن بل سيحفز المستثمرين على تبني سياسة جديدة تقوم على استخدام مكائن وآلات صديقة للبيئة تقلل من مستوى الانبعاثات الملوثة للبيئة التي تعد اساسا في فرض هذه الضريبة فمثلا اذا فرضت ضريبة على انبعاثات الكبريت سوف تولد الرغبة لدى المنتجين في استخدام فلاتر او غيرها من الأدوات التي تقلل من نسب الانبعاثات.

٢. ان فرض ضريبة الطاقة افضل من لجوء الدولة إلى وضع قوانين واتخاذ إجراءات عقابية تثير المسؤولية الجنائية والمدنية تعاقب المستثمر الذي يصاحب نشاطه انبعاثات كربونية ملوثة للبيئة وتظهر هذه الافضلية في اضطرار الدولة في الحالة الثانية إلى تخصيص جيوش من العاملين والمراقبين وتخصيص ادارات عديدة وكثيرة لمتابعة أنشطة المستثمرين ومدى ما تنتجه هذه الأنشطة من انبعاثات كربونية تزيد عن الحد المقرر ومن ثم اغلاق نشاط المستثمر المخالف ومحاسبة صاحبه جنائيا ومدنيا وهو ما يزيد من التكاليف التي تتحملها الدولة لمكافحة التلوث من جانب ومن جانب آخر سيشكل ذلك عاملا في عزوف المستثمرين عن ولوج ميدان الطاقة، بينما فرض ضريبة الطاقة سيولد الرغبة الجامعة لدى المستثمر على تخفيض نسب الانبعاثات الكربونية لما يعكسه ذلك من تخفيض تكاليف الاستثمار، والتي تعد الضرائب جزء منها، ومن ثم زيادة مستوى ارباحه والذي هو غايته الاساسية ودون ان يسبب ذلك في تحميل الدولة تكاليف مرتفعة لمكافحة التلوث.

٣. ان فرض ضريبة الطاقة يولد حافزا لدى المستثمر في ابتكار تكنولوجيا جديدة تقلل من نسب الانبعاثات الكربونية لما يتركه ذلك من اثر في تقليل الضرائب المدفوعة وهو ما يساهم في رفع مستوى التنمية التقنية داخل الدولة، وهنا نشير إلى ان فرض الضريبة على زيت الديزل في السويد شجع في ابتكار انواع وقود جديدة اقل تلويثا للبيئة.

٤. واخيرا فان فرض ضريبة الطاقة تسمح للدولة بالحصول على ايرادات ضريبية عالية يمكن ان تستخدم في معالجة التلوث اما من خلال قيامها بحل المشاكل البيئية بنفسها او تقديمها منح ومساعدات للمستثمرين الذين يستخدمون ادوات صديقة للبيئة مما يشجع غيرهم في السير على هداهم في هذا المجال. وبالإضافة إلى ذلك يمكن استخدام هذه الحصيلة الضريبية في تغذية الموازنة العامة وتقلل من حجم اعتمادها على الضرائب التقليدية التي تسبب تشوهات اقتصادية كبيرة - بحسب ما يشير إلى ذلك بعض الفقهاء - مثل ضرائب الدخل وراس المال التي تقلل من الدوافع للعمل والادخار والاستثمار وهذا ما لا يتحقق عند فرض الضرائب البيئية والتي منها ضرائب الطاقة. وقد اظهرت البيانات الأمريكية ان كل دولار زيادة ضريبية تؤدي إلى فقدان ٢٠-٣٠ سنت من الناتج القومي بخلاف الضرائب البيئية التي لا تحدث مثل هذه التشوهات.

وبعد كل ما قلناه يبقى السؤال كيف نوفق بين سياسة المشرع الضريبية في تشجيع الاستثمار وسياسته بحماية البيئة لاسيما في دول تعتمد على مصادر الطاقة التقليدية بشكل جوهري في تغذية موازاتها او تنمية اقتصادياتها بحيث لا تعرقل سياستها الضريبية الحامية للبيئة أهدافها في تشجيع الاستثمار في الطاقة التقليدية؟ في رايانا يمكن اجراء هذا التوفيق من خلال إتباع الخطوات الآتية:

أ- عقد اتفاقية بين الدول النفطية تقضي بفرض ضريبة واحدة وبسعر واحد على الطاقة لان ضريبة الطاقة لا تكون لها فاعلية مالم تقررها أكثر دول العالم نزولا عند فكرة عالمية فرضها. إذ أن فرضها من قبل دولة معينة دون اخرى سوف يؤدي، في حالة بقاء العوامل الاخرى على حالها، إلى تحول وجهة المستثمرين

من هذه الدولة التي فرضتها إلى تلك التي لم تفرضها وهذا ما يكون له مردودا سلبيا على إيراداتها وحجم نمو اقتصادها.

ب- ينبغي أن يكون سعر ضريبة الطاقة اقل من سعر الضريبة المفروضة في الدول الغربية لكي يسمح ذلك باستمرار تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، التي هي من مصادرها الأساسية، على الاستثمار في هذه الدول.

ت- تخفيض أسعار الضرائب التقليدية مثل الضرائب الكمركية او ضرائب الدخل او العقار او غيرها بشكل كبير جدا او إلغائها او زيادة امد الإعفاءات الضريبية وبالشكل الذي يتناسب مع استخدام المستثمرين مكائن وآلات وأدوات صديقة للبيئة بحيث تقلل من نسبة الانبعاثات الكربونية والغازات الملوثة للمناخ اي بمعنى آخر تفعيل الحوافز الضريبية في هذا الاطار.

ث- تخصيص الحصيلة الضريبية التي تجبى من ضريبة الطاقة في معالجة مشاكل التلوث البيئي لما في ذلك من اثر محمود في المحافظة على بيئة الدولة او تغذية الموازنة العامة عوضا عن الامتيازات الضريبية التي منحت للمستثمر في اطار الضرائب التقليدية وحماية عناصر مناخها كما بينا سابقا.

المبحث الرابع

الترجيح بين السياسة الضريبية لحماية البيئة والسياسة الضريبية لتشجيع الاستثمار

في الطاقة في العراق

لقد بينا سابقا ان العراق يعد من الدول التي لم تقدم الا النزر اليسير من الحوافز الضريبية للمستثمرين في مجال الطاقة البترولية والغازية باستثناء الاستثمار في تصفية النفط الخام بل ذهب على العكس من ذلك الى فرض ضريبة دخل مرتفعة على الاستثمار في قطاع النفط والغاز اعلى من تلك التي تخضع لها الشركات المستثمرة في القطاعات الاخرى. ونعزو ذلك الى رغبة الدولة في عدم التضحية بالإيرادات الضريبية التي تجنيها سنويا من الشركات الاجنبية العاملة في هذا النوع من الاستثمار مع زيادة اقبال الاخيرة على الاستثمار في القطاع النفطي على وجه الخصوص لما تجنيه من ارباح نتيجة المزايا التي تميز الاستثمار في هذا القطاع والتي ذكرناها سابقا. وبالمقابل لكل ذلك لم يضع المشرع العراقي سياسة ضريبية حامية للبيئة على الرغم من استحداث وزارة باسم وزارة البيئة وصدر قانون خاص بحماية وتحسين البيئة هو القانون رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٩ الا ان هذا القانون لم يتضمن اي نص يقضي بفرض اي ضريبة من ضرائب التلوث ومن بينها ضرائب الطاقة، واكتفى بتقرير المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية على من يتسبب نشاطه بأضرار بيئية تتمثل الاولى بالتعويض ماديا عن الاضرار هذه، والزامه بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل حدوث التلوث^١. اما بالنسبة للثانية فهي معاقبة المخالف لأحكام هذا القانون بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة اشهر والغرامة التي لا تقل عن (١٠٠٠٠٠٠٠) دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار وتضاعف في حالة التكرار بالإضافة الى اتخاذ الاجراءات الادارية بحق النشاط المسبب للتلوث^٢.

وفي خضم ما قلناه اعلاه نجد ان المشرع العراقي حاد عن السياستين: السياسة الضريبية لتشجيع الاستثمار بالطاقة والسياسة الضريبية لحماية البيئة واذا ما اردنا ان نرجح احدي السياستين على الاخرى فإننا نقول بانه على الرغم من حاجة الدولة الى تشجيع الاستثمار في مجال النفط والغاز كونه العمود الفقري لميزانية الدولة فضلا عن حاجة البلاد الى تحقيق الاكتفاء الذاتي من الغاز المنتج وتوريد الفائض الى

^١ انظر المادة (٣٢) من قانون البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ النافذ.

^٢ -انظر المادة (٣٣) من قانون البيئة اعلاه.

الاسواق العالمية وان هذه الحاجة تملئ علينا الاقتراح على المشرع اتباع سياسة ضريبية مشجعة للاستثمار في هذا المجال، فانه بالرغم من ذلك فإننا نميل الى ترجيح كفة السياسة الضريبية لحماية البيئة عن تلك التي يمكن ان يتبعها لتشجيع الاستثمار في الطاقة التقليدية ونرى ان فرض ضريبة الطاقة علاوة على بقية انواع الضرائب البيئية ضرورة تبررها الاسباب الاتية:

- ١- ان نسبة التلوث في العراق عالية جدا وتشير التقارير الدولية الى ذلك لعوامل عدة نذكر منها :
 - أ- ان العراق خاض العديد من الحروب وآخرها احتلاله الذي استخدمت فيه شتى الاسلحة المحرمة دوليا والملوثة للبيئة مثل اليورانيوم المنضب والفسفور الابيض.
 - ب- يحتكم العراق على بنية تحتية متهاكة بشكل كبير جدا ولم تلحقها الصيانة والتجديد منذ عقود بسبب توجه الانفاق العام نحو الاغراض العسكرية ثم فرض الحصار عليه وغياب السياسة الاقتصادية السليمة للعراق بعد عام ٢٠٠٣. وقد ساهمت هذه البنية التحتية المتهاكة في اتباع وسائل غير سليمة بيئيا كالتخلص من المخلفات في مياه الأنهار والبحيرات مما زاد من نسب التلوث في البيئة.^١
 - ت- الاعتماد على نشاط المولدات الاهلية في تجهيز المواطنين بالطاقة الكهربائية مع تناقص حجم الطاقة المجهزة من قبل الدولة، حيث ان هذه المولدات لا تراعي في عملها اي مقياس للمحافظة على البيئة بالإضافة الى تواجدها داخل المدن بشكل كبير جدا. وعلى الرغم من وجود وزارة للبيئة وقانون معني بالبيئة يوقع العقوبات المالية على من يتسبب نشاطه الاضرار بالبيئة، الا ان ذلك لم يكن له اي دور في تقليل نسب الكربون المنبعث عن تلك المولدات بسبب عدم امكانية تفعيل الاجراءات الجزائية والادارية ضد من يخالف قانون البيئة لان مثل هذا التفعيل يؤدي الى ايقاف انشطتها وهو ما يتسبب في انقطاع التيار الكهربائي المجهز منها وبالشكل الذي لا تستطيع الدولة تعويضه.
 - ث- ساهمت محطات الطاقة الكهربائية في انتاج مخلفات مضره بالبيئة يتم تسريبها الى مياه الانهر بحكم موقعها الجغرافي حيث تفتقر معظم محطات الطاقة الكهربائية الى منظومات عزل، وعلى الرغم من اتجاه العراق نحو استخدام محطات الطاقة الغازية في الفترة الاخيرة الا ان عملية ازالة الزيوت والحرارة لا زالت تشكل عبئا على البيئة في صناعة الطاقة الكهربائية.
 - ج- زيادة اعداد السيارات الداخلة للعراق وبوتيرة كبيرة بعد عام ٢٠٠٣ وقد صاحب ذلك استخدامها للوقود^٢ الرديء المستورد او المنتج من المصافي العراقية حيث تزداد فيه كمية الرصاص والمواد الاخرى الملوثة للبيئة.

٢- زيادة مساحة التصحر والجفاف في العراق بسبب التلوث البيئي في داخل العراق او في محيطه الخارجي حيث بلغت نسبة التصحر الى ٧٠% للأراضي الزراعية المروية و ٩٠% في المراعي نتيجة شحة المياه، كما يعد نقص واردات نهري دجلة والفرات تهديدا كبيرا على البيئة بحيث سبب نقصا كبيرا في انتاج الطاقة الكهربائية بالاعتماد على مصادر المياه وبعضها توقف عن العمل وهو ما سيدفع بالدولة الى تعويضها بمحطات عاملة بالديزل او بالغاز ومن ثم يساهم ذلك في ارتفاع نسب التلوث.^٣

١ - انظر في العوامل الاخرى المسببة لتلوث البيئة العراقية د. قيس حسن عواد، مصدر سابق، ص ١٩٩-٢٠٠. و زينب منذر جاسم وفضيلة عباس غائب مصدر سابق، ص ٣٠٤-٣٠٥.

٢ انظر في تفصيل ذلك يحيى عبود حسين، ضرائب الكربون والاحتباس الحراري، بحث منشور على الموقع الالكتروني منشور على الموقع الالكتروني <http://www.iraqmetraining.com/view.250>

٣- ان العراق يعتمد على إيرادات النفط بنسبة ٩٥% الى ٩٧% في تغطية انفاقه وما زال انتاج العراق يقل عن حجم انتاجه الموازي لمخزونه الاحتياطي حيث اكدت التقديرات ان العراق يحتل ثاني مرتبة في العالم من احتياطي النفط كما اشرنا سابقا وهذه التقديرات قديمة حسب ما يشير اليه البعض ولم يتم مراجعتها منذ عام ٢٠٠١ وقد اكد نائب رئيس الوزراء للشؤون الاقتصادية في مايو ٢٠٠٨ الى اعلان تقديرات منقحة تشير الى امتلاك العراق اكبر احتياطي مثبت في العالم ليصل الى ٣٥٠ مليار برميل وهو ما يتخطى الاحتياطي المقدر للمملكة العربية السعودية وهو ٢٦٤ مليار برميل. كما ان العراق يملك احتياطي هائل من الغاز الطبيعي يقدر بـ (١١٢) ترليون قدم مكعب ونتيجة هذه الاحتياطات الهائلة من النفط والغاز وضعت وزارة النفط خطة إستراتيجية لزيادة انتاج النفط ليصل الى (٦) مليون برميل في اليوم بنهاية هذا العقد وهو ما يستلزم زيادة حجم الاستثمارات في مجال الطاقة التقليدية بشكل كبير جدا لتتراوح مقاديرها بين ٢٥ - ٧٥ مليار دولار^١ بغية تسديد متطلباته الاقتصادية والاجتماعية والدولية وهو ما يؤدي الى زيادة نسب التلوث البيئي.

٤- ان العراق يواجه مشكلة كبيرة في انتاج الغاز الطبيعي تتمثل في ان ٧٠% من الغاز المنتج مرتبط بحقول النفط العملاقة وان ٦٠% تقريبا من انتاج الغاز الطبيعي المصاحب له يتم حرقه بسبب عدم وجود بنية تحتية كافية لاستغلاله في الاستهلاك او التصدير وهو ما يزيد من حجم التلوث البيئي بشكل كبير جدا.^٢

٥- انضمام العراق الى اتفاقية الامم المتحدة لتغيير المناخ المبرمة في نيويورك في ١٩٩٢ والتي دخلت حيز التطبيق ١٩٩٤ وبروتوكول كيوتو المبرم في ١٩٩٧ والذي دخل حيز التنفيذ عام ٢٠٠٥ وهذا الانضمام يلقي على عاتق الدولة العراقية اصدار تشريعات واتخاذ اجراءات من شأنها ان تشارك المجتمع الدولي في تقليل نسب التلوث المناخي او تثبيت الغازات الدفيئة في الغلاف الجوي عند مستوى يحول دون تدخل خطير من جانب الإنسان في النظام المناخي.

ونتيجة لكل تلك الاسباب وبغية استدراك حجم الضرر الذي تعاني منه البيئة العراقية ومعالجة بعض اثارها السلبية حري بالمشروع العراقي ان يتبنى سياسة ضريبية جديدة حامية للبيئة بحيث يعيد النظر بالضريبة المفروضة على دخل وارباح الشركات الأجنبية المستثمرة في مجال النفط والغاز بتخفيض سعرها وتقديم حوافز ضريبية في اطار الضرائب التقليدية مشجعة للاستثمار وبالمقابل فرض ضريبة الطاقة ولاسيما ضريبة الكربون كمرحلة اولية وبالشكل الذي يسمح بفرضها على كل مراحل الاستثمار في مجال استكشاف النفط والغاز الطبيعي واستخراجه وإنتاجه وتصديره وتكريره وتصفيته وبحسب نسب الانبعاث الكربوني الذي يتولد عنها بحيث تتخفف هذه الضريبة كلما انخفضت تلك النسب وتزداد كلما زادت، وفي مرحلة لاحقة يمكن فرض ضريبة الوقود عندما تتمكن الصناعة النفطية الوطنية من انتاج وقود بمواصفات ذات جودة عالمية يحوي مواد غير ملوثة للبيئة بشكل كبير كي لا يتحمل المواطن في المرحلة الاولى اعباء ضريبية ينوء عن حملها. وعلى العموم فإننا نرى في فرض ضرائب الطاقة بالآليات التي ذكرناها وفتراتها يساهم في تحقيق اربعة اهداف وهي:

أ- المحافظة على حجم الاستثمار الوافد في مجال الطاقة التقليدية كون المستثمر ستمنح له حوافز ضريبية في اطار الضرائب التقليدية مقابل فرض ضريبة الطاقة ومن ثم سيساهم ذلك في تحقيق اهداف

١- وفي الحقيقة ان حجم الفاقد من الغاز الطبيعي هذا هو الذي يدفع بالعراق الى استهلاكه من الدول المجاورة ان كان العراق ينتج ٢١٥ مليار قدم مكعب في عام ١٩٨٩ وصل الى ٨٧ مليار قدم مكعب في عام ٢٠٠٥ كارول ٩

٢- د. كارول نخلة، مصدر سابق، ٩-١٠

٣- جاء ذلك بموجب القانون رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٢، منشور في جريدة الوقائع العراقية ع (٣٢٣٤) في ٢٣/اب/٢٠١٢.

الدولة في تشجيع الاستثمار في مجال الطاقة وهذا ما يساعد بالنتيجة في استمرار التدفقات المالية التي تحصل عليه الدولة من النفط والغاز المصدر فضلا عن تلبية حاجتها الاستهلاكية.

ب- تساعد ضريبة الطاقة في تحفيز المستثمرين على استخدام افضل السبل لتقليل نسبة الانبعاثات الكربونية المصاحبة لعمليات الاستثمار في النفط والغاز من خلال استعمال مكائن والآت صديقة للبيئة او استخدام تكنولوجيا متطورة تساعد على تحقيق الاهداف المرجوة في الحفاظ على البيئة.

ت- يمكن استخدام الحصيلة الضريبية المتأتية من ضرائب الطاقة في مكافحة مشاكل التلوث البيئي المتنامية في العراق.

ث- تساعد ضرائب الطاقة في تحقيق اهداف الدولة في تشجيع الاستثمار في مصادر الطاقة المتجددة من خلال عدم خضوع المستثمرين في هذا المجال لهذه الضريبة نظرا لكونها لا ينتج عنها اية انبعاثات كربونية لاسيما وان العراق يعد من الدول التي صادقت على الاتفاقية الدولية المؤسسة لمنظمة الوكالة الدولية للطاقة المتجددة (IRENA) والموقع عليها في المانيا في ٢٦/٦/٢٠٠٩^١ وهو ما يستلزم منه اصدار تشريعات مشجعة على الاستثمار في هذا النوع من الطاقة واولها في اعتقادنا تبني سياسة ضريبية محفزة لهذا الاستثمار مما يساهم في فتح افاق حيوية لتنمية العراق الاقتصادية والاجتماعية خصوصا وانه يتمتع بارتفاع اشعة الشمس فيه وبسطوح يصل الى ٢٩٠٠ ساعة في السنة^٢ ومن ثم يخفض ذلك من تكاليف الاستثمار في انتاج الطاقة المعتمدة على اشعة الشمس يضاف الى ذلك ان وجود نهري دجلة والفرات يساهم في الاعتماد على الطاقة الكهرومائية في انتاج الكهرباء. وبالنتيجة فان تبني سياسة ضريبية تشجع الاستثمار في مصادر الطاقة المتجددة يساعد في تقليل الاعتماد على محطات الطاقة الحرارية وهو ما يعمل على الحفاظ على البيئة العراقية من جانب ومن جانب آخر يساعد في تقليل من النفط والغاز المستهلك في المحطات الحرارية والاستفادة منه في زيادة حجم الصادرات النفطية والغازية مما يزيد ذلك من ايرادات الدولة.

ولا بد ننوه اخيرا الى ان المشرع العراقي على الرغم من عدم سنه قوانين اتحادية تتضمن فرض ضرائب بيئية كما بينا الا انه اجاز من جانب آخر للمحافظات في ان تسن تشريعات^٣ تتضمن فرض ضرائب على الشركات العاملة فيها تعويضا عن تلويثها للبيئة اذ نصت المادة (٤٤) على (تتكون الموارد المالية للمحافظة مما يأتي: (...٥-الضرائب التي يفرضها المجلس على الشركات العاملة فيها تعويضا عن تلوث البيئة وتضرر البنى التحتية)

ويفهم من هذا النص انه يمكن لمجالس المحافظات ان تسن قوانين محلية تتضمن فرض ضرائب بيئية ونعتقد ان هذا يشمل فرض ضرائب الطاقة على الشركات المستثمرة في مجال النفط والغاز داخل الحدود الادارية للمحافظة اذا ما سببت اعمالها تلويثا للبيئة. وعلى الرغم من تأييدنا لفرض الضرائب البيئية ومن بينها ضرائب الطاقة على الاستثمار في النفط والغاز الا اننا نرى وضع هذه الضرائب من قبل مجالس المحافظات ربما سيصطدم مع صلاحيات السلطة الاتحادية الحصرية ولو بشكل غير مباشر. ولتوضيح ذلك نقول ان السلطات الاتحادية تملك صلاحيات حصرية بموجب المادة (١١٠) من الدستور ومن بين هذه

١ - تم ذلك بموجب القانون الصادر عن مجلس النواب رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٢ نشر في الوقائع العراقية ع(٤٢٤٨) في

٢٠١٢/٨/٢٧

٢ يحيى عيود حسين، مصدر سابق

٣ - جاء ذلك في قانون التعديل الثاني لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ (الوقائع العراقية

ع(٢٤٨٢) في ٢٠١٣/٨/٥

الصلاحيات ما نصت عليه الفقرة (ثالثاً) وهي رسم السياسة المالية^١ ويراد بهذا المصطلح قيام السلطات الاتحادية بوضع الخطوط العريضة في الجوانب الاقتصادية والمالية والتي ينبغي على الوحدات الادارية الاقليمية الالتزام بها في مجال التشريع ام التنفيذ، ومن ثم لو كان المشرع الاتحادي قد منح المستثمرين في مجال الطاقة الإعفاء من جميع الضرائب والرسوم و تغيا من وراء ذلك تشجيع الاستثمار ورفع مستوى التنمية الاقتصادية في هذا المجال^٢ فان قيام مجالس المحافظات بفرض ضرائب على انشطتهم الملوثة للبيئة سيفرغ التشريع الاتحادي من محتواه وربما سيساهم ذلك في عزوف الشركات عن الاستثمار او تقلل من حجمه وهو ما يتضاد مع اهداف الدولة الاقتصادية والمالية التي ترسمها السلطات الاتحادية على وجه الحصر، كما أن ترك الامر بيد مجالس المحافظات يقلل من شان اليقين الضريبي الذي تتعامل معه الشركات المستثمرة فهي تأتي للاستثمار بدواعي وجود سياسة ضريبية مشجعة له تتبناها الدولة وتفاجأ بعد المباشرة في عملها ان المحافظة العاملة ضمن حدودها الادارية فرض مجلسها ضرائب بيئية مثل ضرائب الطاقة على انشطتها، ومن جانب ثالث ان منح الصلاحيات للمحافظات بفرض الضرائب البيئية سوف يخلق التفاوت في مجال الاستثمار بين المحافظات داخل البلد الواحد مما يعني توجه الاستثمارات نحو المحافظات التي لا تفرضها وعزوفها عن المحافظات التي تفرضها وربما رؤوس الاموال والارادات المتأتية لهذه الاخيرة لا تكفي وحدها لأحداث التنمية الاقتصادية المنشودة وهذا ما ينعكس ايضا على مواطني المحافظة نفسها ومستوى الدخول التي يحصلون عليها.

ولذلك وبغية تلافي كل هذه الآثار السلبية المذكورة اعلاه وطالما ان المشرع الاتحادي يدرك اهمية السياسة الضريبية في حماية البيئة فانه الاولى به ان يتبنى هذه السياسة بتشريع اتحادي لاسيما فرض ضريبة الطاقة على وفق الاليات التي ذكرناها سابقا وان لا يدع الأمر لمجالس المحافظات فحسب.

ورب هنالك من يقول ان مثل هذا الرأي يتعارض مع نص في المادة (١١٤) من الدستور العراقي النافذ والتي حددت الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات ومن بينها رسم السياسة البيئية لضمان حماية البيئة من التلوث بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، كما يتعارض مع عجز المادة ١١٥ التي اكدت بانه في الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية والمحافظات غير المنتظمة في اقليم تكون الاولوية في حالة الخلاف بينهما لقانون المحافظات.

ولكن ردنا على مثل هذا القول ان المشرع الدستوري من جانب نص على صلاحيات حصرية للسلطات الاتحادية لا يمكن لأي اقليم او محافظة ان يباشرها ومن بين هذه الصلاحيات رسم السياسة المالية ومن ثم اذا كانت رغبة المشرع الاتحادي في اعفاء نشاط ما مثل الاستثمار في مجال طاقة من الضرائب والرسوم لما يتركه ذلك من اثر على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة ككل فان ذلك يدخل ضمن السياسة المالية التي ترسمها السلطات الاتحادية والتي لا يمكن تحقيقها الا من خلال استخدام سياسة ضريبية محكمة توجه الاقتصاد نحو المسار الذي ينسجم مع فلسفتها واهدافها حتى لو كان لهذه الضرائب طبيعة بيئية. ومن جانب آخر ان تبني المشرع الاتحادي للضرائب البيئية لا يلغي حق المحافظات بفرض ضرائب بيئية محلية وكما ان فرض الاخيرة لا يلغي حق السلطات الاتحادية في فرض مثل هذا النوع من الضرائب وجبايتها. ولكن كل ما نقوله في هذا المضمار ان السياسة الضريبية التي تنتهجها مجالس المحافظات ينبغي ان

١ - انظر في مفهوم السياسة المالية د. اعاد حمود القيسي، المالية العامة والتشريع الضريبي، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٨٣-٨٥

٢ - انظر في تفصيل ذلك بحثنا الموسوم، مدى اختصاص المحافظات غير المنتظمة في اقليم في العراق بفرض الضرائب والرسوم، مشارك في المؤتمر العلمي لسادس كلية القانون /جامعة القادسية والمعقود بتاريخ ١٠-١١/٤/٢٠١٣

لا تمس السياسة المالية التي ترسمها السلطات الاتحادية على وجه الحصر وعموما يمكن احالة اي خلاف بهذا الشأن الى المحكمة الاتحادية العليا على وفق المادة (٩٣/رابعاً) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

الخاتمة

لقد بان لنا من خلال ما تعرضنا له في مفاصل البحث ونقاطه ان رغبات الدول وتوجهاتها في تشجيع الاستثمار بالطاقة ليست على شاكلة واحدة ولا نسيج واحد ويجد ذلك تبريره بما تملكه هذه الدول من مصادر طاقة مختلفة وما تحوزه من معالمها. ولذلك كما لاحظنا في ثنايا البحث انه ثمة سجال خفي بين منتجين لطاقة معينة ومستهلكين لهذه الطاقة، بين دول نامية واخرى متقدمة. فمصادر الطاقة التقليدية التي تقوم عليها حياة البشرية وبنسبة ٨٠% متمركزة في مناطق معينة من العالم تحسب هذه المناطق على الدول النامية كالدول البترولية، اما استهلاك هذه المصادر فانه يتركز بشكل اساس في الدول المتقدمة التي تعتمد صناعاتها واقتصاداتها عليها. ولما كان مصير الدول المتقدمة المستهلكة لمصادر الطاقة تلك مرهون بإرادة الدول النامية المنتجة لها ذهبت الاولى الى تحويل وجهتها الى مصادر طاقة بديلة ووجدت ضالتها في ذلك باتباع سياسات ضريبية مشجعة على الاستثمار فيها ومحفزة على الولوج الى ميدانها من قبيل منح الإعفاءات الضريبية وتخفيض أسعار الضريبة ومزايا للمستثمر تمكنه من خصم خسائره في حين ان مثل هذه التسهيلات لا يتمتع بها المستثمرون في مصادر الطاقة التقليدية وهو ما يعمل على تحويل وجهة المستثمرين من الثانية الى الاولى.

اما بالنسبة للدول النامية التي تملك مصادر الطاقة التقليدية فإنها امام حقيقتان: الاولى ان هذه المصادر التي تدر على خزائنها بموارد مالية عالية معرضة للنضوب والنفاد، والثانية انه ثمة توجه لدى الدول الكبرى في حرف رغبات المستهلكين للطاقة على المصادر التي ينتجونها الى مصادر اخرى يكون فيها للتكنولوجيا والتطور العلمي الذي تحوزه هذه الدول الدور الالهم في انتاجها. ومن ثم هي في سباق مع الزمن يستلزم الامر توسيع حجم استثماراتها في مصادر الطاقة التقليدية قبل وصول الدول الكبرى الى اكتشاف مصادر طاقة اقل تكلفة من تلك التي ينتجونها ومن ثم انخفاض الطلب عليها وتقليل حجم ايراداتها، وسبيلها في توسيع حجم الاستثمار هذا هو اتباع سياسة ضريبية محفزة كالإعفاءات الضريبية والخضوع لأسعار ضريبية منخفضة بالقياس الى الاستثمار في القطاعات الاخرى.

لكن الامر لم ينته هنا اذ دخلت الاخطار البيئية التي تسببها مصادر الطاقة التقليدية على خط السجل بين الدول النامية المنتجة لها والدول الكبرى المستهلكة لها وبنسب عالية جدا، اذ ادى هذا الاستهلاك الى تنامي ظاهرة الاحتباس الحراري بفعل الغازات المنبعثة عن الصناعات المتعاملة بالطاقة الاحفورية مما دفع بكثير من الدول المتقدمة لاسيما الاوربية منها الى تبني سياسة ضريبية متشددة على استهلاك مصادر الطاقة التقليدية بفرض ضريبة الطاقة عليها وتقديم حوافز ضريبية للاستثمار في الطاقة المتجددة او النظيفة التي تساعد في الحفاظ على البيئة.

وهنا يتحقق التوافق بين السياستين الضريبيتين للدول الكبرى المذكورة انفا والمتمثلة بسياستها في تشجيع الاستثمار في طاقة غير تقليدية تخلصا من عبء الارتهان للدول البترولية والتي معظمها دول نامية وسياستها في حماية البيئة.

اما في الدول النامية ونعني بها خصوصا مالكة الوقود الاحفوري فان هاتين السياستين كانتا محل تعارض وتصادم فإما ان يتم تشجيع الاستثمار بالطاقة التي تملكها وهي الطاقة التقليدية من خلال منح

تسهيلات ضريبية مختلفة للمستثمر او استخدام سياسة ضريبية حامية للبيئة تقلل من حجم استثمار مصادر الطاقة تلك بفرض ضريبة الطاقة عليها.

ولذلك وبغية المحافظة على عدم هدر اي من هدي الدولة تلك، تشجيع الاستثمار بالطاقة وحماية البيئة، يستلزم الامر اتباع سياسة ضريبية متوازنة وبينها سابقا وهي عقد اتفاقيات بين الدول المتحكمة بمصادر الطاقة التقليدية تفرض ضريبة وبسعر واحد مع الابقاء على سياسة منح المزايا الضريبية المختلفة المشجعة على الاستثمار في نطاق الضرائب التقليدية.

اما بالنسبة للعراق فإننا نجد قد حاد عن السياسة العامة التي اتبعتها الدول الاخرى فهو يفرض ضرائب بأسعار عالية على الاستثمار في مجال الطاقة ومن جانب آخر لا تفرض اية ضرائب بيئية على الرغم مما تعانيه البيئة العراقية من تلوث بان اثره بشكل جلي على البشر والشجر وحتى الحجر. لذلك نقترح ما يلي:

- ١- تخفيض ضريبة الدخل المفروضة على ارباح الشركات الاجنبية المستثمرة في قطاع النفط والغاز الطبيعي او الغاءها.
- ٢- فرض ضريبة طاقة على الشركات التي تتسبب نشاطاتها في بث غازات ملوثة بالبيئة وفق نسب تصاعديّة حسب درجة التلوث.
- ٣- منح اعفاءات ضريبية من الضرائب التقليدية سواء ضريبة دخل ام كمارك ام انتاج ام غيرها للشركات التي تستخدم آلات ومكانن صديقة للبيئة.

المصادر والمراجع

اولا: الكتب :-

١. د. رائد ناجي احمد، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٢.
٢. د. روبرت ل. ايفانز، شحن مستقبلنا بالطاقة (مدخل الى الطاقة المستدامة) ترجمة د. فيصل حردان، ط١، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، ٢٠١١.
٣. د. كارول نخلة، مستقبل النفط في العراق اكتشاف اطار العمل الصحيح، مركز سييري، اقتصادات الطاقة، جامعة سييري، ٢٠٠٨، منشور على الموقع الالكتروني www.seec.surrey.ac.uk/.
٤. د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٥. د. نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الضرائب الخضراء والرخص القابلة للتداول كأدوات لمكافحة التلوث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

ثانيا: الرسائل و الاطاريح :-

٦. عمر ماجد ابراهيم، المعاملة المالية للشركات العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٤.
٧. وناس يحيى، الاليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، اطروحة دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان، ٢٠٠٧.
٨. شيماء فارس محمد الجبر، الوسائل القانونية لحماية البيئة، رسالة، ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٢.
٩. موفق سمور، المعاملة الضريبية للدخل غير المشروع (رسالة دكتوراه مطبوعة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

ثالثاً: البحوث و الدراسات:-

١٠. زينب منذر جاسم وفضيلة عباس غائب، الضريبة البيئية، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الثاني لكلية القانون بعنوان الحماية القانونية للبيئة (الواقع والافاق)، ٢٠٠٩.
١١. أ. عبد الكريم قندوز و بلعزوز بن علي، استخدام الضرائب في مكافحة التلوث، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.gooh.net/.
١٢. د. احمد خلف حسين الدخيل و ابراهيم علي محمد، الضرائب على التلوث البيئي بين دواعي الحماية و غياب السند القانوني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، ع(١٦)، ٢٠١٢.
١٣. د. احمد جمال الدين موسى، دور التشريعات الضريبية في حماية البيئة، بحث مقدم المؤتمر كلية الحقوق/جامعة المارات (دور التشريعات الضريبية في حماية البيئة، المجلد الرابع، ١٩٩٩).
١٤. د. عمر محمد السيد الشناوي، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة (دراسة حالة مصر)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع(٤٩)، ابريل ٢٠١١.
١٥. كمال رزيق، دور الدولة في حماية البيئة، مجلة الباحث، ع٥، ٢٠٠٩.
١٦. د. زايري بلقاسم، اتجاهات ومعوقات الاستثمار الاجنبية في دول مجلس التعاون الخليجي، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١.
١٧. د. ماجد شلبي، الاستثمار الاجنبي واثره على النمو الاقتصادي (دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصري)، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١.
١٨. د. مهندس محمد مصطفى محمد الخياط و مهندس ماجد كرم الدين محمود، سياسات الطاقة المتجددة عالمياً، منشور على الموقع الإلكتروني <http://abudhabienv.ae>.
١٩. د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الاجنبي وحوافزه في القانون المصري، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١.
٢٠. د. امانى احمد عبدالله موسى، حوافز و ضمانات الاستثمار في السودان وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩ و التعديلات اللاحقة له، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١.
٢١. أ. طالبي محمد، اثر الحوافز الضريبية وسبل تفعيلها في جذب الاستثمار الاجنبي المباشر في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع ٦، منشور على الموقع الإلكتروني <http://iefpedia.com/arab>.
٢٢. د. صلاح الدين حامد الحديثي و ايمان احمد حسن، الإعفاء الضريبي كعامل جذب للاستثمار الاجنبي في العراق، ورقة عمل مقدمة الى الندوة العلمية الضريبية الاولى، ١٢/١١/٢٠٠٨، ص١٦، منشور على الموقع الإلكتروني <http://tax.mof.gov.iq>.
٢٣. د. محمد احمد زيدان، حوافز جذب الاستثمارات الاجنبية الى دولة الامارات العربية المتحدة، بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١.
٢٤. زوبير بن الشريف دغمان، التدابير الاساسية بتشجيع وتنظيم وحماية الاستثمار المباشر الاجنبي. بحث مقدم الى مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١١.

٢٥. ١٦- أ. زيدان محمد، الاستثمار الاجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر)، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع(١)، ص١٢٣، منشور على الموقع الالكتروني www.univ-chlef.dz.
٢٦. د. عبد الستار عبد الجبار موسى، دراسة تحليلية لواقع القطاع النفطي في العراق وافاقه المستقبلية، مجلة الادارة والاقتصاد، ع(٥٨)، ٢٠١٠، ص٢٩٦، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.iasj.net/.
٢٧. م. م امجد صباح عبد العالي، عقود بديلة لاتفاقيات المشاركة بالانتاج، مجلة العلوم الاقتصادية، ع(٢١)، المجلد الخامس، حزيران، ٢٠٠٨، ص١٣-١٤، منشور على الموقع الالكتروني www.iasj.net/.
٢٨. د. فارس مسرور، أهمية تدخل الحكومات في حماية البيئة من خلال الجباية البيئية، منشور في مجلة الباحث، ع٧، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
٢٩. د. عصام خوري وعبير ناعسة، النظام الضريبي واثره في الحد من التلوث البيئي، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد (٢٩)، ع(١)، ٢٠٠٧.
٣٠. ا. بن عزة محمد ود. حبيب عبد الرزاق، دور الجباية في ردع وتحفيز المؤسسات الاقتصادية على حماية البيئة من اشكال التلوث (دراسة تحليلية لنموذج الجباية البيئية في الجزائر).
٣١. د. قيس حسن عواد، التشريع المالي وحماية البيئة، مجلة الرافين للحقوق، مجلد ١٢، ع(٤٥)، ٢٠١٠.
٣٢. شيماء جمال مجاهد شحاتة، مصادر الطاقة والتنمية الاقتصادية، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر تحت عنوان البترول والطاقة هموم عالم واهتمامات امة، كلية الحقوق /جامعة المنصورة، في الفترة من ٢-٣ ابريل ٢٠٠٨ منشور على الموقع الالكتروني www.f-law.net/law.
٣٣. ٢٤- برنامج دراسة حالات البلدان ذات النمو المنخفض في الانبعاثات الكربونية، اعده البنك الدولي للتنمية والتعمير، ايلول/ ٢٠٠٩، منشور على الموقع الالكتروني wbi.worldbank.org.
٣٤. د.راند ناجي احمد، مدى اختصاص المحافظات غير المنتظمة في اقليم في العراق بفرض الضرائب والرسوم، مشارك في المؤتمر العلمي لسادس لكلية القانون /جامعة القادسية والمعقد بتاريخ ١٠-٢٠١٣/٤/١١
- رابعاً: المقالات:-**
٣٥. ميكل اكهارت، الطاقة المتجددة: التطلع الى طاقة لا تنضب، ٢٠٠٨، منشور على الموقع الالكتروني <http://iipdigital.usembassy.gov>.
٣٦. مزايا وحوافز الاستثمار في الاردن (قانون تشجيع الاستثمار رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥، مقال منشور في مجلة مستثمرون، العدد الاول، منشور على الموقع الالكتروني <http://www.hmoud.com/ar>.
٣٧. الحوافز البيئية، منشور على موقع هيئة تنمية الاستثمار الماليزية، تحت عنوان استثمار في ماليزية، وعلى الموقع الالكتروني <http://www.mida.gov.my>
٣٨. د. خالد حامد عبد، اهمية الضرائب في التعامل مع الاستثمار مقال منشور في مجلة مستثمرون، العدد الاول، ٢٠١١ منشور على الموقع الالكتروني <http://www.mustathmeron.net>
٣٩. نمو واردات الجزائر من المنتجات النفطية، مقال منشور في (الاقتصادية)، ع(٦٩٦٥) في ٥/نوفمبر ٢٠١٢، منشور على الموقع الالكتروني <http://www.aleqt.com>
٤٠. الغاء الحوافز يهدد صناعة طاقة الرياح الامريكية، مقال منشور في جريدة الاتحاد نقلا عن فاينانشيال تايمز، ترجمة عماد الدين زكي، على الموقع الالكتروني <http://www.alittihade.ae>
- خامساً: القوانين:-**

٤١. قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

٤٢. قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ النافذ

- ٤٣ . قانون الاستثمار الخاص بتصفية النفط الخام رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٧ النافذ.
 ٤٤ . قانون الكمارك رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ النافذ
 ٤٥ . قانون البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ النافذ.
 ٤٦ . قانون المحروقات الجزائري رقم (٠٥-٠٧) لسنة ٢٠٠٥ (منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية ع(٥٠) في ١٩/يوليو/٢٠٠٥ وعلى الموقع الالكتروني www.mem-algeria.org/fr/
 ٤٧ . قانون الطاقة المتجددة الاردني رقم(١٣) لسنة ٢٠١٢ (منشور في الجريدة الرسمية الأردنية ع(٥١٥٣) في ١٦/٤/٢٠١٢) وعلى الموقع www.lob.gov.jo/ui/laws
 سادسا :المصادر الاجنبية

- ٤٨ . David Holland and Richard J. Vann1, Income Tax Incentives for Investment.. منشور على الموقع الالكتروني <http://www.ieo-imf.org/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/>
 ٤٩ . Tax and Fiscal Policies for ، Jonathan Sinton، Christina Galitsky،Lynn Price. 2005.،Promotion of Industrial Energy Efficiency: منشور على الموقع الالكتروني <http://industrial-energy.lbl.gov/node/129>

الإثبات في الجرائم المتعلقة بالصحة العامة

أ.م.د. حسين عبدالصاحب
 كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

تعد الجريمة سلوكاً انسانياً يهدد المجتمع في تفكير امه وسلامته وتعرض مصالحه للخطر لهذا حدد المشرع في قانون العقوبات كل سلوك من هذا النوع وجرمه وفرض عقوبات تتناسب مع جسامته وخطورته على الحق الذي يحميه القانون وعندما يرتكب مثل هذا السلوك يتحقق الخطر ويلحق المجتمع بالضرر فلا بد من ايقاع العقاب على مرتكب ذلك السلوك الاجرامي والوسيلة التي يلجأ اليها المجتمع لتحقيق هذه الغاية هي الدعوة الجزائية.

ان المقصود بالدعوة الجزائية هي الوسيلة التي يستطيع المجتمع من خلالها محاسبة مرتكب الجريمة الذي الحق الضرر بالمجتمع فعكر امه وسلامته وعرض مصالحه للخطر وهي تقام على مرتكب الجريمة بأسم المجتمع.

مما لا شك فيه ان وقوع جريمة يفضي الى تحريك الدعوى الجزائية ضد مرتكبيها لتقرير مسؤوليته وفرض العقوبة المقررة قانوناً وهذا هو هدف الدعوى الجزائية لأنها وسيلة الدولة التي تمارس من خلالها حقها في معاقبة الجاني عما احده من ضرر في أمن المجتمع ولكن هناك ضرراً قد يصيب الأفراد بالاضافة الى الضرر الذي يصيب المجتمع مما يجعل بإمكان من لحقه الضرر ان يطلب التعويض عن الضرر الذي اصابه سواء كان أمام المحكمة المدنية أو أمام المحكمة الجزائية مادامت الجريمة التي يعاقب عليها القانون هي أساس الدعوى الجزائية والدعوى المدنية. ان هدف الاثبات هو البحث عن الدليل المتعلق في جريمة

معينة وتقديمه الى المحكمة المختصة. وفي الجرائم التي تتسبب تلوث البيئة كرمي جثة حيوان في النهر يكون اثباتها عن طريق تقديم الدليل على حقيقة وقوعها ومعرفة فاعلها والتحقيق معه و احواله الى المحكمة المختصة عند توافر الأدلة الكافية للأدانة أما اذا كانت الادلة منعدمة تماماً فان المحكمة تحكم بالبراءة.

أهمية البحث : يُعد اثبات الجرائم المتعلقة بالصحة العامة من الموضوعات المهمة بسبب كثرة ارتكاب هذه الجرائم في الوقت الحاضر مما ادى الى انتشار الأمراض السرطانية في المجتمع مع وفاة كثير من الأفراد نتيجة انتشار تلك الأمراض وكذلك التشوهات الخلقية وقلة البحوث التي تناولت هذا الموضوع.

إشكالية البحث : ان اشكالية هذا البحث تتمثل بأنه كيف يتم اثبات الجرائم المتعلقة بالصحة العامة وهل ان القوانين الجنائية الاجرائية تضمنت وسائل محددة لاثبات هذه الجرائم تختلف عن وسائل اثبات الجرائم الأخرى كالقتل والسرقة.

سوف نقسم هذا البحث الى مبحثين وكالاتي :

المبحث الأول

مفهوم الإثبات الجنائي

إن الإثبات في حقيقته هو البحث عن الدليل المتعلق بواقعة معينة وتقديمه الى السلطة المختصة (١). ويُعرف ايضا على أنه (إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة بأشخاصها ذات أهمية قانونية وذلك بالطرق التي حددها القانون وفق القواعد التي خضع لها) (٢) وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإثبات بمعناه القانوني على أنه (إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون فهو قوام الحق الذي يتجرد من قوته مالم يقم الدليل عليه) (٣). ومن اجل توضيح مفهوم الإثبات الجنائي وأهميته في الجرائم المضرة بالصحة العامة سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين وكالاتي ::

المطلب الأول - الأدلة الجزائية

إن الغاية الأساسية التي تهدف اليها المحقق هي اثبات ادانته المتهم او براءته من التهمة المسنده اليه ولا يمكن ان يتوصل الى هذه الغاية مالم يستند على ادلة من شأنها اقناع القاضي بإدانة المتهم او براءته نظراً لما لتلك الأدلة من تأثير على وجدانه , إن السؤال الذي يطرح بهذا الشأن ماهو المقصود بالدليل ؟ إن المقصود بالدليل هو كل ما يؤدي الى إظهار الحقيقة (٤).

ولم يحدد المشرع العراقي الأدلة الجزائية كما فعل بالنسبة للأدلة المدنية التي حددها ووضع لها القيود التي يجوز بها سماعها , وحسناً فعل المشرع العراقي في عدم تقييد القاضي الجنائي بأدلة محددة حصراً لأن الإثبات الجنائي يتعلق بوقائع مادية كالقتل والسرقة او رمي مواد قذرة في النهر , أما في الإثبات المدني فإن القاضي المدني مقيد بأدلة محددة حصراً لأن الإثبات المدني يتعلق في تصرفات قانونية كالبيع او الإيجار او رهن لذا فإن المشرع العراقي قيد القاضي المدني بأدلة محددة في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ الناخذ بالكتابة والإقرار واليمين.....الخ

وعليه يجوز للقاضي الجنائي ان يكون قناعته من اي دليل يطرح في الجلسة يقتنع به ويستند عليه في حكمه دون ان يلتزم دليلاً مقررراً يفرضه القانون كما هو الحال في المسائل المدنية (٥).

وتجدر الإشارة ان المشرع لم يرغب بتحديد الأدلة الجزائية بنصوص تفترض شكلية خاصة كما هو الحال في الأدلة المدنية وذلك لأن المجرم عند ارتكابه لجريمة سوف يتخذ كافة الوسائل والحيل التي من شأنها أن تطمس كل دليل ضده وقد يشترطه القانون للإثبات أي أن المجرم سوف يتخذ كافة الحيل لإزالة كل

أثر للأدلة التي يكون عالماً بها سلفاً كجريمة رمي مواد تحتوي على إشعاع في منطقة سكنية كما حدث في البصرة عند الاحتلال الأمريكي للعراق في عام ٢٠٠٣ مما تسبب بإصابة الأفراد بنسبة عالية من الأمراض السرطانية نتيجة انتشار هذا الإشعاع في الجو وتلوث البيئة.

فالأدلة الجزائية غير محددة في القانون حصراً ولكنها بالنتيجة تستقر في ضمير القاضي الجنائي , فهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تكوين قناعته , إذ له ان يكون رأيه واعتقاده من كل شيء ويتخذ من كل ظرف دليلاً على أدانة المتهم أو برأنته على شرط أن يكون ذلك (أي الطرف) معلوماً لدى الخصوم في الدعوى الجزائية ولا يحكم القاضي بمعلوماته الشخصية التي حصل عليها من مصادر خارجة عن الدعوى (٦).

فقد يعترف المتهم بإرتكابه الجريمة ولكن على الرغم من هذا الاعتراف الذي أدلى به قد تصدر المحكمة حكماً بالبراءة وذلك استناداً لما لديها من الأسباب في تكوين قناعاتها , ونلاحظ ان هناك من الأشخاص من يدلي بإعتراف خلاف الواقع لأنه مدفوع ببعض الدوافع فقد يعترف الشخص بالتهمة الموجهة اليه تخلصاً من التعذيب أو المساس بسلامة الجسم أو يكون الغرض من إقراره تغطية المتهم الحقيقي شفقة أو حباً أو موالاة وكذلك الحال بالنسبة للشهادة فقد تتفق جميع الشهادات ضد المتهم ولكن المحكمة قد تقتنع بكذب جميع الشهادات.

إن الأدلة في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل هي ادلة اقناعية إذ تنص المادة (٢١٣ / أ) منه على أنه(تحكم المحكمة في الدعوى بناء على أقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق او المحاكمة.)

ان السؤال الذي يُطرح هنا ماهو دور كل من قاضي التحقيق وقاضي الموضوع بالنسبة في جرائم تلوث البيئة وإقامة الدليل ؟

إن دور قاضي التحقيق هو :

١ – التثبيت من حقيقة وقوع الجريمة اي وضع الجريمة ضمن تكييفها القانوني أي هل هناك نص ينطبق على الواقعة ويعتبرها جريمة.

٢ – نسبة الجريمة الى فاعلها وذلك من خلال سماع الشهود وتقارير الخبراء والإجراءات الأخرى..

أما دور قاضي الموضوع هو :

١ – إقامة الدليل على وقوع الجريمة.

٢- نسبة الجريمة الى فاعلها (٧).

المطلب الثاني - أقسام الأدلة الجزائية

تقسم الأدلة الجزائية من حيث طبيعتها الى نوعين فهي إما أدلة مادية أو معنوية وهي بنوعها تقسم من حيث صلتها بالجريمة الى أدلة مباشرة وغير مباشرة وسوف نتناول توضيح ذلك في فرعين وكالاتي ::

الفرع الأول - الأدلة المادية والمعنوية

إن الأدلة المادية هي تلك الأدلة التي يمكن لمسها أو رؤيتها كوجود المواد التي أستخدمت في تلوث الجو في حيازة الجاني او ضبط الجاني عند الشروع برمي السموم في النهر.

ونظراً لما للأدلة المادية من اهمية في الأثبات وذلك لتأثيرها على وجدان القاضي وإحساسه لذا ينبغي على المحقق ان يسرع في الحصول عليها وتثبيتها بعد ارتكاب الجريمة مباشرة حتى لاتضيع معالمها او يشوبها النقص أو التلف أو التغيير ويمكن الحصول على هذه الأدلة بواسطة الاجراءات التالية :

أ – الكشف على محل ارتكاب الجريمة

ب - التفتيش

ج - الإستعانة بالخبراء من اطباء ومختبرات لإجراء التحليل وغيرهم من ذوي الأختصاص. (٨)
 أما الأدلة المعنوية (الشخصية) فهي تلك الأدلة التي تصل الى المحقق على لسان الغير كاعتراف المتهم وشهادات الشهود وقد يسميه بعض الشراح بالدليل الناطق لأنه يصل الى علم المحقق على لسان الغير (٩)
الفرع الثاني - قيمة الأدلة المادية والمعنوية في إثبات الجرائم المتعلقة بالصحة العامة
 اختلف الفقهاء في تحديد قيمة و اهمية كل من الأدلة المادية والمعنوية في الإثبات الجنائي , فذهب بعضهم بأن الأدلة المادية هي الأساس في الإثبات أما الأدلة المعنوية فلا يمكن الاعتماد عليها كثيراً إذ ان اقوال المتهم تتحمل الصدق او الكذب وكذلك فإن الشاهد يرى أحياناً الأشياء نتيجة لعوامل شخصية معينة لا كما تراه العين بل كما تشتهيها النفس , بينما العثور على الانبوب الذي عن طريقه تُرمى المواد القذرة من بعض المؤسسات الى نهر دجلة مثلاً او ضبط الجاني على الحدود وهو متلبس في استيراد مركبات من اليابان تحتوي على اشعاع تسبب في تلوث البيئة فإنه امر لا يخطر على بالهم. أما الآخرون فقد ذهبوا الى أن الأدلة المادية قد لاتصدق أحياناً وبالتالي فلا يمكن الاعتماد عليها بصورة مطلقة كما في حالة وضع شخص مواد سامة في النهر ثم يخفي

الأكياس الفارغة في منزل شخص آخر دون علمه , وبالتالي فإن الأدلة المادية قد تساهم في غش المحقق ويوجه الإتهام الى شخص برئ أو على الأقل تضعيف دليل الإتهام تجاه المتهم ولذلك يرى هؤلاء العلماء أن الأدلة المعنوية يمكن الإعتماد عليها اذا اتفقت وان استبعاد شهادة الشهود يقضي على التحقيق. ونرى من الضروري على القاضي الجنائي تدقيق الأدلة المادية والمعنوية من أجل معرفة الحقيقة ونلاحظ أن شهادة الشهود لا يصح الإعتماد عليها كثيراً فقد لا يستطيع الشاهد ان يذكر بصورة دقيقة الساعة التي رأى فيها سحابات الدخان تتسرب من معمل الطابوق والتي تؤدي الى تلوث البيئة هذا بالنسبة للشاهد حسن النية أما الشهود الكاذبين فهم كثرة لذلك على المحكمة الجزائية أن تكون على معرفة في علم النفس حتى تستطيع معرفة شخصية الشاهد وتقييم شهادته في ضوء ذلك. (١٠)

الفرع الثالث - الأدلة المباشرة وغير المباشرة

أولاً : الأدلة المباشرة :

إن الأدلة المباشرة هي تلك الأدلة التي تؤيد وجود علاقة مباشرة بين المتهم والجريمة المرتكبة وهذه الأدلة إما تكون مادية أو معنوية فإن ضبط المتهم وهو يلقي المواد القذرة في النهر مما يتسبب بتلوث المياه يُعد من الأدلة المادية المباشرة أما شهادة الشهود الذين أدركوا وقوع الجريمة بإحدى حواسهم الخمسة فيُعد من الأدلة المعنوية المباشرة منها على سبيل المثال شم ريحة الغاز الخانق.

ثانياً : الأدلة غير المباشرة:

إن الأدلة غير المباشرة هي عبارة عن عدة حقائق تتعلق جميعها بحادثة معينة بالذات (أي ليس لها صلة مباشرة بالجريمة المرتكبة). ومن مجموع هذه الحقائق تتكون سلسلة ظروف يمكن اعتبارها أدلة ثبوتية في تلك الجريمة وهذه الأدلة قد تكون مادية أو معنوية.

إن هذه الأدلة لاتؤيد بصورة قطعية علاقة المتهم بالجريمة موضوع التحقيق كالتحقيق كالتحقيق على المتهم بجانب المواد السامة التي تتسبب في تلوث البيئة يُعد من الأدلة المادية غير المباشرة أما امثلة الأدلة المعنوية غير المباشرة فهي شهادة الشهود الذين سمعوا المتهم وهو يهدد عبر القنوات الفضائية بالقاء المواد السامة في النهر مما يسبب ضرراً بالصحة العامة. يلاحظ مما تقدم أنه الأدلة غير المباشرة لا يوجد من بين

هؤلاء الشهود من يشهد على أنه رأى المتهم يعمل على تلوث البيئة ولكن هناك عدة حقائق كونت سلسلة معينة من الظروف تدل بمجموعها على احتمال ارتكاب المتهم جريمة متعلقة بالصحة العامة. وتجدر الإشارة أن أهمية الأدلة المباشرة سواء كانت مادية أو معنوية في الإثبات الجنائي أقوى من الأدلة غير المباشرة وذلك لأنها تؤخذ مباشرة من وقائع الجريمة أما الأدلة غير المباشرة فإنها تستنتج من الظروف المحيطة بوقائع الجريمة وهذا من شأنه ان يدعو للقيام بعملية استنباط قد تؤدي الى الخطأ أو الصواب.

المبحث الثاني

تقدير أدلة الإثبات المتحصلة عن الجرائم المتعلقة بالصحة العامة في ضوء التشريعات المقارنة

إن تحريك الدعوى الجزائية هو البدء بتسييرها أمام الجهات التحقيقية وهو أول اجراءات استعمالها أمام تلك الجهات. (١١) ويعرف أيضاً بأنه العمل الإفتتاحي للخصومة الجنائية والأداة المحركة لها والجهات التي لها الحق في تحريك الدعوى الجزائية في قانون اصول المحاكمة الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ الناقد هي:

أولاً : المتضرر من الجريمة أو من يمثله قانوناً.

ثانياً : أي فرد علم بوقوع الجريمة.

ثالثاً : الإدعاء العام (١٢) .

رابعاً : أي جهة تخولها القوانين تحريك الشكوى.

وهذا يعني ان المشرع العراقي لم يعط للدعاء العام الدور الرئيسي في تحريك الدعوى الجزائية ان سبب ذلك ان القانون العراقي لا يزال متأثراً في هذا الموضوع بالنظام الأنكليزي الذي يعطي الحق بتحريك الدعوى الجزائية الى الأفراد عدا بعض الجرائم المهمة , فإن من حق الأدعاء العام تحريك هذه الدعوى في الجرائم المتعلقة بالصحة العامة كجريمة تصريف مياه الصرف الصحي في نهر دجلة فقد نصت الفقرة (أ) من المادة الأولى من قانون الأصول على أنه (تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفوية أو تحريرية تقدم الى قاضي التحقيق او المحقق).

ان الشكوى التي اشارت اليها المادة الأولى من قانون الأصول هي الشكوى العامة أي انها اجراء يجوز لكل مواطن ان يلجأ اليه سواء أكان مجنياً عليه أم متضرراً من الجريمة أم فرداً عادياً علم بوقوع الجريمة وهي من الوسائل الأساسية التي تحرك الدعوى فيها في النظام الانكلوسكسوني والتشريعات التي تأثرت به ومنها التشريع العراقي. (١٣)

أما الوسيلة الأخرى لتحريك الدعوى فهي الأخبار الذي يقدم من الإدعاء العام او من الجهات الأخرى غير المجني عليه أو ممثلة والمقصود بالأخبار هو إبلاغ الجهات المختصة بوقوع الجريمة فهو بمثابة الشكوى العامة بالمعنى الذي عرضناه , إن السؤال الذي يطرح بهذا الشأن ما الفرق بين الشكوى والإخبار ؟ في الشكوى التحريرية تتحرك الدعوى الجزائية والمدنية معاً بينما في الإخبار تتحرك الدعوى الجزائية فقط وكل شكوى تعد إخبار ولا يعد الإخبار شكوى , فالشكوى هي الإدعاء المتضمن إرتكاب شخص معروف أو غير معروف جريمة والمقدمة شفوية أو تحريرية الى الجهة ذات اختصاص لإتخاذ الإجراءات القانونية ولكن متى يحال المتهم على محكمة الموضوع ؟

ان الاتهام صفة طارئة يوصف بها الشخص الطبيعي او المعنوي بعد توافر مجموعة من الأدلة الظاهرة فيها إنها ترجح إدانته وهو ناتج عن تعارض بين حماية الحريات الفردية والمحافظة على المصلحة الاجتماعية والنظام العام، فالمتهم لم يصدر في حقه حكم قضائي نهائي يدينه ولكن توافر الادلة ومصلحة المجتمع تفرض عليه التدخل والمساس بحريته كالتقبض والتوقيف فيتخذ معها القاضي الجنائي اجراءات التحري وجمع الادلة واحالته الى المحكمة الموضوع عند رجحان ادلة الادانة ومن هنا برزت فكرة الضمانات القانونية للمتهم وتضمنت التشريعات الجنائية الاجرائية قيود على قضاة التحقيق من اجل عدم المساس بحريات الافراد

لقد بينت المادة (١٤٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ما يجب على المحكمة عمله عند تسلمها الاضبارة الخاصة بالدعوى الجزائية فان اول اجراء تقوم به المحكمة هو ان تحدد موعدا للمحاكمة وتبلغ الادعاء العام والمتهم والمدعي بالحق الشخصي ومن ترى سماع شهادته من الشهود ويتم تبليغهم بورقة تكليف بالحضور وقبل موعد المحاكمة بيوم واحد على الاقل في المخالفات وثلاث ايام في الجرح وثمانية ايام في الجنايات وسبب هذا التحديد هو عدم جواز اجراء المحاكمات الفورية وضرورة اعطاء الوقت الكافي للمتهم وذوي العلاقة لهيئة ما يلزم من مستندات وشهادات.

إن القاضي الجنائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة (١٤) في الوصول الى حكم عادل ومحكمة الموضوع تكون قناعتها من الأدلة التي تطرح في الجلسة ولغرض قبول الأدلة ومعرفة الحقيقة سواء كان الحكم الصادر في الدعوى بالإدانة او البراءة فإنه يلزم ان تتوفر فيها الشروط الآتية :
أولاً : يجب ان تكون الأدلة يقينية وهذا يستوجب ان تقترب نحو الحقيقة الواقعية قدر المستطاع وان تبتعد عن الظنون والتخمينات

ثانياً : ان يكون الدليل ذي علاقة بموضوع الجريمة وهذا الشرط يشار اليه في قانون الإثبات الفيدرالي الأمريكي بمبدأ العلاقة الكاشفة *the principal of relevance* حيث يتطلب القانون الأمريكي أن يكون هناك علاقة ما بين الدليل والواقع محل الدعوى (المادة ٤٠١).

ثالثاً : مناقشة الأدلة المطروحة في الجلسة من قبل الخصوم في الدعوى الجزائية التي تنظرها محكمة الموضوع.

من هذا يتضح انه ينبغي على المحكمة ان تبين في اسباب حكمها الأدلة التي استندت عليها حكمها بالإدانة وان تبين مضمون كل منها بصورة كافية يوضح فيها مدى علاقته بالواقع كما اقتنعت بها المحكمة , فالحكم يكون قاصراً في التسبب اذا اكتفى بالإشارة الى أدلة الثبوت من دون توضيح مضمونها كما لو اكتفى الحكم بذكر ثبوت التهمة استناداً الى اقوال الشهود او من تقرير الخبير او من معاينة مكان الحادث من دون ان يذكر شيئاً مما تضمنته تلك الأقوال. (١٥) كتصريف مياه الصرف الصحي في نهر دجلة او دياالى مما يتسبب في تلوث مياه الشرب.

ان القضاء الجنائي العراقي يحكم في الدعوى الجزائية في ضوء قناعته التي تكونت لديه من الأدلة المطروحة في الجلسة حيث تنص المادة (٢١٣ / أ) من قانون الإصول على انه (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكون لديها من الادلة المقدمة في اي دور من ادوار التحقيق او المحاكمة).

وقد اخذ بهذا الرأي قانون الاجراءات الجنائية المصري في المادة (٣٠٢) منه وكذلك قانون الاجراءات الجزائية اليمني في المادة (٣٦٧) منه وقانون الاجراءات الجنائية الفرنسي في المادة (٣٥٣) منه. ونلاحظ قلة الاحكام الصادرة من القضاء العراقي بالجرائم المتعلقة بالصحة العامة لا تتناسب مع كثرة هذه الجرائم التي ترتكب يوميا علماً ان قانون العقوبات العراقي نص على هذه الجرائم في المواد (٤٩٦-

٤٩٩) منه ونرى ان العقوبات المنصوص عليها في هذه المواد خفيفة لا تتناسب مع الأضرار الناتجة عن الجرائم المذكورة.

الخاتمة

أولاً : الإستنتاجات

- ١- ان الاثبات هو البحث عن الدليل المتعلق بواقعة معينة وتقديمه الى السلطات المختصة.
- ٢- ان المشرع العراقي لم يحدد الأدلة الجزائية على سبيل الحصر فقد منح القاضي الجنائي سلطة تقديرية واسعة في الوصول الى الحقيقة.
- ٣- تعد جريمة تصريف مياه الصرف الصحي في النهر مما يؤدي الى تلوث المياه العذبة من الجرائم المضرة بالصحة العامة في العراق فمثلاً تبلغ نسبة تلوث مياه البصرة حسب التحاليل المختبرية ٧٧% وكذلك نسبة عالية في تلوث نهر الفرات في الفلوجة بسبب تصريف مياه الصرف الصحي في هذا النهر.
- ٤- ان الأدلة الجزائية قد تكون مادية او معنوية وهذه الأدلة بدورها قد تكون مباشرة او غير مباشرة.
- ٥- من الناحية الشكلية تتبع الإجراءات المنصوص عليها في قانون اصول المحاكمات الجزائية عند النظر بالدعوى الجزائية في الجرائم المذكورة.
- ٦- قلة الأحكام الجزائية الصادرة من القضاء العراقي , بالجرائم المتعلقة بالصحة العامة.
- ٧- ان وجود (٢٣٥) طن من السكراب العسكري في البصرة المتخلفة عن العمليات الحربية في العراق.

ثانياً : الإقتراحات

- ١- نقترح زيادة عدد المختبرات الخاصة بتحليل المياه وتحديد نسبة التلوث فيها من اجل تحقيق مبدأ حق السرعة في الإجراءات.
- ٢- نقترح على وزارة البيئة تحريك الشكوى بالجرائم المتعلقة بالصحة العامة امام الجهات المختصة من اجل المحافظة على البيئة.
- ٣- تفعيل دور الشرطة البيئية في التحري وجمع الأدلة عن الجرائم المضرة بالصحة العامة.
- ٤- تشديد العقوبة بالجرائم المذكورة من اجل الحد منها لأن بعض هذه الجرائم ترتكب من مؤسسات حكومية كأمانة بغداد او وزارة الصناعة.
- ٥- تعزيز التعاون بين لجنة الصحة والبيئة البرلمانية الموقرة ووزارة البيئة في حماية البيئة من التلوث.
- ٦- نقترح على وزارة الخارجية تقديم مذكرة احتجاج الى الحكومة التركية بسبب تصريف نسبة من المياه الملوثة الى العراق.
- ٧- اذا لم تلتزم الحكومة التركية بما ورد في مذكرة الإحتجاج نقترح تحريك الشكوى عليها لدى المحكمة الجنائية الدولية بتهمة الإبادة الجماعية.

الهوامش

- ١- الدكتور محمود نجيب حسيني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨ - ص ٣٤
- ٢- الدكتور رؤوف عبيد - مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري - الطبعة الرابعة عشر - دار الجيل للطباعة - ١٩٨٢ - ص ١٦٢
- ٣- طعن نقض رقم ٢٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٩/٥/٢٧
- ٤- الدكتور احمد فؤاد عبدالمجيد - التحقيق الجنائي - القسم العملي - الطبعة الخامسة - القاهرة - ١٩٣٩ - ص ٩٨

- ٥- الدكتور حسين عبدالصاحب والدكتور تميم طاهر احمد - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية , الطبعة الأولى - دار الدكتور للعلوم - بغداد - ٢٠١٢ - ص ٣٢٤ ...
- ٦- الدكتور سلطان الشاوي - التحقيق الإجرامي - الطبعة الثانية - المكتبة القانونية - بغداد ٢٠١١ - ص ٣٣
- ٧- الدكتور نشأت احمد نصيف - وسائل الإثبات في الدعوى الجزائية - الطبعة الأولى - بغداد - ٢٠٠٥ - ص ١٠٤
- ٨- الدكتور سلطان الشاوي - المرجع السابق - ص ٣٥
- ٩- الدكتور احمد فؤاد عبدالمجيد - المرجع السابق - ص ١٠٤
- ١٠- الدكتور محمد التوني - علم الإجرام الحديث - القاهرة - ١٩٦٠ ص ٢٩٩ والدكتور محمود محمود مصطفى, الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن - ج ١ - ١٩٧٧, ط ١, القاهرة - ص ٢٥٣
- ١١- الدكتور جلال ثروت - اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الأول - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٨٢ - ص ٨١
- ١٢- ينظر الفقرة (آ) من المادة الأولى من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ
- ١٣- الأستاذ عبدالامير العكيلي - اصول الإجراءات الجنائية في قانون اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الأول - مطبعة بغداد - ١٩٧٧ - ص ٦٦
- ١٤- الدكتور فاضل زيدان محمد - سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة - دراسة مقارنة - ط ١ - الاردن - ١٩٩٩ - ص ١٣٥
- ١٥- الدكتور نبيل حميد البياتي - تسبيب الأحكام الجزائية - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد - ١٩٨٣ - ص ٧٤

قائمة المراجع

أولاً : المؤلفات القانونية:

- ١- د. احمد بسيوني ابو الروس - المتهم - الأسكندرية - ٢٠٠٤
- ٢- د. احمد فتحي سرور, الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية, ج ١, ط ٤, القاهرة - ١٩٧٦
- ٣- د. أمال عبدالرحيم عثمان, الخبرة في المسائل الجنائية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٦٤
- ٤- د. ايمان محمد علي الجابري - يقين القاضي الجنائي, دراسة مقارنة, الإسكندرية ٢٠٠٥
- ٥- د. احمد فؤاد المجيد, التحقيق الجنائي - القسم العملي, ط ٥, القاهرة, ١٩٣٩
- ٦- د. جلال ثروت, اصول المحاكمات الجزائية, ج ١, بيروت, ١٩٨٢
- ٧- الدكتور حسين عبدالصاحب و د. تميم طاهر احمد - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية, ط ١, بغداد - ٢٠١٢
- ٨- د. سلطان الشاوي - التحقيق الإجرامي - ط ٢, المكتبة القانونية - بغداد ٢٠١١
- ٩- د. رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري, ط ١٤, القاهرة, ١٩٨٢
- ١٠- الاستاذ عبد الأمير العكيلي - أصول الإجراءات الجنائية في قانون اصول المحاكمات الجزائية, ج ١ - بغداد - ١٩٧٧
- ١١- د. فاضل زيدان محمد - سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة - دراسة مقارنة - ط ١ - الأردن - ١٩٩٩
- ١٢- د. نشأت احمد نصيف - وسائل الإثبات في الدعوى الجزائية - ط ١ - بغداد - ٢٠٠٥
- ١٣- د. نبيل حميد البياتي - تسبيب الاحكام الجزائية - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة, جامعة بغداد, ١٩٨٣

ثانياً : الرسائل الجامعية:

- ١- د. احمد بسيوني جاسم – بطلان اجراءات التحقيق الإبتدائي , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد
- ٢- د. فؤاد علي سليمان – الشهادة في المواد الجزائية , إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ١٩٨٩

ثالثاً : البحوث القانونية:

- ١- الدكتور حسين عبدالصاحب – الخبرة في القضايا الجزائية – مجلة القانون المقارن العدد ٥١ لسنة ٢٠٠٨
- ٢- د. حسين عبدالصاحب – المتهم وحقوقه القانونية – مجلة الحقوق – كلية القانون الجامعة المستنصرية , العدد ٦,٧ لسنة ٢٠٠٩

موقف الأمم المتحدة في مدى مشروعية استخدام الأسلحة النووية أو التهديد بها

أ.م.د. هادي نعيم المالكي
كلية القانون – جامعة بغداد

Abstract

The international community came out of World War II stunned from the disastrous effects that resulted from the use of nuclear weapons against Japan, and was determined not to have a world-determination itself, so the United Nations took it upon itself to stand against nuclear weapons as one of its main goals. The United Nations made many efforts concerning the disarmament in general and nuclear weapons in particular, these international efforts represented in issuing many recommendations and resolutions from the General Assembly and the Security Council which strongly condemned the use of nuclear weapons. The International Court of Justice also has an opinion itself in respect of nuclear weapons. It considered in 1996 a request for an advisory opinion submitted to it by the United Nations General Assembly on the question of the legality of the use or threat of use of nuclear weapons, which examine the extent to which the existence of legal rules prohibit the use of nuclear weapons.

المقدمة

خرج المجتمع الدولي من الحرب العالمية الثانية مذهولاً من الآثار الكارثية التي نتجت عن استخدام الأسلحة النووية ضد اليابان، فكان عازماً على أن لا يتلقى العالم المصير نفسه، لذلك أخذت منظمة الأمم المتحدة على عاتقها الوقوف ضد الأسلحة النووية وذلك كهدف من أهدافها الرئيسية، فبذلت جهود دولية كثيرة لنزع السلاح بشكل عام والسلاح النووي بشكل خاص، وتمثلت هذه الجهود الدولية بالعديد من التوصيات والقرارات الدولية الصادرة عن الجمعية العامة ومجلس الأمن والتي أدانت بشدة استخدام الأسلحة النووية، ولم يقتصر موقف منظمة الأمم المتحدة من الأسلحة النووية على أجهزتها السياسية المذكورة، بل كان لجهازها القضائي المتمثل بمحكمة العدل الدولية موقف كبير من الأسلحة النووية، فقد سبق لها أن نظرت في قضية التجارب النووية التي حدثت بين فرنسا من جانب واستراليا ونيوزلندا من جانب آخر

في سنة ١٩٧٣، كما نظرت في سنة ١٩٩٦ بطلب الفتوى المقدم إليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن مدى مشروعية استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها، والتي بحثت فيها مدى وجود قواعد قانونية تحظر استخدام الأسلحة النووية.

سنتناول في هذا البحث موقف منظمة الأمم المتحدة من الأسلحة النووية، وذلك في مبحثين، نبين في المبحث الأول موقف الجمعية العامة ومجلس الأمن من الأسلحة النووية، وفي المبحث الثاني نبحث في موقف محكمة العدل الدولية من الأسلحة النووية، والذي سنبين فيه الرأي الاستشاري الصادر عنها في سنة ١٩٩٦ بشأن مشروعية استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية.

المبحث الأول

موقف الجمعية العامة ومجلس الأمن من استخدام الأسلحة النووية

لبيان موقف الجمعية العامة ومجلس الأمن من استخدام الأسلحة النووية فإننا سنحاول أن نبين في هذا المبحث مجموعة القرارات الدولية الصادرة عن هذه الأجهزة، والتي تدين استخدام الأسلحة النووية، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول القرارات الدولية الصادرة عن الجمعية العامة، وفي المطلب الثاني نبين القرارات الدولية الصادرة عن مجلس الأمن.

المطلب الأول- القرارات الدولية الصادرة عن الجمعية العامة بشأن الأسلحة النووية

كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة ولا تزال تلعب دوراً فعالاً في الوقوف ضد الأسلحة النووية، إذ تحت الدول من خلال القرارات والتوصيات التي تصدرها على ضرورة التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية تحظر بشكل صريح استخدام الأسلحة النووية^(١)، حيث كان أول قرار أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة هو القرار الصادر في ٢٤ تموز ١٩٤٦ والقاضي بإنشاء لجنة الطاقة الذرية لكي تعمل على التخلص من الأسلحة النووية وكل أنواع الأسلحة المخصصة للإبادة الجماعية^(٢)، كما أشار القرار إلى وجوب الوقوف بحزم من أجل العمل على حظر استخدام الأسلحة النووية، وإلى وجوب ضمان أن يكون استخدام الطاقة الذرية قاصراً على الأغراض السلمية حصراً^(٣).

كما اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة ١٩٥٤ قراراً يقضي بعقد مؤتمر فني لاستقصاء وسائل استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية واستغلال التعاون الدولي من أجل تحقيق ذلك وبحث استخدام الطاقة النووية في توليد القوى، والاهتمام بالمسائل الفنية المتعلقة باستخدام هذه الطاقة في المجالات الطبية التي يعمل التعاون الدولي على تحقيقها^(٤) وفي ٤ كانون الأول سنة ١٩٥٥ اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم ٩٠٣

(١) محمد خيرى بنون. أثر الطاقة النووية على العلاقات الدولية واستراتيجية الكتلتين، القاهرة: مؤسسة دار الشعب، ١٩٦٧، ص ٢٥٨-٢٦١.

(٢) احمد موسى. على هامش حق الدفاع عن النفس واستعمال الأسلحة النووية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن عشر، ١٩٦٢، ص ٧.

(٣) سامي النصراني. الإطار القانوني للأسلحة النووية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد ٣-٤، السنة الثانية، ١٩٧٠، ص ٢٢.

(٤) سهيل حسين الفتلاوي. جرائم الحرب وجرائم العدوان (موسوعة القانون الدولي الجنائي)، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧، ص ١٧٨.

الخاص بإنشاء لجنة الأمم المتحدة العلمية الخاصة بتأثير الإشعاع النووي والتي رفعت عدة تقارير للجمعية العامة للأمم تبين فيها معلومات مهمة عن تلوث البيئة بالإشعاع والغبار النووي الناجم عن تجارب الأسلحة النووية، وأثر هذه الأشعة على الجهاز العصبي والى احتمال حدوث انحرافات أو تشوهات ولادية سببها التعرض لهذه الأشعة ولو بصورة مؤقتة^(١)، ولم تقتصر جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة على القرارات أعلاها بل صدرت قرارات دولية كثيرة أدانت فيها الجمعية العامة للأمم المتحدة استخدام الأسلحة النووية وحثت فيها الدول على التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية تحظر استخدام الأسلحة النووية وتتمثل هذه القرارات بالتالي:

أولاً- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٥٣ لسنة ١٩٦١: صدر هذا القرار تحت عنوان حظر استخدام الأسلحة النووية والحرارية وذلك في ٢٤ تشرين الثاني سنة ١٩٦١، وعبرت فيه الجمعية العامة عن قلقها لأن مفاوضات نزع السلاح لم تأتي بعد بنتائج مرضية، ولأن سباق التسلح النووي قد بلغ مرحلة خطيرة تستلزم اتخاذ التدابير الاحتياطية الممكنة لحماية الإنسانية والمدنية من خطر الحرب النووية، كما وذكرت الجمعية العامة بأن استخدام أسلحة التدمير الشامل والتي تسبب آلاماً لا داعي لها باعتبارها مخالفة لقوانين الإنسانية ولمبادئ القانون الدولي محظورة بموجب الإعلانات الدولية والاتفاقيات الملزمة كإعلان سان بترسبورغ لسنة ١٨٦٨ وإعلان بروكسل لسنة ١٨٧٤ واتفاقيتي مؤتمر لاهاي لسنة ١٨٩٩ وسنة ١٩٠٧ وبرتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥، كما رأت إن استخدام الأسلحة النووية يسبب للإنسانية والمدنية آلاماً ودماراً يفوق كثيراً الآلام والدمار الناجم عن الأسلحة المعبر عنها في تلك الإعلانات والاتفاقيات^(٢)، وهي وفقاً لذلك أعلنت:

١- إن استخدام الأسلحة النووية والحرارية النووية يتعارض مع روح ميثاق الأمم المتحدة ومقاصدها، ويعتبر بالتالي انتهاكاً مباشراً للميثاق.

٢- يؤدي استخدام الأسلحة النووية والحرارية النووية إلى اتساع نطاق الحرب ويحدث آلاماً لا إنسانية ويشكل تدميراً للمدنية دون أي تمييز، ولذلك فإن استخدام هذه الأسلحة يتعارض مع أحكام القانون الدولي العام ويتعارض مع مبادئ الإنسانية.

٣- إن استخدام الأسلحة النووية والحرارية النووية هو حرب موجهة ليس ضد العدو بل أيضاً ضد الإنسانية جمعاء لأن شعوب جميع العالم غير المشاركة في الحرب ستتعرض إلى مخاطر هذه الأسلحة.

٤- إن أي دولة تستخدم الأسلحة النووية والحرارية النووية يجب اعتبارها منتهكة لميثاق الأمم المتحدة، ومخلة بقوانين الإنسانية ومجرمة بحق الإنسانية والمدنية^(٣).

(١) قامت هذه اللجنة برفع ثلاث تقارير إلى الجمعية العامة أولها سنة ١٩٥٨، وثانيها ١٩٦٢، وثالثها ١٩٦٤ بينت فيها آثار الإشعاع النووي على الإنسان والحيوان ومصادر الإشعاع وقوته والتلوث الإشعاعي، بحيث أصبح ما جاء في هذا التقرير من بيانات ومعلومات فنية وعلمية، الأساس الذي توضع عليه الضمانات الخاصة بنقل المواد النووية المشعة واستخدامها، الجمعية العامة. الوثائق الرسمية، الدورة الثالثة والعشرون، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، حزيران ١٩٦٨، (A/720 II)، ص ٩٢.

(٢) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٥٣ لسنة ١٩٦١، الوثائق الرسمية، الجلسة العامة، الدورة السادسة عشر ٢٤ تشرين الثاني ١٩٦١، (A/RES/1603 XV)، ص ٨.

(٣) المصدر السابق.

فالقرار أعلاه أدان استخدام الأسلحة النووية بكل أنواعها كون استخدام هذه الأسلحة يتعارض مع أحكام القانون الدولي بشكل عام والقانون الدولي الإنساني ومبادئه بشكل خاص، فضلاً عن إنه اعتبر الدول التي تستخدم الأسلحة النووية في النزاعات المسلحة مرتكبة جريمة بحق الإنسانية.^(١)

ثانياً-قرار الجمعية العامة رقم ٦٤/٣٣ الصادر سنة ١٩٧٨: صدر هذا القرار في الدورة الثالثة والثلاثين للجمعية العامة للأمم المتحدة، وقد أعلنت فيه انه يتحتم للإبقاء على الجنس البشري وقف سباق التسلح النووي بجميع جوانبه، وان إزالة خطر نشوب الحرب النووية هو أكثر المهام إلحاحاً في الوقت الحاضر^(٢)، وان الغاية النهائية هي الإزالة الكاملة للأسلحة النووية، وإن الدول الحائزة للأسلحة النووية ولاسيما الدولتين الرئيسيتين هي من تتحمل مسؤولية اتخاذ خطوات فعالة نحو نزع السلاح.^(٣)

ثالثاً-قرار الجمعية العامة رقم ١٠٠/٣٦ لسنة ١٩٨١: صدر هذا القرار تحت عنوان منع وقوع كارثة نووية، وأكدت فيه الجمعية العامة على إن الدول والساسة الذين يبدؤون باستخدام الأسلحة النووية سيرتكبون أكبر جريمة بحق البشرية، وإنه لن يكون هنالك أي تبرير أو عفو للساسة الذين يتخذون القرار بأن يكونوا البادئين باستخدام هذه الأسلحة، وإن أي مبادئ تجيز البدء باستخدام الأسلحة النووية هي مبادئ وأعمال منافية للمعايير الأخلاقية والإنسانية والمثل السامية للأمم المتحدة، أخيراً أكدت الجمعية العامة على التزام قادة الدول الحائزة للأسلحة النووية بأن يتصرفوا بطريقة تؤدي إلى إزالة خطر اندلاع الصراع النووي ومواصلة المفاوضات الدولية لوقف سباق التسلح النووي وصولاً إلى الإزالة التامة للأسلحة النووية.^(٤)

رابعاً-قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ سنة ١٩٨٢ إلى سنة ١٩٩٥: وكانت هذه القرارات تتعلق بضرورة التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية تحظر استخدام الأسلحة النووية، وأهمها القرار رقم ٧١/٥٠ لسنة ١٩٩٥ والذي تضمن ملحق لمشروع اتفاقية تحظر استخدام الأسلحة النووية^(٥)، حيث أشارت فيه الجمعية العامة إلى إنه اقتناعاً منها بأن التهديد باستخدام الأسلحة النووية يشكل خطراً كبيراً يهدد بقاء البشرية وبأن إبرام اتفاقية دولية متعددة الأطراف سوف يعزز الأمن الدولي ويسهم في تهيئة المناخ اللازم لمفاوضات تؤدي إلى إزالة الأسلحة النووية في إطار زمني محدد، لذلك قررت الطلب إلى مؤتمر نزع السلاح بأن يبدأ إجراء المفاوضات اللازمة لإبرام اتفاقية دولية تحظر استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها آخذاً بنظر الاعتبار مشروع

(١) وقد صوتت لصالح هذا القرار خمسة وخمسين دولة مع امتناع ستة وعشرين دولة عن التصويت على القرار واعتراض عشرون دولة عن التصويت وهي (استراليا، كندا، الصين، كوستاريكا، فرنسا، اليونان، إيرلندا، ايطاليا، لوكسمبرغ، هولندا، نيوزلندا، نيكاراغوا، البرتغال، وجنوب إفريقيا، اسبانيا، تركيا، المملكة المتحدة، الولايات المتحدة الأمريكية، بلجيكا، النرويج)، احمد موسى. مصدر سابق، ص ٨.

The United Nations Disarmament. Vol.23, New York United Nations Publication

(١)(No.A.99.IX1), 1998, P.107.

(١٠) Ibid. P. 108

(٤) قرار الجمعية العامة رقم ١٠٠/٣٦ لسنة ١٩٨١، الوثائق الرسمية، الدورة السادسة والثلاثون، الجلسة العامة، ٩ كانون الأول ١٩٨١، (A/RES/36/100) ص ١٠٠.

(٥) مجموعة القرارات والمقررات التي اتخذتها الجمعية العامة. الدورة الخمسين، المجلد الأول، الملحق ٤٩، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، (A/50/49)، ١٩٩٥، ص ١٦٤.

الاتفاقية المقدم من قبلها^(١). وقد أثارت هذه القرارات جدلاً كبيراً بين الدول المؤيدة والمعارضة لاستخدام الأسلحة النووية أثناء مناقشة قضية مشروعية استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها، إذ رأت بعض الدول إن سلسلة القرارات الدولية الصادرة عن الجمعية العامة، والتي تتعامل مع الأسلحة النووية تشير إلى وجود قاعدة عرفية دولية تحظر اللجوء إلى تلك الأسلحة^(٢)، حيث بينت هذه الدول إن العرف الدولي يتكون من عنصرين الأول مادي يتمثل بالعادة أو الممارسة، وقد تحقق هذا العنصر بتكرار قرارات الجمعية العامة، أما العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي والذي يتمثل بالاعتقاد بالزامية هذه العادة أو الممارسة ويظهر هذا العنصر في عدم لجوء الدول المالكة للأسلحة النووية لاستخدامها منذ نهاية الحرب العالمية الثانية وحتى الآن، وبذلك يكتمل العنصر الثاني وهو الاعتقاد، إلا أن الدول المؤيدة لاستخدام الأسلحة النووية اعترضت على تلك الحجة وذهبت إلى إثارة سياسة الردع النووي، الذي تحتفظ فيه الدولة بالحق في استخدام هذه الأسلحة في حالة الدفاع الشرعي ضد هجوم مسلح يهدد مصالحها الأمنية، كما ذهبت هذه الدول إلى إن عدم استخدام السلاح النووي منذ سنة ١٩٤٥ لا يستند إلى وجود قاعدة عرفية لكن لم تكن هنالك ظروف تبرر استخدام هذه الأسلحة لحسن الحظ، وأشارت أيضاً إلى إن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ليس لها طابع إلزامي، ولا تكشف عن وجود قاعدة عرفية تحظر استخدام الأسلحة النووية كونها لم تقابل بالموافقة ليس من بعض الدول النووية فحسب، بل حتى من الدول الأخرى^(٣).

وإزاء ذلك الانقسام لاحظت المحكمة في رأيها الاستشاري المتعلق بقضية مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦ بأنه كقاعدة عامة، إن قرارات الجمعية العامة حتى إذا لم تتمتع بالإلزام القانوني يكون لها في بعض الأحيان أثر إنشائي للقاعدة، ويمكن أن تشكل دليلاً على وجود القاعدة أو نشوء الاعتقاد بالإلزام، ولكي يتحقق ذلك فإنه يجب النظر في محتوى القرارات وشروط الموافقة عليها، وبعد فحص قرارات الجمعية العامة وجدت المحكمة إنها قد أعلنت إن استخدام الأسلحة النووية يخالف ميثاق الأمم المتحدة، وإن هذا الاستخدام ينبغي حظره، إلا إن الموافقة على هذه القرارات قد صاحبت تصويت سلبى وامتناع بعض الدول عن التصويت، لذلك هي قاصرة عن تأكيد وجود الاعتقاد بالإلزام القانوني بشأن عدم مشروعية استخدام الأسلحة النووية، مما يعني من وجهة نظر المحكمة إن هذه القرارات لا تدل على وجود قاعدة عرفية تحظر استخدام الأسلحة النووية، إلا إنه بالرغم من ذلك فإن تكرار هذه القرارات يعد إشارة واضحة لاهتمام عميق بمشكلة الأسلحة النووية، كما إنها تكشف عن رغبة المجتمع الدولي في أن يخطو

(١) نصت المادة الأولى من مشروع الاتفاقية الملحق بهذا القرار على " أن تتعهد رسمياً الدول الأطراف بهذه الاتفاقية بعدم استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها في أي ظرف من الظروف" المصدر السابق. ص ١٦٤

(٢) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي. مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، المجلة المصرية، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، العدد الثامن والخمسون، ٢٠٠٢، ص ١٧٢-١٧٣.

(٣) المصدر السابق.

عن طريق حظر محدد وصريح لاستخدام الأسلحة النووية خطوة هامة نحو نزع السلاح النووي الكامل. (١)

المطلب الثاني- القرارات الدولية الصادرة عن مجلس الأمن

إن جهود منظمة الأمم المتحدة في الوقوف ضد الأسلحة النووية لم تقتصر على القرارات الدولية الصادرة عن الجمعية العامة، وإنما كان لمجلس الأمن أيضاً قرارات وتوصيات دولية بهذا الصدد، فمن أجل تطمين وإقناع الدول غير الحائزة للأسلحة النووية على الانضمام إلى اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية قام رؤساء وممثلو الدول الخمس الدائمة العضوية في مجلس الأمن أثناء المفاوضات الدولية الخاصة بإبرام اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية بإصدار تصريحات للدول غير الحائزة للأسلحة النووية أنها سوف تتلقى المساندة والدعم في حالة تعرضها لأي اعتداء نووي (٢)، ومن هذه التصريحات تصريح رئيس الولايات المتحدة الأمريكية جونسون في سنة ١٩٦٤ والذي أشار فيه " بأن البلاد التي لن تعمل للحصول على الأسلحة النووية يمكنها الاعتماد على الولايات المتحدة الأمريكية في حالة احتياجها إلى سند ضد تهديدها بالأسلحة النووية (٣)، وكرر التصريح في رسالة أرسلها نائب هيئة السوفيت الأعلى إلى مؤتمر نزع السلاح في ١٧ حزيران ١٩٦٧ يعلن فيها استعداد الاتحاد السوفيتي لقبول مادة في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية تنص على حظر استخدام الأسلحة النووية ضد الدول غير الحائزة للأسلحة النووية التي تنظم للاتفاقية والتي ليس لها تصرف في أسلحة نووية موجودة في إقليمها، وخلال المفاوضات الخاصة باتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية أشارت بريطانيا إلى إمكانية إيجاد شكل من أشكال الضمان ضد الاعتداء النووي الذي يقع على الدول غير الحائزة على الأسلحة النووية التي تتعهد بعدم الحصول على الأسلحة النووية ولكنها لم تحدد هذا الشكل. (٤)

وقد تمثل موقف الدول غير الحائزة للأسلحة النووية من ذلك بإصرارها على تضمين اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية نصاً صريحاً يقضي بحظر استخدام الأسلحة النووية ضد الدول غير الحائزة للأسلحة النووية، إلا إن ذلك لم يحصل بسبب الخلافات السياسية التي كانت بين الدول النووية الكبرى، والتي انتهت بقيام الدول النووية (الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة) بإصدار بيانات مماثلة على الأقل في الأصل حول الحل الذي تقترحه الدول الثلاث لموضوع الحماية أو الضمان، وتمثل ذلك الحل في اتفاق هذه الدول على تبني مشروع قرار من مجلس الأمن خاص بالضمان (٥)، فصدر عن مجلس الأمن قرارين بصدد مسألة الحماية أو الضمان الأول قرار مجلس الأمن رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦٨ والثاني القرار رقم ٩٨٤ لسنة ١٩٩٥:

(16) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons. Available: [Http://www.icj-cij.org /icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm), P.P.33, Para. 71.

(٢) وقائع نزع السلاح. منع وقوع حرب نووية، العدد ٣، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، ١٩٨٥، ص ٧.

(٣) المصدر السابق.

(٤) محمد عبد الله نعمان. استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢١١.

(٥) حسين خلاف. ضمانات الدولة الذرية للدول غير المسلحة نزيماً ضد الاعتداء عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثلاثون، ١٩٧٤، ص ١١.

أولاً- قرار مجلس الأمن رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦٨: قدم مشروع القرار هذا من قبل الولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد السوفيتي سابقاً، والمملكة المتحدة، وذلك بتاريخ ١٩ حزيران سنة ١٩٦٨، ولم تكن الصين وفرنسا من ضمن تلك الدول، وذلك لأن الصين بالرغم من كونها عضو دائم في مجلس الأمن، إلا إنها لم تكن بعد دولة حائزة على الأسلحة النووية، وكذلك الحال بالنسبة إلى فرنسا التي لم تعلن نفسها بعد كدولة نووية^(١)، وقد أشار القرار في ديباجته إلى إن كل اعتداء مصطحب باستخدام الأسلحة النووية من شأنه أن يهدد بالخطر سلم وامن جميع الدول، كما بين القرار إن كل اعتداء نووي أو التهديد به ضد أي دولة غير حائزة للأسلحة النووية يستدعي اتخاذ إجراء فوري من مجلس الأمن ومن الدول ذات العضوية الدائمة في مجلس الأمن، كما رحب مجلس الأمن بإفصاح الدول الحائزة للأسلحة النووية عن نيتها بتقديم المساعدة الفورية وذلك في نطاق الميثاق إلى دولة غير مسلحة نووياً طرفاً في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية إذا وقعت ضحية لأي اعتداء باستخدام

الأسلحة النووية، وأخيراً أكد مجلس الأمن في الفقرة الثالثة من القرار أعلاه على الحق الطبيعي للدول منفردة أو مجتمعة بالدفاع عن النفس بموجب المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة إذا ما تعرضت أية دولة عضو في الأمم المتحدة لهجوم مسلح لحين اتخاذ مجلس الأمن التدابير الضرورية لصيانة السلم والأمن الدوليين.^(٢)

ويلاحظ من قرار مجلس الأمن إنه اقتصر على تأكيد ما ورد في ميثاق الأمم المتحدة بشأن تقديم المساعدات والدعم للدول المعتدى عليها بغض النظر عن نوعية الأسلحة التي استخدمت في العدوان^(٣)، فضلاً عن ذلك إن قرار مجلس الأمن لم يتضمن إلا الحماية أو الضمان الايجابي والذي يتمثل بتعهد الدول الحائزة للأسلحة النووية ومجلس الأمن بـرد الاعتداء النووي، لكنه لم يحتوي على الضمان السلبي والذي يتمثل بتعهد هذه الدول بعدم استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها ضد الدول غير الحائزة للأسلحة النووية الأطراف في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية.^(٤)

كما يلاحظ أيضاً من القرار إن مسألة الضمان أو الحماية أصبحت خارج اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية وليس جزءاً منها، وهذا بخلاف رغبة الدول غير الحائزة للأسلحة النووية والتي كانت تبحث عن التزامات اتفاقية تنص صراحةً على حظر استخدام الأسلحة النووية، ولم يوضح مندوبو الدول الثلاث سبب ذلك، إلا إنها اكتفت بالقول إلى إن هذا الموضوع هو ما تختلف فيه مصالح الدول الأطراف وإن أي محاولة لصياغة حل لذلك الموضوع في صلب الاتفاقية سيكون محكوماً بالفشل بسبب تعذر التوصل إلى صياغة ترضي الجميع، وأضافوا إلى إنه من الطبيعي أن تقع تلك التأكيدات أو الضمانات في نطاق الأمم المتحدة بصورة عامة ومجلس الأمن بصورة خاصة، إذ يقع على مجلس الأمن المسؤولية الأولى في المحافظة على السلم والأمن

(١) وجدي مردان. منظمة الأمم المتحدة الأمن ضد استخدام الأسلحة النووية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الثاني عشر، العدد الأول والثاني، ١٩٩٥، ص ٢٤٨.

(٢) حولية الأمم المتحدة لنزع السلاح. العدد ١٤، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، ١٩٨٣، ص ١٨٩.

(٣) وجدي مردان. مصدر السابق، ص ٢٤٨.

(٤) المصدر السابق. ص ٢٥٠.

الدوليين، وقد ذهب الدكتور حسن خلاف بصدد التعليق على ذلك القرار إلى إن الدول النووية هدفت من وراء استبعاد الضمان من المعاهدة أن تستقل هي بتحديد مضمونه وشروطه وأحوال انطباقه. (١)

ثانياً - قرار مجلس الأمن رقم ٩٨٤ لسنة ١٩٩٥: قدم مشروع القرار هذا من قبل الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي سابقاً والمملكة المتحدة وفرنسا والصين أي الدول الخمس الدائمة العضوية في مجلس الأمن، واعترف مجلس الأمن في هذا القرار بالمصلحة المشروعة للدول غير الحائزة للأسلحة النووية الأطراف في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية في الحصول على ضمانات بأن يقوم مجلس الأمن والدول الخمس الدائمة العضوية في المجلس باتخاذ تدابير فورية وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، في حالة وقوع تلك الدول ضحية لعمل عدواني يستخدم فيه الأسلحة النووية، وأكد القرار من جديد الحاجة إلى أن تمثل جميع الدول الأطراف في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية امتثالاً كاملاً للالتزاماتها، كما عد القرار إن أي عدوان يشتمل على استخدام الأسلحة النووية من شأنه أن يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، وعبر القرار أيضاً عن قناعة المجلس بتيسير التعاون الدولي في استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية مع التركيز بوجه خاص على احتياجات البلدان النامية. (٢)

وأقر القرار أيضاً بمبدأ التعويضات التي يجب على المعتدي دفعها وفقاً للقانون الدولي عما أحدثه العدوان من خسائر وأضرار أو إصابات، وحث في الفقرة الثامنة منه جميع الدول على ضرورة مواصلة المفاوضات بحسن نية بشأن التدابير الفعالة المتصلة بنزع السلاح النووي وبشأن إبرام معاهدة لنزع السلاح العام الكامل وفي ظل رقابة دولية فعالة. أخيراً أعاد هذا القرار من جديد التأكيد على الحق الطبيعي للدول في الدفاع عن نفسها وفقاً للمادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة. (٣)

في الواقع إن القرار رقم ٩٨٤ لسنة ١٩٩٥ لم يخفف من قلق الدول غير الحائزة للأسلحة النووية بشأن تقديم الضمانات السلبية وتأمينها بعدم استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها ضدها لذلك كررت الدول غير الحائزة للأسلحة النووية الأعضاء في مؤتمر نزع السلاح رغبتها بأن تكون هنالك ضمانات سلبية بهذا الشأن وان ترد ضمن اتفاق دولي وليس ضمن تصريحات وإعلانات انفرادية.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى إن الدول التي تعارض مشروعية استخدام الأسلحة النووية ذهبت أمام محكمة العدل الدولية أثناء مناقشتها لقضية مشروعية استخدام الأسلحة النووية أو التهديد بها إلى الاحتجاج بقرارات مجلس الأمن السابق ذكرها والتصريحات الانفرادية للدول الحائزة للأسلحة النووية لتأكيد عدم مشروعية استخدام هذه الأسلحة، إلا إن الدول التي تؤيد مشروعية استخدام الأسلحة النووية أشارت إلى إن قرارات مجلس الأمن والتصريحات الانفرادية لا يمكن استخدامها كحجة للقول بعدم مشروعية استخدام الأسلحة

(١) حسين خلاف. مصدر سابق، ص ١٢

(٢) قرار مجلس الأمن رقم ٩٨٤ لسنة ١٩٩٥، نيويورك: الأمم المتحدة، 11 April 1995، S/RES/984.11 ، P2.

(27) المصدر السابق.

النووية كونها أشارت إلى إمكانية استخدام الأسلحة النووية في حالة الدفاع الشرعي^(١)، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في القضية أعلاها بأن التصريحات والضمانات الصادرة عن الدول الحائزة للأسلحة النووية لا تشير إلى حظر شامل عالمي بشأن استخدام الأسلحة النووية أو التهديد باستخدامها لأن الدول الحائزة للأسلحة النووية احتفظت بالحق باستخدام الأسلحة النووية في ظل ظروف معينة، وان هذه التحفظات لم تلقى أي اعتراض من جانب مجلس الأمن ولا من قبل الدول التي صدرت التعهدات إليها.^(٢)

إن ما ذهب إليه محكمة العدل الدولية بصدده المسألة جدير بالتأييد لأن ما صدر عن مجلس الأمن من قرارات لم يتضمن إلا تعهد أو ضمان ايجابي بالمساعدة والمساندة في حالة وقوع اعتداء نووي أو التهديد به، ولم يحتوي على ضمان سلبي بعدم استخدام الأسلحة النووية وكذلك الحال بالنسبة للتصريحات الانفرادية التي لا يمكن الاستناد إليها لتبرير الحظر القانوني بعدم استخدام الأسلحة النووية، لأن تلك التعهدات ما هي إلا أعمال قانونية صادرة بالإرادة المنفردة للدول الحائزة على الأسلحة النووية، الأمر الذي يجيز لهذه الدول سحبها أيضاً بالإرادة المنفردة، ولكي تحصل هذه الأعمال على القوة القانونية الملزمة لابد من تسجيلها في الأمانة العامة للأمم المتحدة، أو أن تصبح تلك التعهدات اتفاقاً ثنائياً أو جماعياً له قوة المصدر الأصلي للقاعدة الدولية من جانب الالتزام والجزاء، وهذا ما رفضته الدول المصراحة إذ رفضت إدماج تصريحاتها ضمن معاهدة دولية أو أن تتحول إلى اتفاق دولي^(٣)، لذلك نأمل أن يصدر مجلس الأمن قراراً ملزماً يحتوي على الضمان السلبي الذي يسعى إليه أغلب أعضاء المجتمع الدولي.

المبحث الثاني

موقف محكمة العدل الدولية من استخدام الأسلحة النووية

(الرأي الاستشاري بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦)

يرجع هذا الرأي الاستشاري إلى مشروع قرار تقدمت به اندونيسيا إلى الجمعية العامة نيابة عن مجموعة دول عدم الانحياز وذلك لطلب رأي استشاري بخصوص مدى مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها، وبمقتضى القرار رقم ٧٥/٤٩ الصادر في ١٥ كانون الأول سنة ١٩٩١ طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من محكمة العدل الدولية أن تعطي على وجه السرعة رأياً استشارياً بخصوص السؤال التالي " هل التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها مسموحاً به تحت أي ظرف وفقاً للقانون الدولي"، وفي السادس من تشرين الأول سنة ١٩٩٥ أبلغ السكرتير العام لمنظمة الأمم المتحدة سجل

(28) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons. Op.Cit,P.28-29, Para.59.

(29) Ibid.

(٣) محمد عبد الله محمد نعمان. مصدر سابق، ص ١١٩.

محكمة العدل الدولية بقرار الجمعية العامة بشأن طلب الرأي الاستشاري عملاً بالمادة ١/٩٦ من ميثاق الأمم المتحدة.^(١)

ويعد الطلب أعلاه حدثاً تاريخياً في تاريخ محكمة العدل الدولية، فلم تكن المحكمة قد دعيت إلى البت في مشكلة قانونية كانت من صميم العلاقات الدولية خلال الخمسين سنة الأخيرة، حيث كانت تمثل توتراً هائلاً بين ممارسة الدول والمبادئ القانونية، كما كانت المهمة شاقة لأنه كان يتعين على المحكمة أن تبت من خلال المشكلة الخاصة بمشروعية استخدام الأسلحة أو التهديد فيها في صحة سلوك كان يمثل الأساس الذي تقوم عليه السياسة الدفاعية للدول العظمى في العالم^(٢)، وسنحاول أن نبحث في هذه الرأي كونه قد أثار العديد من المسائل القانونية أثناء مناقشة المحكمة لمشروعية استخدام الأسلحة النووية من عدمها مثل مدى ولاية المحكمة في إصدار الرأي الاستشاري وتحديد القانون الواجب التطبيق على قضية الأسلحة النووية، إضافة إلى الجدل العميق الذي نتج عقب صدور الرأي الاستشاري من داخل وخارج المحكمة. وعليه سنبحث في هذه المسائل من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نبيين في المطلب الأول مدى ولاية المحكمة في إصدار الرأي الاستشاري، وفي المطلب الثاني نبين القانون الواجب التطبيق على قضية الأسلحة النووية، وفي المطلب الثالث سنبين منطوق الرأي الاستشاري والجدل القائم بصدده.

المطلب الأول - مدى ولاية المحكمة في إصدار الرأي الاستشاري

احتجت الدول التي تؤيد مشروعية استخدام الأسلحة النووية على ولاية المحكمة بإصدار الرأي الاستشاري وطلبت منها الامتناع عن إصدار ذلك الرأي، لذلك نظرت المحكمة فيما إذا كان لها ولاية الاستجابة للطلب المقدم إليها من قبل الجمعية العامة أم لا، وأشارت إلى اختصاصها بإصدار الرأي الاستشاري كونها تستمد ولايتها فيما يتعلق بالفتاوى من المادة ٦٥ ف ١ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي نصت على إنه " للمحكمة أن تفتي في أية مسألة قانونية بناءً على طلب أية هيئة رخص لها ميثاق الأمم المتحدة باستفتائها، أو حصل الترخيص لها بذلك طبقاً لأحكام الميثاق المذكور ". والى نص المادة ٩٦ من ميثاق الأمم المتحدة والتي نصت على إنه:

"١- لأي من الجمعية العامة أو مجلس الأمن أن يطلب إلى محكمة العدل إفتاءه في أي مسألة قانونية؛

٢- ولسائر فروع الهيئة والوكالات المتخصصة المرتبطة بها، ممن يجوز أن تأذن لها الجمعية إفتاءها فيما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها".

ووفقاً للمواد القانونية أعلاه يكون اختصاص المحكمة الإفتائي مقيد بقيود قانونية أشارت إليها المادة ١/٦٥ من النظام الأساسي والمادة ٩٦ ف ١ من الميثاق وهي أن تكون المسألة المعروضة عليها مسألة قانونية وليست سياسة، وهو قيد ينطبق على المطلب المقدم من الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس

(١) احمد أبو الوفا. التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، العدد الثاني والخمسون، ١٩٩٦، ص ١٧٢-١٧٣.

(32) Eric David. The Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Use of Nuclear Weapons, International Review of Red Cross, No.316, 1999, P.21.

الأمن وغيرها من فروع الأمم المتحدة بالإضافة إلى الوكالات المتخصصة المرتبطة بها، أما القيد الثاني فيتمثل بكون الوكالات المتخصصة مرخص لها من قبل الجمعية العامة بطلب الفتوى، وأخيراً القيد الثالث والذي يتمثل بكون المسألة المطلوب الإفتاء بشأنها داخلة في اختصاص الجهة طالبة الفتوى وهذا القيد نصت عليه المادة ٩٦ ف١، وبالرغم من إن المادة ٩٦ ف١ لم تشترط هذا القيد بالطلب المقدم من الجمعية العامة ومجلس الأمن، وإنما فقط بالطلب المقدم من قبل الوكالات المتخصصة، إلا إن العمل جرى على إن لا تطلب الجمعية العامة ومجلس الأمن الفتوى من المحكمة إلا في الأمور الداخلة في اختصاصها.^(١)

وقد عملت المحكمة أثناء نظرها في هذه القضية إلى التحقق من توفر هذه القيود القانونية حيث بحثت بمدى دخول المسألة في اختصاص الجمعية العامة، وبمدى قانونية المسألة المعروضة أمامها، وسنين هذه القيود من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول - مدى دخول المسألة في اختصاص الجمعية العامة

قامت محكمة العدل الدولية بالرد على حجة الدول المعارضة لمشروعية استخدام الأسلحة النووية بكون المسألة المطلوب الإفتاء بشأنها تخرج من اختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة وبالتالي يجب أن تمتنع المحكمة عن إصدار الرأي الاستشاري، بعدم وجود أهمية تذكر لهذا التفسير لأن الجمعية العامة للأمم المتحدة تمتلك على أية حال سلطة الرجوع إلى المحكمة على أساس المواد ١٣، ١١، ١٠ من الميثاق، فالمسألة المعروضة عليها لها صلة بكثير من جوانب أنشطة الجمعية العامة بما في ذلك ما يتعلق بالتهديد باستخدام القوة في العلاقات الدولية أو استخدامها وعملية نزع السلاح والتطوير التدريجي للقانون الدولي، وفضلاً عن ذلك فالجمعية العامة اهتمت طويلاً بهذه المسائل، وهذا يتجلى في مناقشات لجنتها الأولى الخاصة بالمسائل السياسية والأمن، وقرارات الجمعية العامة بشأن الأسلحة النووية، وفي عقد ثلاث دورات غير عادية للجمعية العامة بشأن نزع السلاح (١٩٧٨، ١٩٨٢، ١٩٨٨) وفي الاجتماعات السنوية للجنة نزع السلاح سنة ١٩٧٨، وكذلك الدراسات التي أجرتها الجمعية العامة حول آثار استخدام الأسلحة النووية.^(٢)

الفرع الثاني - مدى قانونية المسألة المعروضة على المحكمة

انتقلت المحكمة بعد ذلك للتحقق من قيد كون المسألة المعروضة عليها هي مسألة قانونية وليست سياسية فذكرت المحكمة إن المسائل المصاغة قانونياً والتي تطرح مشاكل تتعلق بالقانون الدولي هي بطبيعتها قابلة لأن يجاب عليها إجابة تستند إلى القانون^(٣)، كما ذكرت المحكمة إن المسألة التي عرضتها عليها الجمعية العامة هي بالفعل مسألة قانونية إذ طلبت من المحكمة أن تفصل فيما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها يتمشى مع مبادئ القانون الدولي وقواعده ذات الصلة، ولكي تفعل المحكمة ذلك يتعين عليها تحديد

(١) محمد سعيد الدقاق. القانون الدولي (المصادر - الأشخاص)، الإسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨١، ص ٤٤٠ - ٤٤١؛ سموحي فوق العادة. القانون الدولي، بلد النشر غير موجود: مطبعة الإنشاء ١٩٦٠، ص ٨٥١.

(34) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons. Op.Cit.,P.10, Para.11&12.

(35) Ibid. P.818.P. Para.13.

المبادئ والقواعد العالمية وتفسيرها وتطبيقها على التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها وبذلك تجيب على المسألة المعروضة عليها استناداً إلى القانون.^(١) أخيراً أشارت المحكمة إلى إن هذه المسألة شأنها شأن مسائل عديدة تثار في الحياة الدولية لا يكفي لتجريدتها من طابعها كمسألة قانونية كونها تحتوي على جوانب سياسية، أو أن مجرد المحكمة من ولاية أسندها إليها صراحة نظامها الأساسي، كما أنه ليس للبواعث السياسية التي قد يقال أنها وراء الطلب أو الآثار السياسية التي قد تترتب على الفتوى الصادرة أي صلة بإقرار ولاية المحكمة في إصدار تلك الفتوى.^(٢)

المطلب الثاني - القانون الواجب التطبيق على قضية الأسلحة النووية

لكي تجيب المحكمة على السؤال المطروح أمامها والذي جاء بالصياغة التالية "هل التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها في أي ظرف من الظروف يكون مسموحاً به بموجب القانون الدولي؟" حاولت أن تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة إذ وجدت المحكمة إن من واجبها النظر في المجموعة الكبيرة من قواعد القانون الدولي المتاحة أمامها^(٣)، فقد حاولت الدول التي تؤيد عدم مشروعية استخدام الأسلحة النووية أن تقدم مجموعة كثيرة من الحجج القانونية لكي تؤيد وجهة نظرها في عدم مشروعية استخدام هذه الأسلحة، لذلك قامت المحكمة بالنظر بجميع هذه الحجج، وقد استبعدت الكثير منها من التطبيق على هذه القضية واستندت إلى البعض الآخر، وعلى هذا الأساس سنباحل البحث في هذه الحجج من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبيين في الفرع الأول الحجج القانونية التي استبعدتها محكمة العدل الدولية من التطبيق على قضية الأسلحة النووية، وفي المطلب الثاني نبين الحجج القانونية التي استندت إليها محكمة العدل الدولية في قضية الأسلحة النووية.

الفرع الأول- الحجج القانونية التي استبعدت المحكمة تطبيقها على الأسلحة النووية

من الحجج القانونية التي وجدت المحكمة أنها لا تنطبق على قضية الأسلحة النووية وبالتالي يجب استبعادها هي:

أولاً- القانون الدولي لحقوق الإنسان: ذهبت الدول التي تعارض مشروعية استخدام الأسلحة النووية إلى التقدم بحجة قانونية تتمثل بأن استخدام الأسلحة النووية ينتهك الحق بالحياة الوارد في المادة ٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فنصت هذه المادة في فقرتها الأولى على إن " لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة ويجب حماية هذا الحق بموجب القانون ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي"، وفي مقابل ذلك عارضت الدول التي تؤيد مشروعية استخدام الأسلحة النووية ما ذهب إليه الاتجاه السابق على أساس إن هذا العهد لم يشير إلى الحرب أو الأسلحة^(٤)، وإن العهد لم يعالج أبداً مشروعية الأسلحة النووية إذ إنه يعالج حقوق الإنسان فقط في وقت السلم وإن مسألة فقدان الحق في الحياة أثناء الأعمال العدائية يحكمها القانون واجب التطبيق في النزاعات المسلحة، وحسماً للخلاف رأت المحكمة إن الحماية التي يوفرها العهد الدولي لحقوق الإنسان لا تتوقف في وقت الحرب إلا بالتطبيق لنص المادة

(36) Ibid.

(37) Ibid. Para. 13 & 14.

(38) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي. مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٤) مانفريد مور. فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية (بعض نقاط قوة وضعف الفتوى)، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة العاشرة، ١٩٩٧، ص ٩٦.

الرابعة من العهد، والتي ترخص للدولة أن تتحلل من بعض الالتزامات المنصوص عليها في العهد إلا إن هذا التحلل لا يشمل الحق في الحياة المنصوص عليها في المادة السادسة، وانتهت المحكمة إلى إنه لا يمكن معرفة ما إذا كان فقدان حياة ما من جراء استخدام سلاح معين في الحرب يعتبر حرماناً تعسفياً من الحياة يتعارض مع أحكام المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إلا بالرجوع إلى القانون الساري في النزاع المسلح وليس بالاستنتاج من أحكام العهد نفسه".^(١) يتضح مما تقدم إن المحكمة قررت إن القانون الدولي الإنساني هو وحده من يقرر ما إذا كان فقدان حياة ما أثناء النزاعات المسلحة يمثل حرماناً تعسفياً وليس للقانون الدولي لحقوق الإنسان شأن في ذلك ويمكن الرد على اتجاه المحكمة بما يأتي:

١- إن تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يتوقف أثناء النزاعات المسلحة فهو يسري في وقت السلم والحرب، ولا توجد قواعد قانونية تحظر تطبيقه أثناء النزاعات المسلحة فالحق بالحياة على سبيل المثال واجب الاحترام في وقت السلم والحرب ولا يمكن انتهاك هذا الحق تحت أي ظرف كونه من الحقوق الأساسية للإنسان التي لا يمكن الخروج عليها إطلاقاً^(٢)، كما إن هنالك سوابق قضائية تؤكد انطباق هذا القانون أثناء النزاعات المسلحة، مثال ذلك إن اللجنة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان قد وجدت في شكوى قبرص ضد تركيا بشأن الغزو التركي لشمال قبرص أدى إلى تشرد آلاف الأشخاص وهذا ما يتعارض مع المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي نصت على حق الفرد بالحرية والأمان، ولم تعتقد اللجنة الأوروبية إن هنالك ضرورة للجوء إلى اتفاقية جنيف الرابعة للنظر في تجاوزات تركيا.^(٣)

٢- إن استخدام الأسلحة النووية هو بالفعل ينتهك الحق بالحياة إذ يترتب على استخدام هذه الأسلحة اختفاء كل أثر لحياة الإنسان من دون أي مخرج وعلى مدى يتراوح بين ١٠٠ م و ١٠ كم بالنسبة إلى الأسلحة الكبيرة، إضافة إلى إن الناجين من الانفجار النووي والذين يتعرضون للإشعاع النووي من الممكن أن يموتوا خلال مهلة تتراوح بين بضع دقائق وعدة سنوات.^(٤)

٣- إضافة إلى ما تقدم فإن المحكمة لم تتطرق إلى التوصية المشهورة التي أبدتها اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمكلفة بدراسة وتطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي صدرت في تشرين الثاني سنة ١٩٨٤، والتي أكدت فيها بأن صناعة وحيازة الأسلحة النووية وتجربتها تشكل تهديداً كبيراً لحق الإنسان في الحياة وطالبت إن يتم حظرها واعتبارها جريمة ضد الإنسانية، فاللجنة اعتبرت استخدام الأسلحة النووية محظوراً وطالبت إن يتم حظر صناعة وحيازة الأسلحة النووية وليس استخدامها فقط.^(٥)

(40) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Op.Cit,P.17-18, Para.24&25.

(٢) غسان الجندي. الوضع القانوني للأسلحة النووية، ط١، عمان: دار وائل للنشر، ٢٠٠٧، ص٩٩.

(42) Y.K Tyagi. The ICJ Advisory and Nuclear Weapons, Indian Journal of International Law, No.12,1997, P188.

(٤٣) Eric David. Op.Cit, P.43.

(٤٤) Y.K Tyagi. Op.Cit, P.189

ثانياً- اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لسنة ١٩٤٨ (١): ومن الحجج القانونية التي استبعدت المحكمة تطبيقها على قضية الأسلحة النووية حجة إن استخدام الأسلحة النووية ينتهك اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لسنة ١٩٤٨ إذ أشارت الدول المعارضة إلى إن استخدام الأسلحة النووية يشكل جريمة إبادة جماعية ويتسبب في إيقاع عدد كبير من الضحايا، وإنه يمكن في بعض الحالات إن يكون من بين الضحايا مجموعة قومية أو عرقية أو دينية، وإن النية أو القصد إلى تحطيم مثل هذه المجموعات يمكن أن ينشأ من إهمال مستخدمي السلاح النووي الأخذ في الاعتبار الآثار المعروفة الناتجة عن استخدام الأسلحة النووية. وردت المحكمة هذه الحجة إذ رأت إن حظر الإبادة الجماعية يكون ذات صلة بقضية استخدام الأسلحة النووية إذا كان اللجوء إلى تلك الأسلحة قد انطوى فعلاً على عنصر النية تجاه مجموعة إنسانية بالذات وفقاً لنص المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، وانتهت المحكمة إلى إنه لا يمكن الوصول إلى هذا الاستنتاج إلا بعد مراعاة الظروف الخاصة لكل حالة على حدة. (٢) ومعنى ذلك إن المحكمة ترى إن استخدام الأسلحة النووية يشكل جريمة إبادة جماعية، إذا تبين من ظروف النزاع توفر نية الإبادة الجماعية لدى مستخدم الأسلحة النووية، وإن استخدام هذه الأسلحة مجرداً عن نية الإبادة الجماعية لا يشكل انتهاك لاتفاقية حظر الإبادة الجماعية (٣)، وقد عارض القاضي ويرمانتري في رأيه المخالف ما ذهبت إليه المحكمة من ضرورة إن تتوافر نية الإبادة الجماعية ضد جماعة بعينها، حيث اكتفى بأن تتوافر في الدولة المستخدمة للسلاح النووي معرفة بأن هذه الأسلحة لها من الآثار ما يؤدي إلى الموت بصورة شاملة بحيث تؤدي إلى إبادة مدن بأكملها بما فيها من قطاعات عديدة من السكان يتراوح عددهم بين مئات آلاف والملايين، فإذا لم يكن قتل البشر بإعداد تتراوح بين مئات آلاف والملايين تدخل في جريمة الإبادة الجماعية، فإن المرء يتساءل عما يعد إذا من جرائم الإبادة الجماعية. (٤)

رابعاً- الاتفاقيات الدولية التي تحظر استخدام السم: استبعدت المحكمة الحجة التي تشير إن الأسلحة النووية هي أسلحة سامة وبالتالي فإن استخدامها ينتهك الاتفاقيات الدولية التي تحظر استخدام الأسلحة السامة كإعلان لاهاي لسنة ١٨٩٩ وبرتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ التي تحظر اللجوء إلى حرب الغازات السامة أو الخائفة وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٧ المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية؛ فبعد أن استعرضت المحكمة هذه الوثائق وجدت أنها لا تغطي الأسلحة

(١) عرفت المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية أو ما تعرف بجريمة إبادة الجنس البشري منها على أنها "أي من الأفعال التالية المرتكبة عن قصد التدمير الكلي أو الجزئي، لجماعة قومية أو أثنوية أو عنصرية أو دينية... بما في ذلك: - قتل أعضاء من الجماعة؛ - إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء الجماعة؛ - إخضاع الجماعة عمداً لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً؛ - فرض تدابير تستهدف الحؤول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة؛ - نقل أطفال من الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى. نص الاتفاقية متاح على الموقع التالي: www.un.org/ar/preventgenocid

(٤٦) محمود حجازي محمود. حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، القاهرة: مطبعة حمادة الحديثة، ٢٠٠٥، ص ٣٥.

(47) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons. Op.Cit.P.18-19, Para.26.

(48) The Dissenting Opinion of Judge Wearmantry, Ibid.

النووية وذلك على أساس إن ممارسات الدول أظهرت إن هذه الوثائق تخص الأسلحة التي يكون تأثيرها الأساسي والوحيد هو التسمم والاختناق، كما أشارت المحكمة إنه لم جري البحث قط في الأسلحة النووية أثناء المفاوضات التي سبقت اعتماد تلك الوثائق وبالتالي لا يكمن البحث فيها عن وجود حظر لاستخدام الأسلحة النووية^(٤٩). وقد تعرض رأي المحكمة أعلاه إلى الانتقاد لأن القول بأن ممارسات الدول تستبعد الأسلحة النووية من نطاق تطبيق إعلان لاهاي لسنة ١٨٩٩ وبرتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ واتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية يرد عليه بأن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ولاسيما القرار رقم ١٦٥٣ لسنة ١٩٦١ قد أشار في ديباجته إلى إن استخدام الأسلحة النووية يقع تحت ضل اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٧ وكذلك برتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ مما يعني إن هنالك ممارسة تؤكد قابلية انطباق الوثائق أعلاها على الأسلحة النووية^(٥٠)، إضافة إلى ذلك إن القول بأن هذه الوثائق لا تحرم سوى الأسلحة التي يكون أثرها الأول أو الوحيد هو الإصابة بالتسمم والاختناق لا يمكن الأخذ به لأن الأعمال التحضيرية لتلك الوثائق لا تؤكد إطلاقاً هذا التفسير المقيد ولم تنفوه بأي كلمة من ذلك، فالتأكيد على إن الأسلحة النووية لا تشبه الأسلحة الكيميائية أو الأسلحة السامة لأن أثرها الوحيد والأساسي ليس التسمم وإنما لها آثار أخرى كالعصف والحرارة يعني إنه يمكن أن تضاف متفجرات إلى أي سلاح كيميائي لكي لا يصبح سلاحاً كيميائياً وبالتالي لا تنطبق عليه تلك النصوص^(٥١)، وهذا يعني إن السلاح النووي سلاح سام حتى إذا كانت الآثار الأولى له هي اللهب والحرارة فهو يولد مع ذلك آثار تسمية لاحقة وهو محظور بموجب تلك الوثائق كونها لم تعرف الأسلحة السامة على أنها تلك الأسلحة التي تفرز السم دون أي أثر آخر بالضحية، فلا يتخيل مثلا إن قذيفة أو سهام مسممة لا تجرح الضحية حيث يكون لهذه القذائف أو السهام أثر أولي يتمثل بإصابة جسم الضحية بالجروح ثم تفرز السم بعد ذلك، وزيادة على ذلك فإن البرتوكول الإضافي الثالث الملحق باتفاقيات باريس لسنة ١٩٥٤ بشأن مراقبة التسلح قد أشار إلى صفة السمية هذه، وذلك عند تعريفه للأسلحة النووية إذ عرفها على أنها " كل سلاح يتضمن أو يصمم لكي يتضمن أو يستعمل وقوداً نووياً أو نظيراً مشعاً ويمكن له أن يتسبب في دمار شامل أو أضراراً شمولية أو حالات تسمم ضخمة عن طريق الانفجار أو تحويل نووي غير محكوم فيه".^(٥٢)

خامساً القانون الدولي للبيئة: أخيراً استبعدت المحكمة القانون الدولي للبيئة من التطبيق على قضية الأسلحة النووية، إلا أنها ذكرت بأن هذا القانون يحتوي على عوامل بيئية مهمة يجب مراعاتها عند تطبيق قواعد ومبادئ القانون الواجب التطبيق أثناء النزاعات المسلحة^(٥٣)، فاستخدام الأسلحة النووية يمكن أن يؤدي إلى انتهاك هذا القانون بالرغم من استبعاد المحكمة له من التطبيق.

الفرع الثاني - الحجج التي استندت إليها المحكمة في قضية الأسلحة النووية

(49) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The threat or Use of Nuclear Weapons. Op.Cit,P.26-27, Para.53&54&55

(50) Eric David. Op.Cit, P.25.

(51) Ibid. P.26.

(52) Ibid. P.27.

(٥٣) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. ج ٢، قضية مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦، رقم الوثيقة ST/LEG/SER.F/1/Add.1، ص ١١٦.

بعد أن استبعدت محكمة العدل الدولية الحجج القانونية السابقة من التطبيق على قضية الأسلحة النووية قامت بتحديد الحجج التي يمكن الاستناد إليها في القضية المعروضة أمامها، وتمثلت هذه الحجج بالتالي:

أولاً- القانون الدولي الإنساني: تناولت محكمة العدل الدولية مسألة ما إذا كان يجب اعتبار اللجوء إلى الأسلحة النووية غير مشروع في ضوء مبادئ وقواعد القانون الإنساني الساري في أوقات النزاع المسلح، وقامت المحكمة أولاً بالاعتراف بالخصائص المدمرة الفريدة للأسلحة النووية لأن العملية الناتجة عن انشطار نواة الذرة تطلق قوتين متميزتين تتمثل بكميات هائلة من الحرارة والطاقة من ناحية، وإشعاعات قوية وممتدة الأثر من ناحية أخرى^(١)، وإشارات إلى إن تأثيرات الانفجار النووي أقوى بكثير جداً من تأثيرات الأسلحة الأخرى وان ظاهرة الإشعاعات تقتصر على الأسلحة النووية، ثم لاحظت المحكمة إن استخدام الأسلحة النووية يخضع للمبادئ ذات الصلة في القانون وبخاصة القانون الدولي الإنساني، وهذا البيان المبدئي مقبول صراحةً لدى جميع الدول التي مثلت أمام المحكمة بما في ذلك الدول الخمس الحائزة للأسلحة النووية.^(٢)

ثم انتقلت المحكمة بعد ذلك إلى تحديد القواعد العرفية التي تبلورت من خلال ممارسات الدول وتتصل اتصالاً وثيقاً بالمسألة المعروضة على المحكمة، فأشارت المحكمة بوجه خاص إلى المبدأ الراسخ منذ زمن بعيد والذي ينص على " إن حق المقاتلين في استعمال وسائل الأضرار بالعدو ليس حقاً مطلقاً" ورأت المحكمة إن القيود الرئيسية ذات الصلة بالقضية تتمثل بمبدأ التمييز ومبدأ حظر التسبب بمعاناة غير ضرورية، حيث يوفر مبدأ التمييز حماية للمدنيين إذ لا يجوز لأطراف النزاع أن يجعلوا المدنيين هدفاً للهجوم أو أن يستخدموا أسلحة لا تميز بين الأهداف العسكرية والمدنية، أما فيما يتعلق بمبدأ حظر إحداث معاناة غير ضرورية فإنه يوفر الحماية للمقاتلين أثناء النزاع المسلح فلا يجوز لأطراف النزاع أن يعمدوا إلى استخدام أسلحة تسبب أضراراً غير ضرورية في سبيل تحقيق الأغراض العسكرية، كما ذكرت المحكمة أيضاً شرط مارتينز كونه وسيلة فعالة لمعالجة التطور السريع للتكنولوجيا العسكرية.^(٣)

وخلصت المحكمة في ضوء المبادئ المتقدمة إلى إن القانون الإنساني يحظر منذ فترة مبكرة أنواع معينة من الأسلحة سواء بسبب آثارها غير التمييزية بالنسبة للمقاتلين والمدنيين أو بسبب الألام غير الضرورية التي تحدثها في المقاتلين أي لها أضرار أكثر من المطلوب لتحقيق الهدف العسكري وبعد ذلك حاولت المحكمة أن تبين مدى انطباق مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده على استخدام الأسلحة النووية ولاحظت المحكمة إن الأسلحة النووية اخترعت بعد أن كانت معظم مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده قد وجدت فعلاً، وإن هنالك فرقاً نوعياً وكمياً بين الأسلحة النووية والأسلحة التقليدية^(٤)، إلا إنه لا يمكن أن يستنتج من هذا إن مبادئ القانون الإنساني وقواعده المطبقة في أوقات النزاع المسلح لا تنطبق على الأسلحة النووية لأن مثل هذا

(54) ثيموثي. ل ه. الدفع بعدم وجود قانون يحكم الأسلحة النووية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة العاشرة، ١٩٩٧.

(55) The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons. Op.Cit,P.35, Para.78.

(٥٦) Ibid. P.36.

(٤) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي. مصدر سابق، ص ١٧٨-١٧٩.

الاستنتاج يتنافى مع الطابع الإنساني الأصيل للمبادئ القانونية المعنية وهو طابع يتخلل قانون النزاع المسلح بكامله وينطبق على كافة أشكال الحروب وكافة الأسلحة ما كان منها في الماضي والحاضر وما سيكون في المستقبل، وبهذا الخصوص فإن أحداً لم ينادي في هذه القضية بأن قواعد القانون الدولي الإنساني لا تنطبق على الأسلحة الجديدة بسبب جده هذه الأسلحة بل على العكس من ذلك فإن جده هذه الأسلحة قد تم رفضها من بعض الدول كحجة ضد تطبيق القانون الدولي الإنساني عليها.^(١)

ثانياً- قانون الحياد: الحياد هو الوضع الذي تمتنع بموجبه دولة ما من المشاركة في الحرب ومن التحيز لأي من الفريقين المتحاربين^(٢)، وقد حاولت المحكمة أن تطبق هذا الوضع على قضية الأسلحة النووية، حيث رأت المحكمة إن مبدأ الحياد في معناه التقليدي يهدف إلى منع تصادم قوات المحاربين داخل الإقليم المحايد أو مهاجمة الأشخاص أو السفن للمحايدين، وهكذا فإن إقليم القوى المحايدة غير قابل للانتهاك، وإن المحاربين يتقيدوا باحترام حقوق السيادة للقوى المحايدة، وخلصت المحكمة إلى إن مبدأ الحياد أيضاً كان مضمونه ينطبق على كل نزاع مسلح دولي وأياً كانت الأسلحة المستخدمة.^(٣)

المطلب الثالث - منطوق الرأي الاستشاري والجدل القائم بصدده

في الثامن من آب سنة ١٩٩٦ أصدرت المحكمة فتواها في طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها، على النحو التالي:

١- بأغلبية ١٣ صوتاً مقابل صوت واحد تقرر الاستجابة للفتوى.

٢- أجابت المحكمة على النحو التالي على السؤال المطروح عليها من قبل الجمعية العامة:

(أ) **بإجماع الآراء:** ليس في القانون الدولي العرفي أو القانون الدولي الاتفاقي ما يجيز على وجه التحديد التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها.

(ب) **بأغلبية احد عشر صوتاً مقابل ثلاثة أصوات:** ليس في القانون الدولي العرفي أو القانون الدولي الاتفاقي أي حظر شامل وعام للتهديد بالأسلحة النووية بالذات أو لاستخدامها.

(ج) **بالإجماع:** إن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها بواسطة الأسلحة النووية الذي يتعارض مع الفقرة ٤ من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة ولا يفي بجميع مقتضيات المادة ٥١ غير مشروع.

(د) **بالإجماع:** يجب أن يكون التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها متمشياً مع مقتضيات القانون الدولي الواجب التطبيق في أوقات النزاع المسلح ولا سيما مقتضيات مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده، وكذلك مع الالتزامات المحددة بموجب معاهدات أو غيرها من التعهدات التي تتعلق صراحةً بالأسلحة النووية.

(هـ) **بسبعة أصوات مقابل سبعة وترجيح بصوت الرئيس:** بناءً على المقتضيات الواردة أعلاه فإن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مخالف بصورة عامة لقواعد القانون الدولي المنطبقة في أوقات النزاع المسلح، وخاصةً مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده، إلا إن المحكمة بالنظر

(١) المصدر السابق. ص ١٧٨-١٧٩.

(٥٩) عصام العطية. القانون الدولي العام، ط ٣، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١٠، ص ٤٣٨.

(60) The advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the threat or use of Nuclear Weapons. Op.Cit,P39, Para.88.

إلى حالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الوقائية التي هي تحت تصرفها ليس وسعها أن تخلص إلى نتيجة حاسمة بشأن ما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مشروعاً أو غير مشروع في ظرف أقصى من ظروف الدفاع عن النفس، يكون فيه بقاء الدولة ذاته معرضاً للخطر.

(و) بالإجماع: هنالك التزام قائم بالعمل بحسن نية وإكمال المفاوضات المؤدية إلى نزع السلاح النووي بكافة جوانبه وتحت رقابة دولية صارمة وفعالة.^(١)

في الواقع إن الرأي الاستشاري للمحكمة لم يحسم مشروعية استخدام الأسلحة النووية فقد انتقد قول المحكمة بأنه ليس في القانون الدولي الاتفاقي أو العرفي ما يجيز أو يحظر استخدام الأسلحة النووية بكون إن الأمر لا يخرج عن احد الفرضيتين إما أن يكون استخدام الأسلحة النووية مشروعاً أو غير مشروعاً فلا توجد منطقة وسطى أو رمادية تقع بين هاتين الفرضيتين^(٢)، وبأن قول المحكمة هذا سيقبل أو يبطئ من سرعة نشوء أو اكتمال قاعدة قانونية عامة تحظر اللجوء إلى الأسلحة النووية، فالدول التي أردت أن تطرح هذا السؤال على محكمة العدل الدولية كانت تعتقد أنه في ضوء القرارات الدولية الصادرة عن الجمعية العامة، وكذلك في ضوء القواعد المستقرة المتعلقة بقوانين الحرب ومبادئ القانون الدولي الإنساني وفي ضوء النتائج المخيفة التي تنتج عن استخدام هذا النوع من الأسلحة إن المحكمة سوف تتوصل إلى عدم مشروعية استخدام الأسلحة النووية، إلا أنها انتهت بعدم وجود قانون يطبق على قضية الأسلحة النووية^(٣)، إضافة إلى ذلك فإن الغموض القانوني الذي كان يكتنف هذه القضية كان يخدم عدم مشروعية استخدام هذه الأسلحة أي انه يغلب اعتبارات عدم المشروعية على اعتبارات المشروعية^(٤)، فالضمير الجماعي للدول يميل بالفطرة والغريزة إلى عدم مشروعية استخدام الأسلحة النووية وليس إلى مشروعيتها، ولكن بعد صدور الرأي الاستشاري زاد الغموض القانوني، وبالتالي فإن الدول المؤيدة لمشروعية استخدام الأسلحة النووية ستستغله لاستخدام هذه الأسلحة.

كما انتقد قول المحكمة بأنه يجب أن يكون التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها متماشياً مع مقتضيات القانون الدولي الواجب التطبيق في أوقات النزاع المسلح، ولاسيما مقتضيات مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده، وكذلك مع الالتزامات المحددة بموجب معاهدات أو غيرها من التعهدات التي تتعلق صراحةً بالأسلحة النووية، بأن قول المحكمة هذا فيه نوع من التناقض، فلا يمكن تصور إن استخدام الأسلحة النووية متماشياً مع القانون الدولي الإنساني ومبادئه، والمحكمة ذاتها أشارت إلى الخصائص الفريدة والتدميرية للأسلحة النووية التي ينجم عنها أضرار من الصعوبة بمكان السيطرة عليها من حيث المكان والزمان، ويزداد تناقض المحكمة بالفقرة ه والتي نصت فيها المحكمة على إنه بناء على المقتضيات

(١) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. قضية مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦، مصدر سابق، ص ١١٦.

(٢) نصر الدين الاخطري. مسألة الدفاع الشرعي الخاصة بالدول المالكة لأسلحة الدمار الشامل في ضوء القانون الدولي الجنائي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٦٢٢.

(63) عبد العزيز مخيمر عبد الهادي. مصدر سابق، ص ١٧٨-١٧٩.

(64) المصدر السابق.

الواردة أعلاه فإن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مخالف بصورة عامة لقواعد القانون الدولي المنطبقة في أوقات النزاع المسلح وخاصة مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده، فهي تارة تشير إلى إن استخدام الأسلحة النووية يجب أن يكون متماشياً مع القانون الدولي الإنساني ومبادئه، وتارة أخرى تشير إلى إن استخدام الأسلحة النووية مخالف لقواعد القانون الدولي الإنساني.^(١)

أما قول المحكمة بأنه "بالنظر إلى حالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الوقائعية التي هي تحت تصرفها ليس في وسعها أن تخلص إلى نتيجة حاسمة بشأن ما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مشروعاً أو غير مشروع في ظرف أقصى من ظروف الدفاع عن النفس، يكون فيه بقاء الدولة ذاته معرضاً للخطر"، فقد تعرض إلى نقد كبير لأن المحكمة انتهت بعد كل ذلك المجهود إلى عدم معرفتها فيما إذا كان استخدام الأسلحة النووية مشروع أم لا، وقد علق القاضي شوبيل في رأيه المخالف على الفتوى بأن المحكمة قد خلصت في قضية عصرنا الأولى إلى إنه لا رأي لها والى إن القانون الدولي ليس لديه ما يقوله بعد أشهر كثيرة من المعاناة في تقييم القانون، فتكشف المحكمة إنه لا يوجد أي قانون إزاء أهم أحكام القانون الدولي الحديث، وإذا كان هذا هو الرأي النهائي للمحكمة فإنه كان من الأفضل أن تستند إلى سلطتها التقديرية وإن لا تصدر أي فتوى مطلقاً.^(٢)

كما ذهب القاضي شهاب الدين إلى إنه كان على المحكمة أن تصدر رأياً حاسماً بالقضية سواء كان سلبياً أم إيجابياً، إلا إنها فشلت بالتوفيق بين المبادئ المتعارضة في إن توضيح أي مبادئ تكون لها الغلبة، فهل تكون الغلبة لمبادئ القانون الدولي الإنساني أم لقواعد الدفاع عن النفس إلا إن المحكمة أفصحت عن عدم قدرتها على حسم الموضوع.^(٣)

وقد علق الدكتور تيموثي ل.^(٤) على موقف المحكمة هذا بأن المحكمة قد أغفلت الإشارة إلى إن ١٨٣ دولة هي الآن أطراف في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية وتعهدت ١٧٨ دولة منها بتطبيق حظر شامل على إنتاج وحياسة وتخزين الأسلحة النووية، لذلك إن الادعاء بعدم وجود قانون بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية من عدمها هو ادعاء تمييزي من حيث إنه لا ينطبق إلا على الدول الخمس الحائزة لأسلحة النووية الأطراف في اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية لسنة ١٩٦٨، وكذلك الدول التي رفضت الانضمام للاتفاقية أم بالنسبة لجميع الدول الأخرى فإن القانون الدولي المتعلق بالأسلحة النووية واضح بجلاء وهو إن استخدام هذه الأسلحة غير مشروع، إضافة إلى ذلك فإن حق الدول الحائزة للأسلحة النووية في حيازة هذه الأسلحة هو حق مؤقت، إذ يقع عليها التزام قانوني بموجب المادة السادسة من اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية لسنة ١٩٦٨ بمتابعة واستكمال مفاوضات تؤدي في النهاية إلى نزع شامل للأسلحة النووية تحت رقابة دولية صارمة وفعالة.^(٥)

(١) نصر الدين الاخطري. مصدر سابق، ص ٦٧٧.

(١٦) The Dissenting Opinion of Judge Schowebal, P.840.

(١٧) The Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen P.155-156.

(١٨) الدكتور تيموتي ل. هو أستاذ القانون الدولي الإنساني بكلية القانون، جامعة ملبورن استراليا، وعميد الصليب الأحمر الاسترالي

(٥) تيموثي. ل. ه. الدفع بعدم وجود قانون يحكم الأسلحة النووية، مصدر سابق، ص ص ٨٠-٨٩.

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى الرأي الاستشاري للمحكمة إلا إنه في الوقت نفسه لا يخلو من الإيجابيات، إذ يعود الفضل إلى هذا الرأي بإظهار ما يعترى القانون الدولي من نواحي القصور ودعوة الدول إلى سدها^(١)، فقد ذكر القاضي كورما بأنه لا ينبغي النظر إلى الرأي الاستشاري على إنه بدون أهمية أو قيمة قانونية على الإطلاق، فالاستنتاجات المعيارية التي يتضمنها الرأي ينبغي أن تعتبر خطوة إلى الأمام في العملية التاريخية المتمثلة في فرض قيود قانونية على النزاعات المسلحة وفي إعادة التأكيد على إن الأسلحة النووية تخضع للقانون الدولي ولحكم القانون^(٢)، كما رأى القاضي فريشتشتين في الرأي الاستشاري بأنه يعبر على نحو ملائم عن الحالة القانونية الراهنة، ويظهر أفضل الوسائل الملائمة لوضع نهاية لوجود أية مجالات غير واضحة بالنسبة للمركز القانوني للأسلحة^(٣).

الخاتمة

وهكذا يبدو لنا إنه على الرغم من القرارات الدولية الكثيرة الصادرة عن الجمعية العامة لمنظمة للأمم المتحدة، والتي أدنت في أكثر من مرة استخدام الأسلحة النووية أو التهديد بها، لتعارضها مع مبادئ القانون الإنساني، ومع روح ميثاق الأمم المتحدة، ولأن استخدامها يشكل جريمة ضد الإنسانية جمعاء، فضلا عن القرارات الدولية الصادرة عن مجلس الأمن والتي كانت تصب في الاتجاه نفسه، إلا إن الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية المتعلق بقضية مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦، والتي والذي تعرضت فيه المحكمة إلى الإجابة على سؤال مدى مشروعية استخدام هذه الأسلحة أو التهديد باستخدامها والذي أشارت فيه إلى الخصائص الفريدة لهذه الأسلحة، وإلى آثارها على الإنسان والبيئة، وإلى تعارض استخدام الأسلحة النووية مع مبادئ القانون الدولي الإنساني، خلصت المحكمة في رأيها هذا إلى أنه: "بناءً على المقتضيات الواردة أعلاه فإن التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مخالف بصورة عامة لقواعد القانون الدولي المنطبقة في أوقات النزاع المسلح، وخاصة مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده، إلا إن المحكمة بالنظر إلى حالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الوقائية التي هي تحت تصرفها ليس وسعها أن تخلص إلى نتيجة حاسمة بشأن ما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مشروعاً أو غير مشروع في ظرف أقصى من ظروف الدفاع عن النفس، يكون فيه بقاء الدولة ذاته معرضاً للخطر". وبذلك تكون المحكمة قد امتنعت في الحقيقة عن إعطاء موقف ورأي واضح وحاسم في هذه القضية المهمة والخطيرة التي تواجه المجتمع الدولي، وساهمت في بقاء الشك والضبابية قائمة حول مدى مشروعية استخدام الأسلحة النووية أو التهديد بها، وهو الأمر الذي يمكن أن يساهم في تشجيع الدول النووية على الاحتفاظ بمخونها النووي وربما السعي إلى زيادته، كما ساهمت بشكل مباشر في إضفاء قدر من المشروعية على جهود بعض الدول غير النووية في مسعاها للحصول على هذه الأسلحة الفتاكة، وهو الأمر الذي يساهم في بقاء البشرية مهددة بمخاطر هذه الأسلحة. وربما كان الأولى بالمحكمة أن تبتعد عن الموازنات والموائمات السياسية التي شابها الإفتائي وتكون أكثر جرأة وتعلن بصراحة أن استخدام الأسلحة النووية أو التهديد بها يعد عملاً غير مشروع في القانون الدولي.

(١) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. قضية مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٢) المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٣) المصدر السابق، ص ١٢٠.

المصادر

١. محمد خيرى بنونيه. أثر الطاقة النووية على العلاقات الدولية واستراتيجية الكتلتين، القاهرة: مؤسسة دار الشعب، ١٩٦٧.
٢. احمد موسى. على هامش حق الدفاع عن النفس واستعمال الأسلحة النووية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن عشر، ١٩٦٢.
٣. سامي النصراوي. الإطار القانوني للأسلحة النووية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد ٣-٤، السنة الثانية، ١٩٧٠.
٤. سهيل حسين الفتلاوي. جرائم الحرب وجرائم العدوان (موسوعة القانون الدولي الجنائي)، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
٥. الجمعية العامة. الوثائق الرسمية، الدورة الثالثة والعشرون، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، حزيران ١٩٦٨، (A/720 II).
٦. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٥٣ لسنة ١٩٦١، الوثائق الرسمية، الجلسة العامة، الدورة السادسة عشر ٢٤ تشرين الثاني ١٩٦١، (A/RES/ 1603 XV).
٧. قرار الجمعية العامة رقم ١٠٠/٣٦ لسنة ١٩٨١، الوثائق الرسمية، الدورة السادسة والثلاثون، الجلسة العامة، ٩ كانون الأول ١٩٨١، (A/RES/36/100).
٨. مجموعة القرارات والمقررات التي اتخذتها الجمعية العامة. الدورة الخمسين، المجلد الأول، الملحق ٤٩، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، (A/50/49)، ١٩٩٥.
٩. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي. مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، المجلة المصرية، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، العدد الثامن والخمسون، ٢٠٠٢.
١٠. وقائع نزع السلاح. منع وقوع حرب نووية، العدد ٣٤، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، ١٩٨٥.
١١. محمد عبد الله نعمان. استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
١٢. حسين خلاف. ضمانات الدولة الذرية للدول غير المسلحة نزيًا ضد الاعتداء عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثلاثون، ١٩٧٤.
١٣. وجدي مردان. منظمة الأمم المتحدة الأمن ضد استخدام الأسلحة النووية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الثاني عشر، العدد الأول والثاني، ١٩٩٥.
١٤. حولية الأمم المتحدة لنزع السلاح. العدد ١٤، نيويورك: منشورات الأمم المتحدة، ١٩٨٣.
١٥. قرار مجلس الأمن رقم ٩٨٤ لسنة ١٩٩٩، نيويورك: الأمم المتحدة، S/RES/984.11 April 1995.
١٦. احمد أبو الوفا. التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، العدد الثاني والخمسون، ١٩٩٦.
١٧. محمد سعيد الدقاق. القانون الدولي (المصادر - الأشخاص)، الإسكندرية: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨١.
١٨. سموحي فوق العادة. القانون الدولي، بلد النشر غير موجود: مطبعة الإنشاء ١٩٦٠.
١٩. مانفريد مور. فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية (بعض نقاط قوة وضعف الفتوى)، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة العاشرة، ١٩٩٧.
٢٠. غسان الجندي. الوضع القانوني للأسلحة النووية، ط١، عمان: دار وائل للنشر، ٢٠٠٧.

٢١. محمود حجازي محمود. حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، القاهرة: مطبعة حمادة الحديثة، ٢٠٠٥.
٢٢. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية. ج ٢، قضية مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها لسنة ١٩٩٦، رقم الوثيقة ST/LEG/SER.F/1/Add.1.
٢٣. تيموثي. ل ه. الدفع بعدم وجود قانون يحكم الأسلحة النووية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٥٣، السنة العاشرة، ١٩٩٧.
٢٤. عصام العطية. القانون الدولي العام، ط ٣، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١٠.
٢٥. نصر الدين الاخظري. مسألة الدفاع الشرعي الخاصة بالدول المالكة لأسلحة الدمار الشامل في ضوء القانون الدولي الجنائي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- ثانيا - المصادر الاجنبية:

1. Eric David. The Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Use of Nuclear Weapons, International Review of Red Cross, No.316, 1999.
2. Y.K Tyagi. The ICJ Advisory and Nuclear Weapons, Indian Journal of International Law, No.12, 1997.
3. The Dissenting Opinion of Judge Schowebal,
4. The Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen.
5. The United Nations Disarmament. Vol.23, New York United Nations Publication No.A.99.IX1), 1998.
6. The Advisory Opinion of The International Court of Justice on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons. Available: [Http://www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

المركز الدستوري والقانوني لهيئة رئاسة البرلمان في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

أ.م.د. مها بهجت/ كلية القانون/ جامعة بغداد
م.د. مصدق عادل/ كلية القانون/ جامعة بغداد

Abstract

This research deals with the presidency of the Iraqi Council of Representatives in Iraqi constitution issue 2005 and comparative constitutions as the leadership of the legislature authority , and looking at the pictures the relationship between the President and members of the Presidency, and shows the boundaries in the exercise of constitutional competences assigned to each of them, as well as demonstrate the constitutional status of each of the Chairman and members of the Presidency, in

terms of the review of rights and duties, and how to move the political and criminal responsibility for each of them.

المقدمة

تتجه غالبية الدول على اختلاف انظمتها السياسية إلى تشكيل هيئة لرئاسة البرلمان أو السلطة التشريعية، والغرض من هذه الهيئة هو إدارة العمل البرلماني وتنظيم أعماله من اجتماعات وإدارة المناقشات وإجراءات التصويت وتنفيذ القرارات التي يتخذها، فضلاً عن القيام بكافة الشؤون البرلمانية الداخلية المادية^١.

ومن ثم تتبع أهمية هيئة رئاسة البرلمان ليس من طبيعة الاختصاصات المناط بها إنجازها فحسب، وإنما من طبيعة تشكيلها أيضاً، إذ لم تسلك الدساتير منهجاً موحداً بهذا الشأن، وذلك لاختلاف النظرة إلى هذه الهيئة باختلاف طبيعة تشكيل النظام السياسي لكل دولة على حدة، ففي الأنظمة السياسية التي تعتنق مبدأ الفصل بين السلطات نجد أن دور رئيس السلطة التشريعية يكون متميزاً ومتفوقاً على أعضاء هيئة رئاسة المجلس النيابي أو مكتب الرئاسة كما هو الحال بالنسبة للدستور الأميركي، وينطبق الحكم ذاته بالنسبة إلى النظام البرلماني في بريطانيا، خلافاً لما هو عليه الحال في الدول التي تعتنق الديمقراطية التوافقية، إذ نجد أن دور رئيس المجلس النيابي بصورة عامة وأعضاء هيئة رئاسة المجلس بصورة خاصة يُستمد من التمثيل التوافقي الناجم من تمثيل رئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان لحد الطوائف أو الفئات السياسية كما هو الحال في الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ المعدل.

ونزولاً على ما تقدم لئن استقرنا دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنه لم ترد فيه أي إشارة إلى تشكيل هيئة رئاسة مجلس النواب باستثناء المادة (٥٥) منه التي تنص على أن (ينتخب مجلس النواب في أول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول ونائباً ثانياً، بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، بالانتخاب السري المباشر).

فيتضح من النص أعلاه أن المشرع الدستوري لم يفرق بين آلية اختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب، كما لم يتطرق إلى المدة القصوى لبقاء رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة في مناصبهم، ومن هذا المنطلق تتمثل أهمية دراسة هذا الموضوع من ناحيتين: إذ يتمثل أول وجوه الأهمية في وجوب توضيح دور هيئة رئاسة البرلمان من النواحي الدستورية والتطبيق السياسي إزاء الغموض الذي يكتنف نصوص الدستور فيما يتعلق بمركز هذه الهيئة، فيما يتمثل ثاني صور الأهمية في عدم تطرق الفقهاء إلى هذه الهيئة الدستورية بالتأصيل والبحث.

ومن ثم فإن هذا الموضوع يثير إشكاليات متعددة، يتمثل أولها: ما هو الأساس الدستوري والقانوني لهيئة رئاسة مجلس النواب، وهل أن هذه الهيئة تعد الرئيس الفعلي للسلطة التشريعية؟ وبعبارة أخرى: هل أن دور رئيس البرلمان في حالة وجود هذه الهيئة يعد دوراً شكلياً وبروتوكلياً، أم أن وجود هذه الهيئة يُعد مكملاً لعمل رئيس البرلمان، وليس منتقاصاً من وجوده الدستوري في المجلس النيابي؟

وثاني هذه الإشكاليات تتمثل في معرفة هل أن هيئة رئاسة البرلمان تعد منصباً دستورياً أم أنها تعد سلطة تمارس صلاحيات دستورية وقانونية في آن واحد؟ وبعبارة أخرى معرفة مدى الاستقلال الذي يتمتع به رئيس المجلس النيابي في علاقته مع هيئة رئاسة المجلس؟ أي: ما هي العلاقة بين رئيس البرلمان وأعضاء هيئة الرئاسة، فهل يُعد رئيس البرلمان رئيساً إدارياً أعلى لأعضاء هيئة الرئاسة، ومن ثم يتوجب على

١- د. ساجد محمد الزامل- مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق- دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع- بغداد- ٢٠١٤- ص ٤٢٠.

أعضاء هيئة الرئاسة الالتزام بالقرارات والامور التي يصدرها الرئيس، ام إنَّ هذه العلاقة عبارة عن علاقة توازن وتعاون بين الرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة؟ وهل يمارس الرئيس اختصاصاته بمعزل عن هيئة الرئاسة ام إنَّ هذه الاختصاصات تمارس بالتوافق مع هذه الهيئة؟
وتأسيساً على ما تقدم ولغرض الاجابة على هذه التساؤلات، واستعراض كافة الاحكام المنظمة لعمل هذه الهيئة جاء بحثنا بعنوان (المركز الدستوري والقانوني لهيئة رئاسة البرلمان في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥)، وتحقيقاً لذلك فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث كالآتي:

المبحث الأول

مفهوم هيئة رئاسة البرلمان واختيارها

تتنوع التسميات التي تُطلق على هيئة رئاسة البرلمان، إذ تارة تسمى (مكتب المجلس) (bureau) كما هو الحال في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل^١، والمصري^٢، واللبناني^٣، والاردني^٤، والاماراتي^٥. وتارة أخرى تسمى ديوان الرئاسة كما هو الحال في القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥، فيما التزمت دساتير أخرى موقف السكوت عن تسمية هذه الهيئة، ومن ثم تكفل النظام الداخلي للمجلس النيابي بتسميتها كما هو الحال في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إذ أُصطلح على تسمية تشكيل رئيس ونائبي مجلس النواب (بهيئة الرئاسة) استناداً للنظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام ٢٠٠٦.

ومن خلال استقراء الدساتير والانظمة الداخلية للسلطة التشريعية الصادرة في ظل هذه الدساتير نجد أنَّ الاختلاف لم يقتصر على التسمية فحسب، بل تعداه الامر إلى الاختلاف في آلية اختيار رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، يستوي في ذلك من حيث الشروط الواجب توافرها، والمعايير الواجب توافرها، فضلاً عن الاجراءات المقررة بهذا الشأن، ويستوي في ذلك ورودها بنص الدستور أو القوانين المكمل له.
لذا ومن أجل الاحاطة بالموضوع سنقسم المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول - تعريف هيئة الرئاسة

من أجل الوقوف على هذا التعريف سنتناول ذلك تباعاً في الفروع الآتية:

الفرع الأول - التعريف التشريعي والفقهى لهيئة الرئاسة

أولاً: التعريف التشريعي :

١- تتولى هيئة مكتب المجلس في فرنسا ادارة سير العمل في كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، حيث تتكون هذه الهيئة في الجمعية الوطنية من رئيس و(٦) نواب له، و(١٢) أمين سر و(٣) مراقبين، مع الاشارة إلى ان هذه الهيئة بتشكيلها الحالي فإنها يفترض تشكيلها من ممثلين الاتجاهات السياسية كافة الممثلة في البرلمان. ينظر: وسام حسام الدين الاحمد- برلمانات العالم العربية والاجنبية- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت- ٢٠١٠- ص٤٠٦.

٢- ينظر المادة (١١٧) من الدستور المصري المُستفتى عليه عام ٢٠١٣. والمادة (١٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب.

٣- ينظر المادة (٤٤) من الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦. والمادة (١) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لعام ١٩٩٤.

٤- ينظر المادة (٦٩) من الدستور الاردني. والمادة (٧/أ) من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠١٣.

٥- ينظر المادة (٨٤) من دستور الامارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١. والمادة (٣٠) من اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاتحادي لعام ١٩٧٧.

٦- وبهذا الصدد يثار تساؤل عن مدى دستورية تسمية هيئة رئاسة مجلس النواب العراقي على الرغم من عدم استعمال هذه التسمية من قبل المشرع الدستوري؟ ونرى من جانبنا أنَّ الدستور العراقي قد أشار إلى كيفية تكوين رئيس وأعضاء هذه الهيئة، ولم يقم النظام الداخلي سوى باضافة تسمية إلى هذا التشكيل، وطالما أنَّ النظام الداخلي يعد من القوانين المكمل للدستور وفقاً للمعيار العضوي، لذا فلا يوجد أي تعارض بين نصوص الدستور وتسمية هذه الهيئة ب(هيئة الرئاسة) في ظل النظام الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠٠٦.

يتحدد المعنى التشريعي لهيئة رئاسة البرلمان بالرجوع إلى المادة (٧/ثانياً) من النظام الداخلي للجمعية الوطنية العراقية، إذ إنَّها عرفت هيئة رئاسة الجمعية بأنها تتكون من رئيس الجمعية ونائبيه. ولئن تأملنا قانون مجلس النواب رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٧ لوجدنا أنه خلا من إيراد تعريف محدد لهيئة رئاسة مجلس النواب^١. خلافاً للنظام الداخلي لمجلس النواب الذي تم التصويت عليه في ٢٠٠٦/٦/١٥، إذ نجده عرف هيئة الرئاسة في المادة (٨) منه التي تنص على أن (تتكون هيئة رئاسة المجلس من رئيس المجلس ونائبيه)^٢.

يتضح من النص أعلاه أنَّ مفهوم هيئة رئاسة البرلمان ينصرف إلى رئيس المجلس التشريعي ونائبيه، ومن ثم يُثار التساؤل الآتي: هل يعد المقرر من أعضاء هيئة رئاسة المجلس^٣؟ من استقراء احكام المادة (٣٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٦ نجد أنها حددت اختصاص المقرر فقط، ولم تشر إلى اعتبارهم من أعضاء هيئة الرئاسة، وهو ما يفهم منه أنَّ المقررين لا يعدان من أعضاء هيئة رئاسة المجلس وذلك بدلالة المادة (٨/ثانياً) من النظام الداخلي للمجلس، كون تحديد رئيس وأعضاء الهيئة جاء على سبيل الحصر، ومن ثم ليس بالإمكان اضافة اشخاص اخرين إلى هذه الهيئة. أما في الدستور الاردني لعام ١٩٥٢ المعدل فلم ترد فيه إشارة لمكتب المجلس، وبالرجوع إلى النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر عام ٢٠١٣ نجد أنَّ المكتب الدائم يتكون من الرئيس ونائبه ومساعدين اثنين^٤. وفي الامارات العربية المتحدة لدى استقراء اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاتحادي نجد أنَّ هيئة مكتب المجلس تُشكل من رئيس المجلس ونائبيه ومراقبين اثنين^٥.

وقد عرف نظام عمل هيئة المكتب الاماراتي هيئة مكتب المجلس بانها الهيئة الدستورية المنوط بها توجيه، وضمان قيام أعضاء المجلس باختصاصاتهم حسب مواد الدستور واللائحة على أكمل وجه، وتطوير الشأن العام للمجلس^٦. أما في لبنان فلا وجود لتسمية هيئة رئاسة المجلس النيابي، وانما توجد هيئة مكتب المجلس والتي تتكون من رئيس المجلس ونائبيه واميني سر وثلاثة مفوضين^٧. ومما يلاحظ على الدستور اللبناني أنه على الرغم من عدم نصه على المفوضين باعتبارهم من هيئة مكتب المجلس إلا أنَّ المادة الأولى من النظام الداخلي لمجلس النواب اشارت إلى اعتبارهم جزء من هيئة المكتب^٨.

^١ - نُشر قانون مجلس النواب رقم (٥٠) الصادر في ٢٠٠٧/٩/٣ في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٤٩ في ٢٠٠٧/٩/٢٧.

^٢ - نُشر النظام الداخلي لمجلس النواب في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٣٢ في ٢٠٠٧/٢/٥

^٣ - وبهذا الصدد يلاحظ أنَّ المادة ٤٤ من القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ اوجبت انتخاب رئيس مجلس النواب ونائبه وكاتبين سنوياً في جلسته الأولى شريطة تصديق الملك على الانتخاب. للمزيد ينظر د. قائد محمد طربوش- السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت- ١٩٩٥- ص ١٠٥.

^٤ - ينصرف مفهوم المقرر الى الشخص القائم بالدور الاساس في مختلف الأنشطة البرلمانية للمجلس النيابي، فهو الذي يتولى عرض تقارير اللجان البرلمانية امام الاعضاء، ومواصلة العمل حتى يتخذ المجلس قراراً نهائياً في التقرير او العمل البرلماني، ومن ثم لا يعدو المقرر عن كونه القائم بالاعمال البرلمانية المناط به انجازها يستوي ذلك في هيئة رئاسة المجلس ام في اللجان البرلمانية. د. علي الصاوي، د. زين عبد الهادي- القاموس البرلماني العربي- الهيئة المصرية العامة للكتاب- ٢٠١٣- ص ٢٢٩.

^٥ - ينظر المادة (١/٧) من النظام الداخلي لمجلس النواب المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٥٢٤٧ في ٢٠١٣/١٠/٢٠.

^٦ - ينظر المادة (٣٠) من اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاتحادي الاماراتي.

^٧ - ينظر المادة (٢) من نظام عمل هيئة المكتب الاماراتي.

^٨ - ينظر المادة (١) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لعام ١٩٩٤.

^٩ - د. زهير شكر- الوسيط في القانون الدستوري اللبناني- المجلد الأول- ٢٠٠٦- ص ٥١٢.

أما في مصر فيتألف مكتب رئيس مجلس النواب وفقاً للمادة (١١٧) من دستور ٢٠١٣ من رئيس المجلس ووكيليه^١. وفي الدستور اليمني لعام ١٩٩٠ تشكل هيئة رئاسة مجلس النواب من رئيس و(ثلاثة) أعضاء^٢. أما في دستور الجمهورية التونسية الصادر عام ٢٠١١ فإنه لم ترد فيه أي إشارة إلى مكتب هيئة المجلس، فيما افرد النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي الصادر عام ٢٠١٢ المعدل المواد من(٣٧-٢٨) لمعالجة الوضع الدستوري والقانوني لمكتب المجلس، إذ يتكون من رئيس المجلس الوطني التأسيسي وتسعة أعضاء وهم النائب الأول والنائب الثاني لرئيس المجلس وسبعة مساعدي الرئيس^٣.

نخلص مما تقدم إلى أن دساتير الدول والانظمة واللوائح الداخلية للسلطة التشريعية تباينت في تحديد المعنى الاصطلاحي لهيئة رئاسة المجلس أو مكتب المجلس، وفي عدد أعضاء هذه الهيئة وذلك باختلاف طبيعة النظام السياسي في كل دستور على حدة، ويمكن استخلاص المفهوم التشريعي لهيئة رئاسة البرلمان أو مكتب المجلس التشريعي بأنها(السلطة التي تتكون من رئيس المجلس ونوابه ومساعديه وامناء السر و المفوضين والمناطق بها إدارة البرلمان وتمثيله).

ثانياً: التعريف الفقهي :

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف هيئة مكتب المجلس بأنها(الهيئة الإدارية التي تنظم الامور الإدارية والمالية وتسهر على حسن سير العمل في المجلس)^٤.

فيما عرفها آخرون بانها الهيئة الجماعية التي تدير اعمال مجلس النواب وتضع الترتيبات العادية للمجلس وتمثله في المناسبات الرسمية، وقد سُمي بعمدة المجلس^٥.

أما الجانب الاخير من الفقهاء فقد عرف مكتب المجلس او هيئة مكتب المجلس بانه (الجهاز المحوري الأول في البنية التنظيمية للمجلس، سواء كان منتخباً أو معيناً، ويراسه رئيس المجلس ويضم نوابه/وكلائه، وقد يضم بعض الاعضاء كممثلي احزاب او كتل برلمانية فهو بمثابة مجلس الادارة والسلطة العليا داخل المؤسسة البرلمانية)^٦.

ونعرف من جانبنا هيئة رئاسة المجلس النيابي بأنها (الهيئة التي تتكون من رئيس المجلس ونائبه و مساعديه، والتي تمارس الاختصاصات الممنوحة لها في الدستور أو النظام أو اللائحة الداخلية للمجلس تحت إشراف رئيس المجلس النيابي).

الفرع الثاني - التأصيل الدستوري والقانوني لهيئة الرئاسة

يتمثل الأساس الدستوري لهيئة رئاسة البرلمان بالرجوع إلى الدستور والنظام الداخلي للمجلس النيابي، فلئن تأملنا المادة (٥٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدناها لم تُشر بصورة صريحة وواضحة إلى تسمية هيئة رئاسة مجلس النواب، إذ تنص على أن (ينتخب مجلس النواب في أول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول ونائباً ثانياً بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس بالانتخاب السري المباشر).

١- من الجدير بالذكر أن مكتب مجلس الشعب المصري سابقاً تالف من رئيس المجلس ووكيليه ومعاونيه من امناء السر والمراقبون وغيرهم ممن يسهمون في اداء المهام الإدارية للبرلمان. ينظر د. ماجد راغب الحلو- النظم السياسية والقانون الدستوري- منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٧٤٠.

٢- ينظر الفقرة (١) من المادة (٤٥) من الدستور اليمني لعام ١٩٩٠.

٣- ينظر المادة (٢٨) من النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي لعام ٢٠١٢ المعدل عام ٢٠١٤.

٤- د. عمر حوري- القانون الدستوري- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ٢٠٠٩- ص ١٩٠.

٥- د. ابراهيم عبد العزيز شبحا- النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني- الدار الجامعية- بيروت- ص ٧٤٣.

٦- د. علي الصاوي، د. زين عبد الهادي- مرجع سابق - ص ٢٢٩.

فيتضح من هذه المادة انها عاجت انتخاب رئيس مجلس النواب ونائبيه دون أن تطلق على هذا التشكيل مصطلح هيئة رئاسة المجلس. وهو ما يُفهم منه لأول وهلة عدم دستورية تسمية هيئة رئاسة المجلس، إلا أن هذا الرأي غير صحيح على إطلاقه، إذ إن النظام الداخلي لمجلس النواب قد اطلق هذه التسمية على رئيس المجلس ونائبيه، وافرد الفصل الثاني منه لـ (هيئة رئاسة مجلس النواب) وذلك في المواد (١٢-٥) منه.

ومن ثم تعد المواد المذكورة هي الأساس القانوني لهيئة رئاسة مجلس النواب، وتمارس اختصاصاتها في حدود النصوص المذكورة. وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى القول بأن هيئة الرئاسة تُعد مؤسسة دستورية تترتب على قمة مجلس النواب، لتتولى ممارسة الشؤون الإدارية والداخلية للمجلس، فضلاً عن تنظيم علاقة المجلس مع السلطات الأخرى وبالأخص السلطة التشريعية.

نخلص مما تقدم إلى أن رئيس المجلس النيابي يتمتع بذاتية مستقلة عن هيئة رئاسة مجلس النواب، يستوي في ذلك من حيث المركز الدستوري له، إذ نجد أن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ قد اختص رئيس المجلس بالعديد من الاختصاصات منها: دعوة مجلس النواب إلى جلسة استثنائية، وتمديد الفصل التشريعي لدورة انعقاد المجلس^١، و ما يؤيد استقلال رئيس المجلس اختصاصه وفقاً لنصوص الدستور في كونه السلطة التي يوجه لها سؤال رئيس الوزراء^٢، خلافاً لهيئة رئاسة المجلس التي لم يُفرد لها الدستور أي نصوص لتعريفها أو اختصاصاتها.

وبهذا يختلف التأصيل الدستوري لـ (مجلس الرئاسة) عن هيئة رئاسة مجلس النواب العراقي في كون السلطة الأولى منصوص عليها في صلب الدستور ومحددة بمدة زمنية معينة^٣، خلافاً للسلطة الثانية التي لم ينص عليها الدستور، فضلاً عن عدم تحديد مدة زمنية لممارسة اختصاصاتها.

المطلب الثاني - آلية اختيار هيئة الرئاسة

لئن تأملنا دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنه ميز بين آلية اختيار هيئة رئاسة مجلس النواب المؤقتة من هيئة رئاسة المجلس الدائمة، فضلاً عن تباين الشروط الواجب توافرها في كلٍّ من رئيس وأعضاء الهيئة. لذا ومن أجل الوقوف على هذه الاحكام لذا سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول - الشروط الواجب توافرها في رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة

من استقراء احكام المادة (٥٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنه لم يشترط أي شروط محددة في الرئيس المؤقت لمجلس النواب ونائبيه، إذ إن رئاسة الجلسة الأولى مُنحت بحكم الدستور لأكبر الأعضاء سناً، ومن ثم فإنَّ الشرط الوحيد الواجب توافره في رئيس هيئة رئاسة مجلس النواب هو كونه اكبر الأعضاء سناً، ويتم التحقق من ذلك من خلال المستمسكات الرسمية التي قُدمت للانتخابات العامة.

وبالمقابل فلئن تأملنا المادة (٥٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنها خلت من ايراد الشروط الواجب توافرها في رئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس، باستثناء ايرادها لشرط الانتخاب في أول جلسة انعقاد لمجلس النواب، ومن ثم فلا يجوز تأجيل انتخاب رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب إلى جلسات لاحقة للجلسة الأولى، لصراحة النص أعلاه.

ومن الناحية العملية شهدت الانتخابات النيابية للدورة الانتخابية الثانية للفترة (٢٠١٤-٢٠١٠) العديد من المخالفات المتعلقة باختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب، إذ تم اللجوء إلى الجلسة المفتوحة

١- ينظر المادة (٥٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٢- ينظر المادة (٦١/سابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

٣- ينظر المادة (١٣٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

كأسلوب لغرض معالجة عدم إمكانية الاتفاق أو التوصل بين الكتل السياسية لاختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس لمدة تقارب (سنة) اشهر.

أما في الاردن فتنتمثل الشروط الواجب توافرها في رئيس مجلس الاعيان ونائبيه ومساعديه بذات الشروط الواجب توافرها لعضوية مجلس النواب^١، وينطبق الحكم نفسه بالنسبة إلى رئيس مجلس النواب ونائبيه ومساعديه.

يتضح مما تقدم عدم اشتراط الدساتير أو الانظمة الداخلية للبرلمان شروط متميزة لرئيس المجلس أو أعضاء هيئة الرئاسة عن تلك الشروط الواجب توافرها في عضو المجلس النيابي، وبذلك يتضح مساواة المشرع بين رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة مع أعضاء المجلس في الشروط الواجب توافرها.

الفرع الثاني - اجراءات اختيار رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة

تختلف اجراءات اختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس النيابي المؤقت عن رئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس الدائم، ففي الوقت الذي تكفل فيه الدستور العراقي صراحة اناطة مهمة رئاسة المجلس ونائبيه إلى اكبر الأعضاء سناً، نجد بالمقابل أن رئيس المجلس الدائم يُنتخب في أول جلسة انعقاد للمجلس، فضلاً عن وجوب الانتخاب بصورة مباشرة وسرية واقتران هذا الانتخاب بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب الكلي^٢.

فيتضح أن القاعدة العامة في انتخاب رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة في مجلس النواب وجوب أن يكون في الجلسة الأولى لانعقاد مجلس النواب، وبهذا الصدد يثار تساؤل عن إمكانية مخالفة هذا النص؟ وبمعنى آخر: هل يجوز تأجيل انتخاب هيئة الرئاسة إلى الجلسات التي تلي الجلسة الأولى لانعقاد مجلس النواب بعد انعقاده؟

ذهب بعض الفقهاء في معرض اجابتهم على هذا التساؤل إلى إمكانية حصول هذا الفرض لاسيما وأن اختيار هذه الهيئة يخضع للتجاوزات السياسية، وقد شهد هذا الفرض تطبيقاً في الدورة الانتخابية الأولى إزاء عدم الاتفاق على شخص من يتولى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب، وخروجاً من هذا المأزق الدستوري فقد اعلن رئيس المجلس الأكبر سناً بقاء مجلس النواب في حالة انعقاد لحين الاتفاق على هيئة الرئاسة، وانتهى اصحاب هذا الراي إلى أنه على الرغم من أن هذا الإعلان يعد غير دستوري، كونه تحايل على نص المادة (٥٥) من الدستور، إلا أن هذا الحكم فرضته ضرورة التجاذبات السياسية، ومن ثم أنتقد النص المذكور بصيغته الحالية كونه يطبق في دساتير الدول الاكثر استقراراً من العراق^٣.

ولا نؤيد الراي المذكور على اطلاقه، فإذا سلمنا بضرورة مراعاة الاعتبارات السياسية في اختيار الرئاسات الثلاثة بصورة عامة وهيئة رئاسة مجلس النواب بصورة خاصة، فنرى من جانبنا عدم جواز تأجيل انتخاب هيئة رئاسة المجلس إلى الجلسات اللاحقة لانعقاد المجلس، كما ليس بالإمكان انتخاب رئيس المجلس بمعزل عن نائبيه في الجلسة الأولى، كون النص المذكور صريحاً وواضحاً في تحديد النطاق الزمني لانتخاب هيئة الرئاسة، فضلاً عن اشتراطه عدم تجزئة انتخاب رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، بل يتوجب أن يتم ذلك دفعة واحدة.

١- تتمثل شروط اختيار عضو مجلس الاعيان وفقاً للمادة (٦٤) من الدستور الاردني الصادر عام ١٩٥٢ في وجوب اتمام اربعين سنة شمسية من العمر، وأن يكون من طبقات معينة.

٢- ينظر المادتان (٥٤) و(٥٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٣- د. علي يوسف الشكري- الثنائية التشريعية في العراق ضرورة ام تأكيد للفدرالية دراسة تحليلية نقدية- دراسة منشورة في دراسات حول الدستور العراقي- مؤسسة افاق للدراسات والابحاث العراقية- العدد ٦- الطبعة الأولى- ٢٠٠٨- ص ١٠٥-١٠٦.

ونزولاً على ما تقدم فإنه على الرغم مما يبدو لأول وهلة أنّ الأغلبية الواجب توافرها لانتخاب رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب تتمثل في الأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب بعد تحقق النصاب، إلا أنّ هذا القول غير صحيح على إطلاقه، فالمشروع الدستوري صريح وواضح بشأن معالجته الأغلبية، بأن احتسبها على أساس المجموع الكلي لعدد أعضاء مجلس النواب الكلي، والقول بخلاف ذلك يعد تحايلاً على إرادة المشرع الدستوري، فلو افترضنا أنّ الأغلبية تحتسب على أساس الأعضاء الحاضرين، لانتهى الأمر إلى نتيجة غير منطقية، وهي أنّ رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب ينتخبون من قبل أغلبية تمثل (ربع) عدد أعضاء المجلس، وهو ما لا يتحقق مع الأغلبية المشترطة في الدستور والواجب توافرها للانتخاب.

وقد كررت المادة (٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠٠٦ هذه الآلية، إذ أوجبت ترأس الجلسة الأولى لاجتماعات مجلس النواب من قبل أكبر الأعضاء سناً من الحاضرين.

فيما بينت المادتان (٧) و(٨) من النظام آلية اختيار رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة الدائمين، إذ تتكون من (ثلاثة) مراحل: المرحلة الأولى: فتح باب الترشيح: إذ يتولى هذه المهمة الرئيس المؤقت للمجلس، فيما تتمثل المرحلة الثانية في انتخاب رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة وذلك بعد غلق باب الترشيح، ويتم بالانتخاب السري المباشر وبالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس.

أما المرحلة الثالثة فتتمثل في إعلان نتيجة الاقتراع ويتم ذلك من قبل الرئيس المؤقت، إذ يدعو الرئيس الفائز بالانتخابات ونائبيه إلى تبوء المكان المخصص لهيئة الرئاسة.

ومن ثم يتضح مما تقدم تماثل الآلية المنصوص عليها في النظام الداخلي لمجلس النواب مع الآلية المنصوص عليها في الدستور فيما يتعلق بآلية اختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب. وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أنّ النظام الداخلي لمجلس النواب لم يكتفي بمعالجة آلية اختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس المؤقتين والدائمين فحسب، بل تنبه أيضاً إلى معالجة حالة الخلو المؤقت لرئيس المجلس على الرغم من وجود النائبين، وعلى غرار مسلك الدستور الإماراتي^١، فبالرجوع إلى المادة (١١) من النظام الداخلي فإنها قد قضت بتولي رئاسة المجلس من يتم انتخابه بشكل مؤقت بأغلبية الحاضرين للجلسة ذاتها وذلك في حالة تعذر قيام الرئيس أو نائبيه بمهامهم. ومنحت الرئيس أو النائبين مجتمعين الحق في عقد الجلسات بموجب برنامج الجلسات المتوافق عليه في هيئة احد النائبين.

يتضح من هذا النص إمكانية قيام مجلس النواب بانتخاب رئيساً مؤقتاً للمجلس على الرغم من وجود نائبي الرئيس، ويتمثل ذلك في الحالة التي يمتنع فيها نائبي الرئيس عن ممارسة اختصاصاتهما، وهو ما يُشكل مخالفة صريحة لأحكام المادة (٣٥/أولاً) من النظام الداخلي التي نصت على أنّ (يُمارس النائب الأول المهام الآتية: أ- القيام بمهام رئيس المجلس عند غيابه أو تعذر قيامه بتلك المهام. ثانياً: يُمارس النائب الثاني المهام الآتية: أ- القيام بأعمال رئيس المجلس عند غيابه أو غياب النائب الأول أو عند تعذر قيامهما بتلك الأعمال...).

^١ تجدر الإشارة إلى معالجة الدستور الإماراتي حالة الخلو المؤقت لرئيس المجلس، إذ أن المادة (٧٤) منه أوجبت في حالة خلو احد اعضاء المجلس قبل نهاية عضويته لسبب من الاسباب فيجري اختيار بدل خلال شهرين من تاريخ اعلان المجلس هذا الخلو ما لم يقع الخلو خلال الاشهر الثلاث السابقة على نهاية مدة المجلس ويكمل عضو المجلس الجديد مدة عضوية سلفه. للمزيد ينظر: د. غازي كرم- النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الامارات العربية المتحدة- اثراء للنشر والتوزيع- الاردن- ٢٠٠٩- ص ٣٧٢.

فالذي يتراءى لنا تعارض النصوص المذكورة، إذ إنَّ النائب الأول هو الذي يحل محل رئيس المجلس عند غيابه، وفي حالة غيابهما معاً فإنَّ النائب الثاني هو الذي يُمارس هذه الاختصاصات المذكورة أعلاه، ومن ثم ندعو مجلس النواب إلى تبني أحد الحلين الأول : إلغاء المادة (١١/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب والاعتماد على المادة (٣٥) منه دون أن يُصار إلى انتخاب رئيس مؤقت، كون النائب الأول والثاني هو الذي يقوم بمهمة الرئيس عند غيابه، أما الحل الثاني فهو تحديد قيود زمنية على استبدال رئيس المجلس بان يتمتع اختيار بديلاً عنه قبل شهرين او ثلاثة اشهر من انتهاء مدة الدورة الانتخابية وعلى غرار مسلك المشرع الدستوري الاماراتي.

أما في الاردن فتتمثل آلية اختيار رئيس المجلس - والذي يعد رئيس المكتب الدائم- في (ثلاث) مراحل، إذ يُطلب رئيس الجلسة من كل مرشح إعلان ترشيحه للرئاسة، ثم يعلن بدء عملية الاقتراع بعد المناادة على الأعضاء بأسمائهم لغرض الاختيار، وبعد انتهاء التصويت يعتبر الفائزاً من حصل على الاكثريّة المطلقة للحاضرين إذا كان المرشحون اكثر من اثنين، أما إذا كانوا (اثنين) فيُكتفى بالأغلبية النسبية، وإذا تساوت الاصوات تُجرى القرعة، ومن ثم يصار إلى دعوة الرئيس المنتخب أو الفائز لتولي كرسي الرئاسة^١.

أما انتخاب نائبي الرئيس ومساعديه، فلا يتم مع انتخاب رئيس المكتب، وإنما يتم في مرحلة لاحقة، إذ يجري انتخاب النائب الأول والثاني في ورقة واحدة معدة من الامانة العامة، اما المساعدان فينتخبان بقائمة واحدة ايضاً ويعلن فوز اللذين حصلا على اكثريّة الاصوات النسبية^٢.

وفيما يتعلق بالآلية اختيار رئيس وأعضاء مكتب مجلس النواب فلدى استقرار النظام الداخلي للمجلس نجد أنها فرقت بين آليتين لاختيار رئيس وأعضاء مكتب المجلس، فبالنسبة إلى رئيس وأعضاء المكتب المؤقت، إذ تناط رئاسة المجلس او المكتب إلى الاقدم في النيابة، وفي حالة التساوي فالنائب الأكثر نيابة بعدد الدورات فإنّ تساوا فالأكبر سناً بينهم، ويساعده أصغر عضوين حاضرين سناً، وإذا تعذر قيام أي منهم بواجبه لسبب من الأسباب يجوز استخلافه بمن يليه سناً^٣.

فيما تتمثل آلية انتخاب رئيس وأعضاء المكتب الدائم بعدة مراحل: إذ يُطلب رئيس الجلسة من كل مرشح للرئاسة أن يعلن ترشيحه، ثم يعلن بدء عملية الاقتراع وذلك بدعوة النواب الحاضرين واحداً فواحداً للتصويت السري المباشر، ويعتبر الفائزاً بمنصب الرئيس من حصل على الأكثرية المطلقة للحاضرين إذا كان المترشحون للموقع أكثر من اثنين أما إذا كان المرشحان اثنين فقط فيعتبر الفائزاً من يحصل على الأكثرية النسبية، وإذا لم يحصل أي مرشح على تلك الأكثرية، يعاد الانتخاب بين المرشحين اللذين حصلا على أعلى الأصوات، ويعتبر الفائزاً من يحصل على الأكثرية النسبية. ومن ثم يصار بعد ذلك إلى إعلان رئيس الجلسة نتيجة الانتخاب ويدعو الرئيس المنتخب إلى تولي كرسي الرئاسة.

فيما يتم انتخاب النائب الأول والنائب الثاني في مرحلة مستقلة ولاحقة على اختيار الرئيس وذلك في ورقة واحدة معدة من قبل الامانة العامة، ويسري الحكم ذاته بالنسبة إلى المساعدان ويعلن فوز اللذين حصلا على الأكثرية النسبية بينهم^٤.

أما في الامارات العربية المتحدة فإنّ اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاتحادي بينت آلية اختيار رئيس هيئة مكتب المجلس، إذ تتمثل في انتخاب المجلس في أول جلسة له رئيساً ونائباً أول ونائباً ثانياً من بين

١- ينظر المواد (١٣) و(١٤) و(١٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب الاردني لعام ٢٠١٣.

٢- ينظر المادة (١٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب الاردني لعام ٢٠١٣.

٣- ينظر المادة (٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب الاردني لسنة ٢٠١٣.

٤- ينظر المواد (١٦-١٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب الاردني لعام ٢٠١٣.

أعضائه، وذلك بالانتخاب السري وبالأغلبية المطلقة للحاضرين. فإن لم تتحقق هذه الأغلبية في المرة الأولى أعيد الانتخاب بين الحائزين على أكثر الأصوات، فإن تساوى مع ثانيهما غيره في عدد الأصوات اشترك معهما في انتخاب المرة الثانية. ويكون الانتخاب في هذه الحالة بالأغلبية النسبية فإن تساوى أكثر من واحد في الحصول على الأغلبية النسبية تم الاختيار بينهم بالقرعة.

ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد فحسب، بل حدد وقت اختيار هيئة المكتب وذلك بوجوب انتخاب المجلس هيئة مكتبه أو استكمال عددهم بعد انتهاء مراسم افتتاح الدور السنوي العادي. ومع ذلك فإنه يجوز للمجلس انتخاب رئيس المجلس قبل البدء في هذه المراسم. ولا يجوز للمجلس مناقشة المسائل المدرجة على جدول أعماله قبل انتخاب هيئة المكتب. إذ تقدم الترشيحات لعضوية هيئة المكتب إلى رئيس المجلس فيعلنها للمجلس ويتم الانتخاب بالتتابع وبطريق الاقتراع السري^١.

وفي لبنان فإن الدستور قد فرق بين آلية انتخاب رئيس مجلس النواب المؤقت ونائبيه واميني المجلس، إذ يجتمع المجلس بناءً على دعوة أكبر أعضائه سنأً وبرئاسته لانتخاب هيئة مكتب المجلس في أول جلسة يعقدها بعد تجديد انتخابه، وذلك في مهلة أقصاها خمسة عشر يوماً من بدء ولايته. ويقوم بأمانة السر أصغر عضوين سنأً من الحاضرين. وإذا تعذر حضور أكبر الأعضاء سنأً يرأس الجلسة أكبر الأعضاء سنأً من الحاضرين.

فيما تتمثل آلية انتخاب مكتب المجلس الدائمي في انتخاب المجلس أولاً، ولمدة ولايته، الرئيس ونائب الرئيس، كلاً منهما على حدة، بالاقتراع السري، وبالغالبية المطلقة من أصوات المقترعين، وإذا لم تتوافر هذه الغالبية في هذه الدورة وفي دورة ثانية تعقبها، تجري دورة إقتراع ثالثة يكتفي بنتيجتها بالغالبية النسبية، وإذا تساوت الأصوات فالأكبر سنأً يعتبر منتخباً.

وفي كل مرة يجدد المجلس انتخابه، وعند افتتاح عقد تشريين الأول من كل عام، يعمد المجلس إلى انتخاب أميني سر وفقاً للإجراءات المذكورة أعلاه. ومن ثم يصار إلى انتخاب (ثلاثة) مفوضين بورقة واحدة بالغالبية النسبية. وإذا تساوت الأصوات عُدَّ الأكبر سنأً منتخباً.

وفي مصر فمن استقراء دستور ٢٠١٣ نجد أن المادة (١١٧) منه بينت اجراءات انتخاب رئيس المجلس ووكيليه، إذ ينتخب المذكورين في أول اجتماع لدور الانعقاد السنوي العادي لمدة فصل تشريعي، ولا يجوز انتخاب الرئيس او وكيليه لاكثر من فصلين تشريعيين متتاليين.

وفي دستور جمهورية تونس الصادر عام ٢٠١١ نجد أنه اشار إلى انتخاب رئيس مجلس نواب الشعب دون أعضاء هيئة المكتب، إذ ينتخب المجلس في أول جلسة انعقاد له رئيساً له^٢. فيما يتم انتخاب مساعدي الرئيس لكامل المدة بالتمثيل الاكبر وللكتل الاكثر أعضاء أولوية الاختيار^٣.

نخلص مما تقدم إلى أن الدساتير محل الدراسة في الوقت الذي أجمعت فيه على اناطة مهمة رئاسة البرلمان المؤقت إلى اكبر الأعضاء سنأً، فإنها بالمقابل اختلفت في الآلية الواجب اتباعها لغرض انتخاب رئيس وأعضاء مكتب المجلس، يستوي في ذلك مراحل التعيين أو الأغلبية الواجب توافرها في الانتخاب، فضلاً عن إجراء انتخاب رئيس المكتب وأعضائه في مرحلة واحدة أو بمرحلتين منفصلتين.

^١ - ينظر المواد (٢٥) و(٣١) و(٣٢) من اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاماراتي.

^٢ - ينظر المادتان (٢) و(٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني لعام ١٩٩٤.

^٣ - ينظر المادة (٥٩) من دستور الجمهورية التونسية الصادر عام ٢٠١١.

^٤ - ينظر المادة (٢٩) من النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي لعام ٢٠١٢.

المبحث الثاني

مهام واختصاصات هيئة الرئاسة

لئن تأملنا الدساتير والانظمة الداخلية للبرلمانات محل الدراسة نجد أنها تباينت في مدى الاختصاصات الممنوحة لرئيس المجلس و أعضاء مكتب المجلس أو (هيئة الرئاسة). وأول ما يلاحظ بهذا الشأن أنّ ممارسة هذه الاختصاصات يدور مع الفكرة القانونية السائدة، إذ إنّ غالبية الدساتير ذهبت إلى أفراد موقع متميز لرئيس مكتب المجلس عن أعضاء المكتب من حيث ممارسة الاختصاصات، فلا يعدو أعضاء المكتب عن كونهم مساعدين لرئيس المجلس، ويمارسون مهامهم تحت إشراف الرئيس المباشر. ولم يشذ على هذه القاعدة سوى الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، وذلك ناجم عن رؤيا سياسية تقوم على المحاصصة في توزيع مناصب رئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان، وهو ما انعكس على ممارسة رئيس مجلس النواب لاختصاصاته الدستورية. لذا ومن أجل استعراض هذه الاختصاصات سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول - الاختصاصات المشتركة لرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة

- تتنوع الاختصاصات التي يُمارسها رئيس مجلس النواب العراقي بالاشتراك مع هيئة رئاسة المجلس، فبالرجوع إلى النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٦ نجد أنه منح رئيس المجلس ممارسة العديد من الصلاحيات المشتركة مع هيئة رئاسة المجلس والتي تتمثل بالآتي:
١. تنظيم جدول الأعمال بالتنسيق مع رئيس اللجنة المعنية أو ممثلهم لجلسات مجلس النواب وتوزيعه على الأعضاء قبل الجلسة الأولى الأسبوعية (بـيومين) على الأقل.
 ٢. تصديق محضر الجلسة السابقة لمجلس النواب.
 ٣. وضع القواعد الخاصة بتنظيم المحاضر.
 ٤. البت بتنازع الاختصاصات بين اللجان.
 ٥. إعداد خطة عمل المجلس والتشكيلات الإدارية ومتابعة تنفيذها بعد إقرارها.
 ٦. إقرار الهيكل التنظيمي لديوان المجلس وتعديله ورسم السياسة الإدارية والمالية له.
 ٧. تنظيم موازنة مجلس النواب السنوية وعرضها على المجلس لإقرارها والإشراف على تنفيذها.
 ٨. تكليف احد اللجان بدراسة موضوع معين.
 ٩. تنظيم علاقات مجلس النواب مع مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء والسلطة القضائية.
 ١٠. تنظيم علاقة المجلس بالمجالس التشريعية في الأقاليم ومجالس المحافظات غير المنتظمة في أقاليم.
 ١١. تنظيم علاقات المجلس بالمجالس والبرلمانات الدولية والاتحادات البرلمانية.
 ١٢. الإشراف والرقابة على جميع الموظفين والعاملين في ديوان المجلس واتخاذ قرارات التعيين والإيفاد إلى خارج والترفيه والتقاعد وغيرها.
 ١٣. تسمية مقرر من بين أعضاء المجلس.
 ١٤. البت في القرارات المتعلقة بإيفاد أعضاء هيئة الرئاسة والنواب بالتشاور مع الكتل البرلمانية.
 ١٥. الإشراف على دائرة البحوث لضمان حياديتها.

١٦. دعوة هيئة الرئاسة إلى الاجتماعات الدورية أو الطارئة^١، ومن ثم عقد الجلسات بموجب البرنامج المتوافق عليه في هيئة الرئاسة.
١٧. لهيئة الرئاسة أن توجه تنبيهاً لأي خطأ إلى العضو الغائب تدعوه إلى الالتزام بالحضور في حالة تكرار الغياب غير المشروع (خمس) مرات^٢.
١٨. لهيئة الرئاسة تمديد جلسات المجلس لمدة تزيد على (يومين) في الأسبوع أو تحديدها حسب الضرورة^٣.
١٩. تحديد الشكل الذي تُنشر به محاضر الجلسات^٤.
٢٠. لهيئة الرئاسة إصدار بيانات باسم مجلس النواب حول القضايا الهامة والمستجدات شريطة أن يتم بعد التشاور مع رؤساء الكتل البرلمانية^٥.
٢١. إعطاء الأذن بحضور جلسات مجلس النواب من قبل عضو مجلس الرئاسة أو مجلس الوزراء، وإعطاء الأذن للمواطنين أو الإعلاميين بحضور جلسات المجلس^٦.
٢٢. إدراج السؤال في جدول أعمال أقرب جلسة مناسبة في الحالة التي تكون فيه الإجابة على السؤال شفاهاً^٧.
٢٣. تقوم هيئة الرئاسة بعرض أسماء المرشحين لكل لجنة من اللجان الدائمة على المجلس للتصويت عليها في قائمة واحدة يتم التوافق عليها من قبل الكتل البرلمانية^٨.
٢٤. ترفع توصيات اللجان أو قراراتها إلى هيئة الرئاسة، وللجان الاستعانة بالخبراء بعد الاتفاق على أجورهم مع هيئة الرئاسة وفقاً للمادة (٧٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب.
٢٥. منح الأذن بدخول الأشخاص المسلحين أو القوة المسلحة إلى مجلس النواب أو الإقامة على مقربة من أبوابه، ويسري الحكم ذاته فيما يتعلق بإدخال الأسلحة النارية أو الجارحة إلى بناية المجلس وفقاً للمادة (١٤٦/أولاً وثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.
٢٦. تُعد هيئة الرئاسة إحدى الجهات التي لها الحق في إجراء التعديلات على النظام الداخلي لمجلس النواب^٩.

المطلب الثاني - الاختصاصات المنفردة لرئيس هيئة الرئاسة

- لم يعالج دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ كافة الاختصاصات المنفردة الممنوحة لرئيس مجلس النواب، ومن ثم فقد تولى النظام الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠٠٦ إيراد الاختصاصات التي منحت للرئيس الأصلي لمجلس النواب والتي تتمثل في الآتي:
١. العمل على تطبيق الدستور والقوانين والنظام الداخلي للمجلس.
 ٢. افتتاح جلسات المجلس وترأسها.

١- يُنظر: المادتين (١٠ و ١١/ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٢- يُنظر: المادة (١٨/ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٣- يُنظر: المادة (٢٢/ثالثاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٤- يُنظر: المادة (٢٩/ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٥- يُنظر: المادة (٣٨/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٦- يُنظر: المادة (٤٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٧- يُنظر: المادة (٥١) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٨- يُنظر: المادة (٧٢/ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٩- يُنظر: المادة (١٤٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٣. دعوة مجلس النواب الى جلسته استثنائية وفقاً للمادة (٥٨/أولاً) من الدستور.
٤. طلب تمديد الفصل التشريعي لدورة انعقاد مجلس النواب بما لا يزيد على (٣٠) يوماً وفقاً (٥٨/ثانياً) من الدستور.
٥. ادارة المناقشات والمحافظة على انتظامها وتحديد موضوع البحث ويوجه نظر المتحدث الى التزام حدود الموضوع والنظام.
٦. عرض الامور التي تتطلب اجراء التصويت عليها وإعلان نتائجها.
٧. تمثيل المجلس في الاحتفالات الوطنية والمناسبات الاخرى.
٨. اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الامن والنظام داخل المجلس.
٩. الرقابة والاشراف على جميع الموظفين والعاملين في ديوان المجلس وممارسه كافة الصلاحيات المقررة بهذا الشأن^١.
١٠. ترأس اجتماعات اللجان الدائمة عند حضوره لها دون ان يحق له التصويت^٢.
١١. الاذن للوزير او من هو بدرجته باستصحاب كبار موظفين الوزارة للاستعانة بهم امام مجلس النواب عند حضور جلسات المجلس^٣.
١٢. السماح للنائب او العضو بالتكلم في الجلسة، وله تحديد المدة الزمنية للحديث^٤.
١٣. يعد رئيس المجلس الجهة التي يوجه لها الحديث النائب، وفي حالة الخروج عن الموضوع يلفت رئيس المجلس نظره الى الالتزام بأحكام النظام الداخلي (٥) دون ان يخل ذلك بإمكانية مقاطعته من قبل الرئيس او بداء الملاحظات او ينبه المتكلم الى مخالفته النظام الداخلي^٥.
١٤. الأمر بحذف اي حديث مخالف للنظام من محضر الجلسة^٦.
١٥. يختص الرئيس برفع الجلسة او بتأجيلها في حالة اختلال النظام داخل المجلس ولم يتمكن من اعادته^٧.
١٦. لرئيس المجلس اذا كان السؤال المقدم الى رئيس او أعضاء الوزارة يتعلق بموضوع له اهمية عامه ان يأذن بحسب تقديره لرئيس اللجنة المختصة بموضوع السؤال او لعضو اخر بإبداء تعليق موجزاً او ملاحظات موجزة عن الإجابة^٨.
١٧. يعد رئيس المجلس الجهة المختصة التي تقدم اليها عضو مجلس النواب طلب استجواب رئيس أو عضو مجلس الوزراء، مع العرض بامتلاك رئيس المجلس صلاحية توجيه السؤال أو الاستجواب، إلا أنه يتوجب عليه ترك منصة الرئاسة والجلوس في المكان المخصص في قاعة اجتماع المجلس^٩.
١٨. لرئيس المجلس ان يطلب من رئيس اللجنة بيان اسباب التأخير في انجاز تقرير اللجنة وتحديد المدة اللازمة لاتمام عملها، وله أن يعرض الأمر على المجلس ليقرر ما يراه مناسباً^{١٠}.

١- ينظر المادة (٣٤) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٢- ينظر المادة (٣٥/ثالثاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٣- ينظر المادة (٤٠/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٤- ينظر المادة (٤١) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٥- ينظر المادة (٤٤) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٦- ينظر المادة (٤٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٧- ينظر المادة (٤٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٨- ينظر المادة (٥٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٩- ينظر المادة (٥٨ و ٦٠) من النظام الداخلي للمجلس.

١٠- ينظر المادة (١١٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

١٩. لرئيس المجلس دعوة اي لجنة من لجان المجلس لبحث موضوع هام او عاجل ويرأس جلسات اللجان التي يحضرها، فضلاً عن اخطار الرئيس بالمخاطبات بين اي لجنة من لجان المجلس والسلطة التنفيذية والسلطات والجهات الاخرى^١.
٢٠. تقديم مشاريع القوانين إلى رئيس المجلس، وله ابلاغ جهة الاقتراح بمخالفته للمبادئ الدستورية أو القانونية بعد عرضه على اللجان المختصة، فضلاً عن إحالته للاقتراحات في مشروعات القوانين الى اللجنة القانونية لدراستها وإعداد تقرير عنها^٢.
٢١. يختص رئيس المجلس بعرض التوصية برفض مقترحات القوانين على المجلس مع البيانات الخاصة بها في اول جلسة ثم تحال الى اللجنة المختصة، وله ان يحيلها الى اللجان المختصة مباشرة مع ابلاغ المجلس بذلك في اول جلسة تليها^٣.
٢٢. يختص رئيس المجلس بإحالة مشروعات القوانين المقدمة من السلطة التنفيذية الى اللجان المختصة قبل عرضها على المجلس لمناقشتها^٤.
٢٣. يختص رئيس المجلس بكونه الجهة التي تختص بفرض الاجراءات الانضباطية بحق النائب الذي يُحل بنظام الجلسة والتي تتمثل في التذكير بنظام الجلسة او تنبيهه او المنع من الكلام بقيه الجلسة^٥.
٢٤. لرئيس المجلس ان يوقف الجلسة او يرفعها في حالة عدم امتثال العضو المخالف لقرار في حالة تقديم العضو المحروم من الاشتراك بأعمال المجلس اسفه واعتذاره عن اخطأه^٦.
٢٥. اعطاء الاذن بدخول الشخص الى المجلس من رئيس الجلسة^٧.
٢٦. دعوة هيئة الرئاسة الى الاجتماعات الدورية والطارئة وفقاً للمادة ١٠ من النظام الداخلي للمجلس.
٢٧. يكون لرئيس مجلس النواب صوت مرجح في حاله تساوي الاصوات، اذ عند تساوي الاصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس فيما يتعلق بِنصاب انعقاد المجلس^٨.
٢٨. لرئيس مجلس النواب دعوة مجلس النواب للانعقاد في جلسة استثنائية على ان يقتصر الاجتماع على الموضوعات المحددة في الدعوة وفقاً لأحكام المادة (٢٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب وله جعل جلسات المجلس تنعقد بصورة سرية وفقاً للمادة (٢٩) منه.
٢٩. بالرجوع الى المادة (٥٧/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد انها اجازت رئيس مجلس النواب الحل محل رئيس الجمهورية والقيام بمهامه في حال شغور المنصب وعدم وجود نائب للرئيس وقد اكد قانون نواب رئيس الجمهورية لعام ٢٠١١ هذا الحكم.
٣٠. توجيه كتب الشكر: إذ إنَّ كتاب الشكر الصادر من رئيس مجلس النواب يرتب القدم الوظيفي لمدة شهر واحد.

١- ينظر المادة (١١٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٢- ينظر المادتين (١٢٢-١٢٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٣- ينظر المادة (١٢٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٤- ينظر المادة (١٢٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٥- ينظر المادة (١٣٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٦- ينظر المادتين (١٤٠-١٤١) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٧- ينظر المادة (١٤٦/ثالثاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

٨- ينظر المادة (٢٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

كما يُثار تساؤل مؤداه : ما هو الحكم بالنسبة إلى حالة قيام رئيس مجلس النواب بالتنازل عن اختصاص معين من اختصاصاته كما في حالة منح النظام الداخلي الرئيس صلاحية اختيار رؤساء اللجان البرلمانية ويقوم الرئيس بالتنازل عن هذا الحق لرؤساء الكتل السياسية؟^١

تجدر الإشارة إلى خلو دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ من إيراد نصاً يعالج هذا الغرض، والقاعدة بهذا الشأن هي أنّ منح الدستور أو النظام الداخلي رئيس مجلس النواب اختصاصاً مُحدداً فإنّه لم يُمنح لصفته الشخصية، وإنما لمصلحة التكليف القائم به، ومن ثم فإنّ القاعدة العامة هي أنّه لا اجتهاد في مورد النص، لذا فلا يملك رئيس مجلس النواب التنازل عن اختصاص معين في حالة كون الدستور أو النظام الداخلي قد منحه هذا الحق، وبخلافه في حالة وجود نص يُجيز التفويض فبإمكان رئيس المجلس تفويض غيره ممارسة هذه الصلاحية.

أما في الأردن فلدّى استقراء احكام المواد (١٠-٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب نجد أنّ رئيس المكتب بوصفه رئيس المجلس انيطت به صلاحيات ممارسة الرئاسة داخل المجلس، ولم يتم منح أعضاء المكتب أي صلاحيات مؤثرة تشترك بها مع رئيس المكتب، ومن هذا يتضح أنّ المركز الدستوري لرئيس المكتب يستمد من كونه رئيس المجلس، وليس لأعضاء المكتب مشاركته في ممارسة الاختصاصات المناطة به دستورياً الا في حالة غيابه، ومن ثم يتضح تفوق مركز رئيس مجلس النواب على مركز أعضاء المكتب الدائم للمجلس.

وبالمقابل يظهر دور أعضاء المكتب بصورة واضحة في المكتب التنفيذي لمجلس النواب - الذي يتشكل من أعضاء المكتب الدائم ورؤساء الكتل النيابية وفقاً للمادة (١٨) من النظام الداخلي- إذ يتولى مهام عديدة منها اعداد موازنة المجلس ومراقبة الانفاق المالي للمجلس ودراسة المقترحات الواردة للمكتب الدائم لتنظيم عمل المجلس ورفع التوصيات بشأنها والاشراف والمتابعة على المذكرات والاسئلة الصادرة من أعضاء المجلس وبحث الامور والمستجدات الطارئة.^٢

يتضح مما تقدم أنّ العلاقة بين رئيس مجلس النواب وأعضاء مكتب المجلس ليست علاقة توازن وتعاون، وإنما هي علاقة تبعية، ويدل على قولنا هذا أنّ نائبي الرئيس لم يُفرد لهما أي اختصاصات منفردة، وإنما يمارسان مهام الرئيس عند غيابه، ومن ثم فإنّ رئاسة المجلس تعد المنصب الدستوري الرئيسي في ادارة جلسات المجلس واتخاذ القرارات، وما دور النائبين والمساعدين إلا دوراً مساعداً وبديلاً عن الرئيس في ممارسة اختصاصاته عند غيابه.

أما في الامارات فإنّ هيئة رئاسة المجلس لا تعدو عن كونها هيئة إدارية يمثلها رئيس الهيئة الذي يعد رئيس المجلس، ويقتصر دورها على مساعدة رئيس المجلس في ادارة جلسات البرلمان وليس مشاركة الاختصاصات الممنوحة له دستورياً او قانوناً، إذ إنّ القاعدة العامة هي تبعية أعضاء هيئة المكتب للرئيس.^٣ وينطبق الحكم ذاته بالنسبة إلى هيئة مكتب المجلس النيابي في لبنان، إذ لا تتمتع سوى باختصاصات إدارية

^١ - تجدر الإشارة إلى أنّ هذه السابقة وقعت في لبنان ففي جلسة ١٩٢٧/١٢/١٤ تنازل رئيس المجلس النيابي عن حقه في اختيار رؤساء اللجان على الرغم من وجود نص يمنحه هذا الحق، وقد عرض أمر التنازل عن هذه الصلاحية إلى اللجان ذاتها، ومن ثم طلب من المجلس أن يوافق على ذلك وعلى قيام اللجان بانتخاب رؤسائها. يُنظر: انور الخطيب - الأصول البرلمانية - بيروت - ١٩٦١ - ص ٥٠. وكذلك احمد زين - رئاسة المجلس النيابي - الدور والتطور - مجلة الحياة النيابية - ١٩٩٨ - هامش ص ١٨.

^٢ - ينظر المادة (١٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب الاردني.

^٣ - ينظر المادة (٣٧) من اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاتحادي الاماراتي.

بسيطة مقارنة مع الاختصاصات المناطة برئيس مجلس النواب^١، كما لا يتولى نائب الرئيس صلاحيات الرئيس إلا في حال غيابه أو عند تعذر قيامه بمهمته^٢.

يتضح من استقراء النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني أنّ الصلاحيات المناطة برئيس مجلس النواب اللبناني صلاحيات تنظيمية، فله فرض العقوبات بمفرده المتمثلة بالتنبيه للرجوع إلى النظام والتنبيه مع تسجيله في الجلسة، فيما تفرض عقوبتي اللوم مع تسجيله في محضر الجلسة والاخراج من الجلسة بعد استشارة مكتب المجلس^٣.

وبالإضافة إلى هذه الصلاحيات الدستورية والقانونية يمارس رئيس مجلس النواب دوره في الحياة السياسية والناجم من صفته ممثلاً لأحد الطوائف استناداً إلى الديمقراطية التوافقية التي اعتنقها الدستور اللبناني، فضلاً عن دوره في تسمية رئيس الوزراء المكلف بوصف رئيس المجلس النيابي شريكاً في إدارة دفة الحكم^٤.

وفي مصر فإنّ رئيس مجلس النواب يتمتع بالمركز الرئيس في ممارسة الاختصاصات الدستورية والقانونية الممنوحة له، ولا يحل وكيلى الرئيس محل الرئيس في ممارسة اختصاصاته إلا في حالة غيابه أو خلو منصب الرئيس، أو في حالة تفويض أياً منهما بممارسة اختصاص معين من قبل الرئيس، ومن ثم يتضح أنّ دور مكتب المجلس يعد دوراً ثانوياً بالنسبة إلى رئيس المجلس، إذ يتولى المكتب ممارسة الاشراف على تنظيم الشؤون البرلمانية والإدارية والمالية للمجلس ولجانته ووضع جدول اعمال الجلسات^٥. وفي جمهورية تونس يتولى مساعدو الرئيس مهامهم واختصاصاتهم تحت الاشراف المباشر لرئيس المجلس الوطني التأسيسي.

ويبدو أنّ المشرع العراقي رسم مسلكاً متوسطاً لدور رئيس المجلس، فلم يساو دور رئيس مجلس النواب العراقي بالدور ذاته الممنوح له في انظمة الدول الديمقراطية التوافقية كبلجيكا، وهولندا، حيث أنّ طبيعة هذا النظام تبرز في حرص المشرع على عدم هيمنة ممثل أي فئة على ممثلي الفئات الاخرى، فليس هناك دور يذكر لرئيس المجلس في الدول المذكورة^٦، كما لم يمنح رئيس المجلس سلطات وصلاحيات مؤثرة كتلك التي يتمتع بها رئيس مجلس النواب الاميركي او رئيس الجمعية الوطنية في فرنسا أو رئيس مجلس العموم البريطاني^٧.

نخلص مما تقدم إلى أنّ العلاقة بين رئيس مجلس النواب العراقي وأعضاء هيئة رئاسة المجلس لا تعد علاقة تبعية إدارية، فرئيس المجلس أو الهيئة على الرغم من كونه الممثل القانوني للمجلس والمتحدث باسمه، إلا أنّ واقع الحال يشير إلى أنّ هذه العلاقة هي علاقة توازن وتعاون، ويدل على قولنا هذا أنّ هيئة الرئاسة هي التي تعد جدول اعمال المجلس الاسبوعي^٨، كما أنها السلطة المختصة بإصدار البيانات باسم مجلس

١ - ينظر المواد (٥-٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني.

٢ - ينظر المادة (٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني.

٣ - ينظر المادة (٩٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني.

٤ - د. زهير شكر- مرجع سابق- ص ٥٢٠ و ٥٦١-٥٦٦.

٥ - للوقوف على صلاحيات رئيس مجلس النواب ينظر المواد (٥-٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري، فيما عالجتها المواد (١٠-٢٠) اختصاصات هيئة مكتب المجلس.

٦ - للمزيد من التفاصيل ينظر: صالح محمد طليس- صلاحيات وموقع رئيس مجلس النواب في النظام الدستوري والسياسي اللبناني- رسالة دبلوم- كلية الحقوق والعلوم السياسية- الجامعة اللبنانية- ٢٠٠١- ص ٦٢.

٧ - ينظر صالح محمد طليس- المرجع نفسه- ص ٥٣ وما بعدها.

٨ - ينظر المادة (٣٧/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.

النواب حول القضايا الهامة والمستجدات التي ترى ضرورة اصدار بيان بشأنها، شريطة اقتران ذلك بالتشاور مع رؤساء الكتل البرلمانية^١.

ومن ثم يتضح أنّ رئيس المجلس لا يمارس اختصاصاته الدستورية بمعزل عن هيئة الرئاسة باستثناء الاختصاصات الشخصية المحددة له. وما يدل على عدم استقلال الرئيس عن هيئة الرئاسة أنه في حالة خلو منصب رئيس أو أعضاء هيئة الرئاسة فيتم انتخاب خلفاً لهم وفقاً لضوابط التوازنات السياسية.

وفضلاً عما تقدم فإنّ معيار التوازن السياسي هو الذي يحكم العلاقة بين رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، إذ يمارس رئيس المجلس والذي يعد في الوقت نفسه رئيس الهيئة اختصاصاته مع هيئة الرئاسة بالتوافق، كون الهيئة هي المسؤولة حتى عن الأمور الداخلية المتمثلة بديوان المجلس^٢.

كما أنّ استقراء الواقع السياسي العملي يشير إلى أنّ صلاحيات واختصاصات رئيس مجلس النواب موزعة على الدستور والنظام الداخلي والواقع السياسي، وهي صلاحيات محدودة وندعو مجلس النواب إلى توسيعها.

المبحث الثالث

حقوق وواجبات هيئة الرئاسة

لم تسلك الدساتير والانظمة الداخلية للبرلمان مسلكاً موحداً بشأن معالجة واجبات وحقوق رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، إذ نجد أنّ الاتجاه الغالب يعالج بعض هذه الحقوق والواجبات في الدستور، ويحيل إلى النظام أو اللائحة الداخلية للمجلس مهمة ايراد الواجبات والحقوق الممنوحة لرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة او مكتب المجلس. ومن اجل الوقوف على هذه الحقوق والواجبات سنتناولها تباعاً في المطالب الآتية:

المطلب الأول - حقوق رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة

تتنوع الحقوق المقررة لرئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان او مكتب المجلس، فمن هذه الحقوق ما هو مالي بحت، ومنها ما هو وظيفي^٣، لذا سنتناولها تباعاً في الفروع الآتية:

الفرع الأول - الحقوق المالية

يتمتع رئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان بالعديد من الحقوق ويأتي في مقدمتها المكافأة المالية او التعويض البرلماني، فبالرجوع إلى قانون مجلس الشعب المصري نجد أنّ رئيس المجلس يتقاضى مكافأة مساوية لمجموع ما يتقاضاه نائب رئيس الجمهورية، مع العرض بعدم جواز الجمع بينها وبين مكافأة العضوية وبين ما قد يكون مستحقاً له من معاش من الخزينة العامة^٤.

أما وكيل المجلس فيتوجب في التفرقة بين حالتين: الأولى: إذا كان من العاملين في دوائر الدولة والقطاع العام ففي هذه الحالة يتقاضى المرتب والعلاوات المقررة لوظيفته وعمله الاصيلي طول مدة عضويته، فيما تتمثل الحالة الثانية: في عدم كونه من العاملين في الدولة حينذاك يحدد مكتب المجلس ما يتقاضاه الوكيل

١- ينظر المادة (٣٨/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.

٢- ينظر المادة (١٤٧/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.

٣- اختلف الفقهاء في تقسيم حقوق النائب بصورة عامة وحقوق رئيس واعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب وفقاً للزاوية التي ينظر اليها، إذ ذهب البعض الى ان حقوق النائب تتمثل في الحق في عضوية اللجان والحق في التحدث والحق في اقتراح القوانين والحق في الرقابة على اعمال الحكومة والحق في الحصانة البرلمانية والحق في الاستقالة. للمزيد من التفصيلات ينظر د. حنان محمد القيسي- حقوق وواجبات اعضاء مجلس النواب في العراق (دراسة في دستور ٢٠٠٥ والنظام الداخلي لمجلس النواب العراقي)- بيت الحكمة - بغداد- ٢٠١١- ص١٥ وما بعدها.

٤- ينظر المادة (٣١) من قانون مجلس الشعب رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.

مقابل تفرغه، إذ يتقاضى وكيل المجلس بدل التمثيل المقرر للوزراء وتسري عليه احكامه، ولا يجوز الجمع بين هذا البديل وما قد يكون مقرراً لوظيفته او عمله الاصيلي من بدلات^١.

اما في لبنان فيتقاضى رئيس المجلس مكافاة او تعويض تعادل مكافاة رئيس مجلس الوزراء^٢. ولئن تأملنا نص المادة (٦٣/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنها أحالت تنظيم راتب ومخصصات رئيس وأعضاء مجلس النواب إلى قانون يصدر لهذا الغرض، إذ نصت على أن (تحدد حقوق وامتيازات رئيس مجلس النواب ونائبيه وأعضاء المجلس بقانون).

وتطبيقاً لذلك جاءت المادة (١) من قانون مجلس النواب رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٧ المعدل بموجب القانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠ لنقضي بسريان أحكام قانوني الجمعية الوطنية رقم (٣) و(١٣) لسنة ٢٠٠٥ على مجلس النواب اعتباراً من تاريخ أداء اليمين الدستورية، فيما أقرت المادة (٣) منه تمتع رئيس مجلس النواب ونائبيه بكافة الحقوق والامتيازات التي يتمتع بها رئيس مجلس الوزراء ونائبيه في جميع المجالات المادية والعضوية ويتم التعامل معهم بروتوكولياً على هذا الأساس.

وعلى الرغم من اعتناق الدستور والنظام الداخلي تشكيل هيئة رئاسة المجلس كجهاز مماثل لمكتب المجلس في الدساتير العربية المقارنة، إلا أنه لم يتم المساواة بين رئيس المجلس ونائبيه فيما يتعلق بالمكافأة البرلمانية، ففي الوقت الذي يتمتع فيه أعضاء مجلس النواب بالمكافأة المالية المقطوعة البالغ مقدارها (خمسون الف دولار) أو ما يعادله بالدينار العراقي، نجد بالمقابل أن رئيس المجلس يتمتع بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها رئيس مجلس الوزراء، خلافاً للنائب الأول والثاني لرئيس مجلس النواب (أعضاء هيئة الرئاسة)، إذ يتمتعون بالحقوق التي يتمتع بها نائب رئيس الوزراء، ويتم التعامل معهم بروتوكولياً على هذا الأساس^٤.

الفرع الثاني - الحقوق الوظيفية

من استقراء نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والنظام الداخلي لمجلس النواب نجد انهما قد نظما العديد من الحقوق التي يتمتع بها رئيس المجلس بوصفه رئيساً لمجلس النواب وعضواً في هيئة الرئاسة تارة، وتارة أخرى بوصفة عضواً في المجلس.

وتتمثل أولى هذه الحقوق في الحصانة البرلمانية، فلا يجوز القاء القبض على رئيس او أعضاء هيئة الرئاسة الا بعد استحصال الاذن من مجلس النواب باستثناء حالة التلبس بالجناية كما سنرى لاحقاً^٥.

فضلاً عن حق الكلام، وحق توجيه الأسئلة والاستجواب إلى رئيس الجمهورية ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء، وحق التمتع بالإجازة الاعتيادية والمرضية.

ويُلحق بالحقوق المذكورة الامتيازات المقررة العلاج على نفقة الموازنة العامة.

^١ - نظر المادتان (٢٤) و(٣٣) من قانون مجلس الشعب رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.

^٢ - ابراهيم عبد العزيز شبحا- مرجع سابق - ص ٧٣٥.

^٣ - نشر القانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠ (قانون تعديل قانون مجلس النواب رقم ٥٠ لسنة ٢٠٠٧) في الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤١ في ١١/١١/٢٠١٠.

^٤ - تجدر الإشارة إلى أن المكافأة البرلمانية قد مرت بتطور تشريعي إلى أن وصلت إلى صورتها الحالية، فمكافاة رئيس المجلس الوطني وفقاً للمادة (٩) من قانون المجلس رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٠ ترك تحديدها إلى مجلس قيادة الثورة، إذ أصدر القرار رقم (١٦٨٣) لسنة ١٩٨٠ وافر بمساواة راتب رئيس المجلس الوطني بعضو قيادة الثورة (المنحل)، فيما ساوى راتب نائب رئيس المجلس الوطني براتب ومخصصات الوزير. وقد سار قانون المجلس الوطني رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ (الملغى) على هذا النهج وفقاً للمادة (٩) منه. للمزيد من التفاصيل ينظر د. رعد ناجي الجدة - التطورات الدستورية في العراق- بيت الحكمة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - هامش ص ٤٩٣.

^٥ - ينظر المادة (٦٣/ب) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

وإلى جانب ذلك فإنّ المادة (٥) من قانون مجلس النواب العراقي قررت منح هيئة الرئاسة وأعضاء مجلس النواب جوازات سفر دبلوماسية لهم ولأزواجهم وأولادهم أثناء الدورة التشريعية و (٨) سنوات بعد انتهاء الدورة التشريعية.

نخلص مما تقدم إلى أنّ المشرع العراقي قد منح رئيس هيئة الرئاسة ونائبيه العديد من الحقوق إلا أنه لم يساو فيما بينهما بشأن ذلك، إذ إنّ رئيس هيئة رئاسة مجلس النواب يتساوى مع رئيس مجلس الوزراء في التمتع بالحقوق المالية، خلافاً لأعضاء هيئة رئاسة المجلس اللذان تم مساواتهما مع نائبي رئيس الوزراء في الحقوق المالية، أما فيما يتعلق بالحقوق الوظيفية فالأصل الذي قرره المشرع الدستور هو المساواة بين رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة في ممارسة الحقوق الوظيفية المذكورة أعلاه.

المطلب الثاني - واجبات رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة

تتنوع الواجبات المفروضة على رئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان، فمن هذه الواجبات ما هو ايجابي، أيّ يتحقق بفعل ايجابي، ومنها ما هو سلبي، يتحقق بالامتناع عن عمل، إذ تتمثل في واجب أداء اليمين الدستورية وواجب حضور الجلسات وواجب التفرغ للعمل البرلماني وواجب عدم استغلال التكاليف للمصلحة الخاصة. لذا ومن اجل الوقوف على هذه الواجبات سنقسمها وفقاً لطبيعتها إلى واجبات ايجابية وواجبات سلبية و كالاتي:

الفرع الأول - الواجبات الايجابية

تعد اليمين الدستورية من اهم وأولى الواجبات الملقاة على عاتق رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة بصورة عامة وأعضاء المجلس النيابي بصورة خاصة، ومما يلاحظ بهذا الصدد ان غالبية الفقهاء الدستوريين يحجمون عن ايراد تعريفٍ محددٍ لها. ومن ثم ينصرف مفهوم اليمين الى القسم الذي يتوجب على اعضاء البرلمان بصورة عامة ورئيس و اعضاء هيئة البرلمان بصورة خاصة و اعضاء تاديته امام الجهة التي حددها الدستور.

ولئن تأملنا المادة (٥٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدناها تنص على انه (يؤدي عضو مجلس النواب اليمين الدستورية أمام المجلس، قبل ان يباشر عمله). لذا فإنّه يتوجب على رئيس مجلس النواب أداء هذه اليمين قبل مباشرة مهام عمله، فالمشرع الدستوري قد ربط بين ممارسة الاختصاصات و أداء اليمين، ومن ثم فلا يملك رئيس أو أعضاء هيئة الرئاسة ممارسة هذه الاختصاصات الممنوحة لهم إلا بعد أداء اليمين، كما لا يجوز تأجيل تأدية اليمين إلى ما بعد الجلسة الاولى لانعقاد المجلس النيابي لاي سبب كان. ونزولاً على ما تقدم فقد كررت المادة (٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب النص المذكور، ومن ثم يتضح لنا أنّ واجب تأدية اليمين الدستوري على رئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان يحتوي على العديد من الواجبات الفرعية المستخلصة من صيغة اليمين والتي تتمثل في الاتي:

- ١- التفاني والاخلاص في أداء العمل.
- ٢- الحفاظ على استقلال البلاد وسيادتها.
- ٣- رعاية المصالح العليا للشعب وصيانة الحريات العامة والخاصة واستقلال القضاء.
- ٤- الالتزام بتطبيق التشريعات بامانة و اخلاص.

١- د. حنان محمد القيسي- مرجع سابق - ص١٦٧ وما بعدها. محمد عبد جري- واجبات عضو البرلمان وحقوقه (دراسة مقارنة)- رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد- ٢٠١٣- ص ٣٦-٣٧.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أنّ غالبية هذه الواجبات صيغة عبارات فضفاضة تستعصي على التحديد، فما هي المصالح العليا للشعب، ما هو مستوى الاخلاص في اداء العمل البرلماني، فهل هو معيار بذل العناية ام ان مفهوم التقاني ينصرف الى تحقيق نتيجة معينة؟

الفرع الثاني - الواجبات السلبية

لئن تأملنا دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنّ المادة (١٢٧) منه قد فرضت واجباً سلبياً يتمثل في منع رئيس مجلس النواب ونائبيه أن يستغلوا نفوذهم في شراء أو استئجار شيئاً من اموال الدولة أو تأجير أو بيع اموالهم للدولة أو مقاضاة الدولة عليها أو ابرام عقد بوصفهم ملتزمين أو موردين أو مقاولين. كما أنّ قانون هيئة النزاهة النافذ قد اوجب على رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة أن يقوموا بملء استثمارات كشف المصالح المالية، إلا أنه لم يحدد الجزاء الواجب فرضه عند الامتناع عن تنظيم هذا الكشف. نخلص مما تقدم إلى أنّ المشرع الدستوري حاول الموازنة بين حقوق رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب وواجباتهم، إلا أنّ هذه الموازنة كانت لصالح طغيان الحقوق على الواجبات المفروضة عليهم.

المبحث الرابع

مسؤولية رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة وانتهاء التكليف

القاعدة العامة هي تمتع رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة بالحصانة البرلمانية بوصفهم أعضاء في المجلس النيابي، الا انه قد يرتكب اي منهم جريمة لذا تثار مسؤوليتهم الجزائية عنها. وبالمقابل فإنّ التساؤل الذي يثار: هل بالإمكان تحريك المسؤولية السياسية لرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة في حالة ارتكابهم الاخطاء الوظيفية أو السياسية الموجبة للمحاسبة او الإقالة؟ فضلاً عما تقدم فإنه لا بد من الإشارة إلى تنوع الأسباب التي ينتهي بها تكليف رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة. لذا ومن اجل معالجة هذه الاحكام سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول - انواع المسؤولية واحكامها

المسؤولية نوعان، فإما أن تكون سياسية أو جنائية، وبالنظر لاختلاف الأحكام المنظمة لهذين النوعين من المسؤوليتين لذا سنتناول ذلك تباعاً كالاتي:

الفرع الأول - المسؤولية السياسية

تثار المسؤولية السياسية لرئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب عند ارتكاب الاخطاء الوظيفية أو السياسية، ويتحقق هذا الفرض كلما امتنع المذكورين أو خالفوا الواجبات او الاختصاصات الدستورية أو القانونية المناطة بهم، ويتمثل الجزاء الذي يمكن ايقاعه في هذا الفرض بالإقالة. ولئن استقرئنا نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنه خلا من ايراد نص يقرر المسؤولية السياسية لرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، لذا تنبه النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٦ لهذه المسألة وتناولها بالمعالجة اذ تنص المادة (١٢/ثانياً) منه على انه (لمجلس النواب إقالة اي عضو من هيئة رئاسته وفق القانون).

يتضح أنّ الإقالة تعد الجزاء الوحيد الذي بالإمكان ممارسته في مواجهة رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، وأول ما يلاحظ على النص المذكور أعلاه أنه لم يبين اجراءات الإقالة ولا الاسباب الموجبة لها، كما لم يبين النصاب القانوني الواجب توافره لإصدار قرار الإقالة، فهل هي أغلبية الأعضاء الحاضرين بعد تحقق نصاب انعقاد الجلسة، أم أنه أغلبية العدد الكلي لأعضاء المجلس الكلي؟

نرى من جانبنا وجوب تطبيق قاعدة توازي الاشكال، ومن ثم فان الأغلبية الواجب توافرها لإقالة رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة تتمثل بذات الأغلبية الواجب توافرها عند اختيارهم وبالإجراءات ذاتها، لذا فإن الإقالة تكون بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس الكلي، ويكون التصويت سري ومباشر.

أما في مصر فبالإمكان اعفاء رئيس المجلس او وكيله في حالة اخلال اي منهما بالتزامات منصبه شريطة تقديم طلب الاعفاء من ثلث أعضاء المجلس واقتراح قرار الاعفاء بأغلبية ثلثي الأعضاء^١.

وفي تونس فبالإمكان اعفاء أحد نائبي الرئيس أو مساعديه من مهامه بموافقة الأغلبية المطلقة من أعضائه بناء على طلب كتابي معلل يقدم لمكتب المجلس من ثلث الأعضاء في الاقل^٢.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور اللبناني اجاز إقالة او نزع الثقة عن رئيس المجلس ونائبه في أول جلسة يعقدها بناء على عريضة يوقعها ١٠ نواب على الاقل ويتم ذلك بالاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة من مجموع اعضائه، وهو بهذا يتضح أن المشرع اللبناني لم يساوي بين أغلبية انتخاب رئيس المجلس ونائبه وبين أغلبية إقالة أي منهما، ففي الوقت الذي جعل أغلبية الإقالة تحتسب على أساس مجموع الأعضاء الكلي، نجد أن أغلبية الانتخاب تكون وفق اصوات المقترعين^٣.

وندعو المشرع العراقي إلى الاخذ بالحكم المنصوص عليه في لبنان، يستوي في ذلك من حيث تقديم طلب الإقالة أو الأغلبية الواجب توافرها لإصدار قرار الإقالة، إذ إن ذلك من شأنه تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون بين الحكام والمحكومين، فضلاً عن أن إقرار المساءلة السياسية لرئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب يحقق مبدأ سيادة القانون، ويعزز من المبدأ الذي اعتنقه دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وهو أن الشعب مصدر السلطات، إذ بإمكان ممثلي الشعب (النواب) التعبير عن إرادة الشعب في إمكانية مساءلة رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب في حالة اخلالهم بواجباتهم الوظيفية وعلى النحو الذي تقررت بموجبه مساءلة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية.

الفرع الثاني - المسؤولية الجزائية

تتمثل أولى حالات المسؤولية الجزائية لرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة في ارتكاب الجرائم بصورها المعروفة في قانون العقوبات. وعلى الرغم من منطوقية هذا الحكم، إلا أن المشرع الدستوري قد اقر الحصانة النيابية لرئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، ومن ثم يتوجب لتحديد المسؤولية الجزائية التفرقة بين عدة فروض: **الفرض الأول:** ارتكاب الجرائم الوظيفية الناشئة عن ممارسة اعمال النيابة عن الشعب، كالادلاء بالأراء، إذ إن القاعدة هي عدم التعرض للمساءلة او المقاضاة عنها امام المحاكم.

الفرض الثاني: ارتكاب الجرائم الاعتيادية، ففي هذا الفرض يتوجب التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى : أن تكون مرتكبة اثناء انعقاد الفصل التشريعي، إذ يتوجب رفع الحصانة عنه بموافقة الأغلبية المطلقة ليصار بعدها إلى القاء القبض عليه. أما الحالة الثانية فهي إذا كان ارتكاب هذه الجريمة خارج مدة الفصل التشريعي، فيتوجب في هذه الحالة استحصال موافقة رئيس مجلس النواب على رفع الحصانة.

فيما يتمثل الفرض الثالث في حالة التلبس بالجريمة، إذ يصار إلى تطبيق الاحكام المذكورة في الفرض الثاني، ومن ثم يتوجب استحصال موافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب على رفع الحصانة في حالة انعقاد المجلس، وبخلافه يصار إلى استحصال موافقة رئيس مجلس النواب في حالة عدم الانعقاد^٤.

١ - ينظر المادة (١١٧) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٣.

٢ - ينظر المادة (٣٠) من النظام الداخلي للمجلس التأسيسي لعام ٢٠١٢.

٣ - د. زهير شكر- مرجع سابق- ص ٥٥٨-٥٥٩.

٤ - ينظر المادة (٦٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

وعلى الرغم من راحة الاحكام المذكورة إلا أنّ التطبيق العملي يشير إلى صعوبات عملية، فمن هي الجهة المخولة برفع الحصانة عن رئيس او أعضاء هيئة رئاسة المجلس في حالة عدم انعقاد المجلس، فهل هي هيئة الرئاسة، ام يصار إلى التريث لحين انعقاد الفصل التشريعي من اجل عرض الموضوع على انظار المجلس؟

نرى من جانبنا وجوب عرض طلب رفع حصانة رئيس المجلس أو احد نائبيه على انظار أعضاء المجلس، وذلك لعدم قيام الدستور او النظام الداخلي بمنح هذه الصلاحية لهيئة الرئاسة، لعدة اسباب أولها : عدم إمكانية اعتبار الهيئة بمثابة الرئيس الإداري الاعلى لرئيس المجلس أو أحد أعضائه، كونهم ممثلين لكامل سياسية رئيسية، فضلاً عن وجوب عدم اهدار المبدأ الرئيسي في العملية السياسية في العراق ألا وهو مبدأ المحاصصة، فرئاسة الهيئة وعضويتها محكومة بالتوافق لذا يتوجب عرض سحب الحصانة على أعضاء المجلس ليقرروا رفعها من عدمه في ضوء التوازنات السياسية.

المطلب الثاني- القواعد الموضوعية والاجرائية لانتهاء التكليف

يحكم انتهاء تكليف رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة من مناصبهم العديد من المبادئ، فضلاً عن تنوع اسباب هذا الانتهاء.

فبالرجوع إلى المادة (١) من قانون تعديل قانون استبدال أعضاء مجلس النواب نجد أنه حدد حالات انتهاء العضوية في مجلس النواب، بإضافة حالة الوفاة ومعالجة كيفية إقالة رئيس وأعضاء الهيئة إلى حالة إقالة النواب، إذ نصت على أنه (أولاً: تنتهي العضوية في مجلس النواب لأحد الأسباب الآتية:

١. تبوء عضو المجلس منصباً في رئاسة الدولة أو في مجلس الوزراء أو أي منصب رسمي آخر.

٢. فقدان أحد شروط العضوية المنصوص عليها في الدستور وقانون الانتخابات.

٣. استقالة العضو من المجلس في غير الحالة المنصوص عليها في الفقرة (ثالثاً) من هذه المادة.

٤. الوفاة.

٥. صدور حكم قضائي بات بجناية وفقاً لأحكام الدستور.

٦. الإصابة بمرض عضال أو عجز يمنعه من أداء مهامه في المجلس مشفوعاً ذلك بقرار من لجنة طبية مختصة، على أن لا تتجاوز مجموع إجازاته المرضية (ثلاثة) أشهر خلال فصلين تشريعيين متتاليين، وفي حالة تجاوزه يحال على التقاعد، وللمجلس الحق في استئناف قرارات اللجنة الطبية.

ثانياً: لمجلس النواب إقالة أعضاء هيئة الرئاسة من مناصبهم بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس بطلب مسبب من (ثلث) أعضاء المجلس.

ثالثاً: تسري الفقرة (أولاً) من الأمر (٩) لسنة ٢٠٠٥ على عضو مجلس النواب وأعضاء هيئة الرئاسة في حالة تقديم استقالته، وقبولها من المجلس بالأغلبية المطلقة على أن لا تقل عضويته في مجلس النواب عن سنة واحدة.

رابعاً: لعضو هيئة الرئاسة المقبولة استقالته الاحتفاظ بعضويته بمجلس النواب في حالته عدم رغبته في التقاعد^١.

لذا ومن اجل الوقوف على هذه الاسباب سنتناولها تباعاً في الفروع الآتية:

١- يُنظر: المادة (١) من قانون رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٧ (قانون تعديل قانون استبدال أعضاء مجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٤٩ في ٢٧/٩/٢٠٠٧، وجاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون أنه (بغية تنظيم حالات استبدال أعضاء مجلس النواب وهيئة الرئاسة في حالات الإستقالة أو الإقالة والوفاة وغيرها من أسباب انتهاء العضوية ولأجل تنظيم هذه الأمور بقانون متكامل، شرع هذا القانون).

الفرع الأول - الاسباب العامة لانتهاه التكليف

تتنوع الاسباب العامة لانتهاه تكليف رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، إذ تتمثل في الوفاة او العجز عن اداء الاعمال، فبالرجوع إلى المادة (١١/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي فإنها اشارت إلى هذا الفرض، إذ في حالة تعذر قيام الرئيس او نائبه بمهامهم يتولى الرئاسة من يتم انتخابه بشكل مؤقت بأغلبية الحاضرين للجلسة.

ومن ثم يتضح أنّ هذه الحالة تشمل فرضين: الفرض الأول: العجز الدائم لرئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس عن القيام بأعمال التكليف، فيما يتمثل الفرض الثاني في العجز المؤقت عن القيام بالأعمال. كما تتسع هذه الحالة لتشمل حالات الامتناع العمدي عن اداء اعمال هيئة الرئاسة، ونقصد هنا الاضراب عن العمل، وعلى الرغم من أنّ القاعدة العامة هي وجوب تطبيق احكام المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات بوصف رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة مكلفين بخدمة عامة، إلا أنّ المشرع لم يقرر هذا الحكم، ومن ثم يصار إلى انتخاب رئيس مؤقت ونائبه ليحل محل رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة.

وإلى جانب ذلك فإنّ انتهاء مدة التكليف يعد من الاسباب التي تنتهي بها خدمة رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، فلئن تأملنا الدساتير المقارنة نجد انها لم تسلك مسلكاً موحداً بشأن مدة رئيس وأعضاء هيئة رئاسة البرلمان، ففي مصر فإنّ رئيس المجلس ووكيله لا ينتحبان لكل مدة المجلس او الفصل التشريعي وانما لمدة دور الانعقاد السنوي العادي، وهو ما يحقق مزايا عديدة، أهمها اضعاف نوع من الرقابة على رئيس ووكيلي المجلس، إذ إنّ اعادة انتخابهم يكون معلقاً على مدى النجاح في القيام بالمهام وتلبيتهم لرغبات أعضاء المجلس، خلافاً لطريقة الانتخاب الواحد عند بداية مدة الفصل التشريعي، فإنها تؤثر على عنصر الاستقرار في رئاسة المجلس.^١

أما في لبنان فمن استقراء الفقرة الأولى من المادة (٤٤) من الدستور نجد أنّ مدة رئيس المجلس حُددت بطيلة ولاية المجلس، وكذلك الحال في دستور جمهورية تونس، إذ يتم انتخاب مساعدي الرئيس لكامل المدة التأسيسية.^٢

وقد سار الدستور العراقي على هذا النهج، إذ إنّ ولاية رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب حددت بمدة ولاية المجلس او الدورة التشريعية، ومن ثم فلا ينتهي تكليف رئيس او أعضاء هيئة الرئاسة إلا بإكمال اربع سنوات تقويمية.^٣

ومن استقراء الواقع السياسي فإنه يشير إلى عدم وجود نص يحدد الحد الأقصى لتسليم رئيس أو أعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب هذا المنصب، ومن ثم يتضح أنّ الأصل في الأشياء الاباحة، لذا فطالما لم يرد نص صريح بالمنع فبالإمكان الاستمرار في إشغال هذا المنصب لدورتين أو ثلاث دورات انتخابية.^٤

وانتهى الحال بإصدار قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠١٣ الذي تضمن تحديد مدة الولاية لرئيس مجلس النواب (رئيس هيئة رئاسة

١ - د ماجد راغب الحلو- مرجع سابق - ص ٧٤١.

٢ - ينظر المادة (٢٩) من النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي لعام ٢٠١٢.

٣ - ينظر المادة (٥٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٤ - تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أنّ رئيس مجلس النواب الحالي قد تم انتخابه دورتين انتخابيتين لرئاسة مجلس النواب، فيما تم انتخاب النائبان الأول والثاني لرئيس مجلس النواب لثلاث دورات انتخابية. للمزيد ينظر الدائرة الاعلامية ودائرة البحوث في مجلس النواب- كراس تعريفي- بغداد- ٢٠١٣- ص ١٢.

مجلس النواب) بدورتين انتخابيتين وفقاً للمادة (٢) منه^١، إلا أنه لم يكتب له التطبيق العملي لإلغاء هذا القانون من قبل المحكمة الاتحادية العليا^٢.

الفرع الثاني- الاسباب الخاصة لانتهاء التكليف

تتمثل أولى الاسباب الخاصة لانتهاء التكليف في الاستقالة، حيث تنص المادة (١٢/أولاً) من النظام الداخلي على انه(عند تقديم احد أعضاء هيئة الرئاسة الاستقالة من منصبه تقبل بعد موافقة المجلس بأغلبية عدد اعضائه من الحاضرين).

فيتضح من النص أنه لم يشترط اي بيانات شكلية في الاستقالة لغرض قبولها، وفي حالة تقديم طلب الاستقالة فيصار إلى تصويت أعضاء المجلس عليه بأغلبية الأعضاء الحاضرين ليصار إلى قبولها. وتكفلت المادة (١٢/أولاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠٠٦ بمعالجة مسألة استقالة احد أعضاء هيئة الرئاسة، إذ يتوجب تقديم الاستقالة إلى المجلس، ومن ثم فإن الاستقالة لا تُقبل بمجرد تقديمها، بل يلزم لذلك موافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب الحاضرين.

ويلحق بالحالة المذكور الاستقالة الحكيمة، ومن ثم يثار بهذا الصدد تساؤل مؤداه ما هي الحالات التي يتحقق فيها عجز رئيس البرلمان، ومن هي الجهة التي تقرر عجزه في أداء واجباته؟ وهل يجوز لنائبه أو أحد أعضاء هيئة الرئاسة أن يحل مؤقتاً محل رئيس المجلس العاجز عن العمل؟

للإجابة على التساؤل المذكور يقتضينا الحال أن نُشير إلى أنه في الوقت الذي عالج فيه الدستور مسألة حلول رئيس الجمهورية محل رئيس الوزراء عند العجز^٣، فإنه بالمقابل لم يعالج الحل محل رئيس مجلس النواب، وإزاء ذلك نرى من جانبنا أنه لا يوجد أي مانع قانوني يمنع من قيام نائب الرئيس بإدارة مجلس النواب لأي سبب لحين ملء الشاغر وفق الأصول الدستورية، شريطة أن لا يكون إشغال هذا المنصب لمدة طويلة، كأن تتجاوز الأشهر.

فيما تتمثل ثاني الحالات في الإحالة إلى التقاعد، وأول ما يلاحظ بهذا الشأن ضرورة مُراعاة الشكل القانوني لأداة التعيين وفقاً لقانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ وذلك استناداً لقاعدة توازي الاختصاصات والاشكال^٤.

يتضح مما تقدم وجوب مُراعاة ذات الإجراءات التي أوجبها الدستور فيما يتعلق بإحالة رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة، فطالما صدر أمر التعيين بقرار من مجلس النواب لذا فإنه يستوجب موافقة المجلس على الإحالة على التقاعد، فضلاً عن وجوب ذكر السند الدستوري والقانوني للإحالة في القرار.

١ - تنص المادة ٢ من قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠١٣ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٧٣ في ٢٠١٣/٤/٨ على انه (أولاً:- تنتهي مدة ولاية رئيس مجلس النواب بانتهاء الدورة الانتخابية لمجلس النواب التي أنتخب فيها رئيساً من قبل المجلس. ثانياً: - لا يجوز تولي منصب رئيس مجلس النواب من قبل نفس الشخص لأكثر من ولايتين متتاليتين أو غير متتاليتين سواء كان ذلك قبل نفاذ هذا القانون أو بعده).

٢ - ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٦٤/اتحادية/٢٠١٣ الصادر في ٢٦/٨/٢٠١٣، وللمزيد من التفصيلات ينظر د. مصدق عادل طالب - قراءة تحليلية ناقدة في قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء- مجلة القانون والقضاء- العدد الثالث عشر- ٢٠١٣- ص ١٢٢ وما بعدها.

٣- تنص المادة (٨١/أولاً) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ على أن(يقوم رئيس الجمهورية مقام رئيس مجلس الوزراء عند خلو المنصب لأي سبب كان).

٤- تنص الفقرة (أولاً) من المادة (١) من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ على أنه:(يُحال إلى التقاعد الموظف المُعين بمرسوم جمهوري أو بأمر من مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الوزراء أو هيئة رئاسة مجلس النواب بالكيفية التي تم تعيينه فيها).

أما ثالث حالات انتهاء التكليف فتتمثل في الإقالة من منصب رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب، وقد سبق وأن بينا أن دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لم يعالج كيفية تقديم طلب الإقالة أو الأغلبية الواجب توافرها لإصدار قرار الإقالة، وهو ما يوجب إفراد نصاً في النظام الداخلي يعالج ذلك صراحة.

الخاتمة

أولاً : النتائج :

- بعد ان انتهينا من دراسة المركز الدستوري والقانوني لهيئة رئاسة البرلمان في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ فقد توصلنا الى النتائج الآتية:
- ١- إنَّ المركز الدستوري لرئيس هيئة رئاسة مجلس النواب في العراق يماثل المركز الدستوري لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء، خلافاً لأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب الذين يمتثل مركزهم الدستوري والقانوني مع نائب رئيس الجمهورية ونائب رئيس مجلس الوزراء.
 - ٢- فيما يتعلق بالحقوق المالية لرئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب، اتضح أنَّ المعاملة المالية لرئيس هيئة رئاسة مجلس النواب تختلف عن المعاملة المالية لأعضاء هيئة الرئاسة، فطالما أنَّ المركز القانوني للرئيس يماثل مركز رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء فإنه يتقاضى الحقوق والمزايا المقررة لأي منهما، ولا ينطبق هذا الحكم بالنسبة إلى أعضاء الهيئة، إذ يتقاضون الحقوق والمزايا المالية المقررة لأي من نائب رئيس الجمهورية أو نائب رئيس مجلس الوزراء.
 - ٣- أما فيما يتعلق بالمعيار الذي يجري على أساسه اختيار رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب، فقد اتضح لنا أنَّ هذا المعيار هو معيار المحاصصة يقوم على أساس اشراك مكونات الشعب الثلاثة الرئيسة في العراق.
 - ٤- إنَّ مسلك المشرع العراقي افضل من مسلك التشريعات العربية فيما يتعلق بانتخاب رئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس، إذ يتم انتخاب الرئيس والأعضاء في جلسة واحدة وفي تصويت واحد، إذ يعد رئيس الهيئة ورئيس المجلس من يحصل على أغلبية الاصوات يليه النائب الأول ومن ثم النائب الثاني في عدد الاصوات، أي التصويت ضمن سلة واحدة، فرئيس المجلس هو من يحصل على أعلى الاصوات ويليه في عدد الأصوات النائب الأول، ويليهما النائب الثاني في عدد الأصوات.
 - ٥- اتضح لنا أنَّ النظام الداخلي لمجلس النواب قد شابه العديد من النواقص وبالأخص فيما يتعلق بكيفية معالجة رفع الحصانة عن رئيس هيئة الرئاسة ونائبيه، وهو الامر الذي يدعو إلى افراد نصاً لمعالجة هذه الحالة.

ثانياً: التوصيات:

بناءً لما تقدم نقترح الاخذ بالتوصيات الآتية:

- ١- ضرورة تعديل النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي وبالشكل الذي يظهر استقلال رئيس مجلس النواب عن هيئة رئاسة المجلس، إذ إنَّ بقاء الآلية المذكورة معناه الإبقاء على التوافقية السياسية في صنع القرار، وهو ما ينعكس على الدور الرقابي لمجلس النواب.
- ٢- ندعو مجلس النواب الى معالجة آلية رفع الحصانة عن رئيس وأعضاء هيئة الرئاسة.
- ٣- ندعو مجلس النواب إلى تعديل النظام الداخلي لمجلس النواب لينص على الأسباب الموجبة لتحريك المسؤولية السياسية لرئيس وأعضاء هيئة رئاسة المجلس، كما في حالة الامتناع عن إدراج قوانين

هامة كقانون الموازنة على جدول الأعمال، وغيرها من الأعمال المخالفة للدستور أو القوانين المكملة له.

٤- منح اختصاصات فعلية ومؤثرة لهيئة رئاسة مجلس النواب بالشكل الذي يمكنها من أداء دورها المرسوم لها في الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب.

المراجع

أولاً: الكتب والرسائل والبحوث

١. د. ابراهيم عبد العزيز شيجا- النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني- الدار الجامعية- بيروت – دون سنة النشر.
٢. د. احمد زين – رئاسة المجلس النيابي – الدور والتطور- مجلة الحياة النيابية-١٩٩٨.
٣. د. انور الخطيب – الأصول البرلمانية – بيروت – ١٩٦١.
٤. د. رعد ناجي الجدة – التطورات الدستورية في العراق- بيت الحكمة – الطبعة الأولى – ٢٠٠٤.
٥. د. زهير شكر- الوسيط في القانون الدستوري اللبناني- المجلد الأول- دون مكان النشر-٢٠٠٦.
٦. د. صالح محمد طليس- صلاحيات وموقع رئيس مجلس النواب في النظام الدستوري والسياسي اللبناني- رسالة دبلوم- كلية الحقوق والعلوم السياسية- الجامعة اللبنانية-٢٠٠١.
٧. د. ساجد محمد الزامل- مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق- دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع- بغداد- ٢٠١٤.
٨. د. غازي كرم- النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الامارات العربية المتحدة- اثناء للنشر والتوزيع- الاردن- ٢٠٠٩- ص ٣٧٢.
٩. محمد عبد جري- واجبات عضو البرلمان وحقوقه (دراسة مقارنة)- رسالة ماجستير – كلية القانون – جامعة بغداد- ٢٠١٣.
١٠. د. حنان محمد القيسي- حقوق وواجبات اعضاء مجلس النواب في العراق (دراسة في دستور ٢٠٠٥ والنظام الداخلي لمجلس النواب العراقي)- بيت الحكمة – بغداد- ٢٠١١.
١١. د. علي يوسف الشكري- الثنائية التشريعية في العراق ضرورة ام تأكيد للفدرالية دراسة تحليلية نقدية- دراسة منشورة في دراسات حول الدستور العراقي- مؤسسة افاق للدراسات والابحاث العراقية- العدد ٦- الطبعة الأولى - ٢٠٠٨.
١٢. د. عمر حوري- القانون الدستوري- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ٢٠٠٩.
١٣. د. قائد محمد طربوش- السلطة التشريعية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت- ١٩٩٥.
١٤. وسام حسام الدين الاحمد- برلمانات العالم العربية والاجنبية- منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت- ٢٠١٠.
١٥. د. ماجد راغب الحلو- النظم السياسية والقانون الدستوري- منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٥.
١٦. د. مصدق عادل طالب – قراءة تحليلية ناقدة في قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء- مجلة القانون والقضاء- العدد الثالث عشر- ٢٠١٣.

ثانياً: التشريعات:

- ١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
- ٢- الدستور المصري المُستفتى عليه ٢٠١٣.
- ٣- الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ المعدل.
- ٤- الدستور الاردني لعام ١٩٥٢.

- ٥- دستور الامارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١.
- ٦- الدستور اليمني لعام ١٩٩٠.
- ٧- دستور الجمهورية التونسية الصادر عام ٢٠١١.
- ٨- قانون مجلس النواب رقم (٥٠) الصادر في ٢٠٠٧/٩/٣ المعدل.
- ٩- قانون مجلس الشعب المصري رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.
- ١٠- قانون استبدال أعضاء مجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.
- ١١- قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤.
- ١٢- النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لسنة ٢٠٠٦.
- ١٣- اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري.
- ١٤- النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني الصادر عام ١٩٩٤.
- ١٥- النظام الداخلي لمجلس النواب الاردني لعام ٢٠١٣.
- ١٦- اللائحة الداخلية للمجلس الوطني الاتحادي الاماراتي لعام ١٩٧٧.
- ١٧- نظام عمل هيئة المكتب الاماراتي.
- ١٨- النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي التونسي الصادر عام ٢٠١٢ المعدل عام ٢٠١٤.

التنظيم القانوني للمحاكم المختصة بحسم منازعات العقود الحكومية في العراق

أ.م.د. حيدر طالب الإمارة
الباحثة شذى غائب عز الدين

المقدمة

تعتبر العقود الحكومية واحدة من ابرز وسائل الإدارة التي تستخدمها في تسيير وتنظيم مرافقها العامة. إذ تلجأ الإدارة في سبيل القيام بوظائفها إلى إبرام العقود الحكومية التي تخضع أحكامها كافة إلى قواعد القانون العام كونها تتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عام من مرافق الدولة، الأمر الذي يتطلب أن تخضع لنظام قانوني مستقل تماماً عن عقود القانون الخاص تظهر فيها مظاهر السلطة العامة وامتيازاتها المستمدة من القانون العام.

والعقد الحكومي هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وأن يتضمن شروطاً استثنائية، وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام^(١). وقد ازدادت في الوقت الحاضر أهمية إبرام العقود الحكومية نتيجة ازدياد حجم العقود التي تيرمها الإدارة في ظل التطور التكنولوجي والصناعي، كما ساعد تشجيع الاستثمار الذي اتجهت إليه معظم الدول حديثاً إلى

(١) أورده د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٥٧، ص ٥٢.

الأخذ به، حيث أصبحت الدولة تعهد بكثير من المهام التي كانت تقوم بها إلى رجال الأعمال من المقاولين أو الموردين وغيرهم وذلك عن طريق إبرام العقود الحكومية. وبطبيعة الحال قد ينجم عن العقد الحكومي منازعات تنشأ بين طرفيه سواء تعلقت المنازعة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو إلغائه أو فسخه، من شأنها أن تنعكس على المرافق العامة ومن ثم على الأداء الحكومي مما يستلزم ضرورة إنهاؤها.

وإذا كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر هو الجهة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الحكومية فإن القضاء العادي في العراق هو المختص بنظر هذه المنازعات باعتباره صاحب الولاية العامة بنظرها استناداً إلى نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل. حيث كانت الولاية للمحاكم المدنية ولكن بعد صدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي تم فيه استحداث محكمة القضاء الإداري فقد كان هذا القضاء يمارس الرقابة القضائية على القرارات المتصلة بعملية التعاقد استناداً إلى قاعدة القرارات الإدارية المركبة والقابلة للانفصال عن عملية التعاقد^(١).

إلا ان قانون العقود العامة الصادر بالاستناد إلى أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ استحدث في القسم (١٢) منه والموسوم بـ (تسوية المنازعات) محكمة إدارية جديدة للفصل في المنازعات ذات العلاقة بإحالة عقد على احد المتنافسين. ونرى انه السبب وراء عزوف محكمة القضاء الإداري عن نظر القرارات التي تصدر في عملية التعاقد.

ويدعونا الحديث عن دور القضاء العادي في حسم منازعات العقود الإدارية إلى بيان الدور الذي لعبته المحكمة الإدارية الملغية في وزارة التخطيط في حسم هكذا منازعات، بعد ذلك نتكلم عن محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات ونعقد لدراسة كل ما تقدم ذكره المبحثين التاليين :

المبحث الأول

دور المحكمة الإدارية الملغية في وزارة التخطيط في حسم منازعات العقود الحكومية

ليس هناك من سبيل يضمن امكانية أن تكون إجراءات إحالة العقود الحكومية على أساس عادل وتنافسي وعلمي إلا عبر إجراءاتها عن طريق المناقصة^(٢).

ومن الطبيعي أن لا تحظى جميع المناقصات التي تعلنها مؤسسات الدولة بما يؤمن المنافسة الكاملة والحيادية واعتماد المعايير الفنية في التقييم مما يلحق ضرراً بمقدمي العطاءات الذين يجدون في أنفسهم إنهم يمتازون على من رست المناقصة بعهدتهم بكثير من المزايا والمؤهلات.

وحسماً للنزاع الذي يحصل بعد إحالة المناقصة اقتضى ذلك تشكيل محكمة باسم – المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية – والتي أشير إليها لأول مرة في قانون العقود العامة الصادر استناداً إلى أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (١/٢/ب/ ثانياً) حيث نص على ((وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة إدارية مستقلة تكون مختصة بالشكاوي والمنازعات الناتجة او تتعلق بمنح العقود العامة من قبل الحكومة))

(١) رعد هاشم أمين التميمي، النظام القانوني لعقد التجهيز، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٧٩.

(٢) يقوم أسلوب المناقصة على أساس ضمان وجود المنافسة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة لكي يمكنها اختيار أفضل العروض من ناحية القدرة الفنية في مجال العقد المزمع إبرامه، وكذلك من الناحية المالية. د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥٣٩.

والسؤال الذي يطرح هنا هل كان تأسيس المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الإدارية له مبرراته القانونية والعملية خاصة وإنها اختصت بمرحلة من مراحل العقد الإداري وترك باقي مراحل العقد من اختصاص جهات قضائية أخرى كمحكمة البداية بالرغم من وجود محكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الإدارية؟ وإذا كان وجودها ضرورة ما هي الأسباب التي أدت إلى إلغائها؟ وللإجابة على هذا التساؤل سيكون من خلال تقسيم المبحث على المطلبين التاليين:

المطلب الأول - مبررات تأسيس المحكمة الإدارية

للقوف على مبررات تأسيس المحكمة الإدارية يقتضي بيان تشكيلها أولاً ثم اختصاصاتها بعدها سنبحث في صلاحيتها وذلك في الأفرع الآتية:

الفرع الأول - تشكيل المحكمة الإدارية

تشكلت المحكمة الإدارية بموجب الفقرة (أ) من البند (ثانياً) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية للنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاض ينسبه مجلس القضاء الأعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن كل من اتحاد المقاولين العراقيين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص.

ولعل أول نقد وجه إلى المحكمة إنها شكلت خارج النظام القانوني العراقي^(١) إذ إن تشكيل أي محكمة يجري عن طريق بيان يصدره مجلس القضاء الأعلى يحدد مهامها والحدود الإدارية التي تدخل في اختصاصها. كما إن من عيوب تشكيل المحكمة أنها شكلت من أربعة أعضاء وهو خلاف ما استقر عليه النظام القانوني العراقي في أن يكون عدد أعضاء أي هيئة قضائية وتراً لتلافي المشاكل التي تنجم عن الاختلاف في الرأي. إذ من الصعوبة تكوين الأكثرية في هذه الحالة ولم تبين التعليمات المذكورة هذه المسألة وإلى أي الجهتين يميل الترجيح في حالة تساوي الأصوات^(٢) يضاف إلى ذلك أن التعليمات سألقة الذكر أعطت لوزير التخطيط وفق ما ورد بنص الفقرة (أ) من البند (ثانياً) من المادة (١٠) منها الحق بتشكيل المحكمة الإدارية المستقلة رغم اختصاص رئاسة مجلس القضاء الأعلى ويعتبر غصب للسلطة وخروج على قواعد الاختصاص من قبل السلطة التنفيذية على السلطة القضائية. كما إن تشكيلها لا سند له من القانون الخاص هو الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والذي سكت عن كيفية تشكيل المحكمة لأن التعليمات المذكورة تم إصدارها استناداً إلى نص الأمر المذكور فالتعليمات ترد لأجل تسهيل تنفيذ القانون لا إن تفسره أو تكمل النقص الموجود فيه^(٣).

ونرى إن المشروع كان في غنى عن الخوض في تشكيل المحكمة بمعزل عن القضاء الإداري فقد كان يوسع من اختصاصات محكمة القضاء الإداري في الشكل الذي يسمح لها النظر ليس في اختيار المتعاقد مع الإدارة فحسب بل في كافة مراحل العقد الإداري، وهذا ما مستقر عليه في جميع قوانين الدول

(١) د. عصمت عبد المجيد، أصول المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، ٢٠١٣، ص ٢٢٥.

(٢) القاضي لفته هامل العجيلي، المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الإدارية، دراسة في آليات الاعتراض والفصل فيه، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص ١١١.

(٣) القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق، دور المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي في الرقابة على المناقصات الحكومية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، ٢٠٠٩، ص ٢٦.

المقارنة كقانون مجلس الدولة الفرنسي والمصري لذلك نعتقد إن تشكيل المحكمة كان يستهدف تفتيت وتشتيت اختصاصات القضاء الإداري.

الفرع الثاني - اختصاصات المحكمة الإدارية

تحدد اختصاص المحكمة الإدارية في القسم (١/٢/ب/ ثانياً) من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤، ثم صدرت تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ والتي ألغيت بالتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية حيث نصت الفقرة (أ) من البند ثانياً من المادة (١٠) منها على ((تشكل في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي محكمة مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاضي....)) ومن النص اتضح الآتي :

١- إن اختصاص المحكمة الإدارية كان محصوراً بالنظر في الاعتراضات المقدمة من قبل أصحاب العطاءات المقدمة الى أي دائرة حكومية وتم اختيار عطاء غير عطاءهم ويعتقدون ان ذلك تم بشكل غير عادل. ولا يدخل في اختصاصها المرحلة التي تسبق تقديم العطاءات أو مرحلة تنفيذ العقود بعد اختيار العطاء المناسب المقدم من قبل شركة أو مقاول لأن المشاكل التي تنتج عن ذلك تدخل في اختصاص محاكم البدءة التي لها الولاية العامة استناداً الى نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات^(١).

٢- شمل الاختصاص المكاني للمحكمة كل الرقعة الجغرافية لجمهورية العراق استناداً الى البند (أولاً) من المادة (٢) التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية الذي نص على ((تسري أحكام هذه التعليمات على العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الحكومية (دوائر الدولة والقطاع العام) ممثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مع الجهات الأخرى العراقية وغير العراقية.....)).

٣- استثنى من اختصاص المحكمة الإدارية المشاريع والعقود العامة لدوائر الدولة الممولة من المنظمات الدولية أو الإقليمية والمنفذة استناداً إلى اتفاقيات أو بروتوكولات خاصة تبرم مع الأطراف العراقية بهذا الخصوص^(٢).

إذا " اختصاص المحكمة الإدارية كان معقوداً للنظر في صحة القرارات المتعلقة بالإحالة ولو كان محل الطعن عقداً أبرم استناداً إليه، لأن الغرض من الطعن إثبات عدم صحة اختيار المتعاقد الذي فاز بالمناقصة.

الفرع الثالث - صلاحيات المحكمة الإدارية

كان للمحكمة الإدارية عدة صلاحيات نص عليها القسم (١-١٢/ثانياً) من الأمر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ولعل أهمها اتخاذ القرار بشأن الاعتراضات المقدمة إليها من المعارضين على قرارات الإحالة وقد وردت هذه الصلاحية على سبيل المثال وليس الحصر بما يمكن المحكمة من اتخاذ الاجراء الصحيح لإعادة مجرى المناقصة وفقاً للأسس التي اعتمدها الأمر المذكور بما يحقق المنافسة العادلة والعلنية إلى اقصى حد ممكن^(٣).

وبالرغم من أن الأمر المذكور أجاز للمحكمة ان تصدر قرارها حول الاعتراض في اقرب وقت ممكن، إلا ان التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية ألزمت المحكمة الإدارية بإصدار قرارها بموضوع الشكوى

(١) القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق، المصدر السابق، ص ٣٠.

(٢) البند (ثانياً) من المادة (٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية.

(٣) القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص ١١٢.

خلال مدة لا تتجاوز ١٢٠ يوماً" تبدأ من تاريخ دفع الرسم القانوني^(١). وقد انتقدت هذه المدة من بعض الكتاب^(٢) ونحن نؤيدهم بأنها طويلة خاصة وان إجراءات المناقصة وإبرام العقد ستتوقف عند حصول الاعتراض مما يعني تعطيل لمصالح الجهة المستفيدة من المناقصة. كما كان لها صلاحية إلغاء المناقصة المعترض على إحالتها وإعادة الإعلان مجدداً، إذا وجدت ان إجراءات الإحالة على الشركة المعترض عليها لم تكن مستوفية المعايير الفنية والقانونية ولم تلتزم الجهة المحلية بما تتطلبه المنافسة من احتساب نسب الترحيح للعروض المالية والفنية لمقدمي العطاءات واختيار العطاء الذي يحصل على أعلى الدرجات في التقويم الفني والمالي عند الترشيح للتربيه^(٣).

وأيضاً كان لها صلاحية إلغاء الإحالة على الشركة المعترض عليها وإحالتها الى الشركة المعترضة. إذا وجدت ان ما قدمته الشركة من عطاء وما فيها من مزايا أخرى تتعلق بكفاءتها المالية وأعمالها المماثلة هي الأجدر بإحالة المناقصة عليها. أو رد الاعتراض المقدم من احد المنافسين وتأييد قرار الادارة متى وجدت المحكمة انه سليم وموافق للقانون ولم ينتهك قواعد المنافسة العادلة والحررة^(٤).

مما تقدم نرى ان تأسيس المحكمة الإدارية لم يكن له أي مبرر قانوني لوجود محكمة القضاء الإداري، إضافة إلى إنها كانت معيبة من حيث تشكيلها كما ذكرنا، وجهة الطعن على قراراتها حيث كان الطعن بأحكامها أمام محكمة استئناف بغداد / الرصافة وكان الأولى أن يكون الطعن بأحكامها أمام المحكمة الإدارية العليا في مجلس شوري الدولة بوصفها الجهة المختصة منطقياً وقانونياً بنظر أحكام المحاكم الإدارية فهي بمثابة محكمة تمييز. ولكن مع ذلك كان لها دور لا يمكن أن نتجاهله في الحفاظ على سلامة وشفافية قبول العطاءات وتنفيذ العقود التي تقوم بها الوزارات والدوائر الحكومية دون تمييز، والدليل على ذلك ما صدر عنها من قرارات تم تصديق اغلبها من الجهات القضائية التمييزية.

المطلب الثاني - أسباب إلغاء المحكمة الإدارية

كان لكثرة الانتقادات التي وجهت الى المحكمة الإدارية من حيث تشكيلها المعيب وتسميتها وجهة الطعن بأحكامها ولغرض إلحاقها بالقضاء العادي. ألغيت المحكمة الإدارية بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤^(٥) وتولى القضاء العادي النظر في المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب الأمر اعلاه^(٦).

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها الصادر في ٢٤/٢ / ٢٠١٤ على ((... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد ان النظر في دعاوى المحكمة الإدارية المختصة بنظر العقود الحكومية العامة أصبح من اختصاص محكمة البداية بعد إلغاء تلك المحكمة بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ وبذلك تكون الأحكام الصادرة من محاكم البداية لا يقبل الطعن بها استثناءً كونها من الدعاوى غير المقدره القيمة وبذلك يكون الطعن فيها من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية لأنها تصدر بدرجة أخيرة وليس من الدعاوى المنصوص عليها في المادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية وحيث ان محكمة

(١) البند رابعاً من المادة (١٠) من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية.

(٢) القاضي لفته هامل، المصدر السابق، ص ١١٢.

(٣) البند حادي عشر من المادة (٧) من التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية.

(٤) رعد هاشم التميمي، المصدر السابق، ص ٢٩٠.

(٥) نصت المادة الأولى من القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ على ((تلغى المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وأية إشارة إليها في هذا الأمر والقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة))

(٦) المادة الثانية من القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣.

الاستئناف ردت الطلب الاستئنافي لسبب آخر فيكون حكمها المميز صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة قرر تصديقه....^(١).

وكذلك قضت الهيئة التمييزية لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية في قرار لها ((... لدى التدقيق والمدولة وجد ان الطعن التمييزي يتعلق بقرار محكمة البداية المختصة بدعاوى العقود والمقاولات الحكومية الصادر بتاريخ ٢٠ / ٣ / ٢٠١٤ وبالمدعى المرقمة ٧/ب مقاولات / ٢٠١٤ والمتضمن رد دعوى المدعي اضافة لوظيفته وقد ارسلت هذه الدعوى الى هذه الهيئة للنظر فيها تمييزا على اعتبار ان المدعي اضافة لوظيفته قد كان موضوع دعواه هو الاعتراض على احالة المناقصة الى شركة اخرى والخاصة (بالمشروع الوطني للديلة)،..... وحيث ان نظر الطعن التمييزي في أحكام المحكمة الادارية تجري من قبل محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية عندما كانت المحكمة قائمة لذا فإن هذه الهيئة لم تعد مختصة بالنظر في الطعون التمييزية بعد إلغائها وإلغاء أية إشارة لها في القوانين والتعليمات النافذة ويصدر الحكم في هذه الحالة بدرجة أولى قابل للاستئناف والتمييز استنادا لأحكام المادتين (٣٢ و ١٨٠) مرافعات مدنية لذا قرر إحالة الطعن التمييزي مع اضبارة الدعوى الى محكمة التمييز الاتحادية للنظر فيها حسب الاختصاص....^(٢).

ونرى أنّ إعادة اختصاص الدعوى التي كانت تنظرها المحكمة الإدارية الى القضاء العادي سيطيّل من اجراءات التقاضي. لأن الحكم سيكون خاضعا للطعن بطريق الاستئناف والتمييز أمام محكمة التمييز الاتحادية في حين كان القرار الصادر منها خاضعا للطعن تمييزا أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية التي كانت تعطي لقرارات المحكمة الإدارية أسبقية في نظرها تمييزا.

أما عن رأينا بصدد إلغاء المحكمة الإدارية نرى ان المشرع العراقي كان موفقا في إلغاء المحكمة الإدارية لأنها لا تشكل حلا " صحيحا" وجذريا" لمشكلة حسم منازعات العقد الإداري. وكان الأجدر بالمشرع إناطة اختصاصات المحكمة الإدارية بمحكمة القضاء الإداري في مجلس شوري الدولة وهذا ما حدث فعلا" في إقليم كردستان العراق فقد ألغيت المحكمة الإدارية المستحدثة بوزارة التخطيط في الإقليم وأودعت اختصاصاتها الى مجلس شوري الإقليم^(٣).

المبحث الثاني

محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات

تعد محاكم البداية من تشكيلات السلطة القضائية التي حددتها المادة (١١) من قانون التنظيم القضائي في العراق رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، وتشكل بموجب بيان يصدره رئيس مجلس القضاء الاعلى الذي حل محل وزير العدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ في المركز الإداري لكل محافظة وحسب حاجتها أو في الاقضية والنواحي. وتعد محكمة البداية المختصة بعقود المقاولات إحدى هذه المحاكم، ولمعرفة التنظيم القانوني لتلك المحكمة سنبحث تأسيسها في الفرع الأول ومن ثم اختصاصاتها في الفرع الثاني وبعد ذلك نبحت في صلاحياتها في فرع ثالث.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦١١/ الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٤ / ٢ / ٢٠١٤ غير منشور.

(٢) قرارها رقم ٣٢٩/م / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٦/٤/٢٠١٤ غير منشور.

(٣) استحدثت هذه المحكمة بموجب التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠١١ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة عن وزارة التخطيط في الأقليم ونشرت في الجريدة الرسمية (وقائع كردستان) بعدد (١٢٤) في ١٤/٤/٢٠١١ وقد ألغيت المادة (١٠) من هذه التعليمات المتعلقة بالمحكمة بموجب كتاب مجلس وزراء الأقليم المرقم (١٦٥٨) في ٥/٧/٢٠١١ بناء على مذكرة مجلس شوري الأقليم. د. عصمت عبد المجيد، اصول المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

المطلب الأول - تأسيس المحكمة

تأسست محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات بموجب البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى ذي العدد ١٤٧ / ق / أ في ٢٥ / ١٢ / ٢٠١٢ حيث نص على ((اولاً... تشكل محكمة بداية في كل منطقة استئنافية تسمى (محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات) تختص بالنظر في دعاوى عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها ويشمل هذا الاختصاص إجراءات القضاء المستعجل والأوامر على العرائض. ثانياً ينفذ هذا البيان اعتباراً من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية))^(١).

وفي شأن تشكيل المحكمة نود أن نبين الآتي :

١. حدد البيان اسم المحكمة هي (محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات) وإن كنا نرى تسميتها محكمة بداية دعاوى عقود المقاولات، ذلك لأن أغلب المحاكم لا تتمسك بحرفية النص وهذا ما وجدناه من بعض القرارات الصادرة عنها.
٢. المحكمة شكلت اعتباراً من تاريخ صدور بيان التأسيس اي تاريخ ٢٥ / ١٢ / ٢٠١٢، في حين إن قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والذي بموجبه ألغى المحكمة الإدارية نفذ بتاريخ ٢٩ / ٧ / ٢٠١٣ وهو تاريخ النشر في الجريدة الرسمية، وهذا يعني إن محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات تمارس عملها قبل إلغاء المحكمة الإدارية. ولأن بيان التأسيس يعتبر قانون خاص وقانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) قانون عام فتسري أحكام القانون الخاص على عقود المقاولات لان الخاص يقيد العام.
- ٣- حدد البيان اختصاص المحكمة وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني - اختصاصات المحكمة

لا بد من بحث اختصاصات المحكمة وفق ما حدده البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى ثم نبين بعد ذلك أهم الاستثناءات الواردة على اختصاصها وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول - الاختصاص العام للمحكمة

الاختصاص بمعناه العام هو تعيين الجهة القضائية التي حولها القانون الفصل في المنازعات. وقواعد الاختصاص هي التي تحدد المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة^(٢). ولقد تحدد اختصاص المحكمة موضوع البحث في البيان المذكور حيث جاء فيه (تختص المحكمة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها ويشمل هذا الاختصاص إجراءات القضاء المستعجل والأوامر على العرائض). وإذا كان الأمر كذلك فيقتضي منا إيضاح المسائل التي تدخل في اختصاص المحكمة ولو بشكل مبسط وعلى النحو الآتي :

أولاً : عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها

(١) نشر هذا البيان في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٦٣) في ١٤ / ١ / ٢٠١٣ .
 (٢) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ٤٢ .

نظم المشرع العراقي عقد المقاوله في المواد من (٨٦٤ - ٨٩٠) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وعرفت المادة ٨٦٤ المقاوله بأنها ((عقد يتعهد به أحد الطرفين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الآخر))^(١).

فعقد المقاوله عقد رضائي ينعقد بمجرد ارتباط قبول احد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقها فلا يحتاج لانعقاده إتباع شكلية، ولكن اعتبار عقد المقاوله عقداً رضائياً لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على وجوب استيفاء شكلاً معيناً بحيث لا ينعقد إلا عند مراعاة ذلك الشكل كتحرير العقد من قبل كاتب العدل مثلاً فيكون العقد شكلياً لأنه لا ينعقد إلا عند مراعاة الشكل الذي تم الاتفاق عليه وهو من عقود المعاوضة لأن كل طرف يأخذ مقابلاً لما يعطيه كما انه من العقود الملزمة للجانبين فالمقاول يلتزم بانجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، وبالمقابل يلتزم رب العمل بأن يتسلم العمل بعد تمكينه للمقاول من انجازه ويدفع الأجر^(٢).

بيد أن عقود المقاوله في نطاق العمل الإداري المتعلق بالمرفق العام يتطلب تنظيمه إضافة إلى ما ورد في أحكام القانون المدني، أحكاماً خاصة نابعة من طبيعة العمل الإداري وخصوصيته كونه يستهدف تحقيق المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام وفقاً لما استقر الفقه على تسميته بالعقد الإداري^(٣). فقد عرفت المادة الأولى من شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمائية الصادرة عن وزارة التخطيط المقاوله بأنها ((شروط المقاوله والمواصفات والخراط وجداول مفردات الأسعار والمبالغ (إن وجد) وعطاء المقاول وصيغة التعاقد وكتاب الإحالة وأية مستندات أخرى مدرجة في صيغة التعاقد وتشكل بمجموعها مستندات المقاوله)).

أما تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ عرفت المقاوله في البند (ثانياً) من المادة الأولى بأنه ((عقد يلتزم بموجبه أحد طرفيه (المقاول) أو شركة مقاولات بتنفيذ الأعمال الآتية : أ - مقاولات إنشائية... ب مقاولات الأعمال الكهربائية والميكانيكية...)).

والأصل في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها هي عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام ما لم يثبت إن نية الإدارة قد اتجهت إلى تطبيق قواعد القانون الخاص^(٤)، على ان هذا الذي نقول به لا يمنع من أن نعدد ما اشتهر في التعامل من العقود الإدارية وهي :

أ- **عقد التزام المرفق العام:** وهو عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان ام شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة مقابل رسم يتقاضاه من المنفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط العامة التي تضعها الإدارة في عقد الامتياز^(٥).

(١) تقابل المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري، أما المشرع الفرنسي فانه يعتبر المقاوله نوع من إجارة الأعمال حيث عرف المقاوله في المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي (بأنه ذلك العقد الذي يتعهد فيه احد الأطراف أن يقوم بعمل شيء لصالح الطرف الآخر نظير اجر متفق عليه بينهما).

(٢) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاوله، بيروت، ٢٠١٣، ص ٧.

(٣) د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاوله، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، الطبعة الأولى، مطبعة الوسام، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣.

(٤) د. حميد يونس، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، دراسة قانونية، بلا دار النشر، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٧.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٥٧، ص ٦٥.

ب- **عقد التوريد (التجهيز)** : وهو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد او شركة يتعهد بمقتضاه الفرد او الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين^(١).

ج- **عقد الأشغال العامة ويتفرع عنه عقد المقاولة الهندسية^(٢)**: وهو عقد إداري تبرمه الإدارة مع احد المتعهدين - فردا كان ام شركة - ويقصد منه قيام المتعهد ببناء عقارات لحساب شخص معنوي عام أو ترميمها او صيانتها بغية تحقيق منفعة عامة، وذلك لقاء ثمن محدد متفق عليه^(٣).

د - **عقد القرض العام**: وهو عقد بمقتضاه يقرض احد الأشخاص الخاصة او العامة مبلغاً من المال إلى الدولة او إلى شخص من أشخاص القانون العام مقابل تعهدا او تعهده بدفع فائدة سنوية محددة ويرد القرض في نهاية الأجل المحدد^(٤).

هـ - **عقد تقديم المعاونة** : وهو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص او العام بالمساهمة عينا او نقدا في نفقات مرفق عام او أشغال عامة وقد يتقدم إلى الإدارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد او شخص من أشخاص القانون العام فإذا ما قبلت الإدارة العرض، انعقد بين الإدارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد إداري وهو عقد تقديم المساهمة^(٥).

ثانياً - القضاء المستعجل

تبرز أهمية القضاء المستعجل في انه يسعف الأفراد بأحكام عاجلة تصدر بعد إجراءات مختصرة ومواعيد مقصرة وجائزة النفاذ بمجرد صدورها مما يعجز عن تحقيقه القضاء العادي، كما انه كثيراً ما ينهي النزاع فعلاً لأنه قد يضع الخصوم أمام أمر واقع يصبح الاستمرار في الخصومة عبثاً، او قد يدل على وجه الصواب في النزاع^(٦). ورغم ان المشرع العراقي نظم أحكام القضاء المستعجل بالتفصيل في المواد (١٤١ - ١٥٠) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ إلا انه لم يورد تعريفاً له وترك الأمر للفقهاء والقضاة.

فقد عرفه البعض بأنه فرع من فروع القضاء المدني يتم اللجوء إليه عند الاستعجال والخطر المحقق من اجل حماية الحق مؤقتاً، مع عدم المساس بأصله، حتى يحسم النزاع من قبل محكمة الموضوع^(٧). وعُرف أيضاً بأنه الفصل المؤقت الذي لا يمس أصل الحق وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة واحترام الحقوق الظاهرة او صيانة مصالح أطراف النزاع^(٨).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، الكتاب الثالث، ١٩٧٣، ص ٧٠٧.
(٢) تعرف المقاولة الهندسية بأنها عقد يتعهد بمقتضاه شخص طبيعي او معنوي بإنشاء او تشغيل او صيانة مشروع معين لحساب شخص معنوي لقاء اجر معين وبموجب الشروط والمواصفات والخرائط المعدة لتنفيذ هذا العقد. ويعتبر عقد المقاولة الهندسية من أهم عقود الأشغال العامة. وتكون على انواع عديدة إلا ان المعروف منها هي مقاوله سعر الوحدة، ومقاوله المبلغ المقطوع، ومقاوله الكلفة زائدا مبلغ كأجور، ومقاوله الكلفة زائدا نسبة معينة ربحا ومقاوله الكلفة المحددة بحد أعلى زائدا نسبة معينة ربحا. في تفاصيل ذلك يراجع حميد يونس، المصدر السابق، ص ١٨.
(٣) د. محمد أحمد غانم، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة (الفيديك)، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١، ص ١٥.

(٤) د. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص ٤٩١.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٤.
(٦) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، بلا دار النشر، ٢٠٠٩، ص ٤.

(٧) صاحب الفتاوي، نطاق اختصاص القضاء المستعجل في الأردن ((ما يدخل فيه وما يخرج عنه))، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٩، العدد ١، ٢٠٠٢، ص ١٦٠.

أما نحن فنعرف القضاء المستعجل بأنه طلب اتخاذ إجراء وقتي يدرأ خطر داهم أو ضرراً قد يتعذر أو يصعب أزالته إذا لجا الخصوم إلى المحاكم بإجراءات الدعوى العادية. ويشترط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة للنظر في الدعوى توافر شرطين أساسيين أولهما : توافر صفة الاستعجال في النزاع المعروف أمامه (٢). ثانيهما : عدم المساس بأصل الحق (٣). فإذا افتقرت المنازعة إلى أي من هذين الشرطين انعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظرها ويتعين عليه الحكم بعدم الاختصاص، أما لعدم وجود عنصر الاستعجال وأما للمساس بالموضوع. وفي شأن اختصاص محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات فإنها تختص بالفصل - بصفة مستعجلة - في كل ما يتعلق بعقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها. ومنها إجراء الكشف الذي يطلبه المتعاقد مع الإدارة لغرض تثبيت واقع حال العمل المنفذ.

ثالثاً - الأوامر على العرائض

أن من أهم وظائف القضاء هو الفصل في الخصومات والمنازعات التي تعرض عليه وإلى جانب الوظيفة القضائية توجد وظيفة أخرى أقرب إلى عمل الإدارة تسمى (القضاء الولائي) ويتمثل بالأوامر التي تصدر على عريضة أحد الخصوم وهو ما تتناوله المواد (١٥٣-١٥٢-١٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩. ويكون طلب الأمر بعريضة تتضمن موضوع الطلب وتاريخ تقديمه والبيانات اللازمة لتقديمه وأسم الخصم الموجه إليه الأمر، مع ذكر الوقائع والأسباب القانونية التي تدعو لاستصدار الأمر. فتصدر المحكمة الأمر دون تبليغ الخصم لأن القانون لم يشترط التبليغ خصوصاً وان بعض الأوامر تستدعي العجلة كالحجز الاحتياطي لأن علم الخصم بها يجعله يخفي أمواله أو تهريبها هنا يصدر القاضي أمراً " بقبول الطلب أو رفضه في نفس اليوم أو اليوم التالي (٤). ويجوز لمن صدر الأمر ضده ولطالب الأمر الولائي عند رفض طلبه ان يتظلم لدى المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثة ايام من تاريخ إصدار الأمر أو من تاريخ تبليغه (٥). وتفصل المحكمة في التظلم على وجه الاستعجال ولها سلطة تأييد الأمر أو إلغائه أو تعديله بقرار قضائي قابل للطعن تمييزاً لدى محكمة التمييز (٦).

وفي شأن اختصاص المحكمة فإنه يقتصر على إصدار الأوامر الخاصة بدعاوى عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها. ومن تطبيقات القضاء في هذا الصدد قرار محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات الذي يقضي ((.. بإعادة خطابات الضمان إلى المصرف الذي أصدرها وذلك لحين صدور قرار هيئة التحكيم والمصادقة عليه وإيقاف الإجراءات القانونية الأخرى..)) (٧) وقد تظلم المدعي عليه (المدير العام لشركة المعدات الهندسية) لدى المحكمة المذكورة فأصدرت قرارها الذي يقضي ((..... بتأييد

(١) معوض عبد النواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٥.

(٢) ركن الاستعجال يجب أن يكون متحققاً ابتداءً، أي عند رفع الدعوى لأن عدم تحققه يوم رفع الدعوى يجعل الطلب مقدم إلى محكمة غير مختصة نوعياً ويجب أن يكون الركن المذكور قائماً لآخر مراحل القضاء المستعجل فزوال ركن الاستعجال يوم نظر الطلب يوجب رده من جهة الاختصاص. القاضي هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٢٣.

(٣) ينظر نص المادة (١٤١) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٤) د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، الجزء الثالث، المصدر السابق، ص ١٥١ وما بعدها.

(٥) الفقرة (٢) من المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٦) الفقرة (٣) من المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٧) قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٥٦/ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠١٣ غير منشور.

الأمر الولائي الصادر بتاريخ ١٨/٨/٢٠١٣.....^(١)، طعن تمييزاً فأصدرت الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الاتحادية قرارها الآتي ((..... وعند النظر على القرار المميز المؤرخ ١٧/٩/٢٠١٣ تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون للأسباب الآتية ١- ان الأمر الولائي موضوع الطعن التمييزي قد صدر بناء على طلب من رئيس هيئة التحكيم وليس بناء على طلب من قبل المميز عليه، وإذ ان المادة (١٥١) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل نصت على إن الأمر الولائي يصدر بناء على عريضة يقدمها الخصم..... إلى القاضي المختص، لذا تكون المحكمة قد جانبت الصواب في ذلك. ٢- ان من شروط إصدار أي أمر ولائي ان يتوافر في الطلب حالة الاستعجال ووجود نص في القانون يجيز للمحكمة إصدار الأمر المطلوب وهذا ما لم يتحقق في الأمر الصادر لعدم وجود نص في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل او أي قانون آخر يجيز إصدار أمر ولائي بإيقاف صرف خطاب الضمان فضلاً عن ان مبلغ خطاب الضمان موضوع الدعوى قد تم صرفه للمميز قبل صدور الأمر الولائي المطعون فيه. ٣- ان خطاب الضمان وفقاً لما جاء في المادة ٢٨٧ من قانون التجارة انف الذكر هو تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة ويحدد فيه الغرض الذي صدر من اجله..... عليه تقرر نقض القرار...))^(٢).

رابعاً - أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية

بعد أن تحدد اختصاص المحكمة بالنظر في عقود المقاولات التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها، صدر كتاب من رئاسة محكمة استئناف بغداد / الكرخ الاتحادية ذي العدد (ذ / ق / ١٦١٤) في ٧/٢/٢٠١٣ حيث ورد فيه (..... يدخل ضمن مفهوم المقاولات أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية دون العقود الاستشارية أو عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بها التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها).
لقد حددت تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ في العراق المقصود بالأعمال الكهربائية والميكانيكية بأنها ((الأعمال المتعلقة بنصب وتركيب وصيانة المعدات والمكائن ومحطات توليد الكهرباء ومحطات الضخ وبدالات الهوائيات وأعمال التكيف والتأسيسات الكهربائية والصحية والماء والمجاري والأبراج والتركيبات المعدنية وصيانة الأجهزة والبرامجيات والحاسبات الالكترونية والمشاريع الصناعية المختلفة وغيرها من الأعمال التي تدخل في دائرة هذا الاختصاص))^(٣).
وعلى الصعيد الدولي فقد نظمت عقود الفيديك^(٤) أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية فيعد الكتاب الأحمر^(٥) ويقصد به مقاولات أعمال الهندسة المدنية وهو من أكثر العقود استخداماً في الواقع العملي

^(١) قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ ٥٦ / تظلم / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٧ / ٩ / ٢٠١٣ غير منشور.

^(٢) حكمها في الدعوى رقم ٤٥٩ / حقوقية / ٢٠١٣ في ٢٩ / ١٠ / ٢٠١٣. غير منشور. وإتباعاً للقرار التمييزي قررت محكمة البداية إلغاء الأمر الولائي الصادر منها بتاريخ ٨ / ٨ / ٢٠١٣ بقرارها رقم ٥٦ / تظلم / ٢٠١٣ في ١٦ / ١٢ / ٢٠١٣. غير منشور.

^(٣) الفقرة (ب) من البند (ثانياً) من المادة (١) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩.

^(٤) الفيديك (FIDIC) هي الأحرف الأولى من كلمات (Federation International Des Ingenieurs Conseils) أي الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.

^(٥) الكتاب الأحمر هو الاسم الذي اشتهر به العقد النموذجي الصادر عن الفيديك والخاص بأعمال البناء التي يصممها رب العمل وسمي بالكتاب الأحمر نظراً إلى ان الفيديك قد اختار لغلغله اللون الأحمر، وقد صدر منه اربع طبعات اشهرها الطبعة الرابعة التي صدرت عام ١٩٨٧ ثم اعيد نشر طبعه معدلة عام ١٩٩٢ ثم عدلت عام ١٩٩٦ وفي عام ١٩٩٩ صدر عقد نموذجي لأعمال الهندسة المدنية لم تعتبره الفيديك طبعة خامسة من الكتاب الاحمر بل اعتبرته طبعة أولى من شروط عقد

ويتضمن نموذج الشروط العقدية لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المصممة من قبل صاحب العمل او من ينوب عنه، ويقوم المقاول في هذا النوع من العقود بتنفيذ أعمال البناء وفقا لتفاصيل التصميمات المقدمة من صاحب العمل. أما الكتاب الأصفر^(١) فيقصد به أعمال الهندسة الميكانيكية والكهربائية ويتضمن شروط عقد الآلات والبناء والتصميم للآلات الكهربائية والميكانيكية والأعمال الإنشائية او الهندسية المصممة من المقاول^(٢).

الفرع الثاني - الاستثناءات الواردة على اختصاص المحكمة

عند التمعن بالكتاب الصادر من رئاسة محكمة استئناف بغداد / الكرخ الاتحادية نجد انه قد استثنى من اختصاص المحكمة العقود الاستشارية أو عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بها التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها. فما هي هذه العقود ؟ وما سبب استثنائها من اختصاص المحكمة ؟ هذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين :

أولاً - العقود الاستشارية التي تكون دوائر الدولة طرفا فيها

عُرف العقد الاستشاري بأنه عقد مبرم بين طرفين أحدهما يملك الخبرة والمعرفة الفنية، وطرف آخر تتقصه الخبرة والمعرفة اللتان يتمتع بها الطرف الآخر^(٣). أما في العراق فقد عُرفت العقود الاستشارية بأنها العقود التي تبرمها دوائر الدولة ومؤسساتها العامة مع المهندسين المتخصصين في مجال الهندسة المدنية لتقديم الاستشارات التي تتعلق بالجانب الهندسي من حيث وضع التصاميم والنماذج لإقامة المنشآت، أو إدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات تنفيذ المقولة والمصادقة عليها^(٤).

فالعقد الاستشاري هو عقد كغيره من العقود يستند الى المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وذلك إلى جانب ما يحدده القانون من أركان أساسية يجب ان تتوافر في كل عقد ليصبح صالحا وملزما للمتعاقدين وهي الرضا والمحل والسبب ولا تتحقق صلاحية العقد إلا إذا كان منسجما مع القواعد القانونية المقررة في كل ركن من الأركان المذكورة^(٥).

أما عن التكييف القانوني للعقد الاستشاري فقد طرحت عدة آراء فقهية فمن الفقه من يرى ان عقد الاستشارات الهندسية هو عقد وكالة مستنديين في ذلك إلى المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري التي عرفت عقد الوكالة بأنه ((عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل))^(٦) ويرون ان المهندس الاستشاري يقوم بنفس الدور وذلك من حيث ان الوكيل يعمل لحساب موكله وباسمه متمتعا

المقولة، إلا ان بعض الشراح الأجانب والعرب اصطالحوا على تسميته بالكتاب الاحمر الجديد (the new rsd book). د. محمد احمد غانم، المصدر السابق، ص ٧٨.

^(١) الكتاب الأصفر أطلق عليه هذا الاسم نظرا إلى ان الفيديك قد اختار لغلافه هذا اللون، وقد صدرت الطبعة الأولى منه عام ١٩٦٣، والطبعة الثانية عام ١٩٨٠، والطبعة الثالثة عام ١٩٨٧ معاصرة بذلك الطبعة الرابعة من الكتاب الأحمر. د. جمال الدين احمد نصار ومحمد ماجد خلوصي، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك)، بلا دار النشر، ٢٠٠٥، ص ٢٧ وما بعدها.

^(٢) د. حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والخمسون، تشرين الأول، ٢٠١٢، ص ٣١.

^(٣) د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٦.

^(٤) د. عثمان سلمان غيلان، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

^(٥) د. عادل عزت السنجقلي، عقود الاستشارات الهندسية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٣، ص ١١.

^(٦) تقابل المادة (٩٢٧) مدني عراقي و المادة (٦٦٥) مدني سوري.

بالاستقلال في أداء مهمته والمهندس الاستشاري يؤدي عملاً "لحساب عميله وباستقلال عنه أيضاً" كما ان عقد الاستشارات الهندسية كالوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بين المتعاقدين^(١).

لا نتفق مع هذا الرأي لأن عمل الاستشاري هو عمل ذهني ينطوي على تقديم دراسات وهذا يعد عملاً مادياً خلاف عقد الوكالة الذي يرد على التصرفات القانونية.

وفريق آخر من الفقه يذهب إلى إن عقد الاستشارة الهندسية هو عقد إذعان إذ ان امتلاك الخبرة والمعرفة الفنية من قبل احد أطراف العقد يؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي، مما يفرز عملياً وجود طرف ضعيف وطرف قوي فيجعل الطرف الضعيف يقبل دون مناقشة العقد النموذجي المعد مسبقاً من الطرف الآخر وهو المهندس الاستشاري^(٢).

وقد انتقد هذا الرأي من بعض الفقه ونحن نؤيدهم في ان العقد الذي نحن بصدده يتيح للطرف الذي لا يرغب بالتعامل مع المهندس الاستشاري، الذي يريد فرض شروط قاسية على عميله، اللجوء إلى مهندس آخر يوافق إرادته ولا يسير ضدها^(٣).

أما الفريق الثالث فيرى ان العقد الاستشاري هو عقد مقاوله مستندي في ذلك الى نصوص القانون المدني التي عرفت عقد المقاوله بأنه عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئاً او ان يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وأنه بهذا المعنى يستجمع عقد المقاوله خصائص نجدها أيضاً في عقد الاستشارة الهندسية من حيث كونه عقد رضائي ومن عقود المعاوضة وعقد ملزم للجانبين وعقد مهني أي يرد على عمل ومن هنا يرى البعض بأن الاستشارة الهندسية هو عقد مقاوله^(٤).

ونحن نتفق مع الرأي القائل ان عقد الاستشارة الهندسية هو عقد مقاوله استناداً إلى الخصائص المشتركة بين العقدين سالفة الذكر، كما إن كلا العقدين تتطلب من صاحب العمل التعاقد المسبق مع مهندس استشاري (معماري او باختصاص آخر) لتقديم التصاميم والمواصفات وشروط المناقصة والإشراف على التنفيذ بعد رسو المناقصة، كذلك يتضمن عمل الاستشاري تقديم دراسات الجدوى الفنية والاقتصادية للمشاريع وبيان مواصفات وطرق تنفيذها.

أما عن سبب استثناء العقود الاستشارية التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها من اختصاص محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات، فلم نجد مبرراً لذلك خاصة وإننا نلاحظ إن أغلب العقود التي تبرمها الدولة مع الاستشاريين في مختلف قطاعات التنمية تتعلق بتقديم دراسات وخدمات استشارية لمرافق عامة وحيوية تطلبتها زيادة تدخل الدولة في مختلف المجالات مما يقودنا إلى القول ان العقود الاستشارية التي تكون الدولة طرفاً فيها هي عقود إدارية ما لم يثبت ان نية الإدارة قد اتجهت الى تطبيق مبادئ القانون الخاص في علاقاتها التعاقدية مع الاستشاري.

ثانياً - عقود تجهيز السلع والخدمات المتصلة بالعقود الاستشارية التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها :
عقد التجهيز يمثل احد أهم العقود التي تتعاطاها دوائر الدولة وأكثرها شيوعاً، لحاجة هذه الدوائر الى السلع والخدمات لتنفيذ برامجها وسياساتها العامة في مجال إشباع حاجات الجمهور وضمان سير عمل المرافق العامة باطراد وتحقيق أهداف التنمية القومية. وعلى الرغم من أهميته في تحقيق الأغراض

(١) هاشم علي الشهبان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٤٤.

(٢) د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، بلا دار النشر، ١٩٩٥، ص ١٢٤.

(٣) هاشم علي الشهبان، المصدر السابق، ص ٤٦.

(٤) د. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٩٨.

المذكورة، فقد ظلت الأحكام المنظمة لها غير مقننة بإطار نصوص قانونية تجمع بين دفتيها تنظيم قانوني محدد وواضح المعالم ومرجع ذلك عدة عوامل أهمها تطور النشاط الإداري واتساع نطاقه وتشعبه في جميع مجالات الحياة، إضافة إلى تأخر المشرع العراقي في إصدار تشريع محدد لتنظيم الجوانب المتعلقة بأحكام المناقصات العامة خلافا لما هو عليه الحال في غالبية بلدان العالم الأمر الذي أدى إلى تبعثر ونشتت التشريعات المنظمة لهذه التصرفات القانونية^(١).

وعقد التجهيز الذي تبرمه الإدارة العامة يتميز في كونه لا يبرم إلا بين طرفين أحدهما أحد أشخاص القانون العام، أي أحد دوائر الدولة أو شركاتها أو أحد الأقاليم أو المحافظات، كما أن محله يجب أن ينصب على مال منقول أو تجهيز خدمة معينة. إضافة إلى أنه قائم على الاعتبار الشخصي حيث تلعب شخصية المتعاقد دورا مهما. وجهة ذلك أن الإدارة لا تتعاقد إلا مع من تتوسم فيه صفات معينة كالسمعة الطيبة والتجارب السابقة المرضية مع الإدارة والأمانة والنزاهة في التعامل. ويمكن تلمس دور الاعتبار الشخصي في إبرام هذا العقد في ثنايا تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ فقد أباحت توجيه دعوات مباشرة لعدد من المقاولين أو المجهزين أو الاستشاريين المعتمدين ((.....لرصاصتهم وقدرتهم وكفاءتهم الفنية والمالية لتنفيذ مشاريع أو تعاقدات الجهات الرسمية ولوجود مبررات عدة تستدعي ذلك.....))^(٢).

أما عن استثناء عقود التجهيز المتصلة بالعقود الاستشارية من اختصاص محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات، ففي الحقيقة لم نجد أي مبرر لذلك. خاصة وأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ عالجت بإحكام غالبية العقود التي تبرمها الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية مقررة سريانها على جميع العقود لتنفيذ المقاولات العامة والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية^(٣). لما تقدم تُهيب بالجهات المعنية إعادة النظر في هذه المسألة وإدخال العقود الاستشارية وعقود التجهيز المتصلة بها والتي تكون دوائر الدولة طرفا فيها في اختصاص المحكمة.

المطلب الثالث - صلاحيات المحكمة

بعد أن بينا اختصاص محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات لا بد أن نبين صلاحيات المحكمة وهي ذات الصلاحية المنعقدة لمحاكم البداية ولكن في جانب العقود الإدارية معززين ذلك ببعض الأحكام الصادرة منها لأجل أن نتعرف على بعض التطبيقات القضائية بصدد موضوع منازعات العقود الإدارية وتم الاختيار الأنسب من التطبيقات الخاصة بقرارات محاكم البداية ومحكمة التمييز الاتحادية التي تعكس صلاحية المحكمة.

أولاً - "إذا وجدت المحكمة ان الخصومة غير متوجهة تحكم ولو من تلقاء نفسها ببرد الدعوى دون الدخول في أساسها (المادة ١/٨٠) من قانون المرافعات :

(١) رعد هاشم التميمي، المصدر السابق، ص ٨.

(٢) البند (خامساً) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) الفقرة (أ) من البند (أولاً) من المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

على المحكمة ان تدقق ولو من تلقاء نفسها فيما إذا كان المدعي أو المدعي عليه صالحاً للخصومة، لأن الخصومة شرط من شروط الدعوى وأركانها فلا تقوم الدعوى بغير ركن الخصومة ولأن البدء بالمحاكمة بين اثنين ليس بينهما منازعة هو اشتغال بما لا فائدة معه^(١).

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما صدر عن محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات حيث قضت ((....ومن تدقيق المحكمة للعقد وأشخاصه تبين انه مبرم بين المدعي (المدير المفوض لشركة الميناء للمقاولات العامة المحدودة) ومدير عام صحة ميسان وبذلك تكون وزارة الصحة (المدعي عليه) ليست خصم للمدعي كون مدير عام صحة ميسان يتمتع بالشخصية المعنوية وفقاً لتشريعات في وزارة الصحة العراقية، عليه تكون الدعوى واجبة الرد تجاه المدعي عليه لعدم توجه خصومته تجاه المدعي وحيث ان الخصومة من النظام العام وتقضي بها المحكمة ولو من تلقاء نفسها استناداً للمادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية لذلك قررت المحكمة الحكم ببرد دعوى المدعي اضافة لوظيفته.....))^(٢).

ثانياً- " قد تجد المحكمة ان إجراءات الاحالة على الشركة المعترض عليها لم تكن قد استوفت المعايير الفنية والقانونية، فتصدر قراراً بإلغاء المناقصة المعترض على إحالتها

ومن تطبيقات ذلك ما صدر عن محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في قرار لها حيث قضت ((..... ومن خلال تدقيق اضبارة الدعوى والمستندات المبرزة فيها وأقوال وكيل الطرفين فقد تبين ان لجنة تحليل العطاءات قد أوصت بإحالة المناقصة المرقمة (١٦ / ٢٠١٢) بعهددة شركة فتح للإنشاءات التركبية رغم ان هناك فرقا كبيرا" في مبلغ العطاء الذي تقدمت به الشركتين بفارق مبلغ يزيد على ثلاثة مليارات دينار وهذا فيه هدر للمال العام كما وجدت المحكمة ان أسس المفاضلة التي اعتمدها لجنة تحليل العطاءات لم تكن مبنية على أسس قانونية سليمة أضف إلى ذلك فان الجهة المتعاقدة قررت سحب العمل من الشركة المحال عليها المناقصة شركة فتح للإنشاءات التركبية وذلك بسبب تلوها رغم إنذارها نهائياً" مما يدل على ان الشركة غير متمكنة وغير قادرة على انجاز الأعمال المتعاقدة عليها وبالتالي فان المعايير المعتمدة ليست دقيقة ووفق أسس فنية غير مدروسة ولم تكن وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بدليل أخفاق الشركة في انجاز العمل، عليه وحيث ان المحكمة قد قبلت الدعوى من الناحية الشكلية عليه ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بإلغاء المناقصة رقم (١٦ / ٢٠١٢) الخاصة بتجهيز وتنفيذ وتشغيل مشروع ماء المسيب -الاسكندرية - جرف الصخر في محافظة بابل الصادرة من المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما وإلزامهما بإحالة المناقصة المذكورة على شركة بيورك انكوربوريش (ان سي كروب) الكندية.....))^(٣).

ثالثاً - إذا قدم طلب الى المحكمة المختصة بنظر النزاع بتعيين محكمين فلا يتناول هذا الطلب بذاته التصديق على قرارهم أو الحكم بما تضمنه هذا القرار إلا إذا صرح بذلك في العريضة وعندئذ تعين المحكمة المحكمين وتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم (المادة ٢٦٤) من قانون المرافعات

(١) د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، الجزء الثاني، ١٩٧٢، ص ٣٤٧.

(٢) حكم محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠١/ب/مقاولات/٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٦ غير منشور.

(٣) قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٢٦/ب/مقاولات/٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/٣١ غير منشور.

ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات الذي ذهب فيه ((..... وبعد الاطلاع على اضبارة الدعوى المبطللة المرقمة ٥٠/ب مقاولات / ٢٠١٣ المقامة بين ذات الطرفين ولنفس السبب وإطلاع المحكمة على عقد مقاوله خاص بمشروع إنشاء مركز تخصصي لأسنان الزعفرانية المبرم بين الطرف الأول محافظ بغداد إضافة لوظيفته وبين الطرف الثاني شركة... وشركاؤه للمقاولات العامة المحدودة... طلبت وكيلة المدعي عليه إضافة لوظيفته رد الدعوى ثم طلبت اللجوء الى التحكيم استنادا للفقرة التاسعة من البند الحادي عشر من عقد المقاوله ولموافقة وكيل المدعي على طلب اجراء التحكيم قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحكيم وقررت المحكمة تسمية رئيس هيئة التحكيم والمحكمين بعد ان ترك الطرفان أمر تسمية المحكمين للمحكمة وجعل هذه الدعوى مستأخرة لحين تقديم قرار التحكيم استنادا لأحكام المادة ٢٥٢ و ٢٥٣ مرافعات مدنية، قدم رئيس هيئة التحكيم والحكمين قرار التحكيم والذي جاء فيه (قررت هيئة التحكيم فسخ العقد الخاص بمشروع إنشاء مركز تخصصي في الزعفرانية المبرم بين الطرفين) فقررت المحكمة فتح باب المرافعة مجددا، وحيث انه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعدار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى وهذا ما خلص اليه تقرير المحكمين عليه قررت المحكمة تصديق قرار التحكيم المؤرخ في ١١/٢٠ / ٢٠١٣....)) (١).

وقد تصدر المحكمة قرارا برد طلب تعيين المحكمين إذا كان الطلب لا سند له من القانون ومن تطبيقات ذلك دعوى طرفاها المدير المفوض لشركة النواعيد للمقاولات العامة المحدودة إضافة لوظيفته (طالب تعيين المحكمين) والمدير العام للشركة العامة للاتصالات والبريد إضافة لوظيفته (المطلوب تعيين المحكمين ضده) حيث قضت المحكمة ((.... من تدقيق ما تقدم وجدت المحكمة ان الطلب لا سند له من حكم القانون لأن المادة (٩) من موضوع الدعوى قد بينت من انه وعند حصول الخلاف أثناء التنفيذ بين طرفيه فيرجا إلى أسلوب التوفيق بين طرفيه من خلال لجان مشتركة لحله وفي حالة عدم التوصل إلى هذا الحل فيحال النزاع إلى المحاكم المختصة، وحيث إن المادة ١٥/ب من ذات العقد قد بينت المستندات التي تعتبر جزءا من العقد وأضافت بأنه تم تطبيق هذه الملاحق ويرجا إليها في حالة عدم وجود نص صريح في العقد لذلك فلا يمكن اللجوء إلى التحكيم رغم كونه احد ملاحق العقد هي الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية إزاء صريح نص المادة (٩) من العقد عليه وبالطلب قررت المحكمة رد طلب تعيين المحكمين.)) (٢).

رابعا - قد تجد المحكمة إن الإحالة للمناقصة موضوع الدعوى مستوفية للشروط القانونية فتصدر قرارا برد دعوى الشركة المعترضة.

ومن تطبيقات ذلك ما صدر عن محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في حكم لها ((..... من تدقيق المحكمة لاضبارة الدعوى تجد ان الإحالة للمناقصة موضوع الدعوى الى شركة ابن الوليد العامة قد جاءت مستوفية لما تتطلبه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ إضافة إلى ان شركة ابن الوليد العامة هي شركة حكومية عامة وجاء عطائها اقل من العطاء المقدم من شركة المدعي كما وإنها لم تستبعد من قبل لجنة الدراسة والتحليل كون هناك تقييم نهائي للجنة الوزارية العليا لمراجعة ومصادقة العقود.... كما وان ما تخرج به لجنة دراسة وتحليل العطاءات من توصيات فهي غير ملزمة للجنة العليا

(١) قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٨١/ب مقاولات / ٢٠١٣ في ٢٩/١٢/٢٠١٣ غير منشور.

(٢) قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٨ / ب / مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٢ / ١٢ / ٢٠١٣ غير منشور.

لمراجعة ومصادقة العقود لذا تكون دعوى المدعي واجبة الرد وبالطلب قررت هذه المحكمة الحكم برد الدعوى.....(١)).

خامسا" - قد تجد المحكمة ان الدعوى فاقدة لسندها القانوني تصدر حكما ببرد الدعوى

وفي هذا الصدد قضت محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في دعوى أطرافها وزير الإسكان والتعمير إضافة لوظيفته (المدعي) والمدير المفوض لشركة منار الجزيرة للمقاولات العامة المحدودة (المدعي عليه) حيث قضت ((..... ومن خلال دراسة اضبارة الدعوى تبين للمحكمة ان المدعي قد قرر سحب العمل من المدعي عليه ثم أحال المناقصة إلى مقاول آخر بفارق بين مبلغ الاحالة على المدعي عليه والاحالة الثانية على شركة الأنوار العربية للمقاولات حيث ان في العقود الملزمة للجانبين انه في حالة إخلال أي من العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الأعدار ان يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى (م ١٧٧) مدني وليس للمدعي ان يطلب الفرق بين الإحالة الأولى وبدل الإحالة الثانية مع بقاء العقد نافذا دون فسخ طبقا" للمادة المذكورة أعلاه مما تكون دعوى المدعي لا سند لها من القانون وحرية بالرد وقرر ردها.....(٢)).

سادسا" - فسخ عقد المقاوله

ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة البداية المختصة بنظر عقود المقاولات حيث كان طرفا الدعوى المدير المفوض لشركة واصلان للمقاولات العامة إضافة لوظيفته والمدير المفوض لشركة العامة لسكك حديد العراق إضافة لوظيفته الذي قضت فيه ((... ومن خلال المستندات المبرزة في الدعوى تبين ان المدعي عليه لم يتم بتسليم موقع العمل بالكامل بعد توقيع العقد ولاستحالة تنفيذ الشركة المدعية للمشروع على ارض الواقع وبعد ذلك قام المدعي عليه إضافة لوظيفته بسحب العمل من الشركة المدعيه وهذا مخالف لشروط عقد المقاوله لأعمال الهندسة المدنية وحيث ان في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للطرف الآخر بعد الأعدار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ومن خلال ما تقدم قررت المحكمة الحكم بفسخ عقد المقاوله رقم ٢٠٠٧/١٣١...)(٣)).

مما تقدم اتضح لنا ان للمحكمة صلاحيات عدة فيما يتعلق بالعقود الإدارية ليست في مرحلة ما قبل التعاقد فحسب بل في كافة مراحل العقد الإداري. ونرى ان كثرة محاكم البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في كل منطقة استئنافية قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص وتشتت القرارات الصادرة منها خاصة اذا علمنا بعدم وجود الكادر المتخصص في هذا النوع من المنازعات، وكان المشرع في غنى عنها لو عقد اختصاص النظر بمنازعات العقود الإدارية لمحكمة القضاء الإداري. كما نرتأي أن يكون تشكيل هذه المحاكم من قاضي وعضوين لخطورة القرارات الصادرة منها ولأهميتها ولتعلقها بالمصلحة العامة وخاصة إذا علمنا إن اغلب العقود الإدارية تكون مبالغها طائلة.

(١) حكم محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٩/ب/ مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٣/٣٠ غير منشور. وقد صدق تمييزا من محكمة التمييز الاتحادية بقرارها رقم ٣٩٠ / الهيئة المدنية / منقول / ٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٠. غير منشور.

(٢) حكم محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ١٢/ب/ مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٦ غير منشور.

(٣) حكم محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٨٨ /ب/ مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١١/٢٨ غير منشور.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من استعراض جوانب البحث المختلفة نرجو أن نكون قد وفقنا، ندرج أهم النتائج التي توصلنا إليها وكذا فيما يبدوا من مقترحات وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : الاستنتاجات

١- لا يوجد لحد الآن قانون خاص بالعقود وإنما تعتمد نصوص القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل أساساً عاماً من قبل المحاكم في معالجة الجوانب الاقتصادية في قضايا التعاقدات والنزاعات الناشئة عنها، إضافة إلى مجموعة من الوثائق الصادرة عن وزارة التخطيط أهمها : تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ وشروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية.

٢- توفيق المشرع العراقي في إلغاء المحكمة الإدارية لأنها لم تشكل الحل الجذري والصحيح لمشكلة حسم منازعات العقود الحكومية.

٣- إعادة اختصاص الدعاوى التي كانت تنظرها المحكمة الإدارية الملغية إلى القضاء العادي سيطيل من إجراءات التقاضي ؛ لأن الحكم سيكون خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف والتميز أمام محكمة التمييز الاتحادية في حين كان القرار الصادر منها خاضعاً للطعن تمييزاً أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية التي كانت تعطي لقرارات المحكمة الإدارية أسبقية في نظرها تمييزاً.

٤- كثرة محاكم البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في كل منطقة استئنافية قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص وتشتت القرارات الصادرة منها.

ثانياً : التوصيات : نقترح على المشرع العراقي :

١- إعادة النظر في اختصاص محكمة القضاء الإداري وتوسيعها لتشمل النظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، على أن تكون ولاية المحكمة ليست مقصورة على مرحلة ما قبل التعاقد وتقديم العطاءات وإنما كل مراحل حياة العقد الإداري. لما للعقود الإدارية والنظريات القانونية التي تحكمها من طبيعة خاصة تختلف عنها في العقود المدنية، إضافة إلى إن بقاء الاختصاص للقضاء المدني يجعل المنازعات تصطبغ بالصبغة المدنية.

٢- إناطة اختصاصات المحكمة الإدارية الملغاة بمحكمة القضاء الإداري في مجلس شوري الدولة مثلما حدث في إقليم كردستان العراق فقد ألغيت المحكمة الإدارية المستحدثة بوزارة التخطيط في الإقليم وأودعت اختصاصاتها إلى مجلس شوري الإقليم.

٣- شمول العقود الاستشارية وعقود التجهيز المتصلة بها والتي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها باختصاص محكمة البداية المختصة بالنظر في دعاوى عقود المقاولات لعدم وجود أي مبرر لاستثنائها من اختصاص المحكمة. وأن يكون تشكيلة تلك المحكمة من قاضي وعضوين لأهمية القرارات الصادرة عنها ولتعلقها بالمصلحة العامة خاصة إذا علمنا أن أغلب العقود الحكومية تكون مبالغها طائلة.

المصادر والمراجع

أولاً - الكتب العربية

- ١- جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد المقاوله، بيروت، ٢٠١٣.
- ٢- جمال الدين احمد نصار ومحمد ماجد خلوصي، عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك)، بلا دار النشر، ٢٠٠٥.

- ٣- حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، بلا دار النشر، ١٩٩٥.
 - ٤- حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
 - ٥- حميد يونس، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، دراسة قانونية، بلا دار النشر، بغداد، ١٩٧٠.
 - ٦- رعد هاشم أمين التميمي، النظام القانوني لعقد التجهيز، بغداد، ٢٠١٢.
 - ٧- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٥٧.
 - ٨- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، الكتاب الثالث، ١٩٧٣.
 - ٩- عادل عزت السنجقلي، عقود الاستشارات الهندسية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٣.
 - ١٠- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، بلا دار النشر، ٢٠٠٩.
 - ١١- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، الجزء الثاني، ١٩٧٢.
 - ١٢- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، بلا دار النشر، ٢٠٠٩.
 - ١٣- عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
 - ١٤- عثمان سلمان غيلان، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٨.
 - ١٥- عصمت عبد المجيد، أصول المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الأهلية، اربيل، ٢٠١٣.
 - ١٦- علي محمد بدير ومهدي ياسين السلامي وعصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
 - ١٧- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.
 - ١٨- كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاوله، دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق، الطبعة الأولى، مطبعة الوسام، بغداد، ١٩٧٦.
 - ١٩- محمد أحمد غانم، عقود الإنشاءات الهندسية والاستشارية وعقود المقاولات العامة (الفيديك)، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١.
 - ٢٠- معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥.
 - ٢١- نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
 - ٢٢- هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٨.
 - ٢٣- هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
- ثانياً : البحوث**
- ١- حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والخمسون، تشرين الأول، ٢٠١٢.

- ٢- صاحب الفتاوي، نطاق اختصاص القضاء المستعجل في الأردن ((ما يدخل فيه وما يخرج عنه))، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٩، العدد ١، ٢٠٠٢.
- ٣- لفته هامل العجيلي، المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الإدارية، دراسة في آليات الاعتراض والفصل فيه، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث السنة الرابعة، ٢٠١٢.
- ٤- لقمان ثابت عبد الرزاق، دور المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي في الرقابة على المناقصات الحكومية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، ٢٠٠٩.

ثالثاً : التشريعات العراقية

- ١- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٢- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
- ٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغية.
- ٤- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
- ٥- تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩.

رابعاً : القرارات القضائية العراقية

- ١- قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٥٦/ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠١٣ غير منشور.
- ٢- قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ ٥٦/تظلم / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٧ / ٩ / ٢٠١٣ غير منشور.
- ٣- قرار الهيئة التمييزية في محكمة استئناف بغداد الاتحادية في الدعوى رقم ٤٥٩ / حقوقية / ٢٠١٣ في ٢٩ / ١٠ / ٢٠١٣ غير منشور.
- ٤- قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٨٨ /ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٨ / ١١ / ٢٠١٣ غير منشور.
- ٥- قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٨ /ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٢ / ١٢ / ٢٠١٣ غير منشور.
- ٦- قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٨١ /ب مقاولات / ٢٠١٣ في ٢٩ / ١٢ / ٢٠١٣ غير منشور.
- ٧- حكم محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الرصافة رقم ١٠٩ /ب مقاولات / ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٣٠ / ١ / ٢٠١٤ غير منشور.
- ٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٦١١ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٤ / ٢ / ٢٠١٤ غير منشور.
- ٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣٩٠ / الهيئة المدنية / منقول / ٢٠١٤ بتاريخ ١٠ / ٣ / ٢٠١٤ غير منشور.
- ١٠- حكم محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ١٢ /ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ١٦ / ٣ / ٢٠١٤ غير منشور.
- ١١- قرار محكمة البداية المختصة بنظر دعاوى عقود المقاولات في الكرخ رقم ٢٦ /ب مقاولات / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٣١ / ٣ / ٢٠١٤ غير منشور.
- ١٢- قرار الهيئة التمييزية لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية رقم ٣٢٩ / م / ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٦ / ٤ / ٢٠١٤ غير منشور.

الاختصاصات المالية الحصرية للسلطات الاتحادية في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ

أ.م.د. سناء محمد سدخان
كلية الحقوق/ جامعة النهرين

Abstract

the process of distribution of financial competences in Iraq after the adoption central union system (federal) is very important process politically and economically , as the financial recourses is one of the necessary requirements for the work and success of the federal and local authorities (regional) whether the level of regions or governorates not organized in the territory , it also includes a wide range of fields and different financial and economic variables starting from determine ownership wealth , natural resources and its revenues , and the way of distribution between the federal governmental , regions' governments , and governorates that are not organized in a region passing through the financial and monetary policy of these governments till the preparation of the general federal budget , taxes policy and financial and economic relations between the federal government (central) and countries of the world.

the Iraqi constitution for the year 2005 in force has taken the principle of determine the competences of federal authorities for the exclusive , this means the disability of these authorities to practice any specialize is granted of the constitution, when we study the article (110) of constitution , we find that the authorities and competences that granted exclusively to the federal powers is few comparing to the competence which is already given to the regions and governorates that non-organized in the region , even in the theoretical level. it is possible to determine the exclusive financial competences for the federal power to draw the financial policy , customs and monetary which is a part of economical policy that the last one is considered as a part of general policy of the state.

so we will divide this research in to five demands , we will take in the first competence of federal power to draw the financial policy , the second competence is the negotiation in respect of debt and signed policies , third competence in drawing of monetary policy , fourth competence in drawing customs policy , and

finally the fifth demand we will discuss the competence of federal power in drawing the commercial policy.

المقدمة

تُعد عملية توزيع الاختصاصات المالية في العراق بعد تبنيه نظام الاتحاد المركزي (الفيدرالي) عملية مهمة جدا سياسياً واقتصادياً، إذ إن الموارد المالية هي احدى المستلزمات الضرورية لعمل ونجاح السلطات الاتحادية والسلطات المحلية (الاقليمية) سواء أكانت على المستوى الاقليمي أم المحافظات غير المنتظمة في إقليم،^(١) كما أنها تشمل مدى واسع من المجالات والمتغيرات الاقتصادية والمالية المختلفة ابتداءً من تحديد ملكية الثروات والموارد الطبيعية وعائدات إيراداتها وطريقة توزيعها بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مروراً بالسياسة المالية والنقدية لتلك الحكومات وصولاً إلى إعداد الموازنة العامة الاتحادية والسياسة الضريبية والعلاقات الاقتصادية والمالية بين الأقاليم والمحافظات المختلفة وبين الحكومة الاتحادية (المركزية) ودول العالم.

وقد اخذ دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥) النافذ بمبدأ تحديد اختصاصات السلطات الاتحادية على سبيل الحصر، وهذا يعني عدم قدرة تلك السلطات ممارسة اي اختصاص غير ممنوح لها في الدستور، وعند دراستنا للمادة (١١٠) من الدستور نجد ان السلطات والاختصاصات الممنوحة حصراً للسلطات الاتحادية قليلة نسبة الى الاختصاصات الممنوحة للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم حتى على الصعيد النظري، ويمكن تحديد الاختصاصات المالية الحصرية للسلطات الاتحادية في رسم السياسة المالية والكمركية والنقدية التي هي جزءاً من السياسة الاقتصادية والأخيرة بدورها تعد جزء من السياسة العامة للدولة.

لذا سنقسم هذا البحث على خمسة مطالب نتناول في الأول اختصاص السلطات الاتحادية في رسم السياسة المالية، وفي الثاني اختصاصها في التفاوض بشأن سياسات الاقتراض والتوقيع عليها وإبرامها، وفي الثالث اختصاصها في رسم السياسة النقدية، وفي الرابع اختصاصها في رسم السياسة الكمركية، وأخيراً المطلب الخامس نتناول فيه اختصاص السلطات الاتحادية في رسم السياسة التجارية.

المطلب الأول

اختصاصات السلطات الاتحادية في رسم السياسة المالية

عرفت السياسة المالية بأنها (برنامج تخططه وتنفذه الحكومة عن عمد مستخدمة فيه مصادرها الأيرادية وبرامجها الانفاقية لأحداث أثار مرغوبة وتجنب الأثار غير المرغوبة على كافة متغيرات النشاط الاقتصادي والاجتماعي والسياسي تحقيقاً لأهداف المجتمع).^(٢) لذا تقوم الدولة بمجموعة من الإجراءات لتحديد المصادر المختلفة للإيرادات وكيفية تحصيلها وأوجه أنفاقها واستخدامها في المجالات التي من شأنها ان توفر متطلبات تحقيق التنمية الاقتصادية والرفاهية الاجتماعية.^(٣)

(١) د. عمر محمد مولود :- الفدرالية وامكانية تطبيقها كنظام سياسي (العراق نموذجاً) , ط ١, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , ٢٠٠٩, ص ٦٩.

(٢) د. حامد عبد المجيد دراز :- دراسات في المالية العامة، دار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١١

(٣) هزاع داود سلمان :- السياسة المالية ودورها في الاصلاح الاقتصادي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ٢٠٠٩، ص ١١.

وتستخدم الدولة ادوات السياسة المالية لتحقيق اهدافها المنشودة التي تتفق مع طموحاتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، من اجل ذلك تلجا الى استخدام النفقات العامة والايرادات العامة الذين يمثلان محور الموازنة العامة للدولة.

وفي هذا المطلب سنتناول أدوات السياسة المالية في العراق من خلال تقسيمه على ثلاثة فروع نخصص الاول للاختصاص السلطات الاتحادية في النفقات العامة، والثاني لاختصاصها في تحصيل الايرادات العامة، والثالث لاختصاصها في الموازنة العامة للدولة.

الفرع الأول: اختصاصات السلطات الاتحادية في النفقات العامة

النفقات العامة هي مبالغ من النقود تخرج من الذمة المالية للدولة أو إحدى السلطات المكونة لها بقصد اشباع حاجة من الحاجات العامة،^(١) وتتسع أوجه الإنفاق الحكومي في الدولة البسيطة (الموحدة) ودولة الاتحاد المركزي (الفيدرالي) كما هو الحال مع الايرادات، فتنقسم النفقات العامة في العراق على قسمين رئيسين هما النفقات الجارية (التشغيلية) والنفقات الاستثمارية، اذ يوجه النوع الاول من النفقات لتسيير المرافق العامة للدولة بينما يوجه النوع الثاني نحو بناء مشاريع انتاجية ضخمة وصغيرة فضلاً عن التوسع في المشاريع القائمة مما يؤدي الى خلق سلع وخدمات انتاجية تضاف إلى الناتج المحلي الاجمالي فضلاً عن الاستمرار في بناء البنى التحتية للتنمية.^(٢)

ويمكن تقسيم النفقات وفقاً للتقسيمات الاتية :-^(٣)

١ _ التقسيم الإداري :- ويتم على اساس توزيع النفقات على الوحدات الإدارية داخل الدولة فتوزع الاعتمادات المالية على الوزارات والوحدات الأخرى وتحدد مسؤولية الوحدة الإدارية بالصرف في ضوء الحدود المتفق عليها في قانون الموازنة السنوية.

٢ _ التقسيم الوظيفي :- يستخدم هذا التقسيم لتوضيح تقسيم النفقات وفقاً للأنشطة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها من الأنشطة اذ يتم تحديد النفقات الخاصة بقطاع التعليم، والصحة والصناعة... الخ.

٣ _ التقسيم الاقتصادي :- يستخدم هذا التقسيم لتوضيح تقسيم النفقات على اساس نوع النفقة اذ كانت جارية او رأسمالية (الاستثمارية)، ويمكن تمييز النفقة الجارية عن الاستثمارية كونها دورية ومتكررة خلال مرحلة الموازنة كالرواتب والمستلزمات السلعية والخدمات ونفقات الصيانة وغيرها، بينما تكون النفقة الاستثمارية متحققة لمرة واحدة مثل بناء مصنع او محطة طاقة كهربائية والنفقات الموجهة نحو البنى التحتية من الانشاءات والاعمار والموجودات الانتاجية.

٤ _ التقسيم الاقليمي :- ويعتمد تقسيم النفقات العامة بين النفقات العامة للحكومة المركزية (الاتحادية) والنفقات العامة للحكومات الاقليمية والإدارات المحلية، وهذا النوع من التقسيم هو الذي يعيننا على الرغم من تداخل التقسيمات والتبويبات في الموازنة العامة الاتحادية في العراق اذ تجمع بين اكثر من نوع واحد من هذه التقسيمات، وفيما يخص موضوعنا يمكن تقسيم النفقات العامة في العراق على :-^(٤)

١ - النفقات على المستوى الاتحادي (الفيدرالي) :- وهي النفقات ذات الطبيعة العامة والمرتبطة بالبلد كله مثل نفقات الدفاع والامن والضمان الاجتماعي ونفقات الموظفين ونفقات المشاريع ذات النفع العام كمشاريع

(١) د. عادل احمد حشيش :- اساسيات المالية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٢، ص ٦٢.

(٢) صباح صابر خوشناو، الدور الاقتصادي والاجتماعي للموازنة العامة في العراق، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة صلاح الدين - اربيل، ٢٠١١، ص ٥٥.

(٣) د. عادل احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٦٩-٧٢.

(٤) القاضي قاسم حسن العبودي : الثابت والمتحول في النظام الفدرالي، مطبعة الحاج هاشم، اربيل، ٢٠٠٧، ص ٤٩.

الطاقة والبيئة والصحة والقطاع الزراعي والصناعي والتشييد والأسكان والتربية والتعليم والنقل والاتصالات.^(١)

٢- النفقات على مستوى الحكومات الإقليمية الإدارات المحلية :- وهي كل النفقات الخاصة بالإقليم التي ترتبط بالسكان المقيمين في هذا الإقليم كالتعليم والصحة والقضاء وغيرها من المشاريع الخدمية في الإقليم، ويمكن هنا ملاحظة ازدياد النفقات العامة في إقليم كردستان بصورة ملحوظة وهذا ناتج من زيادة الإيرادات العامة للإقليم والمتمثلة بالدرجة الأساس في تصدير كميات من النفط الى الخارج والحصول على نسبة جيدة من إيرادات الحكومة الاتحادية وزيادة إيرادات الإقليم من الضرائب الأمر الذي أدى الى توجيه النفقات العامة في الإقليم الى تأهيل مشاريع البنى التحتية المادية والاجتماعية في الإقليم وتقديم الخدمات الاجتماعية لمواطني الإقليم،^(٢)

إما فيما يتعلق بالمحافظات غير المنتظمة في إقليم فنجد ان الانفاق العام يتوزع ما بين الحكومة الاتحادية والمحافظات فمثلا يكون للمحافظة غير المنتظمة في إقليم حق التصرف واستخدام بما لا يزيد على ٥٠ % من التخصيصات المرصدة لها للقيام بمشاريع لغرض استيراد الطاقة الكهربائية او تقديم الخدمات للمحافظة وتنظيمها وذلك من خلال اجراء المناقلة المطلوبة بالتنسيق مع كل من وزارتي المالية والتخطيط الاتحاديتين بما يعادل (١) دولار عن كل برميل نفط خام منتج في المحافظة و(١) دولار عن كل برميل نفط خام مكرر في مصافي المحافظة و(١) دولار عن كل (١٥٠) متر مكعب من الغاز الطبيعي في المحافظة يتم توزيعه بحسب إنتاج المحافظة والمسلمة الى الحكومة الاتحادية بعد اجراء التسويات الحسابية بعد تدقيقها من ديوان الرقابة المالية الاتحادية في موازنة السنة اللاحقة.^(٣)

كما يتولى المحافظ تنفيذ خطة اعمار وتنمية المحافظة المصادق عليها من وزارة التخطيط الاتحادية ويتولى مجلس المحافظة مسؤولية مراقبة التنفيذ على الاقضية والنواحي المرتبطة بالمحافظة بحسب النسب السكانية.^(٤)

٣- النفقات المشتركة :- وهي النفقات لبعض المشاريع او اوجه الانفاق الخاصة التي تشترك فيها الحكومة الاتحادية مع حكومة الإقليم او الادارات المحلية.

وتساهم الحكومة الاتحادية في تمويل ما نسبته (٦٥% - ٧٠%) من بعض المشاريع المشتركة في المحافظة غير المنتظمة في الأقليم مثل بناء (الجامعات، والبنية التحتية الاقتصادية المحلية والمشاريع الزراعية والصناعية بعد التنسيق مع المحافظات) إذ ألزم قانون الموازنة العامة الاتحادية الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بالتنسيق مع المحافظات عند اختيار المشاريع مع اصدارها خطة لتوزيع المشاريع واعلام المحافظات بها بحسب النسب السكانية المقررة لكل محافظة لضمان عدالة التوزيع باستثناء المشاريع الاستراتيجية التي تستفيد منها اكثر من محافظة وعدم التداخل بين مشاريع الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزارة ومشاريع خطة تنمية الاقاليم والمحافظات، وتخول صلاحية الوزير الى المحافظ المعني بالإعلان والإحالة والتنفيذ للمشاريع الوزارية (الصحة و التربية و البلديات والإشغال والتجارة الأعمار والإسكان و

^١ المادة (٢/اولا) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٢ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٣٣) في ٢٠١٢/٣/١٢.

^(٢) صباح صابر خوشناو، مصدر سابق، ص ٢١٠.

^(٣) المادة (٢/هـ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٢.

^(٤) الفقرة (٢) من المادة نفسها.

الزراعة و العمل والشؤون الاجتماعية و والثقافة والشباب والرياضة) دون مبلغ (١٠) مليار دينار بعد مناقلة المبالغ من حساب الوزارة الى حساب المحافظة.(١)

الفرع الثاني: اختصاص السلطة الاتحادية في تحصيل الإيرادات العامة

تمثل الإيرادات العامة من حيث مكوناتها وأساليب تحصيلها أهمية بالغة في رسم السياسة المالية وفي توفير الاموال اللازمة لتنظيم عمليات الإنفاق لان تنفيذ العمليات يعتمد على استحصال الإيرادات التقديرية ضمن الموازنة العامة الاتحادية والموازنات المحلية (الإقليمية) للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم،(٢) لذا يتطلب بذل أقصى الجهود لتحصيل وجباية الاموال المخطط لها في تلك الموازنات لتوفير مستلزمات الإنفاق وبالتالي تهيئة تنفيذ الخطط والبرامج التي تضمنتها السياسة المالية للعراق بما يحقق الاستقرار والتوازن الاقتصادي والاجتماعي واستغلال الموارد المعطلة وزيادة الانتاج وخلق فرص العمل والسيطرة على معدلات التضخم واستقرار الاسعار.(٣)

والإيرادات العامة في العراق تتمثل في كل ما يتحقق للسلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم من عوائد مالية نتيجة تقديمها للخدمات العامة أو امتلاكها للموجودات والمصانع او فرضها الضرائب والرسوم او اي مصدر اخر للدخل. ويواجه العراق تحديات مالية واقتصادية عدة في هذا الاطار اهمها تحديد مصادر الإيرادات بمستوياتها المختلفة.(٤) والأسئلة التي يمكن ان تثار هي كيف يجري تقسيم اختصاصات تحصيل الإيرادات بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم؟ وما هو الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية في تحصيل تلك الإيرادات ؟

ويمكن الإجابة عليها من خلال تقسيم مصادر الإيرادات أو الدخل إلى إيرادات الموارد غير الطبيعية التي تشمل الضرائب والرسوم والقروض والإصدار النقدي وإيرادات مبيعات ممتلكات الدولة وإيجارها، فضلا عن الإيرادات الفعلية من خدمات السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم للغير والهبات والمساعدات، وإيرادات الثروات الطبيعية من النفط والغاز والمعادن والمواد الخام والمياه.

أولاً/الضرائب والرسوم : تعد الضرائب أقدم مصادر الإيرادات العامة، وقد شكلت خلال مراحل طويلة أساساً للدراسات المالية، والسبب في ذلك لا يعزى الى كبر حجمها المطلق او النسبي اذا ما قورنت بغيرها من مصادر الإيرادات الاخرى بل لكونها تعد من الأدوات السياسية المالية المهمة التي يمكن ان تستخدمها الدولة للتأثير على النشاط الاقتصادي بهدف تحقيق اهداف مالية واقتصادية واجتماعية فضلاً عن اهداف سياسية،(٥) إما الرسوم تعد من الإيرادات الدورية والمنتظمة التي تحصل عليها الدولة وتساهم في تمويل النفقات العامة،(٦) ومن هنا نجد اغلب الدول ومنها العراق توجب تنظيم احكام الشؤون المالية ومبادئها على اسس دستورية تضمن للدولة انتظام الحصول على هذه الموارد لمواجهة التكاليف المتزايدة للوفاء بالحاجات العامة المتجددة وفقاً لضرورات التضامن الاجتماعي بين ابناء المجتمع التي تفرض عليهم المساهمة في

(١) المادة (٢٠ /اولا) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٢.

(٢) هزاع داود سلمان، مصدر سابق، ص٣١.

(٣) صباح محمد صابر خوشناو، مصدر سابق، ص٩٤.

(٤) القاضي قاسم حسن العبودي :- مصدر سابق، ص٨٤.

(٥) د.فوزي عطوي :- المالية العامة،النظم الضريبية وموازنة الدولة , منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٥٨-٩٥.

(٦) إلا إن أهمية الرسوم قد تناقصت في الوقت الحاضر لقيام الدولة بتقديم خدماتها لمواطنيها من دون مقابل أو الاعتماد على الضريبة مقابل هذه الخدمات،ينظر في ذلك د.عادل احمد حشيش،مصدر سابق،ص ١٣٤.

تحمل التكاليف العامة وفي الوقت نفسه تصون ملكية الفرد و ثرواته وتحول دون المساس بها إلا بقانون تصدره هيئة او سلطة تمثل الفرد سواء على المستوى الاتحادي ام على المستوى الاقليمي.^(١) وهذا ما أكدته دستور ٢٠٠٥ النافذ بقوله ((لا تفرض الضرائب والرسوم، ولا تعدل، ولا تجبى، ولا يعف منها الا بقانون)).^(٢)

كما أشار إلى ((إعفاء أصحاب الدخل المنخفضة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة وينظم ذلك بقانون))^(٣) وذلك لاعتبارات اجتماعية واقتصادية وسياسية وهذا الامر يتطلب ان يكون هناك تنسيق بين سلطات فرض الضرائب لتنفيذ هذه الفقرة، وهذا ما يمكن تنظيمه في القانون الذي يصدر بهذا الصدد.^(٤)

إلا انه قد ثار الخلاف بشأن اختصاص فرض الضرائب وجبايتها والاعفاء منها، هل هو من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية الاتحادية؟ أم إن السلطات الأخرى في الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم يمكنها ايضا اصدار تشريعات محلية (اقليمية) لفرض الضرائب وجبايتها والإعفاء منها؟ ان الإجابة على هذا السؤال يمكن مناقشته في نقطتين :-

١- فيما يخص الأقاليم : بالرجوع إلى المواد (١١٠ — ١١٤) من دستور (٢٠٠٥) النافذ التي حددت الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية والمشاركة مع سلطات الأقاليم نجد انها خلت من النص على الضرائب والرسوم ليأتي حكم المادة (١١٥) الذي يعطي سلطات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم اختصاصاً عاماً في كل مالم يرد به نص في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية وهذا يعني انها تركت لسلطات الأقاليم ومنعت السلطات الاتحادية من تنظيم شؤون الضرائب والرسوم وهذا ما لا يمكن قبوله من الناحية المنطقية ولا من الناحيتين القانونية والسياسية كون شؤون الضرائب والرسوم من الاختصاصات السيادية للدولة على شعبها واقليمها الاتحادي، كما ان الضرائب تعد اداة مهمة من ادوات السياسة المالية التي جعلها المشروع الدستوري من ضمن الاختصاصات الحصرية الواردة في المادة (١١٠) منه لذا نؤيد ما ذهب اليه جانب الفقه من إمكانية حل هذه الاشكالية بجعل الضرائب والرسوم الاتحادية من اختصاص

(١) للمزيد من التفصيل بصدد الأسس الفلسفية والدستورية لمبدأ قانونية الضريبة والنتائج المترتبة عليه ينظر - استاذنا احمد خلف حسين الدخيل :. تجزئة القاعدة القانونية في التشريع الضريبي العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠، ص ٣١-٤٥.

- امير عبد الله الجبوري، اختصاصات مجالس المحافظات غير منتظمة في اقليم وحدود الرقابة عليها ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة تكريت ، ٢٠١١ ، ص ٨٨-٩٤.

(٢) البند (اولا) من المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٣) البند (ثانياً) من المادة نفسها.

(٤) شهد العراق بعد عام ٢٠٠٣ عدداً من التعديلات على الضرائب بأنواعها المباشرة وغير المباشرة التي نظمت إحكامها وأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (٣٨) لسنة ٢٠٠٣ و(٤٩ و٨٤ و٥٤) لسنة ٢٠٠٤ التي كانت تنشد تحقيق العدالة الضريبية بزيادة السماحات الشخصية في ما يخص ضرائب الدخل، ومن جانب اخر كانت ترمي الى تخفيف العبء الضريبي عن المكلفين من خلال تعليق هذه الضرائب للمدة ١/١ / ٢٠٠٣ - ٣٠ / ٤ / ٢٠٠٤ بسبب الاحتلال الذي شهدته العراق انذاك الذي أدى إلى شبه توقف في حركة الاقتصاد، اما بالنسبة للضرائب غير المباشرة سيما الضرائب الكمركية فنرى ان هناك تحولا كبيرا صدر في مسار التشريع الضريبي اذ تم الاستعاضة بشكل كلي بالتعريف الكمركية وبنسبة ٥% فقط وبالطبع كان لهذا الإجراء انعكاسا سلبيا على الحصيلة الضريبية، لمزيد من التفصيل بشأن التعديلات الضريبية في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ينظر في ذلك :. أوامر سلطة الائتلاف المؤقتة (الملغية) المرقمة (٣٨) المنشور في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد ٣٨٩٠ في ايلول ٢٠٠٣، والامر (٤٩) المنشور في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد (٣٩٨١) في شباط ٢٠٠٤، والامر (٨٤) المنشور في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد (٣٩٨٤) في حزيران ٢٠٠٤.

- ايمان احمد الياسين :- التوجهات الجديدة للسياسة الضريبية في ظل برامج صندوق النقد الدولي (العراق حالة دراسية للمدة ٢٠٠٧) رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد، ٢٠٠٨، ص ١٠١ - ١٠٨.

السلطات الاتحادية الحصرية وجعل الضرائب المحلية من اختصاص الاقاليم،^(١) كما يمكن ان يكون هناك تحديدا للحدود العليا والدنيا للأوعية الضريبية المختلفة وانواع الضرائب الاتحادي كالضريبة على الدخل وضرائب الاستهلاك وضرائب العقار وضرائب الانتاج وغيرها من خلال الدستور الاتحادي بحيث لا يمكن للسلطات الاتحادية فرض اي نوع اخر من الضرائب مالم ينص عليها الدستور، مع امكانية ان تكون بعض الضرائب مشتركة مثل ضريبة الدخل على المستوى الاتحادي ومستوى الاقاليم وعندها يلتزم بالحد الاعلى المسموح به للضريبة وفقا للدستور، وإذا أرادت السلطات الاتحادية فرض ضرائب جديدة او زيادة الحدود العليا المنصوص عليها دستوريا فأنها ستكون بحاجة الى تعديل دستوري، اما على المستوى الاقليمي فيترك لسلطاتها تحديد الضرائب على مستواها الاقليمي وتحديد تفاصيلها وتعديل مستوياتها بشرط ان لا تكون هذه الضرائب خاصة بالسلطات الاتحادية وفقا للدستور الاتحادي،^(٢) وبذلك يكون لدى العراق ايرادات ضريبية مختلفة على المستوى الاتحادي والمستوى الاقليمي لاختلاف الانظمة الضريبية ومصادر الدخل على كل مستوى من المستويات المذكورة وبذلك يتحقق الاستقلال المالي الذاتي ويمنع الازدواج الضريبي الداخلي.

٢- فيما يخص المحافظات غير المنتظمة في إقليم : اشار الدستور النافذ لعام (٢٠٠٥) إلى تمتع المحافظات التي لم تنتظم في اقليم بالصلاحيات الادارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية، وينظم ذلك بقانون،^(٣) واستنادا إلى ذلك صدر قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة (٢٠٠٨) المعدل الذي الغى أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (الملغية) رقم (٧١) لسنة (٢٠٠٤) إلا انه لم يمه الخلاف والجدل الذي اثاره الامر الملغي،^(٤) عندما منح هذا القانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم اصدار التشريعات المحلية والانظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الادارية والمالية بما يمكنها من ادارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية،^(٥) وهو ما دفع المحكمة الاتحادية العليا إلى القول بأحقية المحافظات غير المنتظمة في اقليم في سن القوانين الخاصة بفرض الضرائب المحلية وجبايتها وانفاقها وسن القوانين الخاصة بفرض وجباية الرسوم والغرامات والضميمة بما يمكنها من ادارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية.^(٦)

(١) استاذنا د. عامر عياش الجبوري واستاذنا د. احمد خلف حسين الدخيل، دستورية الضرائب في العراق، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلة ١٣، ع ٤٩، س ١٦، حزيران ٢٠١١، ص ٢٢٢.

(٢) خاصة وان المادتين (١٢٠-١٢١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ اشارتا إلى صلاحية الإقليم بوضع دستور له، يحدد هيكل سلطات الإقليم التي لها الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية وفقا لإحكام هذا الدستور باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية.

(٣) البند (ثانيا) من المادة (١٢٢) من الدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) أشارت الأقسام (٢-٢) و(٤-١) و(٨-١) من الأمر ٧١ لسنة ٢٠٠٤ (الملغي) إلى صلاحية المجالس المحلية لتحصيل الضرائب وفقا للقوانين الاتحادية مع الاجازة لها بفرض الضريبة وادارة اموالها وانفاقها.

(٥) البند (ثالثا) من المادة (٧) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

(٦) صدر هذا القرار بعد استفسار قدمه مجلس محافظة النجف بصدد تمتع مجالس المحافظات بسلطة سن القوانين الخاصة بفرض وجباية وانفاق الضرائب على وفق بعض مواد الدستور ووفقاً للقوانين العراقية النافذة، وينظر في ذلك: قرار المحكمة الاتحادية العليا، بالعدد ١٦ اتحادية / ٢٠٠٨ بتاريخ ٢١ / ٤ / ٢٠٠٨. والملاحظ هنا ان المحكمة الاتحادية العليا كانت قد اصدرت قرارها لعدد ١٣ / اتحادية / ٢٠٠٧ بتاريخ ١٦ / ٧ / ٢٠٠٧ الذي قالت فيه ((من خلال تدقيق احكام المادة (١١٥) والمواد الأخرى من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ تبين ان مجلس المحافظة لا يتمتع بصفة تشريعية لسن القوانين المحلية ولكن يمارس صلاحياته الادارية والمالية الواسعة استنادا لحكم الفقرة (الثانية) من المادة (١٢٢) من الدستور بما يمكن المحافظة من ادارة شؤونها وفق اللامركزية الادارية وطبقا للقانون الذي يشرع وفق مقتضياتها.....) والسؤال الذي يمكن ان يثار هنا هل ان صدور قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل هو السبب في تغيير المحكمة رأبها الذي كان مستندا الى نصوص الدستور؟ هل إن هذا القانون ادى الى تعديل الدستور؟ وهذا مالا يجوز بطبيعة الحال، كما كان أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٤ (الملغي) قد اقر سلطة مجالس المحافظات في فرض الضرائب وانفاقها وادارتها الا ان

وهذا الأمر ناتج عن خلط المشرع الدستوري والمحكمة الاتحادية العليا بين اللامركزية السياسية واللامركزية الادارية وبناء على ذلك فان منح مجالس المحافظات سلطة تشريعية يتعارض مع القواعد العامة السائدة في نظام اللامركزية الادارية القائمة على منح الهيئات المحلية سلطة اتخاذ القرارات التي تتعلق بممارسة نشاطها الاداري داخل منطقة اختصاصها من دون ان تتعدى إلى السلطة التشريعية، فهي تبقى وحدات ادارية وظيفتها الاساسية ادارة المحافظات على وفق مبدأ اللامركزية الادارية، وهذا ما انتبه إليه المشرع في مواد اخرى من القانون اذ أشار في البند (ثانياً) من المادة (٣١) إلى اختصاص المحافظ في (تنفيذ القرارات التي يتخذها مجلس المحافظة بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين النافذة) فالمشرع استخدم تعبير قرارات التي يتخذها مجلس المحافظة وليس التشريعات الواردة في المادتين (٢/اولا و٧/ثالثا) من القانون وكذلك ما بينه البند (ثاني عشر) من المادة (٧) من القانون عندما اشار الى (اصدار جريدة تنشر فيها كافة القرارات والاوامر التي تصدر من المجلس) فأشار المشرع الى القرارات والاوامر ولم يشير الى التشريعات، ومن ناحية اخرى اشار القانون الى ان الموارد المالية للمحافظة تتكون من الايرادات المتحصلة من الرسوم والغرامات المحلية والمفروضة وفقاً للدستور والقوانين الاتحادية النافذة.^(١) إي إن القانون لم يشير الى إيرادات الضرائب المفروضة من مجالس المحافظات، كما إن المحافظة تحصل على الرسوم والغرامات المحلية المتحصلة وفقاً للقوانين الاتحادية وليس وفقاً لقوانين مجالس المحافظات، لذا نجد قرارات لمجلس شورى الدولة ومجلس الوزراء تؤكد عدم تمتع مجالس المحافظات بباي سلطة تشريعية ومنها سلطة فرض الضرائب والرسوم.^(٢)

ثانياً/الإيرادات الأخرى غير الضرائب والرسوم : وتشمل هذه الإيرادات الإيرادات الرأسمالية وإيرادات مبيعات ممتلكات الدولة وإيجارها، فضلاً عن الإيرادات المتأتية من الهبات والمساعدات. ومن الناحية القانونية فإن أملاك الدولة نوعان : اموال ذات ملكية عامة وهي تخضع لأحكام القانون العام وهي معدة للنفع العام ولا تقصد الدولة تحقيق الربح هدفاً مباشراً من خلال استغلالها كالطرق والجسور الحدائق العامة والموانئ.... الخ وعادة ما تفرض الدولة رسوماً على الانتفاع بهذه الاموال ويطلق عليها الاموال الدومين العام. كما يطلق على الثاني من الاموال مصطلح الدومين الخاص وهو ذات ملكية عامة وتخضع لأحكام القانون الخاص ومعدة للاستغلال الاقتصادي.^(٣) ويمكن تقسيم الدومين الخاص تبعاً لنوع الاموال التي يتكون منها إلى الدومين العقاري (الإيرادات العقارية) والدومين التجاري (الإيرادات التجارية) والدومين الصناعي (الإيرادات الصناعية) والدومين الزراعي (الإيرادات الزراعية) والدومين المالي (الإيرادات المالية) وهذه الإيرادات لا

المحكمة لم تستند اليه وإنما استندت إلى مواد دستور ٢٠٠٥ فقط، هذا تناقض وتعارض في أراء المحكمة لا يمكن قبوله خاصة وانها من اكثر المؤسسات الدستورية التزاماً بالدستور ووظيفتها الأساسية حمايته والمحافظة عليه من اي خرق او تجاوز من السلطات العامة.

(١) المادة (٤٤) من قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

(٢) منها رأي مجلس الشورى الدولة الصادر بالعدد (١٩٧٢) في ٢٥ / ١٠ / ٢٠٠٩ المتعلق بموضوع قانون المولدات ذات النفع العام رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ الصادر من مجلس محافظة بابل، وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم (٢٧) في ١٧ / ١ / ٢٠١٢ المتضمن عدم صلاحية مجالس المحافظات فرض الضرائب والرسوم وضرورة اتخاذ الاجراءات المقترضة لالغاء قرار محافظة بابل القاضي بفرض رسوم على الفلاحين جراء حصولهم على المشتقات النفطية من مجلس النواب استناداً الى أحكام المادة (٤) من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ / قانون التعديل الاول لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨.

(٣) د. طاهر الجنابي، المالية العامة والتشريع المالي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ص ص

تشكل أهمية كبيرة في الاقتصاد العراقي بسبب الظروف السياسية والإهمال واعتماد الاقتصاد العراقي على الإيرادات النفطية.^(١)

الفرع الثالث: اختصاص السلطات الاتحادية في وضع الموازنة العامة للدولة.

تُعد الموازنة العامة للدولة عموماً المحور الذي تدور حوله جميع أعمال الدولة ونشاطاتها في جميع الحقول، فهي انعكاس لدور الدولة في النشاط الاقتصادي، وقد تتابع التغيير في هذا الدور بتطور الفكر المالي، ومن الطبيعي إن يتبع هذا التطور في دور الدولة تطور مماثل في مفهوم الموازنة ودورها في النشاط الاقتصادي فبعد ان كان هذا المفهوم يقتصر على القواعد القانونية والحسابية أصبح الان يتعدى ذلك ليصل إلى حدود المصير الاقتصادي والسياسي للدولة.^(٢)

وإذا كان هذا الأمر ينطبق على مختلف الدول سواء أكانت دولة بسيطة (موحدة) أم دولة مركبة (اتحادية) مع الاختلافات التفصيلية لكل دولة، فإن الموازنة العامة في دول الاتحاد المركزي (الفيدرالي) ومنها العراق تحظى بأهمية خاصة إذ تتخذ كوسيلة لبيان عملية التنسيق المالي بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وإساليها لتحصيل الإيرادات وحصصها الاتفاقية هذا من جانب، ومن جانب آخر يكون للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم موازنتها المستقلة لتنظيم أمورها المالية في ضوء استقلالها المالي إلا أنها تبقى مرتبطة بالموازنة الاتحادية.^(٣) ومن أجل الولوج أكثر في إبراز دور الموازنة الاتحادية للعراق وبيان العلاقة بينها وبين موازنة إقليم كردستان العراق (الأقاليم الوحيد في العراق) وموازنة المحافظات غير المنتظمة في إقليم، سنتناول هذه الموضوعات في النقاط الآتية :-

أولاً/ وضع الموازنة الاتحادية للدولة. نص البند (ثالثاً) من المادة (١١٠) من الدستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥) النافذ على اختصاص السلطات الاتحادية بوضع الميزانية العامة للدولة وهنا تسمى الميزانية العامة وفي البند (سابعاً) من المادة نفسها تسمى الموازنة العامة وكذلك في المادتين (٦٢/أولاً و٨٠/رابعاً) وهنا نلاحظ التكرار في مواد الدستور.^(٤) إما البند (سابعاً) من المادة (١١٠) من الدستور النافذ فيشير إلى وضع مشروع لموازنتين: الأولى هي الموازنة العامة والمقصود بها الاعتيادية، والثانية هي الموازنة الاستثمارية في حين ليس هناك ما يشير إلى ذلك في صلاحيات مجلس الوزراء وصلاحيات مجلس النواب هذا من ناحية. ومن الناحية أخرى فإن نظام الموازنتين الذي كان معمولاً به في السابق منذ السبعينيات (إنشاء مجلس الأعمار) ولغاية (٢٠٠٣) قد استبدل بنظام الموازنة الواحدة بعد احتلال العراق وتغيير النظام السياسي في

(١) كامة ران رقيب المفتي .: سوق الأوراق المالية والمبررات الاقتصادية لا قامت في إقليم كردستان العراق، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة صلاح الدين - أربيل، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

(٢) لمزيد من التفصيل في تطور دور الموازنة العامة وأهميتها وأهدافها ينظر في ذلك :-

- د. حسن عواضة و د. عبد الرؤوف قطيش .: المالية العامة، الموازنة، الضرائب والرسوم، دراسة مقارنة، دار الخلود، بيروت، ١٩٩٥، ص ١٠ - ١٥.

- د. فوزي عطوي .: مصدر سابق، ص ٢٩٩ - ٣٠٢.

- د. عادل أحمد حشيش مصدر سابق، ص ٢٧٠ - ٢٧٥.

(٣) د. بان الصالحي :- تخصيص الإيرادات في الدولة الفيدرالية، بحث منشور في مجلة المنصور، كلية المنصور الجامعة، ع ١٤، س ١٠، ٢٠١٠، ص ١٠.

(٤) أشار البند (أولاً) من المادة (٦٢) من الدستور النافذ إلى تقديم مجلس الوزراء قانون الموازنة العامة والحساب الختامي إلى مجلس النواب لإقراره، أما البند (رابعاً) من المادة (٨٠) أشار إلى صلاحية مجلس الوزراء إعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية.

٢٠٠٣/٤/٩،^(١) فقد وضعت سلطة الائتلاف المؤقتة (الملغية) موازنة واحدة تتضمن النفقات الاعتيادية والاستثمارية وحتى صدور قانون الادارة المالية والدين العام رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤ الذي اخذ بنظام الموازنة الواحدة واتبعت الحكومة الاتحادية المنهج نفسه بعد ذلك.^(٢)

وقد عرف القانون المذكور الموازنة الاتحادية بانها ((تخمين اجمالي للايرادات والواردات السنوية كما مصادق عليها من قبل الحكومة الفيدرالية)).^(٣) وبذلك تتولى الحكومة الفيدرالية (الاتحادية) الاختصاص الحصري في وضع الموازنة الاتحادية استنادا الى قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية (الملغي)،^(٤) وتضمن قانون الإدارة المالية والدين العام الاجراءات التي تحكم عملية اعداد وتنفيذ الموازنة الفيدرالية (الاتحادية) للعراق والامور المتصلة بها ومنها القرض العام والضمانات والرقابة الداخلية والمحاسبة والتدقيق مع مراعاة مبادئ الشفافية والشمولية والانسجام عند اعداد وتنفيذ الموازنة الفيدرالية والامور المتصلة بها.^(٥) ويتم إعداد هذه الموازنة على أساس خطط التنمية الاقتصادية والسعي وراء استقرار الاقتصاد الكلي والسياسة الاقتصادية و مراعاة تقوية الوضع المالي للعراق، وتقليل التذبذب في نفقات الحكومة الاتحادية،^(٦) على إن يتم إعداد الموازنة الاتحادية على تنبؤات حكيمة ومعدلة لأسعار النفط والمنتجات النفطية والضرائب وايرادات الكمارك، وتمر عملية إعداد الموازنة الاتحادية بمراحل تبدأ من قيام وزير المالية خلال شهر ايار من كل عام تقرير عن اولويات السياسة المالية للسنة المقترح الانفاق فيها وحدود الانفاق لكل وحدة وتقدم الى مجلس الوزراء للمصادقة عليها،^(٧) كما يقوم وزير المالية بالتشاور مع وزير التخطيط والتعاون الانمائي بأعمال اللوائح الداخلية وأهداف السياسة المالية لوحدة الانفاق لغرض القيام بتخطيط موازنتها خلال شهر حزيران من كل سنة،^(٨) ثم تقدم وحدات الانفاق بتقديم تقديرات نفقاتها وايراداتها الى وزارة المالية في موعد اقصاه ٣٠ /٦/ من كل عام،^(٩) لتتمكن وزارة المالية من مناقشتها مع تلك الوحدات خلال شهر تموز من كل عام.^(١٠) لرفع مشروع قانون الموازنة الاتحادية الى مجلس الوزراء في ١ / ايلول من

(١) د. شاكر لطيف :- ملاحظات اقتصادية، بحث منشور في كتاب مأزق الدستور، دار الفرات للطباعة والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢٧٩

(٢) على الرغم من تطور الرؤية السياسية والاقتصادية للموازنة الاتحادية بعد ٢٠٠٣/٤/٩ بحيث اصبحت كما قيل بشأنها بانها الاداة الرئيسية لتنفيذ اولويات الاقتصاد العراقي على المدى القريب والبعيد، لم يتم الإعلان عن إي موازنة خلال سنتي ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤ فلم تعلن سلطة الائتلاف المؤقتة (الملغية) عن إي تفاصيل للموازنة العامة للدولة المتبقية من سنة ٢٠٠٣ ماعدا تصريح (بول بريمر) من إن تخصيصات موازنة ٢٠٠٣ هي (٦) مليار دولار، والشئ نفسه بالنسبة لموازنة ٢٠٠٤ وهي (٢٠) مليار، للمزيد من التفصيل ينظر في ذلك:-

- صباح صابر خوشناو، مصدر سابق، ص ٤١.

(٣) القسم (٢) من قانون الادارة المالية رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤.

(٤) أشارت الفقرة (٣) من القسم (٤) الى حصر اختصاص رسم الموازنة الفيدرالية للعراق بالحكومة الفيدرالية استنادا الى الفقرة (ج) من المادة (٢٥) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ (الملغي) كما أنها أشارت (إي الفقرة ٣) أعلاه إلى الموازنة مستقلة للأقاليم بواسطة الحكومات الاقليمية.

(٥) القسم (١) من قانون الادارة المالية، رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤ .

(٦) الفقرة (١) من القسم (٦) من قانون الإدارة المالية رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤.

(٧) الفقرة (٢) من القسم نفسه.

(٨) الفقرة (٣) من القسم نفسه.

(٩) الفقرة (٤) من القسم (٦) من قانون الإدارة المالية رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤.

(١٠) الفقرات (٥ و ٦ و ٧) من المصدر نفسه.

كل عام لقراره ورفعته في ١٠ / تشرين الاول من كل عام الى مجلس النواب للموافقة عليه او تعديله استنادا إلى أحكام الدستور.^(١)

ثانياً / علاقة الموازنة الاتحادية بموازنة الاقاليم : بعد تغيير النظام السياسي في العراق في ٩/٤/٢٠٠٣، أصبحت موازنة اقليم كردستان العراق (الاقليم الوحيد القائم في العراق) جزء من الموازنة الاتحادية التي تغطي ١٨ محافظة وابتداءً من موازنة سنة ٢٠٠٤ المالية بضمنها اقليم كردستان والتعامل معه كحكومة اقليمية تتدفق مواردها الى الخزينة العامة في حسابات موحدة بالنسبة للايرادات والنفقات ويتم تخصيص نسبة تتحدد بـ ١٧ % من اجمالي الموازنة الاتحادية لتمكين الإقليم من إعداد موازنته المستقلة والقيام بأعبائه ومسؤولياته مع موارده وحاجاته ونسبة السكان فيه.^(٢) وبذلك تتكون إيرادات الأقاليم من الحصة المقررة من الموازنة الاتحادية ومن موارد الاقليم المحلية التي في ضوئها يتم اعداد موازنة الاقاليم من وزارة المالية والاقتصاد في الاقليم بالنيابة عن حكومة الاقليم لكونها التنظيم المركزي الذي يقوم بتخطيط وادارة ورقابة الموارد العامة في الاقليم، ثم يرفع مشروع قانون الموارد العامة (قانون موازنة الإقليم) إلى رئاسة مجلس الوزراء،^(٣) في الإقليم لرفعه إلى المجلس الوطني لإقليم كردستان لإقراره.^(٤) ويقوم مجلس وزراء الاقليم بتسليم نسخة من قانون الموازنة العامة للاقليم لوزارة المالية الاتحادية بعد مصادقة المجلس الوطني للاقليم عليه.^(٥)

إما من الناحية الاقتصادية والمالية فالعلاقة ما بين الموازنة الاتحادية وموازنة اقليم كردستان يجب ان تكون وثيقة من حيث التأثير في النشاط الاقتصادي وفي تبني سياسات الاستقرار الاقتصادي لتحقيق الاهداف الاقتصادية لذا تكون صلاحية الاقليم في هذا المجال محدودة وفي حدود الالتزام بالسياسة المالية والتوجهات الاقتصادية للسلطات الاتحادية.

ثالثاً /علاقة الموازنة الاتحادية بموازنة المحافظات غير المنتظمة في اقليم : من الامور المهمة التي تساعد المحافظات غير المنتظمة في اقليم للنهوض بدورها الفعال والايجابي ان يكون لها مورد مالي خاص بها يساعدها على تطوير مرافقها، وان تتحرك بحرية اكبر في تنفيذ مشاريعها الخاصة بالمحافظة، وعلى هذا الاساس يكون لها موازنة خاصة تشمل جميع الايرادات المتوقع ان تحصل عليها تلك المحافظة والنفقات المقرر صرفها خلال السنة المالية بما يحقق الاستقلال المالي والاداري لها على وفق مبدأ اللامركزية

(١) الفقرات (٢) من القسم (٤) من القانون نفسه والمادة (٦٢) من دستور ٢٠٠٥ النافذ ومن الجدير بالذكر ان إعداد الموازنة الاتحادية للعراق في اغلب الاحيان تركز على اسس تعكس الاولويات الضرورية للمرحلة التي تمر بها الدولة من حيث اعطاء الاولوية لتحقيق الامن والاستقرار وانجاح الخطط الامنية التي من شأنها مساندة المصالحة الوطنية كذلك بناء القدرات الذاتية للوزارات والدوائر والهيئات والشركات العامة للدولة لتمكينها من اشباع الحاجات والخدمات الاساسية للمواطنين، مع تفعيل دور الدولة في تحريك النشاط الاقتصادي وضمن الموارد المالية المتاحة للموازنة والسعي لتحقيق التوازن بين الايرادات والنفقات بما يؤمن التقليل النسبي لعجز الموازنة وتخفيف عبء الدين العام وذلك من خلال توزيع التخصيصات بين النفقات التشغيلية ونفقات المشاريع الاستثمارية لتحقيق التوازن المطلوب بين تقديم الخدمات العامة وتحقيق معدل نمو اقتصادي بهدف التوسع في عملية الاعمار واعادة الاعمار وتطوير البنى التحتية والعمل على امتصاص او معالجة البطالة. لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك :- وزارة المالية ، دائرة الموازنة اسس اعداد تقديرات الموازنة الاتحادية للدولة لسنة ٢٠١٢، ص ص ٢-٣.

- احمد محمد علي احمد البغدادي :- النظام المحاسبي الحكومي في ظل التطورات الحاصلة في العراق وتطبيق قانون الإدارة المالية والدين العام ذي العدد ٩٥ لسنة ٢٠٠٤، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد، ٢٠٠٨، ص ص ٧٧ - ٨٠.

(٢) البند (ثالثاً) من المادة (١٢١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٣) المادة (٤/٨) من قانون مجلس وزراء اقليم كردستان رقم ٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل.

(٤) البند (سابعاً) من المادة (٥٦) من مجلس الوطني لكردستان العراق رقم (١) لسنة ١٩٩٢ المعدل.

(٥) د. عاطف لافي مرزوق، مصدر سابق، ص ٥٨.

الإدارية الذي تعمل في ظلّه.^(١) وقد نص قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل على اختصاص مجلس المحافظة في اعداد الموازنة الخاصة بالمجلس لدرجتها في الموازنة العامة للمحافظة، والمصادقة على مشروع الموازنة العامة للمحافظة التي يعدها المحافظ على وفق المعايير الدستورية بالأغلبية المطلقة لعدد الاعضاء لرفعها الى وزارة المالية الاتحادية لتوحيدها مع الموازنة العامة.^(٢)

ومن الملاحظ ان الموازنة الاتحادية للعراق تخصص مبالغ لموازنة المحافظات غير المنتظمة في اقليم للادارات العامة المركزية والمحلية،^(٣) كما خصصت مبلغ قدره (٦١٨٣٨٣٥٤٤) إلف دينار أعمار وتنمية مشاريع الاقاليم والمحافظات بضمنها اقليم كردستان ويتم توزيعه بحسب نفوس كل محافظة وينفذ بعد تقديم المحافظ خطة اعمار المحافظات والاقضية والنواحي التابعة لها المصادق عليها من مجلس المحافظة. إلى وزارة التخطيط (بالتنسيق مع مجالس النواحي و الاقضية) لغرض دراستها والمصادقة عليها على ان تراعي المناطق الاكثر تضررا داخل المحافظة كما منحت المحافظات تخصيصات كمشاريع للمحافظات بما فيها اقليم كردستان، وللمحافظة حق التصرف واستخدام ما لا يزيد على ٥٠% من هذه التخصيصات لغرض استيراد الطاقة الكهربائية او تقديم الخدمات للمحافظة وتنظيمها من خلال إجراء المناقلة المطلوبة بالتنسيق مع كل من وزارتي المالية والتخطيط الاتحاديتين بما يعادل (١) دولار عن كل برميل نפט خام منتج في المحافظة و(١) دولار عن كل برميل نפט خام مكرر في مصافي المحافظة و(١) دولار عن كل (١٥٠) متر مكعب منتج من الغاز الطبيعي والمسلمة الى الحكومة الاتحادية على ان يتم إجراء التسويات الحسابية بعد تدقيقها من ديوان الرقابة المالية الاتحادية في موازنة السنة اللاحقة.^(٤) كما يعاد النظر في حصة اقليم كردستان والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في الموازنة العامة الاتحادية لسنة (٢٠١٢) وما بعدها في ضوء نتائج الاحصاء والتعداد السكاني لسنة (٢٠١٢) على ان يتم في ضوء ذلك تحديد المبلغ الحقيقي لحصة الاقليم والمحافظة في الموازنة العامة الاتحادية لعام (٢٠١٣) وعرض الفرق على مجلس الوزراء الاتحادي لتسويته.^(٥)

المطلب الثاني

اختصاص السلطات الاتحادية في سياسات الاقتراض

تحتاج الدولة الى انفاق مبالغ كبيرة على وجوه متعددة من الانفاق العام ولان الايرادات الاعتيادية أحياناً لا تستطيع تغطية تلك النفقات، فتلجأ الدولة في مثل هذه الأحوال إلى اقتراض المبالغ التي تحتاجها وبهذه الطريقة تحصل على الموارد المالية اللازمة لتغطية هذا الانفاق ، وتعرف هذه العملية بالقرض العام الذي يُعد مورداً من موارد الدولة الائتمانية، وان كان لا يتصف بالدورية والانتظام.^(٦) وبالعودة إلى دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥) النافذ، نجد انه قد حصر رسم سياسات الاقتراض والتفاوض بشأنها والتوقيع

١) امير عبد الله احمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٩٧.

٢) المادة (٧ / خامسا) والمادة (٣١ / اولا) من قانون مجالس المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

٣) المادة (٢ / ثانيا) (١٢) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٢.

٤) المادة (٢ / د - هـ) من القانون نفسه.

٥) المادة (١٥) من القانون نفسه.

٦) لمزيد من التفصيل بشأن القروض وأسباب اللجوء إليها ينظر في ذلك :-

د. بظاهر الجنابي، مصدر سابق، ص ص ٦٧ - ٦٨.

د. عادل احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

عليها وابرامها بالسلطات الاتحادية^(١) كونها تتعلق بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تكون من اختصاص مجلس النواب الاتحادي ومجلس الوزراء الاتحادي،^(٢) وما يمكن ملاحظته ان قانون الادارة المالية والدين العام رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤ قد اشار الى ديون الحكومة الاتحادية التي تكون على شكل قروض محلية او خارجية او قروض قصيرة الاجل او اصدار سندات مالية تدار عن طريق البنك المركزي العراقي بوصفه وكيلاً عن الحكومة الاتحادية،^(٣) على ان تراعى عدالة توزيع القروض التي تقدم للحكومة الاتحادية على اقليم ومحافظات العراق وبحسب نسب سكانها بعد الاخذ بنظر الاعتبار المشاريع الاستراتيجية الممولة من هذه القروض حصراً، على ان صلاحية وزير المالية الاتحادي بالاقتراض من الجهات الخارجية والداخلية محددة بمبالغ ينص عليها في قانون الموازنة الاتحادية السنوي.^(٤)

إما فيما يخص صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم فان الدستور النافذ لم يشر صراحة إلى اختصاصات تلك الأقاليم والمحافظات، إلا ان قانون الإدارة المالية والدين العام المذكور قد اشار الى صلاحية الاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في عقد القروض على ان تراعى الضوابط والشروط المشار اليها في القانون المذكور وهي :-^(٥)

- حصول موافقة وزير المالية على ذلك.
- الالتزام بحدود الديون المقررة في قانون الموازنة السنوية.
- تقديم تقرير في موعد اقصاه خلال ٣١ من شهر اب يتضمن اجمالي القروض غير المحسومة والقروض المزمع الحصول عليها لأخذ موافقة وزير المالية ومجلس الوزراء.
- احتفاظ الجهة المخولة ضمن المحافظات والاقاليم بسجل الديون والقروض الممنوحة والقروض قصيرة الاجل.

يقدم سجل المستندات بشأن السجل المذكور اعلاه الى وزير المالية خلال ٣٠ يوماً من نهاية كل شهر. إلا إننا لا نؤيد ما ذهب اليه البعض حول صلاحية الاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم من عقد القروض الخارجية،^(٦) كونها تشكل خرقاً لسيادة الدولة في عقد القروض الخارجية مع جهات اجنبية الذي يتطلب عقد اتفاقيات ومعاهدات دولية هي من الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية وهذا من جهة، ومن جهة اخرى لتأمين الاشراف المباشر من قبل المركز على تنظيم هذه القروض وسد الطريق على اختراق الامن المالي والاقتصادي للدولة خاصة وان العراق متعدد القوميات والاديان والمذاهب والتي يمكن لهذا التعدد ان يسمح للعنصر الاجنبي ان يكون له دور في الشؤون المالية والاقتصادية للعراق عن طريق القروض وبذلك يمكن للاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم الاعتماد على القروض الداخلية فقط.

(١) البند (اولا) من المادة (١١٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٢) البند (رابعا) من المادة (٦١) والبند (سادسا) من المادة (٨٠) من الدستور نفسه.

(٣) البند (١) من القسم (١٠) من قانون الادارة المالية والدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤.

(٤) المادة (٢٢) من قانون الموازنة الاتحادية لعام ٢٠١٢.

(٥) البند (ثانيا وثالثا ورابعا وخامسا وسابعا) من القسم (١٠). من قانون الادارة المالية والدين العام ٩٥ لسنة ٢٠٠٤.

(٦) امير عبد الله احمد الجبوري، مصدر سابق، ص ٦١.

المطلب الثالث

اختصاص السلطات الاتحادية في رسم وتنفيذ السياسة النقدية

بدأت الدول تستخدم السياسة النقدية الى جانب السياسات الاخرى كالسياسة المالية وسياسة الأسعار والسياسة التجارية للتأثير على مستوى النشاط الاقتصادي من خلال تأثيرها على المتغيرات الاساسية لهذا النشاط كالاستثمار والاسعار والانتاج والدخل.^(١)

ويمكن تعريف السياسة النقدية بانها (جميع التنظيمات النقدية و الصيرفية التي لها دور مؤثر في مراقبة حجم النقد المتيسر في النظام الاقتصادي وبهذا المعنى فإنها تشمل جميع الاجراءات التي تتخذ من قبل الحكومة والبنك المركزي والخزينة بقصد التأثير في مقدار وتوفير النقد واستعماله والائتمان).^(٢)

ومن هنا يتضح ان السياسة النقدية لا تقف عند حدود الرقابة على حجم العملة وعرض واستخدام وادارة الائتمان المصرفي بل تمتد لتشمل ايضا السياسة للحكومة لما لهذا السياسة الافتراضية من انعكاسات واضحة على عرض النقد والطلب عليه، ويوضح أيضاً ما للسياسة النقدية من اهتمام بالسياسة المالية وبخاصة فيما يتعلق بالدين العام، اذ يهتم ممثل السلطة النقدية (البنك المركزي) بجميع أنواع العمليات المتعلقة بتحديد انواع وحجم الاصدارات الخاصة بالقروض الحكومية واجالها واسعار الفائدة والتي تعرف بسياسة الدين العام.^(٣)

ونظراً لأهمية السياسة النقدية نجد المشرع العراقي في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ قد حصر اختصاص رسم السياسة النقدية بالسلطات الاتحادية، كما جعل تنفيذ هذه السياسة من واجبات البنك المركزي العراقي الذي جعل إنشائه وإدارته من الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية فهو هيئة مستقلة مالياً وادارياً مسؤولاً امام مجلس النواب،^(٤) ويمارس وظائفه باستقلالية تامة عن الحكومة^(٥) و التي تتمثل في:

— صياغة وتنفيذ السياسة النقدية بما فيها سياسة سعر الصرف.

— إصدار العملة وتنظيم كمية عرض النقد بما يتناسب وحاجة النشاط الاقتصادي للدولة كون عملة الاصدار هذه من المسائل الوطنية ذات الاهتمام المشترك لجميع الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.^(٦)

— مسك حسابات الخزينة والادارة العامة لها وقبول الودائع الحكومية وتحصيل القروض العامة للعراق، ومنح القروض والسلف الاستثنائية للحكومة في اوقات الحروب والكساد الاقتصادي وادارة الدين العام الداخلي والخارجي للدولة، كما يقدم المشورة والنصيحة في مجال تنفيذ السياسات الضريبية والانفاق وبما يتوافق مع السياسة الاقتصادية للدولة، وكذلك تقديم المشورة في مجال تغيير قيمة العملة والسياسة التجارية

(١) د. زكريا الدوري ود. يسرى السامرائي :- البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري العلمية للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦، ١٨٥.

(٢) استاذنا د. عوض فاضل اسماعيل الدليمي :- النقد والبنوك، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠، ص ٥٨٤.

(٣) د. زكريا الدوري ود. يسرى السامرائي، المصدر السابق، ص ١٨٦.

(٤) المادة (١٠٢) من الدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ

(٥) كان صدور قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ الخطوة الأولى في إصلاح النظام النقدي والمالي في العراق، فيموجب الفقرة (٢) من المادة (٢) من هذا القانون منح البنك استقلالاً تاماً عن الحكومة في تسيير عملياته المركزية، كما بات البنك المركزي بموجب المادة (٢٦) من هذا القانون بمنأى عن ضغوط السلطة المالية لإقراض الخزينة بشكل مباشر بما يؤدي الى الحد من توسيع عرض النقد، فضلاً عن المواد الأخرى من القانون التي عكست مدى استقلالية البنك المركزي بخلاف الوضع السابق على صدور هذا القانون فيما يتعلق بعلاقة البنك المركزي بالدولة ووزارة المالية.

(٦) المادة (٤) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤.

(٧) المادة (٣٢) من قانون نفسه.

وسياسات اسعار الصرف الاجنبي سعر الفائدة والسياسة الاستثمارية والانتاجية وطرائق معالجة الاختلال في ميزان المدفوعات.^(١)

– يعد البنك المركزي العراقي بنك البنوك اذ تتعامل معه البنوك عامة والبنوك التجارية بصفة خاصة فهو يمثل بالنسبة لهذه البنوك القائد المصرفي الواجب اتباعه، واهم ما يقوم به البنك المركزي الاحتفاظ بنسبة من ودائع البنوك التجارية ومنحها دعم مالي في حالة تعرضها للإفلاس،^(٢) كما يقدم بمراقبة هذه البنوك والتحقق من اتباعها احكام قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ والتأكد من التزامها التام بتوجيهات السياسة النقدية في العراق.^(٣)

– يقوم البنك المركزي العراقي بدور مهم وكبير في تنظيم وادارة ما للبلد من احتياطات اجنبية والتي تتضمن فضلا عن اوراق النقد الاجنبية، الودائع الجارية بالعملة الاجنبية وكذلك السندات الحكومية والذهب وحقوق السحب الخاصة.^(٤) الأمر الذي يعطي للبنك المركزي المرونة في عملية الاصدار النقدي والتأثير في كمية عرض داخل المساحة الاقتصادية، كما يتيح له معالجة الاختلالات في ميزان المدفوعات وتسديد قيم المعاملات المالية والتجارية الدولية والمحافظة على استقرار الصرف الخارجي.

– يتولى البنك المركزي عملية الرقابة على الائتمان المصرفي من خلال رقابته على عمليات الاقتراض الاستثمار التي تنعكس بدورها على حجم وسائل الدفع وكميتها واجمالي السيولة المحلية في البلد،^(٥) وعلى الرغم من السياسات والوسائل التي يتبعها البنك المركزي العراقي لتحقيق اهداف السياسة النقدية في العراق والتمثلة في استقرار مستوى الاسعار والحفاظ على نظام مالي مستقر من خلال تحقيق مستوى عالٍ من استخدام وتوظيف الموارد الطبيعية والبشرية لتشجيع النمو الاقتصادي وتحسين ميزان المدفوعات إلا إن هناك معوقات وصعوبات تعترض تحقيق تلك الاهداف كالظروف الاقتصادية والامنية والسياسية إذ يعاني العراق من اختلالات هيكلية وعدم التنسيق بين ادوات السياسة الاقتصادية الكلية (كالسياسة المالية السعرية والانتاجية والاستيرادية والتجارية) والاضاع السياسية الداخلية والإقليمية التي أثرت سلبياً على الاقتصاد العراقي ككل.

المطلب الرابع

اختصاص السلطات الاتحادية في رسم السياسة الكمركية

تُعد السياسة الكمركية جزءاً أساسياً من السياسة الاقتصادية الى جانب السياسات المكونة الأخرى. ويمكن تعريف السياسة الكمركية بأنها (مجموعة من البرامج التي تنفذها الدولة وفق تشريعاتها الكمركية لتتلاءم مع توجيهاتها العامة لتحقيق الاهداف المالية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية التي ترنو اليها، في دعم الإنتاج الوطني وتسيير عملية التنمية الاقتصادية ورفع المستوى المعاشي ورفد خزينة الدولة بالإيرادات اللازمة)،^(٦) كما تهتم السياسة الكمركية بشكل رئيس في التجارة الخارجية التي تتناول حركة البضائع الداخلة والخارجة التي تؤثر بشكل كبير على توازن الميزان التجاري مع العالم الخارجي.

١) استاذنا د. عوض فاضل إسماعيل الدليمي، مصدر سابق، ص ٢٨٦.

٢) المادتان (٢٩، ٣٠) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤.

٣) عمر محمود عكاوي العبيدي :- فاعلية السياسة النقدية في السيطرة على الضغوط التضخمية في العراق للمدة ١٩٨٠ – ٢٠٠٧ رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٣٥.

٤) المادة (٧) من قانون البنك المركزي العراقي.

٥) المادة (٣) من قانون البنك المركزي العراقي.

٦) حسام ياسين محسن :- التأثير المستقبلي لانضمام العراق إلى منظمة التجارة العالمية في الإيرادات الضريبية والكمركية، رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد، ٢٠١١، ص ٦٠.

ونظرا لهذا الأهمية للسياسية الكمركية، نجد المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ قد جعل رسم السياسة الكمركية من الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية بكل ما يتعلق بتوجهات السياسة الكمركية وأدواتها المتمثلة بالقوانين والأنظمة والتعليمات التي ترسم الآليات والإجراءات الكمركية وجداول التعريف الكمركية التي تحدد السلع وأسعار الضريبية المفروضة عليها، وبعد عام ٢٠٠٣ صدرت مجموعة من التشريعات المنظمة للسياسة الكمركية فقد صدر أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣٨) في عام ٢٠٠٣ وتبعته تعديلات بموجب الأمرين (٥٤) و(٧٠) والتي ركزت على إلغاء الرسوم الكمركية والاستعاضة بـ (٥%) على السلع الواردة من قيمة البضاعة الخاضعة للضريبة، وتخصيص مبلغ الـ(٥%) لإعادة أعمار العراق،^(١) وأخيراً صدر قانون التعريف الكمركية رقم (٢٢) لسنة (٢٠١٠)، والذي غيى أوامر سلطة الائتلاف المؤقتة بهذا الشأن إلا انه لم يطبق بعد لأسباب سياسية واقتصادية و ان سعي العراق للانفتاح على العالم الخارجي ودخوله في اتفاقيات إقليمية وخاصة استكمال ملف الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية كعضو دائم لتوفير فرص دخول الاستثمارات للبلد وإمكانية دخول العراق اسواق بلدان اخرى من خلال تحرير التجارة ورفع الحواجز الكمركية يتطلب اجراء اصلاحات اقتصادية تتعلق بالسياسة الضريبية و الكمركية واصدار تشريعات تواءم توجهاتها وتتفق مع اتفاقيات هذه المنظمة، لذا يجب ان يكون القيام بهذه الامور من اختصاص السلطات الاتحادية التي عليها إعادة بناء وتنمية الاقتصاد العراقي قبل الشروع بالانضمام الى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية.

المطلب الخامس

اختصاص السلطات الاتحادية في رسم السياسة التجارية

يكون للسلطات الاتحادية وحدها سلطة رسم السياسة التجارية الخارجية السيادية مع الدول،^(٢) وتنظيم السياسة التجارية عبر حدود الإقليم والمحافظات في العراق،^(٣) وعلى هذا الأساس اتخذت الحكومة المركزية خطوات لتحرير سياستها التجارية فأزيلت الحواجز الحدودية في وجه البضائع وفرضت ضريبة موحدة بمعدل ٥% لأغراض إعادة أعمار العراق، كما تم تحديد اسواق النقد الاجنبي والواقع ان المحافظة على هذه النظام الحر يتيح للتجارة تحقيق اثارها الايجابية في النمو وإنشاء فرص العمل واعادة بناء اقتصاد متنوع.^(٤) كما إن وجود معدل تعريف كمركية موحدة ومعتدلة أمر يسهم في فاعلية الاقتصاد إذ يخفض السلع الإنتاجية والوسطية، ويؤمن الوصول إلى التكنولوجيات الحديثة، ويسهل معاملات التخليص الكمركي واجراءات التقييم، كما انه يقرب نظام العراق التجاري من معظم الأنظمة المجاورة ذات الاقتصاد الحر،^(٥) ومن الممكن إن يدعم انضمام العراق إلى منظمة التجارة العالمية الإصلاحات التنظيمية في قطاع التجارة الخارجية التي تحقق اندماج الاقتصاد العراقي في الأسواق العالمية، إلا إن الواقع العملي ما زال يشير إلى اختلال التجارة الخارجية من خلال تشوه الميزان التجاري بتضخم عائدات النفط وليس من مصادر سلعية منتجة اقتصادياً فضلاً عن متغير الاستيراد شبه الحر، وعلى الرغم من اهمية حرية الاستيراد في ضوء التحول الاقتصادي الذي يسعى إليه العراق إلا انه أدى إلى تدهور المنتج المحلي واختفاء الصناعات والمهن

(٥) ايمان احمد الياس، مصدر سابق، ص ١١٠

(٢) البند (أولاً) من المادة (١١٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٣) البند (ثالثاً) المادة أعلاه.

(٤) د.عاطف لافي مرزوق، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٥) مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية :-التقرير الاستراتيجي العراقي لعام ٢٠٠٨، الملف الاقتصادي، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٩٥.

الصغيرة التي تعد أساس النهوض بالواقع الاقتصادي مع زيادة عدد العاطلين عن العمل،^(١) الأمر الذي يتطلب أن يخضع الاستيراد الى تقييدات تصب في مصلحة الاقتصاد العراقي مع تشجيع قطاعاته الأساسية كالزراعة والصناعة والسياحة.

الخاتمة

تبين لنا من خلال ما تقدم بحثه للاختصاصات المالية الحصرية للسلطات الاتحادية في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ان الدستور العراقي تضمن توزيعاً للاختصاصات المالية بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم والمحافظات وفقاً لفئات ثلاث (حصرية ومشاركة ومتبقية) وحدد الاختصاصات المالية الحصرية في ثلاثة بنود من المادة (١١٠) تمثلت برسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية والسياسة المالية والكمركية والنقدية ووضع الموازنة العامة للدولة , إلا أن أهم ما يمكن ملاحظته على النصوص الدستورية المتعلقة بتوزيع الاختصاصات المالية انها غير متكاملة وغير واضحة ينتابها النقص والغموض في اكثر المواضع نتيجة الظروف الخاصة التي اكتفت نشوء نظام الاتحاد المركزي (الفيدرالي) في العراق والعجلة الواضحة في تأطيره الدستوري الامر الذي جعل هذا الموضوع مجالاً للجدل والنقاش والخلاف بين التفسيرات المتعددة والمتباينة لنصوص الدستور من جهات متعددة.

لذا ندعو المشرع الدستوري الى اعادة صياغة النصوص الدستورية المتعلقة بتوزيع الاختصاصات المالية عامة والاختصاصات المالية الحصرية للسلطات الاتحادية من خلال الاشارة الصريحة والواضحة للاختصاصات الاقتصادية والمالية والكمركية والضريبية والتجارية والموازنة العامة الاتحادية ذات الطبيعة التنفيذية , فهناك فرقاً كبيراً بين استخدام مصطلح (رسم) وبين استخدام مصطلح (وضع وتنفيذ) كون هذه الاختصاصات من الامور السيادية.

المصادر

أولاً:- الكتب :

- ١- د.حامد عبد المجيد دراز :- دراسات في المالية العامة، دار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٢- د.حسن عوضة :- .: المالية العامة، الموازنة، الضرائب والرسوم، دراسة مقارنة، دار الخلود، بيروت، ١٩٩٥.
- ٣- د.زكريا الدوري :- البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري العلمية للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦.
- ٤- القاضي قاسم حسن العبودي :- الثابت والمتحول في النظام الفدرالي , مطبعة الحاج هاشم , اربيل , ٢٠٠٧.
- ٥- د. فوزي عطوي :- المالية العامة،النظم الضريبية وموازنة الدولة , منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٦- د.عمر محمد مولود :- الفدرالية وامكانية تطبيقها كنظام سياسي (العراق انموذجاً) , ط١ , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , ٢٠٠٩.
- ٧- د.عادل احمد حشيش:- اساسيات المالية العامة , دار النهضة العربية , بيروت, ١٩٩٢.
- ٨- د.عوض فاضل اسماعيل الدليمي :- النقد والبنوك، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠.
- ٩- د. عبد الرؤوف قطيش :- المالية العامة، الموازنة، الضرائب والرسوم، دراسة مقارنة، دار الخلود، بيروت، ١٩٩٥.

^(١) مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية , مصدر سابق , ص٢٩٦

- ١٠- د. طاهر الجنابي:- المالية العامة والتشريع المالي , مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , جامعة الموصل.
 - ١١- ديسرى السامرائي:- البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري العلمية للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦.
- ثانياً:- الرسائل الجامعية :
- ١- احمد خلف حسين الدخيل :- تجزئة القاعدة القانونية في التشريع الضريبي العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠.
 - ٢- امير عبدالله الجبوري :- اختصاصات مجالس المحافظات والرقابة عليها , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون , جامعة تكريت , ٢٠١١.
 - ٣- ايمان احمد الياسين :- التوجهات الجديدة للسياسة الضريبية في ظل برامج صندوق النقد الدولي (العراق حالة دراسية للمدة ٢٠٠٧) رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد، ٢٠٠٨.
 - ٤- احمد محمد علي احمد البغدادي :- النظام المحاسبي الحكومي في ظل التطورات الحاصلة في العراق وتطبيق قانون الإدارة المالية والدين العام ذي العدد ٩٥ لسنة ٢٠٠٤، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد، ٢٠٠٨.
 - ٥- حسام ياسين محسن :- التأثير المستقبلي لانضمام العراق إلى منظمة التجارة العالمية في الإيرادات الضريبية والكمركية، رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية، جامعة بغداد، ٢٠١١.
 - ٦- صباح صابر خوشناو :- الدور الاقتصادي والاجتماعي للموازنة العامة في العراق , اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد , جامعة صلاح الدين - اربيل , ٢٠١١.
 - ٧- عمر محمود عكاوي العبيدي فاعلية السياسة النقدية في السيطرة على الضغوط التضخمية في العراق للمدة ١٩٨٠ - ٢٠٠٧ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ٢٠٠٩.
 - ٨- كامة ران رقيب المفتي:- سوق الاوراق المالية والمبررات الاقتصادية لاقامته في اقليم كردستان العراق، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة صلاح الدين - اربيل، ٢٠٠٩.
 - ٩- هزاع داود سلمان :- السياسة المالية ودورها في الاصلاح الاقتصادي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة بغداد ٢٠٠٩.
- ثالثاً: البحوث العلمية :-

- ١- د. بان الصالحي :- تخصيص الايرادات في الدولة الفيدرالية، بحث منشور في مجلة المنصور، كلية المنصور الجامعة، ع ١٤، س ١٠، ٢٠١٠.
 - ٢- د. شاكر لطيف :- ملاحظات اقتصادية، بحث منشور في كتاب مأزق الدستور، دار الفرات للطباعة والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٦.
 - ٣- د. عامر عباس الجبوري و د. احمد خلف حسين الدخيل :- دستورية الضرائب في العراق، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلة ١٣، ع ٤٩، س ١٦ حزيران ٢٠١١.
- رابعاً :- الدساتير والقوانين :-

- ١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ٢- قانون مجلس وزراء اقليم كردستان رقم ٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل.
- ٣- قانون المجلس الوطني لكردستان العراق رقم (١) لسنة ١٩٩٢ المعدل.
- ٤- قانون الادارة المالية والدين العام رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٤.
- ٥- قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤.

- ٦- قانون البنك المركزي العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ .
 ٧- قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.
 ٨- قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٢ .

مقدمة في القانون البيئي

أ.م. فاروق إبراهيم جاسم
 كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

يشهد الفكر القانوني بين فترة وأخرى ولادة فرع جديد من فروع القانون^(١) بفعل عوامل كثيرة من أهمها التطور الحاصل في مختلف ميادين الحياة الذي يحتم انسلاخ مجموعة من القواعد عن أحد الفروع لتتنظم تحت مسمى جديد، وهكذا ظهر القانون البيئي كأحد الفروع الجديدة التي أفرزها تطور الفكر القانوني في العصر الحديث، إذ لم يخصص الفكر القانوني التقليدي للقانون المذكور أية مساحة ضمن التقسيمات المتعارف عليها لفروع القانون، ولعل من أسباب ذلك أن موضوع البيئة وحمايتها لم يكن يحظى باهتمام من المشرع في كثير من الدول، ولم يكن الحال في نطاق العمل التشريعي يتعدى سوى النزر اليسير من القوانين أو الأنظمة التي نظمت بعض أوجه حماية البيئة، فضلاً عن ذلك فلم يكن الفكر الاجتماعي السائد في تلك المراحل يدرك أهمية الحاجة إلى حماية البيئة لأن الأخطار المحيطة بالبيئة لم تكن بالمستوى الملاحظ الآن، إلا أن الحال قد تغير منذ النصف الثاني من القرن العشرين، وأصبحت المفاهيم المتعلقة بحق الإنسان في بيئة نظيفة، وواجب الحفاظ على البيئة وحمايتها من الأضرار التي تقع عليها بفعل التجاوزات التي تصدر من هذا الشخص أو تلك الجهة، فضلاً عن اتساع حجم التلوث بفعل التطور الصناعي الذي شهده العالم المعاصر، مثل هذه المفاهيم أصبحت تضغط باتجاه أن يبادر المشرع إلى إيلاء موضوع حماية البيئة اهتماماً واضحاً وذلك من خلال إعداد القوانين التي تسهم في تحقيق الهدف المذكور. وبالفعل فقد أصدرت بعض الدول العربية العديد من القوانين التي تنظم حماية البيئة ومنها القانون المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٩، وقانون حماية البيئة اللبناني رقم ٤٤٤ تاريخ ٨ / ٨ / ٢٠٠٢ وقانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٩ .

وعلى المستوى الأكاديمي فقد أصبح موضوع حماية البيئة من الموضوعات التي تحظى باهتمام من قبل الجامعات والمعاهد العلمية في مختلف جوانبه، وبضمنه الجانب القانوني، إذ خصصت بعض كليات الحقوق العربية بعض الساعات الدراسية للمفردات المتعلقة بالقانون البيئي^(٢) ومن ذلك فإن الحاجة لا زالت قائمة إلى وضع مؤلف شامل باللغة العربية يعالج موضوعات القانون البيئي بجوانبه المتعددة، وقد ارتأينا أن

(١) ولعل من الأمثلة على ذلك استقلال القانون الجوي عن القانون التجاري الذي كان ينظم النشاط المتعلق بالنقل الجوي كأحد الأنشطة الخاضعة لأحكامه.

(٢) ومن قبيل ذلك دراسة القانون البيئي كأحد المفردات الدراسية في كلية الحقوق بجامعة الروح القدس اللبنانية، وكلية الحقوق في جامعة حلوان المصرية التي بدأت بتدريس قانون حماية البيئة على طلبة الكلية المذكورة منذ عام ١٩٩٩، ينظر : الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون حماية البيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥.

نقدم مقدمة متواضعة للقانون البيئي تتضمن التعريف به وبيان خصائصه وتحديد طبيعته القانونية والمبادئ التي يقوم عليها وذلك في بحثين وبالشكل الآتي :

المبحث الأول

التعريف بالقانون البيئي وبيان خصائصه

مما لا شك فيه أن أية محاولة للتعرف على أي فرع من فروع القانون هي تتطلب أولاً التعريف به بقصد التعرف على طبيعة الموضوعات التي ينظمها بوجه عام، فضلاً عن محاولة جلاء الخصائص التي يتميز بها هذا القانون. ومن ثم ينبغي التعريف بالقانون البيئي في مطلب أول، وبيان خصائصه في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول : التعريف بالقانون البيئي :

إن التعريف بالقانون البيئي تعترضه صعوبات معينة مردها حداثة هذا الفرع من فروع القانون بالمقارنة مع فروع القانون الأخرى التي استقرت مفاهيمها والموضوعات التي تنظمها منذ فترة طويلة، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن التعريف بالقانون البيئي هو يرتبط حتماً بتحديد المقصود بلفظ البيئة. ولذا يجب التعريف بالبيئة في فقرة أولى، على أن نبين في فقرة ثانية المقصود بالقانون البيئي.

الفقرة أولاً : التعريف بالبيئة :

يقصد بالبيئة على وجه العموم المحيط أو المكان الذي تعيش فيه الكائنات الحية، وقد جاء في لسان العرب أن بؤاتك بيتاً : اتخذت لك بيتاً وقيل تبوأه : أصلحه وهياه، وتبوأ نزل وأقام. وأبأه منزلاً وبوأه إياه وبوأه له وبوأه فيه بمعنى هياه وأنزله ومكن له فيه، والاسم البيئة. واستبأه أي اتخذ مباءة، وتبوأ منزلاً أي نزلته. والبيئة والباءة والمباءة : المنزل، وتبوأ فلان منزلاً، أي اتخذ، وبوأته منزلاً أي جعلته ذا منزل (١)٠٠٠.

بينما أشار قاموس (Longman) باللغة الإنكليزية أن كلمة بيئة (Environment) هي تعني مجموعة الظروف الطبيعية والاجتماعية التي يعيش فيها الأفراد(٢).

أما على صعيد القوانين العربية فقد حرص البعض منها على تحديد مفهوم البيئة، إذ أشار قانون البيئة اللبناني رقم ٤٤٤ تاريخ ٨ / ٨ / ٢٠٠٢ بأن المقصود بالبيئة " المحيط الطبيعي (أي الفيزيائي والكيميائي والبيولوجي) والاجتماعي الذي تعيش فيه الكائنات الحية كافة ونظم التفاعل داخل المحيط وداخل الكائنات وبين المحيط والكائنات " .

أما قانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ فقد عرف البيئة بأنها " المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط بها من هواء وماء وتربة وما يقيمه الإنسان من منشآت " .
بينما عرف قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٩ البيئة بأنها " المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية " .

ويستخلص من التعاريف المتقدمة إن البيئة تمثل المكان الذي تتواجد فيه الكائنات الحية، والتي تتأثر بالعناصر الطبيعية أو الاصطناعية المحيطة به، كما تؤثر تلك الكائنات بالمحيط المذكور.

(١) ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، حققه وعلّق عليه : حيدر عامر أحمد، راجعه: إبراهيم عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، المجلد الأول، ٢٠٠٩، ص٤٦.

(٢) Longman active study dictionary 1988، p 200

الفقرة ثانياً : تحديد المقصود بالقانون البيئي :

عرف البعض من الفقه القانوني البيئي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية ونظافة البيئة^(١). ومن الجلي أن مثل هذا التعريف يتضمن قدرأً من العمومية مما يتعذر معه إعطاء صورة كافية عن القانون المذكور.

بينما أشار البعض الآخر بأن القانون البيئي يمثل مجموعة من القواعد القانونية التي تضبط سلوك الأفراد في تعامله مع البيئة ومواردها، فتحدد الأعمال المحظورة التي تؤدي إلى تلوث المحيط الحيوي بقطاعاته المائية والبرية والجوية، وإلى تهديد الحياة الفطرية، وخفض أعداد الحيوانات والنباتات البرية والبحرية وانقراضها، كما تبين السلوك الذي ينبغي إلزامه لتنمية موارد الطبيعة والحفاظ عليها^(٢).

المطلب الثاني : خصائص القانون البيئي :

لل قانون البيئي خصائص معينة تميزه عن غيره من فروع القانون يأتي في مقدمتها الطبيعة الفنية لقواعده، وحدثة نشأته، والصبغة الدولية لقواعده. ونبين هذه الخصائص تباعاً في ثلاث فقرات وبالشكل الآتي :

أولاً : الطبيعة الفنية للقانون البيئي :

إن أولى خصائص القانون البيئي أن قواعده ذات طبيعة فنية^(٣) تطغى عليه المفاهيم العلمية التي تعكس تنظيماً قانونياً للظاهرة التي يتناولها. فعلى سبيل المثال عندما يتعرض القانون البيئي لتعريف ظاهرة التلوث نجدّه يشير إلى حقائق علمية ومن ذلك ما أشار إليه القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣ المصري الخاص بصيد الأسماك والأحياء المائية بأن تلوث المياه هو " تغير خواص المياه الطبيعية والكيميائية والبيولوجية نتيجة إلقاء أو تسرب مواد غريبة مثل الزيوت ومشتقاتها أو المخلفات الكيميائية العضوية وغير العضوية والمبيدات الحشرية أو مخلفات المجاري في المياه مما يترتب عليه الأضرار بالثروة المائية أو الصحة العامة"^(٤). وكذلك نجد هذه الطبيعة الفنية واضحة بتعريف قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٩ للطاقة المتجددة بأنها " الطاقة المستمدة من الموارد الطبيعية التي تتجدد ولا يمكن أن تنفذ وتشمل الطاقة المتحررة عن الشمس والمياه والرياح والأمواج وعن حركة المد والجزر وتختلف الطاقة المتحررة عن الوقود الاحفوري لكون مخلفاتها لا تحتوي على ملوثات البيئة".

ويترتب على الطبيعة الفنية والصبغة العالمية للقانون البيئي أن قواعد هذا القانون تجمع بين الطبيعة التقريرية لقواعد العلوم الطبيعية – التي تقرر بعض الحقائق العلمية^(٥) – وبين الطبيعة التقويمية للقواعد القانونية التي تسعى إلى تحديد ما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد، لذا نجد أن قواعد القانون شأنها شأن باقي القواعد القانونية الأخرى تحدد سلوكاً معيناً ينبغي إتباعه من المخاطبين بأحكامه.

فضلاً مما تقدم فإنه يترتب على الطابع العلمي للقانون البيئي أن قواعده ينبغي عليها مجاراة حركة التطور العلمي في مختلف ميادين الحياة وتوقع ما يستجد، وافتاء المخاطر المحتملة غيلا الثابتة علمياً.

(١) Emerson، Robert، Business Law، Barrons educational series. New York. fifth edition، 2009. p 535.

(٢) الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، مصدر سبق ذكره، ص ٩١.

(٣) الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، مصدر سبق ذكره، ص ٧١.

(٤) صفير، رافيل، التشريع البيئي في لبنان، مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد ٣، سنة ٤٤، ٢٠١٠، ص ٩٩٧.

(٥) فقواعد العلوم الطبيعية تقرر الواقع دون أن تحاول إحداث أي تغير فيه أو أي تأثير عليه، وهي قواعد مضطردة لا يتصور أن تقع لها أدنى مخالفة. ففي كل مرة يوجد السبب تتحقق النتيجة... يُنظر : الدكتور تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣١.

الفقرة ثانياً : حادثة نشأة القانون البيئي :

على الرغم من قدم التجاوزات التي تقع على البيئة، إلا أن تاريخ الفكر القانوني لا يتضمن دلائل على وجود أحكام أو قواعد نظمت موضوع حماية البيئة، وقد يعزى هذا الأمر إلى أن التحديات التي كانت تواجهها البيئة في العصور القديمة هي ليست بمستوى التحديات الحالية التي أفرزها التطور العلمي أو التكنولوجي. وقد ذهب البعض من الفقه الأمريكي أن أول ظهور لقواعد القانون البيئي ترجع إلى ستينيات القرن العشرين عندما صدر في الولايات المتحدة الأمريكية قانون ١٩٦٠^(١) The national environmental policy act. وقبل هذا التاريخ لم تحظى البيئة باهتمام واضح من قبل الفقه، وهذا ما يجعل من القانون البيئي قانوناً حديث النشأة بالمقارنة مع فروع القانون الأخرى الموعلة في القدم، كالقانون المدني، الذي ترجع بعض قواعده إلى القانون الروماني. ويترتب على حادثة القانون البيئي أن هذا القانون لا يزال يعيش في مراحل التكوينية أو في مرحلة مخاض، وهو ما يفسر بعض أوجه النقص التي تعترى بعض جوانب هذا القانون، والثغرات التي تحتويها قواعده^(٢).

الفقرة ثالثاً : الصبغة الدولية للقانون البيئي :

يتميز القانون البيئي بأن بعض أحكامه هي عبارة عن قواعد اتفاقية مصدرها معاهدات أو اتفاقيات دولية أو مبادئ تضمنتها الإعلانات الصادرة عن بعض المؤتمرات الدولية المتعلقة بالبيئة. ومن قبيل ذلك إعلان ستوكهولم ١٩٧٢ الذي أشار إلى أن " للإنسان حق أساس بالحرية والمساواة وبظروف معيشية مرضية في بيئة تخوله نوعيتها الحياة بكرامة ورفاهية، وللإنسان الحق العلني بحماية وتحسين البيئة من أجل الأجيال الحالية والمقبلة "

ويبرر البعض من الفقه الصبغة الدولية لقواعد القانون البيئي لكون أن أغلب الأنشطة التي تشكل تعدياً على البيئة تمتد بآثارها الضارة عبر حدود الدول وتتجاوزها^(٣)، فعلى سبيل المثال فإن تلوث البيئة البحرية بالنفط الخام الذي يتسرب من واسطة النقل على اثر حادث ما، أو بسبب بعض الأخطاء التي تصاحب عمليات استخراج النفط الخام في بعض المناطق البحرية في العالم يترك آثاره على مجموعة كبيرة من الدول التي تمتد سواحلها على البحر. وفضلاً عما تقدم فإن أغلب المخاطر التي تتعرض لها البيئة هي تأتي أما من قبل الدولة أو من يعملون باسمها وتنسب أنشطتهم إليها^(٤). ومثالها التجارب النووية التي تقوم بها بعض الدول سواء في قيعان البحر والمحيطات أو على اليابسة أو في الجو. والصبغة الدولية للقانون البيئي هي دعت البعض إلى وصفه بأنه قانون جماعي يهدف إلى حماية مصلحة جماعية مشتركة هي مصلحة مجموع البشرية وثرواتها الجماعية من مياه وهواء ومناظر طبيعية وغيرها^(٥).

(١) ويمثل هذا القانون – كما يرى البعض – حجر الزاوية (corner stone) لكافة القوانين الاتحادية في تلك الدولة، وقبل هذا القانون يتم معالجة المخالفات المتعلقة بالبيئة وفقاً لقواعد القانون العام (The common law) المتعلقة بالتجاوز (Trespas ، أي التجاوز على ممتلكات الغير، أو الإزعاج " nuisance " .

ينظر : Emerson. op. cit : p 535 .

(٢) الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، مصدر سبق ذكره، ص ٧١.

(٣) المصدر أعلاه، ص ٧٨.

(٤) المصدر أعلاه، ص ٧٩.

(٥) صفيير، رافيل، مصدر سبق ذكره، ص ٩٩٧.

المبحث الثاني

طبيعة القانون البيئي والمبادئ التي يقوم عليها

بالنظر إلى حداثة القانون البيئي، لذا فإن تحديد طبيعته القانونية هو أمر تكتنفه صعوبات معينة بين اتجاه يدعو لاعتباره من قبيل قواعد القانون العام، وآخر يدخله ضمن قواعد القانون الخاص، وثالث ينادي باعتباره فرعاً متميزاً عن تلك القواعد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هناك بعض المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون البيئي. ونبين في مطلب أول الطبيعة القانونية للقانون البيئي، على أن نعقبه في مطلب ثانٍ بذكر بعض المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المذكور ولذا سيقسم المبحث الثاني إلى مطلبين وبالشكل الآتي :

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للقانون البيئي :

إزاء ندرة الدراسات المتعلقة بالقانون البيئي، ولكونه لا زال يمر بمرحلة مخاض من أجل إرساء مفاهيمه وتحديد هويته، لذا أثارت الطبيعة القانونية للقانون البيئي خلافاً في شأن اعتباره من فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص أم أنه يشكل فرعاً متميزاً له ذاتيته التي تجعل من المتعذر إدخاله ضمن التقسيمات المتقدم ذكرها. ونبين في فقرتين الاتجاهات المتقدمة.

الفقرة أولاً : القانون البيئي هو من فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص يتضمن القانون البيئي بعض المظاهر التي تدعو إلى اعتباره كأحد فروع القانون العام ومن قبيل ذلك :

أولاً : الدور الكبير الذي توكله قواعد هذا القانون للإدارة في رسم السياسات البيئية والرقابة على الأنشطة البيئية^(١) إذ تزود قواعد القانون البيئية الإدارة بسلطات وامتيازات لا شك في كونها من قبيل الامتيازات التي تتمتع بها السلطات العامة.

ثانياً : إن طبيعة المصلحة التي يسعى القانون البيئي إلى تحقيقها هي مصلحة عامة في المقام الأول، وتتمثل بالمحافظة على الموارد الطبيعية والوقاية من الأضرار التي تلحق بالبيئة.

ثالثاً : طغيان فكرة الجزاءات الجنائية على قواعد القانون البيئي، إذ تنسم قواعد الأخير بوفرة الجزاءات الجنائية لكونها أكثر قدرة على تحقيق الحماية المنشودة للبيئة من الجزاءات المدنية.

ومقابل هذا الاتجاه فإن بعض قواعد القانون البيئي هي تتضمن كذلك بعض سمات القانون الخاص

ومن ذلك :

أولاً : إن بعض قواعد القانون البيئي تتضمن تنظيمات للمعاملات التي ترد على بعض الأشياء ذات الصلة بالبيئة، كتلك المتعلقة بالمبيدات أو المخصبات الكيماوية.

ثانياً : إن قواعد المسؤولية التقصيرية المقررة بمقتضى القواعد العامة تعد هي حجر الأساس في تقرير المسؤولية الناشئة عن المخالفات المتعلقة بالبيئة، ومع الإقرار بوجود قواعد خاصة قد يتضمنها القانون البيئي لتقرير المسؤولية عن بعض الأفعال تبدو ذات طبيعة مختلفة عن تلك المقررة بمقتضى القواعد العامة^(٢).

(١) فعلى سبيل المثال أشار قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٩ إلى تشكيل مجلس أطلق عليه (مجلس حماية وتحسين البيئة) ويرتبط بوزارة البيئة يضم ممثلين عن أغلب الوزارات أو المؤسسات العامة وقد أوكل إليه القانون العديد من المهام ٠٠ المادة ٣ و ٦ من القانون المذكور.

(٢) الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، مصدر سبق ذكره، ص ٨٤.

الفقرة ثانياً : الطابع الخاص بالقانون البيئي : يذهب البعض إلى أن قواعد القانون البيئي هي قواعد ذات طبيعة خاصة مما يجعل من القانون المذكور فرعاً أصيلاً مستقلاً بذاته وله طابعه الخاص مما يتعذر إدخاله ضمن التقسيم التقليدي كأحد فروع القانون العام أو القانون الخاص^(١).

المطلب الثاني : المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون البيئي :

يقوم القانون البيئي على بعض المبادئ العامة، وقد ترد هذه المبادئ أما في التشريع الوطني الخاص بالبيئة، وفي الإعلانات الصادرة عن المؤتمرات الدولية. ومن هذه المبادئ ما يعرف بمبدأ العمل الوقائي، ومبدأ المحافظة على التنوع البيولوجي، ونبين في فقرتين هذه المبادئ بإيجاز :

الفقرة الأولى : مبدأ العمل الوقائي : يتلخص مضمون هذا المبدأ بأنه ينبغي العمل على منع وقوع الضرر الذي يلحق بالبيئة عن طريق اختيار وسائل الوقاية المناسبة عند إعداد مخطط ما أو تنفيذ مشروع ما^(٢)، وقد أشارت بعض القوانين العربية إلى هذا المبدأ إذ نصت المادة ٤ من قانون حماية البيئة اللبناني إلى أنه " في إطار حماية البيئة وإدارة الموارد الطبيعية، على كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص أن يلتزم بالمبادئ الآتية : " مبدأ العمل الوقائي لكل الأضرار التي تصيب البيئة من خلال استعمال أفضل التقنيات المتوافرة "

أما قانون حماية وتحسين البيئة العراقي فقد أشار كذلك إلى بعض جوانب هذا المبدأ وذلك في الفقرة ١ من المادة العاشرة التي ألزمت صاحب أي مشروع قبل البدء بإنشائه بتقديم تقرير لتقدير الأثر البيئي يتضمن ما يأتي :

- أ- تقدير التأثيرات الإيجابية والسلبية للمشروع على البيئة وتأثير البيئة المحيطة.
- ب- الوسائل المقترحة لتلافي ومعالجة مسببات التلوث بما يحقق الامتثال للضوابط والتعليمات البيئية.
- ج- حالات التلوث الطارئة والمحتملة والتحوطات الواجب اتخاذها لمنع حدوثها.
- د- البدائل الممكنة لاستخدام تكنولوجيا أقل أضراراً بالبيئة وترشيد استخدام الموارد.
- هـ- تقليص المخلفات وتدويرها وإعادة استخدامها كلما كان ذلك ممكناً.

ولعل من الوسائل الفاعلة للعمل الوقائي في نطاق البيئة التي اعتمدها قانون حماية وتحسين البيئة هو نظام الترخيص المسبق إذ يتم إخضاع النشاطات ذات الآثار الضارة بالبيئة إلى ترخيص مسبق من الجهات الإدارية. وقد أشارت المادة ١١ من القانون المشار إليه أعلاه إلى ذلك إذ نصت " تمنع الجهات ذات النشاطات المؤثرة على البيئة من ممارسة عملها دون استحصال موافقة الوزارة "

ومما لا شك فيه إن العمل الوقائي للحد من الأضرار الواقعة على البيئة هو أفضل حالاً من اتخاذ التدابير اللاحقة بعد وقوع الضرر، إذ قد لا تكون هذه التدابير قادرة على إزالة الأضرار الواقعة على الوجه الأتم، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر.

الفقرة ثانياً : مبدأ المحافظة على التنوع البيولوجي : نظراً للآثار السلبية لبعض أوجه النشاط الإنساني على التنوع البيولوجي، بفعل زيادة حجم التلوث الناشئ عن الاستغلال الصناعي فقد أضحت الحاجة ماسة إلى حماية التنوع المذكور، ولهذا الغرض فقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية للتنوع البيولوجي في المؤتمر المنعقد في مدينة ريودي جانيرو بتاريخ ٥ / ٦ / ١٩٩٢ أشارت في مادتها الثانية إلى أن المقصود بالتنوع البيولوجي هو " تباين الكائنات الحية المستمدة من المصادر كافة، بما فيها النظم الاكولوجية البرية

(١) الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، مصدر سبق ذكره، ص ٨٥.

(٢) ينظر : صفير، رافيل، مصدر سبق ذكره، ص ١٠٠٣.

والبحرية والأحياء المائية ٠٠ " ومن ثم يبدو ضرورياً اتخاذ كافة التدابير اللازمة لصيانة وديمومة الحياة في المحيط الحيوي للكائنات. وقد أشارت بعض القوانين العربية إلى المبدأ المتقدم ذكره إذ بينت الفقرة د من المادة ٤ من قانون حماية البيئة اللبناني إلى أنه يقصد بمبدأ الحفاظ على التنوع البيولوجي " بأن تنفادي النشاطات كافة إصابة المكونات المختلفة للتنوع البيولوجي بضرر ". وكذلك نصت المادة ٤٧ من القانون المذكور إلى أنه " تعتبر من المصلحة العامة حماية الطبيعة والوقاية من التصحر ومكافحته والمحافظة على الأجناس الحيوانية والنباتية ومساكنها وعلى التوازنات البيولوجية والأنظمة البيئية وعلى التنوع البيولوجي، في مواجهة كل أسباب التدهور والتلوث ومخاطر الزوال " .

وقد جعل قانون حماية وتحسين البيئة العراقي من أهدافه العامة، التي أشار إليها في المادة الأولى منه، " العمل على حماية وتحسين البيئة من خلال إزالة ومعالجة الضرر الموجود فيها أو الذي يطرأ عليها والحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية والتنوع الإحيائي " .

الخاتمة

أشرنا في الصفحات السابقة إلى أن التحديات والأخطار المحيطة بالبيئة حثمت تدخل المشرع إلى وضع العديد من القوانين والأنظمة التي تكفل تأمين الحماية اللازمة للبيئة، وضمان حق الفرد في بيئة نظيفة سليمة. وقد سبقت الإشارة إلى أن القانون البيئي لا يزال يمر في مرحلة مخاض من أجل إرساء هويته وتحديد ملامحه والموضوعات التي تنظمها قواعده، وقد ترك هذا الأمر أثراً واضحاً في الجهود التي بذلها الفقه في تناول الموضوعات التي يمكن أن ينصرف لها القانون المذكور بالتنظيم، إذ لا يوجد اتفاق نهائي حول طبيعة تلك الموضوعات، ومما يزيد الأمر صعوبة أن حماية البيئة هو موضوع متعدد الجوانب، وذلك بفعل اتساع المخاطر البيئية وتنوعها من مخاطر محلية ومخاطر شاملة تصيب مجموعة مساحات كبيرة من الأرض. وإذا كانت المؤلفات أو الأبحاث المقدمة ضمن القانون البيئي هي لا زالت متواضعة، إلا أن الجهود التي تبذل في مختلف الدول والمنظمات والمؤسسات الأولية في مجال حماية البيئة ستسهم ولا شك في ترسيخ وجود واستقلال القانون البيئي كأحد الفروع التي لها مكانة مهمة متأتية من الأهمية الواضحة للبيئة باعتبارها المكان أو المحيط الذي يمارس فيه الإنسان ومختلف الكائنات الحية أنشطتهم المعتادة ضمنها.

المصادر

أولاً: باللغة العربية

- ١- ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، حققه وعلّق عليه : حيدر عامر أحمد، راجعه : إبراهيم عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، المجلد الأول، ٢٠٠٩.
- ٢- الدكتور تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر.
- ٣- الدكتور سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون حماية البيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٤- صفير، رافيل، التشريع البيئي في لبنان، مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت، العدد ٣، السنة ٤٤، ٢٠١٠.

ثانياً: باللغة الإنكليزية

- 1- Longman active study dictionary. London. 1988.
- 2- Emerson. Robert، Business Law، Barrons educational series، New York. Fifth edition، 2009.

المسؤولية الجنائية لأبرز جرائم الفساد الإداري في العراق

د. حامد جاسم حمادي
كلية القانون / الجامعة العراقية

المقدمة

تعاني أغلب المجتمعات من ظاهرة الفساد الإداري وانعكساتها السلبية على الاقتصاد والمجتمع، فالفساد يؤدي الى عرقلة النمو الاقتصادي والاجتماعي للبلد وبالتالي يفقد حاضره ويجني على مستقبله، فالفساد والإرهاب وجهان لعملة واحدة ولعل اكثر المشكلات التي تواجه الشعب العراقي اليوم هما الإرهاب والفساد، فالفساد يتاجر بثروات وأموال العراقيين والإرهاب يتاجر بدماء العراقيين وأرواحهم وكلاهما هدفه واحد هو ضرب العراق شعباً وكياناً، وتدمير ثرواته.

والفساد المستشري في العراق والذي ينخر بكيان الدولة من سرقة وهدر المال العام يعود لعدة اسباب فقد تكون سياسية او اقتصادية او ثقافية او اجتماعية او جميعها او جزء منها ويكون له عدة تأثيرات سلبية على البلد منها تأثيره على الاقتصاد من خلال ضعف الاستثمار وهروب الأموال خارج البلد وما يتبعه من قلة فرص العمل وزيادة البطالة والفقر كما يؤدي الى ضياع أموال الدولة والتي كان من الأجدر استثمارها في مشاريع تخدم المواطنين، إما تأثيره على النواحي السياسية فانه يؤدي إلى زيادة الصراعات والخلافات بين أجهزة الدولة وبين الأحزاب المختلفة في سبيل تحقيق مصالحها الخاصة على حساب المصلحة العامة، لذا بات من الأهمية البالغة مكافحة هذه الظاهرة وتطويقها وعلاجها، ومن هذا المنطلق وقع اختيارنا لموضوع المسؤولية الجنائية لأبرز جرائم الفساد الإداري في العراق موضوعاً للبحث، وقد اعتمدت في كتابته على العديد من المصادر الأصلية والمراجع الحديثة التي تزخر بها مكتبتنا. وقسم البحث على ثلاثة مباحث وكالاتي:

المبحث الاول

ماهية الفساد الإداري

بما إن جرائم الفساد الإداري لا تقع الا من قبل الموظف العام او المكلف بالوظيفة العامة مستغلاً مركزه الوظيفي أو الوظيفة العامة لأجل الحصول على منافع أو غايات شخصية فمن الضروري في بداية البحث أن نتناول تعريفاً بالفساد الإداري في اللغة والاصلاح كما نتناول تعريف كل من الوظيفة العامة والموظف العام والمال العام لتعلق موضوع البحث بهما، وقد تم تقسيم المبحث الى مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول: تعريف الفساد في اللغة والإصطلاح.

اولاً: تعريف الفساد في اللغة.

الفساد لغة: الفساد: نقيض الصلاح، وَفَسَدَ يَفْسُدُ، وَأَفْسَدْتَهُ (١)، فَسَدَ يَفْسُدُ وَيَفْسُدُ وَفَسَدَ فَسَادًا وَفُسُودًا، فَهُوَ فَاسِدٌ وَفَسِيدٌ فِيهِمَا (١)، وَفَسَدَ الشَّيْءُ يَفْسُدُ بِالضَّمِّ (فَسَادًا) فَهُوَ (فَاسِدٌ) وَفَسَدَ بِالضَّمِّ أَيْضًا (فَسَادًا) فَهُوَ (فَسِيدٌ) وَ (أَفْسَدَهُ فَفَسَدَ) وَ (أَلْفَسَدَهُ) ضِدُّ الْمَصْلَحَةِ (٢).

(١) أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت ١٧٠هـ)، كتاب العين، تحقيق د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، مطبعة دار ومكتبة الهلال، ج٧، ص ٢٣١

والفساد: أخذ المال ظلماً بغير حق، كما في قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْأَخْرَى نَجَعَلَهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فُسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾ (٣).

ويقال: أفسدَ المال يُفسدُه إفساداً وفساداً، أما قوله عزل وجل: ﴿ ظَهَرَ الْفُسَادُ فِي الْبِرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ ﴾ (٤)، فالفسادُ هنا: (الجذب) في البرِّ، والفحطُ في البحر، أي في المَدُن التي على الأنهار (٥).

كما يعني الفساد: أخذ المال ظلماً، والجذب، والمفسدة ضد المصلحة، وفسدَه تفسيداً: أفسدَه (٦).

ثانياً: تعريف الفساد الإداري في الإصطلاح.

الفساد: هو ارتكاب المعاصي وفعل المحرمات، والتطاول على الناس، وأكل أموالهم بالباطل، وتخريب ممتلكاتهم وإتلافها، وبسفك الدماء، وقطع الطرق، وترويع الأمنين، ونحو ذلك من الجرائم (٧)، كما يتضمن الفساد معان عدة أخرى منها: - انه سوء إستخدام المنصب العام لغايات شخصية اذ على سبيل المثال لا الحصر:- الرشوة، الابتزاز، الاحتيال، الاختلاس، استغلال النفوذ والمحسوبية، وعرفته الامم المتحدة بانه إستعمال السلطة العامة لتحقيق مكسب خاص.

كما عرفه البنك الدولي بأنه:- إستغلال المنصب العام لغرض تحقيق مكاسب شخصية (٨)، ويندرج تحت هذا التعريف كل ممارسات الإستغلال السيء للوظيفة الحكومية أو الخاصة عندما يتعلق الأمر بالشركات الكبرى كأخذ العمولات والرشاوي والتهرب الضريبي والكمركي والغش الكمركي وإفشاء أسرار العقود كما يحدث الفساد عن طريق إستغلال الوظيفة العامة دون اللجوء للرشوة وذلك من خلال الوساطة والمحسوبية في الوظائف العامة او سرقة أموال الدولة بشكل مباشر (٩) ، وعرفته منظمة الشفافية : بانه إساءة إستعمال السلطة لأغراض خاصة، ويشمل هذا التعريف المكاسب المالية والمادية لتعزيز السلطة الادارية (١٠).

كما عرّف بأنه: الحث على العمل الخاطيء بوساطة الرشوة او الوسائل غير القانونية الاخرى، كما هو إستغلال الوظيفة العامة والمصادر العامة لتحقيق منافع شخصية او إجتماعية بشكل منافي للشرع والانظمة الرسمية سواء كان هذا الاستغلال بدافع شخصي من الموظف ذاته او نتيجة الضغوط التي يمارسها عليه الافراد من خارج الجهاز الحكومي وسواء كانت هذه الضغوط بشكل فردي او جماعي، او هو قيام

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الإفريقي (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ج٣، ص٣٣٥.

(٢) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط٥، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٩٩٩م، ص٢٣٩.

(٣) سورة القَصص، الآية، ٨٣.

(٤) سورة الزُّوم، الآية، ٤١.

(٥) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة، دار الهداية، ج٨، ص٤٩٦-٤٩٧.

(٦) محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبو طاهر، مجد الدين الشيرازي الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، مطبعة مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٢٦هـ، ص٣٠٦.

(٧) سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط٢، الرياض، السعودية، ١٤٢٧هـ، ص٥٩٦.

(٨) د. عبد الواحد مشعل، الإدارة ومخاطر الفساد الإداري والمالي اجتماعيا واقتصاديا، بحث منشور في كتاب الفساد الإداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م، ص٩.

(٩) أ.د. هاشم الشمري ود. ايثار الفتلي، الفساد الإداري والمالي واثاره الاقتصادية والاجتماعية، ط١، مطبعة دار اليازوري، عمان، الاردن، ٢٠١١م، ص١٩.

(١٠) أ.د. هاشم الشمري ود. ايثار الفتلي، المصدر نفسه، ص٢٤.

بعض الموظفين باستغلال نفوذهم لممارسة سلوكيات غير قانونية من اجل تحقيق مصالح مادية او معنوية (١). والفساد الاداري هو إخلال الموظف العام بواجبات وظيفته او ارتكابه فعلاً او امتناعاً يمس صفته كموظف عام، وهناك انواع او صور كثيرة عدها المشرع إخلالاً من الموظف العام بواجباته الوظيفية والتي تصل الى درجة من الجسامة ان تعد جريمة يعاقب عليها القانون، كجريمة الرشوة، الاختلاس، استغلال الوظيفة للاستيلاء على المال العام، استخدام العمال سخرة (٢). كما يُعرّف الفساد في موسوعة العلوم الاجتماعية بأنه استخدام النفوذ العام لتحقيق ارباح او منافع خاصة وهو يشمل جميع انواع الرشاوى للمسؤولين المحليين والسياسيين ويستبعدوها بين القطاع الخاص (٣).

المطلب الثاني: تعريف الوظيفة العامة والموظف العام والمال العام.

يقوم التنظيم الإداري في اي دولة على الأشخاص الإدارية العامة (الأشخاص المعنوية) التي تقوم بادارة المرافق العامة في الدولة من خلال عناصر بشرية تعبر عن إرادة الشخص المعنوي وهذا العنصر البشري يطلق عليه (الموظف العام)، وبما إن الموظفون هم من يقوموا بادارة الحكم وإدارة مؤسسات الدولة المختلفة فإن صلاح الإدارة وفسادها مرهونة بصلاح او فساد هؤلاء الموظفون (٤). وستتولى تعريف كل من الوظيفة العامة والموظف العام والمال العام في الآتي :

اولاً : تعريف الوظيفة العامة.

هي تكليف وطني وخدمة اجتماعية يستهدف القائم بها المصلحة العامة وخدمة المواطنين في ضوء القواعد القانونية النافذة (٥).

والوظيفة العامة لا تحقق أهدافها الا من خلال فئة معينة يطلق عليها الموظفون او المكلفون بخدمة عامة فقد ورد في قانون العقوبات العراقي إن المكلف بخدمة عامة يشمل الموظف والمستخدم والعامل الذي تناط به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك بشكل عام كل من يقوم بخدمة عامة بأجر او بدون أجر (٦).

ثانياً: تعريف الموظف العام.

عرّف قانون الخدمة المدنية الموظف بأنه :- كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلية في الملاك الدائم (٧). وعرفه قانون موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي العراقي النافذ بأنه:- كل شخص عهدت اليه

(١) جاسم محمد الذهبي، التطوير الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠٠١م، ص٢٤١، د. فوزي حسين محمد، الفساد الاداري، اسبابه، نتائجه، معالجاته، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م، ص١٠٣.

(٢) بلال امين زين الدين، ظاهرة الفساد الاداري في الدول العربية والتشريع المقارن، مطبعة دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٩٩.

(٣) أ. د. هاشم الشمري ود. ايثار الفتلي، المرجع السابق، ص١٩.

(٤) د. عادل شايح، نزاهة الوظيفة العامة وجزاء الاخلال بها، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م، ص١٢٥.

(٥) المادة ٣ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١م.

(٦) المادة ٤/١٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٧) المادة ٢ من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠م المعدل.

وظيفة داخل ملاك الوزارة او الجهة المرتبطة بوزارة (١)، وهنا نلاحظ ان المشرع لم يشترط أن يكون الموظف بشكل دائم وبذلك فإن الموظف المؤقت يخضع لأحكام قانون انضباط موظفي الدولة (٢). كما ان المشرع الجنائي توسع في مدلول الموظف العام ليشمل فئات أخرى لحماية المال العام والوظيفة العامة فقد أورد المشرع الجنائي العراقي في المادة ١٩ / ٤ تعريفاً للأشخاص الذين تنطبق عليهم صفة الموظف العام او المكلف بخدمة عامة فورد فيه (ان المكلف بخدمة عامة يشمل الموظف والمستخدم والعامل الذي تناط به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك بشكل عام كل من يقوم بخدمة عامة بأجر او بدون أجر) (٣). او هو كل موظف في الادارات والمؤسسات العامة والبلديات والجيش والقضاء وكل عامل او مستخدم في الدولة وكل شخص عيّن او انتخب لأداء خدمة عامة ببديل او بغير بدل (٤).

ثالثاً: تعريف المال العام.

المال في اصطلاح الفقهاء:- هو كل مايمكن حيازته وإحرازه والإنتفاع به انتفاعاً معتاداً، فلا يعد الشيء مالاً اذا لم تتوافر فيه أمران هما إمكانية احرازه وإمكانية الانتفاع به انتفاعاً عادياً (٥).
والمال: هو كل شيء يصلح محلاً لحق من الحقوق (٦)، وتعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون (٧). فالمال يكون عاماً اذا كان مملوكاً للدولة او أحد اشخاص القانون العام كالمؤسسات العامة، كما ويجب أن يكون المال مخصص للمنفعة العامة كالطرق والجسور والحدائق والمحلات العامة والمستشفيات الحكومية والابنية التي تملكها الدولة، وتعتبر اموالاً عامة جميع الاموال المنقولة التي تملكها الدولة كالنقود والاثاث والآلات والمعدات والاجهزة والكتب في المكتبات العامة وغيرها مما تملكه الدولة وهو مخصص للنفع العام، ويشمل المال العام كذلك المال الخاص الذي تملكه الدولة وتسهم فيه برأس مال، كما في الهيئات او الشركات ذات النظام المختلط وهو مايسمى (القطاع المختلط) والتي جعل المشرع حماية قانونية جنائية لتلك الاموال وكأنها أموال عامة (٨).

وأموال الدولة هي الأموال العقارية والأموال المنقولة، والاموال العقارية تتمثل بالطرق والجسور والمباني والمنشآت والأراضي والبساتين، والأموال المنقولة التي تتمثل بأثاث المرافق العامة والأدوات والأجهزة والمعدات والسلع المختلفة والأوراق المالية والنقدية في البنوك وغيرها (٩).
ويسبغ القانون على الأموال العامة حماية قانونية خاصة بإعتبارها مخصصة لتحقيق المنفعة العامة ويخضعها لمجموعة من القواعد القانونية التي تكفل لها الحماية اللازمة، فهذه الأموال لا يجوز الإعتداء عليها

(١) المادة ١ / ٣ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي.

(٢) د. غازي فيصل مهدي، شرح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، مطبعة صباح صادق الانباري، بغداد، ٢٠٠٤م، ص ٥.

(٣) قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٤) د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات- القسم الخاص- جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الانسان والمال، ط٢، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢م، ص ٧٤.

(٥) د. محمود عبد المجيد المغربي، المدخل الى تاريخ الشرائع، ط٣، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، ١٩٩٦م، ص ٢٩٠.

(٦) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٧) المادة ١ / ٧١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل.

(٨) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، ط٢، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧م، ص ٩٤.

(٩) د. نواف كنعان، القانون الإداري، مطبعة دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٣م، ص ٣٨١.

والإستيلاء عليها او تملكها بالتقادم، فضلاً عن إن المنازعات المتعلقة بها تخضع لاحكام القانون الاداري ولولاية القضاء الاداري^(١).

وعلى الموظف او المكلف بخدمة عامة ان يقوم بمهام عمله بنزاهة وامانة دون ان يستغل الوظيفة العامة بطرق غير مشروعة كأخذ الرشوة او الاختلاس او استغلال الوظيفة والاخلال بواجباته الوظيفية من اجل تحقيق مصالحه الشخصية والا تعرض الى جزاءات قانونية بموجب القوانين الجزائية النافذة^(٢).

المطلب الثالث : اسباب الفساد الاداري في العراق

البند الاول: الاسباب السياسية والاجتماعية والاقتصادية للفساد الاداري.

اولا : اسباب سياسية

وتتمثل الاسباب الاسباب السياسية بالاتي^(٣) :-

١. غياب الحريات والنظام الديمقراطي و ضعف الأعلام والرقابة المحاصصة الطائفية والحزبية والعرقية مما اوصل الكثير من الاشخاص غير الاكفاء الى المناصب العامة لانهم من حزب المسؤول او من طائفته او قوميته على حساب المصلحة الوطنية العليا، وبالتاكيد ان المسؤول الحكومي سيحاول قدر الامكان الدفاع والتستر على الفاسدين من حزبه او طائفته او قوميته حتى لا يمنح فرصة للاخرين من النيل منه.

٢. ضعف الولاء الوطني وطغيان الولاءات الاخرى الضيقة كالعشائرية والمناطقية والمذهبية والعرقية مما ادى الى ضعف دور المواطن في مكافحة ظاهرة الفساد، ومن الواضح لدى الفرد العراقي ان كثيرا من المؤسسات والمرافق الحكومية تكاد تكون مغلقة لحزب ما او طائفة معينة او قومية بعينها , وبالتالي فان المهم هو الحلقة الضيقة التي ينتمي اليها الموظف والسعي الى تحقيق مصالحها والدفاع عنها بغض النظر عن المصلحة الوطنية العليا.

٣. الاحتلال الاجنبي : فان سيطرته على مقاليد الامور في البلد , وتوفيره الغطاء الامني لبعض الشخصيات الفاسدة المحسوبة عليه ادى الى استقواء كثير ممن شغلوا المناصب العامة بقوات الاحتلال ولا سيما من يحملون جنسيات مزدوجة يتولى المنصب بالجنسية العراقية ويسرق او يختلس بالجنسية الاخرى.

ثانياً: أسباب اجتماعية.

وهذه الاسباب تتمثل بآثار الحروب ونتائجها على المجتمع والتدخلات الخارجية، فأدت الى ظهور الطائفية والعشائرية والمحسوبيات، كما ان القلق الناجم من عدم الاستقرار في الأوضاع والتخوف من المجهول القادم تدفع الى جمع المال بأي وسيلة لمواجهة هذا المستقبل الغامض^(٤).

ثالثاً: أسباب اقتصادية

للاسباب الاقتصادية دور كبير في تفشي الفساد الاداري ومن هذه الاسباب انخفاض مستوى دخل الموظفين الحكوميين لان انخفاض مستوى الدخل عن تلبية الاحتياجات والمتطلبات الضرورية للعيش لهم

(١) د. احمد حافظ نجم، القانون الاداري، ط١، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨١م، ج٢، ص ٢٧١.
(٢) د. جمال ابراهيم الحيدري، النماذج الاجرامية للفساد الاداري في قانون العقوبات العراقي، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م، ص ١٤٧.

(٣) د. فوزي حسين محمد، مرجع سابق، ص١٠٣-١٠٤. حمزة حسن خضر حسن شيخو الطائي، الفساد الإداري في الوظيفة العامة رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في الأكاديمية العربية مفتوحة في الدانمرك، ٢٠١٠م، ص٣٩-٤١.

(٤) - قحطان محمد صالح الهيتي، الفساد المالي والاداري واسبابه، موقع الحوار المتمدن، ٢٠ / ٩ / ٢٠١٣م

ولافراد عوائلهم يدفع غير المحصنين منهم للانحراف والوقوع في منزلقات الفساد الاداري كالرشوة والاختلاس وهذا ما لاحظناه في العراق وخاصة بعد عام ١٩٩٠م بعد فرض الحصار الاقتصادي الذي شهد ارتفاع معدلات التضخم وادى لارتفاع الاسعار وتدهور القدرة الشرائية للعملة المحلية وكذلك بعد عام ٢٠٠٣م بعد تغيير النظام السابق وما نتج عنه من انفتاح على العالم ودخول السلع الاستهلاكية الجديدة وتطلعات الموظفين الى مستويات معيشية اعلى ساعدهم في ذلك حالة الفوضى والضعف الامني وغياب سلطة القانون كل ذلك دفعت البعض منهم الى ممارسة السلوك المنحرف^(١).

البند الثاني: الاسباب الادارية والقانونية للفساد الاداري.

اولاً: أسباب إدارية وتنظيمية.

تتمثل في الإجراءات المعقدة (البيروقراطية) وغموض التشريعات وتعددتها أو عدم العمل بها، وعدم الاعتماد على الكفاءات الجيدة في الجوانب الإدارية.^(٢) أي عدم وضع الرجل المناسب في المكان المناسب ولعل من اسباب ذلك عدم وجود اليات منظمة ودقيقة تحدد مواصفات الشخص المتقدم لشغل المنصب او الوظيفة، فضلا عن التوسع الكمي في التعيين دون الاهتمام بالكيف النوع وبرز الاسباب الداعية الى ذلك هو الرغبة في تشغيل اكبر عدد من العاطلين عن العمل دون دراسة حقيقية لخطر هذه الخطوة على الاقتصاد الوطني يقابلها اهمال وتغيب وتهميش الكفاءات. فضلا عن تفشي ظاهرة الفوضى الادارية وسوء التخطيط والتارجح في تبني النظم الاقتصادية بين النظم الاشتراكية المركزية وبين النظم الرسمايلية واقتصاد السوق الحر حيث ان الفساد الاداري يزدهر في ظل الفوضى الادارية ويضمحل مع الاستقرار.^(٣)

ثانياً: اسباب قانونية.

وتتمثل بعدم وجود نظام رادع لمحاسبة المفسدين وضعف اجهزة الدولة الرقابية بل التهاون مع المقصرين والتستر عليهم. وقد قيل سابقا (من امن العقاب اساء الاداب). لذا يشعر الفاسد ان لا محاسبة تنتظره ولا رقيب يردعه في غياب الضمير. وفي احيان كثيرة تكون اقصى العقوبة هي الطرد من الوظيفة بعد ان يكون قد سرق او اختلس ما يكفيه ويكفي ذريته من اموال الشعب ويهرب الى احدى الدول الاخرى ليعيش فيها قبل ان يحال الى القضاء^(٤). فضلاً عن بعض النصوص القانونية المطبقة حالياً في القانون العراقي مازالت تشكل غطاء واقيا للمفسدين.

المبحث الثاني

التأصيل التاريخي لأبرز جرائم الفساد الإداري

سنبحث بعون الله تعالى في هذا المبحث جرائم الفساد الإداري وطرق مكافحتها عبر التاريخ من خلال دراسة هذه الجرائم في القوانين العراقية القديمة وكيف تم مكافحتها من قبل المشرع العراقي القديم، فضلاً عن بحثها في الشريعة الإسلامية وسبل مكافحتها، وسنتناولهما حسب التسلسل التاريخي وكالاتي:

(١) د. فوزي حسين، مرجع سابق، ص ١٠٣-١٠٥. حمزة حسن خضر حسن شيخو الطائي، مرجع سابق، ص ٣٩-٤١.

(٢) سعاد عبد الفتاح محمد، الفساد الاداري والمالي- مضاهره - سبل معالجته. موقع هيئة النزاهة ٢٠/٨/٢٠١٣م.

www.nazaha.iq/search_web/edare/8.doc

(٣) حمزة حسن خضر حسن شيخو الطائي، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣، القاضي كاظم الكفاني، أسباب استفحال ظاهرة الفساد الاداري في العراق. ٢٠/٨/٢٠١٣م.

<http://www.qoob.com/showthread.php?t=17231>

(٤) حمزة حسن خضر حسن شيخو الطائي، مرجع سابق، ص ٣٨.

المطلب الأول: جرائم الفساد الإداري في القوانين العراقية القديمة.

يعد المجتمع العراقي القديم أول مجتمع إنساني عاش في ظل القانون، وتعد القوانين العراقية القديمة من أقدم القوانين المكتوبة التي توصل إليها علماء الآثار في العالم^(١).

وقد اطلقت عدة تسميات على العراق القديم منها بلاد سومر او بلاد أكد او بلاد سومر وأكد او بلاد بابل وبلاد آشور^(٢). وتشير الدراسات التاريخية الى ان التكوينات السياسية في العراق القديم ظهرت بحدود (٤٠٠٠) سنة قبل الميلاد في الاقسام الجنوبية منه، وهذا التكوينات لا بد لها من قوانين تنظم حياتها ومتطلباتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بجانب الأعراف والتقاليد التي كانت سائده آنذاك، وبما ان الكتابة لم تكن مكتشفة في ذلك الوقت فإننا لانعرف شيئاً عن تلك القوانين، ولكن بعد ان عرف العراقيون القدماء الكتابة ودونوا أخبارهم ومعاملاتهم الاقتصادية واحكامهم القضائية استطعنا التعرف على الإصلاحات الاجتماعية والقوانين التي أدرك العراقيون أهميتها وضرورتها في وقت مبكر جداً، وقد سبقوا في هذا المجال شعوب العالم بألاف السنين ومن الأدلة المادية على ذلك هو اللوح الطيني الذي عثر عليه في المدينة العراقية القديمة (لكش) والذي يرجع تاريخه الى (٢٣٥٥ ق.م) وهو ما يعرف بإصلاحات اوركاجينا^(٣)، وهو اقدم اصلاح اجتماعي معروف حتى الوقت الحاضر، فقد استطاعت هذه الإصلاحات القضاء على المساويء التي كان يتدمر منها الناس في المدينة وخاصة الضرائب التي كانت مفروضة خلافاً للقانون، وأعاد العدل وأزال المظالم، فيذكر انه أطلق سراح من كان مقيداً بسبب دين أو ضريبة أو غرامة، وقضى على استغلال الاغنياء للفقراء^(٤).

كما تم اكتشاف قانون اورنمو الذي ينسب الى الملك اورنمو مؤسس سلالة اور الثالثة وهو أقدم قانون عراقي تم اكتشافه في العالم لحد الآن والذي يعود تاريخه الى (٢١١١ - ٢٠٠٣ ق.م) ويتكون القانون من مقدمة و متن وخاتمة، تحتوي المقدمة على نظرية التفويض الإلهي* وأهم انجازات الملك، اما المتن فهو يضم (٣١) مادة قانونية، قسماً منها متاكل وممسوح، وقد عالج مسائل اجتماعية وقضائية واقتصادية، ثم جاء بعده قانون لبت عشتار الذي أصدره الملك لبت عشتار ويعود تاريخه الى (١٩٣٤ - ١٩٢٤ ق.م) ويتكون من مقدمة نظم نظرية التفويض الالهي و متن يتكون من (٣٧) مادة قانونية فضلاً عن الخاتمة، نظم هذا الملك من خلالها شؤون الاسرة والارث ومسائل تتعلق بتنظيم الزراعة ومواد تتعلق بالجرائم والعقوبات، كما تضمن القانون على خاتمة يتعهد فيها الملك بالقضاء على البغضاء والعنف ونشر الرفاهية^(٥)، وكتب هذا القانون باللغة السومرية^(٦).

وفي عام (١٩٠١ م - ١٩٠٢ م) تم اكتشاف قانون حمورابي من قبل بعثة تنقيب فرنسية في مدينة سوسة عاصمة بلاد عيلام في ايران مكتوب على مسلة من حجر الديوريت الاسود الذي يبلغ ارتفاعه مترين

(١) د. هاشم حافظ و د. ادم وهيب، تاريخ القانون، ط٢، مطبعة شركة العاتك، القاهرة، ٢٠١٠م، ص٤٣.

(٢) د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم_ دراسة تاريخية قانونية مقارنة، ط٢، مطبعة دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧م، ص٢١.

(٣) د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، مطبعة دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٧٩م، ص١١-١٢.

(٤) عباس العبودي، تاريخ القانون، مطبعة العاتك، القاهرة، ١٩٨٩م، ص٩٥-٩٦.

* نظرية التفويض الإلهي: يقصد بها ان الملك مفوض بالحكم من قبل الآلهة فهو الوسيط بين الالهة والناس وعلى الناس طاعته واحترامه، وهو مسؤول امام الآلهة، وهو الكاهن الاكبر للمدينة، وقد اعتبر قسم من الملوك انفسهم ابناء الآلهة (شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، مطبعة شركة العاتك، القاهرة، ١٩٨٩م، ص٣٩-٤٠).

(٥) شعيب احمد الحمداني، مرجع سابق، ص ١٤-١٦، جان دي شايي وريموند بلوش، دليل حضارات الشرق الادني القديم، ترجمة سهى محمد الطريحي، ط١، مطبعة دار الجواهري، بغداد ٢٠١٣م، ص١٧٠.

(٦) د. عامر سليمان، مرجع سابق، ص١٩٩.

وربع ومحيط قاعدته مائة وتسعون سم، وسبب وجود المسلة في مدينة سوسة هو حملها من قبل الملك العيلامي مع الغنائم التي حصل عليها نتيجة غزوه لمدينة بابل عام (١١٧٠ ق.م)، ويعود تاريخ هذا القانون الى ما بين عام (١٧٩٢-١٧٥٠ ق.م) ويحتوي القانون على (٢٨٢) مادة قانونية عالجت جوانب عديدة في شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتنظيم القضاء فضلاً عن العقوبات لمختلف الجرائم المعروفة آنذاك^(١). وقد تميزت شريعة حمورابي بخصائص جعلتها في مقدمة القوانين القديمة، لانها جاءت بمبادئ قانونية متطورة نجد صداها في القوانين المعاصرة^(٢).

وقد أدرك المشرع العراقي القديم في وقت مبكر جدا خطورة الفساد الإداري على كيان الدولة، فأولى إهتماماً بالغاً في مكافحته من خلال سن التشريعات المختلفة، فنجد القوانين العراقية القديمة قد وضعت عقوبات صارمة وقاسية لجريمة الرشوة والجرائم المتعلقة بالاعتداء على الاموال العامة واستغلال الوظيفة العامة، وتعد جريمة الرشوة من أقدم الجرائم التي عرفتها القوانين القديمة وخاصة في العراق القديم، كما عرفها القانون الروماني ووضع لها عقوبات صارمة، فالملك البابلي حمورابي يؤكد في مستهل شريعته وفي خاتمها ان الالهة تملي عليه القوانين وهي تجسد العدالة وتأمّر بنشرها بين الناس، لذلك فقد سن القوانين التي تعاقب القضاة المخلين بواجباتهم القضائية عن طريق الإهمال او الإرتشاء بعقوبات صارمة^(٣)، فقد ورد في المادة الخامسة من قانون حمورابي بمعاينة القاضي او الحاكم الذي يغير الحكم القضائي بعد اصداره وكتابته على الرقيم الطيني المختوم، فإذا ثبت ذلك الفعل على القاضي فان القاضي يعاقب بعقوبة الطرد من مجلس القضاء ومن كرسي القضاء ولا يمارس القضاء مرة أخرى ويدفع اثنا عشر ضعف الحكم الذي غيره، وهذه العقوبة هي عقوبة كبيرة للقاضي المرتشي ورادعة لكل من تسول له نفسه ويحاول تغيير حكمه لأي سبب كان، لأن ذلك يؤدي الى زعزعة ثقة الناس بالقضاء وخاصة إذا تعرض القاضي للضغوط ورضخ اليها او تقبل الرشوة^(٤).

وقد أنيطت بمجالس العامة وخاصة في عهد حمورابي مهام النظر في الدعاوى المقامة على القضاة بسبب تغييرهم أحكاما كانوا قد أصدروها وكتبت على الألواح الطينية^(٥).

وحرصاً من الملك حمورابي على بناء دولته وحمايتها من أي إعتداء فقد عمد على بناء جيش قوي وسن القوانين التي تنظم عمل هذا الجيش، فمنع قانون حمورابي العريف او الرئيس وهو الشخص المسؤول عن تدريب ودوام مجموعة من الجنود وتهيئتهم للحملات العسكرية، من تقبل الرشوة من أي منهما مقابل السماح بتخلفهم عن الخدمة العسكرية او السماح لشخص بأداء الخدمة العسكرية بدل آخر وإلا تعرض الى عقوبات صارمة جدا تصل للإعدام، فقد ورد في المادة (٣٤) من قانون حمورابي (اذا تقبل رئيس او عريف حاجات من جندي... فإن هذا الرئيس او العريف يعدم)^(٦).

ونلاحظ هنا ان القضاء تابع للدولة وهو ليس قضاء اختياريًا يلجأ اليه المتنازعون بل انه قضاء الدولة التي تراقب عمل موظفيها بدقة، وتعد محاسبة المسؤولين من أهم قواعد العدالة التي أقرها قانون

(١) ينظر : شعيب احمد الحمداني، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٩.

(٢) عباس العبودي، مرجع سابق، ص ١٠٣، د. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) غالب غانم، القوانين والنظم عبر التاريخ، ط ١، مطبعة دار صادر، بيروت، ١٩٩١م، ص ٥٦.

(٤) أ.د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون - دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، ط ١، مطبعة الذاكرة، بغداد، ٢٠١٠م، ص ١٢٥.

(٥) شعيب احمد الحمداني، مرجع سابق، ص ٧١.

(٦) د. فوزي رشيد، مرجع سابق، ص ١٢٥.

حمورابي، فهؤلاء مؤتمنون على مصالح الدولة فإذا ما قبلوا الرشوة او المحسوبية فإن قيمة الدولة ستصغر امام الناس فيعم الفساد فيها^(١).

أما في ما يتعلق بجرائم الإختلاس وإستغلال النفوذ فنرى ان المشرع العراقي القديم قد عاقب الموظف اذا قام بإختلاس اموال تعود الى الآلهة او القصر باعتبارها أموال دولة، فقد ورد في المادة (٥١) من قانون ايشنونا ان رئيس المدينة او مراقب القنوات او اي موظف آخر يقبض على عبد او أمة او ثور او حمار مفقود يعود للقصر ولم يسلمه الى مدينة ايشنونا بل احتفظ به في بيته فانه بعد مضي سبعة ايام يعتبر سارقاً^(٢).

ونجد المشرع العراقي القديم قد تشدد كثيرا في حماية المال العام اكثر من الاموال الخاصة، وهو ما نلاحظه من خلال فرض عقوبات قاسية وصارمه لمن يعتدي على المال العام، بينما نجد عقوبة المعتدي على المال الخاص أقل شدة^(٣)، الا إن القانون لم يميز بين شخص الجاني كونه مواطناً عاديا او موظفاً، فقد ورد في المادة (٦) من قانون حمورابي :- (اذا سرق رجل حاجة تعود للآله او القصر فإن ذلك الرجل يعدم، ويعدم من تمسك بيده الحاجة المسروقة) كما ورد في المادة (٨) من قانون حمورابي (اذا سرق رجل ثورا او شاة او حمارا او خنزيرا او قاربا فإذا الشيء المسروق يعود للآله او للقصر فعليه أن يدفع كغرامة ثلاثين ضعفا، واذا كان يعود الى مولى فعليه ان يدفع عشرة أضعافه، فإذا لايملك السارق ما يجب دفعه، يعدم)^(٤).

كما منعت التشريعات العراقية القديمة إستغلال الموظف لوظيفته من أجل الحصول على منفعة شخصية، وفرضت عقوبات صارمة لمن يرتكبها تصل الى الإعدام^(٥)، فقد ورد في المادة ٣٤ من قانون حمورابي (اذا تقبل رئيس او عريف حاجات من جندي او إغتصب أموال جندي أو اعطى جندياً كأجير او قدم جندياً للمحاكمة بتأثير شخص قوي فإن هذا الرئيس او العريف يعدم)^(٦).

وقد تولى القضاء في العراق القديم وخاصة في عهد حمورابي عدة جهات أهمها :-

١- **الملك** : فهو القاضي الاعلى في البلاد وهو يمارس القضاء بنفسه او عن طريق من يمثله وكان حمورابي يسعى لتحقيق المساواة امام القانون وتغلب مبدأ الانصاف وهو ما ذكره في مقدمة قانونه ولا ينظر الملك في كل القضايا والمنازعات انما في قضايا معينة اهمها قضايا انكار العدالة وحالة ارتشاء موظف او استغلال الوظيفة.

٢- **قضاة المقاطعات** : تشكلت في المدن الكبيرة محاكم لها اختصاص مكاني يشمل كل الأشخاص المقيمين ضمن مساحتها الجغرافية وكان يتولى القضاء فيها قضاة كان الملك يعينهم بنفسه ويساعدهم عدد من المحققين تقتصر واجباتهم على تهيئة الدعوى للنظر فيها امام القضاة، ويساعدهم عدد من الكتبة يتولون كتابة محاضر الدعوى وحفظ القرارات في مخازن المحكمة.

٣- **حكام المقاطعات** : ومارس القضاء حكام المقاطعات بالاضافة الى مهام عملهم في ادارة المقاطعات وكان لهم النظر في المنازعات التي تعد من النظام العام كحجز الدائن لمدينه وقضايا الاراضي والقضايا المتعلقة بحفظ الامن والنظام كجرائم السرقة.

(١) أ.د. سهيل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص ١٢٦- ١٢٧.

(٢) د. فوزي رشيد، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٣) ينظر شعيب احمد الحمداني، المرجع نفسه، ص ٦٣.

(٤) د. فوزي رشيد، مرجع سابق، ص ١١٩ - ١٢٠.

(٥) شعيب احمد الحمداني، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٦) د. فوزي رشيد، مرجع سابق، ص ١٢٥.

٤- الكهنة : كان للكهنة في عهد دويلات المدن سلطات قضائية واسعة، فقد كانت جلسات الكهنة تعقد في المعابد وامامها للنظر في الدعاوى المقدمة لهم وكانت الاجراءات القضائية وصدور الاحكام وتنفيذها تصطبغ بصبغة دينية، كما كانت للكهنة في عهد حمورابي بعض السلطات القضائية رغم انها تقلصت في عهده وانحصرت على بعض القضايا مثل قسمة التركة او تصفية شركة بين الشركاء او في حالة صدور قرار من القاضي بعدم وجود دليل قاطع للآثبات عندئذ يتفق الطرفان على حل القضية عند الكهنة وأمام الآله.

٥- المجالس العامة: أنيطت بمجالس العامة مهام قضائية اهمها النظر في الدعاوى المقامة على القضاة، وخاصة عندما يغير القاضي الحكم القضائي بعد إصداره وكتابته على لوح مختوم، وكانت هذه المجالس تتكون من حكام يعينهم او يرضى عنهم الملك من الرجال او النساء^(١).

المطلب الثاني: جرائم الفساد الإداري في الشريعة الإسلامية.

ذكر القرآن الكريم الفساد او ما يدل عليه في آيات عديدة وفي سور مختلفة محذراً منه وداعياً الى الابتعاد عنه كونه يشكل خطراً كبيراً على بناء المجتمع السليم الذي ينشده الاسلام وأداة لخراب وفساد النفس البشرية منها قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ زِدْنَاهُمْ عَذَابًا فَوْقَ الْعَذَابِ بِمَا كَانُوا يُفْسِدُونَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ، الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَّرْنَاَهَا تَدْمِيرًا﴾^(٥).

كما نهى الرسول الكريم محمد ﷺ عن الفساد وحذر منه في أحاديث ومواقف كثيرة فيروى عن عدي بن عميرة الكندي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول (مَنْ اسْتَعْمَلْنَا مِنْكُمْ عَلَى عَمَلٍ، فَكَتَمْنَا مَخِيطًا، فَمَا فَوْقَهُ كَانَ غُلُولًا يَأْتِي بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) وقال ﷺ: (وَأَنَا أَقُولُهُ الْآنَ، مَنْ اسْتَعْمَلْنَا مِنْكُمْ عَلَى عَمَلٍ، فَلْيَجِئْ بِقَلْبِهِ وَكَثِيرِهِ، فَمَا أُوتِيَ مِنْهُ أَخَذَ، وَمَا نَهَى عَنْهُ انْتَهَى)^(٦). وعن عبدالله بن عمرو قال: (لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ)^(٧).

وسنتناول في هذا المطلب بيان أهم صور الفساد الإداري وهما جريمة الرشوة وجريمة الإختلاس والمسؤولية الجنائية التي تقع على مرتكبيها في الشريعة الإسلامية من خلال الآتي :

اولاً : جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية.

(١) د. شعيب أحمد الحمداني، مرجع سابق، ص ٦٨-٧١، ينظر أ.د. سهيل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص ١٠٣-١٠٧.

(٢) سورة النحل، الآية، ٨٨.

(٣) سورة النمل، الآية، ٤٨.

(٤) سورة الشعراء، الآية، ١٥١-١٥٢.

(٥) سورة الاسراء، الآية، ١٦.

(٦) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٣، ص ١٤٦٥.

(٧) ابي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، (ت ٢٧٩) سنن الترمذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٩٥ هـ، ج ٣، ص ٦١٥.

١- تعريف الرشوة في اللغة.

الرشاء: الحبل، والجمع أرشية. والرشوة معروفة، والرشوة بالضم مثله؛ والجمع رشاً ورشاً. وقد رشاه يرشوه رشواً. وارشى: أخذ الرشوة. وارشى في حكمه: طلب الرشوة عليه^(١). (أرشاه) أعطاه الرشوة^(٢).

٢- تعريف الرشوة في الإصطلاح .

الرشوة: هي ما أعطاه المرء ليحكم له بباطل أو ليولي ولاية أو ليظلم له إنسان^(٣). كما إن الرشوة:- هي ما يعطيه الشخص للحاكم أو لغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد^(٤). وتسمى الرشوة ايضاً البرطيل، وأصل البرطيل هو الحجر المستطيل التي سميت به الرشوة، لأنها تلغم المرتشي عن التكلم بالحق كما يلغمه الحجر الطويل^(٥).

٣- مشروعية تحريم الرشوة.

الرشوة محرمة شرعاً ومشروعية تحريمها ورد في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾^(٦)، فاللهي وارد في هذه الآية الكريمة من أكل أموال الناس بالباطل وقد يكون هذا الأكل عن طريق النهب أو السرقة أو الغصب أو عن طريق الرشوة^(٧).

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٨)، ويقصد بتدلوا أي تلقوا بها إلى الحكام على وجه الرشوة^(٩). وقوله تعالى: ﴿ سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ ﴾^(١٠)، والسحت هو الحرام الذي لا يحل كسبه لأنه يسحب البركة أي يذهبها، والرشوة هي من السحت^(١١)، وهذه الآية الكريمة يخاطب بها الله تعالى اليهود لأنهم كانوا يأكلون السحت وهو الرشوة وتسمى ايضاً البرطيل وتسمى احياناً الهدية وغيرها، ومتى أكل ولي الأمر أو القاضي أو الحاكم فهذا يعني انه سيسمع شهادة الزور وغيرها وتصبح احكامه غير صحيحة وجائرة^(١٢).

(١) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت ٣٩٣هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط٤، مطبعة دار العلم للملايين - بيروت، ١٤٠٧ هـ، ج٦، ص ٢٣٥٧.

(٢) الرازي، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٣) ابي محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم (ت ٤٥٦هـ)، المحلى، تحقيق احمد محمد شاكر، مطبعة دار الفكر، بيروت، ج٩، ص ١٥٧.

(٤) زين الدين بن ابراهيم بن محمد المصري الحنفي ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ، ج٦، ص ٤٤٠.

(٥) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية، ط١، مطبعة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ١٤١٨هـ، ص ٥٦.

(٦) سورة النساء، الآية، ٢٩.

(٧) د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الاموال، ط١، مطبعة مركز البحوث والدراسات الاسلامية- ديوان الوقف السني- بغداد، ٢٠٠٨م، ص ٦٢.

(٨) سورة البقرة، الآية، ١٨٨.

(٩) د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الاموال، ص ٦٢.

(١٠) سورة المائدة، من الآية، ٤٢.

(١١) د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الاموال، ص ٦٣.

(١٢) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٥٥.

كما ورد تحريمها في السنة النبوية الشريفة، فقد ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه إنه قال:- (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي في الحكم)^(١) ، وفي حديث شريف آخر (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش)^(٢). والرائشي هو دافع الرشوة، والمرتشي هو آخذ الرشوة، والرائش هو الوسيط أو السفير بين الراشي والمرتشي^(٣).

وتحريم الرشوة واضح في هذه الاحاديث الشريفة، واللعن هو الطرد والابتعاد من رحمة الله تعالى، والرشوة حرام بإجماع المسلمين وخاصة اذا كانت الرشوة من أجل ابطال حق او احقاق باطل، اما اذا كان الشخص مضطرا كمن يدفع رشوة ليدفع الظلم أو الضرر عن نفسه أو عن الغير فيصبح ذلك مباحا^(٤). وما أخذه العمال وغيرهم من مال المسلمين دون وجه حق كالهيا التي يأخذوها بسبب العمل فلولي الامر كالخليفة والوالي ان يأخذها منهم^(٥)، لما يروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم إستعمل رجلاً من بني أسد يدعى ابن اللثبية على الصدقة، فلما قدم وجاء بالمال فدفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ: ((هَذَا مَالُكُمْ، وَهَذِهِ هَدِيَّةٌ أُهْدِيَتْ لِي، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم عَلَى الْمُنْبَرِ، فَحَمِدَ اللَّهَ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ، وَقَالَ: (مَا بَالُ عَامِلٍ أُبْعِثُهُ، فَيَقُولُ: هَذَا لَكُمْ، وَهَذَا أُهْدِيَ لِي، أَفَلَا قَعَدَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ، أَوْ فِي بَيْتِ أُمِّهِ، حَتَّى يَنْظُرَ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا؟ وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ، لَا يَنَالُ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنْهَا شَيْئًا إِلَّا جَاءَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ عَلَى عُنُقِهِ بَعِيرٌ لَهُ رُغَاءٌ، أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا حُورٌ، أَوْ شَاةٌ تَيْعُرُ))، ثُمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى رَأَيْنَا غُفْرَتِي إِبْطِيهِ، ثُمَّ قَالَ: «اللَّهُمَّ، هَلْ بَلَّغْتُ؟» مَرَّتَيْنِ))^(٦). وعن معاذ بن جبل قال :- ((بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن فلما سرت أرسل في أثري فرددت فقال :- (أَتَدْرِي لِمَ بَعَثْتُ إِلَيْكَ؟ لَا تُصِيبَنَّ شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِي فَإِنَّهُ غُلُوبٌ، {وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ})^(٧) لِهَذَا دَعَوْتُكَ، فَأَمُضْ لِعَمَلِكَ))^(٨). كما يروى إن رجلاً من الإعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ((يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْشُدَكَ اللَّهَ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ، فَقَالَ الْخَصْمُ الْآخَرَ (وهو يحاول عرض رشوة على رسول الله صلى الله عليه وسلم) : وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ نَعَمْ، فَأَقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَذْنِ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم : (قُلْ)، قَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا (أجيراً) عَلَى هَذَا، فَزَنَى بِأَمْرَاتِهِ، وَإِنِّي أُخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ، فَأَفْدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ، فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ، فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا الرَّجْمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم : (وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ، الْوَلِيدَةَ وَالْعَتَمَ رَدًّا، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا)، قَالَ: فَعَدَا عَلَيْهَا، فَأَعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَرَجِمَتْ))^(٩).

في هذا الحديث الشريف تبين إنه لما بذل المال لعداء المذنب ورفع العقوبة عنه، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر برد المال الى صاحبه، وأمر بإقامة الحد على الجاني ولم يأخذ المال للمسلمين، وقد أجمع المسلمون على ان تعطيل الحد بمال او غيره لا يجوز، وان المال المأخوذ من الزاني او السارق او قاطع الطريق ونحو ذلك

(١) الترمذي، مصدر سابق، ج٣، ص ٦١٤ .

(٢) الامام احمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ)، مسند الإمام احمد، مطبعة مكتبة دار صادر، بيروت، ج٥، ص ٢٧٩.

(٣) محمد بن اسماعيل الصنعاني (ت ١١٨٢هـ)، سبل الإسلام، ط٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج٤، ص ١٢٤.

(٤) أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) المغني ويليهِ الشرح الكبير، تحقيق جماعة من العلماء، مطبعة دار الكتاب العربي، ج ١١، ص ٤٣٧-٤٣٨، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب (ت ٩٥٤هـ). مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ - ج٨، ص ١١٥، ابن نجيم، مصدر سابق، ج٦، ص ٤٤١.

(٥) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٨.

(٦) مسلم، مصدر سابق، ج٣، ص ١٤٦٣.

(٧) سورة ال عمران، من الآية ١٦١.

(٨) الترمذي، مصدر سابق، ج٣، ص ٦١٣.

(٩) مسلم، مصدر سابق، ج٣، ص ١٣٣٤.

لتعطيل الحد هو مال سحت خبيث (حرام)، وكثير من فساد امور الناس والامراء وتدهور الدول هو لتعطيل إقامة الحد بمال او جاه (١).

وكان صحابة رسول الله ﷺ يمتنعون من أخذ الرشوة فيروى إن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحه الى خيبر فيحرص بينه وبين يهود خيبر، ((قَالَ، فَجَمَعُوا لَهُ حُلِيًّا مِنْ حُلِي نِسَائِهِمْ. فَقَالُوا: هَذَا لَكَ وَخَفَّفَ عَنَّا. وَتَجَاوَزَ فِي الْقَسْمِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ يَهُودَ، وَاللَّهِ إِنَّكُمْ لَمِنْ أَبْعَصِ خَلْقِ اللَّهِ إِلَيَّ وَمَا ذَلِكَ بِحَامِلِي عَلَى أَنْ أُحِيفَ عَلَيْكُمْ. فَأَمَّا مَا عَرَضْتُمْ مِنَ الرُّشْوَةِ فَإِنَّهَا سُحْتٌ. وَإِنَّا لَا نَأْكُلُهَا، فَقَالُوا: بِهِذَا قَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ)) (٢).

والحكمة من تحريم الرشوة هي لدرء المفسدات عن الناس وتحقيق المصالح، ومن مفسدها قطع العلاقات بين الافراد وطمس المودة والتراحم بينهم وشيوع البغضاء والظلم وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ (٣).

٤- عقوبة الرشوة في الشريعة الإسلامية.

لم يحدد الشارع عقوبة محددة للرشوة في الشريعة الإسلامية وترك أمر تحديد العقوبة المناسبة للقاضي او لولي الامر، فالمعاصي التي ليس فيها حد* مقدر ولا كفارة كالذي يخون الامانة كولاة أموال بيت المال او الوقوف او مال اليتيم ونحو ذلك، وكذلك الغش في المعاملات وشهادة الزور او من يرتشي في الحكم او من يعتدي على رعيته، فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكياً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي او القاضي مناسباً (٤)، والتعزير يكون في الأفعال المرتكبة التي ليس فيها حد مقرر في الشريعة الإسلامية وتقدير العقوبة بشأنها أمر متروك للقاضي (٥)، والتعزير مشروع في كل معصية إذا لم يكن لها حد مقرر، وقد أجمع الفقهاء المسلمون على ان ترك الواجب او فعل المحرم معصية، يكون فيه التعزير اذا لم يكن هناك حد مقرر له، كما يكون التعزير في الجرائم التي شرع لها عقوبة القصاص او الحد إذا سقط القصاص او الحد لعدم توافر شروط تطبيقه (٦).

فيأخذ عند معاقبة الجاني بنظر الاعتبار كثرة ذلك الذنب في الناس وقتله، فتزداد العقوبة كلما كثر الذنب كذلك حسب حال المذنب، فإن كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل منه، كما يأخذ بنظر الاعتبار كبر الذنب وصغره، وليس لأقل التعزير حد، فيكون بكل ما فيه إيلاام للإنسان من قول او فعل او ترك قول او ترك فعل، فقد يعزر المذنب بوعظه وتوبيخه والاعلاظ له، وقد يعزر بهجره وترك السلام عليه حتى يتوب ويصلح حاله، وقد يكون التعزير بعزله عن ولايته، فقد كان النبي ﷺ واصحابه يعزرون بذلك، وقد يعزر الجندي بترك استخدامه في الجيش إذا فر يوم الزحف، وقد يكون التعزير بالحبس او الضرب او تسويد الوجه او الجلد، والمقصود من الجلد هنا تأديبه لا قتله فلا يضرب على وجهه او في الأماكن الحساسة او على موضع يسبب موته، ويوزع الضرب على اعضاء جسمه كالظهر والكتفين

(١) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٢) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الاصبجي (ت ١٧٩هـ)، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الاعظمي، مطبعة مؤسسة زايد بن سلطان الخيرية، ابو ظبي، ١٤٢٥، ج ٤، ص ١٠١٦.

(٣) سورة المائدة، من الآية، ٢.

(٤) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٩١-٩٢.

(٥) د. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٦) د. سامي جميل الكبيسي، الإشتراك في الجريمة في الفقه الإسلامي، ص ٢٩٥-٢٩٦.

والفخذين ونحو ذلك، ولا تخلع كل ثيابه بل ينزع منها ما يمنع الضرب، كما أجاز الإمام مالك ان يكون التعزير بالقتل، كقتل الجاسوس المسلم في حالة تجسسه للعدو على المسلمين^(١).

ثانياً: جريمة الإختلاس في الشريعة الإسلامية.

١- تعريف الإختلاس في اللغة.

يقال خلس الشيء او إختلسه، أي استلبه في نهزة ومخاتلة، والمختلس:- هو الذي يأخذ المال جهرة معتمدا على السرعة في الهرب^(٢).

٢- تعريف الإختلاس في الإصطلاح.

الإختلاس هو: أخذ الشيء بحضرة صاحبه جهراً مع الهرب به سواء جاء المختلس جهاراً او سراً مثل أن يمد يده الى منديل إنسان فيأخذه^(٣)، والإختلاس في الشريعة أخذ الشيء علانية ويتميز بسرعة الأخذ^(٤)، والمختلس:- الذي يَجْتَذِبُ الشَّيْءَ، فَيَعْلَمُ بِهِ قَيْلَ أَخْذِهِ^(٥).

كما إن المختلس يأخذ المال على حين غفلة من مالكة وغيره، فلا يخلو من نوع تفريط يُمكن به المختلس من اختلاسه، وإلا فمع كمال التحفُّظ والتيقُّظ، لا يمكنه الاختلاس، لهذا هو ليس كالسارق^(٦).
عن جابر بن عبدالله إن رسول الله (ﷺ) قال: (ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع)^(٧).
ومن الألفاظ ذات الصلة : المنتهب: الذي يَنْهَبُ الشَّيْءَ وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ، وَالطَّرَارُ:- وَهُوَ الْبَطَّاطُ الَّذِي يَبِطُّ الْجُيُوبَ وَالْمَنَادِيلَ وَالْأَكْمَامَ ونحوها^(٨).

واتفق غالبية الفقهاء المسلمين انه لا قطع في الاختلاس، واستدلوا على ذلك من الحديث الشريف وذلك لأن المختلس يأخذ المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة^(٩).

ويبدو من خلال هذه التعريفات للإختلاس في الشريعة الاسلامية إن مفهومه في الشريعة الإسلامية يختلف عن مفهومه في القانون، وإن المقصود بالإختلاس موضوع بحثنا هذا هو أخذ مالا أو متاعاً من قبل موظف في الدولة أو مكلف بخدمة عامة فيها ويكون هذا المال تحت حيازته بسبب مقتضيات الوظيفة^(١٠)، وفي هذه الحالة تنطبق على مثل هذه الجريمة في الشريعة الإسلامية أركان جريمة السرقة.

(١) ينظر: ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٩١- ٩٥، الخطاب، مصدر سابق، ج ٤، ص ٥٥٣.

(٢) ابي السعادات مجد الدين بن ابي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم ابن الاثير الشيباني الجزري (ت ٦٣٠ هـ)، النهاية في غريب الاثر، تحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، ط ١، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، ج ٢، ٦١.

(٣) ابي عبدالله محمد بن قاسم الانصاري الرصاع (ت ٨٩٤ هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفه الوافية، مطبعة المكتبة العلمية، ص ٥٠٣.

(٤) محمد أمين ابن عابدين (ت ١٢٣٢ هـ)، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة (حاشية ابن عابدين)، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢١ هـ، ج ٤، ص ٩٤.

(٥) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٦) حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ط ١، المكتبة الإسلامية عمان، الأردن، ١٤٢٩ هـ، ج ٦، ص ٧٥.

(٧) الترمذي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٥٢.

(٨) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٩) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤ هـ، ج ٩، ص ٧٨.

(١٠) د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٣١- ٣٢.

وتُعرَّف السرقة في الشريعة الإسلامية بأنها:- أخذ المال على وجه الخفية والإستتار^(١)، كما عرفت السرقة بأنها أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية بغير حق^(٢)، وعرفت أيضاً:- بأنها أخذ المال خفية ظمناً من حرز^(٣).

ومن هذه التعريفات للسرقة في الشريعة الإسلامية نلاحظ ان الشارع لم يميّز بين المال سواء كان عاماً ام خاصاً كما لم يحدد صفة الشخص ان كان موظفاً (والي، حاكم، عامل، قاضي، محتسب..الخ) أو شخصاً عادياً في الدولة الإسلامية وبالتالي تنطبق أركان جريمة السرقة على من يسرق المال الخاص أو العام كما تتوفر أركان الجريمة سواء كان السارق شخص عادياً ام موظفاً في الدولة وقام باختلاس المال المؤمن عليه.

٢- مشروعية تحريم السرقة.

وردت مشروعية تحريم جريمة السرقة في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿ قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَارِقِينَ ﴾^(٥)

كما وردت مشروعية العقوبة في السنة النبوية الشريفة بقول النبي ﷺ: (إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)^(٦). وقد حذر رسول الله ﷺ من الغلول (أي الخيانة) بسرقة المال العام وتبذير أموال بيت مال المسلمين، فيروى عن عدي بن عميرة الكندي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول (مَنْ اسْتَعْمَلْنَا مِنْكُمْ عَلَى عَمَلٍ، فَكَتَمْنَا مَخِيطًا، فَمَا فَوْقَهُ كَانَ غُلُولًا يَأْتِي بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)^(٧)، وَقَالَ ﷺ: «مَا مِنْ رَاعٍ يَسْتَرْعِيهِ اللَّهُ رَعِيَّةً، يَمُوتُ يَوْمَ يَمُوتُ وَهُوَ عَاشٍ لَهَا، إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ»^(٨).

وكان الخليفة عمر بن الخطاب ؓ اذا استعمل رجلاً أوصاه وأمام شهود ان لا يظلم أحدا في جسده ولا في ماله ولا يستغل مكانته أو هذا المنصب لفائدة أو مصلحة له، فقد خطب الخليفة عمر بن الخطاب قائلاً: ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي بَعَثْتُ عَمَّالِي هَؤُلَاءِ وَوَلَاءَةً بِالْحَقِّ عَلَيْكُمْ وَلَمْ اسْتَعْمِلْهُمْ لِيُصِيبُوا مِنْ أَمْوَالِكُمْ وَلَا مِنْ دِمَائِكُمْ وَلَا مِنْ أَمْوَالِكُمْ؛ فَمَنْ كَانَتْ لَهُ مَظْلَمَةٌ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْهُمْ فَلْيَقُمْ)).^(٩) وكان الإمام علي بن ابي طالب ؓ اذا بلغه ان بعض نوابه او ولاته ظلم يقول :- اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أُرْهُمُ أَنْ يَظْلَمُوا خَلْقَكَ، وَلَا أَنْ يَتْرَكُوا حَقَّكَ^(١٠).

(١) ابن قدامة، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٣٩، علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦هـ). التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، مطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٢م ص ١٦٥.

(٢) ابن نجيم، مصدر سابق، ج ٥، ص ٨٤.

(٣) شمس الدين محمد بن احمد الشربيني (ت ٩٧٧هـ). مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٧٧هـ ج ٤، ص ١٥٨.

(٤) سورة المائدة، الآية، ٣٨.

(٥) سورة يوسف، الآية، ٧٣.

(٦) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، مطبعة دار الفكر، بيروت، ج ٤، ص ١٥١.

(٧) مسلم، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٤٦٥.

(٨) ابن تيمية، مصدر سابق، ص ١٠.

(٩) ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري (ت ١٨٢هـ)، الخراج، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد مطبعة المكتبة الازهرية، القاهرة، ص ١٢٩.

(١٠) ابن تيمية السياسة الشرعية، ص ٢٧.

كما يروى عنه انه خاطب عامله على البصرة زياد بن أبيه بقوله:- (واني أقسم بالله قسماً صادقاً لئن بلغني انك خنت من فيء المسلمين شيئاً صغيراً او كبيراً لأشدن عليك شدةً تدعك قليل الوفر ثقيل الظهر ضئيل الأمر)^(١).

كما أوصى الإمام علي عليه السلام ولاته في الأمصار بتوفير العناية والرعاية اللازمة بالرعية وتلبية إحتياجاتهم ومتطلباتهم، فقد جاء في رسالة الإمام علي عليه السلام إلى مالك الأشتر عندما ولاه مصر (... فليكن أحب الذخائر إليك ذخيرة العمل الصالح، وإجعل في قلبك الرحمة للرعية والمحبة لهم واللفظ بهم، وإنصف الناس من نفسك ومن خاصة أهلك ومن لك فيه هوى من رعيتك، فإنك ألا تفعل تظلم ومن ظلم عباد الله كان الله خصمه دون عباده ومن خصمه الله أذحض حجته وكان لله حرباً حتى ينزع أو يتوب....)^(٢).

٣- عقوبة جريمة السرقة.

حرمت الشريعة الإسلامية السمحة الإعتداء على أموال الغير، وخاصة جريمة السرقة وسواء كانت هذه الاموال عامة تعود الى بيت مال المسلمين ام خاصة تعود للأفراد، إلا إنها ميّزت بين عقوبة السارق من المال الخاص وليس للسارق فيه شبهة ملك وبين من عقوبة السارق من المال العام (بيت مال المسلمين)، فمن يسرق المال الخاص العائد للغير فقد أجمع فقهاءنا المسلمون على عقوبة السارق بقطع يده اليمنى لقوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٣)، فإن عاد للسرقة مرة ثانية قطعت رجله اليسرى، أما في حالة عودة السارق للسرقة للمرة الثالثة فيرى الإمام أبو حنيفة والرأي الراجح عند الحنابلة والشيعة إنه لا يقطع مرة أخرى استحساناً ويعزر ويحبس حتى يتوب^(٤).

أما الإمام مالك والشافعي فيرى أن تقطع يده اليسرى في المرة الثالثة وإن عاد للسرقة في المرة الرابعة قطعت رجله اليمنى، وإن سرق مرة أخرى يحبس كما يجب حسب موضع القطع بالكي بالنار أو الغمس بالزيت المغلي حتى تنسد منافذ الدم وينقطع النزف لأن تركه قد يؤدي إلى الموت^(٥).
علماء إن السارق لا يقطع إلا إذا كان السارق مكلفاً بالغاً عاقلاً مختاراً ولا يكون له في المال المسروق حق أو شبهة، ويبلغ المال المسروق النصاب وأن يكون قد أخذه من حرز خفية وأن يتم إثبات السرقة بالإقرار أو بشهادة رجلين عدلين^(٦).

يروى انه أتى إلى النبي محمد ﷺ بعبد قد سرق من الخمس، فقال النبي محمد ﷺ:- مال الله سرق بعضه بعضاً، ليس عليه قطع^(١). وهذا دليل على إن الحدود تسقط بالشبهات والسرقة من مال الخمس فيه شبهة لأنه يمكن أن يكون له في هذا المال حق.

(١) الشريف الرضي أبو الحسن محمد بن أبي محمد الباقر بن علي زين العابدين (ت ٤٠٤هـ)، نهج البلاغة للإمام علي (عليه السلام)، شرح الشيخ محمد عبده، ط٢، مطبعة دار القاريء للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٣٠هـ، ج٣، ص٤٠٧.

(٢) الشريف الرضي، المصدر نفسه، ج٣، ص٤٥٩-٤٦٠.

(٣) سورة المائدة، الآية، ٣٨.

(٤) أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلبي (ت ٦٧٦هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تحقيق صادق الشيرازي، ط٢، مطبعة امير، قم، إيران، ١٤٠٩هـ، ج٤، ص٩٥٦، محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٦٨١هـ)، شرح فتح القدير، ط٢، مطبعة دار الفكر، بيروت، ج٥، ص٣٩٥، أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، ج١٠، ص٢٨٥-٢٨٦.

(٥) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (٤٧٦هـ). المهذب، مطبعة دار الفكر، بيروت، ج٢، ص٢٨٣، الصنعاني، مصدر سابق، ج٤، ص٢٧.

(٦) ينظر: المحقق الحلبي، مصدر سابق، ج٤، ص٩٥٢-٩٥٥، وينظر الشيرازي، مصدر سابق، ج٢، ص٢٧٧-٢٨٣، وينظر المرادوي، مصدر سابق، ج١٠، ص٢٥٣-٢٥٤.

وبنفس هذا الحكم قضى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما استشاروه بشأن سارق سرق من بيت مال المسلمين في الكوفة، فكتب فيه لا تقطعه فإن له فيه حق، كما أتى إلى الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه برجل سرق من الخمس فقال:- له فيه نصيب، فلم يقطعه^(١).

ومن هذه الأدلة نستدل على ان عقوبة الاختلاس (حسب المفهوم القانوني للاختلاس) في الشريعة الاسلامية عقوبة تعزيرية وليست حدية كما في السرقة لوجود شبهة الملك، فالأموال العامة هي ملك لجميع المسلمين، والعقوبة التعزيرية تكون في الأفعال المرتكبة التي ليس فيها حد مقرر في الشريعة الإسلامية، وتقدير العقوبة بشأنها متروك للقاضي وتسمى العقوبة التي يحكم بها القاضي تعزيراً، والعقوبة التعزيرية تطبق سواء في الأفعال التي تعتبر من حقوق الله تعالى أم الأفعال التي تدخل في حقوق العبد^(٢).

المبحث الثالث

المسؤولية الجنائية لأبرز جرائم الفساد الإداري في القوانين العراقية النافذة.

تعد جريمة الرشوة، و جريمة إختلاس الأموال العامة والقطاع الخاص والجرائم الملحقة بها كاستغلال الوظيفة العامة للإستيلاء على المال العام والخاص، وجريمة الانتفاع من الوظيفة على حساب المصلحة العامة، من أهم صور الفساد الإداري التي نص عليها المشرع العراقي.

وسنتناول في هذا المبحث بحث هذه الجرائم والعقوبات المقررة لها في ضوء القوانين العراقية النافذة كقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل وقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي المرقم ١٤ لسنة ١٩٩١م المعدل، كما نبحت الدعوى الجزائية في جرائم الفساد الإداري على ضوء قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م المعدل وذلك في المطالب الآتية:-

المطلب الأول: جريمة الرشوة.

عدّ المشرع العراقي جريمة الرشوة من الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، كما تُعدّ من أخطر جرائم الفساد الإداري التي تنخر بجهاز الدولة، وتكمن خطورتها في الخفية التي ترتكب بها دون أن تصل الى علم السلطات غالباً^(٤).

وسنتناول بحثها في النقاط التالية:-

أولاً: تعريف الرشوة.

تُعرّف الرشوة على انها إتيان الموظف العام أو القائم بخدمة عامة بوظيفة وإستغلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الإمتناع عنه أو الإخلال بواجباتها^(٥). كما تُعرّف على انها اتفاق بين شخص وموظف او من في حكمه على فائدة او منفعة مقابل القيام بعمل او الإمتناع عنه يدخل في إختصاص الموظف، والرشوة بحد ذاتها تمثل إتيان الموظف في أعمال وظيفته او إستغلالها على نحو معين لتحقيق منفعة غير مشروعة له عن طريق اتفائه مع صاحب المصلحة، وتتوقف جريمة الرشوة على نشاط الموظف سواء بطلبه الفائدة او قبوله لها سواء وافق صاحب المصلحة على طلب

(١) أبي بكر عبد الرزاق الصنعاني (ت ٢١١ هـ)، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي، مطبعة المجلس العلمي، ١٣٩ هـ - ج ١٠، ص ٢١٢.

(٢) الصنعاني، المصنف المصدر نفسه، ج ١٠، ص ٢١٢.

(٣) د. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٤) ينظر د. نشأت أحمد نصيف، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، ط ١، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٠م، ص ٢٦.

(٥) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ١٨.

الموظف ام لم يوافق، وعليه فان جريمة الرشوة هي جريمة خاصة اي يجب توفر الركن الخاص والمتمثل بالموظف العام او المكلف بخدمة عامة، اي لا يرتكبها إلا من كانت لديه هذه الصفة الموظف العام المختص^(١). وبالتالي جريمة الرشوة تقتضي وجود شخصين موظف يتاجر بسلطته، وصاحب مصلحة يريد قضائها، فأول يسمى بالمرتشي والثاني يسمى بالراشي، ولا تتم الجريمة الا بحصول العرض من أحدهما والقبول من الآخر^(٢).

ثانياً: أركان الرشوة.

يتبين من التعريف السابق لجريمة الرشوة ان لها ثلاثة أركان وهي :-

١. الركن الاول (الركن الخاص) هو صفة المرتشي :- وهو أن يكون موظف عام مختص، وقد ورد في قانون العقوبات العراقي تفصيل يبين فيه الأشخاص المشمولين بهذه الصفة وكالاتي: (المكلف بخدمة عامة: كل موظف او مستخدم او عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء وأعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين والمصفيين والحراس القضائيين وأعضاء مجالس إدارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة او إحدى دوائرها الرسمية او شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت، وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر او بغير أجر، ولا يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاء وظيفته او خدمته او عمله متى وقع الفعل الجرمي أثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة فيه)^(٣)، على ان اكتساب صفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة يقتضي ان يكون قرار التعيين او التكليف بالخدمة العامة صحيحاً وذلك بصدوره ممن يملك إصداره طبقاً للأصول التي يحددها، كما يلزم ان يكون العمل المطلوب القيام به او الإمتناع عنه داخلاً في اختصاص الموظف او المكلف بخدمة عامة، ويقصد بأعمال الوظيفة جميع الاعمال الداخلة في نطاق الاختصاص القانوني للوظيفة التي يكون الموظف مكلفاً بها، لانه عندما لا يكون لاختصاص الموظف علاقة بالعمل او الامتناع عنه فلا تقع الجريمة ما لم يزعم الموظف اختصاصه بهذا العمل، كما لا يشترط لاعتبار الموظف مرتشياً ان يكون العمل الذي طلب منه القيام به داخلاً في نطاق وظيفته بصورة مباشرة بل يكفي ان يكون على علاقة بها^(٤).

٢. الركن الثاني هو الركن المادي للرشوة : ويقصد به النشاط الذي يصدر عن المرتشي وهذا النشاط قد يكون الأخذ او القبول او الطلب، وموضوعه كل فائدة او ميزة او وعد بشيء يحصل عليها المرتشي او الشخص الذي عينه لذلك او علم به ووافق عليه أياً كان اسمها او نوعها، وسواء أكانت هذه الفائدة مادية او غير مادية، وسواء كان الطلب او القبول قولاً ام كتابة ام اشارة فإن هذا الركن يعد متحققاً، كما قد تكون الرشوة معجلة كأن يأخذ الموظف ثمناً معجل نظير قيامه بعمل او امتناعه عن القيام بعمل او الاخلال بواجباته الوظيفية، وقد تكون الرشوة مؤجلة أي ان المرتشي لا يقبض ثمن عمله معجلاً بل يكتفي الراشي بوعده بالعطاء او الاهداء مستقبلاً، او تكون الرشوة بصيغة تعاقد كأن يحصل المرتشي ثمن

(١) د. ماهر عبد شويش، مرجع سابق، ص ٥٢، د. جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٢) د. واثية دواد السعدي، قانون العقوبات-القسم الخاص، مطبعة جامعة بغداد، العراق، ص ١٧.

(٣) المادة ١٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

(٤) د. نشات احمد نصيف، مرجع سابق، ص ٢٧ - ٢٩.

عمله على شكل عقد بينه وبين الراشي كأن يشتري منه منقولاً أو عقاراً بأقل من ثمنه الحقيقي أو يبيع له بأكثر من الثمن الحقيقي^(١).

٣. الركن الثالث (الركن المعنوي) وهو القصد الجنائي للرشوة. ويعني بالقصد الجنائي:- توجيه الفاعل إرادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً للنتيجة الجرمية التي وقعت أو أية نتيجة أخرى، وهي تعني أيضاً ان مسؤولية الجاني عن الجريمة لا تقوم الا بخطأ صادر عن ارادة حرة واعية وانه كان مريداً للنتيجة التي وقعت^(٢). فالرشوة جريمة عمدية لذلك يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد، اي قصد المرتشي باعتباره فاعلاً للرشوة، اما قصد الراشي والرائش فهو قصد الاشتراك بالجريمة، ويقوم القصد الجنائي على عنصري العلم والارادة، اي يعلم المرتشي انه موظف عام او من هو في حكمه وانه مختص بالعمل المطلوب منه او يفترض العلم، فضلاً عن علمه ان المقابل الذي قدم او يقدم اليه هو مقابل عمله الوظيفي، وان انتفاء العلم بأحد العناصر السابقة ينتفي معه القصد الجنائي ولا يعد هذا القصد متوافراً^(٣). من خلال هذه الدراسة يتضح ان على الموظف ان يؤدي عمله بكل أمانة وإخلاص دون أن يقبل أو يطلب أي فائدة أخرى غير مشروعة من غير ما يتقاضاه من راتب أو أجر، لأن الموظف بقبوله الرشوة قد فضل مصلحته الخاصة على المصلحة العامة، وتكمن خطورة هذه الجريمة التي تعد من ابرز صور الفساد الاداري في ان الراشي الذي يتعامل مع الموظف قد يكتسب حقاً أو مصلحة معينة لا يستحقها، مما قد يسبب ضرراً بمصلحة الدولة او بمصالح الأفراد الآخرين المتنافسين معه.

ثالثاً: عقوبة جريمة الرشوة في قانون العقوبات العراقي النافذ.

العقوبة : هي الجزاء الذي يقرره القانون الجنائي لمصلحة المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة لمنع ارتكاب الجريمة مرة اخرى من قبل المجرم نفسه او من قبل بقية المواطنين^(٤)، فمن يرتكب جريمة عن إدراك وإختيار فقد ارتكب فعلاً يستحق عليه العقاب وتكون العقوبة هنا هي رد الفعل المناسب الذي يقع على الجاني بقصد إيلاسه وكفه عن العودة الى السلوك الاجرامي فضلاً عن ردع غيره^(٥).

وأشار المشرع العراقي الى ثلاثة أنواع من العقوبات في قانون العقوبات العراقي النافذ وهي العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية والعقوبات التكميلية، فالعقوبة الأصلية هي الجزاء الاساسي الذي نص عليه المشرع وقدره للجريمة، ويجب على القاضي الحكم به عند ثبوت ادانة المتهم وهذه العقوبات هي (الاعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت، الحبس، الغرامة)، اما العقوبة التبعية فهي التي تتبع العقوبة الأصلية من تلقاء نفسها دون حاجة الى ان ينص عليها القاضي في حكمه، اي تلحق المحكوم عليه بقوة القانون لمجرد الحكم بالعقوبة الاصلية فنتج اثرها او تنفذها سلطة التنفيذ، (مثل الحرمان من بعض الحقوق والمزايا ومراقبة الشرطة)، اما العقوبة التكميلية فهي التي تلحق المحكوم عليه بشرط أن يأمر القاضي بها كالحرمان من بعض

(١) ينظر د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٢٠ - ٢٣. وينظر أ. محمد صادق اسماعيل و د. عبد العال الديربي، جرائم الفساد بين الآليات الوطنية والدولية. ط١، مطبعة المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٤٧.

(٢) محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤م، ص ١٥٠ - ١٥١.

(٣) د. نشأت احمد مصطفى، مرجع سابق، ص ٣٢ - ٣٣، أ. محمد صادق اسماعيل و د. عبد العال الديربي، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٤) د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة الرسالة، الكويت، ١٩٨٢م، ص ٤٠٥.

(٥) د. سمير الجنزوري، مبادئ قانون العقوبات - القسم العام، ط١، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٧١م، ص ٣٣٨.

الحقوق والمزايا ومصادرة الأشياء التي تحصلت من الجريمة او التي استعملت في ارتكابها او كانت معدة لاستعمالها فيها فضلاً عن نشر الحكم الصادر بالإدانة^(١).

وقد عاقب المشرع العراقي الجاني في جريمة الرشوة بالعقوبات التي وردت في المواد من ٣٠٧-٣١٤ من قانون العقوبات العراقي النافذ وكالاتي:-

أ- العقوبات الأصلية.

١- عقوبة الموظف المرتشي.

بمقتضى المادة ١/٣٠٧ ق.ع.ع تقع جريمة الرشوة من قبل الموظف او المكلف بخدمة عامة اذا طلب او تقبل لنفسه او لغيره عطية او منفعة او ميزة او وعدا بشيء من ذلك لأداء عمل من اعمال وظيفته او الامتناع عنه او الاخلال بواجباته الوظيفية... وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين او الحبس والغرامة، وهنا عدّ المشرع العراقي جريمة الرشوة جنائية رغم انه أعطى الخيار للقاضي بالحكم بالسجن او الحبس والغرامة على الجاني، وبمقتضى المادة ٢/٣٠٧ من ق.ع.ع، تتحقق الرشوة أيضاً اذا حصل الطلب او القبول او الاخذ بعد اداء العمل او الامتناع عنه او بعد الاخلال بواجباته الوظيفية بقصد المكافأة على ما وقع منه، وتسمى الرشوة في هذه الحالة الرشوة اللاحقة وعقوبتها السجن مدة لا تزيد عن سبع سنين او الحبس، ويتضح من هذه المادة ان جريمة الرشوة تقع من موظف، وان يكون العمل الذي يؤديه داخل في اختصاصه الفعلي وان الرشوة قد تقع بصورة معجلة بأن يتقابل الطلب او قبول الفائدة مترامنا مع العمل او الامتناع عنه او تكون مؤجلة بصورة الوعد بطلب او قبول الفائدة، وقد تكون سابقة اي الطلب والقبول يكون قبل العمل او الامتناع عنه، او تكون الرشوة لاحقة اي يكون الطلب او قبول الفائدة يحصل بعد الاداء او الامتناع عنه^(٢).

ولم يحصر المشرع العراقي نطاق الرشوة في الاختصاص الحقيقي للموظف بل عاقب الموظف الذي يقبل لنفسه او لغيره عطية او منفعة لاداء عمل او الامتناع عنه ولا يدخل في اعمال وظيفته لكنه زعم ذلك او اعتقد بشكل خاطيء انه يدخل في اعمال وظيفته^(٣). فبموجب المادة ٣٠٨ من ق.ع.ع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او الحبس والغرامة على ان لا تقل عما طلب او اعطي او وعد به، كما لم يشترط المشرع لوقوع جريمة الرشوة ان يكون العمل او الامتناع عنه مخالفا للقانون بل تقع هذا حتى لو كان هذا العمل او الامتناع عنه موافقا للقانون، كما تقع الرشوة سواء أوفى الموظف بوعده ام لم يفي، كما إن الجريمة تقع حتى لو كان الموظف يقصد عدم القيام بالعمل او الامتناع عنه او الاخلال بواجباته الوظيفية، وهنا تسري أحكام وعقوبة المادة ٣٠٧، والمادة ٣٠٨ من ق.ع.ع على الموظف المرتشي^(٤).

٢- عقوبة الراشي والوسيط:

بمقتضى المادة ٣١٠ من ق.ع.ع يعاقب الراشي والوسيط بنفس عقوبة المرتشي المحددة بالمواد السابقة، والراشي هو كل من أعطى أو قدم أو عرض أو وعد بأن يعطي لموظف أو مكلف بخدمة عامة شيئاً مما نص عليه في المادة (٣٠٨)، والوسيط هو من يكون تارة رسولاً عن المرتشي واخرى رسولاً عن

(١) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، مرجع سابق، ص ٤١٤-٤١٥.

(٢) ينظر: د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، طبعة بغداد، ص ٦٨، د. جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٣) ينظر: المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م النافذ.

(٤) ينظر: المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات العراقي، د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٢٦-٢٧.

الراشي، فكل من تدخل لدى الراشي او المرتشي لعرض رشوة او لطلبها او لأخذها او الوعد بها عد وسيطاً، كما يعاقب بالحبس او بالغرامة كل من عرض رشوة على موظف او مكلف بخدمة عامة ولم تقبل منه^(١).

ب- العقوبات التبعية^(٢).

يعاقب مرتكب جريمة الرشوة فضلاً عن العقوبة الاصلية بالعقوبات التبعية الآتية :-
يحرم من بعض الحقوق والمزايا من يوم صدور الحكم وحتى إخلاء سبيله وهي :-

- ١ - الوظائف والخدمات التي كان يتولاها.
- ٢ - أن يكون ناخباً او منتخباً في المجالس التمثيلية.
- ٣ - أن يكون عضواً في المجالس الادارية او البلدية او احدى الشركات او يكون مديراً لها.
- ٤ - أن يكون وصياً او قيمياً او وكيلاً.
- ٥ - أن يكون مالكاً او ناشراً او رئيساً لتحرير احدى الصحف .

فضلاً عن حرمانه من ادارة أمواله او التصرف فيها، بغير الايصاء والوقف إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية، حسب الأحوال التي يقع ضمن منطقتها محل اقامته، كما يوضع بحكم القانون بعد انقضاء مدة عقوبته تحت مراقبة الشرطة وفق أحكام المادة ٢٠٨ من هذا القانون مدة مساوية لمدة العقوبة على أن لا تزيد على خمس سنوات^(٣).

ت- العقوبات التكميلية^(٤).

١- للمحكمة عند الحكم أن تقرر حرمان المحكوم عليه من حق او أكثر من الحقوق والمزايا لمدة لا تزيد على سنتين ابتداء من تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة او من تاريخ انقضائها لأي سبب كان، ومنها تولي بعض الوظائف والخدمات العامة، على أن يحدد ما هو محرم عليه منها بقرار الحكم وأن يكون القرار مسبباً تسببياً كافياً ويمنع من حمل اوسمة وطنية او أجنبية وحمل السلاح فضلاً عن حرمانه من الحقوق المزاي التي تم ذكرها سابقاً والتي نصت عليها المادة ٩٦ من قانون العقوبات العراقي^(٥).

٢- المصادرة : وهي عقوبة مالية مضمونها نزع ملكية المال جبراً بغير مقابل وإضافته الى ملكية الدولة^(٦). وقد نصت المادة ٣١٤ ق.ع.ع على مصادرة العطية التي قبلها الموظف او المكلف بخدمة عامة او التي عرضت عليه أو قدمت له^(٧)، والمصادرة هنا تشمل ما دفعه الراشي مباشرة او بالواسطة من فائدة مادية سواء كانت نقود او مجوهرات او عقارات او غيرها من الاشياء المادية، واذا لم تضبط الاشياء محل الجريمة او تعذر ضبطها كما في الاشياء غير المادية فلا محل للمصادرة، وتعد المصادرة هنا عقوبة تكميلية وجوبية يقضي بها حتماً ولو كانت الاشياء المضبوطة مما يباح حيازته وتداوله^(٨).

(١) د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٢٨ .

(٢) ينظر المواد ٩٦- ٩٩ من قانون العقوبات العراقي.

(٣) د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مرجع سابق، ص ٤٣٣- ٤٣٥.

(٤) ينظر المواد من ١٠٠- ١٠٢ من قانون العقوبات العراقي.

(٥) ينظر محسن ناجي، مرجع سابق، ص ٤٣٩-٤٤٠، د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(٦) د. سمير الجنزوري، مرجع سابق، ص ٤١١.

(٧) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٨) محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٦٦- ٦٧.

وغاية هذه العقوبات التي نص عليها المشرع العراقي في معاقبة مرتكبي جريمة الرشوة هي توفير الحماية اللازمة للوظيفة العامة التي تهدف لتحقيق خدمة المجتمع والصالح العام^(١).

٣- نشر الحكم : للمحكمة من تلقاء نفسها، او بناء على طلب الإدعاء العام أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في الجناية^(٢).

رابعاً : العفو في جريمة الرشوة.

تنص المادة (٣١١) من قانون العقوبات العراقي على إعفاء الراشي او الوسيط اذا بادر بإبلاغ السلطات القضائية او الإدارية المختصة بالجريمة او اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى، كما يعتبر عذراً مخففاً اذا وقع الإبلاغ او الاعتراف بعد اتصال المحكمة بالدعوى وقبل انتهاء المحاكمة فيها، وعليه نلاحظ ان المشرع العراقي حصر الإعفاء من عقوبة الرشوة بالراشي والوسيط دون المرتشي وبشرط ان يكون قد اخبر السلطات القضائية او الادارية بالجريمة قبل اتصال المحكمة بالدعوى، اما اذا تم الإبلاغ عنها او الاعتراف بعد اتصال المحكمة بها فقد اعتبره القانون عذراً مخففاً^(٣) ويعود سبب الاعفاء من العقوبة او تخفيفها تشجيعاً للراشين والوسطاء على مساعدة الجهات المختصة في اثبات الجريمة كون جريمة الرشوة من الجرائم الخطرة التي تهدد كيان الدولة، ومسألة اثباتها تلاقي صعوبة شديدة، ومسألة الإعفاء من العقوبة او تخفيفها حق مقرر للمتهم بمقتضى القانون وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها متى توافرت شروطه، ولا يلزم ان يدفع المتهم به^(٤).

أما بعد صدور الحكم فلا يجوز العفو الخاص عن مرتكب جريمة الرشوة (الراشي والمرتشي والوسيط) كون الجريمة تشكل أحد جرائم الفساد الاداري التي نص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م بعدم شمول مرتكبيها بالعفو الخاص، (يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات التالية: أولاً- اصدار العفو الخاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء باستثناء ما يتعلق بالحق الخاص والمحكومين بإرتكاب الجرائم الدولية والارهاب والفساد المالي والاداري)^(٥).

خامساً:- العقوبة التأديبية.

عُرِّفت العقوبة التأديبية بأنها:- العقاب المستخدم تجاه إخلال الموظف وخروجه على واجب الخدمة، او انها العقوبة المهنية التي توقع على من أخل بواجبه الوظيفي أو خرج على مقتضيات الوظيفة ومس بكرامتها^(٦)، فإذا ارتكب الموظف جريمة الرشوة فإنه قد ارتكب فعلاً مخالفاً بواجباته الوظيفية التي وردت في قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١م والتي أوجبت على الموظف واجبات عديدة، منها المحافظة على كرامة الوظيفة العامة، والابتعاد عن كل ما من شأنه المساس بالاحترام اللازم لها، فضلاً عن الامتناع عن إستغلال الوظيفة لتحقيق منفعة او ربح شخصي له أو لغيره^(٧)، فبعد صدور حكم على الموظف بإرتكابه جريمة الرشوة من المحكمة المختصة يصدر قرار من الجهة الادارية التي يعمل بها بعزله

(١) د. جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٢) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

(٣) د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٤) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، مرجع سابق، ص ٨٠ - ٨١، د. نشأت احمد نصيف، مرجع سابق، ص ٣٤ - ٣٥.

(٥) المادة ٧٣/أولاً من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م.

(٦) د. غازي فيصل مهدي، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٧) ينظر المادة ٣/ثامناً وتاسعاً من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي .

من الوظيفة نهائياً ولا يجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي ويكون هذا القرار مسبباً وصادراً من الوزير المختص^(١).

المطلب الثاني: جريمة الإختلاس والجرائم الملحقة بها. أولاً: تعريف الإختلاس في القانون.

يُعرّف فعل الإختلاس: بأنه أخذ الموظف أو المكلف بخدمة عامة لشيء هو أصلاً في حيازته، فالإخفاء أو الاختلاس يتم بإضافة الجاني للمال العام أو الخاص المودع لديه بصفته موظفاً أو مكلف بخدمة عامة الى ملكه وتصرفه فيه تصرف المالك^(٢).

كما يُعرّف على إنه استيلاء الجاني على مال مملوك للغير بهدف تملكه سواء كان هذا المال عائداً للدولة أو احد المؤسسات أو الهيئات التي تسهم الدولة في مالها بنصيب ما ام كان عائداً للأفراد وسواء اختلس من موظفاً أو من في حكمه، وتعد جريمة الاختلاس من أهم جرائم الفساد بالنظر للأثار السلبية المالية الناجمة عنها حيث تمثل إهدارا لأموال وممتلكات الدولة التي هي في ذات الوقت ملك المجتمع، كما تكمن خطورتها في أنها تشكل ضرباً من ضروب خيانة الأمانة للموظف التي أودعت إليه من حيث توليه الوظيفة وضرورة الحفاظ على الأموال والممتلكات التي يضع يده عليها بحكم هذه الوظيفة^(٣). وقد عالج المشرع العراقي هذه الجرائم في الفصل الثاني من الباب السادس في المواد ٣١٥ - ٣٢١ من قانون العقوبات العراقي النافذ^(٤).

ثانياً: أركان جريمة الإختلاس.

تناول المشرع العراقي جريمة الاختلاس في المادة ٣١٥ من قانون العقوبات النافذ بالنص على الآتي :- (يعاقب بالسجن كل موظف أو مكلف بخدمة عامة إختلس أو أخفى مالاً أو متاعاً أو ورقة مثبتة لحق أو غير ذلك مما وجد في حيازته، وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المؤقت اذا كان الموظف أو المكلف بخدمة عامة من مأموري التحصيل أو المندوبين له أو الأمانة على الودائع أو الصيارفة و اختلس شيئاً مما سلم له بهذه الصفة)^(٥). ومن هذا النص يتضح ان لجريمة الإختلاس ثلاث أركان هي :-

١. الركن الأول، الركن الخاص (صفة الجاني) :- جريمة الاختلاس لا تقع الا من موظف أو مكلف بخدمة عامة ولا تقع من غيرهما، ويجب توفر هذه الصفة اثناء ارتكاب فعل الاختلاس، لان انتفاء صفة الموظف العام أو مكلف بخدمة عامه عن الشخص أثناء الجريمة يعني إننا لا نكون امام جريمة اختلاس انما نكون امام جريمة أخرى قد تكون جريمة سرقة أو خيانة امانة، وتنتفي صفة الموظف اذا زالت عنه قبل ارتكاب الفعل المكون للجريمة لأي سبب كان، كأن يكون الموظف قد فصل من الوظيفة أو تم عزله أو احالته على التقاعد^(٦).

٢. الركن الثاني (فعل الإختلاس) :- وهو يعني أخذ الموظف أو المكلف بخدمة عامة لشيء هو أصلاً تحت حيازته^(٧)، ويتحقق فعل الاختلاس بكل فعل يرتكبه الجاني ويكشف عن نيته حيازة المال الذي أوتمن عليه من حيازة مؤقتة على سبيل الامانة الى حيازة نهائية على سبيل التملك، فيدخل في ذلك

(١) ينظر المادة ٨/ ثامناً فقرة ب من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي .

(٢) د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) د. عوض محمد- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية- ١٩٨٥- ص ٩٥.

(٤) د. نشأت أحمد نصيف، مرجع سابق، ص ٣٥-٣٦.

(٥) د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٣٠-٣١.

(٦) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٧) د. واثبة داود السعدي، مرجع سابق، ص ٣١.

تصرف الموظف او المكلف بخدمة عامة بالمال الذي بحوزته بحكم وظيفته فيخرجه من حيازته بالبيع او الرهن او الهبة او استهلاكه، كما يدخل في ذلك كل فعل من شأنه إظهار الموظف او المكلف بخدمة عامة بمظهر المالك للمال ولو لم يترتب عليه خروج المال من حيازته فعلاً، وهو ما عبر عنه المشرع بكلمة الاخفاء^(١). وبناء على ذلك فإن عدم رد الموظف او المكلف بخدمة عامة المال بعد المطالبة به او ثبوت عجزه عن الرد يعد قرينة تفيد اختلاس المال، ويثبت الاختلاس بالامتناع عن رد المال بعد المطالبة برده او بظهور استحالة الرد، ولا يعفي الموظف المختلس من المسؤولية او من العقاب برد المال المختلس الا انه يمكن لقاضي الموضوع اخذ ذلك بالإعتبار عند تقدير العقوبة، ولا يمكن تصور الشروع في جريمة الاختلاس فهي كجريمة خيانة الامانة لا يمكن تصور الشروع فيها فهي إما ان يفصح الجاني عن نيته بتملك المال فتقع هنا الجريمة، واما اذا لم يفصح عن ذلك فلا جريمة في هذه الحالة (٢).

والمال محل الاختلاس يجب ان يكون منقولاً ويستوي ان يكون ذا قيمة مادية او غير مادية، كبيرة او صغيرة ويستوي ايضاً ان يكون المال عاماً او خاصاً (٣).

٣. الركن الثالث (القصد الجرمي):- جريمة الإختلاس جريمة عمدية ولا تتحقق الجريمة الا بتحقيق القصد الجنائي، والقصد الذي يجب توفره هنا هو القصد العام بعنصره العلم والارادة، فيجب ان يعلم الموظف ان المال الذي سلم اليه كان بحكم وظيفته وان له عليه الحيازة الناقصة لا الكاملة وانه غير مملوك له وإتجاه ارادته الى تملك هذا المال ورماع صاحبه منه^(٤)، فإذا انتفى لديه هذا العلم انتفى القصد الجنائي، كما في حالة اعتقاد الموظف ان تسليم المال اليه لم يكن بحكم الوظيفة او اعتقد خطأ ان المال يعود له، ويجب ان تتجه ارادة الموظف الى فعل الاختلاس، أي تملك المال المختلس وممارسة جميع سلطات المالك عليه، فاذا انصرفت ارادته الى استعمال الشيء فقط دون تملكه ثم رده بعد ذلك فلا يعد مرتكباً لجريمة الاختلاس كمن يستعمل سيارة حكومية لأغراضه الخاصة متحملاً نفقات الوقود، ويكفي لتحقيق عنصر الارادة في القصد الجرمي انصراف نية حائز المال المختلس الى التصرف فيه، ولا ينتفي القصد نية الجاني برد المال بعد ذلك او ان يكون فعلاً قد رده (٥).

ثالثاً: عقوبة جريمة الإختلاس في قانون العقوبات العراقي النافذ.

أ- العقوبات الأصلية : طبقاً للمادة ٣١٥ من قانون العقوبات العراقي فإن العقوبة الأصلية لجريمة الإختلاس هو السجن، وقد ورد لفظ السجن مطلقاً وهذا يعني ان العقوبة السجن المؤقت^(٦)، ومدة السجن المؤقت هي اكثر من خمس سنوات وأقل من خمس عشرة سنة وأمر تقدير العقوبة متروكة للمحكمة المختصة، كما تعني عقوبة السجن ان الجريمة هي جنائية، والجنائية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية (الإعدام، السجن المؤبد، السجن اكثر من خمس سنوات الى خمس عشرة سنة)^(٧).

(١) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، مرجع سابق، ص ٨٤ - ٨٥.

(٢) د. نشأت أحمد نصيف، مرجع سابق، ص ٣٦ - ٣٧.

(٣) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٤) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٥) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٨٥-٨٦.

(٦) د. نشأت احمد نصيف، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٧) د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

ب- العقوبات التبعية: وهي العقوبات التي تلحق المحكوم عليه وتتبع العقوبات الأصلية بحكم القانون وبغير الحاجة الى النص عليها في الحكم، فهي تنتج آثارها بمجرد الحكم بالعقوبة الأصلية^(١).

فالجاني في جريمة الإختلاس وبعد الحكم عليه بالعقوبة الأصلية تترتب عليه العقوبات التبعية التي نص عليها المشرع العراقي في المواد (٩٦،٩٧،٩٩) من قانون العقوبات النافذ وهي الحرمان من بعض الحقوق والمزايا من يوم صدور الحكم وحتى إخلاء سبيله فضلاً عن مراقبة الشرطة بعد انقضاء مدة العقوبة الأصلية^(٢)، والتي تم ذكرها عند بحث العقوبات التبعية في جريمة الرشوة.

ت- العقوبات التكميلية: وهي جزاءات ثانوية تتفق مع العقوبات التبعية في إنها لا تأتي بمفردها، بل تابعة لعقوبة أصلية، وتختلف عنها في إنها لا تلحق المحكوم عليه بقوة القانون بل يجب ان ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية، والعقوبات التكميلية ثلاثة أنواع هي: الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، وقد تم ذكرها في بحث العقوبات التكميلية لجريمة الرشوة، ورد المال، فضلاً عن نشر الحكم^(٣)، وسنبحث رد المال في الآتي:

رد المال :- عقوبة الرد هي عقوبة تكميلية وجوبية وذلك في حالة ما اذا كان المال محل الجريمة لم يضبط بعد، الا انه لا مجال لإعمالها اذا كان المال قد ضبط عقب ارتكاب الجريمة أو قام الجاني برده، وفي حالة تعدد الجناة يحكم بالرد على سبيل التضامن فيما بينهم^(٤)، واذا تصرف الجاني بالأموال المختلسه وجب ضبط الأشياء التي تحول اليها او ابدل بها او كل شيء اقتني بسبب ذلك التحويل او تلك المبادلة^(٥)، ويتم حجز المال سواء كان في حيازة المتهم وتحت تصرفه ام انتقلت الى حيازة او تصرف الغير^(٦).

وقد نص المشرع العراقي في المادة ٣٢١ من قانون العقوبات العراقي على وجوب رد المال المختلس او قيمة ما حصل عليه من منفعة او ربح من جريمته فضلاً عن العقوبة المذكورة في المادة ٣١٥ من قانون العقوبات العراقي النافذ (يحكم فضلاً عن العقوبات المبينة في مواد هذا الفصل برد ما اختلسه الجاني او استولى عليه من مال او قيمة ما حصل عليه من منفعة او ربح)^(٧). ولا يطلق سراح الجاني بعد قضاء مدة محكوميته مالم تسترد تلك الأموال المختلسة، واجاز قرار لمجلس قيادة الثورة المنحل للجاني المحكوم عليه ان يطلب تقسيط المبلغ المترتب بذمته في حالة تجاوز المبلغ مليوني دينار، على ان يقدم كفالة ضامنة، فيجوز عندها تقسيط المبلغ الى أقساط سنوية متساوية خلال مدة أقصاها خمس سنوات من تاريخ اطلاق سراحه، على ان يتم تنفيذ ذلك عن طريق مديرية التنفيذ المختصة^(٨).

رابعاً: العقوبة التأديبية.

من الواجبات الملقاة على عاتق موظف الدولة او المكلف بخدمة عامة والتي وردت في المادة ٤/ سادساً من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١م المعدل ان يحافظ على أموال الدولة التي في حوزته او تحت تصرفه وإستخدامها بصورة رشيدة، وان الواجب المذكور لا يقتصر

(١) محسن ناجي، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

(٢) قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٣) د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مرجع سابق، ص ٤٣٦ - ٤٣٧.

(٤) محمود نصر، مرجع سابق، ص ٣٩٤.

(٥) ينظر المادة ٣١١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٦) ينظر المادة ١٨٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٧) المادة ٣٢١ من قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٨) انظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٠ الصادر بتاريخ ٢٧/٨/١٩٩٤م والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٥٢٦ في ٩/٥/١٩٩٤م وقرار مجلس قيادة الثورة

المنحل رقم ١٧٥ الصادر بتاريخ ٢٤/٨/١٩٩٩م والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٧٩٠ في ٩/٦/١٩٩٩م.

على مجرد عدم سرقة أموال الدولة أو التسبب في فقدانها بل أيضاً بكيفية إستعمالها وعدم تعرضها للتلف نتيجة الإهمال وسوء الصيانة، كما دعت المادة ٤/ تأسعا من نفس القانون الى الإمتناع عن إستغلال الوظيفة لتحقيق منفعة أو ربح شخصي له أو لغيره^(١). فإذا أحل الموظف أو المكلف بخدمة عامة بواجباته الوظيفية، وقام بإختلاس المال العام أو الإستيلاء عليه بغير حق، فبعد صدور حكم قضائي عليه من المحكمة المختصة وإدانته بجريمة الإختلاس، يصدر قرار مسبب من الوزير المختص بمعاينة الموظف عقوبة تاديبية وهي العزل، والعزل يكون بتنحية الموظف عن الوظيفة نهائياً ولا تجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي^(٢).

خامساً: الجرائم الملحقة بجريمة الإختلاس.

تناول المشرع العراقي مجموعة جرائم أخرى ملحقة بجريمة الإختلاس وتمثل بمجموعها صوراً للإخلال بواجبات الوظيفة، ومنها:

١- جريمة الاستيلاء على الأموال العامة.

وتناولها المشرع في المادة ٣١٦ من قانون العقوبات والتي نصت على:- (يعاقب بالسجن كل موظف أو مكلف بخدمة عامة استغل وظيفته فاستولى بغير حق على مال أو متاع أو ورقة مثبتة لحق أو غير ذلك مملوك للدولة أو لاحدى المؤسسات أو الهيئات التي تسهم الدولة في مالها بنصيب ما أو سهل ذلك لغيره، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين اذا كان المال أو المتاع أو الورقة أو غيره مملوكاً لغير من ذكر في الفقرة المتقدمة). فمن نص هذه المادة يتبين بان جريمة الاستيلاء على مال بغير حق تنفق مع جريمة الإختلاس من حيث ان الفاعل فيها موظف أو مكلف بخدمة عامة لكنها تختلف عنها من حيث ان جريمة الإختلاس تستلزم أن يكون المال الذي إختلسه الجاني أو أخفاه موجود بين يديه بسبب وظيفته سواء كان هذا المال ملكاً للدولة ام لفرد عادي، اما جريمة الاستيلاء فلا يشترط القانون ان يكون محلها مالا في حيازة الجاني بمقتضى وظيفته وسواء كان المال للدولة ام لغيرها (٣) ونلاحظ هنا ان المشرع نص على تجريم فعل الاستيلاء، وشدد العقوبة على الجاني الذي يستغل صفته الوظيفية لارتكاب جريمته بغية توفير حماية أكبر للمال العام، الا ان واقع الحال نرى ان عقوبة سرقة أموال الدولة وفق المادة ٤٤٤/١١ من قانون العقوبات اشد من عقوبة الاستيلاء على المال العام لصدور تعديلات تنص على تشديد عقوبة السرقة^(٤).

٢- جريمة الاضرار بمصلحة الدولة للحصول على المنفعة.

تناول المشرع العراقي جريمة الانتفاع عن طريق الاضرار بالمصالح العامة فقد ورد في المادة ٣١٨ من قانون العقوبات الآتي:- (يعاقب بالسجن كل موظف أو مكلف بخدمة عامة عهدت اليه المحافظة على مصلحة للجهة التي يعمل فيها في صفقة أو قضية فأضر بسوء نية أو تسبب بالاضرار لهذه المصلحة ليحصل على منفعة لنفسه أو لغيره). وهذا يعني ان يكون الجاني موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة عهدت اليه المحافظة على مصلحة الجهة التي يعمل فيها في صفقة أو قضية، كتكليفه بشراء شيء أو بيعه أو صنعه أو إيجاره أو إستأجاره أو إستصناعه على حساب الجهة التي يعمل فيها وقد أضر بسوء نية بالمصالح المعهود اليه

(١) د. غازي فيصل مهدي، مرجع سابق، ص ١٧ - ١٩.

(٢) أنظر المادة ٨ / ثامناً من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي .

(٣) د. نشأت احمد نصيف، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٤) ينظر : قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٣٣ في ١١/٢ / ١٩٨٢م والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد

٢٩٠٢ في ١٩/٢٠ / ١٩٨٢م.

المحافظة عليها او تسبب بذلك بأي طريقة كانت (١). وجوهر جريمة الاضرار يقوم على استغلال الموظف للوظيفة العامة من خلال الحاق الضرر بالمصلحة العامة التي عهد اليه المحافظة عليها من أجل الحصول على منفعة لنفسه او لغيره، فهي تتشابه مع جريمة الرشوة في ان كليهما ينتج عنهما اخلال بالواجبات الوظيفية والاضرار بالثقة التي أولتها الدولة للموظف العام، الا انها تختلف عنها في ان جريمة الرشوة تتطوي على معنى الإتجار بالوظيفة العامة بينما تقوم هذه الجريمة على استغلال الوظيفة، كما ان الموظف في جريمة الرشوة يحصل على المنفعة من صاحب المصلحة بينما في هذه الجريمة يتدخل الموظف بنفسه او بواسطة غيره في العمل ليحصل على المنفعة لنفسه او لغيره، فعلة التجريم فيها تتمثل بالمحافظة على المصلحة العامة (٢).

٣- وعالجت المادة ٣١٩ من قانون العقوبات جريمة الانتفاع من الاشغال او المقاولات العامة، فقد نصت على الآتي:- (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين او بالحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامة انتفع مباشرة او بالواسطة من الاشغال او المقاولات او التعهدات التي له شأن في اعدادها او احوالها او تنفيذها او الاشراف عليها، ويعاقب بالعقوبة ذاتها اذا حصل على عمولة لنفسه او لغيره بشأن من الشؤون المتقدمة) (٣) وتختلف هذه الجريمة عن جريمة الاضرار بقصد الانتفاع التي أشرنا اليها سابقا في ان الضرر لا يعد عنصراً من عناصر الركن المادي في هذه الجريمة، اذ تتحقق الجريمة وان لم يلحق بالمصلحة المحمية أي ضرر اذ يكفي مجرد احتمال الضرر، فهي من جرائم الخطر لا الضرر، فيكفي لتحققها مجرد السعي للحصول على منفعة من المصلحة المكلف بالمحافظة عليها بينما الجريمة السابقة تتطلب حصول الضرر بالمصلحة المحمية، كما ان جريمة الانتفاع تختلف عن الجريمة السابقة في انها لا تشترط لتحقق ركنها المعنوي توافر القصد الخاص اذ يكفي لتحققها القصد الجنائي العام الذي يقوم على عنصرى العلم والإرادة، كما انها اقل خطورة من الجريمة السابقة لان تحقق الضرر لا يعد عنصراً في ركنها المادي لذا قرر المشرع لها عقوبة اخف من سابقتها (٤).

٤- كما عاقب المشرع العراقي الموظف الذي يستغل استخدام العمال سخرة ويستولي على اجورهم، او قيد أسماء عمال وهميين في سجلات الحكومة ليستولي على اجورهم او نحو ذلك (٥)، فقد ورد في المادة ٣٢٠ من قانون العقوبات :- (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين او بالحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامة له شأن في استخدام العمال في اشغال تتعلق بوظيفته إحتجز لنفسه كل او بعض ما يستحقه العمال الذين استخدمهم من اجور ونحوها او استخدم عمالاً سخرة واخذ اجورهم لنفسه او قيد في دفاتر الحكومة اسماء اشخاص وهميين او حقيقيين لم يقوموا باي عمل في الاشغال المذكورة واستولى على اجورهم لنفسه او اعطاها لهؤلاء الاشخاص مع احتسابها على الحكومة) (٦) ومن خلال ما ذكرناه يتضح إن هذه الجرائم من الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، ويظهر فيها الفساد الإداري بصورة واضحة رغم انه يتقاضى راتب أو أجر عن قيامه بواجباته الوظيفية.

(١) د. واثية داود السعدي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) ينظر د. نوفل علي عبدالله الصفو، بحوث في القانون الجنائي المقارن، مطبعة المكتبة العصرية، مصر ٢٠٠٩ م، ص ١٨٥-١٨٦.

(٣) قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٤) ينظر د. نوفل علي عبدالله الصفو، مرجع سابق، ص ١٨٨-١٨٩.

(٥) د. نشات احمد نصيف، مرجع سابق، ص ٤٧-٤٨.

(٦) قانون العقوبات العراقي النافذ.

المطلب الثالث : الدعوى الجزائية في جرائم الفساد الإداري.

تحتل نظرية الدعوى الجزائية إهتماماً خاصاً لدى فقهاء القانون الإجرائي، وقد وردت عدة تعريفات للدعوى الجزائية منها :- هي الحق في دعوة القاضي للفصل في نزاع معين، او هي الطلب الموجه من الدولة الى القضاء لإقرار حقها في العقاب عن طريق إثبات وقوع الجريمة ونسبتها الى متهم معين^(١)، او هي الوسيلة التي يستطيع المجتمع من خلالها محاسبة مرتكب الجريمة الذي ألحق الضرر بالمجتمع فعكر امنه وسلامته وعرض مصالحه للخطر، وهي تقام على مرتكب الجريمة باسم المجتمع ويفضي وقوع الجريمة الى تحريك الدعوى الجزائية ضد مرتكبها لتقرير مسؤوليته وفرض العقوبة المقررة قانوناً وهو هدف هذه الدعوى^(٢)، ولا تهدف الدعوى الجزائية الى إدانة المتهم أو الى تبرئته وإنما الى دعوة القاضي للفصل فيما نسب اليه، فالمدعى عليه في الدعوى الجزائية هو مجرد متهم بارتكاب الجريمة وليس هو الجاني على وجه اليقين وعلى القاضي تحديد مركزه القانوني بين الإدانة والبراءة^(٣). وتبدأ الدعوى الجزائية بشكوى أو إخبار وتنتهي غالباً بالعقوبة، والقول غالباً لانه يمكن ان تنتهي الدعوى الجزائية في مرحلة التحقيق بدون عقوبة، وإقامة الدعوى أمام قاضي التحقيق أو المحقق يعد تحريكاً لها، كما ان طلب الادعاء العام من قاضي التحقيق بإجراء التحقيق مع المتهم أو تكليف أحد اعضاء الضبط القضائي بجمع معلومات عن الجريمة يعد تحريكاً للدعوى الجزائية^(٤)، فإذا أتهم موظف بارتكاب إحدى جرائم الفساد الإداري كالرشوة او الاختلاس فبموجب المادة العاشرة من قانون انضباط موظفي الدولة تشكل لجنة تحقيقية من قبل الوزير المختص او رئيس الدائرة، وتتألف هذه اللجنة من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على ان يكون احدهما حاصلًا على شهادة اولية في القانون، وتبدأ اللجنة عملها بالتحقيق تحريريا مع الموظف المحال اليها وتستمع وتدون أقوله وأقوال الشهود والاطلاع على كافة المستندات والوثائق ذات العلاقة، وتحرر محضرا تثبت فيه ما اتخذته من اجراءات وما سمعته من اقوال ثم تدون توصياتها المسببة اما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق اذا رأت عدم وجود مخالفة من الموظف المحال اليها او توصي بتوجيه احدى العقوبات المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة، أما اذا رأت اللجنة ان فعل الموظف المحال عليها يشكل جريمة نشأت عن وظيفته او ارتكبها بصفته الرسمية كجريمة الرشوة او الإختلاس فيجب ان توصي بإحالته الى محكمة التحقيق المختصة لتتولى التحقيق معه في التهمة المنسوبة اليه^(٥)، علماً ان توصيات اللجنة غير ملزمة للوزير المختص او لرئيس الدائرة، فله الأخذ بها او تعديلها او إهمالها^(٦).

يبدأ قاضي التحقيق أو المحقق بالتحقيق في الجريمة بتدوين إفادة المشتكي أو المخبر ثم يدون شهادة شهود الإثبات الذين شاهدوا الجريمة أو أدركوها كما يستمع ويدون شهادة أي شخص آخر لديه معلومات تتعلق بالجريمة^(٧)، وعلى قاضي التحقيق او المحقق استجواب المتهم خلال ٢٤ ساعة من حضوره، وتدون

(١) د. احمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص٢٩، ص٢١٢.

(٢) د. تميم طاهر أحمد و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، مطبعة، دار الدكتور للعلوم، ٢٠١٢م، ص٣٥.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢١٣-٢١٤.

(٤) أ. عبد الامير العكلي و د. سليم ابراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩م، ج١، ص٢٣.

(٥) ينظر المادة ١٠ / أولاً وثانياً وثالثاً من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي.

(٦) د. غازي فيصل مهدي، مرجع سابق، ص ٦٥ - ٦٧.

(٧) أ. عبد الامير العكلي و د. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ص ١٢١.

أقوله بشأنها مع بيان ما لديه من أدلة لنفي الجريمة عنه، كما تدون افادات الشهود الذي طلب المتهم الاستماع لهم لنفي الجريمة عنه كما يحقق في الأدلة الأخرى التي قدمها، فاذا وجد قاضي التحقيق ان الأدلة كافية لإحالة الموظف للمحاكمة فيصدر قراراً بإحالة الموظف المتهم بإرتكابه إحدى جرائم الفساد الإداري الى محكمة الجنايات المختصة لينال جزاءه العادل، اما اذا كانت الأدلة غير كافية لإحالته فيصدر قراراً بالإفراج عنه و غلق الدعوى مؤقتاً مع بيان أسباب ذلك^(١).

وللمحكمة الجنائية المركزية العراقية الحق في النظر بجرائم الفساد الإداري، والتي تأسست بموجب القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣م. وتتكون المحكمة المركزية من محكمتين هما محكمة التحقيق ومحكمة الجنايات، وتطبق المحكمة في عملها قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل وقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م المعدل^(٢).

ولا يجوز بعد تحريك الدعوى الجزائية التنازل عنها لتعلق مصلحة المجتمع فيها^(٣)، كما لا يجوز إطلاق سراح المتهم في جرائم الرشوة والاختلاس بكفالة في دوري التحقيق او المحاكمة حتى صدور حكم او قرار فاصل في الدعوى، وذلك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٤٨ في ٢١/٥/١٩٩٥م^(٤). ولتسهيل محاكمة المتهمين في جريمة اختلاس الأموال العامة، وإستثناء من القاعدة العامة التي توجب توجيه تهمة واحدة لكل جريمة يحاكم عنها المتهم في الدعوى الواحدة، فقد أجاز المشرع العراقي في المادة ١٨٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية محاكمة المتهم في هذه الجريمة بتهمة واحدة توجه اليه، يبين فيها المبالغ التي ارتكبت الجريمة بشأنها جملة واحدة ودون الحاجة الى ذكر تفاصيلها أو زمان الإستيلاء عليها مادام الفاعل واحد او المجني عليه واحد، وقد إعتبر المشرع الأفعال في جريمة الاختلاس والواقعة خلال سنة واحدة جريمة واحدة وتوجه عنها تهمة واحدة^(٥).

وطبقاً للمادة ١٦٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية (تبدأ المحاكمة بالمناداة على المتهم وباقي الخصوم، ثم تدون هوية المتهم ويتلى قرار الاحالة وتستمع المحكمة الى شهادة المشتكي وأقوال المدعي المدني ثم شهود الاثبات على انفراد، وتأمّر بتلاوة التقارير والكشوف والمستندات الأخرى، ثم تسمع إفادة المتهم وأقوال وطلبات المشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنيا والادعاء العام)^(٦)، فإذا تبين للمحكمة بعد اتخاذها تلك الإجراءات ان الأدلة لا تدعو الى الظن بأن المتهم ارتكب الجريمة المسندة اليه فتقرر الافراج عنه، اما اذا كانت الأدلة تدعو الى الظن ان المتهم ارتكب الجريمة فتوجه اليه التهمة التي تراها منطبقة عليها ثم تقرأها عليه وتوضحها له وتساله إن كان يعترف بها او ينكرها، فإذا إعترف بها وإقتنعت المحكمة بصحة إعترافه وانه يقدر نتائجه فتستمع لدفاعه ثم تصدر حكمها في الدعوى دون الحاجة الى أدلة أخرى، أما اذا أنكر التهمة او لم يبد دفاعاً او طلب محاكمته او اذا رأت المحكمة ان اعترافه مشوب او انه لا يقدر نتائجه فتجري محاكمته عنها وتستمع الى شهود دفاعه وباقي الادلة التي طلب المتهم الاستماع اليها او الاطلاع عليها لنفي التهمة عنه الا اذا وجدت طلبه يتعذر تنفيذه او كان يقصد تأخير الفصل في الدعوى بلا مبرر او

(١) ينظر : المواد ١٢٣، ١٢٨، ١٣٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م وتعديلاته،

(٢) ينظر قانون المحكمة الجنائية المركزية رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣م، د. تميم طاهر احمد و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، مرجع سابق، ٢٣٢ - ٢٣٤.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٤) جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى الدعوى الجزائية وتطبيقاتها، ط٤، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠م، ص ١٧٥.

(٥) أ. عبد الامير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٤٤ - ١٤٦.

(٦) قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

تضليل العدالة، ثم تستمع المحكمة الى تعقيب الخصوم والادعاء العام ودفاع المتهم ثم تعلن ختام المحاكمة وتصدر حكمها في نفس الجلسة او في جلسة أخرى تعينها في موعد قريب (١).

والاحكام التي يمكن أن تصدرها محكمة الجنايات هي:-

١- قرار الحكم بالإدانة وقرار العقوبة اللازمة لها، اذا اقتنعت المحكمة بإرتكاب المتهم للجريمة المسندة اليه*.

٢- قرار البراءة من التهمة، اذا اقتنعت المحكمة ان المتهم لم يرتكب الجريمة التي وجهت التهمة عنها.

٣- قرار الغاء التهمة والافراج عن المتهم، اذا كانت الادلة غير كافية للإدانة**.

٤- قرار عدم المسؤولية، اذا تبين للمحكمة بعد توجيه التهمة ان المتهم غير مسؤول جنائياً اذا توفرت فيه حالة من حالات موانع المسؤولية الجزائية التي نص عليها قانون العقوبات (كالجنون والعته والاكراه والضرورة).

٥- قرار إخلاء السبيل، وهذا القرار يجب على المحكمة ان تلحقه بقرار البراءة وقرار الغاء التهمة والافراج ان لم يكن المتهم مسجوناً عن قضية أخرى (٢).

وصدرت عدة قوانين تنظم عمل وإختصاص الجهات التي تتولى الرقابة والتحقيق والمتابعة لمكافحة جرائم الفساد الإداري في العراق، وهذه الجهات هي:-

أولاً: هيئة النزاهة العامة. وهي جهاز حكومي مستقل تم انشائه بموجب الامر ٥٥ لعام ٢٠٠٤م الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة، ثم صدر قانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١م الذي نظم عمل واختصاص هيئة النزاهة، وبموجب هذا القانون تم الغاء الامر ٥٥ لعام ٢٠٠٤م، وهيئة النزاهة هيئة مستقلة، تخضع لرقابة مجلس النواب، ولها شخصية معنوية واستقلال مالي وإداري، ويمثلها رئيسها او من يخوله. وتعمل الهيئة

(١) ينظر المادة ١٨١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، ينظر د. تميم طاهر أحمد و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، مرجع سابق، ٢٦٩- ٢٧٢.

* ورد في القرار التمييزي رقم ٤١٦ في ٢٠/٢/٢٠١٢م للهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية :- قررت محكمة جنايات الرصافة بتاريخ ٢٦/٩/٢٠١١م وبعدد ٣٠٤٦/ج٣/٢٠١١ إدانة المتهم.... وفق المادة ٣١٦/ الشق الأول عقوبات بدلالة مواد الاشتراك ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه عن جريمة قيامه مع متهمين آخرين مفرقة قضيتهم بإعداد قوائم رواتب أشخاص وهميين على أساس انهم منتسبون... وحكمت عليهم بالسجن سبع سنوات مع احتساب موقوفته... القرار:- لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان محكمة جنايات الرصافة قررت بتاريخ.... ولدى امعان النظر بالقرار المذكور وجد من وقائع الدعوى الثابتة تحقياً ومحكمة انه.... تولد القناعة التامة بان المتهم.... ارتكب الجريمة المسندة اليه وفق احكام المادة ٣١٦/ الشق الأول من قانون العقوبات كما ان العقوبة المفروضة بحقه متناسبة ومتوازنة مع الخطورة الاجرامية لفعله وبذلك تكون كافة القرارات الصادرة بالدعوى وللأسباب والحيثيات الواردة فيها صحيحة وموافقة للقانون قرر تصديقها استنادا لاحكام المادة ٢٥٩/أ١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ورد الطعون التمييزية... (ينظر فوزي كاظم المياحي وعدنان زيدان العنبيكي، في القانون الجنائي العراقي، جرائم وأحكام _ تطبيقات قضائية جزائية، مطبعة مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٣م، ج ١، ص ١٨٩-١٩١).

** ورد في القرار التمييزي رقم ١٩٢٨٦ في ١٣/١/٢٠١٣م الصادر من الهيئة الجزائية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية:- قررت محكمة جنايات الرصافة بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠١٢م وعدد ٣١٢٢/ج٣/٢٠١٠م الغاء التهمة الموجهة الى المتهمه أعلاه وفقاً لاحكام المادة ٣١٥ من قانون العقوبات وبدلالة مواد الاشتراك ٤٧/٤٨/٤٩ منه وذلك لعدم كفاية الأدلة ضدها عن جريمة قيامها بالاتفاق والاشتراك باختلاس خمس مولدات.... والافراج عنها عملاً بالمادة ١٨٢/ج الأصولية واخلاء سبيلها من التوقيف مالم تكن مطلوبة عن قضية أخرى... القرار:- لدى التدقيق والمداولة وجد ان القرار الصادر.... القاضي بالغاء التهمة والافراج عن المتهمه... صحيح وموافق للقانون ذلك ان المتهمه المذكورة انكرت التهمة المسندة لها في كافة مراحل التحقيق والمحاكمة كما ان لجنة الجرد اكدت عدم وجود نقص عند إجراء الجرد السنوي.... لذا قرر تصديقه استنادا لنص المادة ٢٥٩/ أ ٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية... (فوزي كاظم المياحي وعدنان زيدان العنبيكي، مرجع سابق، ص ١٨٨).

(٢) أ. عبد الامير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة، مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

على المساهمة في منع الفساد ومكافحته، واعتماد الشفافية في إدارة شؤون الحكم على جميع المستويات، بعدة طرق منها التحقيق في قضايا الفساد طبقاً لاحكام هذا القانون بواسطة محققين تحت اشراف قاضي تحقيق مختص، ووفقاً لاحكام قانون اصول المحاكمات الجزائية، كما تعمل على متابعة قضايا الفساد التي لا يقوم محققو الهيئة بالتحقيق فيها، عن طريق ممثل قانوني عن الهيئة، ونشر ثقافة النزاهة في المجتمع، واعداد مشروعات قوانين تساهم في منع الفساد ومكافحته^(١).

ثانياً: المفتشون العموميون. انشأت مكاتب المفتشين العموميين بموجب الامر الاداري لسلطة الائتلاف المنحلة المرقم ٥٧ لسنة ٢٠٠٤م في الوزارات كافة لإخضاعها لإجراءات المراجعة والتدقيق والتحقيق لرفع مستويات المسؤولية والنزاهة ومنع التبذير واساءة استخدام السلطة والحيلولة دون وقوعها والتعرف على الاعمال المخالفة للقانون والتعاون مع هيئة النزاهة العامة عن طريق رفع تقارير عن حالات الفساد المكتشفة في الوزارات المعنية^(٢).

ثالثاً: ديوان الرقابة المالية. صدر قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١م المعدل الذي ينظم عمل واختصاص ديوان الرقابة المالية وقد ورد في المادة الثانية منه: تعد مخالفة مالية لاغراض هذا القانون:

- ١- خرق القوانين والانظمة والتعليمات
 - ٢- الاهمال او التقصير المؤدي الى ضياع او هدر المال العام او الاضرار بالاقتصاد الوطني.
- وأعطى القانون في المادة الثالثة منه لديوان الرقابة المالية صلاحية تولى الرقابة على المال العام اينما وجد وتدقيقه، كما ورد في المادة الرابعة منه ان الديوان يسعى لتحقيق أهداف منها الحفاظ على المال العام من الهدر او التبذير او سوء التصرف وضمن كفاءة استخدامة^(٣).

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آل بيته الطاهرين وصحبه الكرام. بعد ان تم بعون الله تعالى الانتهاء من كتابة هذا البحث فقد توصلنا فيه الى بعض الإستنتاجات والتوصيات آملاً ان يتم الاستفادة منها في مكافحة هذه الآفة الخطرة التي تنتشر في بلدنا وتعصف باقتصاده وبنائه وتطوره.

اولاً: الإستنتاجات.

١. يتقاضى الموظف في كل القوانين راتباً او أجراً مقابل ما يقدمه من عمل لمصلحة الدولة، فإذا ما قام الموظف واستغل وظيفته ليتربح منها او يتاجر بها، او يستولي على مال عام، أو قام بالإضرار بالأموال العامة من أجل الحصول على منفعة شخصية، فإنه يكون قد ارتكب جريمة من جرائم الفساد الإداري.
٢. تتفق القوانين العراقية القديمة والمعاصرة مع الشريعة الاسلامية السمحة على خطورة جرائم الفساد الإداري على كيان الدولة والمجتمع، فسنت لها القوانين المختلفة لمكافحتها واجتثاثها من المجتمع.

(١) ينظر المواد ٢، ٣، ٢٩ من قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١م والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢١٧ الصادر في يوم ١٤ من شهر تشرين الثاني لسنة ٢٠١١م السنة الثالثة والخمسون.

(٢) أ.د هاشم الشمري و د. ايثار الفتلي، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٣) ينظر قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١م المعدل. والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢١٧ الصادر في يوم ١٤ من شهر تشرين الثاني لسنة ٢٠١١م السنة الثالثة والخمسون.

٣. عرفت التشريعات العراقية القديمة وقبل اربعة الاف سنة جرائم الفساد الاداري، وعمل المشرع العراقي القديم على مكافحتها، فسن لها العقوبات الصارمة التي تصل الى الإعدام.
٤. إهتم المشرع العراقي القديم بالأموال العامة ووضع لها حماية خاصة أكثر من حماية الأموال الخاصة، فكانت عقوبة المعتدي على المال العام اكثر صرامة من الاعتداء على الأموال الخاصة.
٥. إهتمت الشريعة الإسلامية السمحة بتربية الانسان وبناءه على أسس أخلاقية ودينية، فبينت ما هو الحلال وما هو الحرام من الأفعال، ووضعت العقوبات الرادعة لمن يرتكب الأفعال المحرمة، ومن الأفعال المحرمة التي عملت على مكافحتها، جريمة الرشوة والاختلاس والاستيلاء على المال العام، وعدت هذه الجرائم من جرائم التعازير والتي يترك الى القاضي أمر تقدير العقوبة اللازمة التي يفرضها على الجاني.
٦. يختلف مفهوم الإختلاس في الشريعة الاسلامية عن مفهوم الإختلاس في القانون، فالشريعة الاسلامية لم تفرق بين سرقة المال العام والمال الخاص ولم تفرق بين كون السارق موظفاً أم غير ذلك، الا انها جعلت عقوبة سرقة المال العام عقوبة تعزيرية وليست حدية لوجود شبهة الملك فالأموال العامة هي ملك لجميع المسلمين.
٧. إهتم المشرع العراقي المعاصر بحماية الوظيفة العامة والمال العام ووضع عقوبات صارمة للموظف الذي يعتدي على كرامة الوظيفة العامة ويخل بواجباته بأخذ الرشوة، أو يعتدي على المال العام سواء بالإختلاس أو بالإستيلاء أو الإضرار به.
٨. إعفاء الراشي أو الوسيط دون المرتشي في قانون العقوبات العراقي النافذ إذا بادر بإبلاغ السلطات القضائية او الإدارية المختصة بالجريمة أو اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى، كما يعتبر عذراً مخففاً اذا وقع الإبلاغ أو الاعتراف بعد اتصال المحكمة بالدعوى وقبل انتهاء المحاكمة فيها. أما بعد صدور الحكم فلا يجوز العفو الخاص عن مرتكب جريمة الرشوة (الراشي والمرتشي والوسيط) كون الجريمة تشكل أحد جرائم الفساد الاداري التي نص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م بعدم شمول مرتكبها بالعفو الخاص.

ثانياً:- المقترحات.

١. وضع المناهج التربوية التي تعني بنشر ثقافة النزاهة وحفظ المال العام والخاص في المدارس والكلليات ونشر التوعية الثقافية بين عموم المواطنين والموظفين خاصة، وتفعيل الجوانب الروحية والدينية التي تشجع على الاستقامة والسلوك الجيد والتركيز على البعد الأخلاقي وبناء الإنسان في محاربة الفساد في قطاعات العمل العام والخاص.
٢. دعم الاعلام واعطاه الحرية الكافية لان للاعلام دور مهم وبارز كشف حالات الفساد وفضح الفساد والمفسدين كي يسقطوا بأنظار المجتمع ومحاسبتهم دون تمييز ومحاباة.
٣. اصدار التشريعات المناسبة التي من شأنها الحد من ظاهرة الفساد الاداري والغاء القوانين التي من شأنها الوقوف عائقاً امام محاربة الفساد .
٤. بناء جهاز قضائي مستقل وقوي ونزيه، وتحريره من كل المؤثرات التي يمكن أن تضعف عمله، والزام السلطة التنفيذية على احترام أحكامه.
٥. تفعيل دور هيئة النزاهة والمحافظة على استقلاليتها بعيدا عن السلطة التنفيذية، ودعمها ماليا ومعنويا، وتعزيز دور هيئات الرقابة العامة كديوان الرقابة المالية، والاختيار الصحيح للأشخاص النزيهين للعمل في هذه الهيئات.

٦. مطالبة المسؤولين بكل درجاتهم الوظيفية بتقديم كشوفات الملكية الشخصية الدورية ومتابعة دقة هذه الكشوفات، ومحاسبة من يمتنع عن تقديمها، وتمكين الجهات القضائية من التحقيق مع أي شخص في الدولة في قضايا الفساد، واستخدام مبدأ المساواة أمام القانون.
٧. تحسين الوضع الاقتصادي والمعاشي وتوفير الحياة الكريمة لأبناء المجتمع مع زيادة الرواتب للموظفين بما يتناسب وحجم التضخم المحلي والدولي.
٨. سن قانون لمنح مكافأة مالية لمن يقوم بالتبليغ عن حالات الفساد بشتى صورة في دوائر الدولة.

المصادر والمراجع

• القرآن الكريم.

أولاً:- المصادر.

١. الإمام احمد بن حنبل (ت ٢٤١ هـ)، مسند الإمام احمد، مطبعة مكتبة دار صادر، بيروت
٢. أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (٤٧٦ هـ). المهذب، مطبعة دار الفكر، بيروت.
٣. أبي بكر عبد الرزاق الصنعاني (ت ٢١١ هـ)، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي، مطبعة المجلس العلمي، ١٣٩٢ هـ.
٤. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ)، السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية، ط ١، مطبعة، وزارة الشؤون الدينية الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ١٤١٨ هـ.
٥. أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت ٨٨٥ هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت.
٦. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت ٦٦٦ هـ)، مختار الصحاح تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط ٥، مطبعة، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٩٩٩ م.
٧. زين الدين بن ابراهيم بن محمد المصري الحنفي ابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ)، البحر الرائق، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ.
٨. ابي السعادات مجد الدين بن ابي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم ابن الاثير الشيباني الجزري (ت ٦٣٠ هـ)، النهاية في غريب الاثر، تحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، ط ١، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩ م.
٩. الشريف الرضي أبو الحسن محمد بن أبي محمد الباقر بن علي زين العابدين (ت ٤٠٤ هـ)، نهج البلاغة للإمام علي (عليه السلام)، شرح الشيخ محمد عبده، ط ٢، مطبعة دار القاريء للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٣٠ هـ.
١٠. شمس الدين محمد بن احمد الشربيني (ت ٩٧٧ هـ). مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٧٧ هـ.
١١. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦ هـ)، الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، مطبعة دار الفكر، بيروت.
١٢. ابي عبدالله محمد بن قاسم الانصاري الرصاع (ت ٨٩٤ هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفه الوافية، مطبعة المكتبة العلمية.
١٣. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب (ت ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، ط ١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦ هـ.
١٤. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت ١٧٠ هـ)، كتاب العين، تحقيق د مهدي المخزومي، د ابراهيم السامرائي، مطبعة دار ومكتبة الهلال
١٥. علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦ هـ). التعريفات، تحقيق ابراهيم الابياري، مطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٢ م.

١٦. ابي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، (ت ٢٧٩) سنن الترمذي، ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٩٥ هـ.
١٧. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور الأنصاري الإفريقي (ت ٧١١ هـ)، لسان العرب، ط ٣، مطبعة، دار صادر، بيروت، ١٤١٤ هـ.
١٨. أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلبي (ت ٦٧٦ هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تحقيق صادق الشيرازي، ط ٢، مطبعة امير، قم، إيران، ١٤٠٩ هـ.
١٩. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الاصبحي (ت ١٧٩ هـ)، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الاعظمي، مطبعة مؤسسة زايد بن سلطان الخيرية، ابو ظبي، ١٤٢٥ هـ.
٢٠. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤ هـ.
٢١. محمد بن اسماعيل الصنعاني (ت ١١٨٢ هـ)، سبل الإسلام، ط ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
٢٢. محمد أمين ابن عابدين (ت ١٢٣٢ هـ)، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة (حاشية ابن عابدين)، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢١ هـ.
٢٣. أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد ابن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) المغني ويليه الشرح الكبير، تحقيق جماعة من العلماء، مطبعة دار الكتاب العربي.
٢٤. ابي محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم (ت ٤٥٦ هـ)، المحلى، تحقيق احمد محمد شاكر، مطبعة دار الفكر، بيروت.
٢٥. محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٦٨١ هـ)، شرح فتح القدير، ط ٢، مطبعة دار الفكر، بيروت.
٢٦. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة، دار الهداية.
٢٧. محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الشيرازي الفيروز آبادي (ت ٨١٧ هـ)، القاموس المحيط، مطبعة مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٢٦ هـ.
٢٨. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت ٢٦١ هـ)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٩. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت ٣٩٣ هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط ٤، مطبعة دار العلم للملايين - بيروت، ١٤٠٧ هـ.
٣٠. ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري (ت ١٨٢ هـ)، الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد مطبعة المكتبة الازهرية، القاهرة.

ثانياً: المراجع.

٣١. د. احمد حافظ نجم، القانون الاداري، ط ١، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨١ م.
٣٢. د. احمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩ م.
٣٣. بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الاداري في الدول العربية والتشريع المقارن، مطبعة دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩ م.
٣٤. د. تميم طاهر أحمد و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، مطبعة، دار الدكتور للعلوم، ٢٠١٢ م.
٣٥. جاسم محمد الذهبي، التطوير الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠٠١ م.
٣٦. جان دي شايي وريموند بلوش، دليل حضارات الشرق الادني القديم، ترجمة سهى محمد الطريحي، ط ١، مطبعة دار الجواهري، بغداد ٢٠١٣ م.

٣٧. د. جمال ابراهيم الحيدري، النماذج الاجرامية للفساد الاداري في قانون العقوبات العراقي، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م.
٣٨. حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ط١، المكتبة الإسلامية عمان، الأردن، ١٤٢٩ هـ.
٣٩. د. سامي جميل الفياض الكبيسي، الأشتراك في الجريمة في الفقه الاسلامي، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٦م.
٤٠. د. سامي جميل الكبيسي، جرائم الاعتداء على الاموال، ط١، مطبعة مركز البحوث والدراسات الاسلامية- ديوان الوقف السني- بغداد، ٢٠٠٨م.
٤١. سعود بن عبد العالي البارودي العنبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط٢، طبعة الرياض، السعودية، ١٤٢٧هـ.
٤٢. د. سمير الجنزوري، مبادئ قانون العقوبات- القسم العام، ط٢، مطبعة السعادة، مصر، ١٩٧١م.
٤٣. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون- دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، ط١، مطبعة الذكرة، بغداد، ٢٠١٠م.
٤٤. شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، مطبعة شركة العاتك، القاهرة، ١٩٨٩م.
٤٥. د. عادل شايح، نزاهة الوظيفة العامة وجزاء الاخلال بها، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م.
٤٦. د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم_ دراسة تاريخية قانونية مقارنة، ط٢، مطبعة دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧م.
٤٧. عباس العبودي، تاريخ القانون، مطبعة العاتك، القاهرة، ١٩٨٩م.
٤٨. أ. عبد الامير العكلي و د. سليم ابراهيم حرب، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، مطبعة مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩م.
٤٩. د. عبد الواحد مشعل، الادارة ومخاطر الفساد الاداري والمالي اجتماعيا واقتصاديا، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م.
٥٠. د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة الرسالة، الكويت، ١٩٨٢م.
٥١. د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات- القسم الخاص، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة والانسان والمال، ط٢، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢م.
٥٢. د. عوض محمد- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية، ١٩٨٥م.
٥٣. د. غازي فيصل مهدي، شرح قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام، مطبعة صباح صادق الانباري، بغداد، ٢٠٠٤م.
٥٤. د. غالب غانم، القوانين والنظم عبر التاريخ، ط١، مطبعة دار صادر، بيروت، ١٩٩١م.
٥٥. د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، طبعة بغداد.
٥٦. د. فوزي حسين محمد، الفساد الاداري، اسبابه، نتائجه، معالجاته، بحث منشور في كتاب الفساد الاداري، ابعاده القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية. ط١، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩م.
٥٧. د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، مطبعة دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٧٩م.

٥٨. فوزي كاظم المياحي وعدنان زيدان العنبيكي، في القانون الجنائي العراقي، جرائم وأحكام _ تطبيقات قضائية جزائية، مطبعة مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٣م.
٥٩. د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، ط٢، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد. ٢٠٠٧.
٦٠. محسن ناجي، الاحكام العامة في قانون العقوبات، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤م
٦١. أ. محمد صادق اسماعيل و د. عبد العال الديربي، جرائم الفساد بين آليات المكافحة الوطنية والدولية. ط١، مطبعة المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢م
٦٢. د. محمود عبد المجيد المغربي، المدخل الى تاريخ الشرائع، ط٣، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ١٩٩٦م.
٦٣. د. محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٦٤. د. هاشم حافظ و د. ادم وهيب، تاريخ القانون، ط٢، مطبعة شركة العاتك، القاهرة، ٢٠١٠م .
٦٥. أ.د هاشم الشمري و د. ايثار الفتلي، الفساد الاداري والمالي واثاره الاقتصادية والاجتماعية، ط١/ مطبعة دار اليازوري، عمان، الاردن، ٢٠١١م.
٦٦. د. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات- القسم الخاص، مطبعة جامعة بغداد، العراق.
٦٧. د. نشأت احمد نصيف، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، ط١، مطبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٠م.
٦٨. د. نواف كنعان، القانون الإداري، مطبعة دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٣م.
٦٩. د. نوفل علي عبدالله الصفو، بحوث في القانون الجنائي المقارن، مطبعة المكتبة العصرية، مصر ٢٠٠٩.

ثالثاً:- القوانين.

٧٠. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م.
٧١. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١م.
٧٢. قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠م المعدل.
٧٣. قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم ٣١ لسنة ٢٠١١م المعدل.
٧٤. قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.
٧٥. قانون المحكمة الجنائية المركزية رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣م.
٧٦. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل.
٧٧. قانون هيئة النزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١م .

رابعاً:- الدوريات.

٧٨. جريدة الوقائع العراقية.

جرائم العنف الاسري دراسة في مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي

د. بان حكمت عبد الكريم - كلية القانون/ الجامعة المستنصرية
د. الاء ناصر حسين - كلية القانون/ جامعة بغداد

Abstract

Domestic violence is a tragic problem with different dimensions, helped in its appearance and its survival and continuity of social, information, and education reasons. the time has come to look in all transparency and realism in the size of this problem and put up with all the courage and strength to protect the family, which is the nucleus of society. Feltgosai about the size of domestic violence and its determinants, and to develop treatments legislative and scientific inevitably have which is the beginning of the road to reduce it. It also requires a concerted effort from all segments of society as mechanisms contribute to counter it. Perhaps this research humble attempt to shed light on this problem, especially in light of the survival of the draft Law on Protection from Domestic Violence ink on paper without the approval of years...

المقدمة

يعد العنف الأسري ظاهرة اجتماعية لا يكاد يخلو منها أي مجتمع بغض النظر عن مدى نموه الثقافي والحضاري وترتبط - بشكل لا يقبل النقاش - بفشل عملية التنمية الاجتماعية التي لا بد منها للمحافظة على ديمومة المجتمع ومدى صحتها. وليس ثمة شك في أن للعنف الأسري تأثيراته الخطرة على حياة كل من الفرد والمجتمع، ما يدعو لأكثر من وقفة جادة من لدن الباحثين سواء في المجالات الاجتماعية أم القانونية بغية تأشير أسبابها وبالتالي تحديد سبل الوقاية والعلاج. ولعل واحدا من أهم اسباب اختيارنا لهذا الموضوع؛ وفي هذا الوقت بالذات؛ هو تعالي الاصوات من هنا وهناك لنبذ العنف واحلال الاساليب الحضاري m بدلا منه في التعامل. وتتبع أهمية البحث فيه من كونه يشكل خطوره كبيره على حياة الفرد والمجتمع. فهو من جهة، يصيب الخلية الاولى في المجتمع بالخلل مما يعيقها عن اداء وظائفها الاجتماعية والتربوية الاساسية. ومن جهة اخرى، يساعد على تكرار أنماط السلوك والعلاقات غير السوية بين افراد الاسرة الواحدة مما يستوجب الاهتمام العلمي والقانوني بهذه الظاهرة للحد منها، والوقاية مما قد ينتج عنها من تبعات. عليه، فالغرض من هذا البحث معالجة موضوع العنف الاسري باعتباره معضلة اجتماعية وتحدي اجتماعي يجب مواجهته. ف جاء بحثنا هذا ليركز عليه اذ انه لايزال من المسائل الشديدة التكتم عليها لسببين، يتعلق الاول باعتبار الحديث عن العنف الاسري واقشاء الاسرار العائليه

يدخل ضمن الممنوع الاخلاقي والقيمي. اما السبب الاخر، فيتعلق بالقوانين المختصة بمعالجة ومكافحة العنف الاسري من حيث كونها لاتزال دون الطموح حتى في حالة اقرارها.

ولما كان مشروع قانون الحماية من العنف الأسري الذي تم إعداده منذ عام ٢٠١١؛ دون إقراره لحد الان؛ يُعد خطوة على طريق معالجة هذه الظاهرة. فقد اخترنا ان نسلط الضوء عليه في بحثنا هذا، سيما انه _ شأنه شأن أي جهد إنساني _ لا يكاد يخلو من السلبيات والهنات التي حاولنا تأشير جانب منها في بحثنا المتواضع هذا. كما كان لزاماً علينا ان نعرض اولاً لمفهوم العنف الأسري، ولصوره، وان نميزه عما يلتبس معه من حالات ومن ثم نتناول كيفية معالجته من قبل مشروع هذا القانون.

عليه، فسنتناول موضوع بحثنا على ثلاثة مباحث، حيث سنعرض في المبحث الأول لماهية العنف الأسري. وفي المبحث الثاني لصور العنف الأسري. اما في المبحث الثالث فسنستعرض تشكيل وإجراءات مجلس الحماية من العنف الأسري. وسنختم بحثنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات التي خلصنا اليها.

المبحث الاول

ماهية العنف الأسري

تقتضي الإحاطة بمفهوم العنف الأسري أن نعرج على تعريفه ومن ثم تمييزه عما يشته به من أفعال. لذا سنستعرض أهم تعريفاته اللغوية والاصطلاحية محاولين من خلالها بيان خصائصه وذلك في المطلب الأول من هذا المبحث. اما المطلب الثاني فسنخصصه لتمييز هذا الفعل عما يشته به من أفعال.

المطلب الأول - تعريف العنف الأسري

العنف في اللغة : هو الخرق بالأمر وقلة الرفق به. وهو ضد الرفق، ويقال : عنفه تعنيفاً، إذا لم يكن رفيقاً في أمره. وهو الشدة والمشقة. وكل ما في الرفق من الخير ففي العنف من الشر مثله^(١). والعنف بالضم : ضد الرفق. يُقال :عُنِفَ عليه بالضم(عُنْفاً) و(عُنْف) به ايضاً. وجاء لفظ العنف في المنجد ليعني استخدام القوة بشكل غير قانوني. يقال: عنيف: حاد، شديد، صعب،(منحدر عنيف) قاسٍ، في منتهى القسوة والحدة^(٢).

أما اصطلاحاً: فقد عُرف العنف في بعض العلوم الإنسانية المعاصرة تعريفاً مشابهاً، فجاء في المعجم الفلسفي بأن العنف مضاد للرفق، ومرادف للشدة والقسوة. والعنيف هو المتصف بالعنف، فكل فعل شديد يخالف طبيعة الشيء ويكون مفروضاً عليه من الخارج فهو بمعنى ما فعل عنيف^(٣). كما عُرف في العلوم الاجتماعية بأنه استخدام الضبط أو القوة استخداماً غير مشروع او غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة فرد ما. وإذا كانت هذه التعريفات موجودة في معاجم اللغة والفلسفة وعلم الاجتماع، إلا أنها لم تستخدم بشكل منظم وبالمعنى المتعارف عليه في الدراسات النفسية والاجتماعية إلا منذ وقت قريب^(٤).

ومن الباحثين من عرفه رابطاً بينه وبين العدوان بقوله : (العدوان هو السلوك الذي يعكس الصراع الاجتماعي الذي يهدف إلى إلحاق الأذى الفيزيقي أو النفسي أو الاجتماعي)^(٥). كما يمكن ان يُعرف بأنه (القوة التي تهاج مباشرة شخص الآخرين وخيراتهم "افرادا وجماعات" بقصد السيطرة عليهم بواسطة الموت او التدمير والإخضاع والهزيمة)^(٦). ويعلق احد الباحثين على

هذا التعريف بأنه يقابل بين القوى الشرعية والعنف غير الشرعي. فالجيش المنظم عنده هو الصورة النموذجية للقوة، والجمهير الثائرة الصاخبة هي الصورة النموذجية للعنف^(٧).

وثمة من أفاض في تعريف العنف ولم يقتصره على العنف الجسدي، فافسح ميدان العنف ليصبح كل ضغط يمارس ضد الحرية ومختلف اشكال التعبير عنها. فالعنف " كل مبادرة تتدخل بصورة خطيرة في حرية الآخر وتحاول ان تحرمه حرية التفكير والاختيار. وبالطبع، فأن هذا التعريف ينطلق من محك محدد هو حقوق الانسان وانتهاك الحقوق^(٨).

ويمكن ان نخلص مما تقدم ان العنف هو(استخدام الضغط او القوه استخداما غير مشروع او غير مطابق للقانون من شأنه ايذاء الفرد او انزال الاذى بالاشخاص والممتلكات. فهو كل فعل او تهديد به يتضمن استخدام القوه بهدف الحاق الاذى والضرر بالنفس أو بالآخرين وبممتلكاتهم).

اما جرائم العنف فهي الجرائم التي ترتكب ضد الأشخاص، كجرائم القتل والاعتصاب والسلب والسطو والخطف والاعتداء. بينما الجرائم غير العنيفة (أي الجرائم التي ليست من جرائم العنف) فإنها عادة ترتكب ضد الممتلكات كالسطو على المنازل ليلا وسرقة السيارات والاختلاس وتزوير الصكوك والاحتيال والتعدي على املاك الغير^(٩). ويأخذ القانون الداخلي في تعريفه للعنف بالمعنى الواسع لهذا الفعل ويشمل الانسان شخصية الرجل والمرأة حسب ما ورد في قانون العقوبات العراقي المعدل لعام ١٩٦٩ في الكتاب الثالث (الجرائم الواقعة على الاشخاص)^(١٠).

وبناء على ما سبق، نستطيع القول ان فعل العنف في اطار القانون الدولي العام يمكن تعريفه بأنه: (صيغة قانونية لمفهوم سياسي اجتماعي ونفسي تضمن منع اي عمل يسيء الى جسم الانسان وشخصيته) اما العنف في القانون الداخلي، فهو مصطلح قانوني يرتكز على القانون العام الداخلي ويقصد به : (مجموعة قواعد قانونية تلزم احترام وجود الانسان وماله وعرضه، وتقرر العقوبات القانونية في حالة الاخلال بهذا الالتزام). ويتناول علم القانون مفهوم العنف في حدود جرائم ايذاء الاشخاص التي تمس الحق في الحماية والسلامة لجسد الانسان من اي اعتداء خارجي يأخذ صورة الضرب المبرح او الجرح او الايذاء، وهذه الجرائم صورة من صور الاعتداء على حق الانسان في سلامة جسمه وهو حق محمي من الشريعة والقانون. ومن الناحية القانونية يعتبر فعل العنف اقل خطورة من الاعتداء على الحق في الحياة ذاتها، لهذا جعل عقوبته بشكل عام اقل واخف^(١١).

وسواء " اكان الاعتداء ضرباً ام جرحاً ام ايذاء، فالعامل المشترك بينهم هو المحل الذي يقع فعل الاعتداء عليه. وهذه الجرائم تتطلب ركناً مادياً بعناصره الثلاثة المتمثلة في فعل الاعتداء على سلامة الجسد، ونتيجة هذا الاعتداء، ورابطة السببية بين الاعتداء وما أصاب المجني عليه من الم او مساس في جسده، اضافة الى القصد الجرمي (الركن المعنوي)، سواء اكانت هذه الأفعال مقصودة ام غير مقصودة، فضلا عن ضرورة وجود العلاقة السببية بين القصد الجنائي والعمل المادي. ولهذا يعتبر العنف في نطاق القانون الداخلي فعلاً إجرامياً يعاقب عليه وفق قانون معين قابل للتنفيذ. اما في القانون الدولي العام، فهو عمل ضد جسم الإنسان وكرامته، إلا انه لم يقرر الجزاء القانوني الصريح ضد هذا الفعل^(١٢).

وتجدر الإشارة ان القانون قد سمح في حالات معينة- بالقوة لا العنف، وهناك تباين في استخدام المفردتين رغم انهما ذواتا مفهومين متقاربين بشدة. فمثلاً يعد القانون استعمالاً للحق اعمال العنف التي تقع على من يرتكب جنائية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه، في حين جرم في

نصوص قانونية اخرى الاعتداء او الشروع بالاعتداء على حق الموظفين او المكلفين بخدمة عامة في العمل، باستعمال العنف او الارهاب او التهديد او اية وسيلة اخرى غير مشروعة ضد حق الغير في العمل^(١٣).

ويمكن ان نلخص مما تقدم، وبوجه عام، ان جرائم العنف تتمثل في إقدام شخص او مجموعة اشخاص على ارتكاب افعال او القيام بممارسات من شأنها الحاق الاذى البدني او النفسي بالآخرين او الاضرار بممتلكاتهم او حريتهم. اي انها كل الجرائم التي تستخدم فيها القوه لترويع الآخرين لتحقيق اهداف شخصيه او سياسية غير مشروعة وغير قانونية.

اما العنف الاسري فيقصد به العنف الذي يحدث في مجال الاسرة. ولطالما عد العنف الاسري من الامور الخاصة او الشخصية، اما الان فينظر اليه على انه سلوك اجرامي وخطر يهدد سلامة المجتمع وامنه. وانه، للأسف، ينشئ الاطفال الصغار على اعتبار ان العنف يعد طريقة مقبولة لحل المشاكل. كما ان الاطفال الذين يتعلمون هذا السلوك يزيد احتمال ارتكابهم اعمال العنف عن غيرهم بالطبع.

وتوضح الدراسات ان العنف العائلي لا يرتبط بمستوى اقتصادي او طبقي او سلالي محدد، اذ تتباين معدلات العنف في الولايات المتحدة مثلا من جماعة عرقية لاخرى^(١٤).

ومن الفقهاء من يعرف العنف الاسري بأنه مصطلح ينصرف الى العنف البدني داخل محيط الاسرة والعقاب الجسدي مثل ضرب الزوجة، تعدي احد الزوجين على الآخر، سب احد الزوجين او الاساءة اليه، كما يتضمن التعسف العاطفي والتهجم الفيزيقي الذي يحدث في الاطار الاسري. وهكذا؛ فالعنف العائلي يشمل جميع افراد الاسرة بما فيهم الاطفال، الاباء، الأجداد، ويمتد الى الأقارب من جميع الاعمار والأشخاص الاخرين الذين يلوذون بالاسرة وقد لا تربطهم بهم علاقة زواج او دم^(١٥).

ويتوسع اخرون في تحديد مفهوم العنف عموماً والعنف العائلي خاصة بأنه: (اعتداء على شخص الإنسان اما في جسمه او نفسيته اوسلب حريته، وذلك في إطار مؤسسة الأسرة) وان هذه الآثار متداخلة. فالاغتصاب مثلا، اعتداء على جسم المرأة. وهو في الوقت نفسه، يؤثر على نفسيته^(١٦). وتناول اخر التعريف على اساس القيم الثقافية والاجتماعية التي تلعب دوراً كبيراً ومهماً في تبرير العنف، ويرى بأن العنف الاسري سلوك مكتسب يتعلمه الفرد خلال اطوار النشأة الاجتماعية^(١٧).

وفي استراليا، وتحديداً في عام ٢٠٠٣، تبنت احدى الدوائر الحكومية التي تُعنى بالعنف الاسري التعريف التالي: (العنف الاسري هو سوء استخدام السلطة او النفوذ الذي يرتكب داخل الاسرة في محيط العلاقة الاسرية او بعد الانفصال. ويحدث عندما يحاول احد الشركاء السيطرة فعلياً او نفسياً على الآخر بالتهديد او الايحاء او سوء المعاملة العاطفية او الاجتماعية او الحرمان المالي). اما الاتحاد الاوروبي، وقدر تعلق الامر بمسائه بالمرأة، فقد اعتبر العنف الاسري (اي فعل عنيف على اساس الجنس الذي ينتج عنه اي اذى جسدي، جنسي، او نفسي، او أي معاناة للمرأة، والذي يشمل ايضا التهديد بمثل هذه الافعال او الاكراه او الحرمان التعسفي للحرية الشخصية فيما يخص الحياة العامة او الخاصة)^(١٨).

وقد يثور التساؤل حول مدى اهمية تعريف العنف الاسري، وقد يقول قائل ان البحث في هذا التعريف لا يعدو كونه جدل فقهي. الا اننا نؤكد ونلفت النظر ان تعريف العنف الاسري هو من

الاهمية بمكان، لا سيما حين نعرف ماذا يتضمن. وذلك جوهرى لدى وضع القوانين الخاصة بمكافحة العنف الاسري، والتي قد تتقاطع مع بعض القوانين الجنائية. فمثلا قد تعطي بعض المواد في القانون الجنائي (او قانون العقوبات حصرا) بعض الشرعية او تضيف الحماية على بعض الافعال التي تعد - وفقا لقوانين مكافحة العنف الاسري - جرائم بحد ذاتها^(١٩).

ويمكن ان نخلص مما تقدم ان العنف الاسري هو اي واقعه او نمط من السيطره القسريه او اسلوب التهديد او العنف او الاساءه بين افراد الاسره الذين كانت او ما زالت بينهم شراكه. أو بين احد افراد الاسره، بغض النظر عن الجنس. ويشمل هذا وبدون تحديد العنف الجسدي، النفسي، المالي، والعاطفي.

ويبقى السؤال المحرج لدى تقييم التعريفات هو : متى يكون من المناسب للقانون ان يتدخل ليوفر الحماية او أي نوع من الاستدراك للضحية ؟ والسؤال الآخر الهام هو ما مدى هذا التدخل وما كفاءته وما جدواه ؟ لا شك ان الاجابة على ذلك لا تأتي كما اسلفنا الا من خلال استقراء التشريعات الخاصة بمكافحة ومناهضة العنف الاسري وتقييم تفعيلها في الواقع العملي *

المطلب الثاني - ذاتية العنف الأسري

توضح مراجعة المصادر ان مفهوم العنف يلتبس مع عدد من المفاهيم الاخرى التباساً شديداً. ومن هذه المفاهيم ؛ الارهاب والتعذيب والايذاء والتايبب. كما ان ثمة التباس واختلاط بين العنف المشروع، والعنف غير المشروع. فضلاً عن ان للعنف درجات عديدة تبدأ من ضغوط استخدام القوة المادية في اقصى درجاتها وتنتهي بأستخدام الضغوط النفسية وهكذا. وفي هذا المطلب، سنحاول بيان المفاهيم متقدمة الذكر بغية ايضاح الفرق بينها وبين العنف. وذلك وفقاً لما يأتي :

الفرع الاول - تمييز العنف من الارهاب

ليس ثمة شك ان تعريف الارهاب يعد من المسائل القانونية التي يركز عليها النظام القانوني الذي يخضع لها سواء من الناحية القانونية ام الاجرائية. الا ان استقراء تاريخ الظاهرة الارهابية وتتبعها، يوضح ان من الباحثين من اهمل مسألة التعريف لصعوبتها، مكتفياً" ببحث الظاهرة وتبيان خصائصها وصورها. في حين سعى البعض الاخر الى محاولة وضع تعريف محدد وجامع للارهاب. وبعامه، فقد سلكت التشريعات في هذا الصدد احدى وجهتين :

الاولى: ان تنص على مدلول معين للارهاب، ثم تنتقي بعض الافعال التي تتصل بهذا المدلول. وغالبا ما تكون هذه الافعال مجرمة سلفا بنصوص قانون العقوبات، ثم تفرد هذه الجرائم المنتقاة باحكام موضوعية واجرائية خاصة^(٢٠). الثانية: ان تنص التشريعات على تجريم بعض الافعال التي تعتبرها ارهابية، دون ان تجتهد في وضع تعريف للارهاب^(٢١).

والارهاب في اللغة العربية مشتق من الرهبة والتخويف^(٢٢). وقد وردت هذه الكلمة في القرآن الكريم في عدة مواضع لتشير تارة الى الرعب^(٢٣) او لتشير الى الخوف والخشية تارة اخرى،^(٢٤) او لمعنى الاقتتال في المعارك^(٢٥). ويمكن تعريف الارهاب بشكل عام بانه : (استخدام غير شرعي للقوة والعنف او التهديد بأستخدامها بقصد تحقيق اهداف سياسية)^(٢٦). واحداث تعريف للارهاب وضعه والتر لاكيور عام ١٩٩٦ وهو " نوع من استخدام لطرق عنيفة كوسيلة الهدف منها نشر الرعب في المجتمع لاضعاف الحكم وتحقيق تغييرات سياسية "^(٢٧).

وبالرغم الاهتمام الدولي بالعمل على منع ومكافحة الارهاب بمختلف صورته واشكاله، فإن مفهوم الارهاب ظل يثير الكثير من الجدل والخلاف بسبب ما احاطت تحديد هذا المفهوم من اعتبارات سياسية ونظرات مصلحة شخصية. ومع ذلك، فقد بذلت العديد من المحاولات الفقهية والقانونية للوصول الى تعريف موحد للارهاب يشمل جميع عناصره وجوانبه، غير انها جاءت متباينة من حيث المعيار الذي ارتكزت عليه لتمييز العمليات الارهابية. فالبعض منها اعتمد على طبيعة الوسائل المستخدمة، فأشترط ان تكون وسائل العنف من شأنها إثارة الرعب او احداث خطر عام يهدد الحياة والامن العام. في حين اخذ البعض الاخر بنظر الاعتبار الاثر المترتب على الفعل، الا وهو التدمير والتخريب كأثر معنوي لدى من يوجه اليه هذا الفعل.

وعلى الصعيد الدولي، نجد الوثيقة الاولى التي تضمنت تعريفا للارهاب هي اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٧ المتعلقة بالمنع والقمع الدولي للارهاب. اذ وضعت تعريفيين للارهاب، اولهما معياري والاخر تعدادي او تبياني لبعض مظاهر الارهاب.

ويتطرق منطوق الاتفاقية الى الافعال الاجرامية الموجهة الى دولة، والتي تهدف الى ان تكون بطبيعتها مؤدية الى اثاره الرعب لدى شخصيات معينة من مجموعة اشخاص او في الوسط العام. كما اوردت لجنة القانون الدولي في الامم المتحدة عام ١٩٥٤ تعريفا للارهاب يتضمن: انصراف او قيام سلطات دولة بأخذ او تشجيع أنشطة ارهابية في دولة اخرى او سماحها بأنشطة منظمة هدفها ارتكاب اعمال ارهابية في دولة اخرى، او سماحها بأنشطة منظمة هدفها ارتكاب اعمال ارهابية في دولة اخرى (٢٨). عليه، فإنه هناك عناصراً يجب توافرها في الارهاب واهمها:

١- العنف الذي يصيب الحياة او أمن الاشخاص او الاموال او يعرضها للخطر على وجهه تشيع الرعب.

٢- القصد من ارتكاب العنف، وهو اشاعة الرعب بين الناس، والاخلال بالنظام العام ايا كان دوافعه سياسية ام ايدولوجية ام اقتصادية.

٣- تحديد المجني عليهم، ومدى اشتراط ان يكونوا من المدنيين فقط. فعلى سبيل المثال؛ تطلبت الجمعية العامة للامم المتحدة في قرارها الصادر عام ١٩٩٩ ان يهدف الارهاب الى التسبب في الحاق الموت او الجرح الجسيم بالمدنيين. هذا بخلاف قرار مجلس الامن رقم ١٥٦٦ الصادر في اكتوبر سنة ٢٠٠٤، فقد اشار الى الاعمال الارهابية التي تقع على ضحايا من بينهم مدنيين. ولا زال هذا العنصر محل خلاف عند تعريف الارهاب. الا ان اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ نصت على تجريم اعمال الارهاب ضد الاشخاص المحميين بهذا الاتفاقية. ونص البروتوكول الاول في المادة (٥١) على منع اعمال العنف او التهديد التي تستهدف اصلاً نشر الرعب بين السكان المدنيين، مما يعني ان الارهاب قد يصيب المدنيين او المتحاربين سواء بسواء، دون اخلال بأخضاعه في ذات الوقت لقانون الحرب المتمثل في اتفاقيات جنيف.

٤- مدى اشتراط سقوط عدد كبير من الضحايا، ومدى اشتراط التنظيم في مرتكبي الارهاب (٢٩).

ومن الاطلاع على كل ما تقدم، يبدو لنا، وبجلاء، ان مواجهة الارهاب احتلت حيزاً مهماً في التشريعات المقارنة نظراً لما يشكله الارهاب من تحديات سياسية وامنية واقتصادية (٣٠). وبقدر

تعلق الامر بتمييز العنف من الارهاب : يبدو هذ التمييز واضحا من حيث ان سلوك العنف لايعني مجرد تسميه لشخص اعتدى على آخر، بل يعتبر نتاج ظروف اجتماعيه حين يفشل المجتمع في تقديم ضوابط قويه على سلوك الافراد. في حين يمثل العنف الاسري سلوك منحرف هدام يهدد امن الفرد والجماعه دون ان ياخذ هذا السلوك ابعادا سياسيه.

اما الارهاب، فهو العنف الذي يمارس عن سابق اصرار وتصميم لغايات سياسيه وايدولوجيه من قبل مجموعه تمارس الارهاب، اولديها مجموعه سرية ذات وزن تمارس ارهابا دوليا. واذا اتفقنا ان المفاهيم المتقدمه تعد مقبوله الى حد ما، فيكون التمييز جليا من حيث المدى والخطوره والاهداف والتاثير للافعال المرتكبه، فضلا عن كونها "في حاله العنف الاسري" ينبغي ان تصدر عن احد افراد الاسره ضد الاخر.

الفرع الثاني - تمييز العنف من التعذيب

التعذيب لغة: هو لفظ مشتق من الجذر عذب، ومن معانيه العذوبة. ويقصد به كذلك، كل مستساغ من الطعام والشراب. كما يقصد به الامتناع، فيقال :،اعذب عن الشيء أي امتنع عنه. واعذب غيره : منعه. وعذبه: أي منعه، وفطمه عن الامر. فكل من منعه شيئا، فقد عذبه. كما ان كلمة العذاب تدل على النكال والعقوبة. ولذلك يقال: عذبه تعذيباً وعذاباً^(٣١).

اما اصطلاحاً: فهو القسوة الواقعة على المتهم او المشتبه به لاجباره على الاعتراف بجريمة، او لازالة التضارب في اقواله، او للبوح بأسماء شركاءه، او لاستخلاص دليل من شاهد ممتنع عن الادلاء بالحقيقة^(٣٢). وعرف بانه: كل إيذاء جسيم او تصرف عنيف وقع على المتهم اساساً بهدف تسبب العناء له^(٣٣). او انه: كل اعتداء متعمد يسبب المأ، بدنياً كان ام معنوياً، لشخص موجود تحت سلطة الجاني او اشرافه^(٣٤). ويتفق المشرع العراقي مع بقية التشريعات الجنائية التي نصت على التعذيب كجريمة، وحددتها بالاعتداءات الواقعة من الموظفين او المكلفين بخدمة عامة تجاه بعض الاشخاص ولاسيما المتهمين، بغية حملهم على الاعتراف او الادلاء بالمعلومات. أي ان التعذيب لا يمكن ان يرتكب الا اذا كان للجاني قدرة او سلطة مادية او معنوية او قانونية على المجنى عليه تمكنه من انزال الاذى به، يقابله خوف وضعف من المجنى عليه يعجزانه ماديا او معنوياً من الدفاع عن نفسه، او مقاومة مرتكب الفعل، او حتى استغلال فرصة الهروب مع ما يحمله الهرب من صفات الجبن والتخاذل.

وبذلك يختلف التعذيب عن بقية صور الاعتداء الاخرى على سلامة الجسم، كالضرب والجرح والعنف (وان كانت هذه الافعال هي التي تستخدم غالباً لايقاع فعل التعذيب) في عدم توازن وضع الفاعل الذي يكون في مركز قوي ووضع المجنى عليه الذي يكون في مركز ضعيف املته عليه ظروف الواقعة كأن يكون متهماً او عاجزاً او مقيداً او صغيراً في السن^(٣٥). ونحن نتفق مع الرأي القائل ان هذه الجريمة ابتداءً من جرائم الاعتداء على الاشخاص، الا ان المشرع تقديراً منه لخصوصية وضع الجاني وما يملكه من سلطة، ووضع المجنى عليه، وما يتسم به من عجز اللذان يمثلان عنصرين ضروريين لقيام هذه الجريمة، دفعه الى ان يُضفي على الفعل وصفاً مختلفاً وتميزاً عن بقية صور المساس بسلامة الجسم^(٣٦).

وبذلك يبدو البون الشاسع بين المصطلحين و ان انضوى كل منهم على معنى القسوة والايذاء. فمن حيث شخوص مرتكبي الافعال، فان العنف بعامة والاسري خاصه، لايستلزم صفة خاصة سوى ان يكون في الاخير احد افراد الاسره. فضلا عن الضحية الذي يجب ايضا ان يكون

فردا فيها. اما تحقق جريمة التعذيب، فيستلزم امتلاك الجاني قدره او سلطه مادييه او معنويه او قانونيه على المجنى عليه دون اشتراط ان يربطه بالضحية رابط اسري. اما المجنى عليه، فيكون-كما اسلفنا- في مركز ضعيف املته عليه ظروف الواقعة، كأن يكون متهماً او عاجزاً او مقيداً او صغيراً في السن.

ونخلص مما تقدم ان نقاط التشابه بينهما يتمثل بان الصور المادييه والمعنويه التي يتحققان بها هي نفسها، وتتلخص بفعل الايذاء. كما انهما ينصبان على نفس المحل، وهو الانسان الحي. اما اوجه الاختلاف الرئيسييه فتتلخص -كما اسلفنا- بوجود توافر الصفة الرسميه للفاعل في جريمة التعذيب التي تعد جريمة ذات اركان وقواعد مستقلة.

الفرع الثالث - تمييز العنف من الإيذاء

تتجه التشريعات الجنائية نحو حماية مصالح وحقوق متعددة منها سلامة جسم الانسان، فضلا عن حماية حقه في الحياة. أي ان الحق في سلامة الجسم هو المحل القانوني او المصلحة القانونية محل الحماية لجرائم الايذاء^(٣٧).

ويرى بعض الباحثين ان مفهوم الايذاء والعنف مترادفان، الا انهما في الحقيقة مستقلان. فيعرف الايذاء (Abuse) بأنه صور متنوعة من الاساءة النفسية او الجسدية او الجنسية التي يمارسها طرف لاجبار طرف اخر على ارتكاب او الامتناع عن ارتكاب افعال معينة يترتب عليها الاضرار به. في حين ان العنف (Violence) يقتصر على الجوانب الجسدية في المقام الاول، لذلك فإن الاعتداء الجسدي شرط ضروري لوصف هذا السلوك بالعنف، في حين انه ليس كذلك حين نصف السلوك بالايذاء. فقد ينتقي الاعتداء الجسدي ويعد السلوك مؤذياً، كما في حالة الاهمال او الاهانة. أي ان معظم حالات العنف تعد ايذاءً في حين ان معظم حالات الايذاء لا تعد عنفاً^(٣٨).

واذ يشير العنف الى مدى واسع من السلوك الذي يعبر عن انفعاليه تنتهي بايقاع الاذى او الضرب بالآخر سواء اكان الاخر فردا ام شيئاً، فهو يتضمن الايذاء البدني والهجوم اللفظي وتحطيم الممتلكات. فان الايذاء هو الاعتداء الجسدي على الافراد رغما عنهم وله اشكال عديده مثل الضرب او القتل، ويختلف باختلاف درجته ومدى تأثيره على الاخرين.

وتقوم جريمة الايذاء بالسلوك الايجابي او السلبي، وتتحقق باي فعل او امتناع يكون من شأنه المساس بسلامه الجسم سواء اكان ضرباً ام جرحاً ام ايذاءً. بشرط واحدهام، هو ان يكون الايذاء جسيماً. وتقدير مدى جسامته مسأله موضوعيه من اطلاقات قاضي الموضوع. كما تتباين العقوبات المقررة في حالة العنف الاسري عن تلك المقررة عن جرائم الايذاء من حيث الجسامه، اذ تصل في الاخيره الى عقوبة الجنائية. كالاىذاء المفضي الى موت و الاىذاء المفضي الى عاهة مستديمه.

الفرع الرابع - تمييز العنف من التأديب

التأديب مفهوم اساسي من مفاهيم التربية. وهو ضرورة حياتية بالنسبة للابناء، وحق من حقوق الطفل، لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: (من ولد له ولد فليحسن اسمه وادبه)^(٣٩). والتأديب ليس عملاً انتقامياً ضد الطفل - او هكذا يفترض- وانما وسيلة تربوية. ويشترط في التأديب شروطاً، منها الا ينال من كرامة الفرد التي حفظها الشرع، او يتجاوز حدود التأديب، او يحث على ممارسة امور لا تقبلها الاخلاق. ومنها الا يصار الى الضرب قبل بلوغ الطفل العاشرة من

العمر، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (مروا الصبيان بالصلاة لسبع واضربوهم عليها في عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع) (٤٠).

وقدر تعلق الامر بالزوجة، فأُن من الحقوق التي يقررها كل من التشريع والشريعة الاسلامية الغراء للزوج هو تأديب الزوجة. الا ان هذا الحق ليس مطلقاً، بل مقيداً بحدود ما تسمح به حدود الشريعة السمحاء (٤١). حيث يعد استعمال الحق بمقتضى نص القانون اجازة او رخصة منحها القانون لشخص معين بأن يقوم بأفعال تعد جرائم لولا انه منحها ونظم احكامها (٤٢).

وحتى يمكن تفعيل هذا النص، يشترط وجود الحق في ذاته ليتمكن الفاعل من استعماله، وان تتوافر حسن النية في هذا الاستعمال. اذ ان القانون منحه هذا الحق بالحد الذي لا تجاوز فيه، بحيث لا يصل الى الايذاء او القتل مثلاً (٤٣).

وهنا يثور التساؤل الهام الذي تبناه العديد من الباحثين، كيف يمكن للعنف والقهر والاضطهاد ان يتخذ مرجعيته ومصادقيته وتزكيتته من القوانين التي ما وجدت ابتداءً الا لاسباب الحماية على الافراد؟ فمثلاً المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي عدت ان (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق : ١- تأديب الزوج زوجته..... في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً...) ووفقاً لهذه المادة، بالامكان انتهاك حق المرأة في السلامة الجسدية او هدر كرامتها وادميتها اذ تسمح للزوج بضرب زوجته (تأديبها) وقد تصل حدود هذا التأديب الى مديات من الايذاء الجسدي والنفسي اذا ما كان العرف السائد في منطقة او عائلة او عشيرة الزوج او الزوجة تسمح بذلك بحجة ان هذا هو العرف السائد بصددها (٤٤).

وتجدر الاشارة الى ان القضاء العراقي قد استقر على عدم عد ضرب وشتم الزوجة من الاضرار التي تبيح طلب التفريق، كما استقر على اخذ تعهد من الزوج بعدم الاعتداء على زوجته مجدداً ومثل هذا التعهد يخلو من القيمة القانونية، لانه لا يعد عقوبة، ولا يحول دون تكرار الزوج لفعله مجدداً (٤٥).

وصفوة القول : ان العنف، كما اسلفنا، كل سلوك يتضمن معاني الشده والقسوه، وهو استخدام غير مشروع للقوه الماديه والمعنويه قصد الحاق الاذى بالاشخاص والاضرار بممتلكاتهم. في حين ينصرف مفهوم التأديب الى تلك الاجازة او الرخصة التي منحها القانون لشخص معين بان يقوم بافعال تعد جرائم لولا انه منحها ونظم احكامها.

ويبدو التمييز واضحاً بين الحالتين. فالفعل في الحاله الاولى غير مباح، اما في الحاله الثانيه فهو مباح في اطار استعمال الحق، وبالالتزام بشروطه التي حددها الشرع والقانون. فالتأديب ليس بالعمل الانتقامي ضد الزوجه او الاطفال، بل هدف تربوي محدد بشروط منها ان لاينال من كرامة الفرد- كما اسلفنا ابتداء- او يتجاوز حدود التأديب. وان لا يلجأ المربي اليه الا بعد ان يستنفذ جميع الوسائل التأديبيه والزجرية، وان يتجنب الضرب في الاماكن المؤذيه كالرأس والوجه لمنع الضرر، فضلا عن توافر حسن النية في الفعل المرتكب، وان يصدر حصراً ممن يمتلك الحق في التأديب (٤٦).

المبحث الثاني

صور العنف الاسري

يتمثل العنف الاسري بانماط سلوكيه هجوميه قهريه متباينه من حيث النوع والشده. فقد تتخذ شكل الايذاء الجسدي او الاعتداء الجنسي او الاساءه النفسيه عليه، سنتناول هذا المبحث على مطلبين. سيضم الأول جرائم العنف الأسري المادية، اما المطلب الثاني فسنبحث فيه جرائم العنف الأسري النفسية.

المطلب الأول - جرائم العنف الأسري المادية

لقد اشار مشروع قانون الحمايه من العنف الاسري العراقي الى صور العنف الاسري في ماده (١- اولاً) منه في معرض بيانه معنى التعاريف و من ضمنها تعريف العنف الاسري بأنه (اي شكل من أشكال الإساءة الجسدية او الجنسية او النفسية او الاقتصادية ترتكب او يهدد بارتكابها احد من أفراد الأسرة ضد الآخر بما لهم من سلطة او ولاية او مسؤوليه في صعيد الحياة الخاصة او خارجها) عليه، فالمشروع لم يبين هذه الصور بالتحديد الدقيق و انما ترك الأمر إلى شرح القانون لبيان معانيها. و هي كالآتي :

أولاً : الإساءة الجسدية: تعتبر الإساءة الجسدية من مظاهر العنف المادي الممارس ضد أفراد الأسرة من قبل البعض الآخر. و عليه، يمكن تعريف العنف المادي بأنه النشاط المادي الخارجي الذي يمس الضحية محدثاً بها الإيذاء و الألم و غالباً تترك الاثار الواضحه على المكان المصاب بالعنف (47). او هو الحاق الضرر بالوجود المادي للضحية سواء في جسدها او حقوقها او مصالحها او امنها و قد يمس حق الحياه (48). واستناداً الى هذه التعاريف، فان كل ما يمس الوجود المادي للمعنف يعتبر عنفا مادياً. وبالتالي تندرج الاساءه الجسديه تحت مضمون العنف المادي لان كل ما يمس الجسد يعتبر من صور العنف و من ثم، مشمولاً بجرائم العنف المادي.

ويعرف العنف الجسدي بأنه عنف يتضمن احتكاك يهدف الى التسبب في المعاناة الجسديه او الاذى الجسدي و يشمل العنف الجسدي الضرب، الصفع، اللكم، الخنق، الدفع، الحرق و غيرها من انواع الاحتكاك التي تؤدي الى الاصابه الجسديه للضحية (49). ويشمل كذلك الحرمان من الرعاية الطبيه عند الحاجه و الحرمان من وظائف اخرى ضروريه للحياه مثل النوم او الاجبار على استخدام الكحول او المخدرات ضد اراده الضحية، وبحسب الإحصائيات تعد الاساءة الجسدية اكثر صور العنف ممارسة ضد الضحية.

اذن ؛ كل ما يتعلق بالجرائم الماسه بحياه الانسان وسلامه بدنه يمكن ان تشملها الاساءه الجسديه المشار اليها في مشروع قانون الحمايه من العنف الاسري العراقي. و بالتالي يتم الرجوع الى قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ في تحديد هذه الجرائم، ابتداء من جرائم الجرح و الضرب والايذاء العمد بنوعيه الخفيف و الشديد الى جرائم الضرب المفضي الى الموت ومن ثم، جرائم القتل العمد و الخطأ و جرائم الاجهاض التي عالجها المشرع في الباب الاول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات العراقي النافذ.

والملاحظ ان المشرع العراقي وبالرغم من انه اشار الى هذه الجرائم في مواده الا انه اباح بعض هذه الجرائم في مواضع عده منها حق التأديب الممنوح للزوج على زوجته او تأديب الاباء و المعلمين و من في حكمهم الاولاد القصر في حدوده ما مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً (٥٠). كما انه خفف العقوبه في جرائم الاجهاض و بعض جرائم القتل ومنها، جريمه قتل الام طفلها حديث العهد بالولاده اذا كانت قد حملت به سفاحاً، و جريمه التلبس بالزنا اذا فاجأ الزوج زوجته او احدى محارمه في حال تلبسها بالزنا او وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال، او قتل احدهما او اعتدى عليها او على احدهما اعتداءً افضى الى الموت او عاهة مستديمه (٥١). ويلاحظ ان المشرع نص على التخفيف فقط لصالح الزوج في حاله مفاجئة

الزوجه لم يعطي للمرأة هذا القدر المخفف و ذلك لاسباب تتعلق بالناحيه الاجتماعيه والدينيه للمجتمع العراقي^(٥٢). مما يدل ان سياسته المشرع متغيره في هذه الحالات.فما يعتبر عنف و يثدد عليه العقوبات في الحالات اعلاه لم يعتبر عنف شديد و انما مخفف، بل جعلها اعدارا مخففه للعقوبه في المواد ٤٠٧ و ٤٠٩ و سبب اباحه في ماده (٤١-١) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. وهذا مايؤخذ على المشرع العراقي بعد اتخاذه هذا المقياس او الضابط في هذه الجرائم خصوصا ان الجاني يمكن ان يستغل هذه النصوص، و يرتكب الجرائم دون خوف من القانون بحجه من الحجج التي اعطاها القانون له.

ثانيا : الإساءة الجنسية : لا تقتصر جرائم العنف على الإساءة الجسديه فقط و انما الإساءه الجنسيه ايضا و هي تدخل ضمن العنف المادي و تعرف بانها: اي وضع يتم فيه استخدام القوه او التهديد من اجل الحصول على مشاركته في نشاط جنسي غير مرغوب^(٥٣). كما تعرف بأنها " اجبار " الضحيه على الانخراط في ممارسه الجنس رغما عنها حتى لو كان هذا الشخص هو الزوج الذي سبق ان مارس الجنس بالرضا. وتعرف منظمة الصحه العالميه العنف الجنسي على انه : اي فعل جنسي او محاوله للحصول على فعل جنسي او تعليقات او تحرشات جنسيه غير مرغوب فيها، او أفعال مشبووهة او موجهه بطريقه اخرى ضد الحياه الجنسيه للشخص باستخدام الاكراه من قبل اي شخص بغض النظر عن علاقته بالضحيه و في اي مكان^(٥٤). فهو بهذا المعنى، اي عمل ذوطبيعه جنسيه غير مرغوب فيه.

و قد اشار مشروع قانون الحمايه من العنف الاسري العراقي في ماده (١-اولا) منه الى ان العنف الاسري هو اي شكل من اشكال الإساءه، ومن ضمنها الجنسيه، ومن ثم يتم الرجوع في تحديدها الى قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ تحت عنوان /الجرائم المخله بالاخلاق العامه و الاداب العامه في المواد من (٤٠٤-٣٩٣) و المتمثله بجرائم الاغتصاب و اللواط و هتك العرض و الفعل الفاضح المخل بالحياه. اذن،اي انتهاك جنسي للضحيه ضمن الاسره يمثل اساءه جنسيه، و بالتالي يدخل في الاطار القانوني لجرائم العنف الاسري المشموله بمشروع قانون الحمايه من العنف الاسري العراقي.

ثالثاً : العنف الاقتصادي : يتمثل العنف الاقتصادي باستغلال الضحية اقتصاديا او ماديا. فيكون المعنف مطالباً قسراً غير مختار بالانفاق، على الرغم من انه يوجد في الاسره من يفرض عليه القانون والاخلاق بان يتكفل باعالة المعنف. وان هناك اساليب عديده يستخدمها الجاني للحصول على المال من المعنف، مثلاً اجبار الضحية على ترك الوظيفة ان لم يعطي الاموال للجاني ويمن عليه بقبوله ويلجأ احياناً الى بيع او كسر الاثاث وقد يلجأ الى الضرب والتهديد اذ يستخدم الزوج الجانب الاقتصادي كوسيلة للضغط على الزوجه مثلاً^(٥٥).

المطلب الثاني - جرائم العنف الاسري النفسي (المعنوية)

لم يشر مشروع قانون الحمايه من العنف الاسري العراقي الى تحديد ماهية الإساءة النفسيه. وبالتالي، يرجع في تحديدها الى ما هو متداول فقها وقانونا لمعنى العنف النفسي. فهو يشمل الاعتداء على الضحية واذلالها سرا او علنا، والتحكم بالممارسات التي يمكن او لا يمكن للضحية القيام بها، اخفاء بعض الحقائق عن الضحية، تعمد احراجها او الانتقاص من قيمته، ايضا عزل الضحية اجتماعيا بأبعاده عن عائلته واصدقائه. فضلا عن ذلك، قد يتم ابتزاز الضحية بايذاء الاخرين من حوله متى ما شعر بالسعادة والاستقلال الذاتي^(٥٦). فهو كل ما يؤثر على البناء النفسي للشخص ويمكن ان يتضمن النقد اللاذع والسخرية والتحقير والاذلال والتجاهل، أو اي فعل يتسبب في ضرر نفسي. وسوف نتناول اهم هذه الصور النفسيه وكالاتي :

اولا : الاضطهاد والاهانة: ان أي فعل من افعال الاضطهاد والاهانة يعد عنفا نفسيا وان كان بصورته

البسيطة، على ان لا يصل الى حد الضرب اذ انه سيمثل حينئذ فضلا عن كونه اساءة نفسيه، اساءة جسديه.

فالعنف النفسي (العاطفي) يتضمن أي اساءة لفظية يمكن ان تحمل خلالها تهديدا للضحية او اخافته او التقليل من قيمته او ثقته بذاته او تقييد حريته^(٥٧). فالانتقاد المستمر مثلا، او توجيه الشتائم والسب المستمر للضحية، او انتقاده ببعض العبارات التي تقلل من ثقته او قيمته، او اسماعه بعض العبارات المباشرة او غير المباشرة التي تسيء له، كل هذا يعد عنفا نفسيا. كذلك من الامثلة ابعاد الضحية عن اصدقائه و اقاربه، او أي شخص يكون له دور فاعل في كشف الجاني، واقناع الضحية بالابتعاد عنه. مما يتسبب للضحية بالعزلة عن الناس وبالتالي، الوقوع في حالة من اليأس والاحباط والاصابة بالاكتئاب الذي قد يدفع لاحقا للقيام بأعمال وممارسات خاطئة، كالانتحار او ادمان المخدرات والكحول. اضافة الى استخدام اسلوب السيطرة العاطفيه، وهو نطاق واسع من الافعال يجعل الشخص خاضع او تابع، وذلك بعزله عن مصدر المساعدة.**

كما ان اضطهاد المعنف، وخصوصا الاطفال، يؤدي الى التأثير على سلوك الطفل عاطفيا واجتماعيا وكذلك نفسيا. وقد تتفاقم المشكلة معه في الكبر، وتتزايد خصوصا مع دخول الطفل الى المدرسة، وترافقه لحين مرحلة البلوغ، مما يجعل الطفل في هذه المرحلة عاجزا عن حل الكثير من المشاكل الاجتماعية كانت ام عاطفية. فضلا عن ذلك، وفي بعض الحالات، يقوم المعتدي بالاعتداء على الام او الاب امام الطفل عمدا، لاحداث اثر مضاعف وايداء ضحيتين في ذات الوقت. وقد وجد ان الاطفال الذين يشهدون الاعتداء على احد الوالدين هم الاكثر عرضة لظهور اعراض اضطراب مابعد الصدمة. ومن المرجح ان تكون العواقب اكثر شدة على الاطفال اذا تطورت اضطرابات مابعد صدمة الاعتداء على الام ولم يقدم العلاج، مما يسبب صعوبة مساعدة الام لطفلها في معالجته من تجربة مشاهدة العنف الاسري.

اما الاهانة اللفظية، فهي نوع من انواع العنف النفسي. وتشمل استخدام اللغة، ويمكن الاشارة لها ايضا على انها فعل تهديد. والاهانة اللفظية قد تشمل افعالا عدوانية كالشتم واللوم والسخرية والازدراء والانتقاد. وهناك التعبيرات اللفظية التي تبدو سليمة وخالية من الاساءة في ظاهرها، الا انها قد تحمل في طياتها محاولات للاهانة والاتهام ظلما، او للتلاعب بالآخرين للقيام بأعمال غير مرغوبة، او لاشعارهم بانهم غير مرغوب بهم او غير محبوبين او لتهديد الآخرين ماليا او لفصل الضحايا عن مصادر الدعم.

ثانياً : التمييز بين الجنسين : تعد التفرقة بين الجنسين احدى صور العنف المعنوي حيث يفضل الجاني احد الجنسين دون الاخر، ما يسبب نوع من الحزن والاسى للجنس الاخر. وبالتالي، يؤثر على نفسية المعنف. والتمييز قد يكون بالقول او الفعل او تفضيل احدهما على الاخر.

وقد اشار المجتمع الدولي الى المساواة بين الجنسين بداية في ميثاق الامم المتحدة الذي اعتمد في سان فرانسيسكو سنة ١٩٤٥. وهي اول معاهدة دولية تشير في عبارات محددة الى تساوي الرجال والنساء في الحقوق. كما ورد في المادة الاولى من الميثاق وفي الفقرة (٢) منه أن من ضمن مقاصد الامم المتحدة " تعزيز احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلافاً بلا تمييز بسبب الجنس او اللغة او الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء"^(٥٨). ثم جاء الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ في المادة (٢) منه، ليؤكد على هذا المبدأ وهو المساواة بين الرجل والمرأة. تلاه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، وكذلك اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة التي اعتمدها الجمعية العامة للامم المتحدة عام ١٩٧٩.

كما ان الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ أكد على مبدأ المساواة في المادة (١٤) منه والتي تنص على ان: (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القوميه او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعنقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي).

وقد جاءت الشريعة الإسلامية السحاء قبل التشريعات والدساتير ونصت على مبدأ المساواة، وذلك في قوله تعالى : (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم) (٥٩). فضلا عن ماجاء في السنه النبويه الشريفه (٦٠). فالمؤمنون متساوون في الحقوق والواجبات ولا فرق بين عربي واعجمي الا بالتقوى، وكذلك لا فرق بين الذكر والانثى. الا ان رواسب المجتمع الجاهلي قبل الاسلام، والافكار التي اعتنقها وفي مقدمتها وأد البنات، ظلت لها انعكاساتها في المجتمعات العربيه. مما جعلها مجتمعات ذكورية تعد الرجل هو السيد والمرأة هي العبد. وألقت هذه الفكرة بظلالها على الاسرة نفسها، مما يدعو الاب والام في بعض الاحيان الى التفرقة في المعاملة بين الذكور والاناث في الاسرة الواحدة، ويتم التعامل مع الطفل الذكر على انه السيد، والبنات هي التالية له في المنزلة.

المبحث الثالث

مجلس الحماية من العنف الأسري

نص مشروع قانون الحماية من العنف الأسري العراقي لسنة ٢٠١١ على تشكيل مجلس الحماية وإجراءات تقديم الشكوى وذلك ما سوف نبحثه في مطلبين. سيتضمن الاول تشكيل المجلس، في حين سيبحث المطلب الثاني آليات او إجراءات الدعوى.

المطلب الأول - تشكيل المجلس

نصت المادة (٣-أ) من مشروع قانون الحماية من العنف الأسري العراقي لسنة ٢٠١١ على تشكيل مجلس دائمي يسمى (مجلس الحماية من العنف الأسري) برئاسة وكيل وزير العمل للشؤون الاجتماعية (٦١) ويضم هذا المجلس في عضويته عدة ممثلين. ويتم ترشيح العضو من الرئيس الأعلى لكل من وزارة الدولة لشؤون المرأة نائبا للرئيس، ومن الأمانة العامة لمجلس الوزراء، ومدير عام دائرة الحماية من العنف الأسري في وزارة العمل كعضو. بالإضافة الى أعضاء من وزارة الداخلية ووزارة حقوق الإنسان والتربية والصحة والعدل، وممثلين اثنين عن منظمات المجتمع المدني يختارهما المجلس لمدة سنتين قابلة للتجديد. كذلك عضوين من ذوي الخبرة والاختصاص يختارهما رئيس المجلس لمدة سنتين قابلة للتجديد (٦٢).

والملاحظ أن قانون الحماية من العنف الأسري الأردني لم يوجد مجلس حماية وإنما اوجد لجانا اسمها (لجان الوفاق الأسري) مهمتها بذل مساعي الإصلاح والتوفيق بين أفراد الأسرة، وكذلك لها الاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص من الجهات ذات العلاقة والمجتمع المحلي (٦٣).

وقد جاء مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي ايضا بلجان تسمى "لجان الصلح الاسري" تشكل في دائرة الحماية من العنف الاسري، تتولى بذل مساعي الصلح والتوفيق بين افراد الاسرة. ولها الاستعانة بذوي الخبرة والاختصاص لتنفيذ مهامها. كما نص المشروع على استحداث دائرة في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية تسمى (دائرة الحماية من العنف الاسري) يرأسها موظف بدرجة مدير عام له خبرة في مجال الاسرة لا تقل عن خمسة سنوات. بالإضافة الى وجود مكاتب في بغداد والمحافظات تشكل حسب الحاجة بأقتراح من مدير عام حماية الاسرة وبموافقة وزير العمل والشؤون الاجتماعية. كما يصدر الوزير التعليمات الخاصة بتشكيلات ومهام دائرة الحماية من العنف الاسري والمكاتب المرتبطة بها (٦٥).

اما مهام دائرة الحماية من العنف الاسري فهي كالآتي :

- ١- وضع الخطط والبرامج ورسم السياسات العامة والفاعلة لمكافحة مظاهر العنف الاسري والحد من اثارها السلبية ومتابعة تنفيذها والتنسيق والتعاون مع الجهات ذات العلاقة.
- ٢- اعداد قاعدة بيانات متكاملة عن حجم الظاهرة ليتسنى وضع الخطط الكفيلة لمواجهتها.
- ٣- تحديد الاليات الضرورية لحماية ضحايا العنف الأسري والاطراف الاخرى المهددة بالتعرض له ومساعدتهم.
- ٤- التعاون مع الجهات المحلية والدولية ذات العلاقة والتنسيق وتبادل المعلومات والخبرات واحترام المواثيق والالتزامات الدولية.
- ٥- القيام بحملات وطنية بالتعاون والتنسيق مع الجهات ذات العلاقة للتوعية والتثقيف والتحذير من مخاطر العنف واثار السلبية بالشراكة مع منظمات المجتمع المدني والمؤسسات التعليمية والدينية ومراكز البحث.

المطلب الثاني - آليات او إجراءات الدعوى

لقد تضمن مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي آليات واجراءات معينة ينبغي التقيد بها، ابتداءً من تحريك الشكوى وانتهاءً بصدور قرار الحماية وذلك ما سوف نبخثه تباعاً.

الفرع الاول - تحريك الشكوى

أجاز مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي تحريك الشكوى باخبار عن جرائم العنف الاسري من قبل كل من:

- ١- الضحية او من يقوم مقامه.
- ٢- أي شاهد للجريمة.
- ٣- أي عضو في الاسرة او من تربطه بها علاقة وثيقة.
- ٤- القائمين على تقديم الخدمات الطبية او مراكز الرعاية الصحية الاولية ومنظمات المجتمع المدني.
- ٥- أي شخص يكلف بشكل شفوي او تحريري من الناجين من العنف الاخبار او تقديم الشكوى.

ويثور التساؤل حول الفقرة الثالثة اعلاه، فكيف يمكن تحديد مدى هذه العلاقة الوثيقة وكيف يقدر القانون هل هي علاقة وثيقة ام لا ؟

اما بالنسبة للجهات التي تقدم امامها الشكوى فهي الشرطة او الادعاء العام او المحكمة المختصة وان المتفحص لمشروع القانون يجد انه اراد تقييد المشكو بما ورد في المشروع. وبالتالي، فإن الجهات المذكورة اعلاه بمشروع القانون هي التي يجوز تقديم الاخبار او الشكوى امامها تحديداً. ومن ثم، لا نستطيع تطبيق نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ النافذ فيما يتعلق بالجهات التي لها حق تقديم الشكوى والجهات التي تقدم امامها الشكوى.

كما يلاحظ ان الجهات التي حددها مشروع القانون عليها ان تحيل ملف الدعوى الى دائرة الحماية من العنف الاسري في مدة اقصاها ٧٢ ساعة⁽⁶⁶⁾. وبموجب المادة (٢٠) منه فقد حدد الالتزامات الواجب على مجلس الحماية والمكاتب التابعة له القيام بها في حالة تقديم الشكوى شفويًا او تحريريًا اليها بما يأتي: (إشعار مديرية حماية الاسرة التابعة لوزارة الداخلية بأسرع وقت

ممكن بوقوع العنف الاسري لاتخاذ الإجراءات الضرورية المشار اليها في البند (ثانيا) من المادة (٦) من هذا القانون).

اما قانون مناهضة العنف الأسري الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١، فقد بين ان دعاوى العنف الاسري تحرك من قبل المتضرر من العنف او من يقوم مقامه قانونا عن طريق اخبار يقدم الى المحكمة او المحقق او المسؤول في مركز الشرطة او الادعاء العام⁽⁶⁷⁾ جرائم العنف الأسري في حالة تقديمهم مساعدة لضحايا العنف الأسري وعلمهم بهذه الجريمة. بينما لم يشر قانون الحماية من العنف الأسري الأردني إلى الإبلاغ الا في المادة (٨) منه، والتي تتضمن انه على مقدمي الخدمات الطبية او الاجتماعية او التعليمية من القطاعين العام او الخاص ابلاغ الجهات المختصة في حال علمه او مشاهدته اثار عنف واشعاره انها ناجمة عن عنف اسري وكذلك على الموظفين اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان سلامة المتضرر من افراد الاسرة حال علمهم بأي من قضايا العنف الاسري. هذا يعني ان القانون الاردني اكتفى بالقواعد العامة الموجودة في الاصول الجزائية في حالة الاخبار او الشكوى ونص في المادة (٨) منه على الاخبار الوجوبي.

الفرع الثاني - التحقيق في الشكوى

من المعلوم ان التحقيق الابتدائي هو مجموعة الإجراءات التي تباشرها سلطة التحقيق بالشكل المحدد قانونا بغية تمحيص الأدلة وتدقيقها والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة⁽⁶⁸⁾. لذا اناط قانون اصول المحاكمات الجنائية لجهات معينة مهمة التحقيق الابتدائي. كما ان مشروع قانون الحماية من العنف الاسري في المادة (٦-ثانيا) منه اوجب على عضو الضبط القضائي او الموظف المختص في مديرية حماية الاسرة التابعة لوزارة الداخلية، فور علمه بوقوع عنف او عند ورود بلاغ يتضمن خرقا لقرار حماية نافذ ان ينتقل فورا الى مكان الحادث ويتخذ الاجراءات الاصولية⁽⁶⁹⁾. وفي حالة عدم وجوده يتولى قاضي التحقيق او المحقق القضية بأشراف قاضي التحقيق.

ومن الملاحظ ان مشروع القانون حصر التحقيق بالجهات التي حددها، وذلك لكونها تمتلك الخبرة والاختصاص بالتحقيق في جرائم العنف. واستثناءً، اجاز لجهات التحقيق العادية المتمثلة بقاضي التحقيق والمحقق مباشرة التحقيق⁽⁷⁰⁾.

ونلاحظ ان الفقرة الثالثة من المادة السادسة من مشروع القانون الزمت الجهات التي تتلقى الشكوى بإحالة الملف الى دائرة الحماية من العنف الاسري في مدة اقصاها (٧٢) ساعة. الا ان مشروع القانون قد بين الإجراءات فقط في حالة حصول عنف مشهود، او على وشك الوقوع، او في حالة ورود بلاغ عن خرق لقرار حماية نافذ. وهذا يدل على انه احال الاجراءات التحقيقية الاخرى الى قانون اصول المحاكمات الجنائية العراقي النافذ⁽⁷¹⁾.

ومن النصوص الخاصة بجرائم العنف الاسري نص المادة (٦ - خامسا) من المشروع، اذ اجازت هذه المادة للمشتكين من جرائم العنف الاسري تقديم الشكوى الى الجهة المختصة دون تقييدها بالاختصاص المكاني. اما الفقرة سابعاً من نفس المادة، فقد اوجبت على الجهات القائمة بالتحقيق في جرائم العنف الاسري اخطار دائرة الحماية من العنف الاسري بالحضور في مراحل التحقيق والمحاكمة كافة.

اما قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١ فانه لم يتناول الجهات المختصة بالتحقيق واجراءاته، وهذا يعني انه يحيل الى قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ في هذه المسائل.

الفرع الثالث - المحكمة

نصت المادة (١١) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي على انه (تتعقد محكمة الاسرة برئاسة قاضي من الصنف الثالث في الاقل وعضوين احدهما قانوني والاخر من المختصين بالبحوث الاجتماعية او النفسية ولهم خبرة لا تقل عن خمسة سنوات وتنظر في الجنايات وتفصل بصفة تمييزية بقرارات قاضي التحقيق).

ومن الملاحظ على نص المادة انه خالف القانون فيما يخص تشكيلات المحاكم سواء اكانت محكمة جنائيات اذ يجب ان تشكل من ثلاثة قضاة. فكان الاجدر بالمشروع ان تشكل المحكمة من ثلاث قضاة، ويعين فيها من المختصين بالبحوث الاجتماعية والنفسية كباحثين. اما بالنسبة للقانوني التي ذكر بالنص فلم يحدد هل هو من له خبرة في البحوث الاجتماعية او النفسية ام هو موظف قانوني في دوائر رعاية شؤون الاسرة او المرأة ام هل هو محامي متخصص في هذه المجالات؟. كما ان وجوده ليس له ما يبرره فجاءت كلمة قانوني ففضاضة ليس لها مبرر.

بالاضافة الى ذلك، ان المحكمة بصورة عامة، فضلا عن محكمة الجنائيات في المادة (١١) من المشروع، يجب ان تتالف من قضاة لهم خبرة بالقضاء وليس من اشخاص لهم خبرة بالمجالات الاجتماعية والنفسية ولكن يمكن الاستفادة من الاخيرين كخبراء يبدون الاراء التي تساهم في اصدار القرار الملائم.

كما ان مشروع قانون الحماية من العنف الاسري لسنة ٢٠١١ وفي المادة (١٢) منه اعطى لمحكمة الاسرة صلاحية النظر في المخالفات والجنح والقضايا الاخرى التي نص عليها هذا القانون. وكذلك اجاز المشروع لقاضي الجنح في الوحدات الادارية التي لا توجد فيها محكمة اسرة النظر في الجنح والمخالفات المعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ٣ سنوات ويطبق بشأنها احكام هذا القانون⁽⁷²⁾.

اذن : اجاز المشروع، استثناء، لمحاكم الجنح النظر في هذه القضايا والتي ينطبق عليها هذا القانون، وذلك لكونها جرائم ذات عقوبات قليلة وليست خطيرة. وبالتالي، يمكن ان تنظر امام محاكم الجنح العادية. اما الخطرة والتي عقوبتها تزيد عن ٣ سنوات فتتظرها محكمة الاسرة المحددة بموجب هذا القانون.

كما نصت المادة (١٥) من مشروع القانون على انه " على المحكمة ان تأذن لممثلي دائرة الحماية من العنف الاسري الاطلاع على الأضابير الخاصة بالدعوى كلما استدعى ذلك". اما المادة (١٦) منه فقد نصت على انه " تصدر محكمة الاسرة حكمها في الدعوى مراعية ظروف القضية في ضوء تقرير دائرة الحماية من العنف الاسري والمكاتب التابعة لها". كما ان الحكم البات الصادر في قضايا الجنح والجنايات في جرائم العنف الاسري يعد سبباً للتفريق في الدعاوى المقامة امام محكمة الأحوال ويحكم به بناء على طلب المتضرر⁽⁷³⁾. اما اذا قررت المحكمة ان لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية في جريمة تتعلق بالعنف الاسري، فيتعين عليها ان تبين الاسباب المحددة لذلك في اسباب الحكم⁽⁷⁴⁾.

ويعتبر ظرفاً مشدداً. مع عدم الاخلال بأية عقوبة - اذا كانت المجني عليها قاصراً او معاقبة او مسنة او اذا كانت حاملاً او اذا ارتكبت الجريمة من قبل شخص يحمل سلاحاً ظاهراً⁽⁷⁵⁾. اما اذا تنازلت المجنى عليها عن المدان في جريمة العنف الاسري، جاز للمحكمة ان تأمر بوقف تنفيذ العقوبة مع الحكم باتخاذ الاجراءات الكفيلة بحماية المجنى عليها، وتعتبر دعاوى العنف الاسري من الدعاوى المستعجلة، وتحظى جميع الاجراءات والمعلومات المعروضة امام المحاكم المختصة والجهات الاخرى بالسرية التامة⁽⁷⁶⁾. وذلك بالطبع من مقتضيات حماية قدسية العلاقات الاسرية، وضمان استمراريتها.

الفرع الرابع - قرار الحماية من العنف الاسري

لقد نص مشروع قانون الحماية من العنف الاسري على كيفية حصول المعنف على قرار الحماية والجهة التي تصدره، والاشخاص التي لها حق طلب الحماية واجراءاته. وذلك ماسنتناوله في الفقرات الآتية :

اولاً: من لهم حق طلب الحماية : أشارت المادة (٧- اولاً) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي الى الأشخاص الذين لهم حق طلب الحماية، وهم المتضرر او من ينوب عنه. فأجازت للمتضرر من جرائم العنف الاسري او من ينوب عنه، ان يقدم طلب الحماية شفويًا او تحريريًا، ويكون هذا الطلب معفي من الرسوم كافة. كما ان المادة (٧- سابعاً) منه نصت على انه " اذا لم تكن المتضررة قد تقدمت بطلب إصدار حماية وقتي او لم يصدر هذا القرار لصالحها جاز لها ان تطلبه من المحكمة المختصة بصفة مستعجلة اثناء نظر الدعوى".

بينما اشار قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١ في المادة (٤ - اولاً) منه على ان (للمحكمة المختصة ان تصدر امر حماية عند الضرورة او بناء على طلب أي فرد من أفراد الأسرة او من يمثله كإجراء مؤقت لحماية ضحايا العنف). اما قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨ فلم يحدد الأشخاص الذين لهم الحق بطلب الحماية وانما اجاز لمدير ادارة حماية الاسرة لضمان عدم التعرض للمتضرر او أي من افراد الاسرة وكذلك امر الحماية الصادر من المحكمة المختصة في حالة قناعتها بضرورة حماية المتضرر وافراد الاسرة⁽⁷⁷⁾.

كما اجاز القانون اعلاه في المادة (١٤-ج) منه لأي من طرفي النزاع اثناء نفاذ قرار الحماية التقدم الى المحكمة بطلب إلغائه او تعديله بناء على أي من المستجدات.

ثانياً: جهة تقديم الطلب واصداره : أشارت المادة (٧/اولاً) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي الى أن الطلب يقدم الى جهتين هما دائرة حماية الاسرة او المكاتب التابعة لها أو الى قاضي التحقيق المختص. اما الفقرة ثانياً من المادة اعلاه فقد اشارت الى ان قرارات الحماية تصدر من القاضي المختص لتأمين سلامة الناجين من العنف الاسري أو اي شخص يقدم لهم المساعدة. ويصدر قرار الحماية لمدة لا تزيد على شهر واحد قابل للتجديد لمدة لا تزيد على ٦ أشهر بناء على قناعة القاضي المختص و باقتراح من دائرة الحماية من العنف الاسري أو مكاتبها. كما يبلغ طلب الحماية المشكو منه خلال ٢٤ ساعة إذا كان داخل المحافظة وخلال ٧٢ ساعة إذا كان في محافظة اخرى⁽⁷⁸⁾. وعلى المشكو منه أن يمثل امام القاضي المختص خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تبليغه. وبخلافه، يتم اتخاذ الاجراءات القانونية بحقه⁽⁷⁹⁾.

وكان الاجدر أن يعطى للمشكو منه الساكن في محافظة اخرى مهلة ٧٢ ساعة بان يمثل امام القاضي المختص. اما قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١ فقد بين في المادة الرابعة _ أولا منه بأن " تصدر المحكمة المختصة (امر حماية) عند الضرورة أو بناء على طلب أي فرد من أفراد الاسرة أو من يمثله كأجراء مؤقت لحماية ضحايا العنف الاسري على أن يتضمن الامر مدة الحماية وللمحكمة تمديدتها كلما دعت الحاجة " كما أن لطالب الحماية التنازل عن هذا الامر بناء على المستجدات. وعلى المحكمة التأكد من أن طلب الالغاء قدم بأختياره وأنه في مصلحة المتضرر " (80).

اما قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨، فلم يحدد الجهات التي لها حق تقديم طلب الحماية. ولكن يفهم من ذلك ان المتضرر يحصل على الحماية عن طريقين، الاول: أمر حماية احترازي يصدره مدير دائرة حماية الاسرة أو رئيس قسم حماية الاسرة، والثاني: أمر حماية يصدر من المحكمة المختصة (81).

ثالثاً : قرارات الحماية الصادرة من المحكمة المختصة : جاءت المادة الثامنة من مشروع

قانون الحماية من العنف الاسري لتحديد قرارات الحماية التي تصدر عن المحكمة المختصة وهي:

١. تعهد المشكو منه عدم التعرض للمتضرر او اي فرد من افراد الأسرة أو أطراف القضية وعدم الاضرار بالممتلكات الشخصية والامتناع عن معارضة المتضرر بتسلم مقتنياته الشخصية بحضور الموظف المختص ويحرر محضراً باستلامها. وواضح من هذا القرار بأن التعهد يجب أن يكون مكتوباً أمام الجهات المختصة. وبالتالي، إذا حصل اي خرق لهذا التعهد، أو لم يمثّل المشكو منه لهذا القرار، يمكن محاكمته امام المحكمة المختصة بجرم خرق قرار الحماية بالإضافة إلى تمكين المتضرر من جرم العنف الاسري بتسلم مقتنياته بحضور موظف مختص وتنظيم محضراً بواقعة الاستلام.

٢. الزام المشكو منه بتسديد تكاليف العلاج و نفقات الزوجه و الاطفال لحين صدور قرار بالنفقة من المحكمة. و يعتبر هذا القرار منطقي و ذلك لانه هو السبب المباشر للعلاج من اثار العنف. و اما النفقه فهي من واجبات الزوج. و كان من الافضل لو أضاف حالة امتناعه عن تسديد النفقه، بأن يتم تنفيذها جبراً او حبسه في حاله الامتناع او عسره. و يبدو ان القانون اراد ان يتم الرجوع في هذه الحالة الى القواعد العامه في التنفيذ.

٣. ايقاف العمل المؤقت بالوكالات الخاصه و العامه للمشكو منه و سحب يده من التصرف بأموال المعنف المنقول و غير المنقول اذا تطلب ذلك. وهذا يعني ان المشكو منه قد يسيء استخدام الوكاله سواء اكانت عامه ام خاصه، او يستخدمها لمصلحته.لانه في هذه المرحلة في حاله عدم وفاق مع المعنف.

٤. لقاضي التحقيق توقيف المشكو منه اذا احتمل تهديده لسلامه المشتكي او امن الاسره،او اذا تبين عدم التزامه بقرار حمايه. و هنا حسنا فعل المشروع بان قرر صلاحيه جوازيه لقاضي التحقيق بتوقيفه اذا وجد القاضي انه من الخطوره بحيث يهدد امن و سلامه المشتكي،او عدم التزامه بقرار حمايه. و ان كان من الافضل اعطاء هذه الصلاحيه لقاضي المحكمة المختصه.

٥. تلتزم دوائر الدولة كفاه بتسهيل عمل دائره الحمايه من العنف الاسري و العمل على تذليل الصعوبات لانجاز عملها. و الملاحظ ان هذه الفقرة لم تبين كيفية الزام دوائر الدولة بتسهيل عمل دائرة الحمايه من العنف الاسري.

٦. منع المشكو منه من الاتصال بالمتضرر سواء في المنزل او في مكان العمل او في مراكز ايواء المعنفين الا عن طريق دائره الحمايه من العنف الاسري. و حسنا فعل المشروع اذ قرر هذا. و ذلك لكي يمنع سطوة و سيطرة المشكو منه على المعنف، و خوف المعنف منه. و بالتالي، اجباره على التنازل عن حقوقه بالضبط عليه باي طريقه.

٧. تتولى وزارة الداخليه توفير الحمايه الكامله لدائره الحمايه من العنف الاسري و مكاتبها و مراكز ايواء المعنفين و حمايه الشهود في قضايا العنف الاسري و توفير المستلزمات الضروريه لذلك. و قد اغفل القانون في هذه الحاله المعنف ايضا، فكان الاجدر به ان يوفر الحمايه ايضا للمعنف و خصوصا في هذه المرحله لحين صدور حكم من المحكمه المختصه بادانة المشكو منه. كما اشار مشروع الحمايه من العنف الاسري العراقي بانه يؤسس في دائره العنف الاسري صندوق لدعم المتضررين من العنف الاسري يمول من الوزاره العامه تحدد شروط الاستفاده منه بتعليمات تصدر من وزير العمل و الشؤون الاجتماعيه تصدر لاحقا (82).

وقد اجاز مشروع القانون في ماده (٧) / سادسا للمشكو منه حق الطعن بقرار الحمايه لالغائه او تعديله امام محكمه الاسره. كما ان مشروع القانون قد اشار الى حاله حصول صلح او وفاق بين الاطراف. فنصت ماده (٩) منه بان (تلتزم دائره الحمايه من العنف الاسري باحالة المتضرر الى لجان الصلح الاسري لدراسة امكانية حصول الصلح بين المتضرر و المشكو منه في القضايا التي يجوز فيها الصلح). و قد كان المشرع موقفا بهذا النص، فدور دائره الحمايه من العنف الاسري لا يقتصر فقط على حمايه المعنف، و انما يتعداه الى ايجاد الصلح بين المشكو منه و المعنف لوجود رابطه اسريه بين الطرفين يحاول القانون الحفاظ عليها و عدم تفككها، و ارجاع الامور الى حالها قبل وقوع حاله العنف. سيما اذا كان جرم العنف من الجرائم البسيطة، او حالات الايذاء الخفيف التي من الممكن تجاوزها. و من الملاحظ ان مشروع قانون الحمايه من العنف الاسري اعتبر قرار الحمايه كدليل مادي في الدعوى الجزائيه وبحسب ماده ١٩ منه.

اما قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني لسنة ٢٠٠٨ فقد نص في ماده

(٤/ثالثا) على ما يتضمنه امر الحمايه وهو :

١- تعهد المشكو منه بعدم التعرض للمتضرر او اي فرد من افراد الاسره.
٢- نقل الضحية الى اقرب مستشفى او مركز صحي للعلاج عند الحاجة او اذا طلبت الضحية ذلك.

٣- عدم السماح للمشكو منه بدخول البيت الاسري بقرار من المحكمه و للمده التي تراها في حاله وجود خطر على المشكو منه او اي فرد من افراد الاسره. و قد نصت الفقرة الرابعه من ماده (٤) انه في حاله انتهاك امر الحمايه يعاقب المخالف بالحبس مده لا تزيد على ٤٨ ساعه او بغرامه لا تقل عن ٣٠٠,٠٠٠ الف دينار. كما ان القانون اشار الى حاله الصلح بين الطرفين لاصلاح ذات البين و ذلك بان على المحكمه احالة اطراف الشكوى الى لجنة تشكل من الخبراء و المختصين و ذلك قبل احالة القضيه الى المحكمه المختصه

و في القضايا التي يجوز الصلح فيها. على ان لا تؤثر على اجراءات الحماية الواردة في هذا القانون (83). والملاحظ ان هذا القانون كان موقفا اكثر من مشروع الحماية من العنف الاسري العراقي في هذا الصدد. ذلك لانه حدد حالات الصلح بالجرائم التي يجوز الصلح فيها، كما قيد وقت الصلح بان يكون قبل احالة القضية الى المحكمة المختصة.

وقد نص قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني لسنة ٢٠٠٨ على عقوبة جريمة العنف الاسري في المادة (٧) منه والتي تتضمن: (مع عدم الاخلال بأي عقوبة اشد تنص عليها القوانين النافذة في الاقليم يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر و لا تزيد على خمسة ملايين دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عنفا اسريا).

اما قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨ فقد عدد مايتضمنه امر الحماية وكمايلي :

- عدم التعرض للمتضرر او اي من افراد الاسره او التحريض على التعرض لهم.
- عدم الاقتراب من مكان الاقامه البديله سواء كان مكانا آمنا او دار رعايه او اي مكان يذكر في امر الحماية.
- عدم الاضرار بالمتلكات الشخصية للمتضرر او اي من افراد الاسره.
- تمكين المتضرر او المفوض من قبله من دخول البيت الاسري بوجود الموظف المكلف لاختصاصات الشخصيه و تسليمها لصاحب العلاقه بموجب ضبط باستلامها (84).

رابعا : التأهيل و العقوبة: نص مشروع قانون العنف الاسري العراقي الى تاهيل المشكو منه، و ذلك في الحالات التي لا يسري بشأنها قانون العقوبات العراقي النافذ وقانون اصول المكالمات الجزائيه العراقي النافذ و قانون رعايه الاحداث العراقي النافذ. بان يصدر الحكم ضدالمشكو منه باحالتة الى احد مراكز التأهيل التابعه لدائره الرعايه من العنف الاسري، واخضاعه لبرامج التأهيل و التدريب لمدة لا تزيد عن اسبوع ولا تقل عن اسبوعين مع دفع غرامه ماليه مقدارها ١٠٠,٠٠٠ الف دينار و ذلك بعد الاخذ بنظر الاعتبار تقرير دائره الحماية او المكاتب التابعه لها(85).

وكان الاجدر بالمشروع ان ينص على تاهيل المشكو منه حتى بعد ان يبدان بجريمة العنف الاسري وانقضاء مده محكوميته. أما في حالة العود لجريمة العنف الاسري، فأن مشروع القانون نص في المادة (٢٢) منه على انه (في حالة ارتكاب المتهم بجريمة العنف الاسري في خدمة المجتمع بما يتفق مع مؤهلاته وتخصصه للعمل في دور رعايه الايتام والمسنين وذوي الاحتياجات الخاصه وتقرر المحكمة المدة الزمنية للخدمة ويكون الحكم ملزما وتسري بشأنه تنفيذ احكام قانون اصول المحاكمات الجزائية مع دفع غرامه مالية مقدارها ٢٥٠,٠٠٠ الف دينار). اما اذا ارتكب المشكو منه جريمة العود ثانية، فيعاقب المتهم بجريمة العنف الاسري بالعقوبات الواردة في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (86).

والملاحظ ان قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني لم يشر الى حالة تأهيل المجرم بجريمة العنف الاسري سواء أكان تأهيلا سابقاً لصدور الحكم أم لاحقاً لصدوره. وكذلك لم يشر قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨ الى تأهيل مرتكب جريمة العنف الاسري. وتلك نقطه تحسب، ولا شك، لصالح مشروع القانون العراقي.

الخاتمة

بعد ان انهينا بحثنا هذا، سنعرض لأهم ماخلصنا اليه من استنتاجات ومقترحات

اولا: الاستنتاجات

١- ان العنف الاسري : (هو سوء استخدام السلطة او النفوذ الذي يرتكب داخل الاسرة في محيط العلاقة الاسرية او بعد الانفصال. ويحدث عندما يحاول احد الشركاء السيطرة فعليا او نفسياً على الاخر بالتهديد او الايحاء او سوء المعاملة العاطفية او الاجتماعية او الحرمان المالي).

٢- قدر تعلق الامر بتمييز العنف من الارهاب، يبدو هذ التمييز واضحا من حيث ان سلوك العنف لا يعني مجرد تسميه لشخص اعتدى على آخر، بل يعتبر نتاج ظروف اجتماعيه حين يفشل المجتمع في تقديم ضوابط قويه على سلوك الافراد. في حين يمثل العنف الاسري سلوك منحرف هدام يهدد امن الفرد والجماعه دون ان ياخذ هذا السلوك ابعادا سياسيه، اما الارهاب فهو العنف الذي يمارس عن سابق اصرار وتصميم لغايات سياسيه من قبل مجموعه تمارس الارهاب اولديها مجموعه سريه ذات وزن تمارس ارهاباً دولياً.

٣- ولدى تمييز التعذيب عن العنف الاسري تبين ان نقاط التشابه بينهما يتمثل بان الصور الماديه والمعنويه التي يتحققان بها هي نفسها، وتتلخص بفعل الايذاء. كما انهما ينصبان على نفس المحل، وهو الانسان الحي. اماوجه الاختلاف الرئيسي فتتلخص كما اسلفنا_ بوجود توافر الصفة الرسميه للفاعل في جريمة التعذيب التي تعد جريمه ذات اركان وقواعد مستقلة.

٤- واذ يشير العنف الى مدى واسع من السلوك الذي يعبر عن انفعاليه تنتهي بايقاع الاذى او الضرب بالاحرسواء اكان الاخر فردا ام شيئاً، فهو يتضمن الايذاء البدني والهجوم اللفظي وتحطيم الممتلكات، فان الايذاء هو الاعتداء الجسدي على الافراد رغما عنهم وله اشكال عديده مثل الضرب او القتل ويختلف باختلاف درجته ومدى تأثيره على الاخرين.

٥- ان العنف، كما اسلفنا، كل سلوك يتضمن معاني الشده والقسوه، وهو استخدام غير مشروع للقوه الماديه والمعنويه قصد الحاق الاذى بالاشخاص والاضرار بممتلكاتهم. في حين ينصرف مفهوم التاديب الى تلك الاجازه او الرخصه التي منحها القانون لشخص معين بان يقوم بافعال تعد جرائم لولا انه منحها ونظم احكامها ويبدو التمييز واضحا بين كل من الحاليتين. فالفعل في الحاله الاولى غير مباح اما في الحاله الثانيه فهو مباح في اطار استعمال الحق وبالالتزام بشروطه التي حددها الشرع والقانون.

ثانيا: المقترحات

- ١- الاسراع في اقرار مشروع قانون الحمايه من العنف الاسري.
- ٢- تشجيع دراسة الاسباب الدافعة للعنف والتوعيه بمصطلح العنف الاسري.
- ٣- لايزال حجم العنف الاسري غير مرئي، اذا ان هناك نقص عام في البيانات المنهجية والاحصاءات حوله الا ان دراسات كثيره تظهر ارتفاع معدلاته لذانقترح توفيرقاعده بيانات للباحثين والمختصين تعطي تصور واضح عن حجمه.

- ٤- من الضروري اتباع نهج ذي مسارين في التصدي للعنف الأسري. فمن ناحية، ينبغي وضع برامج للحد من العنف الأسري وضمان امكانية وصول المعنفين الى القضاء واتخاذ تدابير الحماية وكذلك الخدمات القانونية والطبية. ومن ناحية أخرى، ينبغي وضع برامج لاذكاء الوعي من اجل تغيير التصورات المجتمعية تجاه العناصر الاضعف في الأسرة (النساء- الاطفال).
- ٥- مفاحة مجلس القضاء الاعلى لانشاء محاكم تحقيق وجنح مختصة بقضايا العنف الاسري فور اقرار مشروع قانون الحماية من العنف الاسري.
- ٦- نقترح اقامة دورات خاصة لتدريب وتأهيل القضاة المختصين بمعالجة قضايا العنف الأسري وكذلك قضاة التحقيق والمحامين والموظفين في دوائر الحماية.
- ٧- ضمان ان تكون المشورة مجانية بصدد العنف الاسري وان تكون متاحة للجميع.
- ٨- توفير دور رعاية وايواء وملاذات آمنة لضحايا العنف الأسري وتدريبهم على الاعتماد على النفس وتحصيل ما يؤمن لهم العيش الرغيد دون الاتكال على المعنف.
- ٩- تعاون كل الجهات ذات العلاقة مثل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، الداخلية، الصحة، الاعلام، ووزارات التربية والتعليم العالي التي تقع على عاتقها مسؤوليات كبيرة في التنقيف بهذا الصدد، وادخال التنقيف المضاد للعنف ضمن مناهج الثقافه الاسريه لكلا الجنسين.
- ١٠- تأسيس مؤسسات اجتماعية تهتم بقضايا العنف الاسري وايجاد خطوط ساخنة لهذا المؤسسات يمكن من خلالها تقديم الاستشارات والمساعدة ويكون من مهمتها الاهتمام بالضحية ومحاولة اعادة تاهيلها للحياة الاجتماعية و انشاء جهاز خاص بالشرطة النسائية يعمل بالتنسيق مع الشرطة المجتمعية ويكرس لشؤون العنف الاسري.

الهوامش

- (١) أبين منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت - لبنان، ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨م، ص٢٥٧.
- (٢) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ١٩٨١، ص٤٥.
- (٣) جمال حليبه، المعجم الفلسفي، ج٢، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٣، ص١١.
- (٤) احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، ١٩٨٦، ص٤٤١.
- (5) IisaSchuster , Kinder : Kueche , KIBBUTZ Women and status Que.Maintenance p.191.,in small social Communtiy , in Anthropological quarterly , val52 ,1986
- (٦) بيرفيو، العنف والوضع الانساني - المجتمع والعنف، ترجمة الياس زحلاوي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣ - ص١٤١.
- (٧) نفس المصدر اعلاه - ص١٤١.
- (٨) د. عبد الله عبد الغني غانم، جرائم العنف وسبل المواجهة، جامعة نايف العربية للعلوم الامنيه، ط١، الرياض، ٢٠٠٤، ص١٢.
- (9) Steven R. Donziger , the real war on crime , the report of the national criminal justice commission , Hoper perennial. A division of Harper Collins publishers,1990.p.7.
- نقلاً عن أ. د عبد الله عبد الغني غانم، المصدر السابق، ص١٥.

(١٠) ينظر نصوص المواد الواردة في الكتاب الثالث من قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ تحت عنوان: الجرائم الواقعة على الاشخاص من المواد 405 الى ٤٣٣.

(١١) د. شهبال دزبي - العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٢٧.

(١٢) د. شهبال دزبي، المصدر السابق، ص ٢٨.

(١٣) د. زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائي، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط ١، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٦. وينظر مواد قانون العقوبات العراقي ٤١/ ف ٣، ٤، والتي تنص (٣- اعمال العنف التي تقع اثناء الالعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت). (٤- اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جنابة او جنحة مشهودة بقصد ضبطه)، م ٢٦٤ / ف ٢ والتي تنص على (وتكون العقوبة السجن اذا ارتكبت الجريمة بعنف على الاشخاص).

(١٤) أ. د عبد الله عبد الغني غانم، المصدر السابق، ص ١٩.

ويتفق معظم الخبراء في الولايات المتحدة على ان العنف العائلي يعد واحداً من اكثر الجرائم انتشاراً وانه من الصعب جمع بيانات دقيقة تماماً عن مدى هذا الانتشار حيث ان الكثير من الضحايا لا يقمن بابلاغ البوليس عما تعرضوا له خوفاً من معاودة التعدي عليهم من جديد من جانب المعتدين. وقد كشفت البحوث ان كثيراً من ضباط الشرطة يتجنبون التدخل او الاستجابة للدعاءات الخاصة بالعنف الاسري. ينظر:

Eve S. Buzawa & Corl G. Buzawa , Traditional and Innovation police Responses to domestic violence in Roger G.O.L Geoffrey P. Alpert critical Issues in policing. aviland press inc. Illinois 1997.P.243.

(15) Michael Mckenzie, domestic violent in America Brunswick Publishing corporation , Virginia ,1995, p.8

(١٦) أ. د عبد السلام الدويبي، العنف العائلي، الابعاد السلبية والاجراءات الوقائية والعلاجية (المجتمع العربي الليبي كنموذج)، بحث منشور على شبكة الانترنت www.amangordan.com، ٢٠٠٧.

(١٧) د. عبد الله بن دهيم، العنف الاسري، بحث منشور على شبكة الانترنت www.amangordan.com، ٢٠٠٧.

(18) Australian Law Reform Comission.alrc. gov.org- Domestic violence Against women, Report European Comission, Belgium Euro barometer. September 2010. P.5

(١٩) يلاحظ نص المادة ١/٤١ - من قانون العقوبات العراقي [لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق : ١- تأديب الزوج زوجته..... في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً.] وسنأتي على تفصيل موضوعه التأديب في صفحات لاحقة من بحثنا.

*عرف مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي العنف الاسري في المادة ١- او لانه بأنه: (اي شكل من اشكال الاساءة الجسدية، او الجنسية او، النفسية او، الاقتصادية ترتكب او يهدد بارتكابها من احد افراد الاسرة ضد الاخر بما لهم من سلطة او ولاية او مسؤولية في صعيد الحياة الخاصة او خارجها). كما عرفه قانون رقم ٨ لسنة ٢٠١١ لمناهضة العنف الاسري في اقليم كردستان العراق في المادة الاولى - ثالثاً بأنه (كل فعل او قول او التهديد بهما على اساس النوع الاجتماعي في اطار العلاقات الاسرية المبني على اساس الزواج و القرابة الى الدرجة الرابعة ومن تم ضمه الى الاسرة قانوناً من شأنه ان يلحق ضرراً من الناحية الجسدية والجنسية والنفسية وسلباً لحقوقه وحرياته). فضلاً عن ذلك، فقد عرفه قانون الحماية من العنف الاسري الاردني وفي المادة ٣/أ بأنه: (هو كل شكل من اشكال اساءة المعاملة البدنية أو الجنسية أو الأدبية التي ينشأ عنها أذى مادي أو نفسي المجرمة بقانون العقوبات أو أي قانون آخر أو التهديد به لأي فرد من أفراد الأسرة من قبل فرد آخر أو بسبب ما يعتبر علاقة إعالة أو كفالة أو تبعية معيشية، سواء وقع الفعل أو التهديد به داخل أو خارج المنزل).

(٢٠) وقد سلك المشرع العراقي الاتجاه الاول للتشريعات اذ اورد تعريفاً للارهاب في المادة الاولى من قانون مكافحة الارهاب رقم 1٣ لسنة ٢٠٠٥ ثم اتبعه بتحديد الافعال التي تندرج تحت هذا المفهوم. اذ عرفه بانها:

"كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعته منظمه استهدف فرداً أو مجموعه أفراداً أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية أو وقع الأضرار بالمتكاثرات العامه أو الخاصه بغيه الأخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار و الوحد الوطنيه أو ادخال الرعب والخوف والفرع بين الناس أو اثاره الفوضى تحقيقاً لغايات ارهابيه." ويبدو ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في هذا التعريف. فمن جهه، لم يبين ماهية الأفعال الاجرامية التي يمكن ان تعد أفعالاً ارهابيه. ومن جهه ثانية، لم يبين ماهية الغايات الارهابيه. (يراجع نص ماده اعلاه).

(٢١) وقد تبنى المشرع الألماني الوجهة الثانية، اذ لم يفرد تعريفاً معيناً للارهاب وانما جرم تكوين جماعة يكون احد اغراضها ارتكاب افعال معينة على سبيل الحصر أو الانضمام الى عضويتها أو تدعيمها. يراجع: د. مازن ليلو راضي، الارهاب والمقاومة في القانون والشريعة الإسلامية، من منشورات الانترنت، www.minshawi.com

(٢٢) إذ ان الارهاب في اللغة العربية مرجع ارهب، ومادته رهب الذي مصدره رهبا ومعنى ارهب في اللغة العربية: اخاف وافزع. يُنظر: ابن منظور: لسان العرب، المجلد الاول – دار بيروت للطباعة والنشر، ١٩٩٥، ص ١٣٤٧-١٣٤٨.

(٢٣) كما في قوله تعالى: (واضمم اليك جناحك من الرعب) سورة القصص، آية ٣٢.

(٢٤) كما في قوله تعالى: (ولما سكت عن موسى الغضب اخذ الألواح وفي نسختها هدى ورحمة للذين هم يرهبون) سورة الاعراف، الآية ٢٤.

(٢٥) كما في قوله تعالى: (واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) سورة الانفال، الآية ٦٠.

(٢٦) د. شفيق المصري، مكافحة الارهاب في القانون الدولي، شؤون الاوسط / العدد ٧٤، تموز، ١٩٩٨، ص ١٥.

(٢٧) نفس المصدر اعلاه.

(٢٨) د. احمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الارهاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٥.

(٢٩) يُراجع: د. عبد العزيز محمد سرحان، حول تعريف الارهاب الدولي وتحديد مضمونه، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون، ١٩٧٣، ص ١٧٣-١٧٤.

(٣٠) لمزيد من التفاصيل يراجع: علاء جمعه محمد، مكافحة تمويل الارهاب/ آليات المواجهه، السياسه الدولي، العدد ١٥٤، ت ٢٠٠٢، ص ٣١٧.

(٣١) ابن منظور، لسان العرب، المطبعة الاميرية، ط ١، ١٣٠٠هـ، ص ٧٤-٧٥. علي بن اسماعيل بن سعده، تحقيق عبد الستار خراج، المحكم والمحيط الاعظم في اللغة / ج ٢، ط ١٩٥٨، ص ٦٢. الحسن الصنعاني، التكملة والذيل والصلة لكتاب تاج اللغة وصحاح العربية / ج ١، القاهرة، دار الكتب، ١٩٧٠، ص ٢٠٥. الفيروز ابادي، القاموس المحيط، م ١، بيروت، دار الفكر، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨ م، ص ١٠١-١٠٢.

(٣٢) سيزاريا بكاريا، كتاب الجرائم والعقوبات، ترجمة د. يعقوب الكيلاني، مجلة الحقوق الكويتيه، ١٤، ص ٨ ص ٣٩.

(٣٣) د. محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، الدار الجامعيه للطباعة والنشر، ١٩٨١، ص ٦٧٥.

(٣٤) د. صباح سامي داود، المسؤليه الجنائيه عن تعذيب الاشخاص / دراسه مقارنه، اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص ٨٧.

(٣٥) د. صباح سامي داود، نفس المصدر اعلاه، ص ٨٧.

(٣٦) ينظر في تفاصيل الرأي المتقدم: د. صباح سامي داود، المصدر السابق، ص ٨٧. ود. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٤، ص ٥٢٩ مشار اليه في هامش ٣/ من نفس المصدر اعلاه.

(٣٧) لمزيد من التفاصيل يُنظر: د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات / القسم الخاص – جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الانسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت / لبنان ٢٠٠٢، ص ٤١٣.

- (٣٨) د. عيبر محمد الصبان، أنماط الاساءة الشائعة لدى الزوجات السعوديات في مدينة مكة المكرمة، كلية التربية للبنات، جامعة ام القرى، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٩، ص ١.
- (٣٩) البيهقي - شعب الايمان، العدد التاسع والخمسون من شعب الايمان، حديث رقم ٤٠١/٦٥٨٦٦٦.
- (٤٠) الحاكم، المستدرک على الصحيحين، كتاب فضائل القرآن، 1/197 دار المعرفة، بيروت/ لبنان، بلاسنه طبع.
- (٤١) د. زينب وحيد دحام، المصدر السابق، ص ١٣٠.
- (٤٢) يُنظر نص المادة (٤١) من ق.ع.ع والتي نصت على انه: (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق: تأديب الزوج لزوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد الصغار في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً).
- (٤٣) د.ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار القادسية للطباعة، بدون سنة طبع، ص ٩٦-٩٧.
- (٤٤) الرأي للدكتورة بشرى العبيدي، العنف المرتكب ضد المرأة في المجتمع وفي نصوص قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. ندوة علمية عقدها قسم القانون الجنائي للعام الدراسي ٢٠٠٩-٢٠١٠، كلية القانون / جامعة بغداد، ٢٠١١.
- (٤٥) يُنظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٩٣/شخصية/١٩٧٧ في ١٩٧٧/٤/٧ القاضي بأنه (اذا اثبتت الزوجة قيام زوجها بالاعتداء عليها فعلى المحكمة الطلب الى الزوج تقديم تعهد بعدم الاعتداء على زوجته.....).يراجع: د.فائزة بابخان، الوضع القانوني لحقوق المرأة في التشريعات العراقية، نقلاً عن د. بشرى العبيدي، المصدر السابق.
- (٤٦) استنادا الى حديث الرسول صلى الله عليه واله وسلم: لا ضرر ولا ضرار. ينظر: الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المصدر السابق، حديث رقم ٤٥، ٢/٢٣٤٥، ص ٧٣.
- (٤٧) د. شهبال دزي، المصدر السابق، ص ٧٣.
- (٤٨) د. زينب وحيد دحام، المصدر السابق، ص ١، ١.
- (٤٩) <http://ar.m.wikipedia.org/wiki/>
- (٥٠) ينظر نص المادة (١-٤١) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- (٥١) ينظر المواد (٤١٧) و (٤٠٧) و (٤٠٩) على التوالي من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- (٥٢) ان الناحية الاجتماعية للمجتمع العراقي توضح كونه مجتمع ذكوري ولا يوجه للرجل اي مساس في حاله ارتكابه لهذا الخطا بعكس المرأة.
- (53) <http://ar.m.wikipedia.org/wiki/>
- (54) <http://ar.mikipedia.org/wiki/>
- (٥٥) د. زينب وحيد دحام، المصدر السابق، ص ١٠٢،
- (56) http://ar.m.wikipedia.org/wiki
- (57) http://ar.m.wikipedia.org/wiki
- U.k England WWW.Gov.UK 14\Feb\2013**
- (٥٨) د.بشرى سلمان العبيدي، المصدر السابق، ص ١٥.
- (٥٩) سورة الحجرات /الايه ١٣.
- (٦٠) كما ان من وصايا الرسول صلى الله اليه واله وسلم "استوصوا بالنساء خيراً"، "رفقاً بالقوارير"، "خيركم خيركم لاهله ؛ وانا خيركم لأهله".
- (٦١) الملاحظ ان قانون مناهضة العنف الاسري في اقليم كردستان العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١ لم يؤلف مجلس حماية وإنما أنشأ محكمة تسمى "محكمة مناهضة العنف الاسري".
- (٦٢) ينظر نص المادة (٣-أ) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١،
- (٦٣) ينظر نص المادة (٦-أ) من قانون الحماية من العنف الاسري الأردني لسنة ٢٠٠٨.

- (٦٤) لقد اعطت المادة (٧) من القانون الحماية من العنف الاسري الاردني افضلية تحويل الدعوي الى لجان الوفاق الأسري لحل المشكلة قبل اتخاذ اي تدبير من تدابير الحماية المنصوص عليها في هذا القانون.
- (٦٥) ينظر نص المادة(٤-اولاً ثانياً ثالثاً) من مشروع الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٦٦) ينظر نص المادة (٦-اولاً وثالثاً) من مشروع الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٦٧) ينظر المادة (١-ثالثاً) من قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١.
- (٦٨) سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل-١٩٩٠، ص ١٦٤.
- (٦٩) هذا يعني أن عليه أن يتخذ الاجراءات الواردة في المادة (٤٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ في حالة الجريمة المشهودة.
- (٧٠) من المعلوم ان قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وفي المادة (٥١) منه حدد الجهات التي تتولى التحقيق الابتدائي.
- (٧١) ينظر نص المادة (٢١) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٢) ينظر نص المادة (١٣) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٣) ينظر نص المادة (١٧) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٤) ينظر نص المادة (١٨) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٥) ينظر نص المادة (٢٤) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٦) ينظر نص المواد (٢٧، ٢٦، ٢٥) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٧) ينظر نص المادة (٧- ثالثاً ورابعاً) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨.
- (٧٨) ينظر نص المادة (٧-ثالثاً ورابعاً) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٧٩) ينظر نص المادة (٧-خامساً) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٨٠) ينظر نص المادة (الرابعة -ثانياً) من قانون مناهضة العنف الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١.
- (٨١) ينظر نص المادتين (١١ و١٣) من قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨.
- (٨٢) ينظر نص المادة ٨/ثامناً من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٨٣) ينظر نص المادة ٥ من قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني رقم ٨ لسنة ٢٠١١. هذا وتجدر الاشاره ان هذا القانون قد اسماه "امر" في حين ان قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١ اسماه "قرار" وهذا أصح كونه يصدر عن محكمة مختصة.
- (٨٤) ينظر نص المادة (١٣) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري الاردني لسنة ٢٠٠٨.
- (٨٥) ينظر نص المادة (٢١) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.
- (٨٦) ينظر نص المادة (٢٢) من مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١.

المصادر

- القرآن الكريم.

اولاً: الكتب

- (١) ابن منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت - لبنان، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (٢) ابن منظور : لسان العرب، المجلد الاول - دار بيروت للطباعة والنشر، ١٩٩٥
- (٣) ابن منظور، لسان العرب، المطبعة الاميرية، ط ١، ١٣٠٠هـ.
- (٤) احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، ١٩٨٦.
- (٥) د. احمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الارهاب، القاهرة، ٢٠٠٧.
- (٦) د. بشرى سلمان العبيدي، العنف المرتكب ضد المرأة، ندوة علمية عقدها قسم القانون الجنائي للعام الدراسي ٢٠٠٩-٢٠١٠، كلية القانون / جامعة بغداد، ٢٠١١.

- (٧) بيرفيو، العنف والوضع الانساني – المجتمع والعنف، ترجمة الياس زحلاوي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣.
- (٨) جمال حليبه، المعجم الفلسفي، ج٢، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٣.
- (٩) الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب فضائل القرآن، ١٩٧/١ دار المعرفة، بيروت/ لبنان، بلا سنة طبع.
- (١٠) الحسن الصنعاني، التكملة والذيل والصلة لكتاب تاج اللغة وصحاح العربية /ج١، القاهرة، دار الكتب، ١٩٧٠.
- (١١) د. زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائري، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٢.
- (١٢) سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠.
- (١٣) د. شهبال دزيي – العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- (١٤) د. صباح سامي داود، المسؤولية الجنائية عن تعذيب الاشخاص /دراسه مقارنه، اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة بغداد، ٢٠٠٠.
- (١٥) د. ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار القادسية للطباعة، بدون سنة طبع.
- (١٦) أ. د عبد الله عبد الغني غانم، جرائم العنف وسبل المواجهة، جامعة نايف العربية للعلوم الامنيه، ط١، الرياض، ٢٠٠٤.
- (١٧) علي بن اسماعيل بن سعدة، تحقيق عبد الستار خراج، المحكم والمحيط الاعظم في اللغة / ج٢، ط١٩٥٨، ص٦٢.
- (١٨) د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات / القسم الخاص – جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الانسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت /لبنان ٢٠٠٢، ص٤١٣.
- (١٩) الفيروز ابادي، القاموس المحيط، م١، بيروت، دار الفكر، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م.
- (٢٠) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، ١٩٨١.

ثانياً: البحوث والمقالات

- (١) سيزاريا بكاريا، كتاب الجرائم والعقوبات، ترجمة د. يعقوب الكيلاني، مجلة الحقوق الكويتية، ع١، ص٨.
- (٢) د. شفيق المصري، مكافحة الارهاب في القانون الدولي، شؤون الاوسط /العدد ٧٤، تموز، ١٩٩٨.
- (٣) د. عبد العزيز محمد سرحان، حول تعريف الارهاب الدولي وتحديد مضمونه، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون، ١٩٧٣.
- (٤) د. عيبر محمد الصبان، انماط الاساءة الشائعة لدى الزوجات السعوديات في مدينة مكة المكرمة، كلية التربية للبنات، جامعة ام القرى، وزارة التعليم العالي، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٩، ص١.
- (٥) علاء جمعه محمد، مكافحة تمويل الارهاب/ آليات المواجهه، السياسه الدولي، العدد ١٥٤، ٢٠٠٢.

ثالثاً: المصادر من الشبكة الدولية (الانترنت)

- (١) د. عبد الله بن دهيم، العنف الاسري، بحث منشور على شبكة الانترنت

(٢) أ. د عبد السلام الدويبي، العنف العائلي، الابعاد السلبية والاجراءات الوقائية والعلاجية (المجتمع العربي الليبي كنموذج)، بحث منشور على شبكة الانترنت www.amangordan.com، 2007.

(٣) د. مازن ليلو راضي، الارهاب والمقاومة في القانون والشريعة الاسلامية، من منشورات الانترنت www.minshawi.com

// (4) <http://ar.m.wikipedia.org/wiki>

رابعاً: المصادر باللغة الانكليزية

- (1) Australian Law Reform Comission.alrc. gov.org
- (2) Domestic violence Against women, Report Europian Comission, Belgium Euro barometer. September 2010.
- (3) Eve S. Buzawa & Corl G.Buzawa , Traditional and Innovation police Responses to domestic violence in Roger G.O.L Geoffrey P.Alpert critical .Issues in policing. aviland press inc. Illinois 1997.
- (4) Michael Mckenzie,domestic violent in America, Brunswick Publishing corporation , Virginia ,1995
- (5) Feb\2013\١٤ U.k England WWW.Gov.UK

خامساً: القوانين.

- (١) قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
- (٢) قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
- (٣) قانون الحماية من العنف الاسري الأردني لسنة ٢٠٠٨ .
- (٤) قانون مناهضة العنف الاسري الكوردستاني رقم (٨) لسنة ٢٠١١ .
- (٥) مشروع قانون الحماية من العنف الاسري العراقي لسنة ٢٠١١ .

المصلحة المحمية في جرائم تلويث البيئة وآليات تنفيذها

د.حسين علي محسن

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

اصبحت قضية إنقاذ البيئة تشكل المصلحة الاساسية للإنسان في القرن الجديد، فهو الذي صنع بيده مشكلة تلويث البيئة وهو وحده الذي عليه إنقاذها لذا يتطلب الوقت القادم ثقافة جديدة تطلق عليها ثقافة البقاء وقوامها ان يفي الجيل الحالي للبشرية باحتياجاته دون إضاعة الفرصة على الاجيال القادمة.

إن احترام البيئة لابد وإن ينبع من اساس إنساني يتمثل في دور الانسان بمراجعة وتغيير مواقفه حيال الطبيعة وعلاقته معها، وذلك من خلال قواعد متفق عليها تتمثل الحد الادنى لما يمكن ان يبذله الغد وفي المجتمع في الاسهام بالحفاظ على تلك البيئة.

اولاً : اهمية القانون:

يهدف القانون الجنائي الى حماية المصالح الاساسية والجوهرية في المجتمع سواء كانت عامة او خاصة، وذلك وفقاً لأهميتها في إتباع حاجات معينة أسس وقيم كل المجتمع مع الأخذ بنظر الاعتبار تطور هذه المصالح والحاجات باختلاف الزمان والمكان في ضوء المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، لذا تتعدد تجريمات الضرر والخطر بحسب قيمة هذه المصالح المعتبرة كما انه لا يمكن إنكار وجود مجنى عليه في جرائم تلويث البيئة اضرُ مباشرة من الفصل غير المشروع، فهذه أكبر منه وقد تقع على الفرد او بيئته، غير ان الاعتراف بوجود مجنى عليه في تلك الجرائم، لا ينفي تحديد المهلة المحمية عمق المعتدى عليه في هذه الجرائم وآليات تنفيذها.

ثانياً: إشكالية الموضوع:

لقد حظيت البيئة في العراق ومنذ وقت ليس بالقصير بالحماية التشريعية من خلال نصوص قانونية ولكنها جاءت متناثرة في العديد من القوانين الى حين صدور قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ النافذ إلا انه لم يبلغ ايضاً الازدواجية، فمسائل حماية البيئة قد عولجت في أكثر من قانون او نظام بل ان العشرات من هذه القوانين والانظمة تضمنت عقوبات عن من يرتكب افعالاً ما هي في الحقيقة إلا جرائم ترتكب ضد البيئة لذلك فأن عناصر مشكلة البحث تتمثل بالاجابة عن تساؤلات التالية:

- ١- هل بالإمكان تحديد ماهية جرائم تلويث البيئة؟
- ٢- هل يمكن تحديد المصلحة المعتدى عليها في جرائم تلويث البيئة؟
- ٣- ما هو الغرض في قوانين حماية البيئة؟
- ٤- هل هناك آليات للتصدي لجرائم تلويث البيئة؟

تمهيد

يعد التلويث من الاخطار الرئيسية والهامة التي تهدد والبيئية وإن لم يكن اهمها على الاطلاق، فمن تقدم المجتمعات بدأت تتزايد مصادر تلويث البيئة الملازمة للسباق المهموم في مجال الصناعة أو الزراعة وغيرها وباتت مكونات وموارد البيئة الحية وحتى غير الحية تُعاني من سموم الادخنة والغازات والمركبات السامة. ومن النفايات الخطرة والضوضاء والأشعاعات وغيرها على نمو يندرج بقدم حالة انتحار جماعي بطيء لكل الكائنات على كوكب الارض الذي يكاد يحتضر^(١).

اولاً: التعريف بتلويث البيئة.

إن حالة وضع تعريف لتلويث البيئة في صورة دقيقة ومحددة باتت تؤرق بال الباحثين الذين ما انفكوا يجتهدون في وضع الضوابط الحاكمة والمعايير الآمنة التي تحدد مصادر التلويث وتضبط الملوثات الامر الذي يستغرق وقتاً طويلاً حتى نصل إلى تعريف جامع مانع ويرجع ذلك الى طبيعة التلويث ذاته الذي لا يعرف حدوداً يقف عندها.

١- التلويث في المعنى اللغوي.

جاء في لسان العرب المحيط تحت كلمة (لوث) فالتلوث يعني التلطيخ فيقال تلوث الطين ولوث ثيابه بالطين إلى لطيها ولوث الماء إلى كدره.^(٢)

(١) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٤٠٤.

(٢) انظر: العلامة ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الخامس، دار الجيبك، بيروت، ١٩٨٨، ص ٤٠٨ - ٤٠٩.

إن كلمة (تلوث) اسم من فصل (بَلَوْتُ)، وهو يدور حول تغير الحالة الطبيعية للأشياء ويخلطها بما ليس من ماهيتها أي بعناصر غريبة أو أجنبية عنها فيكررها ويُغير من طبيعتها ويضرّها بما يعوقها عن إداء وظيفتها المعدّة لها.^(٣)

والتلوث في اللغة نوعان، تلوث مادي وتلوث معنوي، فالأول يعني اختلاط أي شيء غريب عن مكونات المادة بالمادة نفسها، أما بالنسبة للنوع الثاني، فيقال تَلَوْتُ فلان أي لاذ به، ويقال فلان به لوثه، والتلوث بشقيه المادي والمعنوي، يعني فساد الشيء أو تغيير خواصه.^(٤)

٢- التلويث في الاصطلاح العلمي.

إذا كان المعنى اللغوي والشرعي لفكرة التلويث يدور حول خلط الشيء بما هو خارج عن طبيعته بما يغيّر من تكوينه وخواصه ويؤثر على وظيفته فإن معنى التلويث في الاصطلاح العلمي أي في العلوم الحيوية والطبيعية، لا يبتعد كثيراً عنه.^(١)

ففي المعاجم المتخصصة في الاصطلاحات البيئية يُعرف التلويث بأنه (أي إفساد مباشر للخصائص العضوية أو الحرارية أو البيولوجية والاشعاعية لأي جزء من البيئة مثلاً بتفريغ أو اطلاق أو إيداع نفايات أو موادٍ من شأنها التأثير على الاستعمال المفيد أو بمعنى آخر، تسبب وضعا يكون ضاراً أو يحتمل الاضرار بالصحة العامة أو بسلامة الحيوانات والطيور والحشرات، والموارد الحية والنباتات)^(٢). وعُرف أيضاً بأنه (تلويث الهواء والماء والارض بسبب النفايات الناشئة عن إزدياد النشاط الصناعي)^(٣). وعرف كذلك بأنه (حدوث تغيير وخلل في مكونات البيئة الحية، وغير الحية، بحيث يؤدي إلى شلل في النظام الايكولوجي أو يقلل من قدرته على إداء دوره الطبيعي في التخلص الذاتي من الملوثات الناجمة عن عوامل كثيرة بفعل دورة الإنسان)^(٤).

مما تقدم نستطيع القول بأن التلويث هو (كل تغير كمي أو نوعي في الصفات الكيماوية أو الفيزيائية أو الحيوية لعناصر البيئة) الامر الذي أدت إلى تبدل لفظ تلوث بتلويث وما ذلك إلا لأن كلمة تلويث تدل على أن الإنسان هو نفسه الذي يقوم بعملية التلويث نتيجة افعاله المباشرة وغير المباشرة ذلك أن البيئة لا تتلوث بنفسها بل على العكس من ذلك فالبيئة تعمل على تعديل أي تلويث فيها في إطار الاتزان البيئي القائم.

ثانياً: التلويث المعترف قانوناً.

ان تحديد مفهوم للتلويث في صورة دقيقة ومحددة هو بلا شك نقطة البداية لأي معالجة قانونية في مجال التلويث البيئي، وهو أيضاً جوهر اية حماية يمكن تقديرها للبيئة في مواجهة أهم مشاكلها.

١- المفهوم القانوني للتلويث.

ذكرنا آنفاً في الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع ودقيق للتلويث لتعدد انسابه وتشابك آثاره وتداخلها حتى قيل ان قضية التلويث متاهة كثيرة القنوات ومتنوعة المسالك تغطي تقريباً كل مجالات

(٣) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٤) أنظر: د. محمد حسين عبد القوي، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، ط١، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٠.

(١) أنظر: د. فارس محمد عمران، السياسة التشريعية لحماية البيئة في مصر وقطر ودور الامم المتحدة في حمايتها، ط١، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٨.

(٢) انظر: د. سحر محمد حافظ، الحماية القانونية لبيئة المياه العذبة، ط١، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٩.

(٣) انظر : احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٦، ص ٣١٩.

(٤) انظر: د. هالة صلاح الحديثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلويث البيئة، ط١، دار جبهة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ٢٣.

الحياة البشرية، لذلك كان من المسلم به انه سيظل الامر طويلاً قبل الوصول إلى مفهوم قانوني وأمام هذه المسألة يمكننا القول بأن أي مفهوم للتلويث من الوجهة القانونية يغلب عليه طابع المرونة ويتسم بالقابلية للتغيير تبعاً لما تسفر عنه الاكتشافات العلمية^(١).

وعلى الرغم من ذلك لا تخلو القوانين المتعلقة بحماية البيئة من تعريف للتلويث يحدد بموجبه المشرع مفهوم التلويث ومصادره وخصائصه وكل من يرتبه به وفقاً للسياسة التي يتبناها في هذا الشأن في حين ان العمل يجري عادةً في مجال التشريع على ترك التعريفات للفقهاء وعدم إدراجها في القوانين إلا في أضيق نطاق وخاصةً اذا تعلق الامر بمسائل فنية ذات طبيعة علمية يغلب عليها الجانب التقني المتطور والمتغير باستمرار كما هو الحال في موضوع التلويث البيئي.

فقد عرض المشرع العراقي في المادة (٨/٢) من قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٧) لسنة ٢٠٠٩ تلوث البيئة بأنه (وجود أي من الملوثات المؤثرة في البيئة بكمية أو تركيز أو قيمة غير طبيعية تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الاضرار بالانسان أو الكائنات الحية الأخرى أو المكونات اللاحياتية التي توجد فيها).

أما المشرع المصري فقد عرّف التلويث في المادة (٧/١) من قانون البيئة رقم (٤) لسنة ١٩٩٤ بأنه (أي تغيير في خواص البيئة مما قد يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الاضرار بالكائنات الحية أو المنشآت أو يؤثر على ممارسة الإنسان حياته الطبيعية).

٢- المفهوم الاجتماعي للتلويث.

لا يكفي ان يكون لجرائم تلويث البيئة مفهوم قانوني بل لابد من توضيح مفهومها الاجتماعي كقيمة لها اثرها المعتبر حيث تبقى كل محاولات التقدم الاقتصادي والاجتماعي قيد التنفيذ دون ان يكتب لها النجاح اذا كانت البيئة الموروثة بيئة غير متزنة موارد ملوثة ومتواصلة الاستنزاف.

ومن أجل تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الفردية في ذات الوقت لابد ان تقوم الدولة بتهيئة النظام الجزائي الكفيل بحماية البيئة والحد من تلويثها^(١).

ومن الجدير بالذكر فأن جرائم تلويث البيئة تتميز بأن الامر فيها لا يتعلق بمجنى عليه محدد بالذات وإنما يطال ضررها الجميع، من هنا نجد ان الوعي البيئي يحتاج إلى المزيد من العناية وبذلك الجهد، فصعوبات الحياة الاقتصادية في الدول النامية والسعي نحو التقدم اعمى ابصار هذه الدول عن حقيقة جرائم تلويث البيئة وما تدده من ويلات خاصة وأن خطر هذه الجرائم لا يكون حالاً أي لا يظهر اثره مباشرة بل يحتاج إلى وقت ربما يكون طويلاً أو قصيراً ومن الدول الصناعية المتقدمة يلاقي الاهتمام بالبيئة تجاوباً واضحاً والسبب في ذلك يعود بالطبع إلى الدرجة التي وصل إليها الوعي الثقافي والاحترام لما تفرضه هذه الدول من قواعد وأحكام^(٢).

وعلى ذلك نستطيع القول بأن لابد لنا من الاعتراف بمفهوم عام لجرائم تلويث البيئة في المجتمع كحقيقة يسعى النظام القانوني للحفاظ عليها كغيرها من القيم الاجتماعية وكأساس لحمايتها فهي قيمة

(١) انظر: د. داوود عبد الرزاق الباز، الاساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥١.

(١) انظر: عصام عبد اللطيف، البيئة والانسان، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩، ص ٢٣؛ وعامر محمود طرّاف، إرهاب البيئة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.

(٢) انظر: ابتسام سعيد الملكاوي، جريمة تلويث البيئة، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٠-٢١.

ليست كغيرها لأعتبار ما يقود على المجتمع من جراء التعدي عليها والذي هو في الاصل اعتداء على الإنسان بالدرجة الأولى اضافةً إلى باقي الكائنات وهنا يتضح لنا مدى تأثير جرائم تلويث البيئة اجتماعياً كقيمة لا يمكن التغاضي عنها بأي شكل من الأشكال.

مما تقدم يمكننا تعريف جريمة تلويث البيئة بأنه (ذلك السلوك الذي يخالف به من يرتكبه تكليفاً يحميه المشرع بجزاء جنائي والذي يحدث تغييراً في خواص البيئة بطريقة إرادية أو غير إرادية مباشرة أو غير مباشرة يؤدي إلى الاضرار بالكائنات الحية والموارد الحية أو غير الحية مما يؤثر على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية).

المبحث الاول

المصلحة المحمية في التلويث^(١)

تتعدد اوجه الحماية القانونية للمصالح المحمية وتتخذ صوراً متعددة بحسب طبيعة هذه المصالح، التي قيمتها كل قانون وما يستهدفه من اغراض وفي القانون الجنائي تتعدد اوجه حماية تلويث البيئة من خلال حمايتها للمصالح المعينة بالتجريم، بيد أن الفقه الجنائي ما زال ممتداً في تناوله للمصلحة المحمية في تجريم الاعتداء على تلويث البيئة، لما في ذلك من اعتبارات فلسفية عديدة وعليه فأنا سنقسم دراستنا لهذا المبحث إلى ما يأتي:

المطلب الأول: حماية البيئة^(٢)

لقد نادى بعض الآراء باعتبار البيئة هي ذاتها الضحية في جرائم تلويث البيئة، بينما ذهب البعض الاخر إلى انها تمثل جرائم اعتداء على الإنسان ورأى البعض إنها جرائم بلا قيمة^(٣).
فوفقاً للاتجاه الاول، فالبيئة بعناصرها المختلفة هي موضوع الحماية الجنائية، وأن المصلحة الاساسية التي يسعى المشرع إلى حمايتها بمقتضى نصوص التجريم الخاصة بالتلويث البيئي هي البيئة ذاتها كقيمة من قيم المجتمع، منفصلة عن الإنسان بل أنها سابقة في وجودها على وجود الإنسان على سطح الكرة الارضية.^(٤)

وبالتالي فإنه اذا كان تخصيص مصطلح الضحية يدل بصورة اساسية على الإنسان كشخص، فهذا لا يمنع من امتداده ليشمل غيره مثل المجتمع ككيان والبيئة الطبيعية التي تحيط بالانسان إذ ليست حقوق المجتمع أو حقوق البيئة اقل شأناً من حقوق الإنسان بالنظر إلى الدور المهم الذي يقوم به في حياته وبعد ان سجلت الوقائع ان السموم والتلوثات باتت تهدد الحياة البشرية بالزوالي اذا استمر العبث والاعتداء على البيئة.
إن القانون البيئي يأخذ طابع القانون الأمر، إذ لا يكتفي بالأزام الجاني بدفع غرامة نتيجة الاضرار التي احدثها بالبيئة، بل يطالبه القانون بأعاده البيئة إلى ما كانت عليه.^(١) حيث ان البيئة ليست ملك الفرد والدولة معاً، وإنما تلك للأجيال القادمة واليوم يتطور هذا المفهوم ايضاً لتصبح البيئة ملك للمجتمع الانساني كله.

(١) يقصد بالمصلحة المحمية : بأنها كفاءة التنظيم القانوني لموضوع معين يراه المشرع كفيلاً بالدعاية، فيضع نصوصاً تعاقب من يعتدي عليه. انظر بصدد ذلك: د. محمد مؤنس محب الدين، البيئة في القانون الجنائي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٠.

(٢) لقد عرفت المادة (٢/٥) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ البيئة بأنها (المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية).

(٣) انظر: د. محمد مؤنس محب الدين، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٤) المرجع نفسه، ص ١٨٦.

(١) مثال على ذلك ما نصت عليه المادة (٣٣/٢) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ على أن (مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في البند أولاً، من هذه المادة للوزير أو من يخوله ممن لا تقل وظيفته عن مدير عام فرض

أما الذين ينكرون على البيئة ان تكون ضحية فيمكن حمايتها قد اعتبروا جرائم تلويث البيئة جرائم خطر لا جرائم ضرر، استناداً إلى ان بعض الأشخاص لا يشعرون بخطورة الاضرار بالنظري موضح من بيانات طبيعية، ولكن يرى البعض الآخر ان صعوبة تحدي الضحية في جرائم التلويث لا يمنع ولا ينفي وجودها (٢).

المطلب الثاني: حماية الإنسان

ووفقاً لهذا الاتجاه يمثل الإنسان محصوراً للحماية الجنائية، وبالتالي تربط نصوص القانون بشكل رئيسي بين التلويث وصحة الإنسان، ومن ثم فهي تجرم التلويث من زاوية تأثيره على الصحة والسلامة العامة للإنسان، وعليه فان غاية المشرع من وراء تجريم افعال تلويث البيئة هي حماية الإنسان كفرد او جماعة (٣).

ويقودها هذا الاتجاه إلى تصور حماية البيئة كأنها وسيلة غير مباشرة لحماية صحة الإنسان، ولقد انطلقت تلك الاتجاهات من المبدأ الذي يعتبر بأن الفرد هو المركز الذي منه تستمد أية قيمة أخرى بسبب وجودها، وأنه اذا كان الإنسان هو الفاعل في جرائم تلويث البيئة فهو ايضاً الضحية عاجلاً ام آجلاً، بل من المنطق ان تُخاطب الإنسان على أنه الفاعل والضحية معاً ولعل هذه المخاطبة يكون لها اعظم الأثر في منع الجرائم (١). وان القيم الاجتماعية التي يعمل القانون على حمايتها تستمد أهميتها من مدى تأثيرها على إبقاء الإنسان ورفاهيته، فهذا الأخير هو هدف الحماية القانونية بوجه عام والجنائية بوجه خاص.

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة للحق المعتمد عليه

دائماً ما كان يُنظر إلى البيئة باعتبارها كياناً منفصلاً عن الجنس البشري، وهذه النظرة الانفصالية مسؤولة جزئياً عن الحالة المتدهورة لكوكب الارض كما ان المجتمع بدأ ينتبه إلى أن الجنس البشري لا يمثل سوى جزء صغير جداً من المنظومة البيئية العملاقة (٢).

وكما ذكرنا آنفاً فقد رأى البعض ان المصلحة المحمية في قانون البيئة هي حماية الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان من الأنشطة التي قد تؤدي إلى اختلال التوازن الطبيعي القائم بشكل يهدد بتدهور الحياة الإنسانية أو يؤدي للقضاء عليها، أي ان المصلحة المحمية في قانون البيئة تتمحور حول حماية البيئة ذاتها. بينما يرى البعض الآخر ان تلك الحماية بهدف اسمي وابتعد من ذلك إلا وهو حماية الإنسان والحياة الإنسانية بحسبانها الغاية الاهم لأهداف القانون الذي ما شرع إلا لحماية الإنسان وصيانة حقوقه من أجل استمرار تلك الحياة في افضل صورها.

هذه الصعوبة قادت البعض إلى القول بأن المصلحة المحمية في تجريم افعال تلويث البيئة هي مصلحة جماعية والتي تتمثل في كل من الإنسان وبيئته، إذ لا يمكن تخليص أي من المصلحتين من الأقوى، ذلك أنه لن يمكن حماية الإنسان الذي يعيش على هذه الارض إلا من خلال حماية البيئة التي يعيش فيها (٣).

غرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠٠٠٠) مليون دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار تكرر شهرياً حتى إزالة المخالفة على كل من خالف أحكام هذا القانون والانظمة والتعليمات والبيانات الصادرة بموجبه).

(٢) انظر: د. محمد واحمد طه، الحماية الجنائية للبيئة من التلوث، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٢٥.

(٣) انظر: د. فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦٨.

(١) انظر: محمد مؤنس محب الدين، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) انظر: المرجع نفسه، ص ٢٧.

(٣) انظر: د. سحر محمد حافظ، المرجع السابق، ص ١٤.

مما تقدم يمكننا القول بأن طبيعة المصلحة المعتدى عليها هي طبيعة مختلطة فيه حصلت لحماية الإنسان أولاً من خلال حماية البيئة وهي ثابتاً للوظائف الأيكولوجية للبيئة والتي تتضمن مجموعة من القواعد التي تستهدف حماية مكونات الطبيعة وان المشرع قد تدخل لحماية مكونات البيئة ولم يستهدف حمايتها لذاتها وإنما لضرورتها في استمرار الحياة الإنسانية في الحاضر والمستقبل وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا عن طريق حماية الوظائف الأيكولوجية التي يتفاعل معها الإنسان في حياته.

المبحث الثاني

أثر آليات التنفيذ

لقد أخذت اعتداءات الإنسان على البيئة تتزايد تزايداً واضحاً وملموساً، وذلك نتيجة لما وصل إليه من تكنولوجيا وما رافقها من ألوان التلوث بشتى أنواعه، فلم تعد البيئة قادرة على إدراك توازنها، وبظهور الصحو البيئية والتنبيه إلى ضرورة الرفق بها والتعامل معها بما يحفظ أمنها واستدامة عطائها التي تلائم مع تواصل الأجيال مما حدا بنا إلى معرفة آليات التصدي لما يمكن ان يرتكب بحق البيئة من جرائم وانتهاكات بأخذ عدة أساليب منها عندما وضعه المشرع من تشريعات مناسبة لتجريم الاعتداء على تلويث البيئة إضافة إلى الدور الذي لعبته الاتفاقات الدولية أو من خلال توعية الرأي العام وعلى ذلك فأنا نقسم دراستنا لهذا المبحث إلى ما يأتي:

المطلب الأول: موقف المشرع العراقي

إن المشرع تصدى لموضوع التلوث البيئي من خلال التشريعات المختلفة على مختلف الصُعد والاتجاهات من خلال القوانين والأنظمة والتعليمات، وإيماناً منه بعدالة قضية تلويث البيئة وضرورة اتخاذ كافة السبل والوسائل اللازمة لحمايتها والمحافظة عليها والحد من جرائم التلوث التي ترتكب ضدها والتي هي بالتالي جرائم ترتكب بحق الإنسان وتؤثر في مقومات وجوده، ولكي يقضي المشرع وقفةً حازمة كان لا بد من تزويد القوانين بجزاءات مادية تكفل احترام النصوص الواردة فيها وتطبيقها.

ولما كانت الجريمة تعد من قبيل الأفعال غير المشروعة بحكم تعارضها مع المصالح الأساسية المحمية قانوناً، فهو في الجانب الجنائي نص على عقوبة توسع بحق فاعل الجريمة سواءً أكان فعله إيجابياً ام سلبياً قصداً ام خطأً، اما من حيث الجانب العقابي المدني فقد جعل المشرع العقوبة المدنية تتخذ صوراً وأشكالاً عدة منها البطلان والإزالة والتعويض فيما جاءت العقوبة الإدارية للتعامل مع مصادر الأفعال الملوثة بطرق إدارية حسب الأخطار والأضرار التي تنتج عنها فكان تعرض المشرع لها من خلال اللجوء إلى الإنذار والتنبيه أولاً ومن ثم الغلق المؤقت وصولاً إلى إلغاء التراخيص، وستعرض لصور العقوبات القانونية كلاً على حدا وكما يأتي:

الفرع الأول: الجزء الجنائي

لاشك ان العقوبة الجزائية تُعد إيلاًماً وإيداءً لمن تنزل به، ويتحقق الإيلاًم عن طريق المساس بحق من حقوق المحكوم عليه ويقدر أهمية الحق ودرجة المساس به تتحدد مساحة العقوبة، فقد تمس هذه الأخيرة الحياة فتتخذ صورة الإعدام، وقد تمس الحرية بالحرمان منها فتتخذ صورة عقوبة المؤبد، أو في السجن أو الحبس، وقد تمس المال فتتخذ صورة الغرامة أو المصادرة^(١).

(١) انظر: د. علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتب الفريد، طبع على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٢، ص ٤١٣-٤١٤.

فعندما يتجه المشرع نحو تحريم بعض الافعال من منطلق ما يمكن ان يتسبب عنها من تهديد خطير وشامل يصيبُ مصالح الأفراد أو الجماعات وعلى ذلك يكون له دون ادنى شك وزناً في التجريم والعقاب.^(٢) فالمشرع العراقي قد خصص الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، للجرائم ذات الخطر العام في المواد (٣٦٩-٣٤٢) منه، حيث ضم هذا الباب سبعة فصول، خصص الاول منها لجرائم الحريق والمفرقات^(٣). والثاني للجرائم الخاصة بالطرق والمرافق العامة^(٤). والثالث لجرائم الاعتداء على سلامة النقل ووسائل المواصلات العامة^(٥) والرابع للأحكام المشتركة^(٦) والخامس لجرائم الاعتداء على وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية^(٧) والسادس لجرائم الماسة بسير العمل^(٨). والسابع للجرائم المضرة بالصحة العامة^(٩).

وتكون العقوبة على هذه الجرائم التي ترتكب على نحو عمدي بالسجن المؤقت أو المؤبد أو الاعدام حتى افضت هذه الجرائم إلى حدوث الوفاة أو حدوث ضرر جسيم بالأشخاص أو الأموال أو نشوء خطر من كارثة. ورغم ذلك فإن المشرع لم يشتر من بين النصوص المشار إليها أنفاً صراحةً إلى جرائم تلويث البيئة والتي تنطوي على معنى تعريض البيئة للخطر ومع ذلك فأنا نقول بأن المشرع قد تطرق إليها ضمناً في الفصل الخاص بالمتعلق بجرائم الطرق والمرافق العامة وحماية للموارد المائية^(١). والفصل الخاص بالجرائم المضرة بالصحة العامة^(٢).

وتأسيساً على ما تقدم فإنه يتبين لنا من أن استقراء نصوص قانون حماية وتحسين البيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠١ النافذ بأنه أعاد النظر بنمط العقوبات المقررة لجواز التلويث كماً ونوعاً الامر الذي يُسمح في تحجيم نطاق هذه الجرائم والحد من خطورتها وتعزيز الوعي العام بأهمية المحافظة على البيئة^(٣).

الفرع الثاني: الجزاء المدني

تتمثل العقوبة المدنية في التعويض الذي يترتب على المتسبب بالضرر حسب القاعدة القانونية التي تقول بأن المتسبب بالضرر يدفع حتى وإن كان الضرر نتيجة خطأ وهذا ما جاءت به المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

والتعويض عن الضرر أمر يتقرر من خلال طبيعة المخالفة فيتخذ الجزاء المدني صورة الازالة أو محو آثار المخالفة القانونية وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل وقوعها ما دام ذلك ممكناً^(٤).

(٢) انظر: د. أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية – دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٤٨.

(٣) انظر المواد (٣٤٢ – ٣٤٨) من قانون العقوبات.

(٤) انظر المواد (٣٤٩ – ٣٥٣) من قانون العقوبات.

(٥) انظر المواد (٣٥٤ – ٣٥٩) من قانون العقوبات.

(٦) انظر المواد (٣٦٠) من قانون العقوبات.

(٧) انظر المواد (٣٦١-٣٦٣) من قانون العقوبات.

(٨) انظر المواد (٣٦٤ – ٣٦٧) من قانون العقوبات.

(٩) انظر المواد (٣٦٨ – ٣٦٩) من قانون العقوبات.

(١) انظر المادتين (٣٥١ و ٣٥٢) من قانون العقوبات.

(٢) انظر المادتين (٣٦٨ و ٣٦٩) من قانون العقوبات.

(٣) لقد نصت المادتين (٣٤/ف١) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ على أنه (مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها القانون يعاقب المخالف لأحكام هذا القانون والانظمة والتعليمات والبيانات الصادرة بموجبه بالحبس لمدة لا تقل عن (٣) ثلاثة اشهر أو بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠٠٠٠٠) عشرين مليون دينار وبكلتا العقوبتين).

(٤) انظر: د. هالة صلاح ياسين الحديثي، المرجع السابق، ص ٧٨.

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة التعويض في حالة تعذر إزالة آثار المخالفة واستحالة محو الضرر الناتج عنها فيلجأ إلى التعويض المادي من مال المخالف بمقدار الضرر، وبشكلٍ عامٍ فإن كل من يتسبب في ضرر للغير بسبب عمليات تلويث البيئة يعد مسؤولاً مدنياً عن هذه الاضرار المتوقعة ويلتزم بغيرها أو التعويض عنها^(٥).

والجزاء المدني لا يقتصر على التعويض فحسب بل من الممكن ان يتخذ صورة البطلان للعقد المخالف لأحكام القانون دون ترتب أي اثر قانوني لهذا البطلان^(١).

وتأسيساً على ما تقدم فإن الضرر المتعلق بالانسان يعالج بدفع مبلغ من المال ولكن الضرر الواقع على البيئة نتيجة لهدم أنظمتها الأيكولوجية لا يصلح إلا من خلال إعادة الوضع إلى ما كان عليه، والوصول إلى هذا الحل غير ممكن من ناحية ومن ناحية اخرى فإن التعويض المالي لا يرقى إلى مستوى القيمة البيئية المراد التعويض عنها، حيث ان قياس قيمة الاضرار الناتجة عن التلويث امر صعب التحديد.^(٢)

الفرع الثالث : الجزاء الإداري

على اعتبار ان الضبط الإداري هو وسيلة الدولة في ممارستها لوظائفها الرقابية والتنظيمية للنشاطات الفردية من خلال فرض القيود والضوابط على هويات الأفراد بهدف حماية النظام العام بعناصره الأربعة (الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة، الأخلاق والآداب العامة).

حيث تتمثل قواعد الضبط الإداري بمجموعة القواعد الإجرائية الصادرة بموجب القرارات التي يقتضيها تحقيق أهداف الجماعة بالمحافظة على النظام العام في المجتمع، باستخدام الإدارة لكافة سلطاتها ووسائلها القانونية والمادية اللازمة لذلك للارتباط الوثيق ما بين الضبط الإداري والحقوق والحريات الفردية من حيث تنظيم هذه الحريات وتقييد أنماط سلوك الأفراد المؤثرة على البيئة كتنظيم طرق الوقاية من الأمراض والأوبئة وعلى ذلك فإن الجزاء الإداري هو مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الإدارة لمنع ارتكاب المخالفات البيئية أو تأمين حماي المجتمع من افعال تعد انتهاكاً لأحد أو كل عناصر البيئة كما قد تنطوي عليه من آثار ضارة أو خطرة على الصحة العامة (كالتنبيه والإنذار والحجز الإداري وسحب الترخيص والأغلاق.. الخ) فإذا ارتكب احد الأشخاص فعلاً يُعد انتهاكاً لشروط البيئة النظيفة كان للإدارة ان تردده بالطريق الإداري وذلك بما تقدره من أوامر ونواهٍ استناداً للقانون.^(٣)

المطلب الثاني: الموقف في الاتفاقيات الدولية

أمام الاحتياج المتزايد للثروات وضرورة استغلال المصادر الطبيعية والارتفاع المتزايد في اعداد السكان واختلاف مستوى المعيشة، وما رافق التقدم العلمي من زيادة في الطاقة الإنتاجية في شتى المجالات وتسارع التكنولوجيا النووية وما رافقها من تلويث هدد الحياة واستمرارها.^(١)

(٥) انظر: د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص١٣٨.

(١) انظر: د. أحمد محمود سعيد، استقرار لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلويث البيئي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٠٤.

(٢) لقد ألزمت المادة (٣٢/ف١) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ (كل من ارتكب جريمة تلويث البيئة بتعويض الاضرار الناجمة عنها ويشمل ذلك التعويض مصاريف إزالة التلويث وآثاره وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر).

(٣) لقد نصت المادة (٣٣/ف١) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ على ان (لوزير أو من يخوله إنذار آلية منشأة أو معمل أو أي جهة او مصدر ملوث للبيئة لإزالة العامل المؤثر خلال (١٠) أيام من تاريخ التبليغ بالإنذار وفي حالة عدم الامتثال فلوزير ايقاف العمل أو العلق المؤقت مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً قابلة للتמיד حتى إزالة المخالفة).

(١) انظر: ابتسام سعيد الملكاوي، المرجع السابق، ص ١١٦.

من هنا كان لا بد من وجود وسائل وطرق وآليات للتصدي لكل ما يؤثر على عناصر البيئة بتلويها الذي يعني إعدامها بمن عليها، فكان للأحداث والتغييرات الأثر الواضح في تمكين المنظمات الدولية على المستويين الدولي والإقليمي، فبدأت تُعد الاتفاقيات والمعاهدات بين الدول في هذا الصدد وحازت مواضيع البيئة على الاهتمام الدولي فهناك العديد من الاتفاقيات التي تكتفي بذكره بعض مما يختص منها بموضوع التلويث البيئي بشكل مباشر وكما يأتي:^(٢)

أولاً: معاهدة حظر تجارب الأسلحة النووية في الغلاف الجوي وفي الفضاء الخارجي لعام (١٩٦٣).
ثانياً: اتفاقية منع التلويث البحري الناجم عن إغراق النفايات ومواد أخرى لعام (١٩٧٥) وقد جرى تعديل على هذه الاتفاقية عام (١٩٨٣) حيث تم حظر الاستمرار في إغراق النفايات ذات المستوى الإشعاعي المنخفض إلى حين إثبات سلامتها امتد على عام (١٩٩٢) وقد تم الاتفاق على وقف إغراق جميع المخلفات الصناعية بشكل كامل عام (١٩٩٥) شاملاً التخلص من المخلفات النووية تحت قاع البحر.
ثالثاً: اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون لعام (١٩٧٩) وقد استهدفت التهديد الواقع على طبقة الأوزون واستنزافها وقد انبثق عن هذه الاتفاقية بروتوكول (مونت ريال) بشأن المواد المستنفذة للأوزون.
رابعاً: اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة عبر الحدود والتخلص منها لعام (١٩٧٩).
 وقد استهدفت هذه الاتفاقية كمية المخلفات الخطرة المنتجة وأساليب التخلص منها والكميات المنقولة عبر الحدود الدولية وإجراءات النقل ومتطلبات السلامة ووسائل تخزين المخلفات الخطرة في الدول المستوردة وقد عدلت هذه الاتفاقية في عام (١٩٨٩) وفي عام (١٩٩١) في اتفاقية بماكو لحظر استيراد المخلفات الخطرة.

خامساً: اتفاقية ستوكهولم للملوثات العضوية الثابتة (POPS) لعام (١٩٩٧) وتهدف هذه الاتفاقية أساساً حماية الصحة البشرية والبيئة من الملوثات العضوية من خاصية سمية وكيفية انتقالها وتجمعها في النظم الأيكولوجية الأرضية والمائية مع الإشارة إلى المؤشرات الصحية التي تحدث نتيجة التعرض لهذا النوع من الملوثات وحالتها من تأثير على الأجيال القادمة وضرورة اتخاذ الإجراءات العالمية للتصدي لهذا النوع من الملوثات من خلال الخطر أو اتخاذ ما يلزم من التدابير القانونية للقضاء على هذا النوع من التلويث. أما بالنسبة لقوانين تصديق الاتفاقيات الدولية والتي وقعها العراق ذات الصلة بتلويث البيئة وهي كما يأتي:

أولاً: قانون تصديق نظام الوكالة الدولية للطاقة الذرية رقم (٢) لسنة ١٩٥٩.
ثانياً: قانون تصديق إتفاقية تحريم تجارب الأسلحة النووية رقم (٩١) لسنة ١٩٦٤.
ثالثاً: قانون تصديق إتفاقية منع استخدام الرصاص الأبيض في الطلاء رقم (٧٦) لسنة ١٩٦٥.
رابعاً: قانون منع انتشار الأسلحة النووية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٦٩.
خامساً: قانون تصديق إتفاقية الحماية من مخاطر التسلح رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٢.
سادساً: قانون تصديق إتفاقية حضر تطوير وإنتاج وخزن الأسلحة البيولوجية والأسلحة التوكسينية رقم (١١١) لسنة ١٩٧٥.
سابعاً: قانون تصديق إتفاقية الكويت للتعاون في حماية البيئة البحرية من التلوث رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٧٨.
ثامناً: قانون تصديق إتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار رقم (٥٠) لسنة ١٩٨٥.

(٢) انظر: د. احمد أمين الجمل (ترجمة لمؤلف اسكندر لورانس)، دبلوماسية البيئة، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٦٧ - ١٨٩.

تاسعاً: قانون تصديق اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الاتجار الغير مشروع في المخدرات رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٦.

عاشراً: قانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٧ بشأن انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية فيينا وبروتوكول مونتريال لحماية طبقة الاوزون لسنة ٢٠٠٧ والمبرمة في فيينا لعام ١٩٨٥.

احد عشر: قانون تصديق اتفاقية منظمة الصحة العالمية الاطارية في شأن مكافحة التبغ رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٧.

ثاني عشر: قانون إنضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة التصحر لسنة ٢٠٠٨ المعتمدة في باريس لعام ١٩٩٤ والتي دخلت حيز النفاذ في عام ١٩٩٦.

ثالث عشر: قانون انضمام جمهورية العراق إلى الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي لسنة ٢٠٠٨ والموقع عليها في البرازيل في عام ١٩٩٢.

رابع عشر: قانون إنضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الامم المتحدة لتغير المناخ وبروتوكول كيوتو الملحق بها لسنة ٢٠٠٨ والمرمة في نيويورك لعام ١٩٩٢.

المطلب الثالث: توعية الراي العام

تسعى التوعية البيئية بشكلٍ رئيسي إلى تحفيز المواطنين للمشاركة في المحافظة على البيئة والتعامل معها بإيجابية، تحقيقاً لسلامة وسعادة المجتمع واستقراره من خلال دفع الناس وتشجيعهم وطرح المواضيع البيئية ووضعها على طاولة الحوار، وتبادل الآراء والمعلومات من خلال الاعلام ونشر الوعي بين الناس ليتمكن الوصول إلى تعديل بعض أنماط السلوك التي يمارسها بعض الأشخاص والتي تعود وبالأعلى على البيئة. وحريراً بالذكر فإن التوعية البيئية ليست حديثة العهد، فهي من الاصول المتأصلة في ثقافتنا العربية والاسلامية حيث أكدت على اهمية المحافظة على البيئة بكافة عناصرها وعليه فإن تنمية الوعي البيئي لا تتم هكذا تلقائياً إنما لا بد لها من طرق ووسائل يمكن اجمالها بالآتي^(١):

اولاً: القطاع العام: نظراً لقدرته على الانتشار افضياً وبالتالي القدرة على التأثير الفعّال في التخفيف من المشاكل التي تعاني منها البيئة اذا اقيمت له التخصيصات المالية الكافية، ويمكن ان يحدث ذلك من خلال التأكيد على ضرورة اسهامات بعض الوزارات كوزارة البيئة والصحة والتربية.

ثانياً: القطاع الخاص: ويكمن دوره في توعية المواطنين وتبصيرهم بما تُعانيه البنية من تدهور وارشادهم إلى الاساليب التي يمكن اتباعها للحد من هذا التدهور. وكذلك من خلال الورش والندوات المتعلقة بالحفاظ على البيئة وتوعية المصانع لتجنب التلويث والعمل للحفاظ على الموارد الاولية.

ثالثاً: القطاع الاكاديمي (الجامعي): ويتضح دور الجامعات في التوعية البيئية من خلال طرح التخصصات البيئية ضمن برامجها التدريسية.

رابعاً: المنظمات غير الحكومية: تلقى المنظمات غير الحكومية دوراً فاعلاً ومنتجداً في نشر الوعي البيئي لدى شرائح المجتمع. ويوجد في العراق عدد كبير من هذه المنظمات والتي ساهمت وبشكل فعّال في بث الوعي البيئي بين المواطنين من خلال البرامج والمشاريع التي تقوم بها.

خامساً: المنظمات الدولية: ويظهر دورها واضحاً من خلال دعم المؤسسات الحكومية وغير الحكومية بما يلزمها من جندات وتمويل للعمل على الحد من التدهور البيئي وحماية التنوع الحيوي في إعداد التي تسهم في ظاهرة الاحتباس الحراري وتآكل طبقة الأوزون كالأمم المتحدة واليونسكو ومنظمة الصحة

(١) انظر: ابتسام سعيد الملكاوي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

العالمية ووكالة الولايات المتحدة للأنماء وغيرها من المنظمات العالمية التي تدعو إلى بث الوعي البيئي والعمل على حماية البيئة والحد منها تتعرض له من كوارث وملوثات. وتأسيساً على ماتقدم فأنا نلاحظ ومن خلال القطاعات والجهات التي تقوم بمهمة التوعية البيئية بأن جميعها تتبع الوسائل الاعلامية إلا أنه ليس من الممكن ان يقتصر الامر على الاعلام والتوعية فقط إذ نرى ان يرافق ذلك التشريعات المناسبة لمعالجة اتجاه التدهور البيئي.

الخاتمة

تعرضنا لموضوع (المصلحة المحمية في جرائم تلويث البيئة وآليات تنفيذها) والذي تم تناوله من خلال مبحثين يتقدمهما تمهيد تضمن التعريف بتلويث البيئة وصولاً إلى الموضوع المعبر قانوناً للتلويث اما المبحث الأول فقد خصص للمصلحة المحمية في جرائم تلويث البيئة اما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى آليات التنفيذ. ويمكن لنا في ختام هذا المبحث ان نبدي عدداً من النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها وهي كما يأتي:

أولاً: النتائج:

- ١- ان التلويث هو كل تغير كمي أو نوعي في الصفات الكيماوية أو الفيزيائية أو الحيوية لعناصر البيئة.
- ٢- ان المصلحة المحمية في جرائم تلويث البيئة هي مصلحة جماعية تتمثل في كل من الإنسان وبيئته، إذ لا يمكن تخليص أي المصلحتين من الاخرى وذلك لأنه لن يمكن حماية الإنسان الذي يعيش على هذه الارض إلا من خلال حماية البيئة التي يعيش فيها.
- ٣- على الرغم من تعدد القوانين ذات الصلة بحماية البيئة في العراق إلا أنها تميزت بعدم الشمولية وعدم الاتساق والتشتت وضعف الجزاءات المقدره والتي تتنوع بحسب جسامة الجريمة البيئية جزائياً ومدنياً وأدارياً.
- ٤- من خلال استعراض النصوص والصلاحيات يظهر جلياً الازدواجية في عمل المؤسسات والهيئات ذات العلاقة، حيث وجدنا ان العديد من الجهات تعالج نفس الحدث، إضافة إلى الازدواجية في النصوص ذاتها في القوانين والانظمة والتعليمات.
- ٥- على الرغم من وجود نصوص جزائية واضحة إلا أنه في أغلب الاحيان لا يعمل على تطبيقها وتبقى مجرد نصوص مكتوبة وغير مفعلة.

ثانياً: المقترحات

- ١- يتعين على المهتمين بحماية البيئة من التلويث ونخص منهم بالذكر وزارة البيئة والصحة والداخلية وأمانة بغداد بالإضافة إلى مجالس المحافظات كافة بضرورة معالجة قضية تلويث البيئة من منظور عملية التخطيط والتنمية وتعميق الوعي البيئي وقد أن الأوان لأن تتكاتف جميع هذه المؤسسات الرسمية مع منظمات المجتمع المدني في سبيل توفير حماية فعالة أكثر صحية وأكثر نقاوة للمواطن العراقي.
- ٢- وضع جرائم تلويث البيئة في مصاف الجرائم الخطرة وتدعيم العقوبات المقدره لها وذلك من خلال الحزم في تطبيق النصوص القانونية الخاصة بالتلويث البيئي.
- ٣- العمل على تفادي الازدواجية في النصوص القانونية ومن صلاحيات المؤسسات من خلال تفعيل النصوص الخاصة بالتلويث البيئي.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. العلامة ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار الجبل، بيروت، ١٩٨٨.
٣. د. محمد حسين عبد القوي، الحماية الجنائية للبيئة الهوائية، ط١، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢.
٤. د. فارس محمد عمران، السياسة التشريعية لحماية البيئة في مصر وقطر ودور الامم المتحدة في حمايتها، ط١، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥.
٥. د. سحر محمد حافظ، الحماية القانونية لبيئة الحياة العذبة، ط١، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٥.
٦. احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٦.
٧. د. هالة صلاح الحديثي، المسؤولية الحديثة الناجمة عن تلويث البيئة، ط١، دار جهينة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣.
٨. د. داوود عبد الرزاق الباز، الاساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٩. عصام عبد اللطيف، البيئة والانسان، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩.
١٠. عامر محمود طرّاف، إرهاب البيئة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢.
١١. ابتسام سعيد الملكاوي، جريمة تلويث البيئة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
١٢. د. محمد مؤنس محب الدين، البيئة في القانون الجنائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
١٣. د. محمد احمد طه، الحماية الجنائية للبيئة من التلوث، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
١٤. د. فرج صالح الهويشي، جرائم تلويث البيئة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
١٥. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادش العامة في قانون العقوبات، مكتبة الغربية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.
١٦. د. أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
١٧. د. ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤.
١٨. د. أحمد محمود سعيد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلويث البيئي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
١٩. د. أحمد أمين الجمل، دبلوماسية البيئة، ط١، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٧.

ثانياً: القوانين

- ١-قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٢-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٣-قانون البيئة المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٤.
- ٤-قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩.

الحماية الجنائية للمنشآت النفطية

د.مازن خلف ناصر

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

لقد باتت الجريمة بمختلف صورها وأشكالها المتجددة على رأس قائمة اهتمامات صناع القرار على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية لكونها المعضلة الدائمة التي تقلق طمأنينة المجتمعات كافة تأخذ من مالها وجهدها وتعكر صفوها وتعيق نموها وازدهارها، ومما يدعو للخوف أن الجريمة تسجل كل يوم تطوراً جديداً في أنماطها واستحداثاً في أساليبها ومضاعفات في الخسائر الناجمة عنها وفي تكاليفها المالية.

فبعد أكثر من اثني عشر عاماً على تغيير النظام الحاكم في العراق وعلى عكس التوقعات يواجه قطاع النفط العراقي مشاكل عديدة، وذلك بسبب استمرار تعرض المنشآت النفطية لهجمات تخريبية حالت حتى الآن دون عودة الإنتاج النفطي إلى سابق عهده قبل ٢٠٠٣/٤/٩ ويعتقد معظم المحللين أن الهجمات المنظمة التي تتعرض لها صناعة النفط العراقية تخفي وراءها أهدافاً سياسية تتلخص في الحيلولة دون تطبيع الوضع في العراق وحرمان أي إدارة عراقية من مصدر أساسي للدخل ضروري لإعادة الأعمار وإشاعة الاستقرار، وهكذا فقد باتت جهود الإدارة العراقية متوجهة إلى حماية هذه المنشآت بدلاً من تطويرها وأصبح ما يعرف بظاهرة الإرهاب النفطي جزءاً من ظاهرة الإرهاب التي يعاني منها العراق بشكل عام، لقد شهدت أنابيب النفط العراقية هجمات على أيدي عصابات داعش الإرهابية كان لها بالغ الأثر في هذا القطاع.

ويبدو أن انتشار أنابيب النفط في أراض مفتوحة في الصحراء وفي أراضي غير مأهولة على آلاف الكيلومترات وصولاً إلى الدول المجاورة قد سهل عمليات الهجوم التي يقسم منفذوها إلى قسمين، فهناك من يستهدف هذه الأنابيب من أجل سرقة النفط وبيعه في السوق السوداء أو تهريبه إلى دول الجوار، أما القسم الثاني فهم من يطلق عليهم إرهابيو الاقتصاد بدوافع سياسية، وتتلخص أهدافهم في سحب الدعامة الاقتصادية التي ستركز عليها أية حكومة جديدة أو عدم تشجيع الشركات المتعددة الجنسيات على الاستثمار في العراق أو إبعاد الشركات الموجودة من قبل ونقل استثماراتها إلى بلدان أخرى.

مشكلة البحث: تعد العمليات التخريبية التي استهدفت المنشآت والأنابيب النفطية مشكلة على المستويين البحثي والاقتصادي في العراق بشكل خاص وفي الوطن العربي بشكل عام فهي على المستوى الاقتصادي تمثل حرمان البلاد من المصدر الوحيد لعائداته المالية واعتداءً على قوت المواطن اليومي، فضلاً عن أنها تمثل تهديداً لأمن المجتمع وسلامته، أما على المستوى البحثي فإنها لا تزال في عداد المشكلات البحثية التي لم تدرس الدراسة الكافية إن لم نقل لم تدرس كلياً، فهي ومن خلال ما توفر من أدبيات لم تنل الاهتمام الكافي من قبل الباحثين والدارسين في العراق وربما يرجع ذلك إلى أن هذه الجرائم كانت فيما مضى تعد من الجرائم قليلة الانتشار، أي أنها لم تصل بعد إلى مستوى الظاهرة الإجرامية التي تستثير الاهتمام وربما تأتي بعد ذلك الخصوصية التي عادة ما تحاط بهذا النوع من الجرائم والتكتم عليها وتردد الجهات المسؤولة في الكشف عنها. ومما يزيد من كون الإرهاب النفطي في العراق مشكلة بحثية خصوصية هذا البلد وتميزه أيديولوجياً واجتماعياً وجغرافياً، الأمر الذي يقلل من مصداقية تطبيق نتائج الدراسات التي أجريت في مجتمعات عربية وأجنبية على هذه المشكلة.

كما تتجذر في نسيج الواقع الاجتماعي والاقتصادي والديني في العراق اليوم، فهل إن العراق بحاجة فعلية إلى قوانين استثنائية لمواجهة جرائم الاعتداء على الثروة النفطية بشكل عام أم أن القوانين الحالية قادرة على مواجهة هذه الظاهرة وحماية أمن العراق ونظامه العام؟

أن القوانين الاستثنائية هي تلك القوانين التي تطبق في مواجهة خطر حال يهدد كيان الدولة و مؤسساتها لتحل محل القوانين العادية، حينما تكون غير مجدية في مواجهة الحالة وأن يكون تطبيق القوانين الاستثنائية مؤقت ينتهي بانتهاء الخطر لتعود القوانين العادية للعمل على أن يكون ذلك كله تحت رقابة القضاء للتحقق من مدى توافر شروط تطبيق القانون الاستثنائي، ومدى التناسب بين الضرورة ورد الفعل، ذلك أن الجزاء كلما كان مقرراً لضرورة و متناسباً مع الأفعال و متصاعداً مع خطورتها كان متوافقاً مع الضمانات الدستورية والتي قد تقتضي تقليص بعض الحقوق لمواجهة الأخطار الاستثنائية.

أهمية البحث: لقد أجمع الباحثون اليوم ورجال الاقتصاد والاجتماع والسياسة في العراق على أن من بين الصناعات التي يحتمل أن تمتد أليها يد الإرهاب هي الصناعات النفطية سواء كانت إنتاجاً أو تخزيناً أو تكريراً وكل ما يشمل إنتاج البترول وصناعاته المختلفة داخل حدود المنشآت النفطية، وإن مخاطر الإرهاب النفطي في الوقت الحاضر تفوق مخاطر أي نوع آخر من الجرائم، فتهدد النفط أو تخريب المنشآت النفطية يمكن أن يؤدي إلى كارثة مالية واجتماعية تقود بالآلاف البشر إلى فقدان مدخراتهم وقوت عملهم ودفعهم إلى الفقر والبطالة والمرض، فالعمليات التخريبية التي استهدفت المنشآت والأنابيب النفطية أدت حتى عام ٢٠٠٤ إلى خسائر مالية كبيرة، حيث قدر خبراء النفط خسائرنا من العائدات المالية نتيجة العمليات التخريبية التي استهدفت المنشآت والأنابيب النفطية بـ ٦ مليارات و ٢٥٠ مليون دولار^(١).

ولضرورة التصدي لمثل هذا النشاط التخريبي للمصدر الوحيد لعائدات العراق المالية شرع قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ ونص في المادة (٦/أولاً) بأنه "يعاقب بموجب أحكام قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ كل من يقوم بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب والخزانات وغيرها من خلال التفتيش أو أي فعل آخر لأغراض التهريب".

ومن ثم تعد هذه الجريمة من الجرائم الإرهابية فضلاً عما قرره المشرع من حماية دستورية للمال العام من مكانة مهمة في بناء الدولة ودوره الفاعل والمؤثر في نشاطاتها فنصت المادة (٢٧/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بأنه "للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن"، فالدولة إذن هي المالك للمال العام والقانون ينظم الأحكام القانونية الخاصة بحفظ الأموال العامة وحمايتها بما يتناسب مع طبيعتها كونها مخصصة للنفع العام.

أهداف البحث: يمكن تحديد أهم أهداف البحث في الجوانب الآتية:

- (١) بيان التعريف اللغوي والتشريعي والفقهية للحماية الجنائية للمنشآت النفطية.
- (٢) بيان الأساس القانوني للحماية الجنائية للمنشآت النفطية في الاتفاقيات الدولية والإقليمية وفي التشريعات الداخلية.
- (٣) بيان موضوع الحماية الجنائية للمنشآت النفطية، وماهية المصلحة المعتبرة فيها وبيان فيما إذا كانت القاعدة الجنائية تحمي مصلحة واحدة فقط أم مصالح متعددة في جريمة تخريب المنشآت النفطية.
- (٤) تحديد الطبيعة القانونية لجريمة تخريب المنشآت النفطية.

(١) تقرير وزارة النفط العراقية المنشور في جريدة الشرق الأوسط (جريدة العرب الدولية) العدد (٩٩٤٦) لسنة (٢٠٠٦) على الموقع الإلكتروني بالترميز www.aawsat.com.

(٥) معرفة مدى كفالة النصوص القانونية النافذة في تكريس الحماية من الأضرار الناجمة عن الإعتداء على المنشآت النفطية.

(٦) بيان أركان جريمة تخريب المنشآت النفطية وعقوبتها في التشريع العراقي والمقارن.

خطة البحث: انتظمت الدراسة في ثلاث مباحث أساسية حفناها بمقدمة وخاتمة، حيث نخصص المبحث الأول لبيان ماهية الحماية الجنائية للمنشآت النفطية ثم نبين في المبحث الثاني مفهوم جريمة تخريب المنشآت النفطية من حيث تعريفها وموضوعها والمصلحة المحمية فيها وذاتيتها، ثم نسلط الضوء على أركان هذه الجريمة في المبحث الثالث وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول

ماهية الحماية الجنائية للمنشآت النفطية

تحتل المنشآت النفطية أهمية خاصة بالنسبة للدول لاسيما التي تعتمد على الثروة النفطية اعتمادا أساسيا كمورد للدخل مثل العراق والعديد من دول الخليج العربي، لذلك فان هذه المنشآت تكون هدفا للعمليات الإرهابية ذلك إن إهدار الأمن الاقتصادي قد يترتب عليه إهدار للأمن بمفهومه الشامل، ومن ثم يتمكن الإرهابيون تحقيق مآربهم من وراء الاعتداء على المنشآت النفطية^(١)، لذا يتوجب علينا في هذا المبحث بيان تعريف الحماية الجنائية للمنشآت النفطية في المطلب الأول، ثم نتناول أساس الحماية الجنائية وموضوعها في المطلب الثاني وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الحماية الجنائية للمنشآت النفطية

يعد استهداف المنشآت النفطية فلسفة جديدة للمنظمات الإرهابية الغاية منه تغيير موازين القوى وتوجيه الاقتصاد العالمي نحو الهاوية وهنا تكمن ضرورة تأمين وحماية المنشآت النفطية ضد أي هجوم محتمل وان تكون التشريعات العقابية في المستوى الذي نحقق من خلاله الحماية على المستويين الأمني والقانوني، ولأجل ذلك سوف نتناول في هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي للحماية الجنائية للمنشآت النفطية في فرعين مستقلين وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف في اللغة

بطبيعة الحال أن المنطق القانوني يقتضي الوقوف على المعنى اللغوي للحماية الجنائية للمنشآت النفطية، وبشكل عام لا نكاد نجد لمصطلح الحماية الجنائية أساسا في الكتاب والسنة النبوية فهي اصطلاح مركب من لفظين وهما الحماية والجنائية، إذ يعود الأصل اللغوي لكلمة الحماية إلى حما، حميت القوم حماية، وحى فلان يحميه ومحمية، وفلان ذو حمية إذا كان ذا غضب وأنفة، وحى أهله في القتال حماية، وحماه الناس يحميه إياهم، حى وحماية منحه، الحامية أي الرجل يحمي أصحابه في الحرب وهم أيضا الجماعة يحمون أنفسهم، وجاءت بمعنى المنحة والدفاع أو المدافعة^(٢)، وجاءت معناها أيضا حى القوم حماية ومحمية، ويقال حى الشيء او حماه إذا دافع عنه ومنع غيره منه.

(٢) بدر ابراهيم العتيبي، فعالية الاجراءات الامنية في تأمين المجمعات السكنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٠، ص ٤٩.

(٣) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص ١٥٣.

أما مصطلح الحماية فإنه مأخوذٌ عن الكلمة اللاتينية protection من الفعل proteger أي: حمى، ويعبر هذا المصطلح عن القدرة في وقاية الشخص أو المال ضد المخاطر وضمان أمنه وسلامته، بينما نعني بمصطلح الجناية الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عيه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة وجنى فلان على نفسه إذا جر جريرة بجني جنابة على قومه^(٤)، وجاء معناها جنى الرجل جنابة، ويجني على ذنبه: إذا نسبه إليه ولعله بريء وجمع الجاني جناة، والجناية بالكسر وتخفيف النون كل فعل محظور يتضمن ضررا وهي إما على العرض ويسمى قذفا أو شتما أو غيبة، وإما على النفس ويسمى قتلا أو صلبا أو حرقا أو خنقا، وإما على الطرف ويسمى قطعا أو كسرا أو شجا أو فقاء، وقيل بأنها اسم لكل فعل محرم شرعا.

وفي اللغة الانكليزية يراد بمصطلح protection^(٥) و criminal^(٦) الحماية الجنائية وهي أقصى درجات الحماية القانونية بل أهمها قاطبة وأخطرها على كيان الإنسان ووسيلتها القانون الجنائي الذي تنفرد نصوصه لتحقيق هذه الحماية تارة وقد يشترك معها في ذلك فرع آخر من فروع القانون تارة أخرى.

أما عن مصطلح المنشآت النفطية فإنه مركب لفظي لم يرد له تعريف في اللغة، وتعني المنشأة في اللغة المكان المعد للعمل أو الصناعة تجمع فيه الآلات والعمال^(٧)، أما النفطية لغة بكسر النون زيت معدني موجود في جوف الأرض مركب من عنصري الكربون والهيدروجين سريع الاشتعال يدخل في عدة صناعات وكانت تصنع منه كتل من نار تستخدم في الحروب بألة خاصة تسمى النفاطة^(٨).

الفرع الثاني: التعريف في الاصطلاح

أحيانا يقوم المشرع بتعريف بعض المصطلحات القانونية ويتم اللجوء إلى هذا الأمر لغاية معينة وبشكل استثنائي إلا أن هذا ليس من واجبه وإنما بهدف إزالة اللبس الذي قد يقع في تفسيره لهذه المصطلحات، عليه فإن وضع تعريف للمنشآت النفطية بشكل عام يعد نوعا من التزيُّد لأن التمييز بين هذا النوع من المنشآت والمنشآت الحيوية الأخرى لا يكون بالرجوع إلى هذا التعريف وإنما بالرجوع إلى نصوص القانون.

وقد تناول العديد من فقهاء القانون تعريف المنشآت النفطية دون تعريف مصطلح الحماية الجنائية، فمنهم من عرف المنشآت النفطية على أنها الأراضي والمباني وما يلحق بها من معدات أو آلات إذا خصصت لتحقيق منفعة عامة للشعب بغض النظر عما إذا كانت تدخل ضمن الأموال العامة للدولة أو ضمن الأموال الخاصة للأفراد وسواء قامت بإدارتها الدولة أو احد الأفراد أو بواسطة الإدارة المشتركة^(٩)، وعرفت أيضا بأنها جميع العقارات والمنشآت المعدة لإنتاج وتكرير مادة النفط الخام سواء كانت مملوكة للدولة أو للأفراد^(١٠)، وكذلك عرفت بأنها قطعة من الأرض مقام عليها مباني ومزودة بخدمات البنية الأساسية ويوجد فيها الآلات ومعدات وأدوات يقوم بتشغيلها وإدارتها مجموعة من الموظفين المتخصصين في حقل الإنتاج

(٤) محمد بن علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، مجموعة من المحققين، ج ١، ط ١، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٦، ص ٥٣٦.

(٥) GERARD.CORNU.Vocabulaire Association, HENRICAPITAN, Presses defrance 1987,p627

(٦) ALMAWRIDAMADERNENGLISH. ARABICDICTIONARY DAR EL-ILMLIL MALAYN ,BEIRUT- LEBANAN, 2004, p.231.

(٧) سعود سند آل علي، كفاءة اجراءات حماية المنشآت الهامة، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٦، ص ١٥.

(٨) محمد الباشا، معجم الكافي العربي الحديث، ط ٢، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢، ص ١٠٣٠.

(٩) محمود السباعي، ادارة الشرطة في الدولة الحديثة، الشركة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٠٠.

(١٠) معوض عبد التواب، التشريعات الجنائية الخاصة بحماية البيئة والامن الصناعي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٢٦.

النفطي بهدف إنتاج سلع أو توفير خدمات للمنفعة العامة^(١١)، وعرفت أيضا بأنها كل ما يؤدي إلى منفعة أو خدمة عامة للمجتمع ويترتب على الإضرار بها الإخلال بمصلحتها والمصالح القومية للدولة والتأثير على هيبتها وقدراتها الأمنية^(١٢).

ويرى الباحث إن المنشآت النفطية لها مفهوم واسع فهي لا تقتصر على المباني والآلات المستخدمة في استخراج النفط وخرنه ونقله وتسويقه وتحميله وأبار النفط والأنابيب الموصلة والناقلة للمنتجات النفطية من الغاز ونقله إلى محطات التركيز وكافة المحطات التشغيلية والخدمية ومحطات تعبئة الوقود والغاز ويشمل ذلك السيارات الحوضية الناقلة للمشتقات النفطية مادامت تؤول ملكيتها للدولة.

ومن خلال التعريفات أنفة الذكر يمكننا أن نوضح أهم سمات المنشآت النفطية وهي على النحو الآتي:

- ١- وجود أرض محددة ومجهزة بالآلات ومعدات وأنظمة تقنية وصناعية خاصة.
 - ٢- وجود قيمة حيوية تسهم بدور كبير في الدخل القومي.
 - ٣- يؤدي الإضرار بها أو تخريبها إلى زعزعة الأمن والاستقرار وتهديد مصالح الدولة.
 - ٤- تستمد أهميتها الإستراتيجية من نوعية إنتاجها وكميته.
 - ٥- تستدعي أهميتها الإستراتيجية توفير أعلى درجات الأمن والحماية القانونية لها.
 - ٦- مصدر التهديد بالخطر إما أن يكون داخلي يقع من الأفراد العاملون في داخل المنشأة النفطية نفسها أو من الجماعات الإرهابية متطرفة، وقد يكون خارجي من جانب الدول المجاورة.
- مما تقدم يمكننا أن نعرف الحماية الجنائية للمنشآت النفطية على أنها مجموعة القواعد القانونية الموضوعية التي يكفل المشرع من خلالها توفير الحد الأقصى من درجات الحماية الجنائية للمؤسسات ذات البعد الاستراتيجي في المجال النفطي لأجل تقديم خدمة أساسية لها مردودها الكبير على الدخل الوطني لأفراد المجتمع سواء وردت تلك القواعد في قانون العقوبات أم في قانون آخر وبغض النظر عن الشخص الذي صدر عنه الاعتداء طبيعياً كان أم معنوي.

المطلب الثاني: أساس وموضوع الحماية الجنائية للمنشآت النفطية

تعد المنشآت النفطية الأكثر حساسية بين منشآت الطاقة ومن ثم فإن أي تهديد قد تتعرض له هذه المنشآت سيكون له بلاشك تأثير سلبي على البنية التحتية للدولة وزعزعة اقتصادها فضلاً عن فقدان الدولة لهيبتها وسيادتها^(١٣)، حيث تصنف ضمن المنشآت الحساسة ولها أولوية حمايتها حيث لا يقبل المساس أو الإضرار بها ولا يسمح بتوقفها عن العمل لعدم وجود البديل أو للخطورة الناجمة عن التوقف^(١٤). لذا سوف نتناول في هذا المطلب الأساس القانوني لحماية المنشآت النفطية من أعمال التخريب في الفرع الأول، ثم نبين موضوع الحماية الجنائية في الفرع الثاني وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الأساس القانوني للحماية الجنائية للمنشآت النفطية

لما كانت التهديدات التي تطال المنشآت النفطية توازي قدرها من الأهمية والحساسية، كان لا بد من توفير الحماية الجنائية اللازمة التي تتناسب مع حجم المهددات التي قد تتعرض لها الدولة ممثلة بمصالحها الأساسية، لاسيما المهددات ذات التقنية العالية والتي قد يكون منشأها من داخل المنشأة أو من خارجها.

(١١) احمد صالح العمرات، ادارة الشرطة المعاصرة والأمن العام، المكتبة الوطنية، عمان، ١٩٩٧، ص ٥١٨.

(١٢) جمال الدين، ضمن سلسلة ابحاث الندوة العلمية لأمن الملاعب الرياضية للفترة من ٢٦-٢٨/٦/٢٠٠٠، اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٠، ص ١٢.

(١٣) احمد القاضي، امن وسلامة المنشآت الحيوية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٤.

(١٤) هزاع محمد القحطاني، دور التقنية الحديثة في حماية المنشآت، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٠، ص ١٨.

لذا تعد أفعال التخريب التي تطال المنشآت النفطية من قبيل جرائم أمن الدولة لاسيما الجرائم الإرهابية التي تستهدف سمعة ومكانة الدولة المالية وهيبتها وسيادتها ويكون ذلك واضحا من خلال النصوص الخاصة بهذه الجرائم، وقد أثمرت الجهود الدولية والإقليمية إلى إبرام اتفاقيات تعالج المخاطر الناجمة عن الأعمال الإرهابية، حيث عرفت مصطلح الإرهاب الذي يستهدف الأموال العامة للدولة أو الأموال الخاصة للأفراد وبيت الخوف والفرع في نفوس الناس وبما إن تخريب أو تعطيل المنشآت النفطية وعموم المنشآت الحيوية الأخرى يعد عملا إرهابيا.

فعلى المستوى الدولي عرفت اتفاقية جنيف لقمع ومعاقبة الإرهاب لعام ١٩٣٧ الأعمال الإرهابية بأنها " الأعمال الإجرامية الموجهة ضد دولة ما وتستهدف أو يقصد بها خلق حالة من الرعب في أذهان أشخاص معينين أو مجموعة من الأشخاص أو عامة الجمهور".

ومما يؤخذ على هذه الاتفاقية أنها اكتفت بصورة معينة من الإرهاب الأ وهو الإرهاب الثوري والإعتداء على حياة أفراد السلطة الحاكمة الشرعية في الدولة وأغفلت الأعمال التي تطال الأموال العامة للدولة أو الخاصة بالأفراد أو التي تستهدف مؤسسات ومنشآت حيوية هامة ومنها المنشآت النفطية حينما تكون هدفا للأعمال الإرهابية المنظمة.

أما على مستوى القارة الأوروبية فإن الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٧٧ قد جاءت خالية من تعريف الإرهاب واكتفت بذكر قائمة من الأعمال الإرهابية التي تستهدف أيضا حياة الأشخاص أو أموالهم دون الإشارة إلى الأعمال الإرهابية التي تطال الأموال العامة للدولة ومرافقها ومنشآتها الحيوية بما فيها المنشآت النفطية.

أما على المستوى العربي فقد أبرمت دول الجامعة العربية الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨ ونصت في المادة الأولى الفقرة الثانية منها على إن الإرهاب هو " كل فعل من أفعال العنف أو التهديد بها أيا كانت بواعثه أو أغراضه يقع تنفيذا لمشروع إجرامي فردي أو جماعي يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم للخطر أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بإحدى المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض احد الموارد الوطنية للخطر".

كما وعرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية الجريمة الإرهابية بأنها " أي جريمة أو الشروع فيها ترتكب تنفيذا لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها يعاقب عليها قانونها الداخلي...".

يتضح مما تقدم إن الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب كانت الأفضل في معالجة الجرائم التي تقع على الأموال سواء كانت عامة أو خاصة ولأغراض إرهابية قياسا للاتفاقيات أنفة الذكر فقد توسعت في تعريف الإرهاب ولم تقصره على الأفعال التي تطال حياة الأبرياء وحرياتهم ونشر الفوضى والفرع والرعب بين أفراد المجتمع بل شملت الأعمال التي تستهدف الأموال العائدة للأفراد والمؤسسات والمنشآت الحيوية المملوكة للدولة ومنها المنشآت النفطية التي تكون أكثر من غيرها عرضت للتخريب الإرهابي مع التفريق بين الأعمال الإجرامية التي ترتكب نتيجة مشروع إجرامي منظم وبين أعمال الشغب التي ترتكب نتيجة توافق إرادات وليس اتفاقا.

أما على المستوى الوطني فقد نصت المادة (١/١٦٣) من قانون العقوبات العراقي على انه " يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من خرب أو اتلف أو عيب أو عطل عمدا احد المواقع أو القواعد والمنشآت العسكرية أو المصانع أو البواخر أو الطائرات أو طرق المواصلات أو وسائل النقل أو أنابيب النفط أو

منشأته...". في حين شدد المشرع الليبي العقوبة في المادة (٤) من قانون الجرائم الاقتصادية لتصل إلى الإعدام أو السجن المؤبد " كل من خرب عمدا بأية وسيلة المنشآت النفطية أو إحدى ملحقاتها أو أية منشأة عامة أو خرب مستودعا للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية".

واستنادا لأمر سلطة الإتحاف المؤقتة رقم (٧) في ١٠ حزيران لعام ٢٠٠٣ ووفقا لصلاحيات المدير الإداري لسلطة الإتحاف المؤقتة نص القسم (٢) على تعليق العمل ببعض أحكام قانون العقوبات العراقي، حيث نصت الفقرة (٢) على انه " لا يجوز إقامة دعوى ضد مرتكبي الجرائم الآتية الأ باذن خطي من المدير الإداري للسلطة الإتحافية المؤقتة: أ- الجرائم التي تنص عليها المواد (١٨٩-١٥٦) من الكتاب الثاني/الباب الأول وهي الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي"^(١٥).

ولخطورة الأفعال التي تطل مركز الدولة العراقية وسيادتها وأمنها وأستقرارها في الداخل والخارج صدر قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ والذي نصت المادة الأولى منه في معرض تعريفها للإرهاب بأنه " كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدف فرد أو مجموعة أفراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية أوقع الأضرار بالممتلكات العامة أو الخاصة بغية الإخلال بالوضع الأمني أو الأستقرار والوحدة الوطنية أو إدخال الرعب أو الخوف والفرع بين الناس أو إثارة الفوضى تحقيقا لغايات إرهابية "

ثم صدر قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته لعام ٢٠٠٨^(١٦) ليشدد العقوبة على الأفعال التي تطل الثروة النفطية بشكل عام والمنشآت النفطية بشكل خاص والتي تندرج ضمن الحالات التي وردت في التعريف المذكور. ومن ثم تعد من قبيل الجرائم الإرهابية أفعال الإقتحام والتفجير والتفخيم والطواهر الإرهابية الأخرى التي لم تكن في الحسبان والتي تمس بالاعتداء الثروة الوطنية عموما والمنشآت النفطية خصوصا، ودليلنا على ذلك هو إحالة مرتكبي جرائم تهريب النفط ومشتقاته وجرائم تخريب المنشآت النفطية لقانون مكافحة الإرهاب العراقي، حيث جاء في نص المادة (٦) من قانون تهريب النفط ومشتقاته لعام ٢٠٠٨، بأنه " يعاقب بموجب قانون مكافحة الإرهاب كل من يقوم بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب والخزانات وغيرها من خلال عمليات التثقيب أو أي فعل آخر لأغراض التهريب".

الفرع الثاني: موضوع الحماية الجنائية للمنشآت النفطية

تلعب المنشآت النفطية اليوم دورا كبيرا في دعم الاقتصاد الوطني والعالمي، ومن ثم فان تعطيلها أو تخريبها قد يشل الحياة الاقتصادية ليس فقط في البلد المتضرر بل وفي الدول الأخرى المستوردة للنفط نتيجة قلة المعروض ومن ثم ارتفاع الأسعار وقد يتسبب تعرضها لأي خطر أو اعتداء بشكل واسع إلى تدهور الوضع الاقتصادي العالمي والذي سينعكس سلبا على المجتمعات^(١٧).

ويذهب بعض فقهاء القانون العام إلى اعتبار المنشآت النفطية من المنشآت الشعبية التي تعرف بأنها ((جماعة من المنتجين يضع الشعب تحت إدارتهم وسائل إنتاج مترابطة فنياً واقتصادياً، ويترتب عليها تحقيق قيمة مضافة، ولكي يتهيأ للمنشأة الشعبية التعامل مع المنتجين ومع وسائل الإنتاج ومع الإنتاج وتسويقه، فلا بد لها من القدرة على إدارتها ذاتياً واتخاذ قرارات ذات طبيعة اقتصادية جوهرها الاختبار بين حلول بديلة بقصد

(١٥) نشر في الوقائع العراقية العدد ٣٩٧٨ في ١٧ آب ٢٠٠٣.

(١٦) نشر في الوقائع العراقية العدد ٤١٧٨ في ٢٨ شباط ٢٠١١.

(١٧) محمد ماهر عبده، أمن وحراسة المنشآت، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٩٠.

الوصول إلى تأليف أمثل من الحلول وهذا يتم على أساس وجود سياسة اقتصادية أو خطة خاصة بها وكيان إداري وقانوني يحقق استقلالها^(١٨).

وعليه فإن مفهوم المنشأة النفطية ينصرف إلى الميناء النفطي المعد سلفاً لإستقبال خطوط أنابيب النفط وكذلك معامل التكرير ومصانع البتروكيمياويات وكل نشاط نفطي تكون الآلة ركيزة فيه لأجل استكشاف أو استخراج النفط مثل المنفس أو الغلاف أو القصبه والبئر النفطي ذاته ورأس البئر والآبار المغلقة وهي عبارة عن احتياطات نفطية معروفة غير مستغلة اقتصادياً وكذلك جهاز الرفع أو أجهزة الحفر المتحركة ومصافي التكرير^(١٩) وهي الموضوع المادي للحماية الجنائية المقصودة في المادة (٦/أولاً) من قانون تهريب النفط ومشتقاته النافذ، أي بمعنى جميع ما تملكه الشركات النفطية سواء كانت ملكيتها تعود للدولة أو للأفراد من منشآت نفطية، لاسيما المنشآت ذات الآلة العاملة أو المنتجة للنفط فلا يتصور إذن أن يكون **المبنى الإداري** الخاص بوزارة النفط والتي تشرف على كل مايتعلق بصناعة النفط والغاز أو الشركة أو المؤسسة النفطية في العاصمة بغداد أو المحافظات بعيداً عن الحقول من **المنشآت النفطية**، ومن ثم فإن أي عدوان يقع على ذلك المبنى لا يؤدي إلى انطباق المادة (٦/أولاً) من قانون تهريب النفط ومشتقاته العراقي، وإنما تطبق النصوص الواردة في قانون العقوبات بحسب الأحوال^(٢٠).

وحسن فعل المشرع العراقي، إذ لم يقصر الحماية الجنائية على **الأنابيب والخزانات** فقط كمنشآت نفطية وهي المحل المادي للعدوان، حيث دل المشرع على ذلك بعبارة صريحة بقوله **(وغيرها)** أي بمعنى هناك ملحقات للمنشآت النفطية والتي يراد بها كل ما يؤدي دوراً غير مباشر في حركة المنشآت النفطية ذاتها، بحيث إذا ما تم نزع المنشأة النفطية وتركه بذاته فإنه لا يعبر عنها ولا يقوم مقامها بل يحتاج إلى المنشأة في حركته العملية ومن أمثلة هذه الملحقات شبكة التجميع (خطوط الأنابيب أو محطات الضخ أو نقطة التجمع والمستودع وكذلك الرصيف وهو عبارة عن هيكل إنشائي يشمل على تسهيلات حقول النفط مثل المضخات وأجهزة القياس وأجهزة فصل الغاز عن النفط ومعامل الحقن وجهاز الرقابة الالكترونية والروافع ووصلات الشحن ويدخل في هذه الملحقات المنشآت الإدارية ومباني إسكان العاملين القائمة في المنشآت النفطية)، والمشرع الجنائي تقديراً منه لأهمية هذا الملحق شمله أيضاً بالحماية الجنائية وإن كان قائماً بذاته دون المنشأة النفطية المذكورة^(٢١).

المبحث الثاني

مفهوم جريمة تخريب المنشآت النفطية

يعد الإرهاب النفطي جزءاً من ظاهرة الإرهاب التي تشهدها مدن العراق الساخنة ممثلاً بشن الهجمات التخريبية التي تنال يومياً قوت الشعب بالدرجة الأساس، ومن ثم استهداف شرعية الدولة أو السلطة، لذا فإن فقدان الاستقرار الأمني والسياسي، سيؤدي حتماً إلى فقدان الاستقرار في سوق النفط وتهديد الاقتصاد العالمي.

(١٨) د. صبيح مسكوني، الهيكل التنظيمي للمنشآت الشعبية، دراسات قانونية، العدد ١٠، سنة ١١، بنغازي، ١٩٨١، ص ٣٧، عباس أبو شامة، التعريف بالمنشآت الحيوية وانواعها والتخطيط لأمنها وسلامتها والأخطار التي تهددها، الدورة التدريبية الخاصة بأمن وسلامة المنشآت الحيوية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، معهد التدريب، الرياض، ٢٠٠٠، ص ٤٣.

(١٩) وجيه راضي، أمريكا تغزو الخليج، تقرير الكونغرس الأمريكي، ط ١، ١٩٧٥، دار المطبوعات للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٩.

(٢٠) المواد (٣٤٨-٣٤٢) من قانون العقوبات عراقي، الباب السابع، الفصل الأول، الجرائم ذات الخطر العام.

(٢١) وجيه راضي، مصدر سابق، ص ٤٢.

عليه ارتأينا التعرض لمفهوم جريمة تخريب المنشآت النفطية في هذا المبحث، نتناول فيه تعريف جريمة تخريب المنشآت النفطية في المطلب الأول، ثم نتناول أنواع التخريب وصوره ومصادره الذي يطال المنشآت النفطية في المطلب الثاني، كذلك نبين المصلحة المحمية في جريمة تخريب المنشآت النفطية وموضوعها في المطلب الثالث، ونختم في المطلب الرابع ببيان أركان جريمة تخريب المنشآت النفطية وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف جريمة تخريب المنشآت النفطية

يتوجب علينا في هذا المطلب أن نعرض أولاً إلى التعريف اللغوي لجريمة تخريب المنشآت النفطية في الفرع الأول، ثم نتناول تعريفه الاصطلاحي في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف في اللغة

لقد جاء معنى التخريب في اللغة بمعنى الخراب، والخراب ضد العمران، والخربة موضع الخراب، والجمع خربات، وخربة هي كل ثقب مستدير، خربة أو كان غير ذلك والخراب الفساد في الدين، والخراب اللص، وجاء معنى التخريب بمعنى سارق الإبل والتخريب خروق كبيوت الزنابير واحدها تخروب ودار الخربة وأخربها صاحبها وقد خربها المخرب تخريباً^(٢٢).

وجاء في الدعاء "يامخرب الدنيا ومعمر الآخرة"، إي خلقتها للخراب والتخريب يعني الهدم^(٢٣)، وجاء معناها في اللغة الانكليزية "destroy" والتي تعني يدمر شيء بصورة سيئة بحيث لا يمكن استعماله لفترة طويلة او يقضي على وجوده^(٢٤).

الفرع الثاني : التعريف في التشريع والفقهاء الجنائي

نتناول في هذا الفرع تعريف جريمة تخريب المنشآت النفطية في التشريع، ثم نبين تعريفها في الفقه وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التعريف في التشريع: لم يعرف التشريع العراقي مصطلح **التخريب** شأنه في ذلك شأن التشريعات الجزائية الأخرى، ذلك لان محاولة وضع تعريف لمفهوم التخريب لا يخلو من ضرر، فمهما يبذل المشرع من جهد في صياغة تعريفه كسلوك إجرامي لن يأتي جامعا لكل المعاني المطلوبة وان جاء ذلك في زمن فقد لا يستمر كذلك في آخر، غير انه نص على تجريمه بنصوص قانونية محددة وفي مواضع متفرقة، سواء وردت في قانون العقوبات او في قوانين خاصة. ففي قانون العقوبات ورد مفهوم التخريب كجريمة في المواد (١/١٦٣) و (١/١٦٤) و (٣/١٧٧) و (١/١٩٧) والمتعلقة بالجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي والمادة (١/٣٤٢) المتعلقة بالحريق العمدي والمادة (٢/٣٥٣) المتعلقة بتخريب الأموال، كذلك ورد مفهوم التخريب في قانون مكافحة الإرهاب العراقي في المادة (٢/٢) وفي المادة (١/٣، ٣/٢) من قانون مكافحة الإرهاب لإقليم كردستان العراق وفي قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته في المادة (٦/أولاً). والمادة (٢٤/أولاً، ٦١/ثانياً) من قانون العقوبات العسكري العراقي

ثانياً: التعريف في الفقه : لم تتفق كلمة الفقه الجنائي على تعريف موحد لجريمة التخريب، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف وجهات النظر بشأن الأساس الذي يقوم عليه هذا النشاط، لذلك نجده حين يتعرض

(٢٢) أبو الحسن علي بن إسماعيل (ابن سيدة)، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (خرب) ج ٥، دار الكتب العلمية، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٧٦.

(٢٣) جمال الدين ابي الفضل محمد بن منظور، لسان العرب، ط ٢، ج ١٤، مادة (خرب) ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٤٧.

(24)OXFORD UNIVERSITYN:Oxford Wordpower (AL- SAAWY BOOK CENTER.1999),P

لتعريفه لا يتردد في إعادته إلى العامل الاجتماعي والاقتصادي، إذ يذهب رأيي إلى تعريف جريمة التخريب بأنها كل فعل عمدي فردي أو جماعي، يقع على الإنتاج أو على أدوات الإنتاج أو على مستودعات الإنتاج يترتب عليه إنقاص الكمية المنتجة أو الإضرار بنوعيتها بصورة مستديمة أو مؤقتة^(٢٥). ويذهب رأي ثاني إلى أن التخريب في مدلوله العام يؤدي إلى معنى واحد هو **الفعل التدميري**، أي تدمير كل ما هو قائم وله وجود سواء كان مبنياً أو مستودعاً أو حقلاً نفطياً، ويحصر هذا الاتجاه خصائص التدمير داخل المجال الاقتصادي أو في النطاق التكنولوجي أو الفني، فالتخريب كفعل تدميري يتحقق بفعل مادي تدميري أي تخريبي، ولا يشترط أن يتمتع المخرب بمهارة فنية متخصصة للاعتداء على كل ما هو قائم وله وجود (منشأة، مستودع) بقصد تخريبه^(٢٦). ويتجه رأي ثالث إلى التقرير بأن التخريب هو مظهر من مظاهر الإرهاب باعتباره عمل من أعمال العنف غير المشروع من شأنه إحداث الرعب وإلقاء الفزع في نفوس الناس^(٢٧).

ويرى الباحث أن عدم قبول هذه التعاريف له ما يبرره لدينا، فالأول يتصف بمثالية مفرطة لإدراجه أفعالاً معاقب عليها بمقتضى نصوص جنائية لم يعدها المشرع نصوصاً تعاقب على التخريب إذا ارتكبت إهمالاً أو امتناعاً، في حين يتصف الثاني بالتطرف ويحصر التخريب في نطاق ضيق يكون في صورة واحدة فقط (التدمير) وهو ما تأباه طبيعة الأشياء، أما الثالث فيؤخذ عليه مرادفته للتخريب بالإرهاب باعتباره من صور الأخير وهو قول لا أساس له لاختلاف القاعدة التهديدية التي ينتسب إليها الإرهاب عن القاعدة الإتلافية التي ينتمي إليها التخريب.

ويتجه جانب من الفقه العربي المقارن إلى الاعتداد بالإتلاف كأساس قاعدي للتخريب معرفاً إياه قاعدياً بأنه (الإعدام العمدي لذاتية الشيء أي إفقاده كيانه الأصلي كلياً أو جزئياً بأية وسيلة)^(٢٨) وهو في تقديرنا التعريف الأنسب الذي يلتقي مع كل المرادفات التي تنتمي إلى القاعدة الإتلافية التي تحكمها مثل ((التعيب والتعطيل وإساءة الصنع وإساءة الإصلاح))^(٢٩).

على أن صياغة هذا التعريف ينبغي أن تكون في ضوء الاتجاه الذي اعتمده المشرع العراقي في قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ عند تعريفه للجريمة الاقتصادية بأنها "درأ الانتهاكات التي تمس الملكية العامة والملكية التعاونية ووسائل الإنتاج وتنظيم الإنتاج الصناعي والزراعي وقواعد توزيع الخدمات والسلع وسوء استعمال الصلاحيات الممنوحة أو حرفها بشكل يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني ويحقق منفعة شخصية غير مشروعة".

ورغم الخلاف الفقهي بشأن المعيار الأساسي لمفهوم التخريب، إلا أن جانب من الفقه تمكن من صياغة تعريف لجريمة تخريب المنشآت النفطية، فقد عرفت بأنها ذلك الفعل الواقع على المنشآت النفطية والذي يجعلها غير صالحة للغرض الذي أعدت له فيسبب هدراً لقيمتها الاقتصادية بسبب فنائها أو تغييرها ويطلق على هذا النوع من التخريب بالإتلاف، وقد يؤدي الفعل إلى فنائها جزئياً أو تكون التغييرات التي لحقتها من جراء الفعل جزئية وتؤدي تبعاً لذلك إلى التقليل من كفاءة تلك المنشآت وإنقاص قيمتها الاقتصادية ويسمى هذا

(٢٥) د.حميد عباس الساعدي، الحماية القانونية للمؤسسات الاشتراكية العامة في الجماهيرية الليبية، دراسات قانونية، بنغازي، ١٩٨١، ص ٣٤٥.

(٢٦) حسين حمودة المهدي، موجز في جرائم الموظفين الاقتصادية، ط ١، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ١٩٨٥، ص ٦٤.

(٢٧) مصطفى مصباح أدبار، الإرهاب، ط ١، دار الفكر المعاصر، بنغازي، ١٩٩٠، ص ١٧٦.

(٢٨) د.عبد المهيم بكر سالم، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ١٤٧.

(٢٩) د.عبد المهيم بكر سالم، مصدر سابق، ص ١٤٨.

النوع بالتعيب^(٣٠). وعرفت كذلك بأنها الفعل الذي يسبب الدمار الكلي او الجزئي الذي يلحق بالمنشآت النفطية باستعمال المتفجرات او المفرقات او القنابل اليدوية او بواسطة إشعال النار او بأية طريقة أخرى تؤدي الى إتلاف تلك المنشآت او تعطيلها او إلحاق أضرار بليغة بها سواء شمل الدمار المنشأة بصورة كلية او جزئية فيتحقق التخريب بمجرد أن الضرر بمعناه العام قد لحق بالمنشأة النفطية^(٣١). كما وعرفت أيضا بأنها تلك الأعمال التي تتم بأية وسيلة "تقليدية" ام "حديثة"^(٣٢) والتي تؤدي الى القضاء الكلي او الجزئي على المنشآت النفطية بحيث تجعل من المستحيل استمرار فاعلية تلك المنشآت في أداء الخدمة التي تؤديها والغرض الذي خصصت من أجله سواء أكان الفعل قد لحق الثابت أم المتحرك من تلك المنشآت^(٣٣). وعرفت كذلك جريمة تخريب المنشآت النفطية بأنها الفعل الذي يؤدي الى إفساد تلك المنشآت بحيث تفقد كفاءتها في انجاز الأعمال التي رصدت من أجلها تلك المنشآت^(٣٤)، كما وعرفت أيضا بأنها الأفعال التي تؤدي إلى الدمار الشامل او الجزئي للمنشآت النفطية بحيث تسبب توقف استعمالها كلياً ام جزئياً^(٣٥).

ويعرف الباحث جريمة تخريب المنشآت النفطية بأنها الأفعال التي تقع على المنشآت العقارية المعدة للاستعمال في المجال النفطي والتي يؤدي المساس بها يؤدي الى تخريب تلك المنشآت كلياً او جزئياً بحيث يترتب عليها إخراجها من مجال الخدمة التي تؤديها نهائياً او يترتب على ذلك الفعل التقليل من كفاءة تلك المنشآت في انجاز الأعمال التي تؤديها وبغض النظر عن طبيعة السلوك والوسيلة التي تمت بواسطتها تلك الجريمة, دون الالتفات الى حجم الإضرار التي نجمت عن الفعل فيكفي لتحققها وقوع الضرر بمعناه العام. مما تقدم يتضح، إن التخريب يفيد معنى الدمار الكلي او الجزئي وذلك باستخدام المتفجرات او المفرقات او القنابل اليدوية أو أية أسلحة تؤدي إلى هدم المنشأة او تعطيلها او إلحاق أضرار بليغة بها ويستوي أن يكون التخريب كلياً أو جزئياً فيكفي أن يكون الضرر قد أصاب المنشأة للقول بتحقيق التخريب. ويمكن تصور وقوع التخريب بفعل الهدم أي قيام الجاني باستخدام المعاول او الفؤوس او أية أدوات يدوية أخرى تؤدي الغرض المطلوب الذي أعد له، كما ويتحقق التخريب بفعل الإتلاف وهو أي عمل من شأنه أن يجعل الشيء غير صالح ولو مؤقتاً كما لا يشترط أن يكون الإتلاف مادياً فأى فعل من شأنه التأثير على وظيفة المنشأة يعد تعطيلاً لمهبتها, ويتحقق التخريب أيضاً من خلال الإضرار البليغ وهو انتقاص قيمة الشيء من حيث الكم والنوع والجودة ومستوى الأداء بشكل جسيم ولا ينطبق هذا الوصف على الضرر البسيط الذي قد يحدث خطأ أو إهمالاً وقد ترك المشرع تقدير حجم الأضرار لمحكمة الموضوع سواء كان الضرر بليغاً أو غير بليغ.

(٣٠) د.محمود نجيب حسني: جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٤، ص ٤٩١.

(٣١) د.سعد إبراهيم الاعظمي: الجرائم الماسة بامن الدولة الداخلي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٢٨.
(٣٢) من الوسائل التقليدية في وقوع اعمال التخريب في المنشآت النفطية إشعال النار في الآبار النفطية او حرق أنابيب النفط بواسطة الفئيل المشتعل او رمي سيجارة.

(٣٣) د.رمسيس بهنام، بعض الجرائم المنصوص عليها في المدونة العقابية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٦١.
(٣٤) د.مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم الخاص)، الجرائم المضرة في المصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٩٨.

(٣٥) جندي عبد الملك بك، الموسوعة الجنائية، ج ١، ط ١، مكتبة العلم للجميع، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٧٦.

المطلب الثاني: أنواع التخريب للمنشآت النفطية وصوره ومصادره

قد يتسبب التخريب في منع أو عرقلة المنشأة النفطية من أداء دورها ومن ثم تهديد الأمن والاستقرار بالخطر وعليه تتعدد أنواع التخريب والوسائل التي يستخدمها الإرهابيون كما وتتعدد مصادره هذا ما سوف نبينه في هذا المطلب وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: أنواع التخريب للمنشآت النفطية

أستقر الفقه الجنائي على أن تخريب المنشآت النفطية يتخذ له أنواعا مختلفة ومن أكثرها وقوعا في الحياة العملية هي:

أولاً: التخريب الإيجابي والتخريب السلبي : يذهب جانب من الفقه الجنائي إلى التمييز بين نوعين من التخريب (إيجابي **Active**) و(سلبي **Positive**)، ويراد بالتخريب الإيجابي هو فعل التشويه أو التدمير أو الإزالة ويراد به إما إتلاف البضائع والمنتجات بقصد إحداث ضرر مادي لمالك المنشأة أو هو إيقاف عمل الآلة المحركة لمنشأة ما بقصد تعطيل أعمال الخدمات العامة أو الخاصة صناعية أو تجارية أما **التخريب السلبي** فيراد به كل قطع عمدي للخدمات، بحيث يكون هدفه عدم الانتفاع بها ويؤدي إلى خطورة استعمالها على حياة الإنسان، وكذلك الممتلكات الموضوعة لاستغلال الخدمات العامة أو منشأة صناعية أو منشأة نقل^(٣٦).

ثانياً: التخريب المادي والتخريب المعنوي: كما ويذهب جانب من الفقه الجنائي المقارن إلى تقسيم التخريب إلى نوعين آخرين (مادي ومعنوي) فالتخريب المادي هو الذي يتناول ماديات قائمة بالعُدوان ومثال ذلك تخريب مباني الحكومة أو مؤسسات ومرافق عامة ومنشآت نفطية أو غيرها من منشآت الدولة الصناعية أو محطات القوة الكهربائية والمائية أو وسائل المواصلات أو الجسور أو السدود أو مجاري المياه العامة... الخ^(٣٧)، فهذه جرائم ينبغي أن تمس نواحي مادية معينة حتى يمكن القول بوجود تخريب، والنشاط الجرمي في جريمة التخريب بوصفه من عناصر الركن المادي له مدلول واسع فهو يشمل بالإضافة إلى السلوك الإيجابي المفترض حركة عضوية من جسم الفاعل، السلوك السلبي (الامتناع) أيضاً بوصفه صورة للسلوك البشري^(٣٨).

أما التخريب المعنوي فهو يتناول معنويات قائمة وسائدة في النظام الاجتماعي والاقتصادي لاسيما إزاء الأزمات التي يتعرض لها البلد وينطوي هذا النوع في كثير من الأحيان على استخدام وسائل غير مباشرة لتخريب مجموعة أهداف ذات قيمة كبيرة، ومن ثم تترتب عليه ثمة نتائج تفوق ما يمكن أن ينشأ عن حرق أو تفجير منشأة اقتصادية^(٣٩). فعلى سبيل المثال يقع التخريب المعنوي أحيانا من قبل المنتسبين العاملين في تلك المنشآت كما لو قام احدهم بنقل إخبار عن سوء الوضع المالي لها أو تشويه سمعة الإنتاج لدى المتعاملين معها مما يؤدي إلى عزوفهم وإلحاق خسائر فادحة بها. وقد يحدث نتيجة التراخي في النشاط الإنتاجي كأن يتباطأ العاملون في انجاز الأعمال المكلفون بها أو من خلال ترويع المنتسبين في المنشآت النفطية مما يكون ذلك

(٣٦) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٦١.

(٣٧) د. معوض عبد النواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٦٨.

(٣٨) جون ريشيلو ديفيز، حماية المنشآت الصناعية، ترجمة كمال الحديدي، معهد الدراسات العليا لضباط الشرطة، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٨٧.

(٣٩) السيد رمضان، حوادث الصناعة والأمن الصناعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٥٨، عمر محمد الشعبي و و ابراهيم الغانم، أمن وسلامة المنشآت الحيوية في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، ١٩٨٨، ص ١٦٧، سعد سرور القتامي، دور التخطيط في تحقيق أمن المنشآت، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٩٩٠، ص ٨٧.

سبب في ترك العمل والتأثير على الإنتاج و يتحقق من خلال التهديد بالأفعال السابقة الصادرة من الجاني لاشتراطها في تحقق الصورة من التخريب فالتهديد بتكرار العمليات الإرهابية السابقة على المنشآت النفطية يولد الذعر لدى العاملين في تلك المنشآت, ولاسيما إذا ما كانت الظروف المحيطة تسهل وقوع مثل هذا التهديد الذي يخلق الذعر العام لدى العاملين ويحقق أعلى درجات الخوف.

الفرع الثاني: صور التخريب للمنشآت النفطية

تتعرض المنشآت النفطية لبعض الأعمال التخريبية الصادرة عن الجماعات الإرهابية من اجل خلق حالة من الاضطراب الأمني والتأثير على الاقتصاد الوطني بغية زعزعة استقرار النظام العام وبث الفلق وإشاعة الفوضى وغالبا ما تستهدف منشآت الإنتاج النفطي والمنشآت الحيوية التابعة لها والعاملين فيها والمتعاملين معها، لذا سوف نبين أهم الوسائل التي ترتكب من خلالها عمليات التخريب النفطي وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التخريب الميكانيكي: وهو الفعل العمدي المؤدي إلى إتلاف أو تعطيل الآلات والمعدات عن العمل في المشأة النفطية مما يكون له تأثير في توقف إنتاجها وإحداث أضرار بها قد يطول الوقت في إصلاحها وهذا يكلف المنشأة الشيء الكثير^(٤٠)، فهو تخريب الآلات والمعدات بطريق بعيدة عن التفجير أو الحريق ويكون بإضافة مواد غريبة إلى الأجزاء التي تتكون منها تلك الآلات مما يؤثر سلبا على عمل تلك الأجهزة وقد توضع مواد صلبة بغير تعطيل الآلات وإيقافها عن العمل وهذا النوع من التخريب لا يأتي اكتشافه إلا متأخرا، كما يصعب إقامة الدليل لتشابه الخلل في الغالب مع حالات التلف بالإهمال أو الخطأ كما يتسبب التخريب الميكانيكي في تلف الآلات والمعدات الباهظة الثمن والتي قد تصيب الإنتاج بشلل^(٤١).

ثانياً: التخريب الإلكتروني: وهو عبارة عن اختراق لحاجز الحماية التقني لأجهزة التحكم بالمنشأة وذلك لحقن النظام التقني بوسائط تدمر البيانات والمعلومات وتتسبب بتعطيل النظام أو بإعطاء معلومات مغلوطة^(٤٢). والتخريب الإلكتروني جريمة تستخدم في ارتكابها الحاسب الآلي وتكون بواسطة أشخاص غير مخول لهم الوصول إلى قاعدة البيانات من خلال شبكات الاتصال أو البريد الإلكتروني، وقد يتم الاستعانة بمحترفين هواة لديهم القدرات الفنية اللازمة لاختراق نظام الحماية التقني للمنشأة ويملكون الأجهزة الحاسوبية المتطورة المساعدة على في عملية الاختراق ويكبد هذه النوع من التخريب المنشأة خسائر جسيمة قد توازي العمليات الإرهابية فضلا عن إمكانية استخدام هذه المعلومات في تنفيذ تلك العمليات^(٤٣).

ثالثاً: التخريب الجرثومي: وتعد هذه الوسيلة من أسوء وسائل التخريب، حيث يستخدم فيه الجراثيم المعدية من خلال نشرها بصورة قابلة للتكاثر والتي تسمح بالانتشار في مساحات واسعة من المناطق التي تتواجد فيها المنشآت النفطية، وقد توضع في مياه الشرب العامة للمنشأة أو في الطعام الجماعي لمنتسبي المنشأة^(٤٤).

الفرع الثالث: مصادر التخريب للمنشآت النفطية

يعد الإرهاب في العالم اليوم من اخطر الجرائم وأبشعها، فهو يستمد قوته من خلال الأعمال التي يرتكبها الفئات الضالة سواء كان مصدرها من الخارج او من الداخل والتي تنفذ عملياتها وفق احدث التقنيات وأكثرها دقة وأوسعها دمارا تستهدف الممتلكات العامة والخاصة وفي مقدمتها المنشآت الحيوية عموما، ولم يكن خيار

(٤٠) سعود سند آل علي، مصدر سابق، ص ٥٨.

(٤١) نايف حمود القرشي، فعالية اجراءات امن المنشآت الحيوية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٥، ص ٥٦.

(٤٢) نايف حمود القرشي، مصدر نفسه، ص ٥٧.

(٤٣) عبد الله بن عبد العزيز الحمدان، فعالية الجولات التعقيبية في رفع اداء حراسة المنشآت العسكرية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٩٩٩، ص ٣٩.

(٤٤) نايف حمود القرشي، مصدر سابق، ص ٦٤.

استهداف المنشآت النفطية وليد الصدفة، فالعراق يملك منشآت نفطية عملاقة ويتحكم بنسبة كبيرة من الإحتياطي النفطي في العالم، وهذا يؤثر ليس فقط على الاقتصاد الداخلي بل وعلى الاقتصاد الإقليمي والعالمي أيضا. لذا سوف نتناول في هذا الفرع مصادر تخريب المنشآت النفطية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: العملاء المجندون من الدول المعادية: تقوم الدول المعادية بالأنشطة التخريبية ضد منشآت الدول المقصودة بالعدوان ومنها المنشآت النفطية من خلال تجنيد احد رعاياها من العملاء للاتصال بأحد العاملين بالمنشأة وإغرائه للتعاون ضد وطنه او تهديده، وقد يتم التخريب من خلال التوظيف وذلك بالتحاق العميل نفسه بالمنشأة بالطرق العادية، كما يمكن إن يكون الأسلوب هو التسلل وذلك بدخول المخربين إلى المنشأة بطريق غير مباشر كالاقتحام، وقد يكون التخريب جوا من خلال الغارات الجوية حيث تقوم الطائرات المعادية بإلقاء القنابل والمتفجرات على المنشأة او باستخدام طائرات الهليكوبتر وإلقاء مجموعة من الأشخاص المتدربين للقيام بالأعمال التخريبية^(٤٥).

ثانياً: المنتسبون العاملون في المنشآت النفطية ذاتها: قد يحدث التخريب من العاملين بالمنشأة النفطية ذاتها، ويكون التخريب في هذه الحالة إما جماعيا والذي يحدث للتعبير عن الشعور بالظلم والاحتكاك بالفئات الأخرى ولإعلان السخط على الرؤساء الإداريين واثبات عجزهم عن السيطرة، وقد يكون التخريب مرتكبا من المنتسبين في المنشأة النفطية ذاتها ناتجا عن عمل فردي يقوم به عامل للتعبير عما يعانیه من ظلم شخص يشعر بهاما للسخط على الرؤساء او لجنون او عاهة في العقل او غير ذلك من الأسباب، ويتسم هذا النوع من التخريب بسهولة كشفه حيث غالبا ما يسبقه تهديد من العامل او تصرفات تنذر بقيامه بالتخريب^(٤٦).

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لجريمة تخريب المنشآت النفطية وذاتيتها والمصلحة المحمية فيها

إذا كانت العمليات الإرهابية التي تطال مرفق هام من مرافق الدولة الحيوية والتي أضحت تمثل خطرا كبيرا يهدد الوضع الاقتصادي ويؤدي إلى إرباك الدولة ومشروعاتها ومنشآتها وضرب القيم التي تتبناها فان الحاجة تدعو إلى التعرف على الطبيعة القانونية للسلوك الذي يطال مثل هذا النوع من مرافق الدولة، الأ وهي الطبيعة القانونية لجريمة تخريب المنشآت النفطية، ثم نبين ذاتيتها والمصلحة المحمية فيها وذلك في ثلاثة فروع مستقلة وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لجريمة تخريب المنشآت النفطية

في الواقع إن النصوص القانونية التي تناولت جريمة تخريب المنشآت النفطية تضمنت صراحة الطبيعة القانونية لهذه الجريمة بأنها تعد من قبيل جرائم الضرر، وبذلك تكون النتيجة المترتبة على تلك الجريمة هي من يعطي الوصف لتلك الجريمة لا النشاط او السلوك المجرد^(٤٧)، وأنها من الجرائم الماسة بأمن الدولة وبالتحديد من قبيل الجرائم الإرهابية.

ويكشف عن ذلك العبارات التي أوردها المشرع العراقي في الباب الأول من قانون العقوبات بصدد الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والداخلي حيث جاء في المادة(١٦٣) من قانون العقوبات العراقي"

(٤٥) علي فايز الجحني، التعاون العربي لمكافحة الارهاب، اعمال الندوة العلمية لمكافحة الارهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٩٩٧، ص٥٧.

(٤٦) عبد الكريم عبد العزيز العيدان، حراسة وأمن المنشآت الهامة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٣، ص٨٧.

(٤٧) د.تامر احمد عزات، الحماية الجنائية لأمن الدولة الداخلي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٤٧.

يعاقب بالسجن المؤبد... ١- كل من خرب أو اتلف أو عيب أو عطل عمدًا... أو أنابيب النفط أو منشأته...^(٤٨)، كذلك تضمنت المادة (١٩٧) من قانون العقوبات العراقي ذات العبارة بأنه " يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت: ١- كل من خرب أو هدم أو اتلف أو اضر... أو منشآت النفط...".

وتضمن أيضا الباب السابع من قانون العقوبات تجريم الأفعال التي تستهدف منشآت نفطية لاسيما الجرائم ذات الخطر العام حيث جاء في المادة(٢/٣٤٢) من قانون العقوبات: "٢- تكون العقوبة السجن المؤبد أو المؤقت: إذا كان إشعال النار في إحدى المحلات الآتية: ب- منجم أو بئر نفط. ج- مستودع للوقود أو المواد القابلة للاشتعال أو المفرقات"، أيضا تضمنت المادة(٣٥٣) من القانون ذات العبارة بأنه " يعاقب بالسجن: ١- كل من احدث كسراً أو إتلافاً أو نحو ذلك في الآلات أو الأنابيب أو الأجهزة الخاصة بمرفق... أو الغاز أو غيرها من المرافق العامة...".

ونص أمر سلطة الائتلاف المرقم(٣١ لسنة ٢٠٠٣) في القسم الرابع الخاص بتعديل الأحكام المتعلقة بالجرائم التي ينتج عنها إلحاق الضرر بالمرافق العامة بالبنى التحتية لقطاع البترول"١- تعديل العقوبات المنصوص عليها في المادة(١/٣٥٣) من قانون العقوبات... كل من يحطم أو يدمر أو يتلف... مرافق المياه او... او البترول... سواء أدى أو لم يؤد هذا التدمير أو الإتلاف الى تعطيل المرفق..."، ونلاحظ في هذا النص إن المشرع العراقي قد استخدم كلمة البترول بدل عن كلمة الغاز التي كانت في النص قبل التعديل. ونصت المادة (٢/٢) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي بأنه تعد الأفعال الآتية من الأفعال الإرهابية "٢- العمل بالعنف و التهديد على تخريب أو هدم أو إتلاف أو إضرار..."، ونصت أيضا المادة (الثالثة) من قانون مكافحة الإرهاب الإقليم كردستان العراق بأنه" تعد الأفعال الآتية جرائم إرهابية و يعاقب عليها بالسجن المؤبد: ١- تخريب أو هدم أو إتلاف أو إحداث ضرر كلي أو جزئي عمدًا بالمباني والمؤسسات والأماكن العامة والخاصة أو المخصصة للدوائر والمصالح الحكومية أو المرافق العامة ومقرات الأحزاب أو الجمعيات المعتمدة قانوناً أو إحدى منشآت النفط أو غيرها من منشآت الإقليم أو محطات الطاقة الكهربائية والمائية أو الجسور أو السدود أو مجاري المياه العامة أو وسائل المواصلات ومنشأتها أو الأماكن المعدة للاجتماعات العامة وأماكن العبادة أو الأماكن المعدة لارتياح الجمهور أو أي مال له أهمية في الاقتصاد الوطني بدافع إرهابي لزعزعة الأمن والاستقرار في الإقليم".

يتضح من منطوق النصوص القانونية أفة الذكر إن المشرع العراقي استعمل مصطلحات مختلفة تعطي مؤشر واضح على أنها من جرائم الضرر أو الجرائم المادية (كل من خرب، كل من أحدث، كل من أشعل النار، كل من يحطم، العمل... تخريب)، فلو أراد المشرع العراقي جعل تلك الجريمة من جرائم السلوك لا

^(٤٨) في حين نجد ان بعض التشريعات الجزائية اعتبرت الجريمة من قبيل الجرائم الاقتصادية، فقد نصت المادة(٤) من قانون الجرائم الاقتصادية الليبي على أنه " يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد كل من خرب عمداً بأية وسيلة المنشآت النفطية أو إحدى ملحقاتها أو أية منشأة عامة أو خرب مستودعا للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية ". كما نصت المادة(١/٣) من قانون الجرائم الاقتصادي الأردني بأنه" تشمل الجريمة الاقتصادية أي جريمة يسري عليها أحكام هذا القانون أو أي جريمة نص قانون خاص على اعتبارها جريمة اقتصادية أو أي جريمة تلحق الضرر بالمركز الاقتصادي للمملكة أو بالثقة العامة بالاقتصاد الوطني أو العملة الوطنية أو الأسهم أو السندات أو الأوراق المالية المتداولة وإذا كان محلها المال العام". أيضا نصت والمادة(٣) من قانون العقوبات الاقتصادي السوري بأنه" يشمل قانون العقوبات الاقتصادي مجموعة النصوص التي تطل جميع الأعمال التي من شأنها إلحاق الضرر بالأموال العامة وبعمليات إنتاج وتوزيع وتداول واستهلاك السلع والخدمات، وتهدف إلى حماية الأموال العامة والاقتصاد القومي والسياسة الاقتصادية كالتشريعات المتعلقة بالتمويل والتخطيط والتدريب والتصنيع ودعم الصناعة والائتمان والتأمين والنقل والتجارة والشركات والجمعيات التعاونية والضرائب وحماية الثروة الحيوانية والنباتية والمائية والمعدنية".

النتيجة لاستعمل عوضاً عن التعابير السابقة تعبير(كل من قام بفعل من شأنه التخريب او إشعال نار او التحطيم... الخ).

عليه ينبغي أن يكون سلوك الجاني صالح لإتمام التخريب في المنشآت النفطية فيؤدي على وفق المجري العادي للأمر إلى إحداث النتيجة وبالمفهوم المخالف إذا كان الفعل لا تتوفر فيه مقومات تحقق النتيجة فلا قيام للجريمة في هذا الحال, أما لو حمل الفعل كل مقومات تحقيق التخريب لكن تخلفت النتيجة الجرمية بسبب خارج عن إرادة الفاعل فتكون مسؤوليته في هذا الحال مقتصرة على الشروع.

ومن ثم فإن الشروع متصور في جريمة تخريب المنشآت النفطية بكلتا صورتيه الموقوفة ام الخائبة, فتوقف صاحب منصة إطلاق الصواريخ بعد إتمام توجيهها نحو المصفاى النفطي لسبب خارج عن إرادته كأن يكون كشف الفعل من قبل القوات الأمنية فيتحقق الشروع بصورته الموقوفة, أما قيام الجاني برمي القنبلة اليدوية على البئر النفطي او أنبوب النفط بقصد تخريبه إلا أن الأثر التخريبي الذي يطمح إليه لم يتحقق, فيتحقق الشروع بصورته الخائبة^(٤٩) ويعد شروعاً معاقباً عليه وضع العبوة الناسفة المزودة بساعة توقيت والمحدد فيها ساعة الانفجار الموضوعه على صمام الأنبوب النفطي التي يتم كشفها قبل حلول لحظة الانفجار^(٥٠).

وكما تقع هذه الجريمة بسلوك ايجابي من الجاني فإنها يمكن إن تقع بسلوك سلبي كما لو أهمل المكلف بصيانة احد المحركات المنصوبة في المنشأة النفطية صيانتها لمدة زمنية متعمداً إتلافها^(٥١). وجريمة تخريب المنشآت النفطية تنقسم من حيث جسامتها إلى جنایات وجنح, وهذا واضح من خلال مراجعة النصوص القانونية التي عالجت هذه الجريمة فيلاحظ المشرع العراقي في المواد(١٦٣, ١٩٧, ٣٥٣/٣٤٢, ١/١) من قانون العقوبات والمادة (٢/٢) من قانون مكافحة الإرهاب قد وصفها بالجنائية, بخلاف ذلك الفقرة (٣) من المادة(٣٥٣/ ٣) من قانون العقوبات العراقي فقد وصفها بأنها جنحة, وما يميز جريمة تخريب المنشآت النفطية أيضاً إن القصد الجنائي في تلك الجريمة يلعب دوراً رئيساً فيها ويختلف ذلك بحسب تكييفها على أنها من جرائم امن الدولة الداخلي أو الخارجي.

وتبرز ذاتية جريمة تخريب المنشآت النفطية عن جرائم التخريب الأخرى من خلال الوصف الذي يلحقها بأنها من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة, بينما توصف جرائم التخريب الواقعة على أموال الأفراد بأنها من جرائم الأموال التي تعرف بأنها الجرائم التي تؤثر على الذمة المالية بزيادة عناصرها السلبية عن طريق إضافة او مضاعفة ديون المجني عليه التي تكون نتيجة أفعال السرقة والتخريب التي تقع على أموال الأفراد^(٥٢).

بينما نجد صفة المال العام حسب المنظور الجنائي التي شملت المنشآت النفطية قد جعلت جريمة التخريب الواقعة عليها من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة, فالمشرع العراقي وفي قانون العقوبات أدرج هذه الجرائم في الكتاب الثاني الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة^(٥٣).

(٤٩) د. رمسيس بهنام, القسم الخاص في قانون العقوبات, منشأة المعارف, الإسكندرية ١٩٨٨, ص٦٢.

(٥٠) محمد صبري أبو علم: جناية تخريب أملاك الدولة, مجلة المحاماة المصرية, العدد السابع, السنة السابع عشرة, ١٩٣٣, ص ١٠ الموقع على شبكة الانترنت www.mohamooh.com.

(٥١) د. عبد الرحمن الناغي: الحماية الجنائية في مجال الطاقة النووية السلمية, مصدر سابق, ص٣٥٢.

(٥٢) د. عبد المهيم بكر سالم: الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي, مصدر سابق, ص ١٩٦.

(٥٣) المواد (١٦٣, ١٩٧, ٣٤٢) من قانون العقوبات العراقي.

وحسناً فعل المشرع العراقي بوصف هذه الجرائم بأنها من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة لما لهذه المنشآت من أهمية كبيرة على المستوى الداخلي ام الخارجي ام الاقتصادي للبلد فتشديد العقاب على هذه الجرائم لا يقتصر دوره على حماية صفة الأموال وإنما له آثاراً ايجابية على حماية النظام العام بصورة عامة من خلال حماية احد المرافق العامة (المنشآت النفطية)^(٥٤).

ومما تجدر ملاحظته إن الأحكام الخاصة بالحماية الجنائية للمنشآت النفطية ذا طابع سياسي من جهة لدورها في تحديد سياسة البلد ولا أدل على ذلك من إيرادها في الباب الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي، وآخر اجتماعي من جهة أخرى، نظراً لدور المنشآت النفطية في توفير الخدمات العامة لأفراد المجتمع ومصدر للدخل الوطني لا يمكن الاستهانة به، لذا أوردها المشرع العراقي بعبارة صريحة (المنشآت النفطية) الذي يكون الهدف منه ضمان استمرار ودوام سير المرافق العامة الذي ينعكس على تقديم الخدمات العامة^(٥٥).

الفرع الثاني: ذاتية جريمة تخريب المنشآت النفطية

إن دراستنا لموضوع جريمة التخريب تقتضي منا بيان الجرائم التي تندمج معها وتدخل إياها تحت باب واحد وتختلف عنه في نفس الوقت ومنها جرائم الإرهاب والتدمير والكارثة وهذا ما سنبحثه تباعاً.

أولاً: جريمة التخريب و جريمة الإرهاب: على الرغم من اتفاق التخريب والإرهاب من حيث عدم وجود تنظيم قانوني متفق عليه لكل من الجريمتين سواء على المستوى الدولي^(٥٦) أو في إطار القانون الداخلي^(٥٧)، إلا إن أوجه الاختلاف بينهما متعددة، فالتعريف المقرر للإرهاب بأنه عمل من أعمال العنف غير المشروع يفيد أن هناك من أعمال العنف ما هو مشروع^(٥٨)، كذلك فإن القاعدة التي تحكم الإرهاب هي ليست ذات القاعدة التي تحكم التخريب فالأول محكوم بقاعدة التهديد، في حين أن التخريب محكوم بقاعدة الإلتلاف والفرق شاسع بينهما، فقاعدة الإرهاب وهي التهديد وما يثيره من فزع لا يلزم فيه وقوع جريمة على ما يذهب إليه البعض^(٥٩)، بل يقع كاملاً بمجرد إتيان التهديد، فالقانون عندما يعاقب عليه لا يشترط إطلاقاً أن يكون

(٥٤) د. احمد ابراهيم مصطفى سليمان: الارهاب والجريمة المنظمة التجريم وسبل المواجهة، دار الطلائع، القاهرة، ٢٠٠٦، ص

٢٢.

(٥٥) د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين أسلامي، مبادئ وإحكام القانون الإداري. دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٣، ص ٢٥٦.

(٥٦) إن السمة الأساسية للإرهاب كجريمة هي التخويف والترهيب والترويع سواء عن طريق استخدام الوسائل المؤدية لذلك بطبيعتها أو عن طريق التهديد باستخدامها أياً كان الغرض من ذلك، مادام غرضها غير مشروع من الناحية القانونية ومن أبرزها التفجير والتدمير والتخريب للأموال والمرافق العامة والخاصة وقطع الجسور وتسميم المياه العذبة والاختطاف وأخذ الرهائن ونشر الأمراض المعدية والتمثيل والاعتقال والإضرار بأمن المواصلات البرية والجوية والبحرية، وأما الفعل الذي يعد إرهاباً دولياً فهو الذي ينطوي على إضرار بالنظام الدولي أو المصالح العامة للمجتمع الدولي بما في ذلك أمن واستقرار العلاقات الدولية وتأمين الحياة البشرية. د. إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة ٣٤، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٣٧.

(٥٧) يكاد يتفق الفقه على المستوى الداخلي على أن الإرهاب يمثل عملاً من أعمال العنف غير المشروع من شأنه إحداث الرعب وإلقاء الفزع في نفوس الناس يتكون من عنصرين مادي كأعمال التخريب والتدمير والاستيلاء وإلقاء القنابل والمتفجرات، ومعنوي ممثلاً بالأثر النفسي الذي يحدثه الفعل أو التهديد به في نفوس عامة الناس، مصطفى مصباح إدباره، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٥٨) يخرج من نطاق تجريم الإرهاب أعمال مقاومة الشعوب المغلوب على أمرها والمحتلة، بما يتفق مع الميثاق وإعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بعلاقات الصداقة والتعاون بين الدول وبصفة خاصة الشعوب الواقعة تحت نظام استعماري أو أي شكل من أشكال الهيمنة الأجنبية، د. محمد محيي عوض، تعريف الإرهاب، الندوة العلمية الخمسون بعنوان تشريعات مكافحة

الإرهاب في الوطن العربي، الرياض، ١٩٩٩، ص ١٨.

(٥٩) مصطفى مصباح أدباره، مصدر سابق، ص ١٧٧.

الجاني راغباً في تنفيذ ما يهدده به، ولا أن يكون قادراً على التنفيذ وإنما يكفي التفوه عمداً بعبارات التهديد مع علمه بنتيجتها^(٦٠)، أما الثاني (التخريب) فإن له قاعدة أخرى ينطلق منها وهي الإلتلاف التي قد يعد التخريب صورة مشددة لها.

ثانياً: جريمة التخريب و جريمة التدمير: يستخدم جانب من الفقه مفهوم التخريب على أنه التدمير^(٦١) رغم اختلاف كل منهما عن الآخر من حيث المظهر فقط، وليس من حيث الأساس القاعدي، باعتبار أن الأخير هو أساس موحد لهما، إلا أنه يترتب على اختلاف مظهر كل منهما ما يبرر عدم انضباط استخدام أي من المصطلحين كمرادف للآخر. **فالتدمير** لا يمكن عده سوى نتيجة من نتائج التخريب، إذ أنه يعبر عن إيقاف مستديم لمال من الأموال عن طريق إتلافه كلياً إذا ترتب عليه إنهاء هذا المال بحيث ينبغي لاستعادته إعادة تكوينه من جديد.

ثالثاً: جريمة التخريب والكارثة: يخط جانب من الفقه^(٦٢) بين مفهوم التخريب والكارثة التي تأخذ حكم التدمير، إلا أنها صورة أكبر وأشمل منه، فهي أكثر ما تكون طبيعية، وهي مرحلة لاحقة على التدمير، ويتفقان على أنهما صور من نتائج التخريب ومثال ذلك إشعال النيران بجوار مستودعات النفط أو في الأماكن غير المسموح فيها إطلاقاً يمكن عده من الأفعال التخريبية ومن ثم يترتب عليه نتيجتها وهي **التخريب**، في حين أن سقوط السيكار بجوار أحد المستودعات أو خزائن النفط الخام ومواسير المياه التي تستخدم للحقن في مكامن النفط وغيرها ولو بحسن نية فتلك هي الكوارث، أما إذا حدث صدام مسلح في أحد المنشآت النفطية بين أفراد حمايتها وبين مجموعة من الإرهابيين دون أن يكون لهم الحق في استخدام السلاح أو المفترقات فذلك هو **الإرهاب**.

تتميز الأهداف النفطية بأمرين أساسيين يجعلها هدفاً لأي هجوم محتمل الأول أن النفط مادة إستراتيجية لا مثيل لها وأن الهجوم عليها يؤثر بشكل أساسي على الوضع الداخلي والدولي في آن واحد والثاني أن المنشآت النفطية أهداف سهلة الهجوم والتدمير، الأمر الذي يقتضي أن ندرس في هذا المبحث المصلحة المحمية في جريمة تخريب المنشآت النفطية والموضوع المادي للعدوان في هذه الجريمة، ومن ثم ندرس أركان التخريب وعقوبته وعلى النحو الآتي :

الفرع الثالث: المصلحة المحمية في جريمة تخريب المنشآت النفطية

لكي تأخذ الدولة مكانتها في المجتمع الدولي وتحقق أهدافها التي تصبو إليها على المستويين الداخلي والخارجي لا بد أن توفر أقصى درجات الحماية للثروة النفطية، ومن ثم تحقيق الخطط التي ترسمها للمستقبل، فالثروة النفطية تشكل عماد اقتصاد الدول النفطية، وتعرض هذه الثروة إلى التخريب، فإن ذلك يؤثر سلباً على انهيار وجود تلك الدولة اقتصادياً.

ويكاد يتفق الفقه القانوني على أن الموضوع القانوني للجريمة (المصلحة المحمية) يخرج عن مكونات النموذج القانوني للجريمة^(٦٣)، فالقاعدة الجنائية تشريعاً لا تحتوي الموضوع القانوني للجريمة، وإنما تشمل

(٦٠) د. إدوارد غالي الذهبي، دراسات في قانون العقوبات المقارن، مكتبة غريب، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٧٥.

(٦١) د. حميد عباس الساعدي، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(٦٢) د. حميد عباس الساعدي، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

(٦٣) د. أمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٤، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٢٨٣.

فقط الموضوع المادي للعدوان، وأما المصلحة المحمية جنائياً فتتواجد خلف السطور وتخضع لعامل التأمل الفقهي وطرائق التفسير^(٦٤).

وكما هو معلوم أن الدولة مالكة للنفط الخام في مكامنه (باطن الأرض)، فقد تلجأ إلى التعاقد مع شركات أجنبية أو وطنية على الاستفادة منه بتحقيق مكاسب مشتركة للطرفين والأسلوب المقرر بهذا الشأن هو النشاط النفطي المتعدد الوجوه الذي يستدعي قيام الطرف الآخر المتعاقد مع الحكومة العراقية بإنشاء منشآت نفطية تحقق مسعاه من التعاقد، وهو يحتاج بطبيعة الحال إلى حماية قانونية لاسيما الحماية الجنائية يقابله في الواقع التزام عليه وهو عدم ارتكاب ما من شأنه الإضرار بدولة العراق أو تعريضها للأخطار.

عليه فإن المصلحة المحمية بمقتضى هذا القانون هي موقف دولة العراق من العلاقة التعاقدية التي تجمعها بالطرف الآخر من العقد النفطي بحيث ينطبق النص حال وجود عدوان على أنشطة نفطية تملك الدولة العراقية المنشآت القائمة من خلالها سواء كانت هذه الملكية كلية أو جزئية، ويدخل في هذا الافتراض الملكية المشاعة لتلك المنشآت.

والسؤال المطروح هنا هل يعد العدوان على نشاط المتعاقد مع الحكومة العراقية عدوان على ثرواتها ومن ثم شموله بالحماية الجنائية؟

في الواقع أن نص المادة (٦ أولاً) من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ لم ينص صراحةً على ذلك وفي هذا توسيع لقاعدة المصلحة المحمية، ولأجل ذلك فإن الصحيح في اعتقادنا هو شمول الحماية بمقتضى هذا النص التجريمي لقاعدة المتعاقد مع الحكومة العراقية حال كون التعاقد النفطي بين الاثنين قائماً على أساس أن للدولة العراقية مصلحة في المنشآت النفطية القائمة، بحيث تكون في ملكيتها ولو جزئياً أو مشاعاً، فالعدوان كما هو واقع على المتعاقد فإنه واقع أيضاً على الدولة العراقية الطرف في هذا التعاقد. فالشرط العام أن تكون للدولة العراقية مصلحة في أي من المنشآت النفطية المذكورة، لكي يمكن القول بانطباق النص، لكن إذا كان للدولة العراقية نصيب في الإنتاج فقط دون أن تمتد مصلحتها إلى أي من هذه المنشآت فإن النص لا يعد منطبقاً حال حدوث العدوان، وإنما ينبغي البحث عن نص قانوني آخر يكون أكثر انطباقاً إذ لا مصلحة للدولة العراقية سوى فيما يتعلق بحصتها التي يلتزم بها المتعاقد الآخر، ذلك أن العدوان هنا كان قاصداً منشآت الأجنبي وليس ثروات الدولة العراقية، وتلك تحميها نصوص أخرى غير نص المادة (٦ أولاً) تطبيقاً لقاعدة التفسير الضيق للقاعدة الجنائية.

إذا المصلحة المحمية في هذا النص هي تلك المتعلقة بثروات الدولة العراقية ليس إلا وتحديداً ما هو متعلق بأملكها من المنشآت النفطية سواء كانت هذه الملكية كلياً أو جزئياً أو مشاعاً، بحيث يخرج عن هذا المدلول كل ما من شأنه أن يكون غير ذلك كأن تكون الملكية لتلك المنشآت للمتعاقد المستثمر مع الدولة أو تكون لطرف ثالث شريطة ألا تكون الدولة تملك معه نصيب فيها.

المبحث الثالث

أركان جريمة تخريب المنشآت النفطية وعقوبتها

تتسم جريمة تخريب المنشآت النفطية بخطورة بالغة بالنظر لما لها من تأثيرات سلبية عميقة على سياسة العراق الاقتصادية، فهي تطول جوانب رئيسية منها، كما هو الحال عندما تنشط عمليات تهريب النفط أو مشتقاته إلى خارج البلاد، حيث يمكن أن يخلق ذلك تياراً واسعاً من تداول هذا المنتج الاستراتيجي لخدمة

(٦٤) د.رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ١٨، أيضاً نظرية التجريم في القانون الجنائي، ط ٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٨٣، وأيضاً د.آمال عثمان، مصدر سابق، ص ٢٨٦.

حركة التهريب، وظهور حالات الشحة في السوق، مما يؤثر في انسيابية المعروض ويؤدي إلى ارتفاع أسعاره ويخلق إرباكاً واضحاً في السياسة التجارية وعدم استقرار سعر الصرف للعملة الوطنية والمتاجرة غير المشروعة فيه ومحاولة الخروج على القانون بغية الكسب السريع غير المشروع أو لتمويل الإرهاب في العراق الذي يستهدف تفجير أنابيب وأبار نفطه لجزء من خطة سياسية لضرب تجربة جديدة في العراق. وعليه فإن هذه الجريمة تقوم على ركنين أساسيين وهما **الركن المادي والركن المعنوي**، ثم العقاب على جريمة التخريب وفق أحكام المادة (٦) أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته النافذ، وهذا ما سنبحثه بالشكل الآتي:

المطلب الأول: أركان جريمة تخريب المنشآت النفطية

إن أهمية تحديد مفهوم جريمة تخريب المنشآت النفطية لا يفيد فقط في اتخاذ التدابير القانونية و الإجراءية لمواجهة خطر هذه الجريمة المتزايد في الانتشار، وإنما أيضاً في تحديد أركان الجريمة بما يتفق مع مبدأ الشرعية الجنائية، عليه تتكون جريمة تخريب المنشآت النفطية كغيرها من الجرائم العمدية من ركنين أساسيين أحدهما مادي والآخر معنوي وسوف نعود إلى بحثهما في فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الركن المادي

يقوم الركن المادي لجريمة تخريب المنشآت النفطية على ثلاثة عناصر وهي نشاط إجرامي ونتيجة تخريبية ثم علاقة سببية بين الاثنين وسوف نبين ذلك تباعاً:

أولاً: النشاط والسلوك المادي: وهو إما أن يكون سلوكاً إيجابياً وإما أن يكون سلبياً أو أن النشاط المادي كأحد عناصر الركن المادي في هذه الجريمة يمكن أن يقع بشكل إيجابي كما يمكن أن يقع بشكل سلبي وذلك فيما يتعلق بالواقعة الإجرامية التخريبية، كما أن هذه الجريمة يمكن أن تقع من أي شخص عادياً كان أم موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة^(٦٥) من خلال أعمال التنقيب أو أي فعل آخر^(٦٦).

عليه نجد أن المشرع العراقي عاقب على جريمة التخريب العمدي في المادة (٦ أولاً) من القانون المذكور كل من يرتكب الجريمة التخريبية وذلك دون مراعاة للجانب الوضعي في القانون الجنائي أي شخص المجرم إذ يستوي فيها أن يرتكب الجريمة شخصاً عادياً أو أن يكون مرتكبها موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة للزوم العمد هنا، ثم إن المشرع لم يعتد بالصفة حين ارتكاب الجريمة المذكورة.

والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن تطبيق نص المادة (٦ أولاً) فيما لو أخل الموظف بواجباته أو تراخى أو امتنع عن القيام بها وتسبب عن ذلك تخريب منشأة نفطية أو أحد ملحقاتها؟ كما هو معلوم أن الإهمال والتقصير في أداء الواجب الوظيفي يتحقق بترك الموظف لعمله المنوط به بأن يتغاضى عنه أو يؤديه بتراخٍ وتباطؤ دون عذر مشروع لما في ذلك من إخلال بحق الواجب الوظيفي والإساءة إلى المصلحة العامة كما أن مفهوم (الإهمال) يبدو مختلف تماماً عن مفهوم الامتناع عن أداء الواجب الوظيفي الذي يتحقق بتعمد الموظف أو المكلف بخدمة عامة عدم قيامه بذلك العمل دون وجه حق والتخلي عنه كلياً أما بنية عرقلة العمل أو الإساءة إلى الغير أو لأي سبب آخر غير مشروع.

وعليه فإن النشاط السلبي قد يكون نشاطاً كلياً كما في جرائم الإضراب التي تستلزم توقفاً كلياً عن العمل أي امتناعاً كلياً دون انقطاع عن سلوك إيجابي ينبغي السير فيه حمايةً لحق أو لمصلحة، بحيث يكون ما يتخذه

(٦٥) محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥١٤.
(٦٦) في الواقع هناك صور للتخريب أخرى وهي ((التعبيب والتعطيل وإساءة الصنع وإساءة الإصلاح))، عاصي إبراهيم علي العاصي، جريمة التخريب الاقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ٧٢.

المتع هنا هو الجانب السلبي جزئياً بحيث لا يكون كلياً، ولا يلزم فيها ترك الموظف أو المكلف بخدمة عامة لعمله كلياً وإنما الترك الجزئي.

إذا الموظف أو المكلف الذي يرتكب امتناعاً جزئياً وليس كلياً ويتسبب عند حدوثه تخريباً لمنشأة نفطية أو أحد ملحقاتها لا يكون خاضعاً للعقاب بمقتضى المادة (٦ أولاً) من قانون تهريب النفط ومشتقاته التي تعاقب فقط على الامتناع الكلي وإنما يكون فعلاً خاضعاً للعقاب وفق المادة (٣٤١) من قانون العقوبات العراقي^(٦٧) وهي أشد من عقوبة المادة (٣/٣٥٣) من قانون العقوبات العراقي^(٦٨).

يتضح مما تقدم إن المشرع العراقي قصد بالمادة (٦ أولاً) من قانون تهريب النفط ومشتقاته هو العقاب على حالة الجرائم السلبية ذات النتيجة وهي حالة الموظف أو المكلف الذي يرتكب نشاطاً إيجابياً أو سلبياً (امتنع) كلياً عن القيام بواجبه فيترتب عليه تخريباً لمنشأة نفطية أو أحد ملحقاتها.

ثانياً: النتيجة الجريمة: وهي العنصر الثاني المطلوب في الجرائم السلبية ذات النتيجة ممثلة بالتخريب، وهو ما يدعو إلى القول بأن النشاط المادي الإلتفافي الذي يقوم به الجاني ينبغي أن يرتب مقصوده ألا وهو النتيجة التخريبية، إذ ينبغي أن تتحقق هذه النتيجة سواء كان ذلك بفعل إيجابي أو سلبي. وأي نشاط سلب لا يترتب هذه النتيجة لا يخضع مرتكبه للعقاب بمقتضى قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٨ بل يجب أن يكون هذا النشاط مؤدياً إلى نتيجة محددة هي التخريب المستند إلى القاعدة الإلتفافية دون غيرها إضراراً بمصلحة الدولة في علاقاتها التعاقدية الاستثمارية أو ملكيتها الخاصة في هذا الشأن.

ثالثاً: العلاقة السببية: وهذه تمثل العنصر الثالث المطلوب في الركن المادي لجريمة تخريب المنشآت النفطية أو أحد ملحقاتها، سواء كان النشاط الذي أتاه الجاني إيجابياً أو سلبياً، إذن العلاقة السببية هي علاقة مادية بين نشاط المخرب ممثلاً بالنتيقيب أو أي فعلٍ آخر والنتيجة التخريبية التي بها تكتمل عناصر الركن المادي لهذه الجريمة، مترتباً كأثر على النشاط المخرب المحذور، وفي حالة انتفائها لا يمكن أن تتحقق أركان الجريمة.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

إن جريمة تخريب المنشآت النفطية أو أحد ملحقاتها سواء ارتكبت بنشاط إيجابي أو سلبي ينبغي أن يتخذ الركن المعنوي فيها الصورة العمدية لعدم إيراد المشرع العراقي صراحة لحالة (الخطأ) في المادة (٦ أولاً) من قانون تهريب النفط ومشتقاته، بل أن المشرع وإن كان قد أهمل التصريح، فإنه يتطلب (العمد) في المادة المذكورة، الأمر الذي يؤدي إلى انطباق القواعد العامة هنا، من حيث أن القاعدة العامة المنطبقة هي صورة (القصد الجنائي) أو (العمد) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومن ثم يستبعد (الخطأ) من نص المادة (٦ أولاً)، ذلك لأن المشرع يشترط لإقرار (الخطأ) النص الصريح عليه وهو ما لم يحدث في إطار المادة المذكورة، مما يفيد أن الصورة المطلوبة فيه هي (العمد)^(٦٩).

^(٦٧) نصت المادة (٣٤١) من قانون العقوبات عراقي بأنه "يعاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة تتسبب بخطئه الجسيم إلى إلحاق ضرر جسيم بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال أو مصالح الأشخاص المعهود بها إليه إن كان ذلك ناشئاً عن إهمال جسيم بأداء وظيفته أو عن إساءة استعمال السلطة أو إخلال جسيم بواجبات وظيفته".

^(٦٨) حيث نصت على أنه "ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب بخطئه بإحداث جريمة من الجرائم المذكورة في الفقرة (١) من المادة (٣٥٣) من قانون العقوبات العراقي".
^(٦٩) المراد بالخطأ هنا هو الخطأ غير العمدية، فهو عدم اتخاذ الجاني واجب الحيطة والحذر الذي يقتضيه النظام القانوني وعدم حيلولته تبعاً لذلك من أن يؤدي سلوكه إلى حدوث النتيجة الجريمة، بينما يكون بوسع الشخص المعتاد إذا وجد في ظروف الفاعل أن يحول دون حدوثها، د. علي حسين الخلف، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد، ١٩٨٢، ص ٣٥٠.

والقصد المطلوب هنا هو (القصد العام) من حيث افتراض العلم والإرادة، فينبغي أن يكون مرتكب (التخريب) مريداً له عالماً أن بعمله يترتب التخريب كنتيجة، وفضلاً عن ذلك يتطلب القانون في هذه الجريمة (قصد خاص)، بما يفيد اتجاه إرادة الجاني إلى (تهريب) النفط أو مشتقاته إلى الخارج وحرمان البلاد من مصدر أحادي المورد وهو النفط، وعليه فإذا لم يتوافر القصد الخاص هنا فقد التجريم مضمونه وأصبح الفعل خاضعاً لنص تجريم آخر^(٧٠).

إذن القصد الخاص في هذه الجريمة يراد به إحداث واقعة غير تلك التي أثمرت عنها الجريمة بشكل مباشر، هنا الاتجاه غير المباشر يأخذه القانون في الاعتبار ويرتب عليه آثاره ولا يعتد بالباعث على ارتكاب هذه الجريمة ولا يدخل في تكوين القصد الجنائي^(٧١).

المطلب الثاني: العقوبة المقررة لجريمة تخريب المنشآت النفطية

أحال نص(٦أولاً) من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ فيما يتعلق بالشق العقابي منه إلى قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ وجاء فيه بأنه" يعاقب بموجب أحكام قانون مكافحة الإرهاب كل من يقوم بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب والخزانات وغيرها، من خلال عمليات التنقيب أو أي فعل آخر لأغراض التهريب".

وهذا يعني أن الجريمة المذكورة أصبحت من الجرائم الإرهابية^(٧٢) التي نصت عليها المادة(٢/٢) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي النافذ بأنه " تعد الأفعال الآتية من الأفعال الإرهابية: العمل بالعنف والتهديد على تخريب أو هدم أو إتلاف أو إضرار ن عمد مباني أو أملاك عامة أو مصالح حكومية أو مؤسسات أو هيئات حكومية أو دوائر الدولة والقطاع الخاص أو المرافق العامة والأماكن العامة المعدة للاستخدام العام... الخ".

وقد تضمنت المادة الرابعة من القانون المذكور العقوبات التالية :

(١) يعاقب بالإعدام كل من ارتكب بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً عمل أياً من الأعمال الإرهابية الواردة بالمادة الثانية والثالثة من هذا القانون يعاقب المحرض والمخطط والممول وكل من مكن الإرهابيين من القيام بالجرائم الواردة في هذا القانون بعقوبة الفاعل الأصلي.

(٢) يعاقب بالسجن المؤبد من أخفى عن عمد أي عمل إرهابي أو أوى شخص إرهابي بهدف التستر.

كما تضمنت المادة السادسة من القانون المذكور ما يلي:

(١) تعد الجرائم الواردة في هذا القانون من الجرائم العادية المخلة بالشرف.

(٢) تصدر كافة الأموال والمواد المضبوطة والمبرزات الجرمية أو المهيئة لتنفيذ العمل الإجرامي.

وهنا ننظر المحكمة الجنائية المركزية في الدعاوى المشمولة بقانون مكافحة الإرهاب العراقي^(٧٣).

(٧٠) المادة (١/٣٥٣) من قانون العقوبات العراقي.

(٧١) نصت المادة(٣٨) من قانون العقوبات العراقي على انه" لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(٧٢) عرفت المادة الأولى من قانون مكافحة الإرهاب العراقي النافذ (الإرهاب) بأنه" كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدف فرداً أو مجموعة أفراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية أوقع الأضرار بالملكات العامة أو الخاصة بغية الإخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار والوحدة الوطنية أو إدخال الرعب والخوف والفرع بين الناس أو إثارة الفوضى تحقيقاً لأغايات إرهابية".

(٧٣) ينظر القسم (١٨) من أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم ١٣ في ٢٢ نيسان ٢٠٠٤ الخامس بتحديد الولاية القضائية التقديرية للمحكمة الجنائية المركزية العراقية المنشور في العدد ٣٩٨٣ في حزيران ٢٠٠٤.

وفي الواقع لدينا تعليق على نص المادة (٦أولاً) من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨:

(١) إن التهريب ليس من جرائم الإرهاب وإنما يعد من الجرائم الاقتصادية التي تتسم بخطورة بالغة بالنظر لما له من تأثيرات سببية عميقة على السياسة الاقتصادية للدولة وقد دل المشرع العراقي على ذلك صراحةً في الأسباب الموجبة لقانون رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ بأنه " لما كان التهريب من الجرائم الاقتصادية التي تتسبب في تخريب أمن واقتصاد البلد... الخ "(٧٤).

(٢) إن المشرع العراقي وإن توسع في تعريف الإرهاب في المادة الأولى من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥، بحيث أدخل في عمومته ((الغرض)) و((الغاية)) و((القصد)) إلا أنه لم يدخل التهريب في مدلول الإرهاب، باعتبار أن مفهوم الإرهاب شيء ومفهوم التهريب شيء آخر، وأن ارتباط الأخير بفعل التخريب لنوع متميز من المنشآت الحيوية ألا وهي ((المنشآت النفطية)) والذي يعد من أفعال الإرهاب المنصوص عليها في المادة الثانية الفقرة (٢) من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته العراقي.

(٣) إن عدم وجود الشق العقابي في المادة (٦أولاً) والإحالة بموجبها إلى القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ أضحت إحالة غير ذات معنى، فما هو مقرر الآن هو قيام التجريم فقط دون وجود العقاب، ومن المعلوم أن المعيار المميز للقاعدة الجنائية هو ضابط الجزاء الجنائي للسلوك الإجرامي.

(٤) إن الإحالة في الشق العقابي على قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ النافذ يعد من الأمور المنتقدة باعتبار أنها تخلق فاصلاً زمنياً بين مدلول الجزاء حال صدور قانون مكافحة الإرهاب وما يترتب على ذلك من مظاهر تطبيق القانون الأصلح للمتهم.

(٥) إن عقوبة الإعدام بمقتضى نص المادة الرابعة من قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ النافذ لا تزال تثير جدلاً واسعاً سواء في إطار مدلولها العالمي أو على المستوى النظري بين الإبقاء عليها أو إلغاؤها، فهي ذات طابع استثنائي على الأصل المقرر لفعل التخريب الوارد في المادة (١/٣٥٣) من قانون العقوبات العراقي التي تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس كل من أحدث كسراً أو إتلافاً أو نحو ذلك في الآلات أو الأنابيب أو الأجهزة الخاصة بمرفق المياه أو الكهرباء أو الغاز أو غيرها من المرافق العامة إذا كان من شأن ذلك تعطيل مرفق. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو الحبس إذا ترتب على ذلك تعطيل المرفق فعلاً(٧٥).

(٦) لم يبين المشرع العراقي موقفه ممن يتمكن من الاستيلاء على إحدى المرافق التابعة لأحدى المنشآت النفطية ويتسبب ولو مؤقتاً في توقف أو انقطاع إمداد أو توصيل المنتجات البترولية أو الغاز الطبيعي أو المياه أو منع قسراً إصلاح شيء مما ذكر. عليه ندعو المشرع إلى إضافة نص بهذه الحالة بالتجريم والعقاب على أن تكون الصيغة المقترحة على النحو الآتي: (يعاقب بالسجن كل من قام بالاستيلاء على أحد المرافق الخاصة بالمنشآت النفطية بالقوة أو بأي طريقة كانت بحيث يترتب على ذلك توقف أو انقطاع إمداد أو توصيل المنتجات البترولية أو الغاز الطبيعي أو المياه ولو مؤقتاً وكل من منع قسراً إصلاح شيء مما ذكر).

(٧٤) ينظر الوقائع العراقية، العدد ٤٠٩٥ في ٢٠٠٨/١١/٣، ص ١٢.

(٧٥) لقد أصدر المدير الإداري لسلطة الائتلاف المؤقت أمراً برقم (٣١) القسم (١/٤) في ٢٠٠٣/٩/١٣ قرر بموجبه تشديد العقوبة المنصوص عليها في هذه الفقرة وجعلها السجن المؤبد (مدى الحياة) التي تنتهي بوفاته، ولا يشمل المحكوم بالمادة (٢٣١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

(٧) في العصر الحديث لم تعد جسامة العقوبة وشدتها الوسيلة المثلى لمكافحة الجريمة، لذلك لا بد من سلوك السبل المؤدية إلى إزالة الجريمة والوقاية منها، وهذا ما أوصت به الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي المنعقدة في القاهرة عام ١٩٦٦ بشأن العقوبات الاقتصادية ودعت إلى لزوم بنائها على قواعد من التطلعات الحديثة والعلمية في هذا المجال^(٧٦).

(٨) أسلفنا في ما مضى أن الهجمات التي تستهدف المنشآت النفطية يكون الغرض منها إما سرقة النفط وبيعه في السوق السوداء أو تهريبه لدول الجوار، وأما استهدافها لأغراض إرهابية وأن كلا الحالتين تخضع لنص المادة (٦ أولاً).

وهذا في اعتقادنا خلط كبير في حين أن الحالة الأولى المذكورة من الممكن أن تكون في حكم المادة (٣ أولاً) من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته الناقد التي تعاقب بالحبس أو السجن والغرامة بخمسة أضعاف المادة المهربة... الخ طالما أن تخريب المنشأة النفطية لم يكن لدوافع إرهابية وإنما لغرض المتاجرة بالنفط أو مشتقاته في السوق السوداء.

الخاتمة

إن أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة يمكن إيجازها في الآتي :

أولاً : النتائج

(١) ليس هناك اتفاق في الفقه العربي على صياغة تعريفاً لمفهوم التخريب وذلك لاختلاف وجهات نظرهم بشأن الأساس الذي يقوم عليه هذا النشاط، وبدوري أيدت التعريف الذي استقر عليه جانب من الفقه العربي المقارن الذي اعتمد على مفهوم الإتلاف كأساس قاعدي للتخريب والذي يلتقي بمفردات كثيرة تنتمي للقاعدة الإتلافية مثل التعيب والتعطيل وإساءة الصنع وإساءة الإصلاح.

(٢) لاحظنا أن المصلحة المحمية في نص المادة ٦ أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته لا تقتصر على الدولة العراقية كمالكة للمنشأة النفطية ومتعاقدة في آن واحد فحسب وإنما تشمل فضلاً عن ذلك المتعاقدين الأجانب معها أيضاً، على أساس أن للدولة العراقية مصلحة في تلك المنشأة النفطية، شريطة أن يكون التعاقد بين الاثنين قائماً.

(٣) وجدنا أن الموضوع المادي للعدوان في جريمة تخريب المنشأة النفطية كما هو محدد في المادة (٦ أولاً) من القانون المذكور يتحدد بالمنشأة النفطية التي تكون الآلة العاملة أو المنتجة للنفط الأساس في عملها، ولا يشمل النص المذكور (المبنى الإداري) الخاص بالشركة أو المؤسسة النفطية أو الوزارة التي يكون مقر عملها في العاصمة مثلاً.

(٤) تبين لنا أن الحماية الجنائية التي شملها نص التجريم لا يقتصر على الأنابيب والخزانات النفطية فقط، وإنما تشمل ما هو (ملحق) بالمنشأة النفطية التي لم يوضحها النص، وهي كل ما يؤدي دوراً غير مباشر في حركة المنشآت النفطية ذاتها حتى وإن كانت قائمة بذاتها دون المنشأة النفطية وهو مسلك يُحمد عليه مشرعنا.

(٥) لوحظ أن المشرع العراقي قد خلط بين مفهوم التخريب كجريمة إرهابية ومفهوم التهريب كجريمة اقتصادية رغم اختلاف الأساس القاعدي الذي ينتمي كل منهما إليه، في حين حدد المشرع موقفه من التهريب في الأسباب الموجبة لصدور قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته الناقد.

(٧٦) مصطفى التونسي، قاضي التحقيق الاقتصادي، بحث بعنوان مكافحة الجرائم الاقتصادية والظواهر الإنحرافية والوقاية منها الذي ألقى في الندوة العلمية (٤١) المنعقدة في الرياض، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، ١٩٦٦ ص ٣٢٠.

ثانياً : التوصيات

- (١) إلغاء نص المادة (٦ أولاً) من قانون تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ كون التهريب جريمة اقتصادية لم يشر إليها في قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥، ومن ثم لا يمكن إحالة عقوبته إليه.
- (٢) تعديل نص المادة (٣) من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته على النحو الآتي :
أولاً: يعاقب بالحبس كل من خالف أحكام المادة (١) من هذا القانون سواء كان فاعلاً أو شريكاً في الجريمة.
- ثانياً:** يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة كل من قام بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب أو الخزانات وغيرها من خلال عمليات التنقيب أو أي فعل آخر لأغراض التهريب.
- ثالثاً:** يعاقب بالغرامة بخمسة أضعاف المادة المهربة كل من ارتكب أفعال التهريب المنصوص عليها في البندين أولاً وثانياً من المادة المذكورة.
- (٣) إضافة نص إلى قانون تهريب النفط ومشتقاته يعاقب كل من يتسبب ولو مؤقتاً في توقف أو انقطاع إمداد أو توصيل المنتجات البترولية أو الغاز الطبيعي أو المياه أو منع قسراً إصلاح شيء مما ذكر على أن تكون الصيغة المقترحة على النحو الآتي: (يعاقب بالسجن كل من قام بالاستيلاء على أحد المرافق الخاصة بالمنشآت النفطية بالقوة أو بأي طريقة كانت بحيث يترتب على ذلك توقف أو انقطاع إمداد أو توصيل المنتجات البترولية أو الغاز الطبيعي أو المياه ولو مؤقتاً وكل من منع قسراً إصلاح شيء مما ذكر).
- (٤) دعم الاتجاه العلمي في دراسة الظواهر والدوافع لجريمة تخريب المنشآت النفطية لأن الوقاية وما تعتمد من تدابير تتطلب معرفة الأسباب والظروف التي أدت إلى ظهور هذه المشكلة في الزمان والمكان المعينين.
- (٥) إنشاء مركز دراسات وأبحاث تهتم بالإحصاءات الخاصة بالتخريب الإرهابي للمنشآت النفطية بتحليلها وتحديد سمات التطور في هذه المشكلة يكون ارتباطه بوزارتي النفط والداخلية.
- (٦) استبعاد العناصر المشبوهة وأرباب السوابق عن العمل في مجال المنشآت النفطية، إذا كان في تاريخ عملهم الوظيفي ما يشير إلى ارتكابهم جرائم تمس النشاط النفطي.
- (٧) التنسيق بين مختلف المؤسسات والجهات ذات العلاقة بالتصدي لأعمال التخريب التي تستهدف أنابيب النفط والمنشآت النفطية لتبادل المعلومات وترتيب نشاطات الوقاية والمتابعة بينها لمنع التقاطع في إجراءاتها وبما يعزز تفاعلها من أجل بلوغ جميع أهدافها في منع مظاهر التخريب الإرهابي لقطاع النفط العراق

المصادر

أولاً: الكتب

- (١) د. إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة ٣٤، القاهرة، ١٩٨٢.
- (٢) د. إدوارد غالي الذهبي، دراسات في قانون العقوبات المقارن، مكتبة غريب، القاهرة، ١٩٩٢.
- (٣) د. أمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ١٤، القاهرة، ١٩٧٢.

- (٤) د. حميد عباس أساعدي، الحماية القانونية للمؤسسات الاشتراكية العامة في الجماهيرية الليبية، دراسات قانونية، بنغازي، ١٩٨١.
- (٥) حسين حمودة المهدي، موجز في جرائم الموظفين الاقتصادية، ط ١، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ١٩٨٥.
- (٦) د. عبد المهيم بكر سالم، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
- (٧) عاصي إبراهيم علي العاصي، جريمة التخريب الاقتصادي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة بغداد، ١٩٩٣.
- (٨) د. علي حسين الخلف، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد، ١٩٨٢.
- (٩) د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣.
- (١٠) د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، ط ٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- (١١) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.
- (١٢) د. مأمون محمد سلامة، القسم الخاص قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
- (١٣) د. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- (١٤) آ.د. محمد محيي عوض، تعريف الإرهاب، الندوة العلمية / ٥٠، بعنوان تشريعات مكافحة الإرهاب في الوطن العربي، الرياض، ١٩٩٩.
- (١٥) مصطفى مصباح أدباره، الإرهاب، ط ١، بنغازي، ١٩٩٠.
- (١٦) مصطفى التونسي، بحث (مكافحة الجرائم الاقتصادية والظواهر الانحرافية والوقاية منها)، الندوة العلمية / ٤١، الرياض، مركز الدراسات والبحوث، ١٩٩٦.
- (١٧) د. صبيح مسكوني، الهيكل التنظيمي للمنشآت الشعبية، دراسات قانونية، العدد ١٠، السنة ١١، بنغازي، ١٩٨١.

ثانياً: التقارير

- (١) تقرير الكون كرس الأمريكي بعنوان (أمريكا تغزو الخليج العربي)، ترجمة وجيه راضي، ط ١، القاهرة، ١٩٩١.
- (٢) تقرير وزارة النفط العراقية المنشور في جريدة الشرق الأوسط (جريدة العرب الدولية)، العدد ٩٩٤٦ لسنة ٢٠٠٦، على الموقع الإلكتروني بالترميز www.aawsat.com.

ثالثاً: القوانين

- (١) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- (٢) قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- (٣) قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥.
- (٤) قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨.

رابعاً: أوامر سلطة الائتلاف

- (١) أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم ٣١ في ١٣/٩/٢٠٠٣.
- (٢) أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم ١٣ في ٢٢/٤/٢٠٠٤.

خامساً: الوقائع العراقية

- (١) العدد ٣٩٨٣ في حزيران ٢٠٠٤.
- (٢) العدد ٤٠٩٥ في ٣/١١/٢٠٠٨.

السلطة التقديرية لقاضي محكمة الاحوال الشخصية

في إجراءات دعوى الأثاث الزوجية ووسائل أثباتها

م.م. عباس السعدي
كلية المأمون الجامعة

Abstract

The claim of wife ,s furniture have taken spcial importance at Iraqi family. because the ownership of the wife,s furniture is considered avery important issue , this is of course what has been said by legislator ,judge and lawyer as well as the wife and husband.

The case also placed certain debate among individuals who work in the law field. Thecurrent hupit in Iraq allows the hasband to prepare the legislated house for his wife. After the formal marriage has taken place , the wife has become the owner of the furniture.

The civi lion judge has the active role in administerrin the claim positively in order to fulfill fair and urgent sentences. Alos the court has the estimated authority in this field brcause the issue is related to the aspects of ensuring the furniture claim.

المقدمة

عند البحث في دعوى المطالبة بأثاث بيت الزوجية باعتبارها الوثيقة أو الوسيلة القانونية التي تعتمد عليها للوصول الى حقها أو الدفاع عنه وحمايته أمام القضاء، والمحاكم المدنية هي صاحبة الولاية العامة بالقضاء. ومنذ صدور القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠١ لتعديل المادة (٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية أصبح النظر في دعوى غصب الأثاث الزوجية من اختصاص محاكم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية بدلا من محاكم البداية. وقراراتها تخضع للطعن تمييزا فقط لدى محكمة التمييز الاتحادية. وفي أكثر الاحيان يرد عند إقامة الدعوى أو قبل أقامتها طلبا منفردا أو مع عريضة الدعوى بأيقاع الحجز الاحتياطي على الأثاث الزوجية المدعى بها.

ومن إجراءات دعوى غصب اثاث الزوجية أمام محكمة الاحوال الشخصية المختصة هي بعد أن يتصادق الطرفين أو وكيلاهما على الزوجية والدخول أو الطلاق من عدمه، وتقديم المستمسكات القانونية (كعقد الزواج أو قرار الطلاق) يتحقق القاضي عن محل سكناهم في بداية الزواج أو وقت الطلاق، ثم يكلف المدعية ببيان مصادر تملك الأثاث الزوجية (هل هي من مهرها المعجل ام هي هدية قدمت اليها بمناسبة زواجها او مناسبة اخرى او وهبت اليها من قبل الزوج او غيره او اشترته من اموالها الخاصة أو آلت اليها أرثا) ثم تكلف باثبات عائلية وملكية الأثاث الزوجية بكافة طرق الاثبات القانونية، ومنها الاستماع الى اقوال شهود الطرفين وترجيح شهود احد الطرفين على الاخر من بيان اسباب الترجيح ومنح الطرف الذي لم

تترجح المحكمة شهادته اليمين الحاسمة وفقا لاحكام المادة ١١٨ من قانون الاثبات، وبعدها اذا تصادق الطرفان على اقيام الاثبات المقدره في القائمة موضوع الدعوى او ينتدب خبير قضائي أو أكثر لتقدير قيمة الاثبات الزوجية وقت المطالبة القضائية (اي بتاريخ اقامة الدعوى ودفع الرسم القانوني عنها) أما في المرافعة الغيابية فان المحكمة من تلقاء نفسها تنتخب خبيرا قضائيا لتقدير اقيام الاثبات الزوجية وبعد ختام المرافعة تصدر قرارها ويكون قابلا للتمييز أمام محكمة التمييز الاتحادية خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم الحضورى، أما المرافعة الغيابية فيكون الحكم قابلا للاعتراض - أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الاول -، وله حق الطعن بطريق التمييز. وهذا ما سنتناوله في المبحث الاول، وفي مطالب ثلاث.

أما الاثبات القضائي فهو التأكيد أمام القضاء وبموجب أدلة محددة قانونا، على صحة الواقعة المتنازع عليها، ويترتب على ثبوت صحتها آثار قانونية. وقواعد الاثبات (البيئات) تحتل أهمية خاصة فيه، وللقاضي المدني دور فاعل في إدارة الدعوى بأيجابية مؤثرة تحقق أحكاما عادلة وعاجلة. ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في هذا المجال بأعتبار أن الامر متعلق بأوجه أثبات دعوى الاثبات الزوجية ووسائله. وكذلك الحال في قبول دخول الشخص الثالث في هذه الدعوى ومصير الحلي والمصوغات الذهبية. وهذا مدار المبحث الثاني في مطالب أربعة وعلى التوالي.

المبحث الأول

الاختصاص النوعي الشرعي وطرق الطعن القانونية

يقصد بالاختصاص النوعي، هو تحديد اختصاص وأهلية المحكمة لرؤية دعاوى معينة بصرف النظر عن قيمتها بمقتضى قانون المرافعات المدنية الذي حدد أنواع الدعاوى. وقواعد هذا النوع في الاختصاص هو الذي يحدد المنازعات التي تختص بها المحاكم البدائية أو المحاكم الشرعية أو محاكم الاستئناف أو محكمة التمييز^١ ويعتبر من النظام العام. ويجوز الدفع به من قبل الخصم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إن تقرر رد الدعوى التي ليست من اختصاصها النوعي. هذا وان الاختصاص النوعي للمحكمة الشرعية قد ورد على سبيل الحصر في الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية وهي (المادة ٣٠٠) المعدلة وتعتبر المحاكم الشرعية ذات الولاية العامة للنظر في قضايا الأحوال الشخصية لكافة العراقيين إلا إذا وجد نص على خلاف ذلك، وتطبق قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته . وطرق الطعن في الأحكام هي الوسائل القضائية التي قررها القانون للمحكوم عليه للوصول إلى إعادة النظر في الحكم الصادر عليه بقصد تعديله أو إلغائه^٢ وحدد القانون مددها حتى إذا انقضت تلك المدد(المواعيد) أصبحت الأحكام حائزة لدرجة البتات وتصبح عنوانا للحقيقة القضائية.

هذا ويلاحظ إن دعاوى الأثبات الزوجية أصبحت من اختصاص محاكم الأحوال / والمواد / الشخصية مهما كانت قيمة الدعوى، والنظر إلى صفة الطرفين، حيث تختص محاكم الأحوال الشخصية بنظر دعوى الاثبات الزوجية إذا أقامها أحد الزوجين على الآخر، ويكون الحكم فيها نهائيا غير قابلا للاستئناف، وإنما قابلا للتمييز فقط وإمام محكمة التمييز الاتحادية حصرا. أما إذا أقامها أحد الزوجين على غير الزوج فتختص بها محاكم البداءة.

^١ انظر القاضي ضياء شيبه خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني بغداد - ١٩٧٣، ص ١٤٥-١٥٤ وكذلك د. محمد جابر الدوري، الصيغ القانونية بمقتضى أحكام قانون المرافعات المدنية دراسة ميدانية، شركة اسيا مطبعة الشعب، ١٩٩٠، ص ٦٦-٦٩

^٢ انظر ضياء شيبه خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص ٢٨٧-٢٨٨ .

لذا سنتناول موضوع نقل الاختصاص النوعي من محاكم البدءاء إلى محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في مطلب أول ونتطرق إلى طرق الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى غصب الأثاث الزوجية في المطلب الثاني .

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر دعوى غصب الأثاث الزوجية وظيفيا ومكانيا

نقل الاختصاص النوعي للنظر في دعاوى أثاث بيت الزوجية من محاكم البدءاء إلى محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية.

صدر القانون المرقم (٨٣) لسنة ٢٠٠١ قانون تعديل قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الذي قضى بإلغاء نص المادة (٣٠٠) التي تختص باختصاصات محكمة الأحوال الشخصية وإحلال مادة بديلة محلها، وقد أضاف التشريع الجديد لاختصاصات هذه المحكمة، الدعوى المتعلقة بأثاث بيت الزوجية. وجاء في الأسباب الموجبة لهذا التعديل إن النظر في المنازعات المتعلقة بأثاث بيت الزوجية يلزم إن يكون من محكمة الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ومحكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين لأن كلا منهما تختص بنظر المنازعات كافة المتعلقة بالأموال الزوجية لأن كلا من المحكمتين أدري واقرب إلى حقيقة عانديه الأثاث^١ كما إن نقل اختصاص النظر في هذه الدعاوى من محاكم البدءاء سيوفر الوقت والمال للزوجة التي تطالب بأثاث بيت الزوجية والتي غالباً ما تحتاج إلى الرعاية وضرورة حسم الدعوى بأسرع ما يمكن لأن هذه الدعاوى أصبحت غير خاضعة للطعن بطريق الاستئناف. ثم صدر بيان من السيد وزير العدل بتاريخ ٢٦/١١/٢٠٠٢ تقرر بموجبه استمرار محاكم البدءاء بالنظر في الدعاوى المتعلقة بأثاث بيت الزوجية المقامة لديها وحسمها وفق القانون، أي إن محكمة الأحوال الشخصية / المواد الشخصية أصبحت هي المحكمة المختصة في نظر دعاوى غصب الأثاث الزوجية اعتباراً من ٥/١١/٢٠٠١.

وبذلك تكون المحكمة المختصة بنظر دعوى غصب الأثاث الزوجية وظيفيا ونوعيا هي (محكمة الأحوال الشخصية / والمواد الشخصية لغير المسلمين) حالياً. وقضت محكمة التمييز بالقرار المرقم ١٣٦ / موسعة ثانية / ٢٠٠٢ في ٢٢/٨/٢٠٠٢ ((وجد أن نزاعاً في الاختصاص النوعي قد وقع بين محكمة الأحوال الشخصية في المحمودية ومحكمة البدءاء فيها فأرسلت المحكمة المختصة ولدى إمعان النظر في الدعوى والرجوع إلى أحكام المادة (٣٠٠) مرافعات مدنية واستناداً لإحكام المادة ١٣١ / أولاً / ب / ٢ من قانون التنظيم القضائي قرر اعتبار محكمة الأحوال الشخصية في المحمودية هي المختصة بنظر الدعوى وإحالة الإضبارة إليها للنظر فيها وحسمها وفق الأصول وإشعار محكمة بدءاء المحمودية بذلك وصدر القرار بالاتفاق...)) (غير منشور) وهذا تطبيق على اختصاص المحاكم الشرعية للنظر في قضايا الأثاث الزوجية.

وأخذت الهيئة الموسعة الثانية في محكمة التمييز قرارها المرقم ١٥١ / موسعة ثانية / ٢٠٠٢ في ٣٠ / ١٠ / ٢٠٠٢ (غير منشور) ((... ذلك أن الدعوى أقيمت أبداً لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل من قبل المدعيه تطالب زوجها المدعي عليه بتسليمها مخشلاتها الذهبية عينا وأن تعذر ذلك فقيمتها لأن المدعي عليه قد غصبها فقررت محكمة الأحوال الشخصية في الموصل أحالة الدعوى الى محكمة بدءاء الموصل حسب الاختصاص الوظيفي وأن محكمة بدءاء الموصل قد نظرت الدعوى وحسمتها بردها للأسباب والحيثيات المدرجة في الحكم المميز.... ولدى إمعان النظر في الموضوع من لدن الهيئة وجد أن المصوغات

^١ انظر الأسباب الموجبة للتعديل، نشر في الوقائع العراقية العدد ٣٩٠٣ في ٥/١١/٢٠٠١

الذهبية تدخل ضمن مقتنيات الزوجة وأستعمالها وتشكل في الغالب جزءا من مقدم مهرها فهي تدخل ضمن مفهوم الاثاث الزوجية... وتدخل ضمن أختصاص محكمة الاحوال الشخصية... وحيث أن دعوى المدعية أقيمت بتاريخ ١٧ / ١١ / ٢٠٠١، أي بعد نفاذ التعديل تكون محكمة الاحوال الشخصية في الموصل هي المختصة بنظر الدعوى وليست محكمة البداة فيها، لذا قرر نقضه وأحالة أضرارة الدعوى الى محكمة الاحوال الشخصية في الموصل للنظر فيها وحسما وفق القانون....)).

وتختص محكمة الاحوال الشخصية بنظر دعوى الاثاث الزوجية إذا أقامها أحد الزوجين على الاخر، أما إذا أقامها أحد الزوجين على غير الزوج فتختص بها محكمة البداة. وهذا ما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم ٢٠٧ / موسعة مدنية / ٢٠٠٩ في ٢٢ / ٧ / ٢٠٠٩ ((...ووجد أن موضوع الدعوى المتنازع بشأن الاختصاص النوعي بنظرها بين محكمتي الاحوال الشخصية والبداة ينصب على مطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي بأثاثها الزوجية عينا، وأن تعذر ذلك فقيمتها، وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد أستقر بأن محكمة الاحوال الشخصية تختص بنظر الدعوى المقامة بشأن أثاث بيت الزوجية والتي يقيمها أبتداء أحد الزوجين على الاخر ولو أدخل أو تدخل فيها بعد ذلك الاشخاص الثالثة. أما الدعوى التي يقيمها أحد الزوجين على غير الزوج فتختص بها محكمة البداة ولو كان موضوعها يتعلق بأثاث الزوجية، ولما كانت الدعوى المنظورة مقامه من قبل الزوجة على ورثة زوجها فتكون محكمة البداة هي المختصة بنظرها نوعيا وليس محكمة الاحوال الشخصية، لذا قرر اعتبار محكمة بداة الموصل هي المختصة بنظر الدعوى نوعيا وأحالتها اليها للفصل فيها وفق القانون والاشعار الى محكمة الاحوال الشخصية في الموصل بذلك، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٢ / ٧ / ٢٠٠٩))^١

وكذلك عندما تكون مطالبة الزوج لزوجته ببرد المصوغات الذهبية التي أودعها لديها على سبيل الامانة من أختصاص محكمة البداة وليس محكمة الاحوال الشخصية، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٨٣ / هيئة موسعة ثانية / ٢٠١٠ في ١٢ / ٥ / ٢٠١٠ ((...ووجد أن موضوع الدعوى المقامة يتعلق بمطالبة الزوج لمطلقته بالمصوغات الذهبية العائدة له والتي أودعها لديها على سبيل الامانة وأن المدعى عليها ومن خلال جلسات المرافعة تنكر دعوى المدعي، وبذلك فأن تلك المصوغات أن صحت المطالبة بها لاتدخل ضمن مفهوم الاثاث الزوجية التي تختص بنظرها نوعيا محكمة الاحوال الشخصية لانه لم يدع اي من طرفي الدعوى ذلك بل الادعاء أنصب على كونها امانة، وبذلك تكون محكمة البداة هي المختصة نوعيا بنظرها، لذا قرر إعادة الدعوى الى محكمة بداة الزبير للسير في الدعوى وفق القانون والاشعار الى محكمة الاحوال الشخصية في الزبير بذلك وصدر القرار في ١٢ / ٥ / ٢٠١٠)).

أما بالنسبة للاختصاص المكاني فنقام دعوى غصب الاثاث الزوجية في محكمة محل إقامة المدعى عليه عملا بأحكام المادة (٣٧) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أنه :- ((١- تقام دعاوى الدين أو المنقول في محكمة موطن المدعى عليه أو مركز معاملته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي أختاره الطرفان لإقامة الدعوى)) (٢- إذا تعدد المدعي عليهم واتحد الادعاء أو كان مترابطا تقام الدعوى في محل إقامة أحدهم) وهذا هو الاختصاص المكاني وتعلل قاعدة بناء الاختصاص في الأصل على أساس من موطن (محل إقامة المدعي عليه) لان الأصل براءة الذمة حتى يقيم المدعي الدليل على ما يدعيه من حق لذا وجب عليه إن يسعى إلى المدعي عليه في محكمته.

^١ منشور في النشرة القضائية، العدد ١٢ لسنة ٢٠٠٩.

ولكننا نقترح تعديل حكم المادة (٣٠٣) مرافعات مدنية واعطاء الحق للزوجة بإقامة دعوى المطالبة بالأثاث الزوجية في (١) محكمة محل العقد أو (٢) محكمة المحل الذي حدثت فيه سبب الدعوى (٣) محكمة محل إقامة المدعية) والسبب هو إن الزوجة عندما تطالب بأثاثها الزوجية المغصوبة تكون في اغلب الاحيان مطلقة منفصلة عن زوجها وتعيش في بيت أهلها، لذا فانه من الصعب عليها إن تقيم الدعوى في محكمة محل إقامة المدعى عليه (زوجها السابق) خاصة إذا كان يسكن في محافظة أو قضاء أو مدينة أخرى غير المدينة التي تقيم فيها عادة، وهذا يكلفها المصاريف والنفقات والترحال من السفر إلى محافظة أو مدينة أخرى التي تقيم فيها مطلقها أو زوجها الغاصب. بعبارة أخرى، أن موطن الزوجة هو موطن زوجها حين تكون العلاقة الزوجية والحياة المشتركة قائمة بين الزوجين، فإذا أنتهت العلاقة الزوجية أو حصل خلاف بينهما فأن موطن الزوجة يعدو حيث تقيم عادة لا موطن الزوج.

والنص المقترح ((تقام دعوى غصب الأثاث الزوجية في محكمة محل إقامة المدعى عليه أو محكمة محل عقد الزواج أو محكمة محل الخلاف أو محكمة محل إقامة المدعية)). و (أو) هنا اختيارية للمدعية بأقامه دعواها.

والدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب إبدائه في الجلسة الأولى وقبل التعرض لموضوع الدعوى وألا سقط الحق فيه. وإذا قضت المحكمة الشرعية بعدم اختصاصها المكاني وجب عليها إن تحيل الدعوى إلى محكمة الأحوال الشخصية المختصة مع الاحتفاظ بالرسوم القضائية المدفوعة وتبليغ الطرفين بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تعيينه على إن لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة (عملا بإحكام المواد ٧٤، ٧٧، ٧٨) مرافعات مدنية.

المطلب الثاني : طرق الطعن في حكم دعوى غصب الأثاث الزوجية

إن طرق الطعن في الأحكام – بصورة عامة – هي الوسائل القضائية التي قررها القانون للمحكوم عليه للوصول إلى إعادة النظر في الحكم الصادر عليه بقصد تعديله أو إلغائه^١.

والطرق القانونية للطعن في أحكام محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية هي (١) الاعتراض على الحكم الغيابي (٢) التمييز (٣) إعادة المحاكمة (٤) تصحيح القرار التمييزي (٥) اعتراض الغير . ويحصل الطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي وإعادة المحاكمة واعتراض الغير إمام المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم المطعون فيه. إما الطعن بالتمييز فيرفع إمام محكمة التمييز الاتحادية، وكذلك تصحيح القرار التمييزي.

ويكون من حق الخصم الذي صدر الحكم ضده إن يطعن بقرار الحكم الصادر من محكمة الأحوال أو المواد الشخصية في دعوى غصب الأثاث الزوجية لدى محكمة التمييز الاتحادية عملاً بحكم المادة (٢٠٣) مرافعات مدنية بعد استيفاء الرسم القانوني وإرسال العريضة التمييزية مع الإضبارة إلى المحكمة المذكورة. ويجب إن يكون المميز والمميز عليه أطرافاً في الخصومة. فمن لم يكن طرفاً لا يحق له التمييز.

مدة الطعن : مدة الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية عموماً وبما فيها (دعوى أاث بيت الزوجية) هي (عشرة أيام) وفق المادة (٢٠٤) مرافعات مدنية سواء كانت تلك الأحكام حضورية أم غيابية، لأن مدة الاعتراض على الحكم الغيابي في تلك الأحكام تكون متداخلة مع مدة الطعن بالتمييز ونصت المادة (١٧٢) مرافعات مدنية على بدء سريان المدد القانونية للطعن بقولها ((يبدأ سريان المدة القانونية من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغاً وللخصوم مراجعة طرق الطعن القانونية

^١ انظر القاضي ضياء شيت خطاب، المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص ٢٨٨

في الأحكام قبل تبليغها. ويترتب على فوات المدد القانونية للطعن سقوط الحق في الطعن (المادة ١٧١ مرافعات مدنية) ولأنه من النظام العام تقضي المحكمة من تلقاء نفسها ببرد طلب الطعن. وينبغي الانتباه إلى إن مدد الطعن المعينة في القانون لمراجعة طرق الطعن في قرارات الحكم هي مدد حتمية يجب مراعاتها وبخلاف ذلك يترتب على عدم مراعاتها أو تجاوزها رد الدعوى من الناحية الشكلية. هذا ونصت المادة (٢١٠) مرافعات مدنية على القرارات التي تصدرها محكمة التمييز (بعد إكمال التدقيقات التمييزية تصدر محكمة التمييز الاتحادية قرارها على الوجوه التالية ١- رد عريضة التمييز إذا كانت مقدمة بعد مضي مدة التمييز أو كانت خالية من الأسباب التي بنى عليها الطعن. ٢- تصديق الحكم المميز إذا كان موافقا للقانون وان شابه خطأ في الإجراءات غير مؤثرة في صحة الحكم. ٣- نقض الحكم المميز إذا توفر سبب من الأسباب المبينة في المادة (٢٠٣) من هذا القانون.

المطلب الثالث: الحجز الاحتياطي والتنفيذي على الاثاث الزوجية

في كثير من الاحيان يرد عند اقامة دعوى المطالبة بالاثاث الزوجية او قبل اقامتها او اثناء السير في الدعوى طلبا منفردا او مع عريضة الدعوى بايقاع الحجز الاحتياطي على اثاث بيت الزوجية المدعى بها ويربط معه نسخة من عقد زواجها والكفالة الحجزية المصدقة من كاتب عدل والبالغة ١٠% من قيمة الاثاث الزوجية المطلوب ايقاع الحجز الاحتياطي عليها.^١ واحيانا يلجا البعض الى ايداع مبلغ الكفالة الحجزية امانة في صندوق المحكمة ولحين حسم الدعوى، وان هذه التامينات تقوم مقام الكفالة الحجزية وتؤدي الدور نفسه.

والحجز الاحتياطي هو وسيلة وضعها المشرع يمكن بواسطتها للدائن ان يقيد ادارة المالك فيما يملك ويمنعه من تهريب امواله او التصرف بها اضرازا بالدائن سواء كانت هذه الاموال تحت يده او كانت تحت حيازة شخص اخر.^٢

وعليه، فان الحجز الاحتياطي هو اجراء تدبيري احترازي القصد منه توثيق الدائن لدائنيه من قبل المحكمة والحيلولة دون تمكن المدين من تهريب امواله او اخفائها.^٣ والحجز ينقسم الى نوعين (١) حجز احتياطي (٢) حجز تنفيذي، ويقصد من الحجز الاحتياطي هو منع المدين من التصرف بالمال المحجوز اضرازا بحقوق الدائنين. حيث يجوز توقيع الحجز الاحتياطي قبل ان يثبت له اصل الحق لان مصلحته متحققة قبل ان يقوم المدين بتهريب امواله ولكنه اجراء احتياطي. اما الحجز التنفيذي فالمقصود منه اسفاء حق الدائن من اموال المدين او من ثمنها بعد بيعها بوساطة السلطة العامة. ولا يتم هذا الحجز الا من دائن بيده سند تنفيذي وفقا لما نص عليه قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل.

اولا الحجز الاحتياطي: لقد عالجت المواد (٢٥٠-٢٣١) من قانون المرافعات المدنية المعدل موضوع الحجز الاحتياطي. واعتبرت المادة (٢٣١) مرافعات مدنية الحجز الاحتياطي. من الاوامر على العرائض والذي اجاز لكل دائن بيده سند رسمي او عادي بدين معلوم مستحقة الاداء وغير معلق على شرط ان يطلب

^١ انظر القاضي يوسف عز الدين حسن، ملكية الاثاث الزوجية فقها وقضاء، المرجع السابق، ص ٣٤.

^٢ انظر القاضي صادق حيدر - شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل محاضرات - لطلبة المعهد القضائي، مسحوبة بالرنبيو، مايس ١٩٨٦، ص ٤٢٣.

^٣ أنظر المحامي هادي عزيز علي، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية، مطبعة، ص ١٠٤.

من المحكمة المختصة وضع الحجز على اموال مدنية المنقولة والعقارية الموجود لديه او لدى شخص ثالث بقدر مايكفي لوفاء الدين وملحقاته في اية مرحلة من مراحل الدعوى وقبلها.

الحجز الاحتياطي وسيلة أوجدها القانون لتمكين الدائن من اقتضاء حقه من مدينه فيكون استعماله محصورا بالدائن دون سواه وعلى الحاجز مبدئيا ان يقيم الدعوى لاثبات حقه في الدعوى وفي الحجز... واشترط القانون ان يكون معلوم المقدار ومستحق الاداء وغير مقيد بشرط أي ان يكون وجود الدين ثابتا غير متنازع فيه. ولا يجوز للدائن ان يطلب الحجز قبل الاستحقاق.

وقد تلجا المحكمة الى الاستماع الى اقوال الشهود عند اجراء وضع الحجز الاحتياطي على الاثاث الزوجية. وهذا ما قضت به محكمة التمييز بقرارها المرقم ٣١/مدنية مستعجل / ١٩٨٢ في ١٩٨٢/٩/٤^١ بقولها ((.... اذا ادعت الزوجة بان زوجها غصب اثاثها الزوجية بعد ان طردها من دار الزوجية فلها ان تطلب حجز تلك الاثاث استنادا الى البينة الشخصية حتى نتيجة الدعوى..)) أي، يجوز ايقاع الحجز الاحتياطي استنادا الى البينة الشخصية (الشهود) اذا كان موضوع الدعوى مما يجوز اثباته بالشهادة ولو تجاوزات قيمته، وقضت محكمة استئناف بغداد بقرارها المرقم ٢٩٣/مستعجل ١٩٩٣/ في ١٩٩٣/٥/٢٦ ((..وجد ان المادة (٢٣٢) مرافعات مدنية اجازت لكل من يدعي حقا عينا او حقا في حيازة منقول ان يطلب الحجز الاحتياطي بالشروط المذكورة في المادة (٢٣١) من القانون ذاته. حيث ان المدعية طالبة الحجز تدعي غصب المدعى عليه للمواد المطلوب حجزها فيكون الدين حالا في حالة ثبوت الغصب ويلزم الغاصب برد المال المغصوب استنادا لاحكام المادة (١٩٢) مدني وبذلك تكون شروط المادتين (٢٣٢-٢٣١) متوفرة في طلب المدعية... لذا قرر نقض القرار...)) (غير منشور).

اجراءات الحجز الاحتياطي : خشية قيام المدعى عليه ببيع الأثاث الزوجية او أتلافها او إخفائها تطلب المدعية من محكمة الاحوال الشخصية المختصة وضع الحجز الاحتياطي عليها، فتكلف مأمور الحجز – المعاون القضائي – او أي موظف اخر في المحكمة ينسبه القاضي لايقاع الحجز على الاثاث الزوجية، وينظم محضر بذلك يتضمن اوصاف الاثاث واعدادها وأشكالها وصفاتها وأيه معلومات أخرى وأيداعها لدى شخص ثالث يكلف بالمحافظة عليها لحين حسم الدعوى ويجوز للمدين او الدائن او الشخص الثالث ان يتظلم من امر الحجز الاحتياطي اورفض الطلب بشأن ايقاع الحجز خلال ثلاثة ايام من تاريخ تبليغه بذلك وفقا لاحكام المادة (١٥٣) مرافعات مدنية، وفي كل الاحوال يكون قرار المحكمة الفاصل بالتظلم قابلا للتمييز وفق المادة (١/٢١٦) مرافعات مدنية.

وجاء في قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٣٧٥/مستعجل/ ١٩٩٣ في ١٩٩٣/٧/٢٥ ((..وجد ان المحكمة قد قبلت التظلم المقدم من قبل المتظلمة التي تدعي ان الاثاث المحجوزة تعود اليها ولا تعود للمتظلم منها وقد ردت المحكمة التظلم بداعي ان التحقيق في عائدة الاثاث يعود الى محكمة الموضوع وليس الى محكمة القضاء المستعجل وتجد هذه المحكمة ان القرار يعتبر صحيحا من حيث النتيجة، ذلك ان التظلم من قرار الحجز الاحتياطي قد اجيز لكل من الدائن الذي قررت المحكمة رفض طلبه بالحجز الاحتياطي والمدين المحجوزة على أمواله والشخص الثالث الموجودة تحت يده ولم تجز لمن يدعي ملكية المال المحجوز التظلم من قرار الحجز وانما له بقية الوسائل القانونية التي يحمي فيها حقه كالدخول في

^١ انظر مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث لسنة ١٩٨٢، ص ٨٦.

دعوى الاثاث شخصا ثالثا اذا لم تحسم او اقامة دعوى الاستحقاق او الطعن بطريق اعتراض الغير على الحكم الصادر في حالة حسم الدعوى... وعليه قرر تصديقه...)) (غير منشور). وعلى المحكمة عدم الاستجابة الى طلب الحجز في حالة عدم تقديمه الكفالة الجزية او التامينات المنصوص عليها بالمادة (٢٣٤ ف٢) مرافعات مدنية، واذا ماقررت الحجز بدونها فان قرارها يكون باطلا قانونا. وهذا ما قضت محكمة التمييز بقرارها ١١٦ / مستعجل ١٩٦٣ في ١٩٦٣/١٢/٢٤ ((..وجد ان قرار وضع الحجز المميز غير صحيح وذلك لان المحكمة لم تتحقق عما اذا كانت الكفالة القانونية الجزية قد وضعت لصالحه ام لا.....)). وعليه فان الغرض من وضع الحجز الاحتياطي هو للحيلولة دون تصرف المدين (الزوج) في امواله والاثاث الزوجية بحيث يتعذر على الزوجة (الدائنة) فيما بعد ان تستوفي حقها. ثانيا: الحجز التنفيذي: رسم قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل اجراءات حجز الاموال المنقولة، بقيام المنفذ العدل بتنفيذ قرار الحجز وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في قانون التنفيذ (المواد ٦٣-٧٨) منه، وتنظيم محضر بالاموال المطلوب حجزها. وعلى مديرية التنفيذ المختصة انتزاع الاثاث جبرا اذا رفض المدين تسليم الاثاث عينا ولايقبل منه التسديد النقدي مادامت الاثاث موجودة^١ واذا اقر المدين امام المنفذ العدل بانه كان قد باع الاثاث الزوجية العائدة للدائنة. لذا فليس له حق تعويض الدائنة باثاث بديلة الا اذا وافقت على ذلك. وحيث انها لم توافق فيكون ملزم بتسديد قيمتها نقدا صفقة واحدة لانه استفاد من اثمانها عند البيع ولايجوز التقسيط في هذه الحالة^٢.

وكما جاء بالقرار التمييزي المرقم ٥٠٥ / ت / ٢٠٠٤ في ١٠ / ١٢ / ٢٠٠٤ ((لدى التدقيق والمداولة... وحيث أن ماأستقر عليه قضاء هذه المحكمة هو في حالة عدم تسليم الاثاث عينا يصار الى دفع أقيامها صفقة واحدة وخلال ثلاثة أيام... لذا قرر تصديقه...))^٣.

ولايجوز قانونا حجز الاثاث الضرورية البيئية استنادا لاحكام المادة (٦٢/ رابعا) من قانون التنفيذ. وعلى المدين ان يسلم الاثاث المحكوم بتسليمها عينا وبالحالة التي كانت عليها وقت وقوع الغصب. اما اذا تعمد المدين (الزوج) الاضرار بالدائنة (الزوجة) واستبدال بعض الاثاث باخرى مستهلكة او غير صالحة للاستعمال فعليه أن يؤدي اقيامها صفقة واحدة و بدون تقسيط. اما اذا ادعت الزوجة ان الاثاث الموجودة هي ليست اثاثها الزوجية فعليها اقامة الدعوى لاثبات هذه الناحية^٤ وحيث ان الاثاث الزوجية هي ملك للزوجة ولايجوز وضع الحجز التنفيذي عليها عن دين بذمة الزوج المدين وانما بإمكان الدائن متابعة اموال المدين الاخرى للتنفيذ عليها^٥.

وقضت محكمة أستئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية بقرارها المرقم ٦١ / حقوقية / ٢٠٠١ في ٢٩ / ٥ / ٢٠٠١ ((.. أن الحكم المنفذ قضى بالزام المدعى عليه (المدين) بتسليم الاثاث الموصوف فيه الى الدائنة عينا وعند تعذر ذلك فإنه ملزم بتأديته قيمة الاثاث نقدا و صفقة واحدة دون تقسيط أو بتقسيط مجزي بشكل لا يضيع على الدائنة حقها في تسلم الاثاث عينا كما أن لاداعي لاثبات مقدرة المدين المالية لانها ثابتة

^١ انظر القرار ١١٣٩ / تنفيذ / ١٩٩٤ في ١١/٢ / ١٩٩٤.

^٢ انظر القرارين ٢٥١ / تنفيذ / ٩٦ / في ١٩٩٦/٣/٧ و ٢٤٩ / تنفيذ / ١٩٩٦ في ١٩٩٦/٣/٥

^٣ منشور في مجلة القضاء، العددان الاول والثاني، س٥٨،٢٠٠٥، ص١٤٩.

^٤ راجع القرارين ٢٩٦ / تنفيذ / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٣/١ و ٣٤١ / تنفيذ / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٣/٥.

^٥ انظر القرار ١٨٧٥ / تنفيذ / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٩/١٧ جميع هذه القرارات منشور في كتاب المحامي - هادي عزيز علي المرسوم (المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية قانون التنفيذ، مطبعة الزمان، بغداد ١٩٩٩ ص ٦٢-٦٨.

^٦ منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، س٢٠٠١، ص٩٢-٩١.

بوجود حصيلة بيع الاثاث لديه وحيث أن المنفذ العدل قد سار بخلاف هذا الاتجاه. لذا قرر تصديق القرار المميز ورد اللائحة التمييزية)).

وقضت الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بالقرار المرقم ٢١٩/ت/٢٠٠٨/٢٠٠٨ في ٢٩/٩/٢٠٠٨ أن تسديد أقيام الأثاث الزوجية بأقساط يضر بالدائنة. ((.. أن المميز (المدين) سبق أن أفاد في محضر المتابعة في ١٠/٨/٢٠٠٨ المنظم من قبل مديرية تنفيذ مدينة الصدر المنابة لغرض تسليم الأثاث الزوجية بأنه قد تصرف بها وباعها وأنه لا توجد أي أثاث سوى غرفة النوم والتي أفادت الدائنة بأنها لا تعود إليها ماعدا (الكنطور) التي رفضت تسلمه كونه مستهلك ومعباب وعلى الرغم من أن تسديد أقيام الأثاث الزوجية بأقساط يضر بالدائنة فتكون الطعون التمييزية لا سند لها من القانون، لذا قرر تصديق القرار المميز)).

وإذا ما تصرف المدين بالأثاث الزوجية المطالب بتسليمها الى الدائنة يكون ملزماً بتسديد قيمتها صفقة واحدة وان اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وهذا ما قضت به الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بالقرار المرقم/ ٢٣٤ /ت/ ٢٠٠٨ في ٧/٩/٢٠٠٨ ((.. ان دين الاضبارة التنفيذية المرقمة ٢٠٠٨/٣٩٥ يمثل اقيام اثاث زوجية، وكان المدين (المميز) قد اقر بموجب محضر تسليم الاثاث المؤرخ ٢٠٠٨/٧/٣ بانه تصرف بها واستعداده لدفع اقيام الاثاث غير المستلمة من قبل الدائنة كما طلب المميز بموجب محضر المتابعة المؤرخ ٢٠٠٨/٧/١٣ امهاله مدة ثلاثون يوماً لتسديد نصف اقيام الاثاث البالغ مجموعها (٢/١٨٢/٠٠٠) دينار والنصف الثاني يسدده عند توفر المبلغ ولما كان دين الاضبارة يمثل اقيام اثاث زوجية كان قد تصرف بها كما ان المهلة التي سبق ان طلبها قد انتهت منذ منتصف شهر اب الماضي عليه فانه يكون ملزم بتسديد مبلغ الدين صفقة واحدة وان اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (المادة ١/٢٦٠ مدني) لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعون التمييزية))^١ ويجب تسديد أقيام أثاث الزوجية صفقة واحدة لأن قبول تسديدها بأقساط سيفوت على الدائنة الحصول على أثاث بدلاً عنها وبأقيامها. وقضت الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بالقرار ٢٠٢/ت/٢٠٠٨ في ٧/٩/٢٠٠٨^٢ ((.. أن دين الإضبارة يتعلق بأثاث زوجية وأن قبول تسديدها وفقاً للتسوية التي عرضها المدين بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٢ سيفوت على الدائنة الحصول على أثاث بدلاً عنها لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعون التمييزية)).

المبحث الثاني

الاقرار واليمين والبيانات والادلة الاخرى

الاثبات القضائي، هو العملية القانونية التي يقوم بها المدعي لاثبات حقه عن طريق تقديم الادلة المطلوبة، وقد جمع المشرع العراقي في التعديل الجديد لقانون الاثبات رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٠ الادلة المختلفة^٣ التي يمكن بها اثبات الحقوق، وحدد نطاقها، ورسم الطرق المتبعة في الالتجاء الى كل منها، ومعنى ذلك أن الخصم إذا أراد اثبات ادعائه، فلا بد له من أن يتبع هذه الطرق التي حددها القانون، كما قيد القاضي بوجود الالتزام بها وبالنتائج التي يعطيها القانون لكل دليل منها وذلك لحماية المتقاضين.

^١ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، س١، ٢٠٠٩.

^٢ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الاول، س١، ٢٠٠٩.

^٣ حددت المادة (١١١) من قانون الاثبات- أدلة الاثبات وهي (١) الادلة الكتابية (٢) الاقرار (٣) الاستجواب (٤) الشهادة (٥) القرائن وحجية الاحكام (٦) اليمين (٧) المعاينة (٨) الخبرة.

وأعطى القانون لمحكمة الموضوع – محكمة الاحوال الشخصية/ والمواد الشخصية – سلطة تقديرية في أثبات دعوى ملكية الاثاث الزوجية ووسائلها. وقبول الشخص الثالث، سنتناول هذه المواضيع في ثلاثة مطالب وعلى التوالي.

المطلب الاول: الاقرار واليمين

أولاً :- الاقرار : الاقرار، بوجه عام، أعترا ف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أم لم يقصد^١. والاقرار يحسم النزاع القائم ويعفي المدعي من إقامة الدليل على ما يدعيه، أي بعبارة أخرى، الاقرار هو أعترا ف يصدر من أحد الخصمين بما يدعيه خصمه الآخر، فعندما يقر شخص لآخر يحسم النزاع، ولهذا أعتبر الاقرار طريق غير عادي للاثبات (أي عند صدور الاقرار لاجابة لاقامة الدليل عليه). والاقرار على نوعين أولهما :- الاقرار القضائي – وهو أخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر^٢. وثانيهما :- الاقرار غير القضائي^٣ – وهو الذي يقع خارج المحكمة، وقضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٢٠٦ / م / ٣ / ٢٠٠١ في ٢٤ / ٥ / ٢٠٠١ ((..وجد أن الاقرار في دائرة التنفيذ.... هو أقرار غير قضائي لوقوعه خارج المحكمة أستنادا الى المادة (٥٩) من قانون الاثبات، يعود تقدير صحته الى المحكمة ويلزم أثباته وفقا للقواعد العامة في الاثبات عملا بالمادة (٧٠) من قانون الاثبات...))^٤. أن الاقرار هو الاعتراف. وعند الفقهاء هو الاخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل، ولاخلاف في أن الاقرار حجة قاصرة على المقر لايتعداه الى غيره، وحكمه ظهور ثبوت المقر به^٥.

وسواء كان الاقرار قضائيا أم غير قضائي، فهو عمل قانوني، لان أرادة المقر تتجه الى ثبوت الحق المقر به في ذمته وأعفاء خصمه من إقامة الدليل عليه.

وما يهنا هنا هو الاقرار القضائي، وهو أعترا ف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة. ووصفه الاستاذ السنهوري بقوله ((... أن الاقرار واقعة قانونية تتضمن تصرفا قانونيا هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالاثبات))^٦. فلو أقر الزوج (المدعى عليه) أمام محكمة الاحوال الشخصية بعائدية الاثاث الزوجة الى (المدعية) يعتبر حجة كاملة قاطعة على المقر الذي ليس له بعد أقراره أن يقدم دليلا لاثبات عكس ما أقر به. ولايصح الرجوع عنه^٧ ولايتجزأ الاقرار على صاحبه^٨. وملزم للقاضي بحيث يقضي به من تلقاء نفسه، أي يتعين على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه.

وعليه، فإن أقرار الزوج أمام محكمة الموضوع، ويحسن في هذه الحالة أن يثبت الاقرار في محضر الجلسة وأثناء سير الدعوى، ولايجوز تجزئة الاقرار القضائي أذ لايمكن أن يؤخذ بواقعة أقر بها الزوج

^١ أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام، ج ٢، ١٩٥٦، ف ٢٤٤، ص ٤٧١.

^٢ أنظر المادة (٥٩/أولا) من قانون الاثبات رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

^٣ أنظر المادة (٥٩) من القانون ذاته.

^٤ منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، ٢٠٠٢، ص ٦٥.

^٥ أنظر د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية، مطبعة العاني، ١٩٨٤، بغداد، ص ١٥٨.

^٦ أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٥٠.

^٧ أنظر المادة (٦٨/ثانيا) من قانون الاثبات رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

^٨ أنظر المادة (٦٩) من قانون الاثبات ذاته.

للزوجة ونترك واقعة أخرى، الا في الاقرار المركب^١ الذي ينصب على الوقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الاخرى.

ولتطبيق آثاره أن يكون صادرا من خصم في الدعوى شخصيا (المدعي أو المدعى عليه) أو من ينوب عنه ويكون له حق الاقرار. أو من أي طرف آخر في الدعوى وأمام المحكمة (القضاء) طالما هنالك دعوى مطروحة أمام القضاء.

وقضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٤٠١ / م / ٣ / ١٩٩٧ في ٢٤ / ٧ / ١٩٩٧ ((..أن الميزة (المدعى عليها) تقر بعائدية قسم من الاثاث الزوجية موضوعة للدعوى للمدعية التي هي أم زوجها...)) (غير منشور). وفي قرار مماثل من محكمة التمييز - الهيئة المدنية الاستئنافية - بعدد ٢٩٧ / ٨٤ - ١٩٨٥ في ٢٩ / ٥ / ١٩٨٦ جاء فيه ((...وجد أن الحكم الاستئنافي المميز صحيح وموافق للقانون ذلك لان جهاز الزوجية هو ملك خالص لها ولا يحق لزوجها معارضتها في التصرف فيه لاي سبب من الاسباب وحيث أن الزوج (المميز) قد أقر بعائدية الاثاث البيتية موضوع الدعوى لزوجته.. لذا قرر تصديق الحكم....). وجاء في القرار التمييزي المرقم ٣٥٠ / م / ٣ / ١٩٩٠ في ٢٧ / ٨ / ١٩٩٠ ((... ذلك لان المدعية أقرت أنها تركت دار الزوجية بعد أستشهاد زوجها وقامت بنقل كافة أثاثها الزوجية ومن ضمنها المواد المطالب بها.... وحيث أن أقرار المدعية هو أقرار قضائي ينبغي الالتزام به ولا يصح الرجوع عنه (المادتان ٥٩ و٦٨) من قانون الاثبات.. لذا قرر تصديقه))

وكذلك قضت محكمة التمييز بقرارها ٢٩ / م / ١ / ٢٠٠٠ في ٩ / ٢ / ٢٠٠٠ ((...لان الثابت من الاقرار والتعهد المرفق بعقد زواج المميز عليه والميزة الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ... أن الميزة في الفقرة (٦) من الاقرار والتعهد أقرت بأن جميع الاثاث البيتية واللوازم التي ستواجد في دار السكن عند أعادتها الى العصمة بالعقد الجديد تعود الى الزوج مستقبلا...)) (غير منشور).

وفي قرار تمييزي آخر بعدد ٣٦٨ / م / ٣ / ١٩٨٩ في ١٣ / ٤ / ١٩٨٩ ((..وجد أن المدعى عليه أقر بعائدية قسم من الاثاث الزوجية الى المدعية وأنكر عائدية القسم الاخر وهي- المبردة والتلفزيون والساعة الجدارية والزولية والمدفأة النفطية -.. فكان على المحكمة والحالة هذه تكليف المدعى عليه بأثبات دفعه بخصوص هذه الاثاث... لذا قرر نقض الحكم من هذه الجهة...)) (غير منشور). وجاء في قرار محكمة التمييز - هيئة الاحوال الشخصية المرقم ٢٠٢٢ / ٢ / شخصية / ٢٠٠٢ في ١٨ / ٩ / ٢٠٠٢ (غير منشور) ((...ولدى عطف النظر على الحكم المميز المتعلق بالزام المدعى عليها بتسليم المكواة والتنور ستيل مع منظم الغاز صحيح وموافق للقانون لاقرارها بعائدية تلك المواد للمدعي...)).

وحيث أن الاقرار حجة قاطعة وقاصرة على المقر، كما جاء في القرار التمييزي المرقم ٦٤٢ / م / ٣ / ٢٠٠٠ في ١١ / ٤ / ٢٠٠٠ ((..أن أقرار المدعى عليه (المميز) بمشغولية ذمته للمدعية (المميز عليها) بخمسة مثاقيل ذهب قد جرى أمام كاتب العدل وهو سند رسمي ويصبح حجة على الكافة بما دون فيه... كما أن المحكمة قد منحتة حق تحليف المدعية اليمين ورفض ذلك... لذا قرر تصديقه...)) (غير منشور)، وقضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢١٦١ / م / ٣ / ٢٠٠١ في ٢٠ / ١١ / ٢٠٠١ ((... ذلك لان المدعية قد أقرت في جلسة المرافعة بأن غرفة النوم الايطالية قد تم بيعها بموافقتها وتم شراء مواد أخرى بثمنها وهي طقم ونصف قففات وميز أستيل وفديو ومسجل وأنها طالبت بدعواها (بالغرفة والمواد المشتراة من

^١ مثاله ما قضت به محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٤ / مدنية رابعة / ١٩٨٠ في ٢١ / ٢ / ١٩٨٠ (منشور في الوقائع العدلية، العدد ٢٠ / تموز / ١٩٨٠، ص ٣٠٥ ((..أن أقرار الخصم بالبيع وأدعائه الاحالة هو أقرار قابل للتجزئه لكونه أنصب على واقعتين منفصلتين وكان وجود أحدهما لا يستلزم حتما وجود الاخرى)).

ثمنها) وحكمت لها المحكمة بذلك وحيث أن غرفة النوم لم تكن موجودة لاستبدالها بمواد أخرى ولم يغضبها المدعى عليه كما أقرت بشراء المدعى عليه مواد أخرى من ماله الخاص.. لذا قرر نقضه..)) (غير منشور).

وعليه، وحيث إن الإقرار حجة قاصرة على المقر ويلتزم المقر بإقراره إلا إذا كذب بحكم طبقاً لأحكام المادتين (٦٧ و٦٨/ أولاً وثانياً) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل لذلك لا يجوز الرجوع عن هذا الإقرار. وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية-هيئة الاحوال الشخصية بقرارها المرقم ٢٦٧٠/ش ١ / ٢٠٠٨ في ١ / ٩ / ٢٠٠٨ ((...أن وكيل المميز والمميز بالذات قد أقر بأن المميز عليها / المدعية تملك الأثاث المطالب بها كما وأن وكيل المميز في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٨/٦/١٦ أكد إقراره وقال أنه لا مانع لموكله من تسليم جميع الأثاث المطالب بها حيث أنها تعود ملكيتها للمميز عليها / المدعية وحيث أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ويلزم المقر بإقراره إلا إذا كذب بحكم طبقاً لأحكام المادتين (٦٧ و٦٨/ أولاً وثانياً) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ لذلك لا يجوز الرجوع عن هذا الإقرار وحيث أن قيمة الأثاث تم تقديرها بمعرفة خبير قضائي وكان تقديره مناسباً وعادلاً مما يصح اتخاذه سبباً للحكم عملاً بحكم المادة (١٤٠ / أولاً) من قانون الإثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية)).^١

ثانياً :- اليمين : اليمين^٢ طريق من طرق الإثبات، ونظاماً من أنظمة العدالة أراد به المشرع أن يخفف من مساوئ تقييد الدليل، اليمين اصطلاحاً: تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته، أو هو عقد يقوي به الحالف عزمه على الفعل أو الترك، أو هو الاحتكام إلى ذمة الخصم في إثبات الدعوى. واليمين والحلف و القسم والايلاء بمعنى واحد (السيد سابق، فقه السنة-). اليمين وسيلة من وسائل الإثبات وقد تناولها قانون الإثبات في الباب السادس منه، وأفرد لها عدة مواد تبدأ بالمادة (١٣٠-١١٤). وبذلك يكون لليمين عمل ديني ومدني في آن واحد , ولا توجه إلا بعد دعوى صحيحة وفي مجلس القضاء , وتنقسم اليمين إلى يمين قضائية ويمين غير قضائية.

وحيث أن عبء الإثبات يحدد مصير الحكم في دعوى اثبات بيت الزوجية.. ومن يقع عليه واجب أو عبء الإثبات للواقعة محل النزاع أنما يكون في مركز أضعف من مركز خصمه، إذ يناط به أثبات أمر تتوقف عليه النتيجة النهائية للدعوى. واليمين الشرعية^٣ التي تؤدي أمام المحاكم، لذا سنتناول بإيجاز هذه الوسيلة من وسائل الإثبات ونركز على اليمين الحاسمة والمتممة ويمين الاستحقاق والاستظهار ويمين العيب^٤ ويمين الشفعة^٥.

^١ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، س١، لسنة ٢٠٠٩.

^٢ اليمين لغة : لفظ مؤنث ويرجع تأنيثه إلى إن العرب كان من عاداتهم إذا تحالفوا إن يضرب كل منهم يمينه على يمين صاحبه فسموا الحلف يميناً على هذا المعنى وأثنوا اليمين. وقيل سميت كذلك لأنها تحفظ الشيء كما تحفظه اليمين. (تاج العروس - كلمة يمين)

^٣ كانت تعتبر اليمين إحدى وسائل الإثبات في شريعة حمورابي وتوجه للمدعي وكان يلجأ إليها في القضايا الجزائية والمدنية وهذه اليمين كان يتم تحليفها أمام الكهنة في المعبد باعتبار أن اليمين أمر يتعلق بالدين. واليمين هي (اليمين الحاسمة - واليمين المتممة (الاختيارية والاجبارية) ويمين الاستظهار، ويمين العيب، ويمين الشفعة و يمين الاستحقاق.

^٤ وهي واجبة فيما إذا أراد المشتري رد المبيع بعيب وأثبته، وعلى المحكمة أن تحلف المدعي يمين العيب التالية(على انه لم يرضى بالعيب صراحة أو دلالة).

^٥ وهي واجبة إذا طالب الشفيع بالشفعة، وعلى المحكمة أن تحلف المدعي بالشفعة اليمين التالية: ((على أنه لم يسقط شفيعته (بوجه من الوجوه)).

وستتناول بإيجاز عن هذه الوسيلة من وسائل الإثبات ونركز على اليمين الحاسمة والمتممة وكذلك بعض الشيء عن يمين الاستحقاق والاستظهار.

واليمين^١ هي أشهاد الله تعالى على صدق ما يقول الحالف، تقويه لهذا القول وتعزيزاً له، وتعرف اليمين ((بأنها توكيد الشيء بذكر أسم الله أو صفه الله))^٢ ويعتبر قانون الإثبات اليمين طريق من طرق الإثبات، وطلب توجيهه يعني النزول عما عداها من وسائل الإثبات.

١- اليمين الحاسمة : وهي اليمين التي تؤدي الى حسم الدعوى، وتلجأ المحكمة الى توجيه اليمين الحاسمة^٣ عند عجز الخصم عن أثبات دفوعه أو أدعائه عندما تمارس أحكام القانون.

حيث تسأل المحكمة عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه، ومن ثم تتخذ قرارها على ضوء ذلك. أي بعبارة أوضح، إذا عجز عن الإثبات عرض عليه القاضي تحليف خصمه المدعى عليه، لان التحليف حقه، ولا يحق للمحكمة توجيهها من تلقاء نفسها، حيث يكون قرارها موجبا للنقض. ولما كانت هذه اليمين هي من حق الخصوم في الدعوى فلا يمكن للقضاء أن يقيد هذه المنحة التي أعطاهها المشرع إلى الأطراف المتنازعة مما يوجب على المحكمة بالنسبة لليمين سلباً أو إيجاباً، لكن هذه اليمين لا توجه إلا بإذن المحكمة منعاً للتعسف وهي لا تأذن بتوجيهها إذا كانت الواقعة المطلوب إثباتها ثابتة بمقتضى الأدلة المقدمة وتستطيع المحكمة الحكم بالحق المدعى به دون الحاجة إلى الحلف، من حق القاضي رفض توجيه اليمين إذا كانت ليست منتجة ولا حاسمة أو إذا كانت بقصد الكيد بالخصم الآخر وعلى المحكمة في هذا المجال التثبت من سوء نية هذا الخصم، على أن آثار التحليف الذي يحسم النزاع لا يزول ولا يسقط حق التمسك به، إذ إن اليمين الحاسمة وسيلة إثبات وإسقاط حق المدين من استعمالها مسبقاً لا يحد من حقه بتوجيه اليمين بعد نشوء النزاع. فإذا حصل الحلف انتهى الأمر وانحسم النزاع نهائياً وليس لمن وجه اليمين أن يعودا إلى مخاصمة الحالف بأي شكل آخر استناداً على أي دليل بحسبان أن التكاليف باليمين الحاسمة يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الحلف عليها. وعليه فإن المدلول القانوني لليمين الحاسمة هو تنازل عما عداها من البيّنات. هذا وأن حجية اليمين الحاسمة تقتصر على الخصمين في الدعوى، ولا يكون لها أي أثر بالنسبة لغيرهم.

وجاء في القرار التمييزي^٤ ((لدى النظر الى الطعن التمييزي المقدم من قبل المدعية بخصوص عائدة المصوغات الذهبية... وفي حالة عجزها عن أثبات غصب المصوغات الذهبية من قبل المدعى عليه منحها حق تحليفه اليمين الحاسمة المنصوص عليها في المادة (١١٨) من قانون الإثبات)).

وفي قرار تمييزي آخر^٥ أن ترجيح بينة الخصم على بينة خصمه لا يحول دون تطبيق أحكام المادة (١١٨) حيث ورد ((... كان على المحكمة في حالة عجز المميز/ المدعى عليه عن أثبات دفعه المتعلق بأن الاتفاق الذي حصل عند زواجه من المميز عليها / المدعية بأنه ليست لها أثاث زوجية أن تمنحه حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعية طبقاً لاحكام المادة (١١٨) أثبات)

فإذا اعتبرت المحكمة المدعى عليه عاجزاً عن الإثبات منحتة حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعية حسب الصيغة التي أقرتها في محضر الجلسة ورفض المدعى عليه توجيهها يكون قد خسر ما توجهت به هذه

^١ وفي حديث لرسول الله صلى الله عليه واله وسلم (من حلف بغير الله فقد أشرك)

^٢ نقلًا عن القاضي يوسف عز الدين، ملكية الاثاث الزوجية، فقها وقضاء، ص ٦٢.

^٣ (وهي اليمين التي تنتهي بها الدعوى) (المادة ١١٤ / ثانياً) من تعديل قانون الإثبات رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

^٤ القرار التمييزي المرقم ٤٨٧٩/٤٨٧٨ ش/ ٢٠٠٢ في ٢٥ / ١ / ٢٠٠٣ (غير منشور).

^٥ أنظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٨٧ ش/ ٢٠٠٢ في ٢ / ٢ / ٢٠٠٢ (غير منشور)

اليمين، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية - هيئة الاحوال الشخصية بقرارها المرقم ٢٥٨٦/ش/١ / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/١ ((...وذلك لأن المحكمة استمعت لشهود الطرفين لإثبات إدعاء المميز عليها / المدعية بأنها تملك الأثاث التي أنكرها المميز وكذلك لإثبات دفع المميز المتعلقة بشأنها وأن المحكمة لما لها من سلطة في تقدير الشهادة وترجيح البيئات الشخصية المقدمة من الطرفين وفقاً لما استخلصته من ظروف الدعوى وفق المادة (٨٢) من قانون الإثبات رجحت بيئته المميز عليها / المدعية الشخصية على بيئته المميز الشخصية في إثبات إدعائها بقسم من الأثاث التي أنكرها المميز إعمالاً بحكم المادة (١١٨) من قانون الإثبات فإن المحكمة اعتبرت وكيل المميز عاجزاً عن إثبات دفعه بشأن تلك الأثاث ومنحته حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المميز عليها / المدعية حسب الصيغة التي أقرتها في محضر الجلسة ٢٠٠٨/٦/١٢ وأنه رفض توجيهها وبذلك فإنه قد خسر ما توجهت به هذه اليمين طبقاً لأحكام المادة (١١٩ / ثالثاً) من قانون الإثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية...))^١.

٢ - اليمين المتممة : وهي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى أي من الخصمين لكي يستكمل الأدلة المقدمة في الدعوى^٢، ويستخدمها القاضي لتعزيز قناعته بصددها، ويشترط بجوازها عندما لا يكون في الدعوى دليل كامل. فاليمين المتممة تكمل دليلاً ناقصاً، يقوم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه ولا يتقيد في ذلك بطلب الخصوم. وتوجه اليمين المتممة الى أي من الخصمين، ويوجهها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجوز له الرجوع فيها. ولا يجوز لمن وجهت اليه اليمين المذكورة أن يردها على خصمه^٣. وهذه اليمين تعني إضافة دليل من القاضي لتقوية دليل أحد الخصوم يمكنه من حسم النزاع بشكل يطمئن إليه فلا توجه إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل. وهي ذات أثر تكميلي ولا تعتبر تصرفاً قانونياً، على خلاف اليمين الحاسمة تعتبر واقعة مادية، فاليمين المتممة إن لا تحسم النزاع لأنها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبةً منه في تحري الحقيقة. واليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم^٤.

وقضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٩٣ / م / ١ / ١٩٩٩ في ٢٤ / ٥ / ١٩٩٩ (غير منشور) ((أن المدعيه قد أثبتت عائدية الأثاث الزوجية بالبيئته الشخصية واليمين المتممة...)) وجاء في القرار التمييزي المرقم ٥٢٩ / م / ٣ / ٢٠٠٠ في ١٩ / ٤ / ٢٠٠٠ (غير منشور) ((... حيث أجرت المحكمة تحقيقاتها في الدعوى وأستمعت الى البيئته الشخصية للطرفين، وحيث أن لمحكمة الموضوع الحق في تقدير الشهادة من تحقيقاتها في الدعوى وأستمعت الى البيئته الشخصية للطرفين، وحيث أن لمحكمة الموضوع الحق في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية (المادة ٨٢ أثبات) وتعزيزاً للدلة المقدمة من قبل المدعيه (المميز عليها) فقد حلفتها المحكمة اليمين المتممة لاستكمال قناعتها في موضوع الدعوى...))

وقضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٣١١ / م / ٣ / ٢٠٠٠ في ٧ / ٨ / ٢٠٠٠ (غير منشور) ((...توجه اليمين المتممة عند وجود دليل ناقص، ولا توجه عند العجز عن الأثبات، وعلى المحكمة في هذه الحالة منح المدعية حق تحليف المدعي عليه اليمين الحاسمة لإثبات ملكية الأثاث الزوجية...)).

^١ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الاول، س٢، ٢٠٠٩.

^٢ (وهي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو قيمة ما تحكم به وتسنكل قناعتها) (المادة ١٢٠ من قانون الأثبات)

^٣ أنظر د. توفيق حسن فرج، قواعد الأثبات (البيئات) في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٨١ - ١٨٣.

^٤ المصدر <http://100fm6.com/vb/showthread.php?>

٢ - يمين الاستحقاق : نصت المادة (١٢٤ / ثانيا) من قانون الاثبات على أنه ((إذا أستحق أحد المال وأثبت دعواه، حلفته المحكمة على أنه لم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه عن الوجوه)) وهي صورة من صور اليمين المتممة، ويسمى البعض^١ (يمين التقويم)، وهذا اليمين ترد على تحديد قيمة المدعى عليه، ويحدث ذلك في حالة دعوى استرداد شيء مودع، وهي لذلك لا توجه الا الى المدعي. وهي يمين واجبة إذا استحق أحد المال المنقول عليه وأثبت دعواه وعلى المذكور أن يحلف اليمين التالية: (على أنه لم يبيع هذا المال و لم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه) وإن هذه اليمين لا تغني عنها اليمين المتممة التي تقررها المحكمة فيما لو كانت الصيغة التي قررتها المحكمة تختلف عن الصيغة التي حددها القانون^٢.

ويمين الاستحقاق هي يمين استنثبات يحلفها القاضي على واقعة شخصية ويعزز الدليل الأصلي الذي استحقه وأخذ به من البيئة المقدمة إليه وخصائص هذه اليمين أنها إجبارية ملزمة للقاضي يحلفها بدون طلب وهي كاليمين الحاسمة من حيث نتائجها كما أن يمين الاستحقاق هي من قبيل اليمين المتممة فلا يجوز توجيهها دون سماع شهود الخصم، وحلفها لا يقيد المحكمة إذا استبان لها من الشهادات عدم صحة الدعوى فهي تكملة للدليل الناقص ولا مجال لاعتبارها يميناً حاسمة وإعطائها حكم هذه اليمين ما دام أنها توجه من القاضي و ليس بطلب الخصوم. ويمين الاستحقاق لا تعتبر دليلاً في الحكم و لا يصار إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق..

وجاء في القرار التمييزي المرقم ٤٨٧٨ / ٤٨٧٩ / ٤٤٨٠ / شخصية / ٢٠٠٢ في ٢٥ / ١ / ٢٠٠٣ ((أما بشأن الطعن المقدم من قبل الشخص الثالث فقد قضت لها المحكمة بقسم من الاثبات البيئية بعد أن قدمت بيئية شخصية لاثبات عانديتها لها الا أن المحكمة لم تحلفها يمين الاستحقاق المنصوص عليها في المادة (١٢٤) من قانون الاثبات بأنها لم تقم ببيع المال ولم تهبه لأحد ولم يخرج من ملكيتها بوجه من الوجوه))^٣.

٤- يمين الاستظهار : يمين الاستظهار ؛- هي يمين إلزامية يوجهها القاضي للمدعي بعد إثباته لدعواه بدليل كامل استظهاراً للحقيقة في دعاوى معينة، والدعاوى على الميث إذا ادعى على الميث مالا أو قتلا وأنكر الورثة فأقام بيئية لم يحكم له حتى يحلف مع البيئية أنه عليه وأنه يستحقه إلى الآن وكذا إن ادعى على غائب أو مفقود. ودعاوى المال في حق القاصر والمجنون ومن في حكمهما كالمدعي على الغائب فلا تسمع إلا أن يكون هناك بيئية ويحتاج معها إلى يمين الاستظهار.

ويرى بعض الفقهاء أنه لو كان للمدعي شاهد واحد في هذه المسائل كلها حلف يمينين يميناً لتكميل الشهادة وهي ما يعرف باليمين المتممة ويميناً للاستظهار^٤. وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن يمين الاستظهار لا توجه إلا بطلب من الخصم وفي أربعة مواضع يجوز فيها توجيهها من قبل الحاكم بلا طلب. والمواضع الأربعة هي : الأول إذا ادعى أحد من التركة حقاً وأثبتته فيحلفه الحاكم على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميث بوجه ولا أبرأه ولا أحاله على غيره ولا أوفى من طرف أحد وليس للميث في مقابلة

^١ أنظر د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٨٣.

^٢ اليمين - المحامي بكور السيد بكور <http://www.barasy.com/forum/mwa2011/mwa1/>

^٣ منشور في مجلة العدالة، العدد الاول، س٢٠٠١، ص ١٠٧-١٠٨.

^٤ للمزيد راجع سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي - حاشية البجيرمي - ديار بكر للنشر تركيا - ج ٤ ص ٣٦٠، حاشية الشرواني - ج ٩ ص ٤٩، مغني المحتاج ج ١٠ ص ٤٦٧ وما بعدها، محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي (أبو عبدالمعطي) دار الفكر بيروت الطبعة الأولى ج ١ ص ٣٧٧.

هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار، الثاني إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه حلفه الحاكم على أنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج عن ملكه بوجه من الوجوه، الثالث إذا أراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم على أنه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك، الرابع تحليف الحاكم الشفيع ثم الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفيعته يعني لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه^١.

ومن الدعاوي التي يجوز توجيه يمين الاستظهار فيها دعوى ادعاء المسلم أو الذمي إذا وجد أحدهما متاعه في الغنيمة قبل قسمتها وشهدت له البيينة بذلك أو عرفه واحد من العسكر فإنه يأخذه بغير عوض لكن بعد أن يحلف اليمين الشرعية أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بناقل شرعي وأنه باق على ملكه إلى الآن فيستحق قبضه وأخذه بعد حلف يمين الاستظهار^٢.

والعلة من يمين الاستظهار رغم تمام الدليل الشرعي لثبوت الحق ذلك أن المدعي يدعى حقاً له على من هو غير قادر على تقديم ما يدحض قوله إما لغيابه أو لعدم كمال أهليته أو لأن السبب مما لا يطلع عليه العامة والناس كعيوب الزوج وغيره، وفي يمين الاستظهار^٣ استحكام لضمير المدعي مع وجود البيينة الكاملة ظناً بوجود ما يدفع دعوى المدعي لا يعلم به غيره، مثال إذا طلبت المرأة فرض نفقة على زوجها الغائب تستحلف على أن زوجها لم يطلقها ولم يترك لها مال تنفق منه ولم تكن ناشزة، ذلك أن هذه الأمور تخفى على الناس ولا يعلمه سواء أطرافه.

وخلاصة القول، يمين الاستظهار في القانون أمر وجوبي على القاضي ولا بد من توجيهها في كل ما يثبت من حق في مال الميت والمفقود والقاصر ومن في حكمهم مثل مال الغائب والمجنون. وهي توجه للمدعي قبل صدور الحكم بعد إثباته لحقه ببيينة كاملة.

وهي اليمين المنصوص عليها في المادة (١٢٤) من قانون الإثبات والتي مصدرها الفقه الإسلامي وذلك دفعا لشبهة أستيفاء الدائن حقه مرتين إذ قد يجهل ورثة المدين ما لدى مورثهم من دفوع تجاهه، واليمين هذه واجبة على القاضي بوجهها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الورثة منه ذلك.

وعلى القاضي أن يحلف الدائن يمين الاستظهار المنصوص عليها في المادة (١٢٤) من قانون الإثبات^٤، أي أن المحكمة ملزمة بتوجيهها إلى المدعي الذي يثبت حقا على التركة. أما إذا توفي الدائن وقبل أن يحلف يمين الاستظهار فينتقل حق الدائن إلى ورثته ويجب على القاضي أن يحلف ورثة الدائن الكبار

^١ مجلة الأحكام العدلية - ص ٣٥٤ .

^٢ حاشية العدوي- على الصعيد المالكي العدوي دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ج ٢ ص ١٨ .

^٣ أوجه الخلاف بين يمين الاستظهار واليمين المتممة : ١- لا يشترط في يمين الاستظهار التعرض في صدق الشهود لكامل الحجة خلافا لليمين المتممة التي يشترط فيها التعرض لصدق الشهود لنقصان الحجة.

^٢ توجه يمين الاستظهار في دعاوى معينة بينما اليمين المتممة توجه في دعاوى المال (ومنها الاثبات الزوجية) والحقوق لإكمال دليلها الناقص.

^٣ يمين الاستظهار توجه لاستظهار الحق بعد ثبوته بينما اليمين المتممة توجه لإكمال الدليل الناقص أي يمين الاستظهار يمين استظهار للحق والمتممة يمين دليل للبيينة.

^٤ يمين الاستظهار توجه للمدعي بينما اليمين المتممة توجه لأي من الخصمين

^٥ قد توجه يمين الاستظهار من قبل المحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصم في بعض الدعاوى، بينما اليمين المتممة توجه من قبل المحكمة فقط.

^٤ والتي نصها الاتي؛- ((تحلف المحكمة من تلقاء نفسها من أدعى حقا في التركة وأثبتته، بينما على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه، ولا بغيره من المتوفى ولا أبراه، ولا أحالة المتوفى على غيره، ولا أستوفى دينه من الغير، وليس للمتوفى من مقابل هذا الحق دين أو رهن))

يمين الاستظهار، إلا أن الصيغة هنا تكون (يمين بعدم العلم) وبصيغة ((والله العظيم لانعلم بأن مورثنا قد أستوفى من المدين في حياته ولاغيره... الخ ما في اليمين من فقرات أو...))
وعليه، فهي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لمن يدعي حقاً في تركة ويثبت الحق الذي يدعي به وهي يميناً إجبارية يوجهها القاضي إلى خصم بالذات يعينه القانون وإذا حلفها كسب دعواه، وإن المحكمة ملزمة بالتحقيق من تلقاء نفسها لأن هذه اليمين لا بد منها بسبب أنها حق لليمين وهي كحق الله تعالى.

المطلب الثاني : في البيئات الأخرى (الشهادة، والمعينة، والخبرة)

سبق وأن عرضنا في المطلب الأول (القرار واليمين) وسنعرض في دراستنا على البيئات الصادرة من الغير (شهادة الشهود)، والبيئة بتحقيق القاضي مباشرة وهي (المعينة) والبيئة الصادرة عن الغير وهي (المعينة الفنية – الخبرة).

أولاً :- البيئات الشخصية (شهادة الشهود)

الشهادة^١ :- يقصد بالشهادة ((البيئات التي يدلي بها الشخص بعد أدائه اليمين أمام المحكمة عما أدركه بحواسه الخاصة من أمور تتعلق بموضوع الحق المتنازع فيه))^٢. والشهادة هي ((إثبات حقيقة واقعة معينة علم بها الشاهد من خلال ما شاهده أو سمعه أو ادركه بحواسه الأخرى عن تلك الواقعة بطريقة مباشرة)).

والشهادة لها قوة محددة في أثبات التصرفات القانونية أو أنقضاؤها، فلا يجوز أثبات هذا التصرف أو أنقضاؤه أن كانت قيمتها خمسة الاف دينار أو كانت غير محدودة القيمة^٣. والشهادة هي أخبار الانسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره، وهي حجة مقنعة أي غير ملزمة للقاضي وغير قاطعة، أي أن ما يثبت بها يقبل الدحض بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات.^٤ وان الاثبات الزوجية يكون اثباتها بالبيئة الشخصية (الشهود) فالشهود يستطيعون وصف كل مفردة من مفردات الاثبات الزوجية وعلى محكمة الاحوال الشخصية ان تستند في حكمها الى افادات الشهود، وهنا قد يتبادر الى ذهنك هل يستطيع الاب او الاخ الشقيق او الام الادلاء بشهادتها فاقول لك نعم، اما اقيام مفردات الاثبات الزوجية فيكون تقديرها للخبير الذي ينتدب من قبل المتداعيين او في حالة الاختلاف عليه فان محكمة الموضوع تنتخبه فتكون خبرته اساساً للحكم. اما اذا كان الزوج خارج البلد فان الحق الذي يحكم عليه في مثل هذه الدعاوى هو دين فانه لا يسقط بالتقادم.

أي بعبارة أخرى، تتميز شهادة الشهود بكونها حجة مقنعة وليست ملزمة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي كذلك غير قاطعة يمكن نفيها بشهادة أخرى أو أي طريق آخر من طرق الإثبات كذلك شهادة الشهود حجة متعددة ليست قاصرة على صاحبها لان ما يثبت بها يعتبر ثابتاً لدى الكافة والخاصية الأخيرة لها كونها دليلاً مقيداً لا يجوز الإثبات بها الا في نطاق معين.

^١ وشهادة الشهود لغة تعني الحلف والحضور والادراك اما اصطلاحاً فهي الاخبار في مجلس القضاء عن ما رآه او سمعه شخص بما يرتب عليه القانون اثرًا لذا فهي تحتمل الصدق او الكذب و يرجح صدق هذا الشخص لان ليس له مصلحة في الكذب.

^٢ أنظر الدكتور سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦، ص ٧٧

^٣ أنظر المادة (٧٧) من قانون الإثبات.

^٤ أنظر القاضي يوسف عز الدين، ملكية الاثبات الزوجية، فقها وقضاء، المرجع السابق، ص ٥٥.

ولشهادة الشهود اشكال مختلفة منها ((الشهادة الشفهية والشهادة المكتوبة))، وفي الغالب يتم الادلاء بالشهادة بالتصريح الشفوي بحيث ان الشهود يصرحون شخصيا للقاضي عما راوه او ما سمعوه و هو ما يسمى بالشهادة الشفهية، وقد تتم الشهادة بطريق الكتابة وهذا امر نادر.

وقبل الدخول في تفاصيل الشهادة ينبغي أن نوجه النظر الى أن القضاء سار على تكيف (دعوى المطالبة بملكية الاثاث الزوجية) بأنها (دعوى غصب) لذا يجوز أثبات هذه الدعوى بكافة وسائل الاثبات. وتأسيسا على ما تقدم، فإن الوقائع التي يمكن أثباتها في الشهادة هي :-

١- واقعة الغصب : تعتبر دعوى طلب الاثاث الزوجية من دعاوى الغصب، وهي وضع اليد على الاثاث التي تعود للزوجة على وجه الاستقلال من قبل الزوج أو غيره كأحد الورثة بعد وفاة الزوج. والغصب يرد على الاثاث الزوجية ذلك لانها مال منقول وعلى المحكمة أن تكلف المدعية بأثبات واقعة الغصب ابتداء، حيث أن وجود الاثاث الزوجية في دار الزوجية لايعني غصب الزوج لها مادامت الزوجة في عصمت زوجها، اذا عجزت عن أثبات أمتاعه عن ردها لها^١ وأذا أدعت الزوجة بأن زوجها غصب أثاثها البيئية بعد أن طردها من دار الزوجية فلها أن تطلب حجزها أستنادا الى (البيئية الشخصية) حتى نتيجة البيت بدعوى الغصب. وعليه يقتضي أثبات واقعة الغصب بينة معتبرة قانونا، وجاء في القرار التمييزي المرقم ٣٧٣٢/شخصية/٢٠٠٢ في ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٢ (غير منشور) ((.. أن دعوى الغصب لا تحصر فيها الشهادات.. وعلى المحكمة التوسع في الاستماع الى شهادة الشهود)).

وقضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٣٩٤٣ / شخصية / ٢٠٠٣ في ٢ / ٣ / ٢٠٠٣ ((... ذلك لان البيئية الشخصية المقدمة من قبل وكيل المميز عليها (المدعي) لا تكفي لاثبات الادعاء بالنسبة للاثاث الزوجية... وكان على المحكمة والحالة تكليف وكيل المميز عليها بتقديم بينة شخصية أخرى لاثبات ذلك بأعتبار أن بيئية الغصب لا تحصر..)) (غير منشور).

وعلى المحكمة أن تتوسع وتستوضح من شهود المدعية وبيان درجة قرابتهم بها وكيفية علمهم كون المدعية تمتلك تلك الاثاث وعلى الشهود (البيئية الشخصية) أن يثبتوا واقعة غصب الزوج للحلي الذهبية المطالب بها وعلى المحكمة أن تكلف المدعية باثبات تملكها للمواد المدعى بها وفق مصادر التملك، وعند عجزها منحها حق توجية اليمين الحاسمة لخصمها عملا باحكام المادة (١١٨) من قانون الاثبات .

ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز أن شهادة شاهد واحد مبنية على السماع واليمين المتممة لا تكفي لاثبات واقعة الغصب للاثاث الزوجية أو المصوغات الذهبية، كما جاء بالقرار التمييزي المرقم ٣٦٨ / م ١ منقول / ١٩٩٩ في ٢٩ / ٥ / ١٩٩٩ ((.... وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المحكمة أسست حكمها المميز القاضي بالزام المدعى عليه بتسليمه المصوغات الذهبية للمدعية عينا أو أقيامها عند تعذر التسليم أستنادا الى شهادة منفردة ويمين المدعية المتممة ولدى الرجوع الى الشهادة المنفردة وجد أن الشاهدة هي والدة المدعية وليست لها شهادة عيانية على الغصب والتصرف وإنما أفادت أنها سمعت بذلك من المدعية لذا كان على المحكمة تكليف المدعية بتقديم بينة قانونية معتبرة لاثبات الغصب... لذا قرر نقض الحكم...))^٢. هذا وإن بيئية الغصب لا تحصر أي بعبارة أوضح، لا تحصر البيئات في دعاوى الغصب، لذا يجوز سماع شهودا آخرين وان حصر المدعي بيناته، وقضت محكمة التمييز الاتحادية - هيئة الاحوال الشخصية بقرارها المرقم ٢٦٣٥/٢٦٣٦/ش ١/ ٢٠٠٨ في ١ / ٩ / ٢٠٠٨ ((.... أن المحكمة لم تستكمل

^١ أنظر قرار محكمة التمييز ١٢٧٤/م/١٩٧٢ في ٢١/١١/١٩٧٢، منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، ص ٣، ص ٧٤.

^٢ قرار محكمة التمييز ٣١/مستعجل/٨٢ في ٤/٩/١٩٨٢ منشور في مجموعة الاحكام العدلية العدد ٣ لسنة ١٩٨٢، ص ٨٦. وكذلك

أنظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٨١٦/م/١٩٩٩ في ١٦/٩/١٩٩٩ (غير منشور)

تحقيقاتها الأصولية في الدعوى وصولاً إلى الحكم العادل والصحيح فيها، إذ أن المحكمة حلفت المميز عليها / المدعية اليمين المتممة لإثبات أنها تملك الأثاث المبينة في الصيغة التي أقرتها المحكمة في محضر الجلسة ٢٠٠٨/٦/٢٢ رغم عدم توفر شروط توجيه هذه اليمين وفق المادة (١٢١) من قانون الإثبات وحيث أن بينة الغصب لا تحصر فكان المتعين على المحكمة تكليف وكيل المميز عليها بإحضار بينة شخصية إضافية لإثبات أن موكلته تملك تلك الأثاث بأحد أسباب التملك المقررة قانوناً وأن المميز / المدعى عليه قام بغصبها وان عجز عن ذلك تمنحه حق توجيه اليمين وهذا لا يخل بحق المميز بإحضار شهود لرد هذا الإدعاء طبقاً لأحكام المادة (٨٠) من قانون الإثبات وإذا آلت إجراءات الإثبات فيما يخص الأثاث المذكورة على شهود الطرفين فإن المقتضى على المحكمة أعمال حكم المادتين (٨٢ و ١١٨) من قانون الإثبات وحيث أن المحكمة لم تلاحظ ذلك مما أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها...))^١

٢- الاستماع للشهود

١- أن القواعد المقررة للاستماع لأقوال الشهود تقرر أن كل شاهد يؤدي شهادته على إنفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تستمع لشهاداتهم وفق المادة (٩٤/٩٤ ثالثاً) من قانون الإثبات

٢- أن بينة الغصب لا تحصر وعلى المحكمة تكليف المدعية بإحضار بينة شخصية إضافية لإثبات إدعاءها بغصب الأثاث، وهذا لا يخل بحق المدعى عليه بإحضار شهود لرد هذا الإدعاء عملاً بحكم المادة (٨٠) من قانون الإثبات.

٣ - لا تكون القرابة بمجرد ما مانعة من قبول الشهادة ما دام القريب غير متهم - والتهمة تعني الظن والشك والارتياح في صدق الشهادة - إلا أن لهذه القاعدة استثناءات عدة فهناك حالات يرفض فيها قبول شهادة القريب كشهادة الأصل لفرعه، والفرع لأصله، وشهادة أحد الزوجين للآخر، والشريك لشريكه..

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية - هيئة الأحوال الشخصية الأولى بقرارها المرقم ٢٦٩٩/ش ١/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/١ ((..... أن الدعوى تتعلق بطلب إعادة مال منقول مدعى أنه مغصوب لذلك تعتبر هذه الدعوى من دعاوى المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية لذلك فإن إجراءات الإثبات فيها تكون خاضعة لقانون الإثبات،... وحيث أن القواعد المقررة للاستماع إلى أقوال الشهود تقول أن كل شاهد يؤدي شهادته على إنفراد بغير حضور باقي الشهود الذي لم تستمع لشهادتهم وفق المادة (٩٤/٩٤ ثالثاً) من قانون الإثبات لذلك كان المقتضى على المحكمة عند استماعها إلى شهادات شهود الطرفين أو أحدهما أن تستمع إلى شهادة كل شاهد سواء ذلك رجلاً أو امرأة على إنفراد وليس كما فعلت المحكمة واستمعت لأقوال الشاهدين في محضر الجلسة المؤرخة ٢٠٠٨/٣/٢٦ سوية أحدهما بجانب الأخرى وحيث أن بينة الغصب لا تحصر لذا كان المتعين على المحكمة تكليف وكيل المميز عليها / المدعية بإحضار بينة شخصية إضافية لإثبات أن موكلته تملك الأثاث التي اعتبرت وكيل المميز / المدعى عليه عاجزاً عن إثبات دفعه بشأنها بأحد أسباب التملك المقررة قانوناً وأن المميز قام بغصبها وهذا لا يخل بحق المميز بإحضار شهود لرد هذا الإدعاء عملاً بحكم المادة (٨٠) من قانون الإثبات وإذا آلت إجراءات الإثبات فيما يخص تلك الأثاث على شهود الطرفين فإن المقتضى على المحكمة أعمال حكم المادتين (٨٢ و ١١٨) من قانون الإثبات وحيث أن المحكمة لم تلاحظ ذلك مما أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم...))^٢

^١ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (٢) س ١، ٢٠٠٩.

^٢ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (٢)، س ١، لسنة ٢٠٠٩.

و عليه، كل واحد من الشهود يدلي بشهادته على انفراد، فيذكر اسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه، و يبين علاقته و درجة قرابته و مصاهرته للخصوم. و قبل الإدلاء بشهادته يحلف اليمين القانونية.
٣- أن تكون الشهادة دقيقة وواضحة؛ -

ينبغي أن تكون الشهادة دقيقة وواضحة وفيها كافة التفاصيل على وجود الاثبات الزوجية أو المصوغات الذهبية وذكر أوصاف كل فقرة من فقراتها وسند ملكيتها، كما جاء بالقرار التمييزي المرقم ٢٠٠٠/٣م/٨٥٧ في ٢٠٠٠/٥/١٣ ((... وجد أنه غير صحيح ذلك أن المحكمة قد حكمت للمدعية بالاثبات التي لم يقر بها المدعى عليه وأعدمت في ذلك على أقوال شهود المدعية واليمين المتممة ولدى الرجوع الى أقوال هؤلاء الشهود وجد أنها كانت غير دقيقة وغير واضحة وجاءت مبتورة ولا يمكن اعتبارها دليلاً كافياً للاثبات لانهم لم يبينوا في أقوالهم كيفية تملك المدعية لتلك الاثبات ومصدرها.... لذا قرر نقض الحكم.... وتكليف المدعية باثبات ذلك وبالبيينة الشخصية (الشهود) وصولاً الى الحكم العادل)).

٤- ينبغي تحديد أوصاف ومفردات الاثبات ونوعيتها:-

على محكمة الموضوع أن تستوضح من الشهود عن ماهية الاثبات، وبيان أوصافها ومفرداتها بشكل دقيق ومصادر ملكيتها وصولاً للحكم العادل. وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٠٠٠/٣م/٥١٢ في ٢٠٠٠/٣/٢٧ ((... وجد أنه غير صحيح حيث أن المحكمة قد أستندت في حكمها للمدعية الى البيينات الشخصية التي قدمتها ولدى الرجوع الى البيينات الشخصية (الشهود) وجد أنها جاءت مقتضبة ومبتسره الى أنها لم تبين في أقوالها تفاصيل ومفردات الاثبات العائدة للمدعية ومصدر ملكية كل منها وإنما جاءت أقوالها على وجه العموم ما لاتصح معه أن تكون دليلاً كافياً للحكم فكان على المحكمة أن تستوضح من الشهود عن كل ذلك وتطلب منهم بيان ماهية الاثبات وذكر أوصافها ومصدر ملكيتها وصولاً الى الحكم القانوني السليم وحيث أن المحكمة قد خالف ذلك.... لذا قرر نقض الحكم...))^١ ولما كان مدار أثبات ملكية الاثبات الزوجية هي البيينة المعتبرة الصحيحة، لذا يقتضي على الشهود سرد أوصاف ومفردات الاثبات الموجودة ونوعيتها بشكل دقيق أمام المحكمة. فتصریحات الشاهد قد تنقصها المصادقية و عدم الحسم في النزاع و قد لا تتصل مباشرة بموضوع النزاع لذلك يمكن للقاضي ان يرفض تقديم الشهود ان تبين له ان شهادة الشهود لاتفيد للفصل في النزاع المطروح امامه و هذا ما ظهر في كثير من الاحكام القضائية مما يستدعي من القاضي لقبول تقديم الشهود ان تكون شهادتهم مقبولة و صادقة و منتجة.

٥- ترجيح الشهادات :-

في حالة اعتماد المحكمة على البيينة الشخصية (الشهود) في إصدار حكمها بعد أن تستمع الى بيينة الطرفين ترجح أحدهما على الآخر مع بيان أسباب الترجيح في محضر الجلسة عملاً بحكم المادة (٨٢) من قانون الاثبات، لان الشهادة دليل أثبات يعتريه الكثير من الضعف ومنها الكذب في الشهادة وفي حالة عدم التسبب يعتبر القرار مخالفاً لاحكام القانون ويوجب نقضه. وحيث أن بعض الشهود يشهدون على وقائع لا يعلمونها إلا من طريق السماع وهي وإن لم تكن شهادة إثبات طبيعية إلا أنها شهادة على كل حال وهي بدلاً من تثبت الواقعة التي سترتب عليها كسب الدعوى فهي تثبت واقعة أخرى لا ترتبط بالواقعة الأولى إلا برباط واه في الواقعة المتنازع عليها وبهذا يتحول الإثبات من طبيعته الأصلية إلى طبيعة أخرى،

ولما كان الاثبات عن طريق شهادة الشهود ذو قوة محدودة فالقاضي يتمتع بالحرية الكاملة والسلطة التقديرية في الاخذ بها حسب ما يراه مناسباً او صالحاً للبت في النزاع المطروح امامه وما يترتب على هذا

^١ منشور في الموسوعة العدلية، العدد ٨٦، س ٢٠٠١، ص ٣.

المبدأ ان القاضي له السلطة التقديرية المطلقة في التعامل مع شهادة الشهود فهو غير مرتبط بتعدد الشهادات والقاضي له أن يأخذ بشهادة الشهود التي يعتمد عليها في اقتناعه لتثبيت واقعة قد ادعى بها عدة شهود، كما أنه غير ملزم بتصريحات كل الشهود، إذ يجوز له بناء على سلطته التقديرية أن يلجأ الى وسائل اثبات اخرى .

ولقاضي محكمة الموضوع سلطة تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وله أن يرجح شهادة على أخرى وفقا لما تستلزمه من ظروف الدعوى وأن يبين أسباب ذلك في محضر الجلسة(المادة ٨٢ من قانون الاثبات)، وأكدت محكمة التمييز بالقرار المرقم ١٧٦٦/شخصية / ٢٠٠٢ في ٢٠ / ٢ / ٢٠٠٢ ((.. ذلك لان البيئة الشخصية المقدمة من قبل وكيل المميز عليها المدعية لا تكفي لاثبات أن المميز تملك الاثاث والمصوغات الذهبية المدعى بها وأن المميز المدعى عليه قد غصبها ماعدا الاثاث والحلقة التي أقرت بها وكيلة المميز المدعى عليه في لائحته المؤرخة في ٢ / ١٢ / ٢٠٠١ فكان المقتضى على المحكمة والحالة أن تكلف وكيل المميز عليها بتقديم أدله الاثبات تملك موكلته لتلك الاثاث والمصوغات الذهبية وأن تملكها لها كان عن أحد مصادر التملك المقرره قانونا وذلك بجميع طرق الاثبات المقررة قانونا بأعتبار أن الواقعة المراد اثباتها من الوقائع المادية لتعلقها بالغصب ومن ضمنها البيئة الشخصية عملا بحكم المادة ٧٦ من قانون الاثبات وأن عجزت عن ذلك منحه حق توجيه اليمين الحاسمة الى المميز المدعى عليه عملا بحكم المادة ١١٨ من قانون الاثبات هذا من جهه ومن جهة أخرى كان المقتضى على المحكمة أن تكلف وكيله المميز باثبات بان المميز عليها قد أستلمت حلقة الذهب المطالب بها عندما تركت الدار الزوجية وأن عجزت عن ذلك وتمنحها حق توجيه اليمين الحاسمة الى المميز عليها المدعية... لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق المنوال...)) (غير منشور).

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز بعدد ٣٧٣٢ / شخصية / ٢٠٠٢ في ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٢ (غير منشور)... أن المحكمة أستمتعت الى شهادة الطرفين فان تبين في حكمها أسباب ترجيح شهادة الزوجة على شهادة الزوج مما كان المقتضى على المحكمة التوسع في الاستماع الى شهادة الشهود التي جاءت مبتسرة وفي ضوء ذلك لها الحق بتقدير الشهادات من الناحية الموضوعية أو الشخصية عملا بأحكام المادة(٨٢) من قانون الاثبات وأذا ما عجز المميز عن الاثبات منحه حق تحليف المميضة اليمين الحاسمة....

وحيث أن المحكمة أغفلت مراعاة ما تقدم مما أخل بصحة الحكم الصادر قرر نقضه)) هذا وأن ترجيح البيانات لايحول دون تطبيق أحكام المادة (١١٨) من قانون الاثبات في حالة عجزها عن الاثبات.

أما إذا اعتبرت المحكمة المدعى عليه عاجزاً عن الإثبات ومنحته حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعية حسب الصيغة التي أقرتها في محضر الجلسة ورفض المدعى عليه توجيهها يكون قد خسر ما توجهت به هذه اليمين، وهذا ما أشارت اليه محكمة التمييز الاتحادية بالقرار المرقم ٢٥٨٦/ش/١ / ٢٠٠٨ في ١ / ٨ / ٢٠٠٨ ((... أن المحكمة استمعت لشهود الطرفين لإثبات إدعاء المميز عليها / المدعية بأنها تملك الأثاث التي أنكرها المميز وكذلك لإثبات دفوع المميز المتعلقة بشأنها وأن المحكمة لما لها من سلطة في تقدير الشهادة وترجيح البيانات الشخصية المقدمة من الطرفين وفقاً لما استخلصته من ظروف الدعوى وفق المادة (٨٢) من قانون الإثبات رجحت بيئة المميز عليها / المدعية الشخصية على بيئة المميز الشخصية في إثبات إدعائها بقسم من الأثاث التي أنكرها المميز إعمالاً بحكم المادة (١١٨) من قانون الإثبات فإن المحكمة اعتبرت وكيل المميز عاجزاً عن إثبات دفوعه بشأن تلك الأثاث ومنحته حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المميز عليها / المدعية حسب الصيغة التي أقرتها في محضر الجلسة ٢٠٠٨/٦/١٢ وأنه رفض توجيهها وبذلك فإنه قد خسر ما توجهت به هذه اليمين طبقاً لأحكام المادة (١١٩ / ثالثاً) من قانون الإثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية...)).

أن المطالبة بالأثاث البيتية المتنازع على ملكيتها لا علاقة لها بمسائل الحقوق الشرعية الناجمة عن عقد الزواج و أنها غير مرتبطة باستمرار العلاقة الزوجية أو انتهائها. وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٥٩٨/ش/٢٠٠٨/١ في ٢٠٠٨/٩/١ ((...أما الطعون التمييزية التي تقول أن الزوجة لا تستحق الأثاث المطالب بها لأن هناك خلافاً بخصوص حصول الدخول الشرعي من عدمه وأن الرابطة الزوجية بين المتداعيين لا تزال قائمة فإن هذه الطعون لا سند لها من القانون لأن الدعوى تخص المطالبة بأثاث بيتية متنازع على ملكيتها وأن مثل هذه المطالبة لا علاقة لها بمسائل الحقوق الشرعية الناجمة عن عقد الزواج أو إنها مرتبطة باستمرار العلاقة الزوجية أو انتهائها، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية...)).^١

هذا ونلاحظ أن قانون الاثبات قد وسع سلطة القاضي المدني في توجيه الدعوى المدنية للوصول الى الحكم القانوني السليم، وأعطى محكمة الموضوع الحق في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الاثبات، أي بعبارة أوضح، لاجدال في أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة الاثبات بشهادة الشهود، ولا يتقيد بعدد الشهود، ولا بصفتهم الشخصية، لان الاثبات بشهادة الشهود له قوة محدودة. ليست العبرة بكثرة الشهود أو قلتهم بل باطمئنان المحكمة اليهم.

وعليه، ما يمكن قوله على شهادة الشهود كطريقة من طرق الاثبات هو أنها واحدة من أدلة الاثبات التي كانت لها قيمة كبيرة قديماً لكن تضاءلت أهميتها بمرور الزمن لزيادة عدد شهود الزور ومن خلال ما سبق يظهر انه بقيت لها قيمة فقط في ما ذكره المشرع من خلال المواد السالفة الذكر وهي التي عدد فيها حالات الاثبات بشهادة الشهود والحالات التي لا يجوز فيها الاثبات بهذا الدليل، فضلاً عن أن الشاهد يلعب دوراً رئيسياً في مجال الإثبات، في المسائل (المدنية والجزائية) حيث ترد وقائع قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ومنها واقعة غصب الأثاث الزوجية وإخلال الشاهد بواجب الإدلاء بشهادته يعرضه للعقوبة ومنها إجباره على الحضور عن طريق إصدار أمر القبض، ويبقى دائماً للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في قبول الاثبات بشهادة الشهود كدليل مقيداً بطرق الاثبات الأخرى.

ثانياً :- المعايينة (وأجراء الكشف) :-

المعايينة هي (البيئة بتحقيق القاضي مباشرة)، ولكي تقف المحكمة على مشاهدة موضوع النزاع (الاثاث الزوجية المغصوبة) أن تجري الكشف الموقعي بمعرفة خبير قضائي أو أكثر على الدار أو الغرفة المشغولة من قبل المدعيه وزوجها. وهذا ما يقصد به (المعايينة) باعتبارها دليل من أدلة الاثبات الضرورية والمهمة لقاضي الموضوع لمعايينة الغرفة التي خصصت للمدعية مع أهل الزوج، ونوعية الاثاث وتفصيلها وأعدادها لتكوين قناعته في موضوع الدعوى. ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في إجراء المعايينة.. وذهبت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٣٠٢ /م/ ١٩٩٩ في ١٥ /٢ /١٩٩٩ (غير منشور) الى هذا القول بأنه ((... بغية الوصول الى حقيقة ملكية الاثاث المختلف على ملكيتها ورغم البيئة المستمعه بدليل مادي يقتضي إجراء الكشف على الدار التي كانت مشغولة من قبل المدعيه مع أهل الزوج ومعايينة الغرفة التي خصصت لها تستوعب تلك الاثاث أو من مستلزماتها..... كما نسأل المدعية عن سند ملكيتها لتلك الاثاث هل اشترته من مهرها أو من خالص مالها أو جاءتها هدايا من الاهل أو غيرهم)).

^١ منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (٢) س ١، لسنة ٢٠٠٩.

وذلك تطبيقاً لاحكام المادة (١٢٥) من قانون الاثبات التي تنص على أنه ((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أن تندب لذلك أحد قضااتها لمعاينته أو أحضاره لديها في جلسة تعيينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة)).

وقد تقتضي الضرورة عند معاينة محل النزاع الاستعانة بخبير لتحديد نوعية الاثبات وتفصيلها وأقيامها، ولها كذلك الاستيضاح منه عن الواقعة محل الكشف والمعاينة. ولكي تنتج المعاينة أثرها القانوني يلزم أن يراعى فيها الاجراءات القانونية المطلوبة، مثل وجوب قيام القاضي بمعاينة محل النزاع وأجراء الكشف الموقعي بنفسه وأطلاع على الاثبات الزوجية المتنازع عليها، والاستماع للبينة الشخصية موقعا لتثبت اماكن تواجد الاثبات واحجامها ونوعيتها وأوصافها وواقع حال دار الزوجية او غرفة النوم وغيرها، ولا يجوز له الاستناد الى معاينة تمت في دعوى سابقة^١. أو الكشف الذي قامت به محكمة أخرى غير المنابه. كما لا يجوز للمحكمة عند إجراءها الكشف أن تثبت في محضر الكشف أنطباعاتها أو رأيها الخاص به^٢ لأنه من المسائل الفنية. ولا يجوز للقاضي أن يكلف المعاون القضائي بأجراء الكشف وحده.

بيد أنه، يمكن للمحكمة أن تتخذ من محضر وضع اليد أو الحجز الاحتياطي على الاثبات الزوجية الذي يقوم به المعاون القضائي بناء على قرار صادر من محكمة الموضوع سببا لتعزيز قناعاتها وحكمها حيث يقوم ذلك مقام المعاينة أو الكشف أحيانا. وللمحكمة أن تتخذ من تقرير المعاينة سببا لحكمها^٣.

ثالثا؛ - تقارير الخبراء (أراء الخبراء)؛ -

تعنى الخبرة استشارة فنية بشأن مسائل معينة ذات علاقة بالقضية المنظورة يحتاج تقديرها الى معرفه خاصه أو أدارية^٤ أي بعبارة أخرى، هي تقدير مادي وذهني، يبدیه أصحاب المهن أو الفن أو الاختصاص لابداء رأيهم في كل مسألة أو أمر يتوجب معرفة خاصة في مسألة فنية.

وعرف بعض الفقهاء الخبرة القضائية بأنها ((إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعته بالخبير ليقوم بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها أو على العموم إبداء رأي يتعلق بها علما أو فنا لا يتوفر في الشخص العادي ليقدم له بيانا أو رأيا فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده)).

الخبرة هي البينة الصادرة من الغير (المعاينة الفنية). والالتجاء الى الخبراء المختصين يزداد أنتشارا في الحياة العملية والقضائية، حيث أن الخبرة من الطرق المألوفة في الاثبات، لذلك يجوز لقاضي الموضوع أنتخاب خبير أو أكثر لحل المسائل الفنية، ويختارهم القاضي من أهل العدالة والامانه والخبرة في الامور الفنية. وتنص المادة (١٣٢) من قانون الاثبات ((تتناول الخبرة الامور العملية والفنية وغيرها من الامور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية)).

أذن، الخبرة القضائية من أهم الإجراءات المساعدة للقضاء والتي يأمر بها القاضي في ظروف خاصة وشروط معينة قصد إجراء تحقيق في مسائل فنية، لا يمكن للمحكمة أن تبث في النزاع المعروض عليها دون توضيح بعض المسائل الفنية البحثة من الأشخاص ذوي المعارف الخاصة كي تستطيع الحكم فيها بارتياح.

^١ لاحظ قرار محكمة التمييز ((أن المحكمة أستندت الى كشف سابق في دعوى مردودة وأعتبرته كشفا صحيحا وهذا غير جائز قانونا)) منشور في مجلة القضاء، العدد ٣، ١٩٥٥، ص ٦٦.

^٢ أنظر المادة (١٢٧) من قانون الاثبات.

^٣ أنظر المادة (١٣١) من قانون الاثبات.

^٤ أنظر د.أمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الفنية، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣.

وتنص المادة (١٣٣) من القانون ذاته على أنه ((إذا أقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر... وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معين تتولى المحكمة تعيين الخبير)) أذن الاستعانة بالخبراء ضرورية للبت في الدعوى والوصول الى الحكم العادل فيها. وعليه يجوز لأطراف دعوى (غصب الاثاث الزوجية) سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أو شخصا ثالثا في الدعوى، أن يطلب أنتخاب خبير أو أكثر لغرض تقدير قيمة المغصوب. وجاء بالقرار التمييزي المرقم ٣٩٤٣ / شخصية / ٢٠٠٣ في ٢ / ٢ / ٢٠٠٣ (غير منشور) ((..مع ملاحظة أنه في حالة عدم وجود تصادق على أقيام الاثاث الزوجية فعلى المحكمة أسستعانه بخبير أو أكثر لتقديرها لذا قرر نقض الحكم...)) هذا وأتجهت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٧٠١ / م / ٤ / ١٩٨٠ في ١٦ / ٩ / ١٩٨٠ الى أن ((تقدر قيمة المغصوب بتاريخ غصبه.....)) غير أنها عدلت الى الاتجاه السليم والصحيح بقرارها المرقم ١٩١٢ / م / ١٩٩٧ في ١٩ / ٨ / ١٩٩٧ وقالت ((تقدر قيمة المغصوب وقت إقامة الدعوى لا وقت الغصب))

أذن، على الخبير القضائي في حالة تقدير قيمة الاثاث الزوجية ينبغي أن يكون بتاريخ المطالبة القضائية (أي تاريخ إقامة الدعوى) بأعتبارها الاساس لقيمة الاثاث الزوجية المحكوم بها بأعتبار أن واقعة الغصب أستمرت لحين المطالبة القضائية.

ويباشر الخبير القضائي المهمة المسنده اليه تحت أشرف المحكمة – ولايتجاوزها أو يخرج عنها – مالم تقضي طبيعة العمل أفراداه به أحيانا، وبعد ذلك يعد الخبير محضرا بمهمته ويوقع الحاضرون عليه، وعلى الخبير أن يقدم الى المحكمة تقريرا مفصلا بنتيجة المهمة موقعا عليه من قبله، ومتى قدم الخبير تقريره، أصبح هذا التقرير جزء من أوراق الدعوى وله من الحماية ما للاوراق الرسمية الاخرى، ويباشر الخبير عمله ولو في غيبة الخصوم، أي لا علاقه له بحضور أحد الخصوم أو عدم حضوره لان مسألة متابعة موضوع تقديم الخبرة على المحكمة. وكما جاء في القرار التمييزي المرقم ١٤٠٨ / شخصية / ٢٠٠٢ في ٣١ / ١ / ٢٠٠٢ (غير منشور) ((..ذلك أن المحكمة في الجلسة المؤرخة ٢٧ / ١٢ / ٢٠٠١ قررت أنتخاب خبير قضائي لتقدير أقيام الاثاث المطالب بها الا أنها في الجلسة المؤرخة ٢٩ / ١٢ / ٢٠٠١ أعتبرت أن وكيل المميز / المدعى عليه قد صرفت النظر عن موضوع الخبرة وأفهمت ختام المرافعة وأصدرت حكما في الدعوى بتاريخ ٣١ / ١٢ / ٢٠٠١ وحيث أن مسألة متابعة موضوع تقديم خبرة الخبير القضائي لا علاقة له بحضور أحد الخصوم أو عدم حضوره مما كان على المحكمة متابعة تنفيذ قرارها بشأن تقدير أقيام الاثاث الزوجية المطالب بها بمعرفة خبراء أكثر وحيث أن المحكمة لم تلاحظ ذلك... لذا قرر نقضه..)) وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر دعوة الخبير لحضور الجلسة إذا رأت أن تقريره غير واف أو رأت أن تستوضح منه عن أمور معينة ولازمة للفصل في الدعوى. (المادة ١٤٥ من قانون الاثبات)، بعبارة أخرى، لمحكمة الموضوع أن تستدعي ذات الخبراء لمناقشتهم بخصوص بيان الاسس والاسباب التي دعتهم الى بيان الرأي المذكور في تقريرهم، وكيفية تقدير أقيام الاثاث أو قد تقرر إعادة الكشف الموقعي بمعرفة خبراء آخرين.

وتأسيسا على ما تقدم، فإن تقرير الخبير خاضعا لتقدير محكمة الموضوع بأسباب تجعلها تأخذ به أو لا تأخذ به بحسب مدى أقتناعها بصواب الاسباب. وللمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها^١.

^١ أنظر المادة (١٤٠) من قانون الاثبات.

المطلب الثالث: دخول الشخص الثالث في دعوى الاثاث الزوجية

عند إقامة دعوى الاثاث الزوجية من قبل الزوجين أمام محكمة الاحوال الشخصية /أو المواد الشخصية /المختصة، يجب أن تتوافر فيها الشروط القانونية الخاصة، وتحديد عناصرها، وأطرافها، والحق المتنازع فيه، وعلى المحكمة أن تتحقق من هذه الشروط قبل الدخول في موضوع الدعوى، ومنها (أهلية الطرفين للتقاضي، والمصلحة الجدية، والصفه أو الخصومة في الدعوى) عملا بأحكام المواد (٦-١) من قانون المرافعات المدنية.

ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب دخوله في الدعوى شخصاً ثالثاً منضماً لاحد أطرافها أو طالباً الحكم لنفسه فيها، إذا كانت له علاقة بالدعوى أو تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئه أو كان يضر بالحكم الذي سيصدر فيها. وهذا ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة (٦٩) مرافعات مدنية، ويطلق على هذا النوع من التدخل :-

أولاً :- ((بالتدخل الاختصاصي)) ومؤداه أن يتقدم شخص أثناء نظر دعوى الاثاث الزوجية الى المحكمة المختصة طالباً قبوله شخصاً ثالثاً فيها، شريطه أن لا يكون طرفاً في الدعوى الاصلية، وأن تكون له مصلحة مشروعة في النزاع المعروض، وقبل صدور الحكم في الدعوى الاصلية.

ويطلب الشخص الثالث المتدخل الحكم له بذات الدعوى المتعلقة بنزاع حول ملكيته وعائدية بعض الاثاث البيئية فيتقدم مثلاً والد المدعى عليه أو والدة المدعى عليه أو شقيقته بطلب دخول شخصاً ثالثاً في الدعوى الاصلية، طالباً الحكم بعائدية قسم من تلك الاثاث الواردة في عريضة دعوى المدعي له باعتبارها جزء من أثاثه البيئية في مواجهة الخصمين بحيث يحكم له أو عليه.

وجاء في القرار التمييزي المرقم ١٤ / موسعه أولى / ١٩٩٩ في ٢٦ / ٥ / ١٩٩٩ ((..... وجد أن نزاعاً قد حصل بين طرفي الدعوى حول الاثاث الزوجية وبنفس الوقت بين أم المدعى عليه وبين المدعي حول قسم من الاثاث، حيث تدعي الام ملكيتها لها لانها موجودة في الدار التي تسكنها ويسكنها في نفس الوقت أولادها ومنهم المدعى عليه وزوجته المدعيه قبل الفرقة، فالمقتضى في مثل هذه الحالة أن تسأل محكمة الموضوع المدعى عليه والشخص الثالث عن الاثاث التي يقران بعائديتها الى المدعيه وتكلف المدعيه بأثبات عائديتها لها وسند هذه العائدية.....))^١

وجاء في القرار التمييزي المرقم ١٧٥٧ / شخصية / ٢٠٠٢ في ٢٧ / ٢ / ٢٠٠٢ (غير منشور) ((.... وجد أنه غير صحيح ومخالف لاحكام القانون وذلك لان المحكمة أعتبرت بينة الاشخاص الثالثة أرجح من بينة الممييزة المدعية فيما يتعلق بالاثاث المحكوم بها للاشخاص الثالثة دون أن تبين أسباب ترجيحها لهذه البينة في محضر الجلسة كما توجبها أحكام المادة (٨٢) من قانون الاثبات. وحيث أن البينة الشخصية التي أستندت عليها المحكمة في أثبات طلبات الاشخاص الثالثة والحكم لهما بالاثاث والمواد التي طلبوها فكان على المحكمة تكليفهم بتقديم بينة شخصية أخرى لاثبات هذه الطلبات مادام أن الادعاء يتعلق بالغصب وأن بينة الغصب لاتحصر وفي حالة عجزهم عن الاثبات منحهم حق توجيه اليمين الحاسمة للممييزه المدعيه عملا بحكم المادة (١١٨) من قانون الاثبات مع ملاحظة أنه في حالة تقديمهم بينة شخصية لاثبات طلباتهم وتعتبر المحكمة هذه البينات أرجح من بينة الممييزه المدعية أن تمنح الممييزه المدعية حق توجيه اليمين الحاسمة لهم عملا بحكم المادة (١١٨) من قانون الاثبات، لان ترجيح البينات لا يحول دون تطبيق أحكام المادة المذكورة...)).

^١ منشور في الموسوعة العدلية، العدد ٧٣ لسنة ٢٠٠٠.

وبطبيعة الحال، إن دخول الشخص الثالث في الدعوى ١- يعتبر دعوى حادثة ويصبح الشخص الثالث بعد قبوله طرفاً في الدعوى ويحكم له أو عليه وتؤدى عنها رسوم الدعوى كاملة وأن استيفاء رسم مقداره مائة دينار من الشخص الثالث غير صحيح إذ أن هذا الرسم يستوفى عن دخول الشخص الثالث للاستيضاح منه وفق المادة (٤/٦٩) من قانون المرافعات المدنية. ٢- لا تتعدد أتعاب المحاماة بتعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم أو بتعدد الوكلاء استناداً لأحكام الفقرة (٥) من المادة (١٦٦) من قانون المرافعات المدنية. ٣- أن المحكمة مقيدة بعريضة الدعوى فكان على المحكمة تكليف الشخص الثالث بتقديم قائمة الأثاث الذي أشار أنها مرفقة بعريضة دعواه.

ثانياً؛- النوع الثاني من التدخل هو (التدخل الانضمامي)

حددت الفقرة (٢) من المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية الحالات التي يجوز للطرفين (المدعي أو المدعى عليه) إدخال الغير شخصاً ثالثاً في الدعوى منضماً، لصيانته وحماية حقوق الطرفين أو أحدهما. وتوسيع نطاق آثار الحكم، وتحديد النزاع الذي يصدر في الدعوى، والابتعاد عن تناقض الأحكام، واقتصار لوقت المحكمة والطرفين.

ثالثاً؛- النوع الثالث من التدخل فهو لغرض (الاستيضاح منه)

للمحكمة ومن تلقاء نفسها وبناء على مقتضيات الدعوى دعوة أي شخص ثالث لدخوله في الدعوى للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى والوصول الى الحقيقة عملاً بنص المادة (٦٩) بفقرتها (٣ و٤) من قانون المرافعات المدنية. أي قد تستدعي بائعي الأثاث الزوجية وتقرر ادخالهم اشخاص ثالثة للاستيضاح منهم عن صحة الوصولات الصادرة منهم واسم المشتري والمواد المشتراة.

ويلاحظ أن الأشخاص الذين توجب هذه الفقرتين ادخالهم في الدعوى لا يعتبرون أطرافاً في الدعوى ولا يستوفى عنهم الرسم القانوني، ولا يحكم لهم أو عليهم في الدعوى التي أدخلوا فيها وإنما قضى القانون بلزوم حضورهم في الدعوى أكماً للخصومة نظراً لطبيعة بعض الدعاوى^١. وللمحكمة أن تأذن له بعدم الاستمرار بالحضور وأخراجه من الدعوى ولا يحق له الطعن في الحكم الصادر في الدعوى.

ما هو المركز القانوني للشخص الثالث بعد قبوله في دعوى المطالبة بالاثاث الزوجية؟

للإجابة نقول؛- يصبح الشخص الثالث طالب التدخل (الاختصامي) أو (الانضمامي) فقط في دعوى الأثاث الزوجية بعد قبوله في الدعوى الاصلية وأستيفاء الرسم القانوني عنه، طرفاً وخصماً قانونياً ينبغي أن تتوافر فيه الشروط الواردة في المواد (٣ و٤ و٦) من قانون المرافعات المدنية وهي (الاهلية والمصلحة والخصومة)، وله الحق بعد ذلك بتقديم ادعاءاته أو دفعه وأدلتها، ويحكم له أو عليه تطبيقاً لأحكام المادة (٧٠ ف١ وف٢) مرافعات مدنية، والاسباب الموجبة للقانون، وهذا ما أستقرت عليه محكمة التمييز في قراراتها الماره الذكر.

وللمحكمة إذا رأت أن التدخل أو الادخال لا يستند الى مصلحة جدية ولم يقصد به الا تأخير حسم الدعوى تقرر رفض قبول طلب الشخص الثالث وتمضي في السير في الدعوى، وتكلفه بأحداث دعوى مستقلة (دعوى الاستحقاق) مثلاً، من حيث كيانها ومطالباتها ورسومها ومصاريفها، ولا يخوله حق تمييز قرار المحكمة الصادر بالرفض، لانه لا يعتبر طرفاً في الدعوى. وهذا ماجاء بالقرار التمييزي المرقم ٥٤٤/٥٤٤ م/٣/٢٧ في ٢٠٠١ / ٣ / ٢٧ (.....) أن الطعن المقدم من قبل وكيل الشخص الثالث فهو

^١ الدعاوى الخمسة هي ((دعوى الوديعة على المودع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر، والموهون على المرتهن والمغصوب على الغاصب)) ونص المادة (٣/٦٩) مرافعات مدنية منقول من المادة (١٦٣٧) من مجلة الاحكام العدلية.

غير وارد قانوناً، لأن موكله لم يكن خصماً في هذه الدعوى ولم يتم أخذها طرفاً فيها حتى يحق له الطعن فيه، لأن الطعن في الأحكام لا يقبل إلا من خسر الدعوى، وعليه فإن قرار المحكمة برفض قبول الشخص الثالث في الدعوى لا يقبل الطعن فيه عن طريق الطعن بالحكم الصادر في هذه الدعوى وأن بإمكانه أتباع الطرق القانونية الأخرى للمطالبة بحقوقه. لذا قرر رد الطعن التمييزي المقدم من قبل الشخص الثالث وتحميله رسم التمييز.....^١)).

والمواقع، أنه يجوز لذا الشخص الثالث المتدخل أن يتظلم وعند رد التظلم يمكن تمييزه وفق المادة (٢١٦) مرافعات مدنية، أو إقامة دعوى اعتراض الغير. إضافة إلى أن، تصرف الشخص الثالث بالأثاث المودعة لديه تشكل (جناية)، كما جاء بالقرار التمييزي المرقم ٥٠٦ / ت / ٢٠٠٤ في ١٢ / ١٠ / ٢٠٠٤ (.. لدى التدقيق والمداولة وجد أن ليس لدى المنفذ العدل صلاحية إلغاء تحريك الشكوى ضد الشخص الثالث الذي قام بالتصرف بالأثاث المحجوزة لديه كونه يشكل جنائية.....^٢)).

كما أن الشخص الثالث المودعه إليه الأموال ليس له طلب وقف الإجراءات التنفيذية، وهذا ما جاء بالقرار التمييزي المرقم ٥٠٢ / ت / ٢٠٠٤ في ٢ / ١٠ / ٢٠٠٤ (... وجد أن التمييز واقع من شخص لا علاقة له بالأضرار التنفيذية، حيث أن الشخص الثالث هو المسؤول عن حفظ الأثاث ولا علاقة له بالإجراءات التنفيذية وأن أقامته دعوى استحقاق بعض الأثاث المبرزة وتمييزه القرار الصادر ضده بهذا الشأن لا يمنحه حق تأخير التنفيذ وبإمكانه مراجعة محكمة التمييز للحصول على قرار بإيقاف التنفيذ بقدر تعلق الأمر بالأثاث موضوع دعوى الاستحقاق عليه يكون التمييز واقعا من شخص لا علاقة له بالأضرار التنفيذية قرر رد اللائحة شكلاً.....^٣)).

ودعوى الاستحقاق :- هي أن يقيم والد أو والدة الزوج مثلاً بوضع الحجز الاحتياطي على الأثاث الزوجية بحجة أنها تعود للزوج المدعى عليه باعتباره مدين لأحد منهما بمبلغ معين، وأمام هذه الحالة تقيم الزوجة (دعوى استحقاق) بأثاثها الزوجية، فتكون هي المدعية ويكون المدعي والمدعى عليه في تلك الدعوى (مدعى عليهما) في هذه الدعوى وتخضع هذه الدعوى لوسائل الإثبات كافة، وقد تكون مستقلة عن دعوى الغصب والتي تكون من أثارها أنها تجعل الدعوى الأصلية (دعوى غصب الأثاث الزوجية المقامة من قبل الزوجة) مستأخرة وفق المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية لحين نتيجة دعوى الاستحقاق.

وهذا ما جاء في قرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية^٤ (... وجد أن المادة (٥٣ / ١) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل حددت الحالات التي يؤخر التنفيذ فيها ولم يكن من بينها حالة إقامة دعوى الاستحقاق، ولأن إيقاف التنفيذ هو إجراء استثنائي ولا يجوز التوسع فيه والقياس عليه لاسيما وأن الشخص الثالث (المميز) لم يكن طرفاً في الأضرار التنفيذية وأن أمر وقف التنفيذ يقع ضمن صلاحية المحكمة التي أقيمت لديها دعوى الاستحقاق، لذا قرر تصديقه...)).

المطلب الرابع: مصير الحلي والمصوغات الذهبية

نلاحظ بأن الزوجة تقيم دعوى المطالبة (بأثاث بيت الزوجية) وتضمن دعواها المطالبة بالملابس النسائية وأدوات التجميل والزينة والحلي والمصوغات الذهبية والتي هي حق للزوجة مالم يثبت العكس.

^١ منشور في مجلة العدالة، العدد ٤ لسنة ٢٠٠١، ص ٧٣.

^٢ منشور في مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، س ٥٨، لسنة ٢٠٠٥، ص ١٥٢.

^٣ منشور في مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، س ٥٨، ٢٠٠٥، ص ١٥٣-١٥٤.

^٤ أنظر قرار محكمة استئناف صلاح الدين المرقم ٥٣ / ت / ٢٠٠٠ في ٢٤ / ٤ / ٢٠٠٠ منشور في مجلة العدالة، العدد الثاني،

٢٠٠١، ص ١٧١-١٧٢.

ويقول البعض^١ أن الحلي والمصوغات الذهبية لا تدخل ضمن مفهوم الأثاث الزوجية، لأن مفهوم الأثاث بيت الزوجية (أو متاع البيت) هوكل ما يوضع لتلبية متطلبات الحياة المعيشية فالببيت يتطلب أدوات ضرورية أو كمالية لسد هذه المتطلبات. يفهم من هذا أن الحلي والمصوغات الذهبية لا تدخل ضمن مفهوم الأثاث الزوجية والمهر ليس ركناً في الزواج، وتحتل دعاوى المطالبة بالأثاث الزوجية في قضاء محاكم الأحوال الشخصية في الوقت الحاضر أهمية خاصة كونها ذات جوانب اجتماعية ملحوظة لدى الأسرة العراقية خصوصاً بعد حصول الخلاف الزوجي ووقع الفرقة والطلاق بين الزوجين وماتثيره من مشاكل قانونية وفقهية وقضائية.

وما يؤيد ذلك قرار سابق لمحكمة التمييز بعدد ٣٦٨/م٣ منقول / ١٩٨٩ في ٢٩/٤/١٩٨٩ (غير منشور) ((... أن الحلي الذهبية لا تعتبر من الأثاث الزوجية فكان على المحكمة تكليف المدعية بإثبات أدعائها بذلك، لذا قرر نقض الحكم.....)).

وهذا وقد حسمت محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٥١/ موسعة ثانية/ ٢٠٠٢ في ٣٠/١٠/٢٠٠٢ (غير منشور) موضوع (دعوى عائلية الحلي والمصوغات الذهبية) وأعتبرتها ضمن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية وليست محاكم البداية بقولها ((... وحيث أن المصوغات الذهبية تدخل ضمن مقتنيات الزوجة وأستعمالها وتشكل في الغالب جزءاً من مقدم مهرها فهي تدخل ضمن مفهوم الأثاث الزوجية، وهذا القول ينسجم مع التعديل الجديد ويحقق مبدأ وحدة مفهوم الأثاث الزوجية ووحدة اختصاص محاكم الأحوال الشخصية والتي مصدرها الرابطة الزوجية، والقول بخلاف ذلك يؤدي الى تشتت النظائر في دعوى الأثاث الببتية الزوجية بين محكمتي الأحوال الشخصية والبداية، وحيث أن الامر يتطلب تحرى قصد المشرع وروح التشريعات فإن النظر في دعوى عائلية الحلي الذهبية تدخل ضمن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية ولا تدخل ضمن اختصاص محاكم البداية.....)).

ففي دعوى مطالبة الزوجة بعائدية الحلي الذهبية يلزم أن يكون للمدعية دليل على وجود هذه الحلي والمخشلات الذهبية وسند ملكيتها ومن ثم تثبت المدعية غصب المدعى عليه للمصوغات الذهبية تطبيقاً لقاعدة (البينة على من أدعى واليمين على من أنكر) التي كرستها الفقرة (أولاً) من المادة (٧) من قانون الإثبات. أي بعبارة أوضح، على المحكمة المختصة السؤال من المدعى عليه (الزوج) عن الحلي والمخشلات الذهبية التي تطالب بها المدعية (الزوجة) وما يقر بعائديته من هذه المصوغات لها فيقتضى لها بأقراره إذا لم يدع بها الغير، أما تلك التي ينكر وجودها أو ينكر عائديتها للمدعية فيلزم تكليف المدعية بإثبات وجود المصوغات الذهبية أولاً وملكية المدعية لها وسند هذه الملكية، وثانياً واقعة الغصب (غصب المدعى عليه) وإثباتها. وكذلك على المحكمة أن تكلف المدعى عليه بإثبات كون الزوجة قد تصرفت في بعض المصوغات الذهبية المدعى بها قبل إقامة الدعوى بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً، وأن عجزت عن ذلك تمنحه حق توجية اليمين الحاسمة الى المدعية وذلك عملاً بأحكام المادة (٨٠) من قانون الإثبات التي تنص على أنه ((إذا حضر أحد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه جاز لخصمه أن يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى)) ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية لتقدير الشهادات من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى بعد أن تبيّن أسباب الترجيح في محضر الجلسة عملاً بحكم المادة (٨٢) من قانون الإثبات..

^١ أنظر الدكتور مصطفى الزلمي، الطاولة المستديرة حول (أثاث دار الزوجية) منشور في مجلة العدالة، العدد الثاني، لسنة ٢٠٠١، ص ٢١٣.

وجاء في القرار التمييزي^١ المرقم ٣٦٨ / م / ١٩٩٩ في ١٩٩٩ / ٥ / ٢٩ بأنه ((...شهادة شاهد واحد مبنية على السماع واليمين المتممة لا تكفي لإثبات واقعة غصب المخشلات الذهبية وعلى المحكمة تكليف المدعية بتقديم بينة قانونية معتبره لإثبات الغصب وعند عجزها تمنحها حق توجية اليمين الحاسمة....)) وفي قرار لمحكمة التمييز بعدد ١٣١١ / م / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠ / ٨ / ٧ ((.. وجد أن المدعية أدعت أن المصوغات الذهبية العائدة لها من عيار ٢١ وأن البينة التي أحضرتها ذكرت أنها عيار ١٨ لذا كان على المحكمة اعتبارها عاجزة عن إثبات هذه الجهة ومنحها حق تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة.. وأتجاه المحكمة بتوجية اليمين المتممة للمدعية حول عيارية الذهب كان خلاف القانون لان هذه اليمين توجه مع الدليل الناقص وليس لدى العجز عن الإثبات... لذا قرر نقضه....))^٢.

وجاء في القرار التمييزي المرقم ٤٨٧٨ / ٤٨٧٩ / ٤٤٨٠ / شخصية / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٣ / ١ / ٢٥ (غير منشور) ((.. فقد تبين أن المدعي قدمت بينة شخصية أيدت عائدية بعض المصوغات الذهبية لها ألا أنهم لم يذكروا بشهاداتهم أن المدعى عليه قد غصب تلك المصوغات فكان على المحكمة تكليف المدعية بتقديم بينة شخصية إضافية لإثبات واقعة غصب تلك المصوغات لان بينة الغصب لا تحصر وفي حالة عجزها عن إثبات غصب المصوغات الذهبية من قبل المدعى عليه منحها حق تحليفه اليمين الحاسمة المنصوص عليها في المادة (١١٨) إثبات..... دفع المدعى عليه حول قيام المدعية ببيع مصوغاتها الذهبية وتصرفها بثمنها، وكان أن وجدت أن بينة المدعى عليه غير كافية لإثبات هذا الدفع أن تمنحه حق تحليف المدعية اليمين الحاسمة..)).

تسليم المصوغات الذهبية برضا الزوجة :-

إذا قامت الزوجة بتسليم المخشلات الذهبية برضاها وقبول الزوج لها وبيعها والتصرف بثمنها في بناء دار أو شراء سيارة، مثلا. يعتبر بحكم الامانة فيلزم بردها عينا أو قيمتها بتاريخ المطالبة القضائية، لانه لا يعتبر غاصبا.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٣٧٥ / م / ١٩٩٩ في ١٩٩٩ / ١٢ / ٢٣ (غير منشور) بقولها ((... ذلك أن موضوع الدعوى لا يشكل فعل الغصب المنصوص عليه في المادة (١٩٢) من القانون المدني، وأما سلمت المدعية مصاغها الى زوجها، في حينه لغرض التصرف به بأرادتها وأن التسليم مع الارادة ينفي فعل الغصب وإذا ما رجعت عن ذلك فلا تستحق الا قيمة ذلك المصاغ في حينه لان ذلك المصاغ قد بيع وهي على علم بذلك ولم يلتزم المدعى عليه بأعادته عينا، عليه قرر تصديق الحكم المميز.....)) وكما جاء في القرار التمييزي المرقم ١٨٠٤ / م / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠ / ١١ / ٢٦ ((..... وجد أنه صحيح وموافق للقانون وذلك لان تسليم الحلي الذهبية العائدة للزوجة الى زوجها وبيعها والتصرف بثمنها وأن كان لا يدخل ضمن مفهوم الغصب الا أن تسليم تلك المصوغات برضا الزوجة وقبول الزوج لها يعتبر بحكم الامانة وأن المودع لديه يلزم بردها عينا أو قيمتها بتاريخ المطالبة القضائية....))^٣.

وفي قرار آخر أتجهت محكمة التمييز الى القول بالحكم بقيمة المصوغات الذهبية وقت المطالبة ((أي بتاريخ إقامة الدعوى)) بقولها ((... ذلك أن الثابت من أقوال الطرفين والبينة الشخصية المستمعة الى

^١ منشور في مجلة القضاء، العدد (٢٠١ و٢٠٣) س ٥٥، ١٩٩٩، ص ٢٠٧.

^٢ منشور مجلة العدالة، العدد الاول، س ٢٠٠١، ص ١٠٧.

^٣ منشور في مجلة القضاء، العدد ٢٠١، س ٥٥، لسنة ٢٠٠١.

^٤ أنظر القرار التمييزي المرقم ٤٠٩ / موسعة ثانية / ١٩٩٩ في ٢٠٠١ / ١ / ٢٢ منشور في مجلة القضاء، الاعداد ٢٠١، س ٥٥

لسنة ٢٠٠١، ص ١٤٥ - ١٤٧.

المميز عليه كان قد أحتاج بعض المال لاكمال بناء داره فعرض حاجته هذه على المميزه (المدعيه) حيث كان العلاقة الزوجية قائمة بينهما، وأن المميزه أستجابة لطلبه فقدمت اليه مصوغاتها الذهبية المدعى بها لعدم وجود مال لديها وبناء على طلب المميز عليه فقد قامت بتسليم تلك المصوغات الى شقيقتها المستمعه شهادتها اللتين باعتا المصوغات الذهبية وسلمنا ثمنها الى المميز عليه فالعقد الذي أبرمه الطرفان هو عقد القرض للمصوغات المذكورة وعلى المميز عليه رد مثلها الى المميزه عند مطالبتها بها وأن تعذر فيلزم بأداء قيمتها المقدرة وقت المطالبة بها لعدم الاتفاق على زمان الرد وقد نصت على الاحكام المتقدمه المادتين ٦٨٦ و٦٨٩ من القانون المدني وتطبيقا لذلك كان على محكمة الاستئناف الحكم بقيمة المصوغات الذهبية بتاريخ إقامة الدعوى... لذا قرر نقضه.....)).

وخلاصة القول، بخصوص المصوغات الذهبية، فيرى البعض ان الزوجة عند خروجها من بيت الزوجية فانها تحمل معها (مصوغاتها الذهبية) كونها تنزير بها و خفيفة الوزن وغالية الثمن. وهناك رأي يعتمد على البيئة الشخصية وإثبات غصب المدعى عليه للمخشطات الذهبية. ورأي ثالث يرى ان تكلف المدعية بإثبات وجود المصوغات الذهبية ابتداء بالبيئة المعتبرة (البيئة التحريرية كالوصلات من الصاغة وغيرها) ومن ثم الاستماع الى البيئة الشخصية لإثبات غصب المدعى عليه للمصوغات الذهبية^١.

الخاتمة

أستهدف البحث الموسوم (السلطة التقديرية لقاضي محكمة الاحوال الشخصية في إجراءات دعوى الأثاث الزوجية ووسائل أثباتها) الوصول قدر الامكان على ضوء مقومات السلطة التقديرية للقاضي – بأعتبارها النشاط الذهني للقاضي - وصولا لتحقيق العدالة بين طرفي الاسرة العراقي، لان وسائل أثبات دعوى عائلية الاثاث الزوجية والمحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى بعد التعديل الاخير بالقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠١ الذي نقل الاختصاص الى محاكم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية لغير المسلمين بدلا من محاكم البداة. ولاهمية أدلة الاثبات القانونية المنصوص عليها في قانون الاثبات، فضلا عن السلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع في أثبات هذه الدعوى وطرق الطعن القانونية، أسهاما متواضعا منا في محاولة الوصول الى أفضل صيغة لايجاد وعاء مناسب للاثاث الزوجية للحد من الخلافات الزوجية والاسرية بشأنها أو تحجيمها الى الحد الادنى.... وضمن هذا المنطق القانوني والقضائي نقدم بعض المقترحات

١- ضرورة وضع تشريع قانوني واضح لمعالجة النزاع بين الزوجين والغير حول عائلية ملكية الاثاث البيئية، سيما وأنها أصبحت باهضة الثمن.

٢-نقترح تعديل أحكام المادة (٣٠٣) مرافعات مدنية، حيث أن الزوجة عندما تطالب بأثاثها الزوجية المصوبة تكون في أغلب الاحيان (مطلقة) منفصلة عن زوجها وتعيش في بيت أهلها، لذا فإنه من الصعب عليها أن تقيم الدعوى في محكمة محل إقامة (المدعى عليه) خاصة إذا كان يسكن في محافظة أو قضاء أو مدينة أخرى غير المدينة التي تسكن فيها عادة، لذا يفضل أن تعطى الحق في أقامتها في محل إقامة (المدعية) الامر الذي يخفف عليها النفقات والمصاريف والخرج من السفر سيما وأنها مطلقة.

^١ راجع،القاضي حسن حسين الحميري، دعوى غصب الأثاث الزوجية في القانون العراقي، منشور على موقع الانترنت.

٣-أرى، ضرورة التعمق في التحقيقات بأثبات عائدية الاثاث الزوجية وعد التعويل على (البيئة الشخصية - الشهود) وحدها في الاثبات أو النفي، لان هذه البيئة عادة ما تكون منحازة خاصة في ظروف ينعدم فيها الوازع الديني والاخلاقي، كما أن الفرد عرضه للنسيان والتلقين وطغيان العاطفة والميل حبا أو كراهية.

٤-ضرورة اعتماد وسائل وطرق في الاثبات (جديدة) . (مثلا تنظيم قائمة بالاثاث الزوجية بعد ثلاثة أشهر من زواجهما وتصديقها من قبل القاض بحضور الزوجين شخصيا) على أن تربط نسخة منه مع اوليات عقد الزواج.

٥-من المعروف عند صدور قرار الحكم بخصوص الاثاث الزوجية، تقوم المدعية بتنفيذ الحكم (فوراً) وتأخذ الاثاث المحكوم بها بالكامل (بأعتبارها أموال منقولة) كما أن التمييز لا يؤخر التنفيذ عملاً بحكم المادة (٥٣ / اولا) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، لذا نقترح إيجاد نص قانوني أو تعديل للمادة (٥٣ / اولا) من قانون التنفيذ بحيث يتضمن ((أيقاف الاجراءات التنفيذية عند وقوع الطعن التمييزي بخصوص الاثاث الزوجية فقط)) أو إضافة عبارة في أخر المادة المذكورة ((.... أو وقوع التمييز إذا كان الحكم متعلقاً بعقار أو بالاثاث الزوجية)).

٦-أرى، وجوب قيام قاضي محكمة الاحوال الشخصية أو المواد الشخصية (بمعايينة محل النزاع وأجراء الكشف الموقعي شخصيا) على دار الزوجية والاطلاع على الاثاث المتنازع عليها، وعدم تكليف المعاون القضائي بهذه المهمة، من أجل تكوين قناعته في موضوع الدعوى، ومناقشة الشهود، والاستماع الى أقوالهم موقعياً، وترجيح البيئات الأخرى.

٧-للانصاف والعدالة وحتى لا يظلم أي من الزوجين يجب أن يكريس (مبدأ هو أن للزوجين حقا قبل الآخر في الاموال المتحققة أثناء حياتهما الزوجية فتكون مناصفة بينهما))، وعلى القاضي الشرعي أن يأخذ بعين الاعتبار الاموال التي تحققت طوال فترة الحياة الزوجية، إذ أنه لولا تعاونهم المشترك لما تحققت هذه الاموال، وهذا الفهم ينطبق أيضا على الحالة التي يكون فيها الزوج عاملاً، والزوجة ربة بيت فلو تربيتها وحضانتها للولاد وأدارتها للاقتصاد المنزلي لما تحققت وجمعت هذه الاموال، لذا أقترح صياغة نص قانوني يكرس هذا المبدأ ((حق كل من الزوجين مطالبة الآخر بنصيبه من الاموال التي تم تحقيقها خلال فترة الحياة الزوجية عبر دعوى قضائية يحميها وينظمها القانون))، وتحديد هذا النصيب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وبحسب القواعد العامة في الاثبات.

المصادر

- ١-د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، مطبعة دار القادسية، بغداد، ١٩٨٦.
- ٢-د. أمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الفنية، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة الطبع.
- ٣-د. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات (البيئات) في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠.
- ٤-د. سعدون العامري، موجز نظرية الاثبات، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦.
- ٥-سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي - حاشية البجيرمي - ديار بكر للنشر تركيا - ج٤، بلا سنة الطبع.
- ٦-القاضي -صادق حيدر - شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل محاضرات - لطلبة المعهد القضائي، مسحوبة بالرنيو، مايس ١٩٨٦.
- ٧-القاضي ضياء شيت خطاب- الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني بغداد -١٩٧٣
- ٨-د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام، ج٢، ١٩٥٦.

- ٩-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، القاهرة، ١٩٥٦.
- ١٠-د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤.
- ١١-محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي (أبو عبدالمعطي) دار الفكر بيروت الطبعة الأولى ج ١، بلا سنة الطبع.
- ١٢-د. محمد جابر الدوري، الصيغ القانونية بمقتضى إحكام قانون المرافعات المدنية دراسة ميدانية، شركة اسيا مطبعة الشعب، ١٩٩٠.
- ١٣-المحامي - هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية قانون التنفيذ، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩.
- ١٤-المحامي هادي عزيز علي، الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية، دراسة حول كيفية رفع الدعوى المدنية مع آخر المبتدئ القانونية لمحكمة التمييز، ج ١، في المنقول والدين، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.
- ١٥-القاضي يوسف عز الدين حسن، ملكية الاثاث الزوجية فقها وقضاء، رسالة الى المعهد القضائي من متطلبات الدراسة القانونية المتخصصة القسم المدني، مسحوب بالرونو، ١٩٩٨.
- ١٦- حاشية العدوي- على الصعيدي المالكي العدوي دار الفكر بيروت ١٤١٢ هـ تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ج ٢، سنة الطبع بلا

القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- تعديل قانون الاثبات برقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.
- ٣- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٤- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.
- ٥- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

الدوريات

- ١- مجلة الاحكام العدلية.
- ٢- مجلة العدالة.
- ٣- مجلة التشريع والقضاء.
- ٤- مجلة الاحكام العدلية.
- ٥- مجموعة من قرارات محكمة التمييز (غير منشورة).
- ٦- موقع على الانترنت - المحامي بكور السيد بكور - اليمين
- ٧-القاضي حسن حسين الحميري، دعوى غصب الأثاث الزوجية في القانون العراقي، منشور على موقع الانترنت. <http://www.omanlegal.net/vb/>

<http://www.barasy.com/forum/mwa2011/mwa1/>

دعوى التعويض عن الانهاء التعسفي لعقد العمل دراسة مقارنة

م.م. عمار محمد مراد
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

Resulting from the termination of the employment relationship dissolution of the contractual relationship between the parties to the contract work and to put an end to the commitment of the worker to perform the work agreed upon as the worker who loses employer is obliged to complete his performance against the agreed work.

And if the principle of freedom of will in the contract and termination is the law of public governing the employment contract as the contract law of contract and both ends of the right to terminate Baradthma, the legislator had arranged legal effect to terminate the employment contract arbitrarily to give the victim the right to fair compensation to redress the damage achieved.

The employment contract may end with duration if a fixed term or the end of the work agreed upon if it is to accomplish a specific job, and may end the agreement ends and Tradehma, may end by the worker to quit or force majeure or economic conditions, and may end the intervention of the operator and that separate the worker from his work and end of his own individual labor contract, which arranges legal effect Ndmth comparison of various legal provisions, which applied comparative jurisprudence is also intervening in the interpretation of bridging the gaps and create rules not included in the text of legislative solutions.

المقدمة

يقول الحق سبحانه وتعالى ((أَهْمُ يَفْسِمُونَ رَحْمَةَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحِمْتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ)) (الزخرف/ آية ٣٢).

من حكمة الله عز وجل في خلقه، أن يكون الناس متفاوتين في الأرزاق، لكن يستعين بعضهم ببعض ويتعاونوا في قضاء حوائجهم، ومن هنا كانت العلاقات الاقتصادية في المجتمع دائرة بين عامل ورب أو صاحب للعمل، في إطار من نظام تشريعي سماوي أو وضعي، ينظم العلاقة بينهما. فالطبقة العاملة كانت ولا زالت وستكون، قائمة بدور بارز وأساسي في النهوض بالحياة الاقتصادية للمجتمع، وتنمية موارده الطبيعية وتطويرها وخلق رواج اقتصادي وتبادل تجاري على الصعيدين الداخلي والخارجي، وذلك داخل

مجتمع يخيم عليه الاستقرار السياسي ضمن إطار ديمقراطي تسوده عدالة اجتماعية متوازنة تراعي فيه حقوق جميع الأطراف، وحتى تؤدي هذه الطبقة دورها المنوط بها كاملاً، لا بد من أن يتوفر لها جو العمل المناسب وأن تطمئن على مستقبلها ومستقبل أبنائها المادي والمعنوي.

مما لا شك فيه، أن ميدان العمل وسوق العمالة، تتداخله المنافع الخاصة لأطراف العقد، كل يريد تفسير القانون لمصلحته الشخصية، فيأتي القضاء ليحسم الموقف طبقاً للقانون شكلاً ومضموناً واعتماداً على قواعد العدل والإنصاف التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من النظام العام في المجتمع. ولن يتحقق ذلك إلا بتدخل الدولة وسن القوانين والأنظمة العادلة والتي تضمن المصالح المشتركة للعامل ولصاحب العمل، مع ترك الحرية في التعاقد والتعامل على أساس تلك القواعد والأنظمة.

ومن المعلوم أن عقد العمل غير محدد المدة، ينتهي انتهاء عادياً بإنهائه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه، شأنه في ذلك، شأن غيره من العقود غير محددة المدة. والقول بغير ذلك، أي بتوقف إنهاء العقود على رضا الطرفين معاً، يؤدي إلى تأييدها تأبيداً يقضي على الحرية الفردية.

من وجهة أخرى، فإن عدم تحديد العاقدين مدة للعقد، مقتضاه رضاهما سلفاً بالترخيص لأي منهما بوضع حد لعلاقته بالآخر وقتما يشاء. وهو ما تحرص قوانين العمل على النص عليه، إلا إن حالات فسخ عقد العمل، من طرف صاحب العمل، هي الأكثر شيوعاً وتداولاً أمام القضاء إن لم نقل كلها، ويزداد حجمها بتقلص المبادلات التجارية وتفاقم الأزمات الاقتصادية.

وإذا كان إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة يحقق ميزة لطرفيه، حيث يتيح للعامل الحصول على عمل أفضل أو أجر أكبر، كما يمكن صاحب العمل من تحقيق صالح العمل وصالح المنشأة ومواجهة مختلف الظروف الاقتصادية وتطور طرائق الإنتاج التي قد تقتضي الاستغناء عن بعض العمال، إلا أن مخاطر هذا الإنهاء ليست ضئيلة، خاصة بالنسبة إلى العامل، حيث قد يدفع به إلى التعتل، وهو إنما يعتمد في حياته ورزقه على عمله وما يكتسبه منه من أجر. وهو ما لخصه قول الفقيه الفرنسي **ANDRE ROVAST** بمناسبة تعريفه لعقد العمل بكونه ((الوسيلة القانونية التي تمكن الأغلبية العظمى من البشر من العيش))، كما أن الإنهاء قد يصيب صاحب العمل نفسه بالضرر، فقد يحرمه من عامل ذي كفاءة عالية، وقد يؤدي إنهاء عقود عدد كبير من العمال في نفس الوقت، أو في أوقات متقاربة إلى إشاعة الاضطراب في سير العمل في المنشأة الاقتصادية.

لذلك سعت القوانين المقارنة، جاهدة إلى التوفيق والموازنة بين حق العاقد في إنهاء العقد، ومصلحة العاقد الآخر، على الأخص العامل في بقاءه محتفظاً بعمله. ولقد كانت فكرة التعسف سبيلاً لتحقيق هذا التوفيق وتلك الموازنة، بما تستلزمه من وجود مبرر مشروع لإنهاء العقد. ولذلك يتعين أن يكون مبرر الإنهاء موجوداً وحقيقياً وصحيحاً، كأن يكون تنفيذاً لنص قانوني. أو قد يكون ممارسة صاحب العمل لسلطته في تنظيم منشأته باعتبار أنه المالك لها والمسئول عنها وعن إدارتها، وأنه لا معقب على تقديره إذا رأى لأزمة اقتصادية ظهر أثرها عليه، أو كارثة مالية توشك أن تنزل به، تضيق دائرة نشاطه، أو ضغط مصروفاته أو إغلاق احد فروع المنشأة أو أحد أقسامها، بما يجعل له الحرية تبعاً لذلك في اتخاذ ما يراه من الوسائل الكفيلة بتوقي الخطر الذي يهدده، والمحافظة على مصالح المشروع، بما في ذلك الاستغناء عن خدمات بعض العاملين لديه.

إن صاحب العمل عندما يتعسف في استخدام حقه بفسخ عقد العمل، يعتبر سيئ النية، يريد التحايل على أحكام القانون، متخذاً وسيلة مشروعة، هي استعماله لحقه، لكن لغاية غير مشروعة، ولذا يجب أن يرد سوء قصده عليه بعقابه على مجرد بغيه وتعسفه في استعماله لحقه، وإخضاع فعله لقواعد المسؤولية المدنية

بصورة دقيقة تأسيساً فيما بعد، لحق العامل بالتعويض، ومن ثم يكون صاحب العمل مسؤولاً مسؤولية تامة عن بغيه وتعسفه، ويحكم عليه القاضي بالتعويض الملائم، وفق سلطة المحكمة في مدى تقدير ذلك التعويض؛ لأنه حاد بحقه عن الغاية الاجتماعية للحق وجنح عنها. فاستعمال الحق لغير المصلحة أو الغاية التي شرع من أجلها قانوناً، يعد تعسفاً بتجاوز حدود الحق، ويكون ذلك في حالة ما إذا استعمل الشخص حقه على نحو يتعدى أو يتجاوز الحدود الخارجية التي رسمها القانون لممارسته. وبناء على ما تقدم، وللغاية المرجوة من بحثنا هذا، قمنا بدراسة الموضوع المتقدم، وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول

مفهوم الإنهاء التعسفي

من المعلوم، وعلى مستوى الفقه والقضاء، إن لرب العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، على الرغم من إن هذا الإنهاء يحتاج كقاعدة عامة، إلى موافقة الطرف الآخر وهو العامل، إلا إن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها عقد العمل عن سائر عقود القانون الخاص، وهي وجود السلطة التنظيمية والإدارية لصاحب العمل، والنابعة من رابطة التبعية بين رب العمل والعامل، جعلت لرب العمل السلطة في إنهاء عقد العمل، ولكن لا اعتبارات تقررها التشريعات تنطوي جميعها في ظل مصلحة المؤسسة التي يملكها رب العمل. والحق في إنهاء العقد هذا، حق كسائر الحقوق التي اقرها القانون للأشخاص، مقيد بعدم الأضرار بالعامل عند استعماله، فلا يجوز لرب العمل استعمال حقه وقت ما شاء أو بدون حجة أو وجه حق، وإذا ما استعمل الحق في غير ذلك فهو ما يطلق عليه تعبير ((إساءة استعمال الحق)) أو ((التعسف في استعمال الحق))، فيكون تصرفه هذا معيباً بعيب التعسف.

ولما كان الحال على ما تقدم، ارتأينا أن نخرج على مفهوم التعسف أو ما يسمى بإساءة استعمال الحق في مطلب أول، وعرجنا في مطلب ثان على معنى فصل العامل فصلاً تعسفياً وفق مفاهيم التشريعات العمالية.

المطلب الأول :- ماهية التعسف أو الإساءة في استعمال الحق ABUS DE DROIT

لابد لنا ونحن نتناول مفهوم التعسف قانوناً، إن نعرف معناه بين القانون العراقي والشريعة الإسلامية، للتعرف على مدى امتداد هذا المفهوم، وماهية الحالات التي يشملها بين القانون والشريعة.

الفرع الأول :- التعسف والإساءة في استعمال الحق في القانون العراقي

استمد القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي، وأولها عناية خاصة، فجاءت في الباب التمهيدي كنظرية عامة لتطبق على جميع التصرفات في إطار المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، لا كتطبيق للخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية وحدها. فقد جاء في نص المادة السادسة منه على انه ((الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن أستعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)) (١). إلا إن المادة التالية وهي السابعة، قيدت هذا المبدأ بوجود عدم التعسف في استعمال الحق فنصت على ما يلي :-

١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال التالية :-

أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير.

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة (٢).

فصاحب الحق طالما استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا تترتب عليه أية مسؤولية، وبغير ذلك يلزم صاحب الحق الضمان، وبعد استعمال الحق غير مشروع في الحالات التالية :-

١- **قصد الإضرار بالغير Dans l'intention de nuire à la tierce partie** :- إذا كانت نية الإضرار هي التي دفعت صاحب الحق لاستعماله بحيث يكون الإضرار بالغير هو الهدف الوحيد الذي يرمي إلى تحقيقه وان حصل صاحب الحق على بعض المنافع العرضية المشروعة، فإنه لا يمنع من توفر سوء النية، فالمعيار هنا هو معيار شخصي يستخلص من خلال نية وقصد صاحب الحق في الإضرار بالغير، ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في استخلاص نية الإضرار بالغير من عدمه (٣).

٢- **رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً Prépondérance des dégâts sur le fortement axée sur l'intérêt de grandes** :- ويعتبر كذلك صاحب الحق متعسفاً في استعمال الحق إذا كانت المنفعة أو المصلحة التي حصل عليها نتيجة الاستعمال اقل بكثير بحيث لا تتناسب ابداً مع الضرر الذي سببه للغير، ولغرض التثبت من ذلك يتطلب إجراء موازنة بين الضرر والفائدة والترجيح بينهما وهذا المعيار معيار موضوعي يستند على الوقائع المعروضة امام القضاء (٤).

٣- **عدم مشروعية المصلحة L'illégalité de l'intérêt** :- ويتحقق هذا المعيار إذا كانت المصلحة المراد تحقيقها غير مشروعة، وهو أيضاً معيار موضوعي يستند على وقائع الدعوى المعروضة (٥).

الفرع الثاني :- التعسف أو الإساءة في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

تعود نظرية التعسف في استعمال الحق في نشأتها الحديثة إلى الشريعة الإسلامية، حيث تركز على قاعدة سد الذرائع، وهي قاعدة تقوم على النظر إلى مآلات الأفعال ونتائجها، كما يرتبط التعسف بفكرة الحق وطبيعته، فالحق مقيد في استعماله بما قيده الشريعة من حدود، وأهم هذه الحدود هي أن الشريعة وضعت لمصالح العباد، ومن ثم ينبغي أن يتجه قصد المكلف إلى قصد الله في التشريع، كما ينبغي النظر إلى مآلات الأفعال، إلا هذه المآلات معتبرة ومقصودة شرعاً، وهذه المآلات تقيد استعمال الحق وتجعل شرعيته رهناً بتحقيق الغاية من شرعيته، فلا يكون العمل مناقضاً من حيث المال والثمرة للأصل الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاصد (٦)

فالتشريع الإسلامي يهدف في جملته إلى غايتين أساسيتين في تنظيم شؤون الحياة والمجتمع، وهي مصالح الأفراد ومصالح الجماعة، وتقديم الأخيرة عند تعارضها لما لها من أهمية على الأولى. وفي ضوء ما تقدم، فإن معيار التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة يتقيد بحدوده الغائية، وأن هذه الغاية تتمثل في تحقيق المصلحة التي تتفق مع مقاصد المشرع، أي بالمصلحة المشروعة وأن تبلغ هذه المصلحة درجة عالية، أو راجحة، وهكذا يمكن القول بأن الاستعمال المشروع للحق، يجد معياره في قيام المصلحة الجادة، والمشروعة والحقيقية، وتبعاً لذلك فإن معيار التعسف يجد صورته إزاء غيبة أحد هذه الضوابط.

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية تعبير ((المضارة من استعمال الحق)) على إساءة استعمال الحق، والقاعدة في الفقه الإسلامي تقضي بأن ((الجواز الشرعي ينافي الضمان))، أي إن من يستعمل حقه إنما يستعمل ما أعطته إياه الشريعة وأجازته له وهذا ما يزيل عنه كل تبعه أو ضمان ينشأ نتيجة استعمال الحق ضمن السياقات والأغراض المحددة له شرعاً (٧).

وقد يحدث أن يتضرر الآخرون من جراء استعمال الحق كأن يكون الاستعمال بنية الأضرار بالآخرين، أو أن تكون المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق محرمة شرعاً، لذلك قيد الفقهاء المسلمون

استعمال الحق في مثل هذه الحالات حيث أوجبوا تقييدها إذا أسيء استعمالها وخرجت عن الأغراض المقدره لها فأساس الحقوق مقيد بعدم الإضرار بالآخرين لقوله تعالى ((ولا تعتدوا أن الله لا يحب المعتدين)) .

وزبدة القول، ان فقه الشريعة الإسلامية أعطى مجالاً واسعاً لتطبيق نظرية التعسف في استعمال

الحق وافر أحكامها فأصبحت لها قواعد ثابتة من خلال بعض المعايير التي تركز عليها والمتمثلة في :-

١- **قصد الإضرار بالغير** :- وهو معيار شخصي يتوصل إليه القاضي من خلال استخلاص نية مستعمل الحق ويعني انه لا يجوز لأي شخص أن يستعمل حقه متقصداً الإضرار بالآخرين.

٢- **انعدام المنفعة** :- وتتحقق إذا كان استعمال الحق لم يحقق أية منفعة لصاحبه وأحدث ضرراً للآخرين.

٣- **تحقق ضرر عام** :- فإذا ما استعمل صاحب الحق حقه وأحدث ضرراً للعموم فيعتبر مسيئاً لاستعمال حقه وان كان الاستعمال فيه منفعة لصاحبه ويطلق على هذا الفكرة أو المعيار بفكرة ((يتحمل الضرر الخاص بدفع الضرر العام)) .

٤- **تحقق ضرر فاحش** :- إذا نتج عن استعمال الحق ضرر فاحش أصاب الآخرين فيكون صاحب الحق مسيئاً في استعماله ولو تحققت له بعض المنافع من وراء هذا الاستعمال.

٥- **رجحان كفة الضرر على المنفعة** :- فإذا تسبب صاحب الحق عند استعماله له بالضرر للغير اكبر من المنفعة التي يرمي إليها يعتبر تعسفاً يجب منعه عنه.

والمعايير الأربعة الأخيرة معايير موضوعية ينظر فيها إلى النتائج التي تنجم عن استعمال الحق وليس إلى نية صاحب الحق كما في المعيار الشخصي (٨).

المطلب الثاني :- ماهية الانهاء التعسفي في تشريعات العمل

لم يعرج قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل على المقصود بالفصل التعسفي للعامل، والظاهر انه ترك تحديد مفهومه للقضاء، ولكنه حدد الحالات التي يجوز فيها لرب العمل انهاء العقد في المادة ٣٦ منه، اما قانون العمل المصري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٣، فهو الاخر لم يتعرض ايضاً لبيان مفهوم الفصل التعسفي للعامل، الا انه نظم كذلك الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل انهاء العقد، كما حدد بعض الامثلة التي يكون الفصل فيها غير مبرر (٩)، وبذلك لا بد لنا، من ان نوضح مفهوم الفصل التعسفي في ضوء نصوص القانون و اراء الفقه واحكام القضاء المقارن.

الفرع الاول :- تعريف الانهاء التعسفي

يعتبر انهاء رب العمل لعقد العمل غير المحدد المدة انهاء غير مشروع او تعسفي متى ما تم دون اشعار للطرف الاخر (العامل)، وفي غير الحالات التي ينص عليها قانون العمل (١٠) بمعنى، ان كل انهاء للعقد بدون توجيه اذار للعامل، وخلافاً للحالات التي نص عليها القانون يعد انهاء تعسفياً للعقد ودون مبرر او مسوغ قانوني.

هذا، وجاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية والمرقم ١٧٣٥ / منقول / ٢٠٠٤، ما نصه ((كان على المحكمة ان تكلف وكيل المدعى عليه بيان اسباب انهاء خدمة المدعي على وجه التحديد على ضوء فقرات المادة ٣٦ من قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، فان كان على سبيل الاستقالة تكليفه باثبات الاستقالة واذ كان بسبب تقليص حجم العمل ادخال وزير العمل والشؤون الاجتماعية شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستفسار منه عما اذا اخبر من قبل صاحب العمل بهذا التقليص استناداً للفقرة (١١) من المادة ٣٦ من المادة ٣٦ المشار إليها اعلاه من عدمه)) (١٢)

هذا، وقد كان المشرع اللبناني موقفاً حين اصدر قانون ١٩٧٥/٢/٦ والذي عدل بموجبه احكام المادة ٥٠ من قانون العمل، حين بين بشكل صريح لنظرية الانهاء التعسفي لعقود العمل غير المحددة المدة حيث نصت المادة المذكورة على انه ((يحق لكل من صاحب العمل والعمال ان يفسخ في كل حين عقد الاستخدام المعقود بينهما لمدة غير معينة، على انه في حال الاساءة او التجاوز في استعمال هذا الحق، يحق للفريق المتضرر ان يطالب بتعويض...)) (١٣).

كما لم يحدد قانون العمل الأردني المقصود بالفصل التعسفي للعمال، وترك أمر تحديد ذلك للمحكمة، حيث جاء في حكم لمحكمة التمييز الاردنية ما نصه ((إن الفصل التعسفي هو الذي يصدر عن صاحب العمل بلا مبرر ومخالف لنص المادتان (١٦ و ١٧) من قانون العمل الملغى اللتان حددتا الحالات التي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل فإذا لم تتوفر إحدى هذه الحالات، وقام صاحب العمل رغم ذلك بفصل العامل بلا مبرر فيكون عندئذ تعسفياً)) (١٤)

اضافة الى ما تقدم، فإن النصوص الواردة في الفقرات الثلاث أ، ب، ج من المادة السادسة من القانون المدني العراقي قد جاءت بنفس المعنى الوارد في المادة الخامسة من القانون المدني المصري، في حين ان المشرع المدني الأردني كان قد أضاف نقطة رابعة لم يذكرها لا المشرع العراقي ولا المصري، وهي حالة إذا تجاوز صاحب الحق في استعمال حقه ما جرى عليه العرف والعادة، وهو ما يعني، أنه في ظل وجود عادة معينة و عرف سائد في وسط معين يكون لهذا العرف دور أساسي في قياس درجة التعسف، فإن كان هناك مهنة معينة لها عرف خاص يقضي بطرد العامل لأي سبب فإن هذا يعني أن من طرده لم يتعسف في استعمال حقه لوجود العرف القاضي بذلك، ولكن البعض يرى بأن هذا الاتجاه القانوني اتجاه غير صائب من قبل المشرع الأردني لتناقضه مع المبادئ العامة لقانون العمل (١٥).

مما تقدم، يمكننا القول بأنه من الصعوبة حصر الحالات التي يكون فيها الإنهاء تعسفياً، إلا انه يوجد معيار مرن يقاس به الإنهاء من العمل إن كان تعسفياً أم لا، وهو ((معيار الإساءة إلى حقوق العامل)) وهذا المعيار هو معيار واسع وشامل لكل الحالات التي يتم بها الإنهاء بطريقة لا تتفق ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ويكون للقضاء في ذلك الشأن سلطة تقديرية واسعة منحها القانون للقاضي لاستجلاء الوقائع الخاصة بكل قضية على حده.

الفرع الثاني :- عبء إثبات الإنهاء التعسفي

لم يتعرض المشرع العراقي لمسألة إثبات الفصل التعسفي الواقع من جانب رب العمل بالنص، بل تعرضت لها أحكام القضاء العراقي. فقد ذهبت أحكام القضاء العراقي، إلى الأخذ بان عبء الإثبات في الفصل التعسفي يقع على عاتق من وقع الإنهاء من جانبه وهو في معظم الحالات رب العمل، بمعنى، إن على رب العمل إن يثبت إن الفصل الواقع من جانبه لم يكن تعسفياً، وإنما كان مستنداً لمبررات وأسانيد مشروعة، وعلى ذلك النهج، سارت أفضية محكمة التمييز الاتحادية العراقية، حيث جاء في قرارها المرقم ١٧٥١ / مدنية أولى / ٢٠٠٤ بأنه ((كان على المحكمة التمييز الاتحادية العراقية، حيث جاء في قرارها المرقم ١٧٥١ / مدنية أولى / ٢٠٠٤ بأنه ((كان على المحكمة إن تكلف وكيل المدعى عليه ببيان أسباب إنهاء خدمات المدعى على وجه التحديد على ضوء فقرات المادة ٣٦ من قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧...)) (١٦). أما محكمة النقض المصرية، فقد ذهبت إلى الأخذ بان عبء إثبات الفصل التعسفي يقع على عاتق من يدعيه، فقد جاء في قرار للمحكمة المذكورة ما نصه ((إن مؤدى نص المادة ٧٤ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ الخاص بإصدار قانون العمل مفاده أن علي الطرف الذي ينهي العقد أن يفصح عن الأسباب التي أدت به إلي هذا الإنهاء فإذا لم يذكرها قامت قرينة لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد وقع بلا مبرر ومن ثم فإذا ذكر صاحب العمل سبب فصل العامل فليس عليه إثبات صحة هذا السبب وإنما يكون علي العامل عبء إثبات عدم

صحته وأن الفصل لم يكن له ما يبرره فإذا أثبت العامل عدم صحة المبرر الذي يستند إليه صاحب العمل في فصله كان هذا دليلاً كافياً على التعسف لأنه يرجع ما يدعيه العامل من أن فصله كان بلا مبرر (((١٧). وبذات الاتجاه سار القضاء الفرنسي، في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٣٧، والذي صار فيما بعد، قاعدة أساسية، والذي جاء فيه ((وحيث إن الشركة الطاعنة لم تقدم ما يدفع عنها الصرف التعسفي للعامل المطعون ضده، ففي هذه الحالة يكون القرار بحصول حالة الصرف التعسفي سليماً وموافقاً للقانون)) (١٨).

هذا، وفي صدد الحديث عن إثبات الفصل التعسفي، ينبغي الإشارة إلى نقطتين هامتين :-
أولاً :- إن انتفاء المبرر المشروع للإنتهاء واقعة سلبية، حيث يكفي أن يثبت المدعي وقائع ايجابية للتدليل على ما يؤدي لصحة ما يدعيه، فلا يشترط أن يكون الدليل يقينياً، بل يمكن أن يكون ظنياً. (١٩)
ثانياً :- من مقتضى وجود مبدأ حسن النية لدى رب العمل، أن يقوم بالإفصاح عن الأسباب التي أوجبت إنهاء عقد العمل، وفي ضوء هذه الأسباب يتحدد عبء الإثبات الواقع على عاتق مدعي التعسف، حيث يجب إثبات عدم جدية تلك الأسباب أو عدم كفايتها للإنتهاء، وأثبات حقيقة الظروف الشخصية أو الموضوعية التي يتجسد فيها التعسف من جانب رب العمل في إنهاء العقد غير المحدد المدة (٢٠).

المطلب الثالث :- حالات الإنهاء التعسفي لعقد العمل

لابد من القول ابتداءً، أن عقد العمل غير محدد المدة، ينتهي انتهاء عادي بإنهائه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه، شأنه في ذلك، شأن غيره من العقود غير محددة المدة. والقول بغير ذلك، أي بتوقف إنهاء العقود على رضا الطرفين معاً، يؤدي إلى تأبيدها تأبيداً يقضي على الحرية الشخصية لطرفي العلاقة العقدية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن عدم تحديد العاقدين مدة لعقدتهما، مقتضاه رضاهما سلفاً بالترخيص لأي منهما بوضع حد لعلاقته بالأخر وقتما يشاء. وهو ما تحرص قوانين العمل على النص عليه، وهو ذات المبدأ الذي قرره المشرع العراقي في المادة (٣٦) من قانون العمل النافذ بنصه على أنه ((ينتهي عقد العمل في إحدى الحالات الآتية :- ثالثاً - إذا أراد العامل إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة ، بشرط إن يوجه إنذاراً مكتوباً إلى صاحب العمل قبل ثلاثين يوماً ، في الأقل ، من التاريخ الذي يحدده لإنهاء العقد . فإذا ترك العمل بغير توجيه الإنذار أو قبل انتهاء المدة المحددة في هذا البند ، ألزم بدفع تعويض إلى صاحب العمل يعادل اجر مدة الإنذار او المتبقي منها)).

كما يمكن لرب العمل إنهاء العقد بإرادته المنفردة لأجل تحقيق صالح العمل وصالح المنشأة ومواجهة مختلف الظروف الاقتصادية وتطور طرائق الإنتاج التي قد تقتضي الاستغناء عن بعض العمال كما جاء في الفقرة ((سادساً))، من ذات المادة أعلاه والناصة على أنه ((- إذا اقتضت ظروف العمل في المشاريع تقليص حجمه شرط إخبار وزير العمل والشؤون الاجتماعية بذلك)) .

هذا عن الإنهاء المشروع لعقد العمل، والذي لا غبار عليه قانوناً، غير أن هنالك من الحالات التي يحصل فيها الإنهاء من جانب رب العمل، والتي لأتعد تطبيقاً للأصول السابقة، وهنا يتخاطر لنا مدلول التعسف في استخدام حق الإنهاء من جانب رب العمل بإرادته المنفردة. من هنا، كان لزاماً علينا ونحن في إطار دراسة دعوى التعويض عن الإنهاء التعسفي، أن نحدد الحالات التي يكون فيها إنهاء العقد من جانب رب العمل مشروعاً، ومتى يكون عكس ذلك، أي تعسفياً، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول :- حالات الإنهاء المشروع لعقد العمل

كثيرة هي الاسباب التي يكون لرب العمل على أثرها انتهاء عقد العمل بإرادته المنفردة، حيث ان منها ما يتعلق بالعامل، او بالظروف الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة او المنشأة، وبذلك يمكننا تقسيم هذه الاسباب لما يلي :-

اولا :- الاسباب المتعلقة بالعامل

١- التدليس او الغش عند التعاقد :- وما يقصد بذلك، ارتكاب العامل تدليسا في تكوين عقد العمل مما يجعل هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة صاحب العمل، تطبيقاً للقواعد العامة، وكل ما هنالك أن العقد ينتهي بالفسخ بقرار من صاحب العمل بدلاً من التقاضي للحصول على حكم بالإبطال (٢١).

ووفق مانرى، بأنه لا يكفي أن يكتف العامل عن رب العمل واقعة معينة او مسالة ما، تتعلق بشخصيته الحقيقية تاركاً إياه يقع في الغلط، على أساس أن القواعد العامة سألقة الذكر قد اشترطت أعمالاً إيجابية يقوم بها (المتعاقد) العامل للتعريف عن شخصيته أو توضيح صفة له، وعكس ذلك يكون عن طريق اصطناع شهادات أو توصيات مزورة. ومنتهى ما نرى أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق القواعد العامة في التدليس دون الاستناد للمبدأ المذكور من حيث اعتبار السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسة تدليسا، إذا ثبت أن المدلس ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابس، إلا أن إعمال القواعد العامة في التدليس دون انطباق حكم المبدأ المذكور ليس من شأنه حرمان العامل من مكافأة نهاية مدة الخدمة.(٢٢)

وتقريراً على ما تقدم قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((إذا تقدم العامل بشهادات من شأنها رفع مرتبه في العمل الذي كان يشغله من قبل فإن ذلك يصلح سبباً لفسخ عقد العمل، لأن مثل هذه الشهادات تعتبر دافعاً للاستمرار بالتعاقد وتدخل ضمن اعتبارات صاحب العمل الموضوعية عند إبرام العقد والاستمرار في تشغيل العامل)) (٢٣).

٢- ارتكاب العامل لخطأ جسيم في محل العمل ينتج عنه ضرر مادي

تعتبر عقوبة الفصل من اشد العقوبات التأديبية التي يوقعها رب العمل، ويرجع ذلك لما يترتب عليها من حرمان العامل من مصدر رزقه الرئيسي مع احتمال صعوبة التحاقه بعمل آخر، لأنه ترك عمله الأول لخطأ استوجب إنهاء خدمته بالفصل، و يكون فصل العامل من عمله مبرراً إذا كان بسبب ارتكابه لخطأ جسيم، ولم يتطرق قانون العمل العراقي لمفهوم الخطأ الجسيم، وبذا نرى انه ترك تحديده للفقه (٢٤)

هذا، وقد أجازت الفقرة أولاً من المادة ١٢٧ من قانون العمل العراقي لصاحب العمل أن يوقع عقوبة الفصل على العامل إذا ارتكب العامل خطأ جسيماً نشأ عنه ضرر مادي شرط أن يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث، وقد أخذ قانون العمل المصري بهذا السبب لإنهاء العقد في المادة ٦١ منه، كما نصت المادة (٧٣) من ذات القانون على انه ((إذا تسبب العامل بخطئه وبمناسبة عمله في فقد أو إتلاف مهمات أو آلات أو خامات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو كانت في عهده التزم بأداء قيمة ما فقد أو أتلّف. ولصاحب العمل بعد إجراء التحقيق وإخطار العامل أن يبدأ باقتطاع المبلغ المذكور من أجره على ألا يزيد ما يقتطع لهذا الغرض على أجر خمسة أيام في الشهر الواحد)).

هذا، ولقد حددت المادة ٣٥ من قانون العمل العراقي، مجموعة من الأخطاء اعتبرتها بمثابة أخطاء جسيمة، يستطيع رب العمل على أثرها، بالنتيجة، إنهاء عقد العمل، وهذه الأخطاء يمكن إجمالها في نوعين، الأول يتعلق بسلوك العامل المنحرف كخيانة الأمانة أو ارتكاب فعل مناف للآداب العامة أو إفشاء سر مهني أو ارتكاب السرقة داخل محل العمل، او السكر العلني أو تعاطي مادة مخدرة داخل المؤسسة أو الاعتداء بالضرب أو التحريض على الفساد، ويتعلق الثاني بطبيعة العمل كالاحتفاظ بوثائق تخص العمل خارج محله، أو انجاز عمل للغير داخل وقت العمل، أو إفشاء أسرار العمل، وبطبيعة الحال، مخالفة أوامر صاحب العمل.

هذا، ولقد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارها المرقم ٣٢١ / مدنية منقول / ٢٠٠٧ / ما نصه ((وحيث ثبت من وقائع الدعوى وتحقيقات المحكمة مخالفة المميز / المدعى عليه / لأعماله الموكلة إليه ومخالفته لتعليمات وقواعد العمل في شركة المدعي، وترتب على مخالفته فصله من العمل، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي)) (٢٥).

كما قضت محكمة النقض المصرية بانه ((مفاد نص المادة ٦٧ من قانون العمل الصادر بالقانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ (والتي تقابلها نصوص المواد ٥٨، ٦٠، ٦٩، ١١٠ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣)، من أنه إذا نسب إلي العامل ارتكاب جناية أو جنحة داخل دائرة العمل جاز لصاحب العمل وقفه من تاريخ إبلاغ الحادث الي السلطة المختصة، لحين صدور قرار منها في هذا الشأن، وهذا لم يقيد سلطة رب العمل في إجراء فصل العامل اكتفاء منه بالتحقيق الإداري إذا قدر أن مصلحة منشأته تقتضي ذلك وأن ما وقع من العامل يكفي في إنهاء العلاقة العقدية بالفسخ طبقاً لما تقضي به المادة ٧٦ من قانون العمل الصادر بالقانون ٩١ لسنة ١٩٥٩)) (٢٦).

٣- الحكم على العامل نهائياً في جريمة تزيد مدتها على فترة تحددها القوانين.

نصت المادة ١٢٧ بفقرتها (ثامناً) من قانون العمل العراقي على هذا السبب، كما نصت المادة (١٢٩) من قانون العمل المصري على ذات السبب أعلاه حيث نصت على انه ((لصاحب العمل أن ينهي عقد العمل ولو كان محدد المدة أو مبرماً لإنجاز عمل معين إذا حكم على العامل نهائياً بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة. وذلك ما لم تأمر المحكمة بوقف تنفيذ العقوبة)) . كما نص المشرع المصري على هذه الحالة في قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ في المادة ١٢٩ منه، وعلى الرغم من أن المشرع العراقي، كان قد أدرج السبب أعلاه ضمن الحالات التي يحق فيها لصاحب العمل فصل العامل فيها، إلا أننا نرى عكس ذلك، إذ إن عقد العمل سيفسخ تلقائياً جراء عدم حضور العامل لمكان العمل وأداءه للعمل المتفق عليه، وبالتالي يحق لصاحب العمل فسخ العقد مع طلب التعويض من العامل جراء عدم تنفيذه لالتزامه الأساس وهو تنفيذ العمل، وهذا بمجمله هو تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني العراقي في المادة ١٧٧ منه.

هذا، ولا يشترط حصول الفعل الجرمي في مكان العمل، وبذلك راعى المشرع في النص على هذه الحالة اثر ذلك الفعل على سمعة المؤسسة وسير العمل فيها. كما إن الفصل هنا لا يعتبر عقوبة تأديبية، وبالتالي فلا تسري عليه القواعد الخاصة بالتأديب كسماح أقوال العامل أو اتخاذ إجراءات معينة. إلا أننا وعلى العكس مما تقدم، نرى إن بعض الاقضية العربية، كانت قد قضت بعدم إلزامية صاحب العمل بإعادة العامل الذي أنهى خدماته لأي سبب كان، ومنها الاتهامات أو التوقيفات الجزائية (٢٧).

٤- فسخ عقد العمل قيد الاختبار لعدم كفاءة العامل

قد يرتأي المتعاقدان، أو رب العمل على الأكثر، عدم الارتباط نهائياً بعقد العمل حتى يتأكد أن العقد يحقق مصلحته المادية والمعنوية بشكل حاسم، فيتفق الطرفان على فترة اختبار يمكن خلالها لرب العمل أن يتوثق من صلاحية العامل في العمل المسند إليه في المؤسسة، كما يمكن للعامل التعرف على ظروف العمل وتناسب الأجرة مع طبيعة العمل.

وبذلك فإن عقد العمل قيد الاختبار، هو اتفاق بين العامل ورب العمل يتعهد بمقتضاه العامل بالعمل لدى رب العمل تحت الاختبار لمدة معينة، للتأكد من مدى صلاحيته للعمل المطلوب (٢٨). وفي عقد العمل تحت الاختبار، يجوز لكل طرف تقرر شرط الاختبار لمصلحته، أن ينهي العقد قبل انتهاء المدة المتفق عليها، أو الحد الأقصى الذي نص عليه القانون. (٢٩)

هذا، وان لرب العمل، الحق في إنهاء العقد قيد الاختبار، لأي سبب يرجع إلى كفاءة العامل، سواء من الناحية الفنية أو الاخلاقية أو لعدم تعاونه مع القائمين بالعمل، ولا يكون رب العمل متعسفا في إنهاء العقد، إن كانت مبررات الإنهاء تستند إلى تقديره الشخصي لصلاحيته أو كفاءة العامل، وهو الاتجاه الذي سار عليه قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ في مادته ٣١ والناصية على انه ((التثبت من كفاءته المهنية وسلوكه وانضباطه في العمل))، وهو أيضا ما اتجه إليه القضاء المصري (٣٠).

ويرى بعض من الفقه، إن رب العمل لا يلزم بتبرير قراره بفسخ عقد العمل قيد الاختبار، وان انتهاء فترة التجربة تعني إن عقد العمل اعتبر باتا أو نهائيا (٣١)، إلا أن القضاء يجانبهم في ذلك حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما نصه ((إن تحديد ما إذا كان قرار إنهاء خدمة المطعون ضده قد صدر مطابقاً للقانون من عدمه مرهون بما يُسفر عنه التحقق من مدى سلامة وصحة تقرير الكفاءة المُستند إليه من عدمه، باعتباره مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى، وسندا منتجا فيها، وإذ خالف قرار اللجنة ذات الاختصاص القضائي المثبت بالحكم المطعون فيه هذا النظر، وتخلّى عن الفصل في هذه المسألة الأولية بمقولة أن بحثها غير منتج طالما انتهت علاقة العمل، وانه من غير الجائز قانوناً إلغاء قرار إنهاء خدمة المطعون ضده وإعادته إلى العمل، وقضى له بالتعويض استناداً إلى أن قرار إنهاء الخدمة لا يستند إلى حالة من الحالات التي نص عليها القانون ودون أن يعمل حكم المادة المذكورة والواجبة التطبيق على النزاع، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون)) (٣٢).

ثانياً :- الأسباب المتعلقة بالظروف الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة

نصت المادة ٣٦ من قانون العمل العراقي على انه ((ينتهي عقد العمل في احدى الحالات الاتية سادسا - اذا اقتضت ظروف العمل في المشاريع تقليص حجه شرط اخبار وزير العمل والشؤون الاجتماعية بذلك))، كما نصت المادة ٣٨ من ذات القانون على انه ((يجوز لصاحب العمل تصفية المشروع شرط اخبار وزير العمل والشؤون الاجتماعية بذلك)) (٣٣) كما نصت المادة ١٩٦ من قانون العمل المصري على انه ((يكون لصاحب العمل، لضرورات اقتصادية، حق الاغلاق الكلي او الجزئي للمنشأة او تقليص حجمها او نشاطها بما قد يمس حجم العمالة بها)).

قد يكون إنهاء علاقة العمل لأسباب اقتصادية عامة او خاصة بالمؤسسة، فقد تمر هذه المؤسسة او الشركة بأزمات اقتصادية أو مالية صعبة، تجعل رب العمل مضطرا إلى اتخاذ إجراءات ضرورية لحماية مشروعة من الزوال، او لخطر الانهيار الاقتصادي او العجز المالي. وهنا يلجأ رب العمل الى اتخاذ العديد من التدابير للحفاظ على المؤسسة، كتضييق دائرة نشاطه أو حصر نفقاته، وقد تتضمن هذه الوسائل قيام رب العمل بتسريح او انتهاء عقود بعض عامليه لمواجهة الكساد الاقتصادي، ولا يكون متعسفا في هذا الإنهاء لوجود ما يبرره (٣٤).

وبالرجوع للاصل التاريخي لهذه الحالة، نجد انه في فرنسا وإلى غاية عام ١٩٤٥، لم يكن هنالك من فرق بين حالات إنهاء عقود العمل التي نص عليها القانون، وأول مرة ظهرت هذه التسمية (أي التسريح لسبب اقتصادي) كانت لدى القضاء الإداري بموجب تطبيق الأمر الصادر في ١٩٤٥/٥/٢٤ المتعلق بالعمل الذي يتطلب ترخيصا إداريا مسبقا لكل تسريح (٣٥).

إن الصعوبات المعقدة المتعلقة بإنهاء علاقة العمل للأسباب الاقتصادية والتي واجهها ارباب العمل ميدانيا كانت لها جذور تاريخية منذ الأزمة الاقتصادية لعام ١٩٢٩، وعلى هذا الأساس وبموجب الإتفاق الوطني المهني المتعلق بالأمن العمالي الصادر في ١٠ ابريل ١٩٦٩ توصل ارباب العمل إلى فصل التوقيف عن العمل لسبب اقتصادي، وقبل ذلك صدر نص قانون بتاريخ ١٨ يونيو ١٩٦٦ والمتضمن إصلاح لجان

المؤسسات التي يتعرض عمالها للتخفيض العددي، إذ أوجب إعطاء هذه اللجان لرأيها قبل تنفيذه، واعتباراً لشبح أزمة النفط التي عصفت بأوروبا في عام ١٩٧٤، وإيعاداً لشبح البطالة المتنامي توصل الشركاء الاجتماعيون إلى امتصاص هذه البطالة المتنامية بإصدار ملحق في ١٩٧٤/١١/٢١ يقرر للمفصولين لسبب اقتصادي نسبة ٩٠% من المرتب (٣٦).

وبناء على ما تقدم، لا يعتبر انتهاء تعسفا لعقد العمل، الانهاء الحاصل في الحالات الآتية :-

١- انتهاء عقود بعض العمال، في الازمات الاقتصادية الحادة، كوسيلة للتخفيف من الاعباء المالية للمؤسسة (٣٧).

٢- انتهاء عقود بعض العمال على اثر تنظيم المؤسسة لعمالها (٣٨).

٣- انتهاء عقد العامل، على اثر رفضه الانتقال الى مركز عمل اخر، اقتضته مصلحة المشروع (٣٩).

٤- انتهاء عقد العامل على اثر رفضه نظام دوام عمل جديد اقتضته مصلحة المؤسسة او المشروع (٤٠). هذا، وتشترك معظم القوانين العمالية في اشتراط وجود الظرف الاقتصادي الذي تمر به المؤسسة وابلغ الجهة الادارية المختصة (وزارة العمل او من يقوم مقامها)، بعملية انتهاء عقد او عقود العمال في المؤسسة (٤١).

وفي سياق ما تقدم، قضت محكمة التمييز البحرينية في قرار لها صدر عام ٢٠٠٤ بانه ((لما كان الثابت من الاوراق أن دفاع المؤسسة الطاعنة بالحكم الاستئنافي أمام محكمة الموضوع أثبت أنها تعرضت لأزمة مالية أدت إلى توقف نشاطها بسبب تراكم ديونها مما دفعها إلى إنهاء خدمة بعض العاملين لديها ومنهم المدعي المطعون ضده وقدمت تأييدا لذلك، وهو تقرير مراجعي حساباتها عن السنة المالية المنتهية الذي لم يعترض عليه المدعي، إذ تضمن هذا التقرير أن مطلوباتها المتداولة تزيد على موجوداتها بمبلغ ٢٦٠,٢٢٦,١ دينار كما قدمت اتفاقا مصدقا على التوقيعات فيه تضمن أن المؤسسة أجرت على جهة استثمارية المحلات والمباني الواردة به لمدة ١٢ عاما قابلة للتجديد مقابل شرائها مبلغ ١٨٥ الف دينار، وهو ما يؤيد جدية المبررات التي دعتها إلى إعادة تنظيم منشأتها وإنهاء خدمة المدعي.

لذا كان الحكم الاستئنافي بأن فصل العامل من العمل كان بغير مبرر استنادا إلى أن صاحب العمل لم يقدم دليلاً على وجود أزمة شديدة لا تشير الظروف عن احتمال انفراجها، يقتضي ذلك إثبات جدية المبررات التي دعت صاحب العمل إلى إعادة تنظيم منشأته. و أن سلطة الأخير في تحديد ظروف العمل تقديرية خاصة به، ولا يجوز لقاضي الدعوى أن يحل محله فيها وإنما تقتصر رقابته على التحقق من جدية المبررات التي دعت إليه.

وأن لصاحب العمل اتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيم مؤسسته، متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك. وإذا اقتضى هذا التنظيم إغلاق أحد فروع المنشأة أو أحد اقسامها وإنهاء عقود بعض عمالها كان لهذا الانهاء ما يبرره وينتفي عنه وصف التعسف (((٤٢). كما قضت محكمة التمييز الاردنية في قرارها تمييز حقوق ١٩٩٩\٢٩٩ بأنه ((اجازت المادة ٣١ من قانون العمل لصاحب العمل إنهاء عقود العمل غير محددة المدة اذا اقتضت ظروف اقتصادية او فنية هذا الانهاء او التعليق كتقليص حجم العمل او استبدال نظام الانتاج بأخر او التوقف نهائيا عن العمل شريطة اشعار وزارة العمل بذلك، وعليه وحيث ان المميزة (شركة بنك فيلادلفيا للاستثمار) لم تثبت توافر هذه الشروط كما انها لم تثبت انها اشعرت الوزارة بانهاء عقد عمل المميز ضدها فيكون فصلها للعاملة (المميز ضدها) تعسفا ويترتب على ذلك ان العاملة تستحق مانصت عليه المادة ٢٥ من قانون العمل (((٤٣).

الفرع الثاني :- حالات الانهاء غير المشروع لعقد العمل

على الرغم من ان القوانين المدنية قد اقرت مبادئ عامة لاستخدام الحق بصورة تعسفية، الا ان تلك المبادئ العامة، تشتمل على الكثير من التطبيقات، وفي خضم حديثنا عن تعسف رب العمل في انهاء عقد العمل بصورة تعسفية، لا يمكننا حصر الحالات التي يحصل فيها ذلك الانهاء التعسفي، وخاصة ان المشرع العراقي لم يحدد تلك الحالات بصورة حصرية كما فعلت بعض القوانين، وبذلك لا يمكننا الا ان نعدد الصور التي حددتها تلك القوانين، اضافة الى ما اقره القضاء العراقي والمقارن من حالات باعتبارها فصلاً تعسفياً.

أولاً:- انهاء العقد لارتباط العامل بنشاط نقابي: اقرت الكثير من القوانين العمالية حرية العامل في الانضمام للمنظمات النقابية والعمالية، والمشاركة في فعاليتها وانشطتها، باعتباره حقا اصيلا من حقوق العامل، حيث نصت المادة ٢١٥ من قانون العمل العراقي على انه ((لكل عامل بلغ الثامنة عشرة من حق الانتساب الى لجنة نقابية او نقابة مهنية ولا يجوز ان ينتسب لاكثر من لجنة نقابية واحدة)) (٤٤).

ولما كان الامر على هذه الشاكلة، يتضح لدينا أن فصل العامل بسبب النشاط النقابي يعد فصلاً تعسفياً لا يجيزه القانون، فلا يحق لرب العمل فسخ العقد لإرغام العامل على الانضمام إلى النقابة أو عدم الانضمام لها أو الانسحاب منها، وإلا عد فصله للعامل غير مشروع لتعارض ذلك مع الحرية التي منحها القانون للعامل.

وبناء على ما تقدم فإنه لا يحق لرب العمل فصل العامل إذا قام هذا العامل بالانضمام إلى عمل نقابي أو رفض الانضمام اليه، ولا يحق لرب العمل فسخ العقد بسبب تنفيذ العامل لقرار من قرارات النقابة المشروعة في أعمالها الجائزة قانوناً. كما ويدخل في اطار ما تقدم، على حالة فيما اذا كان العامل يمارس حقوقه الشخصية او العامة في التعبير عن رايه ضمن نطاق القوانين والانظمة المرعية، كتقديمه شكوى الى الدوائر النقابية المختصة، والتي تتعلق بتطبيق احكام قانون العمل والقوانين والانظمة المتعلقة بتطبيقه (٤٥)

ثانياً :- عدم إعادة العامل لعمله بعد تبرئته من اتهام وجه اليه من قبل صاحب العمل : نصت المادة ٤٠ من قانون العمل العراقي على انه ((اذا وقف العامل عن العمل بناء على اتهام وجه اليه من صاحب العمل وظهر ان الاتهام قائم على اساس الخطأ او الكيد وحكمت المحكمة بالافراج عن العامل او برأئته فإنه يعاد الى عمله ويستحق اجوره عن مدة إيقافه عن العمل.)) كما نصت المادة (١٢٩) من قانون العمل المصري النافذ على انه ((لصاحب العمل أن ينتهي عقد العمل ولو كان محدد المدة أو مبرماً لإنجاز عمل معين إذا حكم على العامل نهائياً بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة. وذلك مالم لم تأمر المحكمة بوقف تنفيذ العقوبة)) . فوفقاً للمادة (٤٠) من قانون العمل العراقي، فإن التزام صاحب العمل قانوناً بإعادة العامل إلى عمله لا يقوم إلا بتوافر شرطين :-

١- أن يكون صاحب العمل قد أوقف العامل احتياطياً نتيجة قيام العامل بارتكاب أي جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو أي جنحة داخل دائرة العمل.

٢- أن ترى السلطة القضائية المختصة بالاتهام عدم تقديم العامل للمحاكمة أو أن تقضي ببراءته، ولا يشترط أن يكون قرار السلطة المختصة أو حكم البراءة نهائياً، حيث أن المادة (٤٠) من قانون العمل العراقي، على عكس موقف القانون المصري، لم تشترط نهائية قرار المحكمة أو الحكم الصادر في الاتهام. جاءت عبارات النص العراقي أعلاه، عامة ومطلقة مما يتبادر إلى الذهن أن أي فصل في مثل هذه الحالة يكون فصلاً تعسفياً إذا ما تم تبرئة العامل أو أن العامل لم يقدم إلى المحكمة لسبب رأته السلطة المختصة بتوجيه الاتهام، إلا أننا نعارض هذا التوجه المطلق لعدة أسباب من أهمها أن السلطة القضائية عندما تنتظر في جريمة ما وتريد أن تحاكم المتهم فيها، فإنها تنتظر إلى التهم الموجهة إلى المتهم، كما أنها تنتظر إلى

صحة محاضر الضبط والإفادات والإجراءات، ولو أن شخصاً ما تم تبرئته من الجريمة ليس لعدم ثبوت التهمة لعدم كفاية الأدلة وإنما بسبب خلل في إجراءات الضبط فلا نرى أن فصل العامل يعد فصلاً تعسفياً إن لم يقبل رب العمل إعادته إلى عمله، وذلك لكون القانون يأخذ بضرورة الوضع السليم في الإجراء قبل البدء بالنظر إلى التهم، بينما لا يطلب إلى رب العمل أن يشغل لديه عامل هو متأكد من إدانته أو جرمه. هذا بالإضافة إلى أن القانون قد يعفي المتهم من العقاب في بعض الحالات، فعندما يقوم المتهم بتصحيح الوضع مثل حالات الزنى عندما يقبل الزاني بالزواج من الزانية، وكذلك حالات الإعفاء من العقوبة في السرقة بين الأزواج في المرة الأولى. ففي مثل هذه الحالات لا يمكن إجبار رب العمل على القبول بعودة العامل إلى عمله، ولا يمكن أن نعتبر هذا الإنهاء للعقد انهاءً تعسفياً.

ثالثاً:- إنهاء العقد في حالة مرض العامل: نصت المادة (٣٦) من قانون العمل العراقي على انه ((ينتهي عقد العمل في الحالات الآتية.. رابعا - اذا أصيب العامل بمرض اقعده عن العمل ولم يشف منه بعد ستة أشهر من الإصابة به، وثبت ذلك بشهادة طبية رسمية)) (٤٦). كما نصت المادة (١٢٤) من قانون العمل المصري على انه ((ينتهي عقد العمل بعجز العامل عن تأدية عمله عجزا كلياً أيا كان سبب هذا العجز. فإذا كان عجز العامل عجزاً جزئياً فلا تنتهي علاقة العمل بهذا العجز إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر لدى صاحب العمل يستطيع العامل أن يقوم به على وجه مرض...)) . وجاء في المادة (٢٧) من قانون العمل الأردني لسنة ١٩٩٦ على انه ((لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل أو توجيه إشعار إليه لإنهاء خدمته في حالة أن العامل كان في إجازته السنوية أو المرضية...)) .

يتضح لنا من النصوص المتقدمة جميعاً، أنه لا يجوز لصاحب العمل أن ينهي خدمة العامل بسبب المرض إلا بعد استنفاذه مدة الإجازة المرضية التي يستحقها قانوناً سواء كان العقد محدد المدة أم غير محدد المدة، فيبقى عقد العمل خلال مدة الإجازات المرضية المستحقة موقوفاً لان مرض العامل لا يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى فسخ العقد بين العامل وصاحب العمل بقوة القانون، فقيام صاحب العمل بفصل العامل خلال مدة إجازته المرضية يعد فصلاً تعسفياً، هذا بالإضافة إلى أن على رب العمل تعويض العامل عن مرضه إذا كان المرض بسبب المهنة وذلك بعد الحصول على تقرير طبي من الجهات المختصة تبين أن المرض هو من أمراض المهنة أو بسببها، ناهيك عن عدم إمكانية فصله من العمل (٤٧).

رابعاً :- معاملة صاحب العمل الجائرة: المعاملة الجائرة، هي كل تصرف يصدر من رب العمل يكون غير عادل، لمخالفته القانون أو العقد المبرم بينه وبين العامل لما يشوبه من تعسف في استعمال الحق في ممارسة السلطة الإدارية والتنظيمية الممنوحة لرب العمل بموجب القانون، أو أي تعدي من قبل رب العمل على كرامة العامل، والأساس القانوني في ذلك هو ما نصت عليه المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي بفقرتها (٤٨) على انه ((يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))، فمبدأ حسن النية هذا يفترض امتناع رب العمل عن كل ما من شأنه إلحاق الأذى بالعامل من قول أو عمل. كما نصت المادة ٨٢٢ بفقرتها الثالثة من القانون المدني الأردني على ضرورة مراعاة الآداب واللياقة في علاقة رب العمل بالعامل، فلو قام العامل هنا برد ما يكره عنه فليس لرب العمل هنا فصله وإلا عد هذا الفصل تعسفياً.

وبناء على ما تقدم، يكون مناط فصل العامل استناداً لمعاملة صاحب العمل الجائرة هو التعسف في استخدام الحق، وعلى ذلك نصت المادة ٩٢١ / ١ مدني عراقي على انه ((يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل التعسفي، ولو لم يقع هذا الفسخ من رب العمل، اذا كان هذا الاخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة او مخالفته شروط العقد، الى ان يكون هو في الظاهر الذي انهى العقد)) (٤٩)، ولذا إن لم يكن تصرف رب العمل مخالفاً للالتزام قانوني، فلا يمكن اعتباره معاملة جائرة ما دام انه يستند إلى حق لم

يتعسف في استعماله، أما إذا كان هناك تصرف من قبل رب العمل يسيء للعامل سواء كان بألفاظ معينة مثل السب أو الشتم أو التحقير أو بالفعل مثل الاعتداء بالضرب أو التحرش الجنسي وكل ما إلى ذلك من الأفعال المحطّة بالكرامة فإن هذه المعاملة تكون مخالفة للقانون، كما وأنها في بعض الحالات توجب معاقبة رب العمل بموجب قانون العقوبات، أما إذا كان هناك تصرف من قبل رب العمل يغير من شروط وطبيعة العقد فإن تصرفه هذا يعد مخالفاً لأحكام القانون التي تقضي أنه ليس من حق طرف من أطراف العقد تغيير أي بند من بنود العقد إلا بموافقة الطرف الآخر وبما لا يتعارض مع أحكام القانون.

فتعد مخالفة شروط العقد معاملة جائرة، لان الأصل العام أن العقد شريعة المتعاقدين، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٩٢١ مدني عراقي من انه ((و نقل العامل إلى مركز اقل ميزة او ملائمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه لا يعد فسحا تعسفيا إذا ما اقتضته مصلحة العمل ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه (الإساءة الى العامل)).(٥٠)

خامساً :- الإنهاء لتجنيد العامل: توجد الكثير من الدول التي تفرض نظام التجنيد الإجباري (خدمة العلم) على مواطنيها، وياخذ البعض الآخر بنظام التجنيد التطوعي في الخدمة العسكرية، والعراق من الدول التي اخذت بهذا النظام حتى ألغي منذ عام ٢٠٠٣، وعند التمعن في نصوص قانون العمل العراقي النافذ، نجد انه يحمي العامل من الإنهاء التعسفي لالتحاقه بالخدمة العسكرية، حيث نصت المادة (٢٤) من القانون المذكور على اعتبار عقد العمل موقوفا اثناء التحاق العامل بالخدمة العسكرية، اذا كان العامل يعمل في مشروع يشغل ثلاثين عاملا فاكثرا، وهو ما يعني ان التحاق العامل الذي يعمل في مشروع يستخدم اقل من ثلاثين عاملا بالخدمة العسكرية، يعتبر سببا لانهاء العقد، وليس لوقفه، وهو نقص لا بد من المشرع العراقي تداركه، على غرار معظم القوانين العمالية.

ولكن يثور لدينا التساؤل الاتي... ما هو مصير العمال الجدد عندما يعود العمال القدامى من خدمتهم العسكرية...؟ فإن كان مصيرهم التسريح، فنحن هنا نكون قد حللنا مشكلة وخلقنا أخرى، أما إذا أبقيناهم على ذات اعمالهم، فقد يكون رب العمل ليس بحاجة إلا لعشرين عاملاً وليس ثلاثين عاملاً مما يؤدي إلى إرهابه، وهنا لا مجال للقول بان الحل هو تشغيل عشرة عمال بعقد محدود المدة لأن رب العمل ليس مجبر على تحمل تبعات عقد العمل الجديد.

هذا، ولا نرى ضرورة تطبيق النص في حالة التجنيد الاختياري، لان التجنيد الإجباري هو واجب قانوني لا يمكن للعامل أو غيره تلافيه، والا تعرض للمسالة القانونية، ولذا يمكن أن نعتبره ظرفا استثنائيا، أما في التجنيد الاختياري فإن العامل يقوم بذلك بمحض إرادته وهو مدرك لذلك العمل وتبعاته، أما من يعترضون على ذلك بحجة تنشيط العمل التطوعي، فإن قولهم مردود إليهم وذلك لأن من أراد التطوع فليتطوع على حسابه وليس على حساب الآخرين، وأكرر القول بأن من أراد التطوع فليتطوع بوقته لا بوقت الآخرين، كمن أراد أن يتبرع فإن التبرع يكون من ماله لا من مال الغير .

سادساً :- إنهاء العقد بسبب تقدم العامل بشكاوى او طلبات الى الجهات المختصة : نصت على الحالة المذكورة، المادة (٢٤) من قانون العمل الاردني النافذ، حيث اعتبر المشرع الاردني ان قيام صاحب العمل، بانهاء عقد العمل، لمجرد قيام العامل بتقديم شكوى او طلبات الى الجهات المختصة، يعتبر انهاء تعسفيا، يقيم المسؤولية العقدية لصاحب العمل، كما لا يفرق المشرع الاردني هنا بين ما اذا كانت الشكوى المقدمة من قبل العامل، موجهة لجهة رسمية، كوزارة العمل المختصة، او غير رسمية كالنقابة التي ينتمي اليها العامل حسب حرفته او مهنته، كما يستتبع ما تقدم، عدم احقية صاحب العمل في اتخاذ أي اجراء تأديبي بحق العامل نتيجة لتلك الشكوى او ذلك الطلب الذي قدمه.

المبحث الثاني

دعوى التعويض

يذهب جانب من الفقه، الى ان ما يترتب على انتهاء عقد العمل انهاء تعسفا من جانب رب العمل، قيام المسؤولية المدنية للمتعسف في فسخ عقد العمل، والتي تنقسم الى قسمين، الاولى هي مسؤولية غير عقدية تقوم على اساس الاخلال بالتزام قانوني، تفرضه اصول القانون ولو لم تنص عليه صراحة، وهو وجوب الامتناع عن الاضرار بالغير (٥١)، اما الثانية، فهي المسؤولية العقدية، اذ ان انتهاء عقد العمل بطريقة تعسفية هو في حقيقته اخلال باحد الالتزامات الناشئة عن العقد الذي يحكم العلاقة بين العامل ورب العمل، اذ تكون المسؤولية الناتجة عن الاخلال بهذا الالتزام، مسؤولية عقدية لان انتهاء العقد بتلك الطريقة يعد اخلالا بمبدأ عام وهو وجوب تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (٥٢)

ولا نريد الولوج في الجدل والسجال الفقهي الكبير والدائر حول التكييف القانوني للمسؤولية المترتبة على فسخ العقد، حيث ان موضع الجدل فيها ليس بحثنا هذا (٥٣)، ونكتفي بالقول، ان ما استقر عليه الفقه والقضاء هو كون المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي لعقد العمل من جانب صاحب العمل هي مسؤولية عقدية، حيث ان المشرع كان قد وضع قيودا موضوعيا في انتهاء عقد العمل، بالا يكون الفسخ تعسفا من احد المتعاقدين، وإلا توجب التعويض بسبب ذلك الفسخ التعسفي (٥٤)، فان الفسخ والتعويض هنا يستندان الى المسؤولية العقدية، لان الالتزام الذي يفرضه القانون بعدم التعسف في استعمال حق الفسخ، أصبح من ضمن الالتزامات العقدية، مادام إن المتعاقدين قد رضيا ضمنا على هذا الالتزام (٥٥).

ولقد استقر الرأي بوجه عام (٥٦)، على الاقتصار على التعويض النقدي كنتيجة لذلك الإنهاء ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية ما نصه ((إن الأصل طبقا لأحكام المادتين ٦٩٤، ٦٩٥ من القانون المدني أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة وأن هذا الإنهاء تنقضي به الرابطة العقدية ولو اتسم بالتعسف غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذي أصابه ضرر في هذه الحالة الحق في التعويض)) (٥٧).

على إن موقف كل من المشرع والقضاء المصريين، السابق الذكر، لا تنتهجه كل القوانين، ولا تسير على هداه كل الاقضية المقارنة، فنرى مثلا القرار الصادر من محكمة التمييز العراقية بالعدد ٦٣٧ / ٣ / ٢٠٠١ بتاريخ ٢٨ / ٢ / ٢٠٠١ كان قد قضى بأنه ((وإلزام المدعى عليهما (رب العمل) بتمكين المدعي (العامل) من الاستمرار بعمله وفق عقد العمل الشفوي (حارسا) وإلغاء الأمر الإداري الصادر منهما بإنهاء عقد العمل....)) (٥٨)، وهكذا اعتبرت محكمة التمييز المذكورة، إضافة إلى التعويض النقدي، عودة العامل لعمله تعويضا عينيا للعامل، وهو ما اتجه إليه أيضا المشرع السوداني في المادة ٣٩ بفقرتها ٦ من قانون العمل السوداني، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه ((فترة الإيقاف الواردة بالمادة ٣٩ (٥٩) تعني الفترة منذ إيقاف العامل عن العمل وحتى صدور قرار مدير مكتب العمل إما بإعادة العامل للعمل أو دفع حقوقه أثناء فترة الإيقاف)) (٦٠). على خلاف ما اتجه إليه المشرع والقضاء المصريين.

وبناء على ما تقدم، ولكي تبدوا المسألة أكثر عملية وشمولية، يتوجب علينا البحث في طرق تعويض الضرر الناشئ عن الفسخ التعسفي، ذلك الالتزام بإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، وعليه فإننا سنعالج في هذا المبحث مسألتين اثنتين، الأولى عينية الجزاء، والتي تتمثل بالتعويض العيني، أي عملية إعادة العامل إلى عمله وتعويضه عن المدة التي قضاها منقطعاً عن العمل والثانية إعادة الحال لما كانت عليه قبل التعاقد، أو تعويضه عن ذلك الإنهاء التعسفي، تعويضا ماديا ومعنويا.

المطلب الأول :- عينية الجزاء (إعادة العامل إلى عمله)

الفرع الأول :- مفهوم التعويض العيني في اطار عقد العمل

بادئ ذي بدء نقول، إن الرأي الغالب من الفقه والقضاء (٦١)، يرى انه إذا كان من العدل علاج الضرر بالتعويض عنه، فمن الواجب تلافي تكراره باستئصال سببه، ولا يكون ذلك إلا بالتعويض العيني، وهو ما يتفق مع ما أوردته بعض من القوانين، تطبيقاً لقاعدة (لا ضرر ولا ضرار). هذا، ويقصد بعينية الجزاء، إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع الذي أدى إلى الضرر (٦٢) وبذلك يكون هذا النوع من التعويض ما يعد أكثر موائمة مع ما يهدف إليه التعويض بصورة عامة فضلاً عن اتفاهه مع القواعد العامة في اعتباره تنفيذاً عينياً للالتزام صاحب العمل. والتعويض العيني – من حيث المبدأ العام – هو الأصل في المسؤولية العقدية، أي عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام مصدره العقد (٦٣).

وهذا الأصل العام في التعويض، هو ما سار عليه بشكل صريح كل من قانون العمل الأردني، وقانون العمل الجزائري ونظام العمل والعمال السعودي وقانون العمل العماني و مدونة الشغل المغربية (٦٤)، بينما سكت عنه كل من قانون العمل العراقي وقانون العمل المصري، والذان لم يتناولوا ذلك الجزاء، ونرى إن ذلك إنما يتم بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة في الفسخ مع التعويض والواردة في القانون المدني. ولقد كان موقف القضاء العراقي متفقاً مع ما رأيناه أعلاه، فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرارها المرقم ٦٤٠ / مدنية منقول / ٢٠٠٥ ما نصه ((ولما كان الثابت بالدعوى إن الشركة المميزة لم تخبر وزير العمل والشؤون الاجتماعية بإنهاء خدمات المدعي / المميز ضده، عند إقدامها على تقليص حجم العمل بالمشروع، فيكون الحكم القاضي بإعادة العامل المدعي / المميز ضده إلى عمله متفقاً وأحكام القانون، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المدعي رسم التمييز)) (٦٥)

ويرى بعض من الفقهاء، إن التعويض العيني، والمتمثل بإجبار رب العمل على إعادة العامل المنهي عقده انهاء تعسفياً، أمر غير مستساغ، لما في ذلك من اعتداء على الحرية الشخصية، أو حرية العمل من ناحية، ومن إرغام يتنافى مع حسن التعاون الواجب بين العامل ورب العمل، مما يخل بمصلحة العمل من ناحية أخرى. (٦٦) وفي الحقيقة، إن التعويض العيني لما كان هو الأصل في المسؤولية العقدية، فإن ذلك مرده إلى إن غاية العامل الأصلية من وراء إبرامه للعقد هو تحقيق مدخول ثابت له ولعائلته، كما إن ذلك يؤدي إلى تحقيق التوازن المادي في رابطة الالتزام (عقد العمل) (٦٧).

الفرع الثاني :- الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض العيني

لا بد أن يبحث القضاء أولاً، عن إمكانية الحكم بالتعويض العيني في إطار علاقة العمل، وبالتحديد في إطار استعمال حق الفسخ من قبل صاحب العمل استعمالاً تعسفياً، إذ إن الحكم بذلك النوع من التعويض يستلزم مقومات وشروط لا بد من توافرها، وإلا كان الحكم به معيباً ومعرضاً للنقض من لدن المحكمة الأعلى درجة من محكمة الموضوع، ولذا لا بد لنا من عرض لهذه الشروط ومدى إمكانية توافرها من عدمه، وكما يلي :-

أولاً :- أن يكون التعويض العيني ممكناً : لا بد ابتداءً، وقبل كل شيء، أن يكون التعويض العيني ممكناً، أي إمكانية إعادة العامل لعمله السابق الذي كان عليه قبل الفسخ التعسفي، أما إن استحال ذلك، فلا جدوى من المطالبة به، كما إن القضاء ليس ملزماً بالحكم به إن لم يكن ممكناً (٦٨).

ويتحقق ما تقدم من شرط، بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الإنهاء التعسفي، أي بإزالة الفسخ الصادر من جانب رب العمل في مواجهة العامل، ومباشرة العامل بعمله السابق من جديد، إن كان ذلك ممكناً،

إذ لا يمكن الحكم بالتعويض العيني، إن كان تنفيذه مستحيلا، كما لو طلب العامل في دعواه التعويض العيني (العودة إلى العمل السابق) أو التعويض النقدي، وتوفي أثناء نظر الدعوى، أو ان المشروع قد تمت تصفيته أو توقف العمل فيه، بسبب إفلاس رب العمل، أو حصول ظروف اقتصادية أثناء نظر تلك الدعوى.

ثانياً :- ألا يكون في إعادة العامل لعمله إرهاباً لصاحب العمل، بشرط أن لا يؤدي العدول عن التعويض العيني إلى إلحاق ضرراً جسيماً بالعامل، ففي هذه الحالة تكون مصلحة العامل أولى بالرعاية. (٦٩) يقصد بالإرهاب في إطار القانون الخاص ((العنت الشديد الذي من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة)) (٧٠) ويتحقق الإرهاب هنا بالنسبة لصاحب العمل، إذا كانت عودة العامل إلى عمله تزيد من أعباءه المالية، واستطاع صاحب العمل إن يثبت ذلك أمام القضاء، إذ لا يكفي الادعاء بالإرهاب، كما لو كان الإنهاء التعسفي قد تحقق نتيجة مرور المؤسسة بأزمة اقتصادية عامة، وحصل الإنهاء دون أعذار صاحب العمل للعامل بنيته في إنهاء عقد العمل (٧١). ويرى البعض أنه لا يكفي في الإرهاب مجرد العسر أو الكلفة أو الضيق، في التعويض عينا، بل لابد من وجود تلك الخسارة الفادحة اللاحقة بالمدين، من جراء ذلك التعويض العيني (٧٢) ويتحقق الإرهاب أيضاً، في حالة كون العامل يمارس عملاً ماساً بأسرار المؤسسة، كأن يؤسس مشروعاً مستقلاً ينافس فيه المؤسسة التي يعمل بها، فقد جاء في حكم لمحكمة التعقيب التونسية ما نصه ((أن الشركة التي أنهت عقود بعض موظفيها متعللة بأنهم ارتكبوا هفوة خطيرة بتأسيسهم شركة أخرى تزامها، وتبين أن الشركة المزعومة قد باشرت أعمالها وبدأت تنافس الشركة الأولى وقد تحقق الضرر للأخيرة، فلا يمكن والحالة هذه الحكم بإعادة الموظفين لإعمالهم لكون ذلك قد يسبب خسائر للشركة الأولى، جراء كون الموظفين -المدعين - يعملون في قسم التصميمات الهندسية للشركة الأولى)) (٧٣).

ثالثاً :- أن يطلب العامل إعادته إلى العمل (٧٤) : يجب أن تكون المطالبة بإعادة العامل إلى عمله، صريحة، واضحة لا لبس فيها، وهو ما يظهر من مطالب الدعوى التي يرفعها العامل من جراء فسخ عقد العمل، وإذا طالب العامل أمام القضاء بالعودة إلى عمله وتوافرت شروط ذلك المطلب، فليس لصاحب العمل - من حيث المبدأ- الامتناع عنه أو أن يعرض على العامل التعويض النقدي، ولكن ليس للقضاء إجباره على ذلك (٧٥)، أما إذا لم يطلب العامل إعادته لعمله وإنما طالب بالتعويض النقدي، حكمت المحكمة بذلك، ولا يحق للعامل رفض ذلك، كما يجوز للعامل المطالبة بإعادته لعمله والعدول عن ذلك المطلب إلى التعويض النقدي، شرط أن يقع عدوله قبل صدور الحكم، لان الأصل في التعويض أن يكون عينياً بمثل ما التزم به المدين وهو هنا صاحب العمل.

وفي الحقيقة، إن توصلت المحكمة إلى إن إنهاء العقد كان تعسفياً لا يعني بالضرورة رجوع العامل إلى عمله، ذلك لأنه يمكن لأحد طرفي علاقة العمل أن يرفض الإعادة، حيث يرى البعض أن حق رفض الإعادة للعمل وضع لصالح طرفي العقد، فهو يخدم مصالح صاحب العمل الذي أصبح بمقدوره التخلص من عامل لا يرغب فيه، كما أنه تقرر لمصلحة العامل الذي أصبح لا يرغب أن تجمع به بصاحب عمله، علاقة عمل، أو انه أثناء تسريحه من عمله السابق، تمكن من الحصول على عمل آخر يناسبه (٧٦)، وعلى العموم يجب أن يفصح عن رفض الإعادة أثناء سريان الدعوى بكيفية لا لبس فيها، وليس من الضروري أن يصرح عن الرفض بموجب دعوى مقابلة بل يكفي أن يعلن عنه في اللائحة الجوابية، ولكن لا يقبل في أي حال من الأحوال أن يعلن عن الرفض عند تنفيذ الحكم بالرجوع، وإلا تعرض صاحبه (أي صاحب العمل) إلى الغرامة التهديدية المنصوص عليها بموجب المادة ٢٥٣ من القانون المدني العراقي والناصة على انه ((إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، وامتنع المدين عن التنفيذ، جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديديه إن بقي ممتنعاً عن ذلك)).

رابعاً :- أن يكون إنهاء العقد، تعسفياً : وهو الشرط الأهم، من كل ما تقدم بنا من شروط، وهو أن يكون إنهاء رب العمل لعقد العمل مع العامل، انتهاء تعسفياً، وكما هو وارد في الحالات التي سقناها في المبحث الأول من بحثنا هذا، ولا نريد أن نكرر ما قلناه آنفاً، ولكننا نكتفي بالقول إن القضاء هو من يتولى البحث والتحقيق، فيما إذا كان التعسف في استعمال حق الإنهاء موجوداً أم لا، وهو هنا إذ يستهدي بما أقره القانون من قواعد وما توصل إليه الفقه من أفكار في استجلاء ماهية الإنهاء المبرر غير المشوب بالتعسف، من عدمه.

المطلب الثاني :- التعويض النقدي : (إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد)

قدمنا فيما سبق من حديث، إن الحكم بالتعويض العيني (إعادة العقد إلى الوجود) أمر صعب من الناحية العملية، فيما يخص واقعة الإنهاء التعسفي لعقد العمل من جانب صاحب العمل، لاعتبارات شخصية وأخرى موضوعية سقناها آنفاً، وعندئذ لا يبقى أمام المحكمة سوى إن تلجأ إلى إقرار الفسخ مع الحكم بتعويض نقدي مناسب، ولقد ذهب بعض القوانين إلى قصر التعويض في هذه الحالة الخاصة (الإنهاء التعسفي لعقد العمل من جانب صاحب العمل) حصراً بالتعويض النقدي دون التعويض العيني، كما هو الحال في القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية والذي نص على أنه ((من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إنهاء خدمة العامل في ظل نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ تسرى عليه الأحكام الواردة في الفصل الثاني عشر من الباب الثاني منه، وإن خلو هذا النظام من نص يجيز إلغاء قرار إنهاء خدمة العامل وإعادته إلى عمله مؤداه أن القرار الصادر بإنهاء الخدمة لا يخضع لرقابة القضاء إلا في خصوص طلب التعويض عن الضرر الناجم عنه، لأن الأصل طبقاً لأحكام المادتين ٦٩٤، ٦٩٥ من القانون المدني أن لصاحب العمل إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة وأن هذا الإنهاء تنتضي به الرابطة العقدية ولو أتم بالتعسف، غاية الأمر أنه يترتب للعامل الذي أصابه ضرر في هذه الحالة الحق في التعويض..... (المادتان ١، ٩٦ من قانون العمل المصري الملغي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ و المادتان ٦٩٤، ٦٩٥ من القانون المدني المصري و المادتان ٧٠، ٧١ من القانون النافذ رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣)....)). (٧٧)

وكما هو مقرر على مستوى الفقه والقضاء، فإن للفسخ اثر رجعي، بحيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وبذلك يزول كل اثر للعقد، فيعتبر معدوماً عند إنشائه (٧٨) لكن ما تقدم من أصل عام، يرد عليه استثناء وحيد، هو العقود المستمرة، أي العقود التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها (٧٩) فالأثر الرجعي للفسخ فيها لا ينسحب إلى الماضي، بل يكون أثره منسحباً للمستقبل فقط، لأن ما مضى من الزمن لا يعود (٨٠).

ولما كان عقد العمل من طائفة العقود المستمرة، فلا ينسحب اثر الفسخ فيه لما نفذ من العقد، بل ينسحب للمستقبل فقط، ولما كان القانون قد أجاز اقتران التعويض النقدي عن الفسخ التعسفي، بالإقرار بالفسخ، فلا بد إذن من إثبات وجود الضرر وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، على إن أكثر القوانين العمالية والمدنية قد جعلت الضرر الحاصل جراء فسخ عقد العمل مفترضاً بالنسبة للعامل. وعليه، فإننا سوف نقوم بدراسة التعويض النقدي في إطار الإنهاء التعسفي لعقد العمل من جانب صاحب العمل، في عدة نقاط، نتناول في الأولى عناصر ذلك التعويض، ومدى سلطة المحكمة في تقدير ذلك التعويض، وأخيراً نتناول تقادم دعاوى التعويض عن الإنهاء التعسفي.

الفرع الأول :- عناصر التعويض النقدي

نصت المادة ٩١٨ من القانون المدني العراقي على انه ((٢- وإذا فسخ العقد بتعسف من احد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، فضلا عن التعويض الذي يكون له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإنذار بإنهاء العقد، الحق في تعويض عما أصابه من ضرر)) . نصت المادة (٢٥) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ على انه ((إذا تبين للمحكمة المختصة في دعوى أقامها العامل خلال ستين يوما من تاريخ فصله أن الفصل كان تعسفيا ومخالفا لأحكام هذا القانون جاز لها إصدار أمر إلى صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله الأصلي أو بدفع تعويض له بالإضافة إلى بدل الإشعار واستحقاقاته الأخرى المنصوص عليها في المادتين ٣٢ و ٣٣ من هذا القانون على أن لا يقل مقدار هذا التعويض عن أجور ثلاثة أشهر ولا يزيد عن ستة أشهر وبحسب التعويض على أساس آخر اجر تقاضاه العامل)) .

إن أغلبية تشريعات العمل، تتجه إلى أحقية العامل بالتعويض عما لحقه من ضرر اثر الإنهاء التعسفي، بالإضافة لما يستحقه العامل من تعويضات يقرها القانون، وانه لما كانت علاقة العامل برب العمل ذات طبيعة خاصة، لذا كان التعويض المستحق عن إنهاء رب العمل لعقد العامل بصورة تعسفية، تعويضا خاصا، يتفرع إلى عدة عناصر، كما انه يراعى في تقدير ذلك التعويض نوع العمل ومدة الخدمة ومدى التعسف في قرار الفصل ومدى تأثير هذا القرار في سمعة العامل، وغير ذلك من الظروف والملابسات وفقا للواقعة المعروضة أمام القضاء، وهي على التفصيل الآتي :-

أولا :- تعويض الضرر الناتج عن الإنهاء : هو تعويض للضرر الذي يتسبب به صاحب العمل للعامل بمناسبة صرفه من الخدمة في المشروع، وهو يشمل وفقا للقواعد العامة ما لحق العامل من خسارة وما فاتته من كسب، ولا يقصر فقط على الضرر المادي، بل يتسع للضرر الأدبي أيضا، ويتعين في جميع الأحوال، كما تنص اغلب التشريعات العمالية، أن يكون عادلا.

وفي إطار ذلك، نص قانون العمل الفرنسي المؤرخ في ١٢/٠٧/١٩٩٠ على انه يترتب للعامل حق التعويض عن إنهاء رب العمل للعقد بصورة تعسفية، بما لا يقل عن مرتبه الشهري دون حساب الأضرار اللاحقة به والمنصوص عليها في المادة (ل ٣/١٢٢ و ٤) وهذه المادة الأخيرة تنص على ألا يقل مجموع تعويض الضرر عن قيمة الأجر الأخير للعامل، وفي جميع الحالات تخضع للاتفاقيات الجماعية التي تبرمها النقابات الأكثر تمثيلا للعمال، أو تحدد في بعض الحالات الأخرى عن طريق مرسوم.

ولم يشر قانون العمل العراقي النافذ لهذا التعويض بين ثنايا مواده، بل يتم التعويض على أساس القواعد العامة الواردة في القانون المدني، على عكس ما هو وارد في غالب القوانين العربية التي نظمت التعويض عن الإنهاء بطريقة واضحة ومفصلة (٨١). ويفرض هذا التعويض متى ما ثبت للقضاء إن صاحب العمل قد تعسف في استخدام حقه في إنهاء عقد العمل.

ثانيا :- بدل مدة الإنذار : أو ما يسميه قانون العمل الأردني ((بدل الإشعار)) (٨٢)، وهو مبلغ نقدي تحكم به المحكمة المختصة للعامل، إذا ما رأت إن صاحب العمل لم يوجه إنذارا يعلمه فيه برغبته في إنهاء الرابطة العقدية مع ذلك العامل.

والإنذار، هو إعلان صادر عن إرادة صاحب العمل، يعبر عن رغبته بصورة قاطعة في إنهاء العمل بالعقد غير المحدد المدة. وقد اشترطت الفقرة ج من المادة ٥٠ من قانون العمل أن يكون الإنذار خطياً، وأن يبلغ إلى صاحب العلاقة، ويحق لهذا الأخير أن يطالب توضيح أسباب الفسخ إذا لم تكن واردة في نص الإنذار. هذا، ويعتبر التعويض عن مدة الإنذار، تعويضا مستقلا عن تعويض الضرر الناشئ عن الإنهاء التعسفي للعقد، من حيث المقدار، ومن حيث الأساس القانوني، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه

((أساس التعويض عن مهلة الإنذار المقررة قانوناً في حالة فسخ العقد غير المحددة المدة هو إخلال الطرف المنهي للعقد بالتزامه باحترام هذه المهلة، وعدم إعلانه الطرف الآخر في المواعيد المقررة بعزمه على إنهاء العقد، و أساس التعويض عن الإنهاء غير المبرر ما يشوب تصرف رب العمل من عسف في استعماله لحقه في فسخ العقد، وإن كان إنهاء العقد لا يفيد بذاته أن هذا الإنهاء وقع عسفاً بل يتعين أن يقوم الدليل على ذلك. وكان الطالبان وإن اتحدا في مصدرهما وهو العقد إلا أن أساس كل منهما يختلف عن أساس الآخر ومن ثم فلا تناقض في أسباب الحكم المطعون فيه إن هو استجاب في قضائه لطلب مقابل مهلة الإنذار دون طلب التعويض عن فصل الطاعن عسفاً. - المواد ١١٠، ١٢٢ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والمواد ٦٩٤، ٦٩٥ مدني مصري (((٨٣).

ويفهم من القرار أعلاه، إن العامل قد يستحق تعويضاً عن التعسف فقط إذا كان صاحب العمل قد أخطره في المهلة المحددة، وقد يستحق العامل تعويضاً عن عدم مراعاة مهلة الإخطار فقط متى ثبت أن الإنهاء تم بمبرر مشروع - وقد يجمع العامل بين التعويض عن التعسف في الإنهاء والتعويض عن مهلة الإخطار، إذ لا مانع من الجمع بينهما إذا توافر أساس كل منهما. فليس للتعويض طبيعة الأجر ولا مقابل عمل، وإنما تعويض عن ضرر لحق العامل.

وتفسيراً لما أورده قرار محكمة النقض أعلاه، وهو إن التعويض عن مهلة الإخطار، والتعويض عن الإنهاء التعسفي، يختلفان في أساسهما القانوني، فالتعويض الأول التزام فرضه القانون على من يفسخ العقد غير المحدد المدة دون مراعاة المهلة التي يجب أن تمضي بين الإخطار والإنهاء سواء أكان الفسخ بمبرر أو بغير مبرر، أما التعويض عن الإنهاء التعسفي، فهو التعويض الوارد عن فسخ العقود دون مبرر والذي أقره القانون لكل العقود بصورة عامة، وإن اتحدا في المصدر وهو العقد.

وينبني على ما سلف ذكره، إن طلباً التعويض عن الإنهاء التعسفي والتعويض عن عدم مراعاة مهلة الإنذار المقررة لفسخ عقد العمل غير المحدد المدة، قد يحكم بهما القضاء معاً، أو بأحدهما فقط، أي قد يكون الحكم بمقابل مهلة الإنذار مع رفض طلب التعويض عن الفصل التعسفي. هذا، ولم يشر قانون العمل العراقي النافذ لهذا التعويض، على الرغم من إن القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي، توجب توجيه الأعدار إلى الطرف الآخر في العقد، قبل رفع الدعوى بفسخ العقد، وفق أحكام المادة ١٧٧ منه، إلا إن بعض القوانين العربية أشارت إليه، كما هو الحال في المادة (٢٢) من قانون العمل الأردني والتي حددت مقدار التعويض عن بدل الإشعار بمرتب شهر واحد فقط، وكذا الحال بالنسبة للمادتين ٣٤ و ٣٩ (ب) من قانون علاقات العمل الفردية ١٩٨١م السوداني النافذ، حيث قضت باستحقاق العامل لمرتب شهر بدل إنذار.

ثالثاً :- مكافأة نهاية الخدمة : نص المشرع الأردني على هذا النوع من الاستحقاق للعامل، بموجب المادة ٣٢ من قانون العمل الأردني والناصة على أنه ((مع مراعاة أحكام المادة ٢٨ من هذا القانون يحق للعامل الذي يعمل لمدة غير محدودة ولا يخضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي وتنتهي خدمته لأي سبب من الأسباب الحصول على مكافأة نهاية الخدمة بمعدل أجره شهر عن كل سنة من خدمته الفعلية ويعطى عن كسور السنة مكافأة نسبية، وتحتسب المكافأة على أساس آخر أجر تقاضاه خلال مدة استخدامه أما إذا كان الأجر كله أو بعضه يحسب على أساس العمولة أو القطعة فيعتمد لحساب المكافأة المتوسط الشهري لما تقاضاه العامل فعلاً خلال الإثني عشر شهراً السابقة لانتهاء خدمته وإذا لم تبلغ خدمته هذا الحد فالمتوسط الشهري لمجموع خدمته، وتعتبر الفواصل التي تقع بين عمل وآخر ولا تزيد على شهر كأنها مدة متصلة عند حساب المكافأة)). وكذلك فإن العامل يستحق أية استحقاقات الأخرى ممنوحة له بموجب الأنظمة الداخلية المقررة في المؤسسة،

والمصادق عليها من قبل وزير العمل، والتي تتعلق بصناديق الادخار، أو التوفير، أو التقاعد، أو أي صندوق آخر من هذا القبيل، مقرر بموجب المادة (٣٣) من القانون المذكور (٨٤).

الفرع الثاني :- سلطة المحكمة في تقدير التعويض

لا بد أن نقول ابتداءً، إن الأصل في تقدير مدى استحقاق العامل للتعويض عن الإنهاء التعسفي لعقده، يكون عائدًا كسلطة تقديرية للقاضي الناظر في الدعوى محل خصومة الطرفين، حيث يكون له بمقتضى ذلك، الصلاحية القانونية الكاملة في تقدير مدى جدية استحقاق ذلك التعويض، وكيفية احتسابه من خلال تقديره لعناصره، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلى انه ((تقدير مبرر فصل العامل مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلب التعويض عن الفصل التعسفي مستنداً في ذلك إلى أن الشركة فصلت المستأنف عليه - الطاعن- بتاريخ ٨ أغسطس سنة ١٩٥٩ استناداً إلى قرار لجنة شؤون الموظفين التي قررت بجلسة ٦ أغسطس سنة ١٩٥٩ ١- إنهاء خدمة المذكور بوصفه المفتش الإداري بالوجه القبلي. ٢- إعادة التعاقد معه كمنتج بالشركة بنفس شروط عقد الإنتاج السابق، و أن مبرر الفصل على ما جاء بكتاب مدير عام الشركة إلى رئيس مكتب الشكاوى و التظلمات برئاسة الجمهورية هو عدم الصلاحية " وأنه " لا محل لمناقشه الشركة في مدى صلاحية المستأنف عليه للنهوض بأعباء وظيفته ما دام لم يثبت أن الشركة عندما أنهت عمل المستأنف عليه كانت تعتمد إلى الإضرار به ولم يقدم الطاعن ما يدل على ثبوت الإضرار به لدى الشركة، و أن لجنة شؤون الموظفين التي قررت إنهاء العقد رأت إعادة التعاقد معه كمنتج بنفس شروط عقد الإنتاج السابق مما يؤكد أن الشركة ممثلة في لجنة شؤون موظفيها لم ترع في قراراتها إلا وجه المصلحة والعدالة ولم تهدف إلى الإساءة بالطاعن أو أضراره و أنه بذلك لا يمكن بحال وصف قرار الإنهاء بالتعسف " وكانت تلك القرارات الموضوعية سائغة من شأنها أن تؤدي إلى نفي وصف التعسف عن قرار الفصل، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه)) (٨٥)

وبناء على ما سقناه من شرح، فإن لقاضي الموضوع، وحسبما يسمح به قانونه الوطني الذي سيطبقه على النزاع، الخيرة والاختيار، بين ما إذا كان بالإمكان قانوناً، إعادة العامل إلى عمله السابق الذي تركه بسبب إنهاء رب العمل لعقده، وهو ما يكون فيه خاضعاً لرقابة المحكمة الأعلى درجة (النقض أو العليا أو التمييز) لكون تلك الإعادة مما يمس مسائل تطبيق القانون، أو أن يلجأ ذلك القاضي إلى الحل الأخر، وهو إقرار الإنهاء أولاً، والنتيجة من التعسف فيه من قبل صاحب العمل ثانياً، والحكم بالتعويض وفق كل أو بعض عناصره التي أسهبنا في تفصيلها ثالثاً، وهو هنا غير خاضع لتلك الرقابة الأعلى، لأن تقديره للتعويض النقدي مسألة وقائع يختص بها وحده دون غيره، على أن يكون ذلك التعويض عادلاً، وموافقاً للإضرار التي لحقت بالعامل، على أن التعويض السالف الذكر، لا يشترط فيه بالضرورة أن يكون كاملاً، فيكفي كما قلنا، أن يكون عادلاً.

هذا ولقد أيد جانب من الفقه مبدأ التعويض العادل، وجعله هو الأصل في التعويض، وخاصة في إطار المسؤولية العقدية، اللهم إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم. (٨٦) ولقد كان اتجاه محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها مؤيداً لهذا الاتجاه، حيث جاء فيه ما نصه ((تقدير التعويض المستحق للعامل عن الإنهاء التعسفي، من سلطة محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها علي أسباب سائغة، وان مراعاة المعاش الذي تقرر للعامل بقيمة إصابة العمل عند تقدير التعويض عنها. لا خطأ في الولوج فيه)) (٨٧).

الفرع الثالث :- تقادم الدعاوى الناشئة عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل

نصت المادة ٩٢٥ من القانون المدني العراقي على انه ((الدعاوى الناشئة عن عقد العمل لا يجوز سماعها بعد سنة من وقت قيام سبب الدعوى إلا فيما يتعلق بالعمولة والمشاركة في الأرباح والنسب المؤبقة فان السنة لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بيانا بما يستحقه بحسب آخر جرد)) . وبذلك فقد جعل المشرع العراقي مدة سنوية لسقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بصورة عامة، سواء أقيمت الدعوى من العامل أو من صاحب العمل أو من ورثتهما، ويعتبر تاريخ انتهاء العقد إيذانا ببداية احتساب تلك المدة، إلا ما استثناه النص المذكور، وهو ما يحصل في حالات خاصة تتعلق باستحقاق العامل نسبة من الأرباح أو العمولات أو أن يتخذ الأجر صورة عمولة أو مشاركة في الأرباح أو نسبة مؤبقة من جملة الإيراد، وفي هذه الحالة لا تبدأ مدة التقادم الحولي إلا من الوقت الذي يسلم فيه صاحب العمل للعامل بيانات بما يستحقه حسب آخر جرد، ولا يغني عن ذلك التصديق على الميزانية أو نشرها.

وحكمة هذا الاستثناء كفالة حماية العامل من ممانطة صاحب العمل في تسليمه بيانا بمستحقاته رغبة في الاستفادة من التقادم الحولي. وهذا النهج التشريعي العراقي المتقدم، سار على ما سار عليه القانون المدني المصري، في المادة ٩٦٨ منه، بالنسبة للحقوق العمالية أثناء سريان عقد العمل، فإذا ما انتهى هذا العقد، فإن دعوى المطالبة بالأجر وغيره من الدعاوى الناشئة من عقد العمل تسقط بانقضاء سنة من تاريخ انتهاء عقد العمل.

هذا، ويقوم تقادم دعوى المطالبة بالأجرة على اعتبارات من المصلحة العامة هي ملائمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والرغبة في تصفية المراكز القانونية لكل من العامل وصاحب العمل وخلفهما القانوني على حد سواء. لا يقتصر التقادم الحولي على دعوى المطالبة بالأجور وحدها، بل يمتد ليشمل جميع الدعاوى الناشئة عن عقد العمل أيا كان موضوعها، حيث يسري هذا التقادم على دعاوى العمال للمطالبة بحقوقهم سواء في ذلك الحقوق التي نشأت خلال سريان العقد كالأجور، أو الحقوق التي ظهرت بعد انقضائه كمكافأة نهاية الخدمة، كما يسري هذا التقادم على دعاوى التعويض عن إنهاء عقد العمل إنهاء مبتسرا أو التعويض عن الفصل التعسفي أو دون مراعاة مهلة الإخطار، إضافة إلى سريانه على دعوى العامل بإلغاء قرار إنهاء خدمته. ولا يخضع للتقادم الحولي دعاوى الضمان الاجتماعي للعامل، لان مصدر هذه الحقوق ليس عقد العمل وإنما قانون التأمينات الاجتماعية، كما لا يسري على دعاوى التعويض عن إصابات العمل وفقا لأحكام قانون الضمان الاجتماعي، إذ أن هذا التعويض مصدره المشرع الذي رسم معالمه، ورسم الطريق القانوني للاعتراض فيه أو عليه. (٨٨)

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية، جاء ما نصه ((الدعاوى الناشئة عن عقد العمل - سقوطها بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ انتهاء العقد ٠ م ٦٩٨ مدني ٠ وسريانه على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفي و الأجور و مقابل رصيد الإجازات الاعتيادية)) (٨٩).

الخاتمة

من خلال دراسة موضوع بحثنا هذا، وعرضنا لتفاصيله، ولجوانبه المتعددة، وجدنا إن قانون العمل العراقي النافذ، متأخر بأشواط عديدة عن مسايرة التطور التشريعي المقارن، في العديد من البلدان العربية، كما انه كان قد رد المعالجة في كثير من الحالات التي تتناولها قوانين العمل، إلى القانون المدني كمصدر عام للقانون، على خلاف العديد من القوانين العربية، والتي أضحت تكون نظاما قانونيا مستقلا لعلاقات العمل الفردية والجماعية.

لذا، كان لابد، ونحن نختم ما بداناه، أن نوضح مواطن الضعف في التشريع العمالي العراقي، في إطار موضوعنا الذي درسناه في هذا البحث، ونقترح الحلول القانونية، والتي نراها مناسبة، وفق تقديرنا البسيط، وتلك الغايتان (تشخيص الضعف واقتراح الحلول) هي لعمرى، الغاية الأولى والأسمى من حركة البحث العلمي القانوني.

أولاً :- الاستنتاجات

١- مع أن قانون العمل النافذ، لم ينص صراحة على تعريف الإنهاء التعسفي، وترك ذلك للقضاء، ليجعل من مفهومه، عاماً، مرناً، قابلاً لشمول جميع الحالات التي تندرج تحت تعريف التعسف، إلا إن ذلك غير كاف من جانبه، إذ لا بد من وضع معايير محددة في متن القانون المذكور، إذ لا يجوز الرجوع في كل أمر - يخص عقد العمل الفردي - لم ينص عليه قانون العمل إلى القانون المدني، بوصفه قانوناً عاماً، إذ إن قانون العمل يشكل اليوم في أغلب الشرائع، نظاماً قانونياً مستقلاً، له أحكامه الخاصة، وقواعده المتميزة عن غيرها.

٢- نستنتج من خلال تدارس الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية، ان التطبيقات القضائية لحالات الإنهاء التعسفي لعقود العمل، تكاد تكون معدودة، وهذا راجع الى انعدام الاهتمام القانوني من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية، بعلاقات العمل بين العمال وأصحاب العمل، وإخضاع العمال لسلطة أصحاب العمل، والتي تكاد تكون اليوم، متعسفة دوماً، كما إن الواقع العملي للعراق اليوم، يفرض على الدولة - بصورة عامة، أن تتدخل في سن التشريعات المنظمة لتلك العلاقات المهمة، خاصة، وان العراق، قد أصبح في العقد الأخير، من الدول ذات الاقتصاد الحر.

٣- لم يأخذ قانون العمل العراقي، بالتعويض عن مهلة الإنذار، كما أخذت العديد من القوانين العربية، وفي مقدمتها قانون العمل الأردني في مادته السابعة والعشرين، وهذا يعتبر قصوراً في التشريع، لا بد من تلافيه، إذ إن مهلة الإنذار أو الإخطار، حق من حقوق العامل، ليتمكن خلالها من تلافى القصور الظاهر في عمله والذي أدى بصاحب العمل لتوجيه إنذار له لفسخ العقد، أو ليتمكن خلالها من تدبير عمل جديد له، يستعين به على سد رمق عيشه.

٤- حسناً فعل المشرع العراقي عندما ألقى عبء إثبات الفصل على عاتق صاحب العمل، وليس على عاتق العامل، إذ انه هنا، كان قد خفف من كاهل العامل - الطرف الضعيف في العقد - في إثبات واقعة مادية قد لا تكون موجودة أصلاً، وكذلك قد لا يستطيع العامل إثبات وجود ذلك التعسف، لعدم قدرته على الوصول إلى المستندات التحريرية أو البيانات الشخصية، والتي قد تساعده على إثبات كفاءته في أداء عمله، أو سيرته الحسنة في العمل، وبالتالي حصول التعسف في إنهاء عقده.

ثانياً :- المقترحات

١- إن ما يمكن ملاحظته بوجه عام، هو أن التوجه الاقتصادي الجديد للدولة، وتطبيق النصوص القانونية غير المناسبة، والتي يعترتها النقص في كثير من المواضيع، والتي أصبحت غير ذي نفع نسبياً، قد جعلت العراق بؤرة للفقر والبطالة وأثرت سلباً على عالم العمل، بسبب حالات الإنهاء التعسفي اللامتناهية، فإذا كان عقد العمل قد تطور وتبلورت فكرته في بداية السبعينيات من القرن الماضي في العراق، فإن انتكاسته قد حصلت منذ ١٩٨٧ إلى يومنا هذا، فمن انتهاء لقطاع عام أو أريد له أن ينتهي ويسرح عمال مؤسساته، إلى ركود وتضخم اقتصادي وعدم إيجاد نشاطات اقتصادية أخرى بديلة، أثر تأثيراً سلبياً على علاقات العمل بل جمدها لأن وجود عقد العمل وتطوره لا يكون إلا في ظل نشاط اقتصادي مزدهر ومتطور أيضاً، كما ان الظروف المذكورة، جعلت الطبقة العاملة تحت رحمة سلطة أصحاب العمل المستبدة، والتي جعلت العمال

يعملون في ظروف سيئة، ولا يستطيعون المطالبة بحقوقهم المشروعة، لكون إنهاء في مثل هذه الظروف من قبل أصحاب العمل، سهل جدا.

٢- أنه لا يجب على الدولة التخلي على دورها الاجتماعي تجاه الطبقة العاملة في العراق، فالأغلب الأعم منها عاطلة بلا عمل، والأخرى القليلة جدا، توظفت في المؤسسات الحكومية.

٣- أن قانون العمل النافذ المنظم اليوم لعلاقات العمل، وفي إطار معالجته لموضوع الإنهاء التعسفي، أصبح غير ملائمة، ولا بد من إثرائه أو تعديله، بشكل جذري وشامل، لأنه جاء لفترة يمكن أن نقول عنها، أنها قائمة على النظام الاشتراكي، والذي انتهى اليوم وحل محله نظام الاقتصاد الحر، إلا أن الاقتصاد في ظل هذا النظام لم يقلع الإقلاع المطلوب منه والمعروف عن النظام الاقتصادي الحر، أنه يعتمد على العمل والإنتاج لتحقيق الربح وهذا يتطلب أيدي عاملة، الشيء الذي يؤدي إلى إقامة علاقات عمل فردية وجماعية، وبالتالي تعود الحركة من جديد ويزدهر النمو الاقتصادي، إلا أن ما نراه اليوم هو قلة الاستثمار الجديد، وتسريح للعمال والنتائج، هي آثار سلبية على علاقات العمل وجمودها وتفشي الفقر بين أوساط المجتمع الذي أغلبه من العمال.

٤- تضييق مجالات التسريح أو الإنهاء لجميع الأسباب وخاصة التسريح للسبب الاقتصادي، والتعامل بجد مع الأسباب المقدمة من صاحب العمل، مع تشديد الرقابة للحيلولة دون التعسف وفي حالة ثبوته يلزم صاحب العمل بإعادة إدماج العامل في منصب عمله وفي حالة الرفض تسلط عليه غرامات باهضة، وتعويض مناسب للعامل المنهي عقده.

الهوامش

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٣- يرى بعض الفقهاء ان انعدام المصلحة انعداماً تاماً يعتبر قرينة على قصد احداث الضرر، في حالة لم يقد دليل قاطع على وجود هذا القصد في احداث الضرر، مثلما يدل الخطا الجسيم على سوء النية، انظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ص ٥١٩.
- ٤- د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥١٩.
- ٥- د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٢٠.
- ٦- المحامي اسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء، العراق، ط ١، ١٩٨٤، ص ١٩٦/١٩٧.
- ٧- المحامي اسماعيل العمري، المصدر السابق، ص ١٩٧.
- ٨- نظمت المادة (١١٠) من قانون العمل المصري كيفية إنهاء عقد العمل حيث نصت على انه ((مع عدم الإخلال بحكم المادة (١٩٨) من هذا القانون ومع مراعاة أحكام المواد التالية، إذ كان عقد العمل غير محدد المدة جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بشرط أن يخطر الطرف الآخر كتابة قبل الإنهاء. ويجب أن يستند صاحب العمل في الإنهاء إلي مبرر مشروع وكاف يتعلق بإخلال العامل بالتزام من التزاماته الجوهرية أو بكفاءته. كما يجب أن يستند العامل في الإنهاء إلي مبرر مشروع وكاف يتعلق بظروفه الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية. ويراعى في جميع الأحوال أن يتم الإنهاء في وقت ملائم)). كما تناولت المادة م ١٢٠ بعض المبررات غير المشروعة لإنهاء العقد من جانب صاحب العمل، حيث نصت على انه ((تعتبر من المبررات غير المشروعة وغير الكافية لإنهاء الأسباب الآتية : اللون أو الجنس أو الحالة الاجتماعية أو المسؤوليات العائلية أو الحمل أو الدين أو الرأي السياسي. انتساب العامل إلى منظمة ثقافية أو مشاركته في نشاط نقابي في نطاق ما تحدده القوانين. ممارسة صفة ممثل العمال أو سبق ممارسة هذه الصفة أو السعي إلي تمثيل العمال. تقديم شكوى أو إقامة دعوى ضد صاحب العمل أو المشاركة في ذلك تظلماً من إخلال بالقوانين أو اللوائح أو عقود العمل. توقيع الحجز على مستحقات العامل تحت يد صاحب العمل. استخدام العامل لحقه في الأجازات.))

- ٩- د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، الطبعة الاولى - الاصدار الثالث، عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، ص ٤٢٧.
- ١٠- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي، قضاء العمل، وفق المبادئ القضائية المقررة من محكمة التمييز الاتحادية، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠١١ ص ١١٨.
- ١١- قانون العمل اللبناني الصادر بتاريخ ١٩٤٦/٩/٢٣.
- ١٢- مجلة نقابة المحامين الأردنيين (قرارات محكمة التمييز).
- ١٣- القانون المدني الاردني. رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- ١٤- الفصل التعسفي في قانون العمل الاردني، دراسة مقارنة، المحامية المتدربة نور فرحات نعيم غيث، بحث متاح على شبكة المعلومات الدولية وعلى الموقع الاتي :-
- ١٥- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي، قضاء العمل، المصدر السابق، ص ٢٥٤.
- ١٦- د. محمد علي عبده، قانون العمل اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ١٩٥.
- ١٧- د. سيد محمود رمضان، المصدر السابق، ص ٢٠١.
- ١٨- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح قانون العمل المصري الجديد، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٣.
- ١٩- الحالات التي يجوز فيها لرب العمل فسخ العقد دون اخطار او تعويض، منتديات ستوب، الرابط :-

<http://www.stoob@yahoo.com>.

- ٢٠- تنص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي على انه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)).
- ٢١- راجع الآراء الفقهية والمبادئ القانونية والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن. المدونة العمالية المصرية. الطبعة الثانية ١٩٥٩ - الجزء الأول - الكتاب الثالث ص ١٣٣، ١٥١ ومابعدهما.
- ٢٢- نصت المادة ١٢٧ من قانون العمل العراقي على انه ((لا يجوز فرض عقوبة الفصل الا في الحالات الآتية :
- اولا - اذا ارتكب العامل خطأ جسيماً نشأ عنه ضرر مادي، شرط ان يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث . ثانياً - اذا افشى العامل سرا من اسرار العمل ادى الى الحاق ضرر بصاحب العمل . ثالثاً - اذا خالف العامل التعليمات الخاصة بسلامة العمل اكثر من مرة، شرط ان تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلنة في مكان ظاهر، او ان يكون قد ابلغ بها شفويا اذا كان امياً . رابعاً - اذا وجد العامل اكثر من مرة، اثناء ساعات العمل في حالة سكر بين او تحت تأثير مخدر. خامساً - اذا اتى العامل اكثر من مرة سلوكاً لا يتألف وشرف العمل . سادساً - اذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل او ممثله، او احد رؤسائه في العمل اثناء العمل او خارجه، شرط ان يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث . سابعاً - اذا ارتكب العامل، اثناء العمل، جنائية او جنحة بحق احد زملائه في العمل، وحكم عليه من اجلها بموجب قرار قضائي بات. ثامناً - اذا حكم على العامل بالحبس مدة تزيد على سنة واكتسب الحكم درجة البتات .
- تاسعاً - اذا تغيب العامل عن العمل بدون عذر مشروع عشرة ايام متصلة او عشرين يوماً متقطعة خلال سنة العمل، شرط ان ينذره صاحب العمل باعلان يعلق في لوحة الاعلانات في مقر العمل خلال الايام الخمسة الاولى من الغياب في الحالة الاولى، وتسلم نسخة منه الى الجهة النقابية المختصة في يوم صدوره، واذا بلغت غيابه المتقطعة خلال سنة العمل خمسة عشر يوماً، فيتم انذاره كتابة في موقع العمل.

- ٢٣- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ٢٥٤.
- ٢٤- الطعن رقم ٩٩ لسنة ٤٣/ق/ جلسة ١٩٨٠/١/١٩، المصدر منتدى العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية وعلى الموقع الاتي :-

- ٢٥- وهو ما ذهب اليه القضاء الاماراتي، حيث قضت المحكمة الاماراتية الاتحادية العليا في حكم لها بانه ((أن المشرع قصر حق العامل الذي يخضع لقانون العمل والذي أنهيت خدمته من قبل صاحب العمل لسبب غير مشروع أو تعسفاً في التعويض وفق الضوابط، وبالمقدار الذي نصّ عليه القانون، بما مؤداه أن صاحب العمل لا يلتزم قانوناً بإعادة العامل الذي أنهى خدماته إلى عمله أياً كان سبب هذا الإنهاء.)) حكم منشور على الموقع الالكتروني لصحيفة الاتحاد الاماراتية، العدد ١١٢٥٤، السنة العاشرة، <http://www.alitehad/amarities@yahoo.com>.

- ٢٦- انظر في الحكم الصادر من محكمة الجيزة الابتدائية في ١٤ مايو ١٩٥٧، مدونة الفكهاني، المجلد الخامس، عقد اختبار، قاعدة رقم ١٩.
- ٢٧- د. سيد محمود رمضان، المصدر السابق، ص ٢٠٤.
- ٢٨- الموقع الالكتروني لجمعية الحقوقيين المصريين، المنتدى القانوني، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في القضايا العمالية، الطعن رقم ١١٩٢٩ لسنة ٧٥ ق - جلسة ١٧/١٢/٢٠٠٦، <http://www.law.egy@yahoo.com>.
- ٢٩- د. سيد محمود رمضان، المصدر السابق، ص ٢٠٨.
- ٣٠- الموقع الالكتروني لجمعية الحقوقيين المصريين، المنتدى القانوني، المصدر السابق، الطعن رقم ٤٠٥٧٣ لسنة ٨٨ ق - جلسة ١٧/١٢/٢٠٠٩.
- ٣١- يرى الاستاذ الدكتور عدنان العابد، ان المشرع العراقي عند تنظيمه لموضوع انهاء العقد للاسباب الاقتصادية، قد اغفل مسألة مهمة وهي ان المشرع لم يلزم رب العمل بتوجيه انذار للعامل قبل فترة من التاريخ الذي ينتهي العقد بارادة رب العمل المنفردة بسبب التقليل او التصفية، حيث ان قرار الانهاء هذا، ينطوي على عنصر المباغتة للعامل، مما يدعو للرجوع للقواعد العامة في القانون المدني في المادة ٩١٧ / ١ والتي تجيز لكلا المتعاقدين ان يضع نهاية لعلاقته مع الاخر بانذار تبين مدته القوانين الخاصة او الاتفاق او العرف. د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، طبعة جديدة، بغداد، ٢٠١١، مكتبة السنهوري ومكتبة داليا، ص ٣٢٩.
- ٣٢- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢١٠ - ٢١١.
- ٣٣- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢١٢.
- ٣٤- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢١٢.
- ٣٥- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، المصدر السابق، ص ٣٢٨.
- ٣٦- قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر لها عام ١٩٣٧ بانه ((صاحب المؤسسة يبقى دائما المرجع المطلق لتقويم وتقدير الطرق الملائمة للمحافظة على مصالح مؤسسته على الوحه الاكمل)) راجع الحكم في :-
- no 197 p. 351 .cit.comerlynck – op.H.G**
- ٣٧- قضت محكمة النقض المصرية ما نصه ((يملك صاحب العمل سلطة تنظيم ادارته علي الوجه الذي يراه كفيلا بتحقيق مصلحة منشأته. ولا وجه للحد من سلطته في هذا الخصوص طالما كانت ممارستها مجردة عن أي قصد في الاساءة الي عماله. فاذا كانت شكوي النقابة المطعون عليها من انهاء عقود عمال قسم الهندسة في فرع الجيزة قد خلت من اسناد سوء القصد للشركة الطاعنة، كون الفرع قد الغي استجابة لمقتضيات تقليص المؤسسة، وكانت هيئة التحكيم لم تؤسس نظرها - بتقرير حق عمال قسم هندسة الشركة بالعودة لاعمالهم - علي أنه قد أريد بالتصرف الذي اتخذه الشركة الطاعنة الاساءة الي بعض العمال. لما كان ذلك، فان القرار المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه (م ٦٨٥، ٦٩٣ مدني ١٣١ لسنة ١٩٤٨)، (الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٢٥ ق جلسة ٨/١٢/١٩٦٠) منقول عن موقع منتدى العلوم الاسلامية والقانونية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط الاتي :-
- ٣٨- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢١١.
- ٣٩- انظر على سبيل المثال المواد من ١٩٧ الى ٢٠١ من قانون العمل المصري والمادة ٥٠ بفقرتها و من قانون العمل اللبناني والمادة ٣١ من قانون العمل الاردني.
- ٤٠- قرار منشور على الموقع الالكتروني لصحيفة الوسط البحرينية - العدد ٨٠١ - الإثنين ١٥ نوفمبر ٢٠٠٤م الموافق ٠٢ شوال ١٤٢٥هـ، [http // news \[at\] alwasatnews.com](http://news[at]alwasatnews.com)
- ٤١- قرارات محكمة التمييز الاردنية، قرار تمييز حقوق رقم ١٩٩٩\٢٩٩.
- ٤٢- نصت المادة (٣) من قانون النقابات العمالية الاردني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ على انه ((للعامل حرية الانضمام إلى المنظمة أو الانسحاب منها)) كما نصت المادة ٤/٦٦ من قانون العمل المصري على انه ((على المحكمة أن تقضي بإعادة العامل المفصول إلى عمله إذا كان فصله بسبب نشاطه النقابي)) كما حدد المشرع العمالي اللبناني في المادة ٥٠ فقرة د لحالة من حالات الفصل التعسفي وهي ((الصرف بسبب الاضراب)) كما نصت المادة ٣٩ من قانون العمل الفلسطيني على انه ((لا يمكن اعتبار الحالات التالية بوجه الخصوص من الأسباب الحقيقية التي تبرر إنهاء العمل من قبل صاحب العمل :-
- ٤٣- الانخراط النقابي أو المشاركة في أنشطة نقابية خارج أوقات العمل، أو أثناء العمل إذا كان ذلك بموافقة صاحب العمل.
- ٤٤- إقدام العامل على طلب ممارسة نيابة تمثيلية عن العمال، أو كونه يمارس هذه النيابة حالياً أو مارسها في الماضي.

- ٤٥- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢٠٨.
- ٤٦- نصت الفقرة الخامسة من المادة ٣٦ من قانون العمل العراقي على حالة انفساخ العقد في حالة ((اذا اصيب العامل بعجز اقعده عن العمل وبلغت نسبته ٧٥ % فاكثرت من العجز الكلي، بموجب شهادة طبية رسمية))، هذا ويرى جانب من الفقه الى انه يكفي لقيام العجز الجزئي او النسبي لانفساخ العقد، اذا كان هذا العجز الجزئي يحول دون قيام العامل بالعمل المتفق عليه، وان كان باستطاعة العامل ان يقوم بعمل اخر.... د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، المصدر السابق، ص ٣٢٣.
- ٤٧- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢١٥.
- ٤٨- قضت محكمة العمل في بيروت بقرارها المؤرخ في ١٩٦٨/٦/٢ ما نصه ((ويكون المدعى عليه على الرغم من حقه المشروع في نقل المدعي من فرع الى اخر، استعمل هذا الحق بأسلوب وفي ظروف جعلته مسؤولاً عن التسبب بفسخ العقد، وحيث ان عمل المدعى عليه الذي تجاوز مصلحته البحث الى الحاق الضرر المادي والمعنوي بالمدعي المستخدم يشكل بالنتيجة صرفاً تعسفياً غير مباشر للمدعي)) منقول عن د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢٠٨.
- ٤٩- وعلى ذلك نصت المادة ١/٦٩٦ من القانون المدني الاردني ((يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته وبمعاملته الجائرة إلى أن يكون العامل في الظاهر الذي أنهى العقد)). كما نصت المادة ٢٧ من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ((لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل أو توجيه إشعار إليه لإنهاء خدمته وذلك بالنسبة للعامل المكلف بخدمة العلم أو الخدمة الاحتياطية في أثناء قيامه بتلك الخدمة)).
- ٥٠- المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر، والمسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ٢٢٩.
- ٥١- جاء هذا المبدأ في المادة ١/ ١٥٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١/ ١٤٨ من القانون المدني المصري والمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي.
- ٥٢- للاستزادة والاستغراق في هذا الموضوع راجع :- به مو برويز خان الدولي، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩.
- ٥٣- لاحظ :- المادة ٩١٨ من القانون المدني العراقي، والمادة ٦٩٥ من القانون المدني المصري، والمادة ٨٢٩ من القانون المدني الاردني.
- ٥٤- به مو برويز خان الدولي، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٠٨ - ١١٠.
- ٥٥- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢٢٤
- ٥٦- الطعن رقم ٨٩٦٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٢/١٠/١٩٩٥، المصدر منتدى العلوم القانونية والاسلامية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط الاتي :-
- ٥٧- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ١١٩.
- ٥٨- موقع الموسوعة السودانية للسوابق والاحكام القضائية على شبكة المعلومات الدولية، <http://sjsudan.org>
- ٥٩- به مو برويز، المصدر السابق، ص ٢٢٤.
- ٦٠- د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٥١.
- ٦١- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية ٢، بغداد، ١٩٨٠.
- ٦٢- نصت المادة ٢٥ من قانون العمل الاردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ على انه ((اذا تبين للمحكمة المختصة في دعوى اقامها العامل خلال ستين يوماً من تاريخ فصله ان الفصل كان تعسفياً ومخالفاً لاحكام هذا القانون جاز لها اصدار امر الى صاحب العمل بإعادة العامل الى عمله الاصيلي او.....))، كما نصت المادة ٧٣-٤ فقرة ٢ من قانون العمل الجزائري ذي الرقم ١١/٩٠ المعدلة بالمادة ٩ من قانون رقم ٢١/٩٦ على أنه: ((وإذا حدث تسريح العامل خرقاً لأحكام المادة ٧٣ أعلاه يعتبر تعسفياً، تفصل المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً، إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بالامتيازات المكتسبة او.....)) كما نصت المادة (١٠٦) من قانون العمل العماني، على الجزاء المترتب على الإنهاء أو الفصل التعسفي أو المخالف للقانون، وذلك بنصها على أنه ((... وإذا تبين للمحكمة أن فصل العامل من عمله أو إنهاء خدمته كان تعسفياً أو مخالفاً للقانون، فإنه يجوز لها الحكم إما بإعادة العامل إلى عمله، أو بإلزام صاحب العمل بأن يدفع له تعويضاً عادلاً، وذلك بالإضافة إلى :-
- ٦٣- مكافأة نهاية الخدمة المستحقة قانوناً وجميع المزايا الأخرى التي يقرها القانون أو عقد العمل أيهما أكبر.
- ٦٤ - الأجر الأساسي مع العلاوات الأخرى - إن وجدت - عن مدة الإخطار التي ينص عليها القانون أو عقد العمل أيهما أكبر...))..وجاءت بذات المعنى المادة ٧٨ من نظام العمل والعمال السعودي والمادة ٤١ من مدونة الشغل المغربية.

- ٦٥- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ١٣٧.
- ٦٦- د. محمد علي عبده، المصدر السابق، ص ٢١٤.
- ٦٧- به مو برويز، المصدر السابق، ص ٢٢٦.
- ٦٨- الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، القانون المدني، الجزء الثاني، الاحكام الالتزام، جامعة بغداد، ص ١٧.
- ٦٩- دروس في احكام الالتزام، د. ناصر بن زيد بن ناصر بن داود، محاضرات متاحة على الموقع الالكتروني لمركز الدراسات القضائية التخصصي، وعلى الرابط الاتي :- <http://www.coiss.com?id>
- ٧٠- شروط التنفيذ العيني، محاضرات باللغة العربية متاحة على موقع الجامعة الألمانية في القاهرة، وعلى الرابط الاتي :- <http://www.GermanUniversityOfCairo.com>
- ٧١- نصت الفقرة ١ المادة ٩١٧ من القانون المدني العراقي على انه ((١- اذا لم تحدد مدة العقد لا بالاتفاق ولا بنوع العمل جاز لكل من المتعاقدين ان يضع نهاية لعلاقته مع المتعاقد الاخر بانذار تبين مدته القوانين الخاصة او الاتفاق او العراف))، كما نصت المادة الفقرة ١ من المادة ٩١٨ من ذات القانون على انه ((١- اذا كان العقد لمدة غير محددة وانها احد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الانذار او قبل انقضاء هذا الميعاد لزم هان يعوض المتعاقد الاخر عن مدة هذا الميعاد او عن المدة الباقية منه.....))، فلما كان الانذار شرطاً اساسياً لانهاء عقد العمل، ولما كان القانون المشار اليه قد اقر التعويض عن عدم مراعاة مواعيد الانذار المذكور، فمن باب اولي ان يكون التعويض عن انتهاء العقد دون توجيه الانذار اصلاً.
- ٧٢- سيد محمود رمضان، ص ٤٢٨.
- ٧٣- قرار تعقيبي مدني لمحكمة التعقيب التونسية بتاريخ ١٩٧٤/٧/١٨ ن م ت ١٩٧٤، ج ٣، ص ٧٥). منقول عن :- المنجي طرشونة، أستاذ التعليم العالي، الطرد لأسباب شخصية في القانون وفي فقه القضاء، بحث متاح على الموقع الالكتروني لمننديات الهلال، <http://droit.montadahlilal.com/donate.forum>
- ٧٤ - الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ١٨.
- ٧٥- على خلاف القواعد العامة الواردة في القانون المدني، تمنح العديد من القوانين العربية السلطة التقديرية للقضاء بين اعادة العامل الى عمله، وبين التعويض النقدي عن واقعة الفسخ، كما هو الحال في الفصل ٦ من النظام النموذجي المغربي المؤرخ في ١٩٤٨/١٠/٢٣، وايضا (المادة ٧٨) من نظام العمل والعمال السعودي والمادة (٢٥) من قانون العمل الأردني رقم (٢١) لسنة ١٩٦٠.
- ٧٦- ومثال ذلك ما ورد في المادة ٧٣-٢/٤ من قانون العمل الجزائري حيث نصت على أنه ((وفي حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضاً مالياً لا يقل عن الأجر الذي يقاضاه العامل عن مدة ٦ أشهر من العمل دون الإخلال بالتعويضات المحتملة)).
- ٧٧- الطعن رقم ٨٩٦٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١٠/١٢، منقول عن موقع منتدى العلوم الاسلامية والقانونية والانسانية على شبكة المعلومات الدولية، المصدر السابق.
- ٧٨- به مو برويز، المصدر السابق، ص ٢٣١.
- ٧٩- د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص ٥٣.
- ٨٠- د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص ٥٥.
- ٨١- لم يتناول قانون العمل العراقي النافذ مسالة تحديد عناصر التعويض، على عكس المادة (٢٥) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ والتي فصلت في تحديد التعويض عن الفصل التعسفي، بأن لا يقل عن أجور ثلاثة اشهر ولا يزيد عن ستة اشهر، وان التعويض يحسب على أساس آخر اجر تقاضاه العامل. كما ان المادة ٣٢ من قانون العمل الأردني نصت على انه ((مع مراعاة أحكام المادة ٢٨ من هذا القانون يحق للعامل الذي يعمل لمدة غير محدودة ولا يخضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي وتنتهي خدمته لأي سبب من الأسباب الحصول على مكافأة نهاية الخدمة بمعدل أجره شهر عن كل سنة من خدمته الفعلية ويعطي عن كسور السنة مكافأة نسبية وتحسب المكافأة على أساس آخر أجر تقاضاه خلال مدة استخدامه أما إذا كان الأجر كله أو بعضه يحسب على أساس العمولة أو القطعة فيعتمد لحساب المكافأة المتوسط الشهري لما تقاضاه العامل فعلاً خلال الإثني عشر شهراً السابقة لانتهاء خدمته وإذا لم تبلغ خدمته هذا الحد فالمتوسط الشهري لمجموع خدمته وتعتبر الفواصل التي تقع بين عمل وآخر ولا تزيد على شهر كأنها مدة متصلة عند حساب المكافأة)). ونصت المادة (١٢٣) من القانون

الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ لدولة الإمارات العربية المتحدة على انه " إذا فصل العامل فصل تعسفياً فللمحكمة المختصة أن تحكم على صاحب العمل بدفع تعويض للعامل، وتقدر المحكمة هذا التعويض بمراعاة نوع العمل ومقدار الضرر الذي لحق بالعامل ومدة خدمته." وفي قانون العمل الموريتاني رقم ٣٣/ ١٩٦٣ تناول موضوع التعويض عن الفصل التعسفي بنص المادة ٢٢١/٢٤ من القانون المذكور " كل فسخ تعسفي لعقد العمل يمكن أن يترتب تعويضاً، ويقوم القضاء المختص بإثبات التعسف وذلك بإجراء تحقيق عن أسباب وظروف فسخ العقد، ويعتبر فصلاً تعسفياً بصفة خاصة، كل فصل يقع دون أسباب قانونية أو بسبب آراء يعتنقها العامل أو بسبب نشاطه النقابي أو انتمائه لنقابة معينة". أما المشرع اللبناني فقد نص في قانون العمل الصادر في ١٩٦٤/٩/٢٣ مع تعديلاته على ألا ينقص التعويض الذي يحكم للعامل عن بدل أجره شهرين وان لا يزيد عن بدل أجره اثني عشر شهراً"

٨٢- نصت المادة (٢٥) من قانون العمل الأردني على انه ((اذا تبين للمحكمة المختصة ان الفصل كان تعسفياً..... اوان يدفع له تعويضاً بالإضافة الى المكافأة وبدل الاشعار.....)) وكما هو الحال نفسه في نص المادة (٣٣) من مدونة الشغل المغربية والتي قضت بمنح العامل بقية الأجر عن المدة المتراوحة ما بين تاريخ إنهاء العقد و الأجل المحدد له، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف كل عامل على حدة و إمكانية حصوله على عمل جديد و الأجره التي يتقاضاها من هذا العمل، والحال نفسه في قانون العمل اللبناني لسنة ١٩٤٦ النافذ في الفقرة (أ) من المادة الخمسون والتي نصت على انه ((في حالة اساءة صاحب العمل لحقه في فسخ العقد، يقدر تعويض العامل على اساس نوع عمله وسنه ومدة خدمته ووضع العائلي والصحي ومقدار الضرر ومدى الاساءة في استعمال الحق على ان لا ينقص التعويض عن بدل اجرة شهرين وان لا يزيد عن بدل اجرة اثني عشر شهراً))، وايضا المادة (١٢٣) من القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ لدولة الإمارات العربية المتحدة السالفة الذكر.

٨٣- (الطعن رقم ٧٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١/٦/١٩٧٤ س ٢٥، قرار منشور على منتدى نادي قضاة مصر Judges Club Forum وعلى الرابط الاتي : <http://egyptjudgeclub.org/forum/index.php>

٨٤- د. سيد محمود رمضان، المصدر السابق، ص ٤٣٩.

٨٥- الطعن رقم ٠٣٣٣ لسنة ٣١ مكتب فني، ١٦ صفحة رقم ٥٦٤، بتاريخ ١٢-٠٥-١٩٦٥، قرار منشور على منتدى نادي

قضاة مصر Judges Club Forum، <http://egyptjudgeclub.org/forum/index.php>

٨٦- به مو برويز، المصدر السابق، ص ٢٣٤.

٨٧- (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٥/١/١٩٨١ س ٣٢ ص ٢٩٣) قرار منشور على منتدى نادي قضاة مصر

Judges Club Forum وعلى الرابط الاتي : <http://egyptjudgeclub.org/forum/index.php>

٨٨- تقادم الدعاوى الناشئة عن علاقات العمل، مقال منشور على موقع المكتب العربي للمحاماة والاستشارات القانونية،

المستشار اشرف سعيد فرحات، على شبكة الانترنت :- arls02006@hotmail.com

٨٩- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٦/٦، منشور على منتدى قضاة مصر، الرابط السابق الذكر.

المصادر

اولا :- الكتب والمؤلفات

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير، القانون المدني، الجزء الثاني، الأحكام الالتزام، جامعة بغداد.
- ٣- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح قانون العمل المصري الجديد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٤- د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، الطبعة الأولى - الإصدار الثالث، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية.
- ٥- د. محمد علي عبده، قانون العمل اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٧.
- ٦- القاضي شهاب احمد ياسين والمحامي خليل إبراهيم المشاهدي، قضاء العمل، وفق المبادئ القضائية المقررة من محكمة التمييز الاتحادية، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠١١.

- ٧- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، طبعة جديدة، بغداد، ٢٠١١، مكتبة السنهوري ومكتبة داليا.
- ٨- المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية ١٩٧٩.
- ٩- به مو برويز خان ألدوي، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- ١٠- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية ٢، بغداد، ١٩٨٠.
- ١١- الآراء الفقهية والمبادئ القانونية والأحكام القضائية، المدونة العمالية المصرية. الطبعة الثانية ١٩٥٩ - الجزء الأول - الكتاب الثالث.

ثانياً :- البحوث المنشورة

- ١- المحامي إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء، العراق، ط ١، ١٩٨٤.
- ٢- الفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، دراسة مقارنة، المحامية المتدربة نور فرحات نعيم غيث، بحث متاح على شبكة المعلومات الدولية وعلى الموقع الأتي :-
- ٣- الحالات التي يجوز فيها لرب العمل فسخ العقد دون إخطار او تعويض، منتديات ستوب، الرابط :- <http://www.stoob@yahoo.com>
- ٤- دروس في أحكام الالتزام، د. ناصر بن زيد بن ناصر بن داود، محاضرات متاحة على الموقع الإلكتروني لمركز الدراسات القضائية التخصصي، وعلى الرابط الاتي :- <http://www.coiss.com?id>
- ٥- شروط التنفيذ العيني، محاضرات باللغة العربية متاحة على موقع الجامعة الألمانية في القاهرة، وعلى الرابط الأتي :- <http://www.GermanUniversityOfCairo.com>
- ٦- المنجي طرشونة، الطرد لأسباب شخصية في القانون وفي فقه القضاء، بحث متاح على الموقع الإلكتروني لمنتديات الهلال، <http://droit.montadahlilal.com/donate.forum>
- ٧- تقادم الدعاوى الناشئة عن علاقات العمل، مقال منشور على موقع المكتب العربي للمحاماة والاستشارات القانونية، المستشار اشرف سعيد فرحات، arlso2006@hotmail.com

ثالثاً :- القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٢- القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤.
- ٣- القانون المدني المصري.
- ٤- القانون المدني الأردني. رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- ٥- قانون العمل العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٧.
- ٦- قانون العمل اللبناني الصادر بتاريخ ١٩٤٦/٩/٢٣.
- ٧- قانون العمل الصادر في ١٩٦٤/٩/٢٣.
- ٨- قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.
- ٩- قانون العمل الموريتاني رقم ٣٣/ ١٩٦٣.
- ١٠- قانون النقابات العمالية الأردني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦.
- ١١- النظام النموذجي المغربي المؤرخ في ١٩٤٨/١٠/٢٣.
- ١٢- نظام العمل والعمال السعودي.
- ١٣- قانون العمل الجزائري.

١٤ - القانون الاتحادي للعمل رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ لدولة الإمارات العربية المتحدة.

رابعاً :- الأحكام القضائية

١ - الموقع الإلكتروني لجمعية الحقوقيين المصريين، المنتدى القانوني، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في القضايا العمالية، الطعن رقم ١١٩٢٩ لسنة ٧٥ ق - جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٧، على الرابط الآتي :-

<http://www.lawege@yahoo.com>

٢ - الموقع الإلكتروني لصحيفة الاتحاد الإماراتية، وعلى الرابط الآتي :- [http://www](http://www.alitehad/emarities@yahoo.com)

[alitehad/emarities@yahoo.com](http://www.alitehad/emarities@yahoo.com)

٣ - الموقع الإلكتروني لصحيفة الوسط البحرينية - وعلى الرابط الآتي :- [news \[at\] alwasatnews.com](http://www.news[at]alwasatnews.com)

[http // -](http://www)

٤ - موقع الموسوعة السودانية للسوابق والأحكام القضائية على شبكة المعلومات الدولية :-

<http://sjsudan.org/details.php?id>

٥ - منتدى نادي قضاة مصر Judges Club Forum وعلى الرابط الآتي :

<http://egyptjudgeclub.org/forum/index.php>

٦ - منتدى العلوم الإسلامية والقانونية والإنسانية على شبكة المعلومات الدولية وعلى الرابط الآتي :-

<http://egyptclub.org>

٧ - مجلة نقابة المحامين الأردنيين (قرارات محكمة التمييز).

٨ - الموقع الإلكتروني لجمعية الحقوقيين المصريين، المنتدى القانوني،

<http://lawyers.org/details.php?id>

خامساً :- المصادر الفرنسية

no 197 p. 351 .cit.comerlynck – op.H.G

حماية المتعاقد الضعيف في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني

م.م. مهدي نعيم حسن الحلفي

الجامعة المستنصرية - كلية الإدارة والاقتصاد

Abstract

Dependence on electronic life has nowadays been made as a realistic necessarily due to its involvement in fields such as materialistic and practical. Electronic life has helped in achieving crucial earning which make human development a noticeable fact let alone the economical ,cultural, medical and social services presented be the internet which have been recently increased.

Getting the needs via internet has become a normal thing since the technological development has made this easier than before.

The present research lies in tow chapters. The first one is entitled “the civil protection of the weak contractor during assigning the electronic contract. Here two essential requirements have been identified :the weak contractor’s rights during assigning the electronic contract and the weak contractor’s protection in standing against arbitrary conditions.

The second chapter is entitled the requital protection of the weak contractor when assigning the electronic contract “an introduction and division “. This also lies in two parts the first one is entitled the Electronic crime components and the second is the requital- protection forms.

A number of results have been reached such as the contractor’s privilege in seeing and being acquainted with the goods and services through computer to know their essential characteristics. Also most legislations have given the judge the authority to modify the contract if it contains harmful conditions that may harm the weak contractor.

المقدمة

أصبح التعويل على الحياة الالكترونية في عصرنا الحالي ضرورة واقعية لدخولها في أكثر المجالات المادية والعملية المتداولة بصورة يومية. فضلا عن تطور مستوى استعمالها والحاجة المتنامية لخدماتها، ابتداء من الدول والشركات الى الافراد والذي حول محدودية استخدامها وقلة انتشارها الى تمدد واسع النطاق ومنتزاد بشكل قياسي وسريع.

لقد أسهمت في تحقيق مكاسب حيوية جعلت من تطور الانسان وتقدمه حقيقة واضحة لاسيما أن التعويل على ما يقدمه الانترنت من خدمات اقتصادية وثقافية وطبية واجتماعية تزايد في الآونة الأخيرة وبشكل غير مسبوق حتى تحول الانترنت في بعض بلدان الدول والمجتمعات الى أداة لا يمكن الاستغناء عنها في حياتهم اليومية لقد اصبح اقتناء الحاجات اليومية عبر شبكة الانترنت امراً عادياً حيث اتاح التطور التكنولوجي امكانية تحقق التواصل الانساني وانجاز المعاملات بسهولة ويسر تامين وهي بذلك تختلف عن الوسائل التقليدية المتبعة في ابرام العقود وهذا الاختلاف يدعو الى وضع تنظيم قانوني من خلاله يتم ايجاد الاطار المتكامل الذي يمكن هذه العقود والتي تعد عقود غير تقليدية قد يساء استعمالها من خلال أستغلال بعض المنتجين بوصفهم مهنيين وفي مركز قوة مقابل قلة الخبرة التي يتمتع بها أكثر المستهلكين والذين يمثلون الطرف الضعيف في عملية التعاقد الالكتروني التي تتم عن بعد بحيث لا تكون السلعة أو الخدمة بين يدي المستهلك ليتفحصها كما في العقود التقليدية , ان المخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها التجارة الالكترونية دعت المشرع لوضع النصوص القانونية التي توافر الحماية اللازمة للمتعاقد الضعيف عند اقدمه على اقتناء سلعة أو خدمة معينة لوقايته من المخاطر التي قد يتعرض لها وتلحق به ضرر مما يؤدي الى فقدانه الثقة التي تعد من السمات التي يجب ان يتصف بها العمل التجاري , الا ان هذه النصوص التشريعية تحتاج الى التنسيق العالمي كون التعاقد الالكتروني يتم عن طريق شبكة الانترنت التي لا تعرف حدود فهي تمتد لتشمل كافة ارجاء المعمورة فضلاً عن ظهور تكتلات اقتصادية كبيرة في نطاق التجارة الالكترونية أدى الى تنبه العديد

من الدول من اجل الاسراع في وضع تشريعات تقوم على توفير الضمانات الكافية لحماية المتعاقد الضعيف في التعاقد الالكتروني ,

أشكالية البحث : تكمن اشكالية البحث في بيان المشكلات التي تواجه المتعاقد الضعيف في التعاقد الالكتروني في مرحلة ابرام العقد , والدراسة المقدمة سوف تجيب على التساؤلات التالية.

* ماهي المبررات لحماية المتعاقد الضعيف سواء كان ذلك في المنظور التقليدي او الالكتروني.

* هل يعد العقد الالكتروني من عقود الاذعان.

* ماهي أهم حقوق المستهلك في مرحلة أبرام العقد الالكتروني.

أهداف البحث : يهدف البحث الى بيان حاجة المتعاقد الضعيف للحماية سواء كان ذلك في المنظور التقليدي او التقني والتعرف على حقوقه في مرحلة ابرام العقد الالكتروني من حيث مدى حاجة المتعاقد للأعلام عن السلع المتعاقد عليها في العقد الالكتروني.

أهمية البحث :

* رغم التطور العلمي والتقني الا ان المتعاقد في العقد الالكتروني لايزال يعاني من الغش والتحايل وهذا مادفعني الى البحث ومحاولة الوصول الى حلول وطرق قانونية سواء كانت حماية مدنية او جزائية تساعد المتعاقد وتحميه وتوفر له الثقة والامان.

* نظرا للتطور الحاصل في مجال التعاقد الالكتروني الذي يشكل المتعاقد احد اطرافه والذي اصبح رهينة شروط الشركات المزودة عن تعاقدته الكترونيا من اجل شراء سلعة معينة.

* ان حاجة المتعاقد الضعيف الى الحماية ينبع من كونه الطرف الاقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية الالكترونية.

منهجية البحث :-

* تم الاعتماد في اعداد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي.

* الاعتماد في البحث كذلك على المنهج المقارن.

وعلى وفق ماتقدم فخطه البحث في موضوع ((حماية المتعاقد الضعيف في مرحلة ابرام العقد

الالكتروني)) ستكون على الشكل الاتي:

المبحث الأول

الحماية المدنية للمتعاقد الضعيف عند ابرام العقد الالكتروني

تمهيد وتقسيم : الصفة السائدة في العقود الالكترونية هي ان الطرف الضعيف فيها هو (المستهلك) لذا من العدالة توفير الضمانة القانونية الكافية له والتي اضافتها معظم التشريعات الحديثة حيث ان هناك مجموعة من الحقوق تحتاج الى الحماية مثل حقه في التعرف على الصفات الجوهرية للمبيع وحماية رضاه فضلاً عن حمايته عند الدفع الالكتروني واخيرا فان هذا المتعاقد يحتاج الى ان يحظى توقيعه الالكتروني بالحماية اللازمة حتى لا يتم تزويره , كما ان العقد الالكتروني اذا تم فيه التفاوض بين اطرافه وامكن للطرف الضعيف فيه مراجعة بنود العقد وتعديله في بعض الاحيان فانه لا يعد من عقود الاذعان وبعبكسه اذا انتقت حالة التفاوض بين الاطراف وجاءت بنود العقد بطريقه ثابتة غير قابلة للمراجعة او التعديل عندها نكون أمام عقد اذعان تنتفي أو تقيد فيه ارادة الطرف الضعيف. لذا يكون تقسيم المبحث الاول مطلبين :

المطلب الأول : حقوق المتعاقد الضعيف في العقد الالكتروني.

يتمتع المتعاقد بمجموعة من الحقوق يتقدمها حقه في الاعلام الكافي عن المبيع وتوفير الحماية اللازمة لرضاه وحقه في الحصول على الضمانات الكافية له عند الدفع الالكتروني واخيرا حماية توقيعها الالكتروني , وهذا ماسوف نبحثه في الفروع الأربعة اللاتية :

الفرع الأول : اعلام المتعاقد بالصفات الجوهرية للبيع.

يجب أن تكون للمتعاقد دراية وعلم كافيين بالعناصر الاساسية للسلعة أو الخدمة محل العقد وتبعاً للقواعد العامة فان محل العقد الالكتروني يجب ان يكون معيناً وقابلًا للتعيين عن طريق وصف السلعة, الا ان وصف السلعة في العقد الالكتروني يكون عن طريق شاشة الحاسوب عبر شبكة الانترنت سواء أكان ذلك بواسطة الكاتولوج الالكتروني أو من خلال صفحات الانترنت^١ , ان حق المتعاقد بالاعلام يتضمن خصائص وصفات السلعة أو الخدمة المقدمة من المنتج وهو من الالتزامات المفروضة عليه وهذا مانصت عليه معظم التشريعات^٢ , ان معاينة السلعة أو الخدمة محل التعاقد الالكتروني يتم كما اسلفنا عن طريق الكاتولوج الالكتروني الموجود على موقع الانترنت والتي يستطيع من خلالها المتعاقد مشاهدة السلعة أو الخدمة بواسطة مجموعة من المعلومات والبيانات اللازمه لعملية التعاقد كاسم الشركه ومقرها الرئيس وعنوان بريدها الالكتروني والسلع المنتجة وأسعارها ومصارييف الشحن والضرائب وموعد التسليم ونسبة الخصم ان وجدت^٣.

إن الواقع العملي يشير إلى وجود مشكلة في معاينة المبيع سواء أكان سلعة او خدمه في حالة التعاقد الالكتروني وهي ان المستهلك لايمكن من معاينة البيع بصورة حقيقية كما في حالة التعاقد الاعتيادي حيث تتم المعاينه عن طريق شاشة الحاسوب لذلك يرى البعض^٤ أنه في حالة قيام البائع بخداع المشتري من خلال استعمال الخدع التكنولوجية في عرض السلعه او الخدمة يجب ابطال العقد بسبب وجود حالة الغش.

الفرع الثاني : حماية رضا المتعاقد.

يعدّ الرضا من أركان العقد ولكي نكون أمام عقد صحيح ومنتهج لاثاره يجب أن يكون الرضا صادرا من شخص يتمتع بالأهلية القانونية وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا التي حددها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وهي ((الاكراه , الغلط , الغبن مع التغيرير , الاستغلال)) فقد عرّفت الفقرة (١) من الماده (١١٢) منه الاكراه بقولها ((هو عبارة عن اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه)) اما العيب الثاني فهو الغلط الذي عرفه القانون بانه ((وهو يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع)).

^١ - د. خالد ممدوح ابراهيم (حماية المستهلك في المعاملات الكترونية / دراسة مقارنة) , الطبعة الاولى, الدار الجامعية, مصر , طبعة سنة ٢٠٠٧ , ص ١٨٠.

^٢ - انظر نص الماده (١١١) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٩٤٩) ل ١٩٩٣ والمادة (٥) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) ل ٢٠٠٦.

^٣ - د.اسامه احمد بدر (حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني) , الطبعة الاولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٥ , ص ٢١.

^٤ - د. ممدوح محمد خيرى هاشم (مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ , ص ١٣٤.

^٥ - د. عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير (الوجيز في نظريه الالتزام /مصادر الالتزام -الجزء الاول) , الطبعة الاولى , مطبعة جامعة بغداد , بغداد , طبعة سنة ١٩٨٦ ص ٧٥.

فقد يكون الغلط في جنس الشيء كأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذي اعتقده المتعاقد الاخر كمن يبرم عقدا لشراء (ماسا) فاذا هو زجاج , لذا نجد ان المشرع أجاز للشخص الذي وقع في الغلط ان يطلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى خاصه اذا كان الغلط صادرا من التاجر مقدم السلعة أو الخدمة^١ وبالنظر لطبيعة قيام التعاقد الالكتروني بشأن تقديم خدمة أو بيع سلعة معينة فلا نجد للاكراه أو الاستغلال أثراً على ارادة المتعاقد اما محاولات الاقناع التي يمارسها الباعه فلا يمكن عدها من قبيل الاكراه الذي يمكن ان تسند اليه المحكمة لايقاف العقد أو ابطاله.

الفرع الثالث : حماية المتعاقد من الدفع الالكتروني.

عملية التسوق الالكتروني ترتبط بعملية الدفع الالكتروني , فمن خلال الأجهزة الالكترونية يمكن تحويل المبالغ لحسابات أخرى بواسطة بطاقة الائتمان التي تصدر عن البنك وهي عبارة عن بطاقة السحب (Debit card) والتي تخول صاحبها تحويل قيمه مالية معينه من حسابه الى حساب البائع بعد تقديم دليل واثبات الهوية^٢.

ان استعمال بطاقات السحب (الائتمان) هي أكثر صعوبة في التعامل من استعمال العملة الورقية فعند قيام المشتري (صاحب البطاقة) بتقديم بطاقته الى البائع لاتمام عملية الدفع فان مسجل النقد الالكتروني التابع للبائع يقوم بارسال رسالة طلب التحويل الى بنك المستهلك ومن ثم يقوم الأخير بالكشف عن حساب المستهلك والتأكد من وجود ايداع مصرفي كاف لاتمام عملية الدفع من عدمه وبالتالي يتوافر الأمان والثقة المطلوبة في العمل التجاري وتنتفي حالة النصب والاحتيال من أي طرف في عملية التعاقد الالكتروني^٣.

الفرع الرابع : حماية التوقيع الالكتروني للمتعقد.

عُرِف مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري لعام ٢٠٠٣ التوقيع الالكتروني بأنه ((حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره)) , فالتوقيع الالكتروني من التطبيقات التي ظهرت وتوسع استخدامها توازياً مع التوسع في استخدام الحاسوب لذا نجد ان الشركات بدأت تستخدمه بديلاً عن التوقيع اليدوي مما دفع كثيراً من التشريعات لصياغة نصوص قانونية مناسبة تضيي الحماية القانونية اللازمة للمتعقد في مجال المعاملات الالكترونية لذا يتم اللجوء الى الوسائل التكنولوجية الحديثة في التوقيع لرفع مستوى الامن والخصوصية بالنسبة للمتعاملين على شبكه الانترنت والتي من خلالها يمكن الحفاظ على سريه المعلومات وسريه التوقيع وتحديد هوية المرسل والمستقبل والتثبت من مصداقية الاشخاص^٤ , ويلحظ ان التوقيع الالكتروني يتمتع بدرجة من الامان والثقة اكبر من التوقيع اليدوي فالاول يعتمد على الخواص الذاتية مثل بصمة العين أو بصمة الصوت والتي لايمكن تقليدها بعكس التوقيع اليدوي الذي يمكن تقليده^٥.

١ - د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د.محمد طه البشير (الوجيز في نظريه الالتزام /مصادر الالتزام /) , المرجع السابق , ص ٧٧.

٢ - د. عبد الفتاح بيومي حجازي (التجارة الالكترونية وحمايتها القانونيه) , الطبعة الاولى , دار الفكر الجامعي , مصر , طبعة سنه ٢٠٠٤ ص ١٠٦.

٣ - د. عبد الفتاح بيومي الحجازي (التجارة الالكترونيه وحمايتها القانونية) , المرجع السابق , ص ٢٠٢.

٤ - د. سامح عبد الواحد التهامي (التعاقد عبر الانترنت / دراسة مقارنة) , الطبعة الاولى , دار الكتب القانونية , مصر , طبعة سنه ٢٠٠٨ ص ١٨٤.

٥ - د. بشار طلال مومني (مشكلات التعاقد عبر الانترنت) , الطبعة الاولى , عالم الكتب الحديث , الأردن , طبعة سنه ٢٠٠٤ ص ١٣٣.

ان التشريعات الحديثة تضيف الحماية الجزائية للتوقيع الالكتروني من خلال النص على تجريم بعض الأفعال مثل جريمة اصدار شهادة الكترونية لشخص لم يوقعها أو جريمة نشر شهادة توقيع الكتروني تحتوي على بيانات غير صحيحة بقصد الاحتيال على المتعاقد الاخر مما يقع على صاحب التوقيع غير الصحيح بتعويض الغير عن الاضرار التي تصيبه من عدم مراعاة الاحتياطات اللازمة عند القيام بالتوقيع الالكتروني^١.

المطلب الثاني : حماية المتعاقد الضعيف في مواجهه الشروط التعسفية.

التراضي هو المبدأ العام في العلاقات التعاقدية الا ان تطور العلاقات التجارية والتفاوت في المراكز القانونية بين أطراف العقد دفع احدهم لوضع الشروط التي تحقق له المصلحة تجاه الطرف الاخر من دون مناقشة او الدخول في مرحلة التفاوض حول تلك الشروط وهذا النوع من العقود يسمى (عقود الاذعان) والتي تم تناولها ضمن المبادئ القانونية للعقود كما ان المبادئ القانونية الحديثة اضافت اليها الشروط التعسفية والعقود النموذجية وكذلك الشروط النموذجية , وهذا ماسوف نبحثه في الفروع الاتية:

الفرع الأول : عقود الاذعان.

عقد الاذعان وفقاً للمبادئ القانونية يتكون من ايجاب وقبول الا ان القبول يتميز بأنه مجرد اذعان لما يميله عليه الموجب , وعقد الاذعان يسمى في اللغة الفرنسية (بعقد الانضمام) حيث ان من يقبل العقد انما ينضم اليه من دون مناقشة الا ان الأستاذ المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري أثر تسميته في اللغة العربية (بعقد الاذعان) للدلالة على ان هذا التعبير فيه معنى الاضرار , في القبول وقد شاعت هذه التسمية في اللغة القانونية فقها وقضاء^٢, لم تعد عقود الاذعان محصورة ضمن الصورة التقليدية التي يكون فيها أحد الطرفين محتكراً لسلعة أو خدمة ضرورية بل اخذ بالاتساع ليشمل كل حالة يتم فيها اعداد شروط العقد من قبل احد الاطراف بشكل مسبق , فضلاً عن ذلك فان المبادئ القانونية الحديثة قد وسعت من العقود التي تدخل ضمن طائفة عقود الاذعان مثل الشك في أمر العقد يفسر لمصلحة المتعاقد الضعيف وان الطرف القوي في العقد يتحمل مسؤولية غموض اي من نصوص العقد , ويرى بعض ان العقد الالكتروني لا يصنف ضمن عقود الاذعان كون المتعاقدين يمران بمرحلة تفاوض من خلال البريد الالكتروني^٣.

الفرع الثاني : الشرط التعسفي.

الشرط التعسفي يثقل التزام المتعاقد الضعيف في مجال التجارة الالكترونية كونه يفرض عليه من قبل المنتج نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزه مجحفة كونه (الشرط التعسفي) ينتج علاقة غير متكافئة بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن تلك الاطراف لأنه شرط لا يخضع للتفاوض بين اطرافه فهو مكتوب مسبقاً وبالتالي لا يستطيع الطرف الضعيف التأثير في مضمون الشرط التعسفي في العقد الالكتروني^٤, ويجب القول بأن الشرط التعسفي يرد في العقد بحيث يغطي جميع المسائل المتعلقة به او بعضها أي انه لا يعد عقداً حقيقياً قائماً بذاته وهذا ما يميزه عن عقود الاذعان التي تعد عقوداً حقيقية قائمة بذاتها أي تتعلق بتوافق اراديتين مع وجود ارادة مهيمنة هي ارادة الطرف الاقوى اقتصادياً

١ - د. عبد الفتاح بيومي حجازي (التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية) , مرجع سابق , ص ١٤٩ .

٢ - د. حسام الدين كامل الاهواني (النظرية العامة للالتزامات - الجزء الاول -) , الطبعة الثانية , بدون ناشر , مصر , طبعه سنة ١٩٩٥ , ص ١٢٤ .

٣ - د. صالح المنزلاوي (القانون الواجب التطبيق في عقود التجاره الالكترونيه) , الطبعة الاولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , مصر , طبعه سنة ٢٠٠٦ , ص ٢٥ .

٤ - د. صالح المنزلاوي (القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية) , المرجع السابق , ص ٣٩ .

على شروط العقد دون ان تتاح فرصة للطرف الضعيف ان يعدل شرطا من شروطه^١ حيث نجد ان اغلب التشريعات الوطنية وضعت قواعد لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية من خلال منح القاضي سلطة تعديل العقد باتاحة امكانية التدخل المباشر من قبل القضاء بهدف حظر الشروط التي تبدو تعسفية في حق المتعاقد , فقد وضع المشرع الفرنسي وسائل لمقاومة الشروط التعسفية ومنها تحديد هذه الشروط لكي يكون للقاضي سلطة تقديرية تجاهها وبالتالي استبعادها عن طريق اللوائح والقضاء^٢.

الفرع الثالث : العقد النموذجي.

يعرف العقد النموذجي بأنه (عقد ينطوي على حقيقة التعاقد ويحيل الاطراف فيها الى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة أو هيئات نظامية مثل التجمعات المزودة والوطنية) , فهو الوسيلة الغالبة لابرام عقود الاذعان كون الايجاب يكون بصورة مكتوبة وموجهة للعمامة لابرام العقود وبذلك تغيب ارادة الطرف المذعن لعدم قدرته على التفاوض حيث ان هذه العقود لاتوزع على الطرف المطلوب منه الانضمام اليها بل يتفاجئ بها في اللحظة التي يبرم فيها العقد, عليه فهو لا يستطيع التعرف عليها بشكل مفصل ودقيق^٣.

العقد النموذجي موجه للجمهور أي لأكثر من شخص لذا يكون موضوعاً بأكثر من نموذج ويمكن للشخص ان يختار النموذج الذي يناسبه وبذلك تنتفي صفة الاذعان عنه , اما اذا لم يتمكن الشخص (الطرف المذعن) من التفاوض حول بنود العقد نكون أمام حالة اذعان لانتهاء صفة التفاوض , ويمكن الافادة من القواعد العامة لتفسير العبارات الغامضة التي يمكن ان ترد في العقد النموذجي لمصلحة الطرف المذعن^٤.

الفرع الرابع : الشرط النموذجي.

الشرط النموذجي صيغة تعد مسبقا من قبل طرف له قدرة نافذة على التعاقد وعلى الطرف الآخر ان يقبل بهذا الشرط الذي يعد ايجابا دون مفاوضة أو نقاش فهو شرط اساسي وثابت في العقد الذي لا يمكن تعديله^٥.

يتميز الشرط النموذجي عن عقد الاذعان كونه يعد مسبقاً من قبل المنتج لتتم الافادة منه مستقبلا , أما عقد الاذعان فليس بالضرورة ان يعد مسبقا كما ان الشرط النموذجي لا يعد عقدا حقيقيا قائما بذاته بل هو شرط يرد في العقد المراد ابرامه يغطي جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بأبرام العقد في حين نجد ان عقد الاذعان هو عقد حقيقي يتعلق بتوافق ارادة اطرافه مع هيمنة الطرف القوي اقتصاديا على شروط العقد دون ان تتاح الفرصة للطرف المذعن ان يعدل من شروط لعقد^٦.

ويتفق الشرط النموذجي مع العقد النموذجي كون الاثنين يتم اعداهما بشكل مسبق وبصيغة معينة موجهة الى الجمهور الا ان الاختلاف يكمن في ان العقد النموذجي يتم اعداده من قبل جمعيات تجارية ومنظمات دولية بعكس الشرط النموذجي الذي يتم اعداده من قبل احد طرفي العقد وهو الطرف القوي لذا نجد أن الطابع العام للشرط النموذجي يؤكد اخلاجه بمبدأ الحرية التعاقدية فالاطراف المتعاقدة لاتلجأ الى تطبيق الشروط النموذجية على العقد بل انها تفرض من قبل الطرف الذي يتمتع بمركز اقتصادي اقوى مما يدفع بالطرف

١ - د. احمد الهواري (حماية المتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعه سنة ٢٠٠٠ ص ٤٥.

٢ - د. احمد الهواري (حماية المتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص) , مرجع سابق , ص ٤٧.

٣ - د. عبد الفتاح بيومي حجازي (التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية) , مرجع سابق , ص ١٥٣.

٤ - د. خالد ممدوح ابراهيم (حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية / دراسة المقارنه) , مرجع سابق ص ٢١٣.

٥ - د. سامح عبد الواحد التهامي (التعاقد عبر الانترنت / دراسة مقارنه) , مرجع سابق , ص ١٩٣.

٦ - د. مشاعل عبد العزيز الهاجري (الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية) , الطبعة الاولى , منشأة المعارف , مصر , طبعه سنة ٢٠٠٦ ص ٧٣.

الآخر الى قبول الشروط دون اعتراض كون الخدمة محل المتعاقد ضرورية بينما نجد أن العقود النموذجية تستمد قوتها الملزمة من ارادة أطرافها^١.

المبحث الثاني

الحماية الجزائية للمتعاقد الضعيف عند إبرام العقد الإلكتروني

تحظى الحماية الجزائية في العقد الإلكتروني بأهتمام واسع وكبير من خلال مايفرضه الواقع والمستقبل فلها أهمية كبيرة من الناحيتين النظرية والعملية على حد سواء لذا نجد ان اكثر التشريعات الوطنية تضع نصوص قانونية تضي الحماية للمتعاقد الضعيف سواء أكان ذلك في العقود التقليدية ام في العقود الإلكترونية وهذه النصوص تجرم بعض الافعال التي تشكل اعتداء على الطرف المتعاقد الذي تتولى تلك النصوص توفير الحماية اللازمة له وهذه الافعال التي تشكل جريمة هي أفعال الغش التجاري والصناعي وجريمة الاحتيال , عليه سيكون تقسيم المبحث الثاني على مطلبين.

المطلب الاول : اركان الجريمة الالكترونية.

تعرف الجريمة الالكترونية بأنها ((سلوك غير مشروع مخالف للقانون يرتبط بمعالجة البيانات أو نقلها أو محاولة الوصول غير المشروع لبيانات سرية غير مسموح بالاطلاع عليها ونقلها ونسخها أو حذفها)) . حيث ان الاداة المستعملة في هذا النوع من الجرائم تكون ذات تقنية عالية ترتبط بالحاسب الإلكتروني كما ان مكان الجريمة لايتطلب انتقال الجاني اليه بشكل مادي كون الجريمة تتم باستخدام شبكة الانترنت بين الأطراف المتعاقدة الا ان هناك تشابه بين الجريمة التقليدية والجريمة التي تقع عن طريق التعامل الإلكتروني من خلال تشابه أطرافها حيث يوجد لدينا مجرم لديه دوافع لارتكاب الجريمة وبالمقابل هناك ضحية قد تكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً^٢. لذا سوف نتكلم عن اركان الجريمة الالكترونية في الفروع الآتية.

الفرع الأول - الركن المادي للجريمة الالكترونية.

الركن المادي هو النشاط الايجابي والسلوك المادي المرتبط بالسلوك الاجرامي المتمثل بفعل يحرمه القانون وبالمقارنة بين السلوك الاجرامي والركن المادي للجريمة نتبين لنا اهمية وقيمة السلوك في توفير ماديات الجريمة , كما ان السلوك الاجرامي شرط لازم من أجل ان ينسب لشخص ما اقتراه للجريمة أي لقيام الاسناد المادي لتلك الجريمة والنتيجة المترتبة عليها فيما يثبت توافر العلاقة السببية بينهما وهي التي تشكل عناصر الركن المادي في الجريمة الالكترونية^٣.

السلوك المادي في الجريمة الالكترونية يحتاج الى وجود بيئة اتصال متمثلة بالبطاقة الائتمانية التي من خلالها يستطيع الشخص ان يقوم بعملية الاقتراض والايداع لدى المصارف أو يستعملها من أجل الحصول على السلع والخدمات وأن من يقوم بسرقة رقم البطاقة الائتمانية يحتاج الى تجهيز الحاسوب حتى تتحقق الجريمة فيقوم بتحميل الحاسوب ببرامج اختراق اضافته لذلك فهو يحتاج الى تهيئة صفحات تحمل فايرسوات لسرقة معلومات تلك البطاقة الائتمانية , ومن الملاحظ انه لا يشترط ان تكون هناك اعمال تحضيرية لوقوع

١ - د.خالد عبد الفتاح محمد خليل (حمایه المستهلك في القانون الدولي الخاص) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعه سنة ٢٠٠٢ ص ١٠٤.

٢ - د.محمد حسين منصور (أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك) , الطبعة الأولى , دار الفكر للنشر , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٦ ص ١٥٩.

٣ - د. عامر محمود الكسواني (التجارة عبر الحاسوب) , الطبعة الاولى , الثقافة للنشر والتوزيع , الاردن , طبعه سنة ٢٠٠٨ ص ١٨٥.

هذه الجريمة , اما ما يتعلق بعملية شراء معدات لفك الشفرات وكلمات المرور وكذلك شراء برامج الاختراق فانها تعد جريمة مستقلة وليست اعمالاً تحضيرية^١.

ولا بد من الاشارة الى وجود مشكلات تتعلق بالنتيجة الاجرامية في ذلك النوع من الجرائم فعلى سبيل المثال مكان وزمان تحقق النتيجة الاجرامية , عند قيام أحد المجرمين في ايطاليا باختراق جهاز (خادم) لأحد البنوك في قطر هذا الخادم موجود في اليابان , هنا يصعب علينا معرفة وقت حدوث الجريمة هل هو توقيت بلد المجرم (ايطاليا) او توقيت بلد البنك المسروق (قطر) أو توقيت الجهاز.

الخادم (اليابان) كما يمكن ان تثار اشكاليات القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن حيث ان هناك بعداً دولياً لهذا النوع من الجرائم^٢. ويرى الباحث أن مسألة النتيجة الاجرامية المتحققة للجريمة الالكترونية يمكن الوصول اليها من خلال معرفة وقت الضرر الذي يلحق بالطرف المتعاقد نتيجة وقوع العمل الجرمي عليه واصابة بالضرر.

الفرع الثاني - الركن المعنوي للجريمة الالكترونية.

المقصود بالركن المعنوي هو الحالة الذهنية والفعلية للجاني ويعبر عنها بالحالة النفسية التي تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني , فعندما تتجه ارادة الجاني لارتكاب فعل ضد حق أو مصلحة تحظى بحماية المشرع وهو مدرك بانه يقوم بعمل غير مشروع نكون أمام جريمة الكترونية , لذا نجد ان الاساس الذي يقوم عليه (الركن المعنوي) هو توافر الارادة الأئمة للفاعل المقترنة بالفعل سواء اتخذت صورة القصد الجرمي فتوصف الجريمة بالعمدية ام اتخذت صورة الخطأ غير العمدي عندها تكون الجريمة غير عمدية والقصد الجرمي يتكون من عنصرين هما (العلم والارادة) لذا يجب على الفاعل ان يكون عالماً بأن فعله مخالف للقانون وهي قرينة على علم الفاعل بعدم مشروعية الفعل الصادر عنه^٣.

أما العنصر الثاني المكون للقصد الجرمي فهو الارادة التي يجب ان تكون متجهة لارتكاب الفعل المكون للجريمة وقبول النتيجة المحتملة من ذلك الفعل أي النتيجة الجرمية التي يهدف الحصول عليها أو اية نتيجة جرمية أخرى كحالة انتحال شخصية البائع او المنتج عبر الانترنت اوقيام أحد القرصنة بنسخ برامج كمبيوتر من موقع على شبكة الانترنت أو القيام بفك شفرة الموقع وتخريبه للحصول على برامجياته من أجل الحاق الضرر بالشركة^٤.

الفرع الثالث - المسؤولية الجنائية للجريمة الالكترونية.

المسؤولية الجنائية تتمثل بتعويض المتضرر عما حل به من أضرار مادية أو أدبية بسبب الجريمة الالكترونية التي نجد أنها اكتسبت بعداً جديداً من حيث ادوات تنفيذها باستغلال المجرمين أوجه التقدم العلمي والتكنولوجي في تعزيز أهدافهم غير المشروعة مستغلين درايتهم بهذا النوع من التكنولوجيا , لذا فمن الضروري توفير الحماية للأموال المتداولة في هذا النوع من التجارة لان هذه الاموال يمكن أن تكون محلاً لجرائم السرقة والنصب والاحتيال وخيانة الامانة وكذلك الاتلاف العمدي فالتحويل الالكتروني للاموال يتم

١ - د. خالد عبد الفتاح محمد خليل (حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص) , مرجع سابق. ص ١٠٩ .

٢ - د. واثبة داود السعدي (قانون العقوبات - القسم الخاص) , الطبعة الاولى , مطبعة جامعة بغداد , بغداد , طبعة سنة ١٩٨٨ - ١٩٨٩ , ص ٢١٧ .

٣ - د. محمد حسين منصور (احكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك) , مرجع سابق , ص ١٦١ .

٤ - د. خالد ممدوح ابراهيم (حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية / دراسة مقارنة) , مرجع سابق , ص ٢١٧ .

عن طريق استخدام البطاقات الالكترونية والنقود الرقمية التي قد تتعرض لجرائم الاستخدام غير المشروع لتلك البطاقات المسروقة او المفقودة بواسطة الغير أو السحب ببطاقته^١.

المسؤولية الجنائية في هذا النوع من الجرائم يصعب ضبطها قياسا بمفهوم المسؤولية الجنائية للجريمة التقليدية من خلال صعوبة اقامة الدليل على مرتكبي تلك الجرائم خاصة مع وجود مفاهيم جديدة أبرزها تحديات ما يسمى بالجريمة عابرة الحدود فضلاً عن لوجود الضعف او العجز التشريعي الذي ينظم هذا النوع من المسؤولية , لذا نجد ان البحث في المسؤولية الجنائية لجميع الاشخاص الذين يقدمون على التعاقد عن طريق شبكة الانترنت يؤدي الى مواجهة مستويات مختلفة من المسؤولية الجنائية بالنسبة للمتدخلين الذين تتنوع ادوارهم في نشاط تكون له صفة جنائية وبالمقابل نجد ان العديد من الدول لم تضع نصوصا خاصة بهذا النوع من الجرائم واكتفت بالاعتماد على النصوص التقليدية وهي نصوص قاصرة لا تستطيع الالمام بكل ما يتعلق بهذا النوع من التعاقد نتيجة التطور الحاصل في التجارة الالكترونية وطابعها الذي يخترق الحدود الجغرافية للدول فضلاً عن تأثيرها السلبي والخطير الذي يمتد الى عدد كبير من الدول على اصدار قوانين جديدة تواكب مااستجد في عالم التجارة الالكترونية والعمل على تجريم الافعال المنافية للقانون من خلال توسيع نطاق التجريم في هذا المجال^٢. فنجد ان المشرع الفرنسي في عام ١٩٩٣ أصدر قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم ٩٤٩_ ٩٣ والذي يعد اضافة مهمة للتشريعات المتعلقة بحماية المستهلك من الغش والخداع والذي تمخض عنه نظام قانوني قائم بذاته لا يتردد بعض عن تسميته بالنظرية القانونية لحماية المستهلك , كما اصدر المجلس الاوربي التوجيه رقم ١٣/٩٣ في عام ١٩٩٣ والذي تضمن نصوصا لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه من جانب البائع المحترف كالشرط الذي يعفي من ضمان العيوب المخفية^٣.

وعند الاطلاع على موقف التشريعات العربية المتعلقة بتشريع نصوص توافر الحماية اللازمة للمتعاقدين في التجارة الالكترونية نلاحظ ان اغلب التشريعات لم تأت بنصوص خاصة تجرم الافعال التي تصيب المتعاقدين بالضرر بل استندت الى القواعد التقليدية , الا ان ذلك لايعني خلو هذه التشريعات من قوانين خاصة تجرم مثل هذه الافعال فنلاحظ ان التشريع المصري بدأ بوضع مشروع قانون التجارة الالكترونية والذي تناول فيه تجريم العديد من الافعال منها الدخول بطريق الغش او الاحتيال على نظام معلوماتي يتعلق بالتجارة الالكترونية اذ جاء في المادة (٢٦) منه ((يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن..... كل من دخل بطرق الغش او التدليس على نظام معلومات أو قاعدة بيانات أو قاعدة تتعلق بالتوقيعات الالكترونية))^٤.

كما اصدر المشرع التونسي قانون التجارة الالكترونية في ١٩ اب ٢٠٠٠ والذي يعد من التشريعات العربية المتكاملة في مجال التجارة الالكترونية , فضلاً عن ذلك فقد اصدرت اماره دبي قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ والذي يهدف الى احلال الوسائل التقنية الحديثه في المعاملات التجارية بدلا من الوسائل التقليدية^٥.

١ - د. عامر محمود الكسواني (التجارة عبر الحاسوب) , مرجع سابق ص ١٨٩.

٢ - د. اسامة احمد بدر (حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني) , مرجع سابق , ص ٢٤.

٣ - د. عامر قاسم احمد (الحماية القانونية للمستهلك) , الطبعة الاولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , طبعة سنة ٢٠٠٢ ص ٥١.

٤ - د. حسن عبد الباسط جميعي (حماية المستهلك في مصر بالمقارنة مع اوضاع الحماية في دول السوق الاوربية والشرق الاوسط) , الطبعة الاولى , دار الفكر , مصر , طبعه سنة ١٩٩٦ ص ٨١.

٥ - د. عامر الكسواني (التجارة عبر الحاسوب) , مرجع سابق , ص ٢٧.

المطلب الثاني : صور الحماية الجزائية في العقد الالكتروني.

تتعدد صور الحماية الجزائية للمتعاقد بتعدد الجرائم التي تمس حقوقه وتلحق به الضرر فهناك جرائم تتعلق بالغش التجاري والصناعي وجرائم اخرى تتعلق بسرقة أرقام البطاقة الائتمانية الخاصة به وجرائم التدليس والخداع التي تتم عن طريق هذا النوع من التعاقد , لذا سوف نبحث كل هذه الصور في الفروع الآتية.

الفرع الاول – الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصناعي.

من صور الحماية الجنائية للمتعاقد في مجال التجارة الالكترونية حمايته من الغش التجاري والصناعي , والذي يمكن تعريفه بأنه ((كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة المواد او فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل بغض النظر عن الوسيلة التي يسعى اليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته , فقد يتم الغش بأحلال مواد أقل قيمة مكان اخرى أعلى منها فيما يراد ادخال الغش عليه او انقاص بعض المواد او اضافة مواد اخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله وغير ذلك من الصور التي لا تدخل تحت حصر))^١.

فقد يقع الغش بفعل انسان مثلما نرى في حالة الخلط أو الاضافة وقد يكون الغش ناتجا عن اسباب خارجه عن ارادة الانسان مثلما هو موجود في حالة فساد السلعة محل التعاقد نتيجة طبيعتها وجعلها غير صالحه للاستخدام مثل اللحوم والبيض سواء كان الغش ناتجا عن فعل الانسان أو دون ارادته فان هذا الفعل يشكل جريمة لها ركنان مادي ومعنوي يتحقق الاول (المادي) من خلال عرض المنتج لبضاعته الفاسدة أو المغشوشة للبيع عن طريق الانترنت والتي تصل للمشتري لاحقا أما الركن المعنوي فيتحقق بتوافر نية الغش أي تجاه ارادة الفاعل لتحقيق الواقعة الجنائية وقبول نتيجتها^٢, ان احتفاظ التاجر بسلعة ضارة سواء أكانت مغشوشة أم فاسدة بكميات قليلة أو كبيرة بقصد اعادة بيعها ثانية يعد عملا مخالفا للقانون , اما اذا كان الهدف من الاحتفاظ اعادة السلعة الى المصدر او تلافها عندها لانكون امام جريمة وبالتالي لامجال للعقاب لعدم وجود القصد الجنائي لهذا الفعل^٣.

الفرع الثاني : الحماية الجنائية ضد جريمة الاحتيال.

جريمة الاحتيال في عقود التجارة الالكترونية من الجرائم العمدية وتحدث عندما يلجأ المنتج أو التاجر للترويج لمنتجاته الى الدعاية المضللة التي قد تنطوي أحيانا على مخالطات عملية على حساب المشتري الذي تخدعه هذه الدعاية , مثلما نرى في حالة اعلان شركة لصناعة الحليب دعاية لها عبر شبكة الانترنت وغيرها تفيد بان منتجاتها من الحليب يعد البديل الكامل لحليب الام , علما ان الدراسات التي تجريها منظمة الصحة العالمية توصلت الى ان ملايين الاطفال يموتون سنويا قبل السنة الأولى من اعمارهم بسبب اعتمادهم بالتغذية على الحليب الصناعي^٤.

١ - د. عبد الله حسين محمود (حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٢ ص ٢٨.

٢ - د. محمد امين الرومي (جرائم الحاسوب والانترنت) , الطبعة الاولى , دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية , طبعه سنة ٢٠٠٣ ص ٩.

٣ - د. مدحت رمضان (الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ , ص ١٠٩.

٤ - د. هدى حامد قشوش (الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعه سنة ٢٠٠٠ ص ٤٨.

جرائم الاحتيال التي تقع عبر الانترنت تتم باستعمال الطرائق الاحتمالية من خلال عرض صور الدعاية المظلمة لمزايا السلعة بحيث تؤدي الى الاستيلاء على اموال الاشخاص الذين يقدمون على ابرام العقود بالطريقة الالكترونية .

اختلفت الاتجاهات التشريعية بشأن وقوع جريمة الاحتيال في عقود التجارة الالكترونية فهناك اتجاه تبناه كل من التشريع الالماني والايطالي يرى ان جريمة الاحتيال لا تقوم الا اذا تمت تجاه شخص اخر وان الشخص الذي تم التحايل عليه يجب ان يكون مكلفا بمراقبة البيانات المتعلقة بالسلع والخدمات المعروضة أمامه على شاشة الحاسوب , لذا لا يمكن تصور وقوع جريمة الاحتيال على جهاز الحاسوب بوصفه آلة ومن ثم لا مجال لتطبيق النصوص العقابية الخاصة بجريمة الاحتيال وبهذا الاتجاه اخذ المشرع المصري^١ . وهناك اتجاه تشريعي اخر تتبناه الدول الانجلو سكسونية ومنها بريطانيا و استراليا وكندا يرى امكانية تطبيق النصوص التقليدية المتعلقة بجريمة النصب على جريمة النصب التي تقع في عقود التجارة الالكترونية , فقد تدخل المشرع الانكليزي عام ١٩٨٣ وعد عملية خداع الآلة بقصد ارتكاب غش مالي هو من قبيل الاحتيال الذي يجب العقاب عليه جنائياً^٢ . واخيرا الاتجاه التشريعي الذي تمثله الولايات المتحدة الامريكية والذي أخذ بتطبيق النصوص المتعلقة بالغش في مجال البنوك والبريد على جرائم النصب التي تقع في عقود التجارة الالكترونية^٣ .

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا هذا وجدنا أن حماية المتعاقد الضعيف في العقود الألكترونية هي هدف اساسي نظرا للتطور الذي يشهده عالم التجارة الالكترونية والذي يفرض على المشرع وضع تشريعات مناسبة توافر الحماية الكافية للطرف الضعيف الذي يفتقر الى المعلومات الفنية والتخصصية في هذا النوع من التعاقد بعكس الطرف الأخر (المنتج) وهو الطرف القوي الذي لديه المعلومات ويمتلك التكنولوجيا الكافية في مجال تخصصه المهني , كما تم التعرف على مجموعة من النتائج والتوصيات التي سوف نستعرضها.....
أولا _ النتائج.

١- يعد العقد الألكتروني من عقود الأذعان إذ لم تسبقه مرحلة من التفاوض حول بنوده , اما اذا كان مسبوفا بمرحلة تفاوض حول بنوده بشكل يسمح بتعديلها فلا مجال لتطبيق القواعد الخاصة بعقود الأذعان.
٢ - حق المتعاقد في الاعلام والتبصر للسلع والخدمات من خلال شاشة الحاسوب لمعرفة صفاتها الجوهرية قد تكون الباعث الدافع لابرام العقد الألكتروني والذي من خلاله قد يتعرض للغش من قبل المنتج الذي يتلاعب بعملية العرض عن طريق الاعلام الذي يتم بواسطة الكاتلوج الألكتروني.
٣- معظم التشريعات منحت القاضي سلطة تعديل العقد اذا كان يحتوي على شروط تعسفية يمكن ان تلحق الضرر بالمتعاقد الضعيف.

ثانيا - المقترحات :-

لغرض توفير الحماية الكافية للمتعاقد في نطاق التجارة الألكترونية اقترح ماياتي :-

١ - د. محمد سامي الشوا (ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات) , طبعه الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ , ص ١٣٣ .
٢ - د. عوض محمد عوض (جرائم الاشخاص والاموال) , الطبعة الثالثة , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , طبعة سنة ١٩٨٤ , ص ١١٩٢ .
٣ - د. احمد فتحي سرور (الوسيط في قانون العقوبات _ القسم الخاص _) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ١٩٧٩ , ص ٨٩٢ .

- ١- تشريع نصوص قانونية تجرم الأفعال التي يتعرض لها المتعاقد دون الأكتفاء بتطبيق النصوص التقليدية.
- ٢- التنسيق والتعاون الدولي لمواجهة المشكلات التي يتعرض لها المتعاقد في التجارة الالكترونية عن طريق أبرام الاتفاقيات الدولية التي تتم المصادقة عليها من قبل الدول.
- ٣- التشديد في مسؤولية المنتج وتحميله المسؤولية عن الأخطاء غير العمدية مما يؤدي الى جعل التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية.

مصادر البحث

١. د. احمد الهواري (حماية المتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ .
٢. د. احمد فتحي سرور (الوسيط في قانون العقوبات _ القسم الخاص _) , الطبعة الاولى , طبعة سنة ١٩٧٩ , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ١٩٧٩ .
٣. اسامة احمد بدر (حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني) , الطبعة الاولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٥ .
٤. د. بشار طلال مومني (مشكلات التعاقد عبر الانترنت) , الطبعة الاولى , عالم الكتب الحديث , الأردن , طبعة سنة ١٩٩٦ .
٥. د. سامح عبد الواحد التهامي (التعاقد عبر الانترنت / دراسة مقارنة) , الطبعة الاولى , دار الكتب القانونية , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٨ .
٦. د. حسام الدين كامل الاهوائي (النظرية العامة للالتزامات _ الجزء الاول _) , الطبعة الثانية , بدون ناشر , طبعة سنة ١٩٩٥ .
٧. د. حسن عبد الباسط جميعي (حماية المستهلك في مصر بالمقارنة مع اوضاع الحماية في دول السوق الاوربية والشرق الاوسط) , الطبعة الاولى , دار الفكر , طبعة سنة ١٩٩٦ .
٨. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل (حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص) , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٢ .
٩. د. خالد ممدوح ابراهيم (حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية / دراسة مقارنة) , الطبعة الاولى , الدار الجامعية , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٧ .
١٠. د. صالح المنزلاوي (القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية) , الطبعة الاولى , دار الجامعة الجديدة للنشر , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٦ .
١١. د. عامر قاسم احمد (الحماية القانونية للمستهلك) , الطبعة الاولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الاردن , طبعة سنة ٢٠٠٢ .
١٢. د. عامر محمود الكسواني (التجارة عبر الحاسوب) , الطبعة الاولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الاردن , طبعة سنة ٢٠٠٨ .
١٣. د. عبد الفتاح بيومي حجازي (التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية) , الطبعة الاولى , دار الفكر الجامعي , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٤ .
١٤. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير (الوجيز في نظرية الالتزام _ مصادر الالتزام _ الجزء الاول) , الطبعة الاولى , مطبعة جامعة بغداد , بغداد , طبعة سنة ١٩٨٦ .
١٥. د. عبد الله حسين محمود (حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٢ .
١٦. عوض محمد عوض (جرائم الاشخاص والاموال) , الطبعة الثالثة , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , طبعة سنة ١٩٨٤ .

١٧. د. مدحت رمضان (الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ .
١٨. د. محمد امين الرومي (جرائم الحاسوب والانترنت) , الطبعة الاولى , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , طبعة سنة ٢٠٠٣ .
١٩. د. محمد حسين منصور (احكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك) , الطبعة الاولى , دار الفكر , مصر , طبعة سنة ٢٠٠٦ .
٢٠. د. محمد سامي الشوا (ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ .
٢١. د. ممدوح محمد خيرى هاشم (مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني) , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , طبعة سنة ٢٠٠٠ .
٢٢. د. واثبة داود السعدي (قانون العقوبات _ القسم الخاص _) , الطبعة الاولى , مطبعة جامعة بغداد , بغداد , طبعة سنة ١٩٨٨ - ١٩٨٩ .

القيود الدستورية على حل البرلمان

م.م علي مجيد العكيلي
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

يعدّ حل البرلمان أحد الأسس التي يقوم عليها تنظيم العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في النظم السياسية المعاصرة، التي تقوم على مبدأ الفصل المرن للسلطات وتوازنها، بحيث لا تطغى سلطة على أخرى ولا تسيء إحداهما أو تتجاوز صلاحياتها في مواجهة الأخرى، على أساس أن الحكومة مسؤولة أمام البرلمان، إذ يستطيع أن يسحب الثقة منها، ومن ثم يجب عليها الرحيل عن دفة الحكم، وفي مقابل ذلك تملك الحكومة أن تحل البرلمان، وسلاح الحل سلاح خطير تملكه الحكومة لتواجه به حق سحب الثقة منها الذي يملكه البرلمان، وقد لا تلجأ الحكومة إلى استعمال حق الحل إذ قد تكتفي بالتلويح به أمام أعضاء البرلمان لترجعهم على إسقاط الحكومة.

ولما كان حق الحل، بما يتضمنه من تعطيل مؤقت للحياة البرلمانية، وانتقال حق التشريع مؤقتاً إلى السلطة التنفيذية، يعدّ من الأمور الخطيرة في الحياة الدستورية؛ لذلك لجأت أغلب الدساتير في الدول المختلفة إلى إحاطة حق استعمال الحل بقيود مختلفة ومتنوعة، ضماناً لعدم إساءة استعماله أو الانحراف في استعمال السلطات المترتبة عليه.

لذلك تكون دراستنا لهذا الموضوع على النحو التالي :

المطلب الأول

تعريف حق الحل وضرورته

تحرص السلطة التأسيسية في الدول التي تأخذ بالنظام النيابي البرلماني على أن تضمن الوثيقة الدستورية نصوصاً تتناول بعض الوسائل القانونية، التي تؤكد خضوع الهيئات الحاكمة للقواعد الدستورية، فتضمن الوثيقة النص على الرقابة المتبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية عن طريق المسؤولية الوزارية، وحق الحل للمجلس النيابي.^(١)

وإذا كان حق الحل قد تأكد في ظل الدساتير المختلفة بوصفه وسيلة فعالة لرقابة البرلمان إذا خرج عن الشرعية الدستورية أو حاد عن إرادة الناخبين، فإن ثمة اعتراضات قد وجهت إلى هذا الحق.^(٢) عليه سنتناول هذا الموضوع في فرعين وعلى النحو الآتي :-

الفرع الأول : تعريف حق الحل

يعدّ حق حل البرلمان من أخطر الاختصاصات التي منحت للسلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية كأداة مضادة لما تملكه السلطة التشريعية من اختصاص المسؤولية الوزارية وحق سحب الثقة من الحكومة ؛ لأنه من الطبيعي أن يمارس البرلمان أعماله وفقاً لما يحدده الدستور _ في فترة زمنية محددة _ بحيث لا يمكن إنهاء هذه الأعمال للبرلمان إلا بانتهاء المدة المحددة دستورياً.^(٣) إلا أنه بمنح السلطة التنفيذية هذا الاختصاص فباستطاعتها أن تقوم بحل البرلمان، إذا وجدت الحكومة نفسها واقعة تحت سيطرة البرلمان.

فبذلك يكون المقصود بحق الحل هنا إنهاء مبستر للبرلمان قبل حلول الموعد القانوني الطبيعي المحدد لانتهاء مدته ووكالته عن الشعب.^(١)

قد عرفه أحد الفقهاء^(٢) بأنه : " إنهاء نيابة المجلس النيابي قبل نهاية المدة القانونية المقررة لها، أي قبل نهاية الفصل التشريعي ". وعرفه البعض الآخر^(٣) بأنه : " إنهاء نيابة المجلس النيابي إذا كان البرلمان يتشكل من مجلس واحد أو أحد المجلسين، إذا ما قام البرلمان على أساس ازدواج المجلسين، وقبل الميعاد المحدد دستورياً.

وعلى ضوء ما سبق، يتضح لنا بأن الحل كإجراء دستوري يقتضي قيام السلطة المختصة والمحددة دستورياً بإنهاء المدة _ المحددة في الدستور _ للمجالس النيابية قبل حلول الموعد لانتهائها، فالمجالس النيابية عادةً ما تنتخب لفترات زمنية تختلف مدتها من دولة إلى أخرى، والأصل العام أن تكمل المجالس النيابية مددها المحددة في الدستور، إلا إن هناك بعض الأسباب التي تستدعي قيام السلطة التنفيذية بإنهاء الفصل التشريعي للبرلمان قبل حلول الموعد القانوني المقرر له، ودعوة الناخبين لانتخاب مجلس نيابي جديد.^(٤)

(١) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٣٥١.

(٢) د. بشير علي محمد باز، حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٨.

(٣) د.جهد زهير ديب الحرازين، حق حل البرلمان في النظم الدستورية، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٥٨.

(٤) د.مصطفى محمود عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ط٢، دون مكان النشر، سنة ١٩٨٤، ص ٣٨٠.

(٢) د.محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٤٣٣.

(٣) د.سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، دار الفكر العربي، القاهرة، ط٦، سنة ١٩٩٦، ص ٥٢٥.

(٤) د.محمد أنس جعفر، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٥٦.

سواء أكان أعضاءه من المجلس المنحل أم من غيرهم، وهو الأمر الذي يجعل حق الحل من أهم حقوق السلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية.^(١) هذا وإن حق الحل يتخذ مفهوماً مختلفاً تماماً وأكثر خطورة عن سائر الوسائل الأخرى التي تملكها السلطة التنفيذية وتمكنها من الدفاع عن نفسها في مواجهة البرلمان، كفض دور الانعقاد، أو تأجيل انعقاد البرلمان؛ لأن هذه الوسائل في النهاية لا تمثل إلا رقابة محدودة التأثير لا يترتب على استخدامها فقدان المجلس لكيانه في خبر كان كما يفعل حق الحل ولا حتى تعطيل ممارسة المجلس لاختصاصه الدستورية المكلف بها.^(٢)

قرار الحل بهذا المفهوم يعني حكم الإعدام للبرلمان القائم كهيئة ممثلة للأمة، فبعد أن ينشر قرار الحل في الجريدة الرسمية، أو بعد أن يتلى في البرلمان بواسطة رئيسه أو من ينوب عنه حسب ما جاء في الدستور، تزول عنه الصفة النيابية فلا يمكنه بعد ذلك أن يمارس سلطاته التشريعية أو الرقابية، ويصير أعضاؤه شخوصاً عاديين، تزول عنهم حصاناتهم البرلمانية.

ويقوم رئيس الدولة عقب إعلان حل البرلمان بفض دور الانعقاد وإن لم يقر بذلك يفض بحكم الدستور، ويعد كل اجتماع له بعد ذلك متجرداً من ثوب المشروعية لا صفة رسمية له، إلا إذا كان اجتماعاً بقوة الدستور نتيجة مثلاً عدم إجراء الانتخابات في موعدها المحدد في الدستور أو أجاز الدستور عودته للحياة في ظروف معينة كحالة خلو العرش أو في الظروف الاستثنائية.

جدير بالذكر لا يمكن استخدام حق الحل في ظل النظام الرئاسي حيث لا يستطيع رئيس الدولة في الولايات المتحدة الأمريكية أن يقوم بحل الكونجرس لا في أحد مجلسيه ولا في المجلسين معاً ولا يمكن له دعوته للانعقاد أو فض دور الانعقاد.^(٣)

ويتضح مما تقدم ذكره أن حق الحل مميز أساسي وجوهري للنظام البرلماني، ويعد مظهرًا من مظاهر الديمقراطية وتطبيقاً لمبدأ سيادة الأمة الذي يفرض الاحتكام للشعب في الأمور المهمة والخطيرة التي تتعلق بمصالح البلاد العليا، وتكون الكلمة للشعب (هيئة الناخبين) في هذه الأمور أما مؤيداً للبرلمان.^(٤) بذلك فإن حق الحل يجب أن لا يكون سلاحاً يجوز اللجوء إليه لتأييد سياسة شخصية أو مصلحة حزبية لإزالة ما يقف أمامها من صعوبات ومعوقات ممثلة بالبرلمان؛ لذا لا يجوز أن يتم اللجوء إليه إلا إذا توافرت دلائل حقيقية وواضحة على أن الناخبين سيصوتون إلى جانب سياسة صاحب الحق (الرئيس) في الحل رافضة سياسة البرلمان.

الفرع الأول: مبررات وأسباب حق البرلمان

لم يعد حق حل البرلمان الذي تتمتع به السلطة التنفيذية حقاً مطلقاً لها تستخدمه وقتما تشاء، وكيفما تشاء، بل اتجهت الدساتير إلى إيجاد مجموعة من الأسباب أو الضوابط التي تؤدي إلى حل البرلمان، وهذه الدساتير منها ما أورد في النصوص الخاصة به، الأسباب التي تؤدي إلى حل البرلمان وجعلها ضوابط أساسية لا يجوز للسلطة التنفيذية الخروج عليها، ولا تملك حق حل البرلمان إلا بتوافر مثل هذه الأسباب الواردة في

(١) عوض رجب الليمون، سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان في الأردن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٦، ص ٥٢-٥٣.

(٢) علاء عبد المتعال، حل البرلمان في الأنظمة الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣.

(٣) دبشير علي محمد الباز، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٤) أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ترجمة عز الدين حسين، الجزء الأول، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر، ص ٢١٦-٢١٧.

الدستور، ومنها ما تتكفل به الظروف العملية المختلفة لاستخدام الحل وحق السلطة التنفيذية بتقدير هذه الأسباب ومن هنا تقوم الحكومة في حالة توافر الأسباب بحل البرلمان والدعوة لإجراء انتخابات جديدة. ويرى بعض الفقهاء^(١) إن حالات الحل المسلم بها تنحصر في ثلاثة أحوال هي :

١. حالة قيام نزاع بين الوزارة والبرلمان، فيما يسمى الحل الوزاري.
٢. حالة اختلاف وجهتي النظر بين البرلمان والشعب نفسه، وإذ ذاك يجب على رئيس الدولة، وهو المهيم على مصالح الدولة، أن يعمل على تحقيق إرادة الرأي العام، بإقالة الوزارة المتمتعة بثقة الأغلبية، وتعيين وزارة جديدة، تستعمل حق حل الحل فيما يسمى بالحل الملكي في الملكيات، والحل الرئاسي في الجمهوريات.^(٢)

٣. حالة ظهور مسألة هامة، يتوقف عليها تغيير جوهري في نظام الانتخاب أو القانوني الأساسي للبلاد، أو إذا تعلق بمسألة تمس بمصلحة الدولة كبعض المعاهدات.^(٣)

كما هنالك حالات أخرى لحل البرلمان من حيث سببه فقد أضحى يطلب وفقاً لنصوص الدستور لأسباب كثيرة مختلفة ومن هذه الأسباب :-

١. حل البرلمان لذاته فيما يسمى بالحل الذاتي.^(٤)
٢. إذ حل البرلمان كأثر حتمي لفض أزمة دستورية ناتجة عن وجود خلاف بين مجلسيه.
٣. أو حل البرلمان كأثر حتمي لفشله في الاتفاق على اختبار رئيس الدولة.^(٥)
٤. تقرير مسؤولية الحكومة.
٥. مسؤولية رئيس الدولة أو تقرير عزله.
٦. تقرير البرلمان عدم الثقة بوزارة قائمة والوزارة الجديدة (أزمتين وزاريتين متتاليتين).

ويلاحظ أن واقع أسباب الحل وفقاً للنصوص الدستورية، يلقي بظلال الشك على صحة الرأي بترخص رئيس الدولة مطلقاً في إجراء حل البرلمان، حيث أن حل البرلمان لذاته، وكذلك أسباب حله الأخرى التي يكون منشؤها خلاف فيما بين مجلسيه، أو لفشله في الاتفاق على اختيار رئيس الدولة أو رئيس الوزارة أو لتقريره لمسؤولية أي منهما، أو نتيجة لتقريره عزل رئيس الدولة أو عدم الثقة بوزارتين متتاليتين أو أكثر لتعديل دستوري كلها أسباب تتعلق بملك البرلمان وحده، حتى إنه يمكن تصوير الوضع وكأن البرلمان يهدف من وراء هذه الأسباب إلى حل نفسه.

أما عن أسباب الحل قد تكون للضرورة أو للمصلحة العامة أو مراعاة لاتجاه الرأي العام، فهي وإن ظهر فيها شبه سلطة خاصة لرئيس الدولة، إلا أن هذه الأسباب كقيود على سلطة إجراء الحل، تستبعد فكرة التقدير المطلق لرئيس الدولة في إجراءاته وفقاً لسياسة شخصية.

(١) د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١، ص ٨٧٨.

(٢) د. أحمد عبد اللطيف إبراهيم السيد، حل البرلمان، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١١.

(٣) د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبد الله، القاهرة، ١٩٤٥، ص ٦١٧ - ٦١٨.

(٤) من الدول التي تأخذ بهذا النوع دستور بلغاريا في دستور ١٩٤٨، ودستور ألمانيا الديمقراطية عام ١٩٤٩ - ١٩٦٨، وتركيا في دستور ١٩٦١.

(٥) ومثال ذلك ماتنص عليه المادة (٣٢) من دستور اليونان لعام ١٩٧٥ على أن (ينتخب رئيس الجمهورية بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وإذا لم يحصل الرئيس على أغلبية الثلثين يتم اقتراح آخر بعد خمسة أيام، فإذا لم تتحقق هذه الأغلبية يتم انتخاب الرئيس بأغلبية ثلاثة أخماس أعضاء المجلس بعد خمسة أيام، من الاقتراح السابق، فإذا لم يحصل الرئيس على هذه النسبة يحل مجلس النواب خلال عشرة أيام التالية....)

جدير بالذكر لا يجوز في منطق النظام البرلماني إجراء الحل وفقاً لتقدير شخصي مطلق لرئيس الدولة.^(١) ولذلك قيل مهما بلغت أهمية رئيس الدولة، لتمتعها باستعمال حق الحل، فإنه يعتبر من العناصر الثانوية في النظام البرلماني فهو مقيد برغبة الأمة واتجاهات الرأي العام في الواقع.^(٢)

المطلب الثاني

القيود الدستورية التي يخضع لها رئيس الجمهورية في حل البرلمان

اتجهت بعض الدساتير لتقييد سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان، بحيث لا يمكن لرئيس الدولة حل البرلمان إلا بتحقيقي مجموعة من الشروط أو القيود التي وضعتها الدساتير كل على حدة، والتي هي بمثابة قيد على سلطات رئيس الدولة وخاصة فيما يتعلق بحق حل البرلمان. ومن هذه الدساتير، الدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥ في المادة الخامسة منه والتي اشترطت على رئيس الدولة في حالة قيامه بحل البرلمان أن يحصل مسبقاً على موافقة مجلس الشيوخ.

إلا أن دستور ١٩٥٨ الفرنسي، قد خرج على هذه القاعدة بمنح حل الجمعية الوطنية في حالات أقرتها المادة (١٢) من الدستور وبالرجوع إلى بعض نصوص الدستور الفرنسي، نجد هناك نص آخر يفيد من سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان، وهو نص المادة (١٦) من الدستور الفرنسي التي تتعلق بحالة الضرورة، فقد حولت رئيس الدولة سلطات استثنائية في حالة التهديد لمصالح البلاد للخطر، فتركت لرئيس الجمهورية سلطات واسعة من أجل الحفاظ على أمن وسلامة مؤسسات الدولة.^(٣) عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي :-

الفرع الأول: القيود التي ترد على سلطة رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة (١٢) من الدستور الفرنسي

قيدت المادة (١٢) من دستور ١٩٥٨ رئيس الجمهورية عندما يصدر مرسوم الحل، بضرورة اتباع إجراءات وضوابط وقيود معينة، فنصت الفقرة الأولى من المادة (١٢) على أنه " يجوز لرئيس الجمهورية بعد استشارة رئيس الوزراء، ورؤساء المجلسين، النطق بحل الجمعية الوطنية ". كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن " الانتخابات العامة يجب أن تجري في خلال (٣٠) يوماً على الأقل، و (٤٠) يوماً على الأكثر من تاريخ الحل ".

أما الفقرة الرابعة فقد تضمنت النص على قيد المدة التي لا يجوز حل المجلس خلالها ؛ وذلك بقولها :

" لا يجوز مباشرة حل جديد في العام الذي يلي هذه الانتخابات " .^(٤)

وهكذا يتبين من مطالعة هذه النصوص أن حق الحل قد أصبح بموجب هذا الدستور سلطة خالصة لرئيس الدولة، كما يلاحظ أيضاً أن الدستور لم يتضمن النص على ضرورة توقيع الوزير الأول على مرسوم الحل.

بيد أن الدستور قد وضع قيوداً على سلطة الرئيس في هذه النصوص وهو ضرورة استشارة معينة، ولكن الدستور لم يقيد رئيس الدولة بالأخذ بهذه المشورة، بمعنى أن هذه الاستشارات ليست ملزمة في الرأي لرئيس الدولة فقد يأخذ بها أو لا، لكن عدم الالتزام بالقيود الذي وضعه الدستور يرتب بطلان مرسوم الحل، وتتمثل هذه القيود في الآتي :-

(١) أنور مصطفى الأهواني، رئيس الدولة في النظام الديمقراطي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٤٥، ص ١.

(٢) د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣) د. عبد الحميد منولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣، ص ١٥٩.

(٤) د. بشير علي محمد باز، حق حل المجلس النيابي، المرجع السابق، ص ١٧٩ _ ١٨٠.

١. إن رئيس الجمهورية يحل الجمعية الوطنية بعد أخذ رأي المجلسين واستشارة الوزير الأول.
 ٢. لا يجوز لرئيس الجمهورية حل الجمعية الوطنية مرة أخرى خلال السنة التي تلي انتخابها مباشرة ؛ لأن الحل على الحل لا يجوز.
 ٣. وضعت هذه المادة قيوداً زمنياً، وهو ضرورة أن تجري الانتخابات بعد مدة لا تقل عن عشرين يوماً ولا تزيد عن أربعين يوماً من تاريخ الحل، وتجتمع الجمعية الوطنية بحكم القانون.
 ٤. ضرورة أن يجتمع البرلمان الجديد خلال موعد أقصاه (٥٤) يوماً من تاريخ حل البرلمان.
- يرى البعض أن القيود التي أوردت المادة (١٢) على رئيس الجمهورية ليست ملزمة له عند صدور قرار الحل، ولكن الدستور ألزمه بضرورة مراعاتها واتباعها، وإلا أصبح قرار الحل باطلاً خاصة وإن نص المادة (١٢) المشار إليه لم يتضمن النص على ضرورة تنقيح الوزير الأول على مرسوم الحل.^(١) وعلى الرغم من أن الدستور الفرنسي قد اتسم بالطابع الرئاسي، وخاصة بعد التعديل الذي تمّ في عام ١٩٦٢، وعُضد من سلطات رئيس الجمهورية، إلا أن قصر المدة التي يجب أن يشكل فيها برلمان جديد يعبر عن آراء وطموحات الشعب الفرنسي وهي مدة (٥٤) يوماً هي مدة كافية وملائمة تماماً لاختيار برلمان جديد.
- الفرع الثاني: القيود التي ترد على سلطة رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة (١٦) من الدستور الفرنسي**

وضع الدستور قيوداً آخر على سلطة رئيس الجمهورية في استخدام الحل، ويتعلق هذا القيد بعدم جواز حل الجمعية الوطنية (البرلمان) أثناء تطبيق المادة (١٦) من الدستور، حيث توجب هذه المادة انعقاد البرلمان مباشرة بقوة القانون عقي إعلان رئيس الجمهورية اللجوء إليها، ومن ثم فإن ذلك الانعقاد لا يحتاج إلى دعوة من قبل رئيس الجمهورية، كما هو الحال في الظروف العادية، كما يلزم فضلاً عن ذلك أن يكون الغرض من الإجراءات التي يتخذها الرئيس هو تمكين السلطات العامة من أداء دورها الدستوري.^(١)

وقد نصت المادة (١٦) من الدستور الفرنسي على أنه " إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم وحال يترتب عليه توقف السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة كل من رئيس مجلس الوزراء، ورئيس مجلسي البرلمان، والمجلس الدستوري ويوجه الرئيس بياناً إلى الشعب بخطر فيه بهذه الإجراءات على أن يكون الغرض منها هو تمكين السلطات العامة الدستورية في أقل مدة ممكنة من مباشرة وظائفها، ثم يؤخذ رأي المجلس الدستوري أداء تلك الإجراءات، ويجتمع البرلمان بقوة القانون في تلك الظروف، ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يحل الجمعية الوطنية (البرلمان) خلال ممارسته لهذه السلطات الاستثنائية "

من خلال النص عن هذه المادة سوف نتولى تقسيم هذه المادة في نقطتين أساسيتين، هي الشروط الموضوعية لهذه المادة، والشروط الشكلية.

(١) د. أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٢٢.

(١) وجدي ثابت غبريال، سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها دراسة مقارنة بالمادة (١٦) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٧٨، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص ١٩٠ .

أولاً: الشروط الموضوعية:

وهي تطلب أن تتعرض مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تعهداتها الدولية بخطر جسيم وحال، وهذا الخطر قد يكون داخلياً أو خارجياً، كما قد يحدث داخلياً وخارجياً في آن واحد، مما يترتب عليه توقف السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية.^(١)

ولا يقصد بها الشرط التوقف التام لسير المنتظم للسلطات العامة أو الشلل الكامل لها عن أداء دورها الدستوري، وإنما يكفي أن يكون البرلمان والحكومة في حالة لا تمكنها من أداء وظائفها بصورة عادية طبيعية، وهو أمر متروك لتقرير رئيس الجمهورية، ويؤكد ذلك أن هذه المادة لم تطلب من رئيس الجمهورية أن ينتظر إلى أن تصاب مؤسسات الدولة بالشلل التام، حتى يستطيع أن يستخدم السلطات الاستثنائية التي تقررها له هذه السلطة لم تمنح له إلا ليحول دون انهيار الدولة بسبب الخطر العاجل القائم هذا من ناحية^(٢) ومن ناحية أخرى فإن المادة (١٦) تنص على أن يجتمع البرلمان بقوة القانون حين يلجأ رئيس الجمهورية إلى تطبيقها، وهذا يقيد أن السلطة الدستورية العامة لم تتوقف تماماً عن مباشرة وظيفتها وإنما في مقدورها أن تمارس عملها، وقد استخدم الرئيس الفرنسي (دي غول) هذه المادة في ٢١ / ٤ / ١٩٦١ ؛ وذلك أثر تمرد الجيش الفرنسي المرابط بالجزائر.

ثانياً: الشروط الشكلية:

من خلال النص نجد أن المادة (١٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، أوجبت أن يقوم رئيس الجمهورية ببعض الإجراءات التي تعدّ شروطاً لصحة التطبيق، وهي استشارة الوزير الأول، ورئيسي المجلسين التشريعيين، والمجلس الدستوري استشارة رسمية وأن تحيط الأمة علماً بهذه الإجراءات عن طريق خطاب في وسائل الإعلام، كما يقتضي أن تكون هذه التدابير مستوحاة من رغبته بتأمين الوسائل الضرورية بأقصى المؤهلات لكي تعود بعد انتهاء هذا الظرف إلى القيام بمهمتها، ولا يجوز لرئيس الجمهورية حل الجمعية الوطنية (البرلمان) فقد اشترط المشرع عدم حل الجمعية الوطنية ؛ لكي تتمكن من إقامة الرقابة البرلمانية على سلطات رئيس الجمهورية إذ أوجبت أن يستمر البرلمان بالانعقاد طول الفترة (حالة الضرورة) ولا يمكن حل البرلمان مهما كانت الأسباب.

هذا وقد ذكرت الباحثة الفرنسية (Comus) إن إحدى الضمانات الجوهرية التي تكفل للبرلمان قيامه بسلطته الرقابية هي النص على اجتماع البرلمان بقوة القانون عند إعلان حالة الضرورة، فضلاً عن سلب الحكومة حقها في حل البرلمان حتى لا تعتمد إلى التخلص من الرقابة البرلمانية.^(١)

جدير بالذكر أن رئيس الجمهورية لا يستطيع أن يتجاهل رأياً مسيئاً للمجلس الدستوري سيطلع الشعب عليه، خاصة إذا أخذ في الاعتبار القوة الهائلة التي يتمتع بها الرأي العام في فرنسا، لذلك فإن رئيس الجمهورية يرتكب مخاطرة شديدة إذا أعلن تطبيقه المادة (١٦) رغم انتهاء المجلس الدستوري إلى عدم توافر شروط تطبيقها.

والأمر على خلاف ذلك إذا طبق رئيس الجمهورية هذه المادة بعد أن رأى المجلس الدستوري توافر شروط تطبيقها، إذ أن نشر هذا الرأي يدعم موقف رئيس الجمهورية في مواجهة الرأي العام الذي ينفر عادة من تطبيق أي نظام استثنائي بحكم ما يتضمنه من تقييد للحريات والحقوق العامة.^(١)

(١) ديجيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٤٣.

(٢) دبشير علي محمد باز، حق حل المجلس النيابي، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(١) د. غسان بدر الدين، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، دار الحقيقة، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٣٨٧.

(١) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ١٤٣.

هذا ورغم كل ما تم ذكره من محاولات بعض النظم الدستورية لتقييد سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان، وحتى لا تبقى هذه السلطة في يديه على إطلاقها يستخدمها وقتما يشاء فإن هناك قاسماً مشتركاً ما بين الدساتير جميعها ألا هو جعل حق الحل من الاختصاص المطلق لرئيس الدولة الذي له سلطة التقدير في استعمال هذا الحق.

مع إن هذا الحق هو السلاح المقابل للمسؤولية الوزارية لخلق التوازن بين السلطتين، مما أدى أن تلجأ بعض الدساتير لمنح حق الحل للوزارة لتستطيع الدفاع عن نفسها في مواجهة البرلمان الذي يملك سلاح حجب الثقة عن الحكومة.

المطلب الثالث

القيود الدستورية على سلطة الحكومة (الوزارة) في حل البرلمان.

أقر حق الحل في دساتير الدول البرلمانية باعتباره أهم وسائل التأثير المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وللمحافظة على توازنها باعتباره الحق المقابل للمسؤولية الوزارية، ورغم ذلك فإن استخدامه في الأنظمة السياسية المختلفة كان يقع تحت جملة من الدوافع التي أدت إلى حدوثه، مع هذه الدوافع فإن الحل يهدف إلى تحقيق عدة وظائف ذات طابع سياسي وأخرى ذات طابع فني. وبالرغم من هذه المبررات التي تدفع السلطة المختصة على إجراء الحل وفقاً لأسباب الموجبة له، فكان لا بد من الحد من المغالاة في استخدام حق الحل، وهذا لا يتأتى إلا بالنص على الضوابط والقيود التي تكفل عدم إساءة استخدامه، سواء قبل القيد على إجراءاته، أو بعد إجراءاته لضمان عدم وقف الحياة النيابية لفترة طويلة^(١).

فحق الحل يحتاج إلى بعض الضمانات الدستورية، بحيث لا تستطيع الحكومة أن تلجأ إليه إلا في الحالات المحددة في الدستور، ووفقاً للدوافع التي تبرره، وإلا اختل التوازن بين السلطات وطغت بذلك السلطة التنفيذية على كافة الاختصاصات المختلفة في الدولة، مما ينعكس على انعدام الرقابة على أعمالها. وباستقراء أحكام الدساتير، يلاحظ أن الضمانات الواردة بهذه الدساتير قد لا يحتويها الدستور الواحد، فكل تنظيم دستوري قيوده وضماناته المتعلقة بالحل الذي أنفرد به دون غيره من الدساتير. عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي :-

الفرع الأول: القيود الدستورية في الدساتير المقارنة

من الثابت أن حل البرلمان قد يقع بسبب خلاف بين الحكومة والبرلمان أو بسبب الخلاف بين الرئيس والبرلمان، وتمكين الجهة المسؤولة والمخولة بحل البرلمان شأنه أن يؤدي إلى المساس باستقرار المؤسسات الدستورية في الدولة، وحتى يمكن تجنب المخاطر التي يتولد عنها سوء استخدام حق الحل، فإن الدساتير المختلفة من نظام سياسي لآخر تضع من الضمانات ما يشكل قيوداً تحول من دون الإسراف في استخدام هذا الحق.^(١) عليه سوف نتولى دراسة القيود الدستورية في خمس نقاط أساسية وعلى النحو الآتي :-

* أولاً :- عدم جواز استعمال حق الحل خلال فترات زمنية محددة :-

يتعلق القيد الشكلي الملازم لحق الحل بظرف زمني، ومن هذا القبيل عدم جواز حل البرلمان قبل انتهاء مدة ولاية رئيس الدولة، ومثال ذلك ما نص عليه الدستور المغربي لعام ١٩٦٢ في المادة (٧٩) والتي

(١) عوض رجب الليمون، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(١) إبراهيم جاسم لطيف، حل البرلمان في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة تكريت، ٢٠١٣، ص ٨٩.

نصت على " ١١١ وقع حل مجلس النواب فلا يجوز حل المجلس الذي يليه إلا بعد مضي سنة على انتخاب المجلس الجديد".

كما نص الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ في المادة (٨٨) على أنه " لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يحل المجلسين أو أن يحل أيًا منهما فقط، ولا يجوز أن يباشر هذا الحق خلال ستة أشهر الأخيرة لرئاسته ". ونص الدستور السوداني لعام ١٩٧٣ في المادة (١٠١) على أنه " لا يجوز لرئيس الجمهورية حل المجلس خلال سنة من تاريخ انتخابه ".

كذلك دستور مدغشقر لعام ١٩٥٩ في المادة (٥١)، والتي نصت على " حظر حل الجمعية الوطنية لمرتين خلال اثني عشرة شهرًا " (١).

* ثانيًا :- استشارة جهة معينة قبل الحل :-

ما درجت عليه بعض الدساتير من تعليق إجراءه على ضرورة استشارة جهة معينة قبل الحل، ومثال ذلك الدستور اليرناني لعام ١٩٧٥ في المادة (٤١) والتي نصت " يقضي بضرورة استشارة المجلس الجمهوري والمكون من رؤساء الجمهورية القدامى، ورؤساء الوزراء، ورئيس مجلس النواب، ورئيس الحزب المعارض للمجلس، كذلك رؤساء الوزارة القدامى خارج المجلس قبل إجراء الحل " (٢). كذلك نص دستور الجابون الصادر عام ١٩٦١ في المادة (٧١) على أنه " في حالة الضرورة يجوز لرئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء، ورئيس الجمعية الوطنية أن يعلن حل الجمعية الوطنية... "

كما نصت المادة (١٠٨) من الدستور اللبناني لعام ١٩٦٢ على أنه " يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب بعد التشاور مع رئيس المجلس إذا رأى أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وإن الظروف تحتم اللجوء من جديد إلى الناخبين، على أن يتضمن قرار الحل دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة تتم في ميعاد لا يتجاوز ستين يومًا من تاريخ إعلان قرار الحل، وينعقد المجلس في مدة لا تزيد عن عشرة أيام، ولا يجوز لرئيس الجمهورية حل المجلس الجديد خلال سنة من تاريخ انتخابه " (٣).

* ثالثًا :- ضرورة إجراء الاستفتاء الشعبي قبل الحل :-

ومن الدساتير التي أخذت بهذه الضمانة الدستور المصري لعام ١٩٧١ في (١٣٦) والتي نصت على أن " لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب... " كذلك الدستور اليمني الصادر عام ١٩٩٤ في نص المادة (١٠١) على أنه " لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس النواب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب " (١)، جدير بالذكر أن إجراء الاستفتاء ذاته، هو سبب الحل بمعنى أن يكون موضوع الاستفتاء هو حل البرلمان.

* رابعًا :- عدم تكرار الحل لذات الأسباب :-

وتعني هذه الضمانة أنه إذا تمّ حل المجلس النيابي لأي سبب من الأسباب فإنه لا يجوز إعادة حله لذات السبب الذي حل من شأنه المجلس النيابي السابق.

(١) علاء عبد المتعال، حل البرلمان في الأنظمة الدستورية المقارنة، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) د. أحمد عبد اللطيف السيد، حل البرلمان، المرجع السابق، ص ١٨.

(٣) د. إبراهيم درويش، النظام السياسي، ط ٤، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ١٤٤.

(١) د. زين بدر فراج، القيود الواردة على حق رئيس الدولة في حل المجالس النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص

هذا وقد ورد هذا القيد في الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ في المادة (١٠٧) والتي نصت " لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى "، كذلك الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ في المادة (٧٤) والتي نصت " إذا حل مجلس النواب لسبب ما، فلا يجوز حل المجلس الجديد للسبب نفسه ".^(٢) خلاصة القول وتماشياً مع هذه الضمانة فإن قرار الحل أو مرسوم الحل يجب أن يكون مسبباً، أي يتضمن هذا القرار الأسباب والواقع التي أدت إلى إجرائه سواء نص صريح بضرورة التسبب أم لم يرد.

* خامساً :- استقالة الوزارة التي توقع مرسوم الحل :-

تضمنت بعض أحكام الدساتير نصوصاً تقتضي بوجوب استقالة الحكومة التي حلت المجالس النيابية في ظلها وقد أخذ بهذه الضمانة دستور سوريا لعام ١٩٥٠ في المادة (٨٥) منه والتي نصت على أن " في حالة حل المجلس تستقيل الوزارة ويعين رئيس الجمهورية حكومة من غير أشخاصها تشرف على الانتخابات".

وهذا القيد يوجه حالة تدخل الوزارة القائمة في الانتخابات الجديدة للدفاع والعمل على نجاح مرشحي البرلمان المنحل الذين يتبنون وجهة نظرهم أو وجهة نظر رئيس الدولة إذا كان هو الذي أصدر مرسوم الحل.^(١)

ولم تأخذ الدساتير الأخرى بهذا القيد وغالباً ما تثار هذه الحالة في الدول التي يوجد فيها نوع من الديمقراطية السورية ولا توجد فيها نزاهة في العملية الانتخابية.

الفرع الثاني :- القيود الدستورية في دستور العراق لعام ٢٠٠٥

من خلال ماعرضناه من القيود الدستورية على حل البرلمان في الأنظمة السياسية أتضح لنا بأن الدستور العراقي قد أخذ بالحل الذاتي، أي حق البرلمان حل نفسه بنفسه، إلا أن التعسف في استخدام هذا الحق من شأنه أن يؤدي إلى المساس باستقرار المؤسسات الدستورية في الدولة ؛ لذلك استقرت التشريعات الدستورية في الدولة البرلمانية ولتجنب المخاطر التي تولد عنها سوء استخدام حق الحل على ضرورة النص على وضع مجموعة من القيود التي تحد من سلطة الجهة المخولة دستورياً بحل البرلمان. وقد نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٦٤) على " أولاً : يحل مجلس النواب بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، وبناءً على طلب من ثلث أعضائه، أو من رئيس مجلس الوزراء وبموافقة رئيس الجمهورية، لا يجوز حل المجلس أثناء مدة استجواب رئيس مجلس الوزراء. ثانياً :- يدعو رئيس الجمهورية عند حل مجلس النواب إلى انتخابات عامة في البلاد خلال مدة أقصاها (٦٠) يوماً من تاريخ الحل، ويعدّ مجلس الوزراء في هذه الحالة مستقياً ويواصل تصريف الأمور اليومية."^(١)

أناطت المادة (٦٤) في البند (أولاً) حق المبادرة بتقديم طلب يتضمن اقتراح حل مجلس النواب

إلى الجهات التالية :

- ثلث أعضاء مجلس النواب.
- رئيس مجلس الوزراء.

^(٢) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٥٤١.

^(١) د. حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلمان والرئاسي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٧٣٢.

^(١) نص المادة (٦٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

ومفاد ماتقدم أن الدستور قد أخذ بالحل الذاتي لمجلس النواب حينما سمح لثلث أعضائه تقديم طلب يتضمن حله كما أخذ الدستور بالحل الوزاري عندما أجاز لرئيس مجلس الوزراء اقتراح حل مجلس النواب. كذلك أورد الدستور قيوداً على استعمال حق حل مجلس النواب، وتتمثل :-

● القيد الأول :- اشتراط أن يحظى الطلب المقدم من رئيس مجلس الوزراء بموافقة رئيس الجمهورية.

● القيد الثاني :- في حظر حل المجلس في أثناء مدة استجواب رئيس مجلس الوزراء.^(١) مما يعني أن موافقة رئيس الجمهورية هي الضمانة الأولى، أما الضمانة الثانية أن لا يكون رئيس مجلس الوزراء في حالة استجواب، إذ قد يترتب على الاستجواب سحب الثقة عن رئيس الوزراء، وتعد الوزارة مستقلة في هذه الحالة.

كما هنالك ضمانات أخرى في نص المادة (٥٤) على أن " يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد بمرسوم جمهوري خلال (١٥) يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات العامة، وتعقد الجلسة برئاسة أكبر الأعضاء سناً، لانتخاب رئيس المجلس ونائبيه، ولا يجوز التمديد لأكثر من المدة المذكورة آنفاً"^(١)

يتضح من النص أعلاه، أن المشرع الدستوري ألزم رئيس الجمهورية عند حل البرلمان بالدعوى إلى انتخابات عامة في البلاد وخلال مدة أقصاها (٦٠) يوماً من تاريخ الحل، وكذلك دعوة المجلس للانعقاد خلال مدة أقصاها (١٥) يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات، وهذا يمثل ضمانات فعالة تحول دون انقطاع طويل للمجلس حتى لا يتم اللجوء إلى الحل بقصد التخلص من الرقابة البرلمانية، لكن كان الأولى بالمشرع الدستوري العراقي أن يقرن هذه الضمانة بالنص على جزاء يكفل تطبيقها واحترامها ؛ وذلك بإعادة المجلس المنحل للانعقاد بقوة القانون إذا مرت الفترة المحددة في الدستور من دون انعقاد.^(٢)

الخاتمة

من خلال استعراضنا لأهم ضمانات الحل وقيوده في النظم الدستورية المختلفة بأن هذه الضمانات قد حرص المشرع الدستوري على تضمينها النصوص الدستورية ؛ لأجل المحافظة على ديمومة واستمرار المجالس النيابية في وجهة السلطات التقديرية المخولة لرؤساء الحكومات، باستخدام حق الحل في غير الحالات التي تبرره، خاصة مع تزايد دور السلطة التنفيذية في الدساتير المعاصرة، مقابل تضائل دور تلك البرلمانات من ناحية، والمعوقات التي قد تحاط بممارسة اختصاصه الرقابي من ناحية أخرى، مما يجعل العامل الأساسي في فاعلية هذه الضمانات _ رغم أهميتها من الناحية النظرية _ يعتمد على التزام الحكومات باحترام القواعد الدستورية نصاً وروحاً، وبخلاف ذلك فإن هذه الحكومات تستطيع أن تتحايل على النصوص الدستورية وتخرج عن حرفية النصوص وروحها، وتبرر لجوءها إلى استعمال هذه السلطة الخطيرة في غير أوجهها الدستورية المشروعة، وعموماً فإننا قد استنتجنا من بحثنا النتائج والتوصيات الآتية :-

(٢) د. رافع خضر صالح شير، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٧٥.

(١) نص المادة (٥٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٢) إبراهيم جاسم لطيف، المرجع السابق، ص ١٢٦.

أولاً :- النتائج :-

أولاً : كان الأجدر بالمشروع الدستوري العراقي إضافة ضمانات مهمة وهي ضمانات عدم تكرار حل مجلس النواب لذات السبب، ونعني بهذه الضمانات أنه إذا تمّ حل مجلس النواب لسبب معين فلا يجوز إعادة حل المجلس لنفس السبب مرة أخرى، وذلك لمنع التعسف في استعمال حق الحل.

ثانياً : إن المشروع الدستوري العراقي لم يحدد ضمانات زمنية تتمثل بعدم جواز حل مجلس النواب أثناء فترة الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة، وذلك حتى تتمكن الرقابة البرلمانية من مراقبتها للسلطة التنفيذية خلال الظروف الاستثنائية.

ثالثاً :- النص صراحة على شرط الضرورة كضمانة لترشيح حل البرلمان في جميع النظم الدستورية العربية، مع وضع القيود الزمنية والموضوعية.

ثانياً :- التوصيات :-

أولاً : تعديل نص المادة (٦٤) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥، وذلك على ضرورة أن يتضمن النص قيداً يحرم حل مجلس النواب خلال مدة معينة، على أن لا تقل عن نصف مدة المجلس النيابي.

ثانياً :- نقترح ضرورة النص على حظر حل مجلس النواب أثناء حدوث الظروف الاستثنائية.

ثالثاً :- ضرورة أن ينظم المشروع الدستوري في دستور ٢٠٠٥ الآثار القانونية على السلطتين التشريعية والتنفيذية بنصوص دستورية واضحة.

المصادر**أولاً: المراجع:**

١. د. إبراهيم درويش، النظام السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
٢. د. أحمد عبد اللطيف إبراهيم السيد، حل البرلمان، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
٣. أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، ترجمة عز الدين حسين، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر.
٤. د. بشير علي محمد باز، حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٥. د. جهاد ديب الحرازين، حق حل البرلمان في النظم الدستورية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٣.
٦. د. حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣.
٧. د. رافع خضر صالح شبر، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
٨. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
٩. د. زين بدر فراج، القيود الدستورية على حق رئيس الدولة في حل المجلس النيابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
١٠. د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.
١١. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبدالله، القاهرة، ١٩٤٥.
١٢. د. عبد الحميد متولي، القانون والنظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٣.
١٣. د. غسان بدر الدين، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، دار الحقيقة، بيروت، ٢٠٠٠.

١٤. د. مصطفى محمود عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ودون مكان طبع، ١٩٨٤.
١٥. د. محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، ١٩٩٦.
١٦. د. محمد أنس جعفر، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، لاقاهرة، ١٩٩٧.
١٧. د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١.
١٨. د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

ثانياً: الرسائل ز الاطاريح:

١. عوض رجب الليمون، سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان في الأردن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٦.
٢. علاء عبد المتعال، حل البرلمان في الأنظمة الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦.
٣. وجدي ثابت غبريال، سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها دراسة مقارنة بالمادة (١٦) من الدستور الفرنسي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٧.
٤. إبراهيم جاسم لطيف، حل البرلمان في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة تكريت، ٢٠١٣.
٥. أنور مصطفى الأهواني، رئيس الدولة في النظام الديموقراطي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، سنة ١٩٤٥.

ثالثاً: الدساتير:

١. دستور فرنسا ١٨٧٥.
٢. دستور فرنسا ١٩٥٨.
٣. دستور مصر ١٩٧١.
٤. دستور العراق ٢٠٠٥.
٥. دستور اللبناني ١٩٦٢.
٦. دستور الكويت ١٩٦٢.
٧. دستور سوريا ١٩٥٠.
٨. دستور الأردن ١٩٥٢.
٩. دستور اليمن ١٩٩٤.
١٠. دستور المغرب ١٩٦٢.
١١. دستور السودان ١٩٧٣.
١٢. دستور ألمانيا ١٩٤٩.
١٣. دستور إيطاليا ١٩٤٧.
١٤. دستور الجابون ١٩٦١.
١٥. دستور مدغشقر ١٩٥٩.
١٦. دستور اليونان ١٩٧٥.
١٧. دستور تركيا ١٩٦١.
١٨. دستور بلغاريا ١٩٤٨.