

دليل  
الصياغة التشريعية

اعداد

غازي ابراهيم الجنابي  
رئيس مجلس شورى الدولة  
(سابقاً)

## دليل الصياغة التشريعية

### الفصل الاول

#### تمهيد

الهدف الرئيسي للدليل ، هو تعريف الشخص المكلف باعداد تشريع ما (خاصة الدوائر القانونية) في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة التي يقع على عاتقها اعداد مشروعات التشريعات المختلفة (القوانين والانظمة والتعليمات والانظمة الداخلية ... وحتى المراسيم الجمهورية والبيانات) ومساعدة القائم بالصياغة في اتباع نهج موحد في الصياغة ، عن طريق تقديم ارشادات تمكنه من القيام باعداد المشروع المكلف باعداده بنجاح ، في وضع افكار تهم الدولة والافراد في صياغة التشريعات ، اذ ان الاعداد غير الدقيق او غير المدروس للتشريعات سوف يولد قوانين سيئة او تمرير قوانين غير صالحة مستقبلاً ، وقد تؤدي الى اهدار الاموال واضاعة فرص التقدم والنمو بحجة وجودها نافذة ، ولما كان الدليل لا يقتصر على القانونيين فأن من المفيد تقديم نبذة مختصرة عن عناصر وخصائص القاعدة القانونية ، او كيفية صياغة ذلك باتباع اسلوب موحد من حيث الشكل والمضمون والاسلوب واللغة ، سوف يساهم بظهور قوانين وتشريعات جيدة ويمنع تمرير مشروعات التشريعات غير الصالحة ، ويثبت ويركز اساساً لاعداد تشريعات تخدم المجتمع لسهولة تطبيقها وتنفيذها لوضوح اهدافها وما تسعى اليه .  
ومن هذه الخصائص ما يأتي .:

١. هرمية التشريعات .: من المعلوم ان السمو للتشريع الاعلى ، فالدستور هو السند الاساس لاصدار القوانين والقوانين هي السند لاصدار الانظمة التي يصدرها مجلس الوزراء والتعليمات والانظمة الداخلية التي يصدرها الوزير المختص ، وبدون تفويض صريح من الدستور او القانون لا يجوز اصدار انظمة او تعليمات وبذلك فأن الوزير المختص عند اصداره لنظام داخلي لاحدى الشركات العامة يعتمد في ذلك على قانون الشركات العامة او على قانون الوزارة المختصة .

٢. السياسة التشريعية .:

السياسة التشريعية لاي بلد منتقاة من الدستور او القوانين الاساسية لذلك البلد كما ان الطبيعة الاجتماعية والاقتصادية والدينية لاعراف المجتمعات لها علاقة بالسياسة التشريعية ويقتضي انتقاء القوانين من الاهداف المرسومة للدولة بما يضمن وحدة التطبيق .

٣. تراهن الدول عموماً والمجتمعات عامة على ان تشريعاتها تتفق تماماً مع ما اقرته او صدقته او انضمت إليه من اتفاقيات ومعاهدات دولية لذلك فإن اي تشريع يقتضي من (الصائغ) ان يأخذ بعين الاعتبار تلك الاتفاقيات والمعاهدات فلا يجوز اصدار تشريع يتعارض مع حقوق الانسان او يتعرض الى دياناتهم او يحد من حريتهم التي كفلتها تلك الاتفاقات .
٤. ان لقرارات المحاكم العليا والمراجع الفقهية واحكام القضاء وما استقرت عليه التشريعات العامة وذات الصلة بأي مشروع يقتضي الاخذ بها عند اعداد اي تشريع لان مخالفتها قد يولد النفرة من التطبيق لذلك فإن معد المشروع عليه البحث والتقصي فيما اذا كان هناك قرارات للمحاكم استقرت ودام اتصالها وما ولدته الفتاوى التي تصدرها الجهات ذات الاختصاص كمجلس شورى الدولة .
٥. بيان المشكلة التي يسعى المشرع الى ايجاد الحلول لها او وسائل تحقيقها فاذا كان المشروع بعيداً عن مجال صائغه فله ان يستعين بالجهة المعنية الفنية فالتردد الطيفي والاشعاع النووي من اختصاص الجهة المعنية بالاتصالات والبيئة والهيئة العراقية للوقاية من الاشعاع لذلك عليه الجلوس مع تلك الجهة للوصول الى معنى فني واضح ومفهوم .
٦. على الصائغ التواصل مع الجهة طالبة التشريع وطرح الاسئلة والمقترحات وتسلم الايضاحات .
٧. الوقوف على التشريعات السابقة والتي لها علاقة بالموضوع فلا يقتضي منه اعداد مشروع جديد عند توافر تشريع نافذ يفي بالغرض لان الغاية من اي تشريع هو ادامة التنمية والتنمية الوطنية هي التي تحدد ما اذا كان التشريع النافذ يفي بالغرض من عدمه .
٨. الانتباه الى مدى تأثير التشريع على الاوضاع القائمة والتشاور مع الجهة طالبة التشريع والاشخاص في مواقع المسؤولية العليا للتحقق من مدى نشوء آثار سلبية عند تطبيقه وهذه الاثار قد تكون وطنية او اقليمية او دولية .
٩. على المشرع ان يتحقق ويتعرف على وسائل تنفيذ التشريعات ومدى توفر الامكانيات المادية والبشرية لغرض انجاح التنفيذ .
١٠. ان ضمان وحدة التشريع وتوحيد اسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعابير القانونية هي من المبادئ الاساسية التي تعتمدها الجهة المختصة باعداد التشريعات لان لكل تعبير في القانون معنى ومدلول خاص يقتضي مراعاته في جميع القوانين .

## الفصل الثاني

## تصميم خطة التشريع

### ١. الخطوات الاولية .:

اولاً .: على الصائغ ومعد المشروع فهم الاهداف التي يرمي اليها التشريع من خلال اسس التشريع بالاستعانة بمشورة اصحاب الاختصاص والفنيين لغرض فهم الموضوع ان كان بعيداً عن مجال تخصصه وان تكون لديه القدرة بعد استيعابه اسس التشريع على توجيه الاسئلة لتوضيح ما قد يحتاج اليه وكتابة هذه الاستفسارات وطلب الاجابة عليها ومناقشتها للوصول الى نص واضح وسهل الفهم .

ثانياً .: التواصل الدائم مع الجهة مقدمة المشروع وطرح الاستفسارات اللازمة لها وخصوصاً المسائل الشائكة والرئيسية وعدم ترك اي مسألة غير واضحة دون تفسير وعليه فأن الامر يتطلب عقد اجتماعات مع تلك الجهة يقدم فيها مقترحاته وتقدم الجهة ما يسعف الطلب الى حين الانتهاء من تدقيق المشروع على ان ينظم بتلك الاجتماعات محضراً يوضح ما تم التوصل اليه للرجوع اليها عند طلب التفسير .

ثالثاً .: على الصائغ التثبت (اولاً) من دستورية التشريع محل الصياغة وتقع عليه مسؤولية تنبيه الجهة في حالة وجود تعارض بين المشروع والمبادئ الدستورية والتشاور معها لايجاد الحل المناسب لذلك ، ويندرج في هذا السياق التثبيت من مراعاة الاتفاقيات الدولية المبرمة مع الدول ومبادئ حقوق الانسان .

رابعاً .: على الصائغ وضع هيكلية التشريع مبوية حسب المشكلة التي يرمي الى حلها المشرع لغرض الوصول الى الاسلوب الانسب لتصنيف عناصر التشريع ووضعها في مجموعات متجانسة لتسهيل عملية الصياغة ، اذ يمكن للصائغ التعرف في مرحلة مبكرة على حجم المشروع وعناصره وترتيب افكاره وتحديد مصطلحاته وازالة اي غموض يكتنف الهدف بالتشاور مع الجهة طالبة التشريع وتقدير ما اذا كانت الحاجة تدعو الى ايجاد تشريعات فرعية او جداول ملحقه .

### ٢. كيفية وضع الخطة .:

اولاً .: بعد استكمال الخطوات الاولية بجمع المعلومات من خلال الهدف الذي يسعى المشرع الى الوصول اليه وجميع الاعمال التحضيرية يضع الصائغ عناصر التشريع في قائمة قد لا تكون متجانسة في البداية ثم يجري تصنيفها في ثلاث مجموعات رئيسه تخصيص أولها للتعاريف ان كانت هناك حاجة اليها بمعنى ان التعاريف اختيارية ولا يستلزم وضعها الا اذا كانت فنية لان مهمة المشرع ليست كمهمة القاضي اذا ان التعريف يحدد التفسير وهي مهمة القضاء واصحاب الفتوى ثم ينتقل الى نطاق التطبيق والسريان ثم الاحكام العامة والمجموعة الثانية تخصص للاحكام الجوهرية

او الاحكام الموضوعية والمجموعة الثالثة للاحكام الانتقالية والتي تتعلق بالالغاء وتفويض الصلاحيات والتكليف بتنفيذ التشريع وموعد نفاذه وقد يستلزم الامر تفصيل عناصر المجموعة الاكبر وخصوصاً الاحكام الجوهرية الى مجموعات اصغر وقد تكون اكثر تجانساً وهو امر يعود تقديره للصائغ ومعد المشروع وبعد استكمال وضع الخطة وقبل المشروع في متابعة مواد التشريع التأكد من صحة خطواته السابقة من حيث تحقق عناصر التشريع للهدف الذي جاءت فكرة التشريع لتحقيقه .

ثانياً :- من الالزم والمفيد وضع قانون واحد لكل (موضوع واحد) وعدم اصدار عدة قوانين لحل (مشكلة واحدة) كما هو الحال في .

- . قانون حماية المنتجات العراقية من الاغراق .
- . قانون حماية المحاصيل والمنتجات الزراعية والنباتية والحيوانية من الاغراق .
- . قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم .
- . قانون الاجراءات التنفيذية لتكوين الاقاليم .
- . قانون العاصمة بغداد .
- . قانون انتخاب مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم .
- . قانون تعويض المصابين نتيجة الاعمال الارهابية .
- . قانون تعويض ضحايا الارهاب .
- . قانون تعويض المصابين نتيجة الاخطاء العسكرية والاعمال الحربية .

ثالثاً :- عدم الاسهاب في صياغة الجمل وذكر التفاصيل عند اعداد مشروعات القوانين ، وتترك جميع التطبيقات الى الانظمة والتعليمات على ان الاختصار قد يؤدي الى جملة من الاخطاء ، كما هو الحال في قانون احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة للمحامي المعين بوظيفة .

### الفصل الثالث

#### بناء المشروع

يتكون بنيان التشريع من عدد من الفروع الاساسية لكل منها موقعٌ فيه ، وهي وحدات بناء التشريع :-

١. المقدمة .

٢. المتن .

٣. الخاتمة .

وقد يضاف اليها وحدة او اكثر تتعلق بالملاحق والجداول عند الحاجة .

## الفرع الاول

### اسلوب التعبير القانوني

يقع على عاتق الصائغ ومعد المشروع مهمة التعبير عن احكام التشريع بلغة سليمة سلسه واضحة ومختصرة دون الاخلال بالوضوح وتوخي الدقة والتحديد في اختيار الكلمات المعبرة عن المعنى المقصود بشكل مباشر وواضح لا يحتمل اي تأويل او تفسير غير مقصود كما يأتي .:

١. اعتبارات اللغة في صياغة الجمل .:

اولاً .: ينبغي ان تكون لغة المشروع مفهومة وان تكون بصيغة (من) يفعل (ماذا) وهذه

اللغة موجهة لمن ينفذ القانون لذلك يقتضي ان نهتم ب .:

أ . الشكل .

ب . الاسلوب .

ج . المضمون .

ثانياً .: من الضروري صياغة جمل قصيرة فيها علامات الترقيم او تفصيلها في بنود

وفقرات بحيث يؤدي ذلك الى وضوح الفكرة وترابطها في آن واحد والا فترك

الجمل الطويلة على حالها افضل من الوقوع في الغموض .

ثالثاً .: تفضيل الفعل المبني للمعلوم على الفعل المبني للمجهول فبهذا الاسلوب تحدد

الجهة او الشخص المطلوب منه اتيان فعل او تركه على وجه الدقة اي ان

يكون الشخص الذي يؤدي الفعل القانوني في موضع الفاعل في الجملة ويكون

الشخص المتلقي للفعل في موضوع المفعول وان تكون الجملة في صيغة

المعلوم وشديدة الوضوح (تحكم المحكمة على من خسر الدعوى بالمصاريف) .

يمنح منتسبو الدولة قطعة ارض . من هو الذي يمنح والى اية جهة يراجع الموظف ؟

رابعاً .: تفضيل التعبير الايجابي على التعبير السلبي واستخدام صيغة الاثبات بدلاً من النفي

لا يجوز لمن دون سن الثامنة عشرة او اقل ان يصوت في الانتخابات .

يجوز لمن اكمل او اتم الثامنة عشرة او اكثر ان يصوت في الانتخابات .

خامساً .: استعمال الجملة الفعلية بصيغة المضارع البسيط لكونها اكثر تحديداً من المكتوبة

بصيغة المستقبل في مجال الالزام .

سادساً :. عند استعمال الجملة الشرطية التنبيه لكتابة جواب الشرط باستعمال حرف (ف) في الجواب لتأكيد الترتيب الفوري للمساءلة بمجرد تحقق الشرط .

- اذا جاء نصر الله والفتح \* ورأيت الناس يدخلون في دين الله افواجاً \* فسبح بحمد ربك واستغفره انه كان تواباً \* (الآية الكريمة) .

سابعاً :. تأكد من استخدام (واو) العطف وحرف (ا و) بعناية .

\*\* تقرر منح المصاب في حادثة ..... قطعة ارض او سيارة .

ثامناً :. وضع الفعل والفاعل والمفعول به في وضع متجاور قدر الامكان .

\*\* يُكرم وزير الدفاع المتميز في الدفاع عن العراق .

تاسعاً :. يفضل استخدام (المذكر) ليسري على المؤنث و(المفرد) ليسري على (الجمع) الا اذا تطلب النص ذكر المؤنث او الجمع او المثني فيصار الى وضع النص وفقاً لهذه الحاجة .

عاشرأ :. ضرورة احتساب المواعيد والتواريخ بالتقويم الميلادي إلا عند الضرورة .

## ٢. اعتبارات الموضوع في الاصطلاحات :

اولاً :. من الضروري استعمال كلمات محددة تؤدي الى المعنى المقصود او استعمال كلمات بشكل مباشر بتجنب استعمال كلمات مترادفة للتعبير عن الحكم المقصود او استعمال كلمات يشكل معناها جزء من المعنى لكلمة اخرى تم استعمالها (قطعة ارض ، جزء من قطعة ارض) .

(لاغ ، باطل . التزام ، حق . سنة وعام . يوم ونهار . مبني ومنتشأ) .

ثانياً :. على صائغ المشروع استعمال المصطلحات الاحداث نسبياً والتي سنحت في الفكر القانوني واذا لزم استعمال مصطلحات فنية متخصصة فيفضل ادراج تفسير لها في مادة التعارف او في موقعها ان لم يكن استعمالها مكرراً (موبايل . محمول . هاتف . نقال . عقود الهاتف المحمول . CD سي دي . باسورد Password . الطيف الترددي ، محطة طرفية . محطة فضائية . العقد الرياضي ، الفيفا ، بيع لاعب كرة قدم) .

ثالثاً :. على الصائغ الثبات في استعمال المصطلحات والكلمات المعرفة ضمن حدودها .

رابعاً :. تحاشي استعمال المصطلح الاجنبي ، الا اذا لم يكن له مقابل في اللغة العربية او كان المقابل غير مألوف فيوضع في الحالتين بين قوسين (Shock) للصدمة الكهربائية لمرضى الاعصاب .

## الفرع الثاني

## مراعاة حدود التشريع

إذا كان التشريع يتناول تنظيمًا جديدًا فإنه من الأوفق أن يتم في شكل تشريع جديد يحل محل التشريع القائم ، لغرض ازالة التداخل بين التشريع القديم والتشريع الجديد وصياغة الاحكام في التشريع الجديد بصورة متكاملة بنصوص مرتبة ليسهل الرجوع اليها دون صعوبة .

اما اذا كان التشريع المطلوب يتضمن تعديلات جزئية ومحدودة تتناول بعض نصوص التشريع القائم وذلك باستبدال بعض نصوصه او باضافة نصوص اخرى فأن كانت هذه النصوص في شكل مواد مستقلة فيمكن ان ترد بارقام متكررة في المكان المناسب ولا يجوز من حيث الصياغة ان ينص على تعديل تسلسل المواد بأن تضاف مادة الى مقدمة المشروع ويذكر فيه على ان يعدل تسلسل المواد الاخرى لان ذلك فيه مشاكل كثيرة من حيث ترقيم المواد ومن حيث احالة بعض النصوص على نصوص كانت سابقاً برقم واصبحت الان برقم جديد .

وقد استقر الرأي في مجلس شوري الدولة على ان التعديل اذا احتوى على نصف او اكثر من النصف من مواد المشروع المطلوب تعديله فيقتضي اعداد مشروع جديد بدلاً من التشريع النافذ لان تعديل نصف مواد التشريع النافذ سوف يخلق مشاكل كثيرة في التطبيق ، كما لايجوز اضافة عبارات في صدر المادة المطلوب تعديلها او في اخرها لتصبح مادة جديدة والافضل ان تلغى المادة ويحل محلها نص جديد يتضمن الاضافة .

## الفرع الثالث

### شمول النصوص لجميع الحالات

- تأكد من ان النص المستخدم يغطي كل نطاق المعنى .:
- يمنح المشمولون باحكام المادة (١) من هذا القانون راتباً تقاعدياً وفقاً للنسب الآتية .:
- أ . (٣٠%) من مجموع راتبه ومخصصاته الشهرية اذا كانت لديه خدمة فعلية في الدولة تزيد على ستة اشهر وتقل عن سنة واحدة .
- ب . (٥٠%) من مجموع راتبه ومخصصاته الشهرية اذا كانت لديه خدمة فعلية في الدولة تزيد على سنة واحدة وتقل عن ثلاث سنوات .
- ج . (٧٠%) من مجموع راتبه ومخصصاته الشهرية اذا كانت لديه خدمة فعلية في الدولة تزيد على ثلاث سنوات وتقل عن خمس سنوات .

د . (٨٠%) من مجموع راتبه ومخصصاته الشهرية اذا كانت لديه خدمة فعلية في الدولة تزيد على خمس سنوات ..... .  
ما هو موقف من لديه سنة واحدة خدمة فعلية في الفقرة (ب) اعلاه .  
ما هو موقف من لديه ثلاث سنوات خدمة فعلية في الفقرة (ج) اعلاه .  
ما هو موقف من لديه خمس سنوات خدمة فعلية في الفقرة (د) اعلاه .  
وبذلك ينبغي ملاحظة كون النص شاملاً لجميع الفئات التي يرغب المشرع بشمولها او جميع الحالات التي لها علاقة بالنص كي لا تتأثر المراكز القانونية من نقص التشريع .

## الفصل الرابع

### تحديد الجهة المنفذة للتشريع

١. يجب تحديد الاطراف الفاعلة الرئيسية وتوضيح ادوارها في التنفيذ (تطبيق القانون هو الوصفة الطبية لمعالجة المريض) .
٢. تحديد الجهة المنوط بها تنفيذ القانون وبمعنى آخر تحديد اختصاص كل جهة لان القانون الجيد لا يستحق هذا الوصف مالم ينفذ .

المحاكم	القضاء
القضايا الزراعية والنباتية والحيوانية .	وزارة الزراعة
الماء وماله علاقة بالري والسدود .	وزارة الموارد المائية
الاسكان .	وزارة الاعمار والاسكان
الرواتب والخدمة .	وزارة المالية
تنظيمات الجيش .	وزارة الدفاع

لكي لاتتخذ قرارات تعسفية من الجهاز التنفيذي يقتضي ان تكون اجراءات تنفيذ القانون مستندة الى : .

اولاً : مبادئ الادارة الرشيدة للحكم .

ثانياً : اتخاذ القرارات التنفيذية مبني على معلومات وبيانات صحيحة .

ثالثاً : تستند تلك القرارات على معايير وقواعد واضحة .

لذلك ينبغي التأكد من ان المشروع ينص على قواعد ومعايير تضمن اتخاذ قرارات فعالة وغير تعسفية ومن اهم المعايير التي يجب على الجهة التنفيذية الالتزام بها عند اتخاذها قرارات تنفيذية : .

أ . ان تكون القرارات مكتوبة ومسببة (قرار نقل الموظف سلطة تقديرية بيد الوزير على ان يتخذ هذا القرار استناداً الى المصلحة العامة وحسن سير العمل في الوزارة) لانه مالم

ينص مشروع القانون على معايير لاتخاذ القرار (لن يصدر قرار منصف الا بمحض الصدفة) لذلك يلجأ القاضي في اصدار قراره الى التسبيب وبيان حيثيات ذات صلة بالقرار المتخذ فأن لم يبين على تلك الاسباب والحيثيات فتتصدى له محكمة التمييز بالنقض .

ب . ان يستند اصدار القرار الى (سوابق) ذات صلة بالموضوع ستصبح هذه السوابق مبادئ واجبة الاتباع .

ج . ان يتخذ القرار بناء توصية او مشورة .

لذلك تلجأ معظم الدول الى تشكيل لجان لاعداد القوانين او تشكيل هيئات او مؤسسات او ادارات او مجالس لاعداد وتدقيق مشروعات القوانين قبل عرضها على السلطات التشريعية ، رغم اعتراض البعض من ان ذلك يؤدي الى زيادة في التكاليف وتأخير في الوقت ، الا ان صدور قانون ناضج وسهل التطبيق يستحق جهداً ومالاً .

٣ . لا يجب ان يمنح مشروع القانون القائمين على تنفيذه سلطة مطلقة ، ولا يشكل منح السلطة التقديرية التعسف فقط وانما الى انتشار الفساد ، نقل الموظف سلطة تقديرية للمسؤول الاعلى في الوزارة الا انه يستخدم في معظم الاحيان عقوبة مبطنة .

٤ . ان يسمح المشروع بوجود تظلم او نطاقاً للتظلم والمساءلة لان تعسف الادارة في اصدار قرار غير صحيح يوجب الالغاء او التعويض .

٥ . وجود آلية في مشروع القانون تتيح لصانع القرار ان يبادر بالفعل لا ان يتصرف بأسلوب رد الفعل لان معظم المؤسسات الحكومية لاتراقب او تقيم بشكل منظم ودائم اداء اعمالها .

وتنقسم الاجهزة التنفيذية بصفة عامة الى نوعين .:

اولاً .: تبادر بالفعل .

ثانياً .: تتصرف بأسلوب رد الفعل .

وفي اغلب الاحيان تتصرف الشرطة بأسلوب رد الفعل عندما تتلقى شكوى من

المتضرر اذ انها لا تحقق الا في الانتهاكات التي يبلغ عنها المواطن .

٦ . التأكد من ان آلية تطبيق احكام القانون لاتعيق تنفيذها كما هي آلية استجواب رئيس مجلس المحافظة او المحافظ .

٧ . تأكد من ان مشروع القانون ينص على نظام للرقابة والاشراف .

٨ . تأكد من ان الجهاز التنفيذي لديه الفرص والامكانيات اللازمة لتنفيذ القانون .

عدم كفاية الموارد البشرية . عدم كفاية الموارد المالية

عدم كفاية الموارد المالية للجهاز التنفيذي .  
المشرف الزراعي لايمكك سيارة للانتقال الى الحقول والمزارع .  
مفتش العمل لايمكك دراجة للتفتيش في المناطق البعيدة والنائية وبذلك يصبح المشروع  
الجيد والواضح (نمراً من ورق) .

## الفصل الخامس

### اختيار العبارات والجمل

١. من الضروري ان لا تستخدم في مشروع القانون الكلمات المتأرجحة .  
تلزم المستشفيات والعيادات والمراكز الطبية الخاصة بتنظيم الآتي :  
هل المقصود من كلمة الخاصة للمراكز الطبية او المستشفيات والعيادات ايضاً .
٢. لا تستخدم الكلمات المثيرة للالتباس الا اذا كان لها تعريف او توضيح محدد في المشروع  
او قانون نافذ القضايا الاستراتيجية . القضايا ذات الجانب الامني . الامور المهمة .  
المنشآت الحيوية . الاسلوب الامثل اعلى معايير الكفاءة والنزاهة . القرارات غير العادلة  
.

إذ أن تلك العبارات غير واضحة وتحتمل التفسير والتأويل فمن هو المفسر لها ؟  
٣. تأكد من ان كل مادة مخصصة (لفكرة واحدة) وان الفكرة الواحدة غير مقسمة على اكثر  
من مادة واذا كانت المادة تتناول اكثر من موضوع فيتم تقسيمها الى مادتين او اكثر .  
(وفاة الموظف او اصابته بعجز لايجوز دمجها في مادة واحدة) .  
وفاة العامل او وفاة صاحب العمل ينقضي بهما عقد العمل ، اما حالة العجز للعامل  
عن القيام بعمله فهي فكرة اخرى لاتتعلق بانقضاء عقد العمل .

ابطال العقد في حالة عدم الرضا هي غير حالة ابطال العقد اذا شابه عيب بسيط .  
٤. جزأ الجملة القانونية الى بنود وفقرات لغرض فك تعقيد الجملة القانونية وتقليل كلماتها .  
يشترط لتعيين الموظف ما يأتي : .

ان يكون قد اكمل او اتم الثامنة عشر من عمره ، (ولا تستخدم كلمة بلغ) لانه  
ما زال في الثامنة عشرة من عمره والمطلوب اكماله تلك السن ، وكامل الاهلية وعراقي  
الجنسية والشهادة التي تؤهله لتولي الوظيفة يقتضي ان يوضح كل شرط من تلك  
الشروط في بند مستقل .

٥. تجنب استخدام فعل (يكون) فعلاً اساسياً في الجملة .  
يكون مقدار التعويض المستحق دفعه للعامل في حالة العجز الدائم الدائم هو المقدار  
ذاته المستحق في حالة الوفاة .

- يمكن استخدام الفعل (يدفع) كي يكون النص سليماً وواضحاً .  
يدفع للعامل مقدار التعويض المستحق له في حالة العجز الدائمة هو المقدار ذاته المستحق له في حالة الوفاة .  
يكون كل من يعين في وظيفة .  
يشترط فمن يعين في وظيفة .  
وقد يكون .... بمعنى (يعتبر) (يكون مرتكباً لجريمة القتل العمد كل من) ....  
لذلك تجنب استخدام تعبير (يعتبر) المنشيء لقاعدة قانونية .  
يعتبر انتهاء خدمة العامل من صاحب العمل تعسفياً .....  
لايجوز فصل العامل بسبب تقديم العامل شكوى جديدة ...
٦. تجنب استخدام كلمة (من قبل) اذا انها جاءت ترجمة عن الانكليزية (BY) كما لو قلنا (ترجمت من قبلي) (translate by me) والافضل استخدام الفعل مباشرة لعدم وجود اصل لتعبير (من قبل) في اللغة العربية .
٧. بدلاً من ان يعبر مشروع القانون عن (حقوق) اجعله يعبر عن سلوكيات .  
(للموظف الحق من الانضمام الى نقابة) .  
لايجوز لصاحب العمل ان يعاقب العامل على الانضمام الى نقابة .  
يحق لكل من يحتاج الى علاج طارئ وينقل الى قسم الطوارئ بأي مستشفى ان يتلقى العلاج اللازم .  
على المستشفى ان تقدم علاجاً طارئاً لكل من ينقل الى قسم الطوارئ بها ويكون بحاجة الى تلقي ذلك العلاج .

## الفصل السادس

### اقسام التشريع

#### الفرع الاول

#### بداية التشريع

#### ١. عنوان التشريع :

يصاغ عنوان التشريع بعباراة مختصرة وواضحة تعكس مضامين التشريع ويفضل استعمال كلمات وعبارات استقر تداولها في الفكر القانوني لذلك لم يقل صائغو القانون المدني (قانون العقود والالتزامات والواجبات ....) رغم ان القانون المدني يتضمن العديد من المعاملات والعقود والحقوق والواجبات ، نقول لقانون الخدمة المدنية :

## قانون الوظيفة العامة

٢. رقم التشريع :

من مكونات التشريع ان يحمل رقماً متسلسلاً وسنة صدوره ويثبتان عند النشر .

رقم (٢٦) لسنة ٢٠١١

قانون

رواتب ومخصصات رئاسة الجمهورية

٣. التعاريف

ان تخصيص مادة للتعاريف في اي تشريع هي مسألة اختيارية يعود تقديرها لمعد المشروع ولا ينبغي استعمالها الا ثبوت لزومها لتلك التعاريف ، لما في ذلك من آثار سلبية عند التفسير .

وان احتاج اليها الصانع او الجهة طالبة التشريع فهي لايضاح مفهوم مصطلح غير متعارف عليه او تحديد المعنى بالتوسيع اذا كان موضوعها يخص التشريع كله ، اما اذا كان التعريف يخص مادة او فصلاً محدداً فيحبذ ان يرد في بدايته . فاذا كان الفعل او المادة قد اورد عبارة (الراتب الكلي) فمن الافضل ان يعرف الراتب الكلي في بداية هذه المادة فيقال .

ويقصد بالراتب الكلي ، (الراتب الاسمي والمخصصات غير الثابتة) والمخصصات غير الثابتة هي المخصصات التي تمنح للموظف بسبب العمل الذي يقوم به او موقع العمل او الظروف الجوية للعمل .

٤. نطاق تطبيق القانون :

ويقصد به مجال سريان التشريع من حيث المكان او الاشخاص او الفئات وتلي مادة نطاق تطبيق القانون (السريان) مادة التعاريف مباشرة وهي كذلك من المواد التي يعود مدى لزوم ادراجها في التشريع لتقدير معد المشروع .

(يسري هذا القانون على موظفي الخدمة المدنية .... او الخدمة الجامعية ... ) .

(لايسري هذا القانون على افراد القوات المسلحة وقوى الامن الداخلي ....) .

## الفرع الثاني

### متن التشريع

١. مكوناته :

وتضم مجموعة المواد المشتملة على الاحكام الجوهرية في التشريع والتي سبق لمعد التشريع ان افرزها عند تصميم الخطة ، ورغم تباينها من تشريع الى آخر الا انه يمكن تصنيفها الى احكام موضوعية كالتالي تبين الحقوق والواجبات واحكام ادارية تبين كيفية حماية الحقوق واجراءات القيام بالواجبات والالتزامات وضمان تنفيذها .

## ٢. ترتيب المواد :

من اهم الاسس في ترتيب مواد التشريع اتباع التدرج فالاهم يكتب قبل الاقل اهمية والعام قبل الخاص ، والمتضمن حكماً اساسياً قبل المتضمن حكماً فرعياً ، والمتضمن حكماً موضوعياً قبل المتضمن حكماً ادارياً او اجرائياً .

## ٣. نطاق استعمال ترتيب المواد :

لاينحصر استعمال ترتيب هذه الاسس في نطاق الاحكام الجوهرية بل ينبغي ذلك في مجمل مواد التشريع وعند ترتيب الاقسام وفي جمل المادة الواحدة .

## ٤. ترتيب المواد في الاقسام :

يقصد به وضع المواد في مجموعات تشكل كل منها قسماً بذاته مرتبطاً مع باقي الاقسام ويحمل كل قسم منها ما يعكس جوهر احكامه ، وتظهر الحاجة الى التقسيم على وجه الخصوص في التشريعات الطويلة ومن فوائد التقسيم التسهيل على مستعملي التشريع في العثور على الحكم خلال مراجعة عناوين الاقسام كما انه يسهل على معد المشروع والصائع عندما يرغب في الاشارة لمجموعة من المواد في التشريع للاشارة الى عنوان القسم الذي يريده من تعددها .

## ٥. ترقيم المواد :

ترقم المواد لكل الاقسام بالتسلسل المستمر واذا استدعى الامر تجزئة المواد الى بنود والبنود الى فقرات ، ان يحاول الصائع ضرورة ترابط المادة لغوياً وموضوعياً :

فالمواد تكتب ١ . ٢ . ٣ .

(والمادة ١) تقسم الى بنود

اولاً .

ثانياً .

ثالثاً .

(والبنود اولاً) يقسم الى فقرات :

أ .

ب .

ج .

والفقرة الى :

(١) .

(٢) .

(٣) .

وهذا ما سار عليه الدستور العراقي .

### الفرع الثالث

#### استعمال الاحالة

استعمال الاحالة :

والمقصود بها الاشارة الى مادة من تشريع آخر له علاقة بالتشريع محل الصياغة ، تستخدم الاحالة لغرض الاختصار وعدم التكرار وينبغي في هذه الحالة تعيين رقم المادة وعنوان التشريع المحال اليه دون ذكر الفصل او الباب .

اما عند الاحالة الى مادة اخرى في التشريع محل الصياغة فيحدد رقم المادة المحال اليها دون ذكر عنوان التشريع ودون تحديد موقعها في الفصول والابواب ، على ان يتحاشى معد القانون الاحالة بصيغة الاشارة على مادة سابقة او لاحقه ، لان ذلك يؤدي الى الازباك عند تعديل التشريع مستقبلاً :

كما لو نقول يشترط من المرشح توفر الشروط المنصوص عليها في المادة (اعلاه) او المادة (ادناه) :

بل نقول

يشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس المحافظة ذات الشروط المنصوص عليها في البند (اولاً) من المادة (٥) من هذا القانون .

على ان يتأكد معد المشروع من :

١ . صحة الاحالات الداخلية من مشروع القانون .

٢ . في حالة وجود استثناء على النص ان يتأكد من الاحالة اليه .

أ . لايجوز للصيدلي ان يصرف ادوية بناءً على تذكرة طبية غير موقعة من طبيب ممارس مرخص له .

ب . استثناء من احكام الفقرة (أ) المنصوص عليها في هذه المادة ، يجوز للصيدلي صرف ادوية طبية للحامل بناءً على تذكرة قابلة مأذونة .

## الفرع الرابع خاتمة التشريع

تلي هذه الوحدة من المواد في موقعها وحدة (متن التشريع) ويفضل ان يكون عنوانها ب(الاحكام الختامية) وفيها تنتهي مواد التشريع وينبغي ان تشمل على مسائل اهمها ما يأتي :  
١. الالغاء .

ويقصد به الغاء تشريع او تشريعات نافذة او بعض موادها تمت معالجة موضوعها في التشريع محل الصياغة ، وينبغي ان يلتزم معد المشروع والصائغ في هذا المجال بما يأتي :

اولاً : اتباع صيغ الالغاء الصريح وعدم اللجوء الى الالغاء الضمني كلما امكنه ذلك لان الالغاء الضمني له سلبيات كثيرة في التطبيق .  
ثانياً : تجنب استخدام جملة وبلغي كل نص يخالف احكام هذا القانون او ما يسمى ب(الالغاء الاعمى) لان ذلك يثير الالتباس لدى المنفذ والمطبق وكذلك المفسر .

ثالثاً : تجنب استخدام جملة لايمنع من معاقبة المخالف لاحكام هذا القانون بعقوبة اشد ينص عليها قانون آخر ووضع العقوبة المناسبة في التشريع الجديد .

رابعاً : ابقاء التشريعات الفرعية كالانظمة والتعليمات والانظمة الداخلية الى حين ما يحل محلها او يلغيها .

لغرض اعطاء فرصة للجهة المختصة من ايجاد البديل وعدم توقف سير المعاملات .

مادة : تبقى الانظمة الداخلية والتعليمات نافذة بما لايتعارض مع احكام هذا القانون الى حين ما يحل محلها او يلغيها .

خامساً : التنبيه للمراكز القانونية القائمة وتأثير الالغاء على تلك المراكز وايجاد الحلول الملائمة من خلال الاحكام الانتقالية .

سادساً : التنبيه لهرمية التشريعات بحيث لا يتم الغاء تشريع اعلى من التشريع محل الصياغة .

٢. الاحكام الحافظة :

ويقصد بها تضمين التشريع محل الصياغة احكاماً تثبت استمرارية حقوق او واجبات قائمة بموجب التشريع المزمع الغاؤه ومن ابرز استعمالاتها النص على

استمرار مفعول الرخص والاجازات التي صدرت بموجب التشريع الملغى لحين انتهاء مددها .

مادة :- تبقى الاجازات والرخص الممنوحة بموجب قانون ادارة البلديات رقم (٦٥) لسنة ١٩٦٩ الملغى نافذة الى حين انتهاء مددها .

٣. الاحكام الانتقالية :- ويقصد بها الاحكام التي تمهد للانتقال السلس من مراكز قانونية قائمة بموجب التشريع النافذ الى المراكز المقترحة عند نفاذ التشريع الجديد ومن استعملاتها منح التجار مهلة لتنظيم دفاترهم وسجلاتهم وفقاً لتشريع جديد للتجار او الشركات .

مادة :- يكيف التجار او (الشركات) اوضاعهم القانونية ومسك سجلاتهم والدفاتر التجارية وفقاً لاحكام هذا القانون خلال (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ نفاذه .

مادة :- ينقل موظفو هيئة الاستثمار التجارية الملغاة بموجب هذا القانون وموجوداتها ومستلزماتها الى الهيئة المشكلة بموجب هذا القانون .

مادة :- تنقل حقوق والتزامات الهيئة الملغاة بموجب هذا القانون الى الهيئة المؤسسة بموجب هذا القانون .

٤. تفويض الصلاحيات :-

ويقصد بها تفويض المشرع لجهة محددة في السلطة التنفيذية باصدار تشريعات ثانوية تنظم اموراً تفصيلية يشملها التشريع الاساس ومن المهم ان ينتبه معد المشروع والصائغ الى ما يأتي :-

أ . ان يكون التفويض دستورياً :- كتفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية باصدار انظمة وتعليمات بهف تنفيذ القوانين او قانونياً كتفويض الوزير باصدار تعليمات وانظمة داخلية لتسهيل تنفيذ القوانين وتنظيمات الهيكل الاداري للوزارة وتشكيلاتها .

المادة . ٨٠ . من الدستور : يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الآتية :-

ثالثاً :- اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين .

المادة . ٨٥ . من الدستور

يضع مجلس الوزراء نظاماً داخلياً لتنظيم سير العمل فيه .

المادة . ٢٥ . من قانون وزارة التربية :-

يصدر الوزير التعليمات والانظمة الداخلية لتسهيل تنفيذ هذا

القانون .

وإذا كان الأمر يتطلب إصدار نظام تشريعي (يختص بإصداره مجلس الوزراء) .

فنقول :

مادة :. يجوز إصدار أنظمة لتسهيل تنفيذ أحكام هذا القانون .

ب . عدم جواز التفويض بالتفويض :- اي لايجوز لرئيس مجلس الوزراء ان يفوض الوزير لاصدار نظام تشريعي ، ولا يجوز للوزير ان يفوض وكيل الوزارة لاصدار التعليمات .

ج . ان يتم تحديد المسائل التي يلزم تنظيمها في التشريعات الثانوية :- بدقة وعدم فسح المجال للجهة التنفيذية بالابتعاد عن غاية التشريعات الثانوية كالانظمة والتعليمات التي مهمتها تسهيل التنفيذ وليس ايراد احكام ونصوص جديدة لم ترد في القانون او مخالفتها لهذا القانون ومن امثلة ذلك :-

شروط تعيين الموظف وتحديد درجته وعنوانه وراتبه وانضباطه وترقيته وكذلك

فرض الرسوم والغرامات والعقوبات لاينبغي ان تدرج الا بقانون .

٥ . التكليف بتنفيذ التشريع :- ويقصد به المادة المحتوية لحكم يفيد تكليف الجهات المختصة كل فيما يخصه تنفيذ احكام التشريع .

المادة :- تتولى هيئة التقاعد الوطنية احتساب الحقوق التقاعدية للمشمولين باحكام الامر (٩) لسنة ٢٠٠٥ .

او

على وزير العدل تنفيذ هذا المرسوم

٦ . نفاذ التشريع :- وهي عبارات تحتويها اخر مواد التشريع ، كموعده بدء سريانه ونشره في

الجريدة الرسمية وارتباط بدء سريانه مع النشر ويجوز عند الضرورة

النص على سريان مواد او اقسام من التشريع قبل الاخرى .

كما ورد في الاحكام الختامية لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم

(٢١) لسنة ٢٠٠٨ .

المادة . ٥٥ .

اولاً :- ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ولا تسري احكامه على

المحافظات غير المنتظمة في اقليم الا بعد اجراء انتخابات المجالس القادمة ،

باستثناء ما ورد في الفقرة (ثانياً) من هذه المادة .

المادة . ١٢٩ . من الدستور تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها ، ما لم ينص على خلاف ذلك .  
ومن المبادئ العامة ان القوانين ذات التكاليف المالية على المواطن او تفرض عقوبات جديدة لا تسري على الماضي .  
٧. الاصدار وتوقيع مصدر التشريع . ينتهي التشريع بتحديد مكان اصداره وتاريخ الاصدار بالتقويمين الهجري والميلادي وتوقيع صاحب الصلاحية في اصداره في فقرة مستقلة .  
كتب ببغداد في اليوم الخامس عشر من شهر شوال لسنة ١٤٣٢ هجرية .  
و(تستخدم عادة في العراق للمراسيم الجمهورية اما القوانين فتوقع من رئيس الجمهورية والانظمة توقع من رئيس مجلس الوزراء والتعليمات والانظمة الداخلية فتوقع من الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او المخول قانوناً) .

## الفصل السابع

### الاسباب الموجبة والملاحق

#### الفرع الاول

#### الاسباب الموجبة

الاسباب الموجبة :- وتقع في نهاية التشريع ، ويقصد بها ما تضمنه التشريع من امور تحتاج الى ايضاح وتفسير للمواد والاقسام والفروع ذات الاهمية وما ينبغي المشروع من ايضاحها للجهات المنفذة والمواطن وقد تستغرق جزء مهماً من التشريع يرجع اليها المطبق عند التنفيذ والاسباب التي دعت الدولة الى سن هذا التشريع وتتخذ الدول مذاهب كثيرة في هذا المجال ، ينبغي ان نأخذ جزءاً واسعاً في شرح المواد وتفصيلها والضرورات التي دعت الى اصدار هذا التشريع وعلاقة هذا التشريع بالتشريعات الاخرى ومنها عوامل الردع والتذكير والواجبات والالتزامات التي يفرضها التشريع الجديد او الحقوق التي سينالها المشمولون به .  
ومن الاخطاء الشائعة في اصدار التشريعات ورودها باسباب مبتسرة وعبارات مبهمه لاتخدم التشريعات الصادرة يقتضي الالتفات اليها ، فعلى معد المشروع او الجهة الطالبة لاصدار التشريع ذكر جميع الامور ذات الصلة بالتشريع وايضاحها بصورة جلية لانها جزءاً مهماً من التشريع يرجع إليه المطبق والمفسر عند الحاجة .  
اما الديباجة فلا تستخدم في العراق ومعظم الدول الا لاغراض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وتدون في مقدمة الاتفاقيات .

## الفرع الثاني

### الملاحق

يقصد بالملاحق ما قد يرفق بالتشريع من جداول ونماذج اشير اليها في مواد التشريع وتعتبر جزء من التشريع ويلجأ اليها معد التشريع لتسهيل التطبيق لتفادي ادخال تفاصيل طويلة ضمن مواد الجوهريّة ، وينبغي على معد المشروع او الصائغ ذكر رقم المادة التي احالت على الملحق او المرفق وذكر ارقام المواد في حالة تعددها ومثال ذلك .:

- جدول الرسوم المقطوعة في قانون رسم الطابع .
- جدول الرسوم في قانون الكتاب العدول .
- جدول او سلم الرواتب لقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام .
- جدول اسماء النباتات وامراضها في قانون الحجر الزراعي .
- صور جوازات السفر الملحقة بنظام جوازات السفر رقم (٢) لسنة ٢٠١١ .

### ملاحظات ضرورية

١. يتبع في اعداد وصياغة الانظمة والتشريعات التي يصدرها مجلس الوزراء والتعليمات والانظمة الداخلية التي يصدرها الوزير المختص ذات السياق في كيفية اعدادها وصياغتها وتقريبها ، الا ان التشريعات الفرعية والثانوية تلك ، لا يؤسس لها اسباب موجبة باعتبارها جزء من القانون الصادر كما انها تصدر باسم الجهات التي اصدرتها ، فالانظمة التشريعية يصدرها مجلس الوزراء ويوقع على اصدارها رئيس مجلس الوزراء اما التعليمات والانظمة الداخلية فيصدرها الوزير المختص ، كما ان القانون يصدر بأسم الشعب ويوقع عليه رئيس الجمهورية نيابة عن الشعب .

٢. ان اعداد وصياغة الاتفاقيات الدولية والمعاهدات بين العراق ودول العالم يقتضي تدوينها بما يتلاءم ومصالح العراق ولا يتم التوقيع عليها ما لم توافق عليها وزارة الخارجية وتدقق من مجلس شوري الدولة وتعرض على مجلس الوزراء للموافقة عليها لتكليف الوزير المختص للتفاوض والتوقيع . ويستمزج اراء جميع الوزارات والجهات المعنية في تلك الاتفاقية او المعاهدة مع استحصال ملاحظاتها قبل عرضها على مجلس الوزراء ، فاذا ما تم التوقيع عليها من الوزير المختص والمسؤول في الدولة الاخرى فلا تنفذ الا بقانون يأخذ ذات المراحل والسياق التي يسن فيها اي قانون آخر .

وليس لقانون التصديق على الاتفاقية سمو اعلى من اي قانون آخر الا ان احترام تصديق جمهورية العراق على اتفاقية ما ، له اثر في احترام العالم للمواثيق والمعاهدات الدولية .

الا اذا رغبت الدولة التنصل عن التزاماتها في الاتفاقية المعقودة فلها ان تشعر الطرف الاخر  
خلال المدة المحددة المنصوص عليها في مواد الاتفاقية .

## **دليل الصياغة التشريعية**

---

**اعداد**  
**الأستاذ الدكتور**

# غازي فيصل مهدي

## المقدمة

الصياغة التشريعية عملية نقل الأفكار والمعطيات الاجتماعية الى نصوص قانونية صالحة للتطبيق على الوجه الأسنى ، ولهذا فان على المشرع الأمام بمقتضياتها والاستمساك بأدواتها حتى تأتي القوانين المشرعة شافية لما في الصدور .

لقد كان العراق سباقاً في وضع القوانين التي تنظم الحياة الاجتماعية بزّ الدول الأخرى وتفوق عليها ، والقوانين القديمة التي صدرت فيه ومنها قانون حمورابي لخير دليل على مصداقية مانقول .

لقد ورث العراق ارثاً غنياً في مجال صناعة القوانين فكان في هذه الصناعة بارزاً يخطف الابصار .

أن القانون ليس غاية في ذاته بل وسيلة يستعملها المشرع لكي ينظم العلاقات الاجتماعية ويمنح الحقوق كما يجب لمن يجب ويحمل الالتزامات لمن يتحملها حسب الدور الذي يؤديه في الحياة الاجتماعية ، وهذه الوسيلة تتقاد الى غاية

يتغياها المشرع فهو يريد حماية مصلحة جديدة بالاعتبار ولهذا يجب الاحاطة بهذه المصلحة ومعرفة حدودها حتى يمكن تسخير النص القانوني لحمايتها ، فتنظم الحياة الاجتماعية على نول حسن ويطمئن الأفراد على حقوقهم وحررياتهم وتلك رسالة ماأعظمها .

لقد مرّ العراق بمراحل تأرجح فيها بين التآلق والاختفاق ، فمرة ترى المشرع فرداً اوحداً يخرج القانون من فمه وسره كامن في صدره ولهذا جاءت القوانين تموج بالظلم والجور وفي أخرى تراه عادلاً منصفاً يعطي كل ذي حق حقه فلا يظلم احداً فتيلاً .

هذا ولقد انعكس ذلك يقينا على الصياغة التشريعية ، فهناك قوانين ولدت بين ليلة وضحاها خداجاً وهناك قوانين ولدت لتمام فجاءت بالخير العميم ، أما اليوم ونحن نعيش في ظلال دولة ديمقراطية تزهو بمؤسساتها الدستورية وعلى رأسها مجلس النواب صاحب الاختصاص الأصيل في مجال التشريع فان علينا أن نضع المنطلقات الأساسية لعملية التشريع مستفيدين من مخزون تجاربنا ومن خبرات رجال القانون عندنا ، لكي نسترجع مكاننا العلي بين الأقبام فنكون للأخريين انموذجاً ومثالاً .

لقد استشعر مجلس النواب الحاجة الى وضع دليل للصياغة التشريعية لكي يكون بين أيدي المعنيين ينهلون منه ويستفيدون ، ولهذا عقد منتدى تشريعياً لهذا الغرض ثم الف لجنة من ذوي الاختصاص للتصدي لهذه المهمة الوطنية ، وها هي هذه الورقة تأتي في هذا السياق لكي تكون انطلاقة من خط شروع حتى يتحقق الهدف المرتهى وماهو علينا ببعيد .

## الفصل الأول

### مفاتيح الصياغة التشريعية

حتى يتمكن المشرع من اعداد قوانين عالية الجودة غنية المعنى فان عليه ان يتسلح بسلاحين اثنين هما اللغة العربية الفصحى والمنطق القانوني .

#### أولاً / اللغة العربية الفصحى

سبق القول ونعيده للتذكير ههنا كرة أخرى ، أن القانون وسيلة لتحقيق هدف مرتجى ، وهذه الوسيلة يجب ان تأتي واضحة المعنى بينة المراد وذلك على وفق الموجبات الآتية :-

أ- عدم الوقوع في الأخطاء اللغوية ، لأن الأخطاء اللغوية في متن القانون تشبه الدم المسفوح على ثوب ابيض ، ولهذا فان على المشرع أن يبذل غاية المجهود في اخراج النص القانوني مطهراً من الأخطاء اللغوية ، لأن القانون يمثل سيادة الدولة ، فهو ليس مقالة في صحيفة تقرأ اليوم وترمى في القمامة غداً ، وقد يعمر أطول

من عمر الانسان وخير مثال على ذلك القانون المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤ ومازال نافذ المفعول سارياً حتى الوقت الحاضر .

خلاصة القول ان على المشرع ان يتقن اللغة العربية اتقاناً ، لأن لها مفعول السحر في بعض الأحيان وهذا ماوكده الرسول محمد (ص) في مقولته ( ان من البيان لسحراً )

ب- وضوح المصطلحات والعبارات المستخدمة في النص حتى يفهمها المخاطبون باحكامه وبالتالي قطع دابر الاجتهادات بشأنها ، لأن عدم الوضوح يتطلب التفسير والتأويل وبالتالي اختلاف وجهات النظر فتضيع وحدة التطبيق ، أما اذا كانت النصوص صريحة واضحة المعنى فلا اجتهاد في مقامها كما تقضي بذلك القاعدة العامة .

ج- تجنب التكرار في الأحكام والاطالة في العبارات ، فالمشرع يجب أن يوجز ويختصر شرط ان لا يخل ذلك بالمعنى المقصود ، فاللغو في الكلام يهمل .

د- يجب على المشرع أن يتجنب ايراد نصوص لا يمكن تطبيقها في مجال العمل لصعوبة ذلك أولأن عن المخاطبين بها لم يعيروا لها اهتماماً ، فكلما كان النص واقعياً سهل التطبيق كان نافعاً مفيداً .

هـ- على المشرع ان لا يسرف في صياغة النصوص على شكل أهداف ومثل عليا ويفرض على المخاطبين بها تحقيقها ، لأن مثل هذه النصوص لاتعد قواعد قانونية بالمعنى الدقيق على اعتبار أن القاعدة القانونية تتضمن عنصرين اثنين فرض وحل ولا مزيد عليها .

و- من اللائق بالمشرع أن ينطق بالحكمة فلا يقع في تناقض ، لأن التناقض بين نصوص القانون دالة سيئة ، تقدح الاشكالات وتثير الفتن .

## ثانياً / المنطق القانوني

يعرف المنطق بأنه قانون كسب المجهول من المعلوم بمقتضى العقل السليم فهو يعصم الذهن من الوقوع في الخطأ ، ولاخير في علم لايستند على قواعد علم المنطق .

أن للمنطق القانوني أهمية قصوى للمحقق والقاضي والمحامي والباحث وكذا المشرع فهو يحتاج الى قواعده حاجة ماسة لايجد عنها بديلاً لأنها تساعد على بناء عبارات سلسلة ومضامين واضحة وبذلك يكون أقرب الى الحالة المثالية من قاب قوس .

أن هناك صلة بين المنطق اللغوي والمنطق القانوني في الحروف والأفعال والأسماء ففيما يتعلق بالحروف فان لها معاني كثيرة على المشرع العلم بها علماً مفصلاً فمن باب المثال فان حرف الجر ( على ) يستعمل في تسعة معاني حقيقية

ومجازية وحرف الجر ( الباء ) يستعمل في خمسة معاني وحرف العطف ( و ) يستعمل في أربعة معاني وهكذا بالنسبة لبقية الحروف ، كما أن هناك صلة بين المنطق اللغوي والمنطق القانوني في الأفعال ، فعلى سبيل المثال فان استعمال فعل المضارع في انشاء العقود يكون وعداً بالتعاقد وليس تعاقداً ، فالوعد بالتعاقد نتيجة منطقية لصيغة المضارع سواء في العقود المالية كالوعد بالبيع أو غير المالية كالوعد بالزواج ، أما الصلة بين المنطق اللغوي والمنطق القانوني في الأسماء ، فان الأسماء لفظ موضوع لمعنى مستقل غير مقترن من حيث الذات باحد الأزمنة الثلاثة الماضي والحاضر والمستقبل ، والأسماء ينقسم من حيث الوضع الى الخاص والعام والمشارك ومن حيث الاستعمال الى الحقيقة والمجاز ومن حيث الوضوح الى الصريح والكناية .

وفيما يتعلق بدلالات النصوص ، فانها ست وهي اللفظية الوضعية واللفظية الطبيعية واللفظية العقلية والوضعية غير اللفظية والعقلية غير اللفظية والطبيعية غير اللفظية .

كما أن هناك نسباً منطقية بين المصطلحات القانونية وهي المساواة والتباين والعموم والخصوص المطلق والعموم والخصوص من وجه ، والنسب بحسب التحقق هي المساواة ايضاً والتباين بحسب التحقق والعموم والخصوص المطلق بحسب التحقق والعموم والخصوص من وجه بحسب التحقق .

أن ماذكرناه من عناوين لمفردات المنطق القانوني قليل من كثير على المشرع الاحاطة بها كما تحيط الدائرة بما فيها .

أن قواعد المنطق القانوني تسد المشرع وتجعل منه حكيماً لا ينطق عن هوى ، وبالتالي فانه قادر على اصدار قوانين ناضجة سليمة لا يشوبها كدر فعلى سبيل المثال فاذا اصدر المشرع قانوناً ، فان عليه ان يحدد نطاق سريانه والأشخاص

المخاطبين باحكامه أولاً ثم يعرج الى تعريف المصطلحات القانونية اذ كانت له ضرورة ثم ينتقل الى الأحكام الموضوعية مرتباً اياها على أبواب أو فصول أو فروع ثم يأتي بالأحكام الختامية في نهاية المطاف بما فيها تحديد تاريخ نفاذ القانون ويحبذا لو جعله لاحقاً لتاريخ النشر في الجريدة الرسمية حتى يتمكن المخاطبون به من ترتيب أوضاعهم في ضوء ما يحتويه من أحكام ، أما اذا لم يراع المشرع الخطوات المنطقية المشار اليها في اعلاه أصبح القانون الذي أصدره كسيحاً متهاكاً ينغر منه الجميع ولبئس عاقبة الأمور . زبدة القول ان المشرع بمسيس الحاجة الى قواعد المنطق القانوني فعليه استيعابها عن وعي وبصيرة ومن ثم استخدامها في عملية تشريع القوانين لأنها تعصمه من الوقوع في الخطأ وتجنبه الانزلاق في التناقضات .

## الفصل الثاني

### مقتضيات الصياغة التشريعية

تقتضي الصياغة التشريعية الموجبات الآية :-

أولاً / عدم الغاء النصوص القانونية السابقة الغاءً ضمناً .

من المعلوم ان القانون يلغى الغاءً صريحاً أو ضمناً ، فالالغاء الصريح لاشائبة تكدره ، لأن القانون الجديد يأتي بنص صراح يلغي به القانون القديم كلاً أو جزءاً ، فتعد النصوص الملغاة ميتة ويتوقف العمل بها ، أما الالغاء الضمني فيحصل عندما لايشير القانون الجديد صراحة الى النصوص المطلوب الغاؤها ، بل يقضي بالغاء كل نص يتعارض مع أحكامه مما يثير الاشكالات ويقدم الاختلافات ، فتكثر التاويلات حول النص الباقي والنص المطلوب الغاؤه ، ومثل هذا لايفق للقانون الجديد استقراراً ولا للأفراد المخاطبين به امناً واطمئناناً

فالذي يريد أن يعرف النصوص الباقية على قيد الحياة في القوانين النافذة فان عليه أن يجري مقارنة بينها وبين نصوص القانون الجديد فاذا استبانت معارضتها للقانون الأخير اعتبرها ملغية أما اذا لم تكن كذلك فانها ستبقى نافذة المفعول عاملة وليس من ريب أن هذه المهمة صعبة لأنها تحتاج الى بحث وتقصي وكذلك تقويم للنصوص المتعارضة مع أحكام القانون الجديد ثم منحها الوصف الذي تستحق . وأخذاً بالاعتبار هذه الصعوبات فاننا نوصي المشرع أن يلجأ الى الغاء النصوص القانونية صراحةً حتى يستقر التشريع ويمتتع الاجتهاد في الرأي .

ثانياً / تجنب المفعول الرجعي للقانون

ليس خافياً ان القانون يوضع لكي يطبق في قابل الأيام ، فليس له شأن بما حدث بالأمس ولو كان قريباً ، فالمشرع ينظر الى الأمام ولكنه قد يستدير للخلف احياناً ليتناول بالتنظيم بعض الأوضاع القانونية ويجعلها محكومة بنصوص القانون الجديد ، وذلك بناء على مصلحة تقتضي ذلك ، الا أن تطبيق القانون بأثر رجعي

وان كان جائزاً الا أنه يجب أن يكون استثنائياً لا يتم اللجوء اليه الا لتحقيق مصلحة حيوية تستحق الرعاية قبل صدور القانون .

أن الأثر الرجعي للقانون يزعزع المراكز القانونية المستقرة ويخل بالأمن القانوني فيشعر الأفراد بالخوف على حقوقهم وحياتهم ، اضافة الى انه قد ينطوي على اعتداء على حق مكتسب ، وهذا ممقوت ولا يليق بالمشرع سلوكاً .

بناءً على الذي تقدم فانه يجب على المشرع أن لا يلجأ الى تطبيق القانون بأثر رجعي الا استثناءً ولمصلحة معتبرة وذلك حفاظاً على اسقرار الأوضاع القانونية ، لأن مثل هذا الاستقرار يشيع الأمن والطمأنينة لدى الأفراد فيطيعوا القانون بلا سوط أو نوط .

### ثالثاً / احترام الحقوق المكتسبة

الحق المكتسب هو الحق الذي يدخل في ذمة الشخص أو يوضع بين يديه ، ولهذا لا يجوز للمشرع أن ينال منه إلا استثناءً وفي أضيق نطاق ، لقد أصبح احترام الحقوق المكتسبة مبدأً من مبادئ القانون العامة وليس من ريب أن المبادئ المذكورة ارتقت بحولها وقوتها لتحتل مرتبة القواعد الدستورية واجبة الاحترام من لدن المشرع .

أن الحق المكتسب محل حماية القانون اذا تولد عن قرار اداري تصرم ميعاد الطعن ولم يطعن فيه من ذوي العلاقة ولم يبلغ أو يسحب من جانب الادارة وذلك تغليباً لمبدأ اسقرار الأوضاع والمراكز القانونية على مبدأ المشروعية ، فتسقط عيوبه ويتحول الى قرار صحيح منتج لاثاره القانونية .

فاذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقرار الاداري وهو كذلك حق اليقين ، فان الحق المكتسب من نصوص القانون أولى بالحماية ثم أولى ، لأنه منحة المشرع خالق الحقوق والالتزامات ، ولهذا لا يليق به أن يسلب الحق المذكور تحت أية ذريعة ، حتى لا يتشبه باللص الذي يتحيف الحقوق في رابعة النهار .

لقد تضمنت بعض القوانين التي صدرت من مجلس النواب في السنوات الأخيرة مصادرة لبعض الحقوق المكتسبة ، وهذا ضار بسمعة المشرع ولهذا فان الحري به أن يحترم الحقوق المكتسبة من لدن الأفراد ويزيد عليها ، لأن هذا الشعب الصابر الممتحن يستحق الخير والتكريم لنزول المصائب والبلايا عليه كرشق المطر .

#### رابعاً / الاهتمام بالأسباب الموجبة للقانون

أن الأسباب الموجبة للقانون ذات أهمية قصوى ، لأنها تبين الدواعي والأسباب التي دعت المشرع الى اصدار القانون وفي ضوء مضامينها يمكن تجلية النصوص التي يلفها الغموض أو يعروها القصور الا ان مَن يصرف البصر تلقاء

الأسباب الموجبة للقوانين التي صدرت عن مجلس النواب ليجد هزلاً فيها ، فهي موجزة الى حد كبير كما أنها لم تبرر اصدار القانون تبريراً مقبولاً ولها ندعو المشرع الى أن يعير للأسباب الموجبة للقانون اهتماماً ويلقي لها بالاً حتى تستوي على سوقها مقنعة في تفسير أحكامه وحسن هذا عملاً .

#### خامساً / الاكثار من الصياغة المرنة للنصوص القانونية

الصياغة نوعان جامدة ومرنة ، فالأولى يحدد المشرع فيها فرضاً وحكماً للقاعدة القانونية بصيغة جامدة لاتقبل التفسير والتأويل ، فهي تجرد القاضي والمطبق من أية سلطة تقديرية ، وتجعل عمله آلياً ، فهو بمجرد أن يتحقق من الواقعة القانونية محل الفرض ، ينزل حكم القاعدة القانونية عليه كما هو بلا زيادة أو نقصان ، وهذا لعمرى يحقق الاستقرار ، ولكنه لايتجاوب مع تطورات الحياة الاجتماعية ، أما في الصياغة المرنة فان المشرع يمنح القاضي أو المطبق للنص هامشاً من الحرية في تحديد فرض القاعدة القانونية أو في حكمها وبهذا تتحقق العدالة على الوجه الأسنى ويأخذ كل ذي حق حقه فلا يظلم فتياً .

ان الصياغة الجامدة تحقق العدل القائم على المساواة الظاهرية التي تأخذ بالظروف والاعتبارات الرئيسة فيتساوى المحروم والمتخوم فيها ، اما الصياغة المرنة فانها تحقق العدالة القائمة على المساواة الحقيقية التي تأخذ بالظروف والاعتبارات الثانوية فلم تترك شاردة أو واردة يقتضيها تطبيقها الا وأحصتها ، وبذلك يتحقق الهدف الأسمى ويشيع الأمن والاستقرار في نفوس الأفراد ، ويستوفون حقوقهم من قسطاس مستقيم .

وبناء على ماتقدم فان على المشرع أن يكثر من حجم الصياغة المرنة في القوانين كلما وجد اليها سبيلاً ، وعليه أن لا يخاف ويحزن من جراء استعمال السلطة التقديرية سواء من جانب القاضي أو الادارة ، لأن القاضي اذا تعسف في استعمال سلطته التقديرية فان هناك محاكم أعلى تراقبه من خلال الطعن بالأحكام وبالتالي تستطيع أن ترده الى جادة الحق والصواب ، وكذلك بالنسبة للادارة ، فاذا تعسفت في استعمال السلطة التقديرية التي منحها أياها القانون هبةً فان القاضي يستطيع الغاء قراراتها المشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة المذكورة ، والتعويض عن الأضرار المتولدة عنها وفي ذلك ضمان للحقوق والحريات الفردية .

هذا وفي الختام نقول أن السلطة التنفيذية مسؤولة عن تنفيذ القوانين التي يصدرها المشرع كما هي حتى لو اقترنت بعيوب أو نقائص ، وبالتالي لايجوز لها أن توقف تنفيذها أو تعدل فيها بالاضافة او الحذف ، فهذا كله يخرج عن اختصاصها ويبتعد عنه بعد المشرقين ، الا أنه من الملاحظ عندنا ان السلطة التنفيذية عطلت تنفيذ بعض القوانين ومنها قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦ ولمدة سنتين تقريباً تحت ذريعة اصدار تعديل له ، وهذا يشكل خرقاً لاخص واجباتها ، كما أنها قد تتباطأ في التنفيذ ، فتضيع فرصة الاستفادة من القانون ، وهذا ما حصل في قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي الصادر عام ٢٠٠٩ فهي لم تشكل المجلس المذكور لحد الآن دونما سبب معلوم .

ان الامتتاع عن تنفيذ القانون الصادر من مجلس النواب أو التباطؤ في تنفيذ أحكامه يشكل عملاً سلبياً من جانب السلطة التنفيذية يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الاتحادية العليا وطلب الغائه ، لتعارضه مع موجبات الدستور ، فالقانون يصدر حتى ينفذ دون تباطؤ ، ولهذا فاننا ندعو السلطة التنفيذية الى التقيد بأحكام الدستور والوفاء بواجباتها المنصوص عليها فيها ، لأننا نعيش في ظلال دولة القانون التي يخضع فيها الجميع لأحكامه سواء أكانوا حكاماً أو محكومين .

## **الصياغة المرنة SOFT LAW وأثرها**

### **في اتفاقية فينا لقانون**

### **عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩**

### **الأسناد المساعد**

### **الدكتور محمد ثامر السعدون**

### **كلية القانون جامعة ذي قار**

## المقدمة

يوكب هذا البحث اخر التطورات في ميدان القانون الدولي العام، بشكل عام ، واخر التطورات في ميدان قانون المعاهدات الدولية ، بشكل خاص، .

لقد حظيت الصياغة المرنة او بالاحرى القواعد الواردة بصياغة مرنة Soft Law باهمية كبيرة جدا متأتية من عدة جهات ، الاولى ، إن المصطلح برمته حديث نسبيا يعود بالتحديد إلى سنة ١٩٨٠ وهي السنة التي اكتشف فيها القاضي باكستر هذا النوع من القواعد الواردة بهذه الصياغة Soft Law والثانية ، تزايد الاستعمال الدولي لهذا النوع من الصياغة املا في استثمار نطاق المرونة الذي توفره هذه القواعد خصوصا المؤتمرات والاعلانات التي رافقت المظاهرات في الدول العربية والتي اطاحت بانظمة الحكم فيها والتي كان اخرها مؤتمر اصدقاء سوريا في اسطنبول ، والثالثة ، إن هذه القواعد ترد بصيغ مختلفة فقد ترد بصيغة اتفاقيات دولية أو بصورة مبادئ عامة أو حتى بصورة قرارات قضائية والقرارات الصادرة من المحكمة الاوربية لحقوق الانسان هي المثال الابرز على ذلك ، والرابعة ، انها قد تشكل البداية الطبيعية لابرام معاهدات دولية أو الخطوة الاولى في ابرام هذه الاتفاقيات وهو ما حصل بالضبط مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي بدء بصياغة مرنة Soft Law تمثلت في المواد

الثلاثين التي تشكل منها الاعلان وانتهى إلى اتفاقيتين دوليتين ملزمتين هما العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية والعهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لسنة ١٩٦٦ .  
لم يكن يسيرا على الفقه إن يركن إلى القول الفصل في تحديد هوية هذه الصياغة ، وسرعان ما انقسم اراء هذا الامر مدعيا ، جانب منه ، إن تلك الصياغة ترفع عن القواعد القانونية الدولية وصف الالتزام في حين ذهب جانب اخر إلى إن تلك القواعد تحظى بالالزام ولكن لايمكن الاحتجاج بها امام القضاء ، وايا كان الامر ، فان هناك اجماع في الفقه على إن تلك القواعد لا تحظى بمعاملة ملزمة من قبل الدول ولا تهملها ، أو بعبارة أخرى لا تسير عليها الدول على سبيل الالتزام ولا يمكن لها ان تنتهكها على سبيل الجواز بل هي تحظى باحترامها وهي تعكس رغبة لدى الاجماع الدولي أو على اقل تقدير رغبة لدى الاغلبية فيه ازاء امر معين وبناء عليه لا يمكن اطلاقا تجاهلها . كما انها وسيلة للحد من النزاعات الدولية عبر ما توفره من اتفاق في وجهات النظر ازاء قضايا فكرية وعقائدية واقتصادية محل نزاع .وان كان جانب من الفقه الدولي يؤشر إلى سلبية هذه الصياغة باعتبار انها قد تكون وسيلة للتخلص من الالتزامات الدولية بادعاء الدول التي ترغب في التخلص من التزاماتها الدولية بانها جزء من الصياغة المرنة وانها لا ترتب أي التزامات دولية

ان تبحث في هذا النوع من الصياغة في القانون الدولي العام ، بما تمتاز به من ندرة ، فان هذا بحد ذاته لا يخلو من مشقة ، اضعف إلى ذلك ، حداثة الموضوع ثم تجاهل الفقه العربي له لا على سبيل الايضاح والشرح ولكن حتى على سبيل الاشارة اذ ليس هناك أي اشارة وان كانت موجزة لقواعد الصياغة المرنة Soft Law في اغلب المؤلفات العربية – إن لم يكن في كلها - التي تحدثت عن القانون الدولي العام سواء اكانت قديمة أو حديثة أو معاصرة وسواء اتناولت القاعدة القانونية أو المصادر أو اخصت بقانون المعاهدات ، مع انه ليس هناك مؤلف عربي يختص بقانون المعاهدات الدولية ، كل ذلك باستثناء تعليق موجز نشره استاذنا الأستاذ الدكتور رشيد مجيد الربيعي في المجلة المصرية للقانون الدولي اطلق عليها تسمية (( القانون الميسور )) وللأسف لم يتسنى الاطلاع عليه وعبارات موجزة ذكرها استاذنا الدكتور صلاح الحديثي في اطروحته للدكتوراه لم تتطرق للصياغة المرنة ولكن ركزت على علاقتها باتفاقيات المناخ الدولي ، وان الاشارات القليلة لهذه القواعد اما إن تكون قد وردت في المعاجم الاجنبية أو في كتب اجنبية تضم بحوث معاصرة وهو ما يؤدي بالتالي إلى عقبة أخرى تتمثل في الاعتماد على الترجمة اعتمادا كليا بما ينطوي عليه ذلك من مخاطر سبر اغوار علم لم يتسابق اليه الباحثون ، وتنتهي سلسلة الصعوبات في هذا البحث في محاولة اسقاط فرضية الصياغة المرنة Soft Law على نصوص اتفاقية فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ في تحديد مفهوم الاتفاقية أو في تحديد اثرها وهذه هي ميزة هذا البحث ، حيث تضمن محاولات ايجاد فرضيات تطبيق قواعد الصياغة المرنة بما تمتاز به من مميزات على مواد معينة من الاتفاقية وبشكل خاص المواد الثانية ، والرابعة عشر ، والثامنة عشر ، والحادية والثلاثين ، التي شكلت مركز فرضيات التطبيق في هذا البحث .

ان الفرضيات التي انتهى لها البحث في عد نصوص معينة من اتفاقية فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ بمثابة صياغة مرنة Soft Law أو حالات لم تشر اليها النصوص صراحة ولكن البحث افترضها في ظل وجود هذه النصوص ، سبق إن درستها بحوث ودراسات وانتهت إلى نتائج تؤيد ما انتهى اليه ولكنها لم تصنفها على انها جزء من الصياغة المرنة Soft Law وهذه ايضا تحسب للبحث فالمعاهدات الغير مسجلة هي معاهدات صحيحة وملزمة ولكن لايمكن الاحتجاج بها امام القضاء وهذا راي معروف سلفا ولكنها وهي بهذا الوصف بالتحديد تقترب كثيرا من قواعد الصياغة المرنة Soft Law التي يذهب جانب كبير من الفقه إلى انها قواعد ملزمة ولكن لايمكن الاحتجاج بها امام القضاء وكذلك الحال مع المواد الثالثة و المادة السابعة والثلاثين من اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ .

إن بكاررة البحث في موضوع مثل هذا الموضوع تحتم ايلاء مزيد من الاهتمام بتحديد مفهومه وادراك مميزاته وخصائصه والاشارة إلى اهميته ومن ثم التطرق إلى اثر القواعد الواردة بهذه الصياغة من جهتين الاولى تحديد هذا الاثر بالنسبة لتعريف المعاهدة وبقية المصطلحات التي تطلق على المعاهدات الدولية واستكشاف إن كان بعضها يخضع لهذه الصياغة أو الامكانية المتوفرة لهذه الصياغة في إن تحد من الاثر الملزم لهذه المصطلحات والتعرف على الاراء الفقهية التي قيلت بصدد ذلك الاثر ومن جهة أخرى تحديد الدور الذي تؤديه الصياغة المرنة في تحديد اثر المعاهدات بشكل عام والاستعانة براء الفقهاء وقرارات التحكيم والقضاء الدولي وقرارات المنظمات الدولية وبشكل خاص التوصيات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة وبناء على هذا فقد جاء البحث بمحدثين الاول للتعريف بقواعد الصياغة المرنة Soft Law وقد تضمن ثلاثة مطالب الاول لتعريف قواعد الصياغة المرنة والثاني لتحديد اهمية الصياغة المرنة والثالث لتحديد خصائص الصياغة المرنة اما المبحث الثاني فقد تناول تحديد اثر الصياغة المرنة وذلك في مطلبين الاول لتحديد هذا الاثر على تعريف المعاهدات الدولية والثاني لتحديده في موضوع اثر المعاهدات .

## المبحث الأول

### ماهية الصياغة المرنة Soft Law

سوف نتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم الصياغة المرنة عبر إعطائها تعريفا محددًا ثم ندرس أهمية هذا النوع من القواعد ثم نتناول أهم سمات ومميزات الصياغة المرنة وذلك في مطالب ثلاثة وكالاتي:-

#### المطلب الأول – تعريف الصياغة المرنة .

**المطلب الثاني – أهمية الصياغة المرنة .**

**المطلب الثالث – مميزات الصياغة المرنة .**

## **المطلب الأول**

### **تعريف الصياغة المرنة Soft Law**

تاريخياً يرجع الفضل في اكتشاف قواعد الصياغة المرنة في القانون الدولي العام إلى القاضي باكستر الذي اكتشفها منذ فترة ليست بالوجيزة بالتحديد سنة ١٩٨٠ حيث عرفها في حينها بأنها (( مجموعة من القواعد التي لا تفرض التزام حقيقياً على أطرافها ))<sup>١</sup>. كما أن الفقه قد بذل عدة محاولات لتصنيف التصرفات التي تندرج ضمن الصياغة المرنة (( soft law )) ولكن المحاولتين الأكثر أهمية قد بذلها الفقهيان مايكل اسمان في مقال له نشره في مجلة القانون الدولي تحت عنوان اتفاقيات الجنتلمان ، والفقيه مايكل فيرلاي في مقاله المعنون التمييز بين النصوص الدولية ذات المضمون القانوني والنصوص الدولية المجردة من المضمون القانوني<sup>٢</sup>.

ويطلق جانب من الفقه مصطلح ( LAW – MAKING ) بدل ( SOFT LAW ) ويعرفونه بأنه مجموعة من القواعد العامة تحكم تصرفات الأطراف في المستقبل في إطار نصوص قانونية مقترحة ، ومن أمثلة ذلك إعلان باريس لسنة ١٨٥٦ بشأن الحرب البحرية وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٨٩٩ و ١٩٠٧ حول قانون الحرب وكذلك بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٥ حول الاسلحة المحرمة والاتفاقية العامة لسنة ١٩٢٨ واتفاقية التمييز العنصري لسنة ١٩٤٨<sup>٣</sup>. وكذلك اتفاقيات جنيف المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني أو حتى في اتفاقية فيينا نفسها ويعرفون قواعد هذا القانون على الرغم من الاتفاق أن المبدأ هو ذاته في جميع أنواع المعاهدات بأنها التزامات تطبقها الدول في تصرفات معينة ولكنها لا تفرض عليها التزامات بحكم القانون<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> 1-Alan Boyle,Soft Law In International Law,International Law , second ed ,Oxford , New York ,2006,p141.

<sup>٢</sup> - هيلين تورار ، تدويل الدساتير الوطنية ، ترجمة باسيل يوسف ، مراجعة استاذنا د. اكرم الوتري ،بيت الحكمة ،بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص٧٠

<sup>٣</sup> 2-Ian Brownlie, Principles of public International Law ,7<sup>th</sup> ed ,Oxford , 2008,p13.

<sup>٤</sup> 3-Hugh Thrlway , The sources Of International Law , International Law , Oxford , New York ,2006 ,p119.

ويعرفها جانب آخر من الفقه بأنها القواعد الواردة بصيغة مرنة (SOFT LAW) والتي تتعارض مع القواعد الواردة بالصيغة الحاسمة ((HARD LAW)) التي هي ببساطة مجموعة من القواعد الملزمة<sup>٥</sup>. ويعرفها قاموس القانون الدولي والمقارن بأنها ((سمة أو صفة تطلق على بعض قواعد القانون الدولي الصورية بسبب الغموض الذي يكتنف أساسها الملزم))<sup>٦</sup> وتعرف موسوعة القانون الدولي العام الصياغة المرنة (SOFT LAW) بأنها مجموعة من القواعد الخالية من الالتزام القانوني ولكن يتوفر فيها الالتزام السياسي أو الأخلاقي<sup>٧</sup>. ويعرف آخرون القواعد الواردة بالصياغة المرنة بأنها قواعد غير ملزمة أو خالية من وصف الالتزام القانوني تنظم العلاقات الدولية المعاصرة بين الدول والمنظمات الدولية أو بين الدول وحدها من خلال مؤتمرات أو من خلال صور عديدة منها الاعلانات الدولية<sup>٨</sup>. وتحاول طائفة من الفقهاء المعاصرون اعطاء وصف أدق للقواعد المرنة في القانون الدولي العام فتعرفها بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي لا يمكن عدّها بوصفها قواعد ملزمة أو بوصفها قواعد يمكن العمل بخلافها أو يمكن تجنبها<sup>٩</sup>. أن من الثابت في العلوم القانونية خصوصا في العلوم القانونية التي ترتبط بميدان السياسة الدولية أن هناك ثمة علاقة بين التغيرات السياسية العالمية والتغيرات الحاصلة في اللغة التي تستخدمها لتصف بها تلك المتغيرات. كما أن هناك علاقة بين الكلمات وتعبير المعاني الأمر الذي يحدث تغييرا في المعاني ويثير شكوك عند استخدامها وشكوك حول مفاهيمها الابدولوجية خصوصا إذا ما صادف استخدام هذه المصطلحات تطورا مضطردا ومعاصرا كما هو الحال في القواعد المرنة في القانون الدولي العام<sup>١٠</sup>.

ويؤكد جانب من الفقه على أن القضية الجوهرية التي تقوم عليها القواعد المرنة ((SOFT LAW)) هي التمييز بين القواعد التي تتضمن التزامات واضحة ومحددة وتشكل قانون صارم (HARD LAW) مثل القاعدة التي تقول (لا يمكن لأي دولة أن تباشر سيادتها على أي جزء من اعالي البحار) من جهة وبين المبادئ ((PRINCIPIES)) والأحكام ((NORMS)) التي تصاغ بصيغ عامة في محتواها ولفظها والتي يمكن أن تسمى قانون مرن (SOFT LAW). لذلك فانعدام الالتزام الرسمي والعمومية والغموض والابهام وانعدام التحديد هو الذي اخرجها من دائرة القانون الصارم (HARD LAW)، لقد أعطت اتفاقية الأطار المناخي لسنة ١٩٩٢ نموذجا يدعم وجهة النظر هذه حيث تم تبنيها بالاتفاق في مؤتمر ريو إذا فرضت هذه الاتفاقية بعض الالتزامات على أطرافها ولكن المواد التي تشكل صلب الاتفاقية تعاملت مع الإجراءات والترتيبات المتعلقة بالحد من الانبعاثات بشكل حذر يكتنفه الغموض والضعف بحيث لا توحى أبدا أنها بصدد ترتيب التزامات محددة وحقيقية على الدول الأطراف فيها<sup>١١</sup>. وتعد تصرفات الدول في ميدان القانون الدولي للبيئة- كما اسلفنا - المثال الواضح على قواعد الصياغة المرنة Soft Law بما تتضمنه تلك التصرفات من ممارسات واعلانات ومؤتمرات مثل اعلان استكهولم لسنة ١٩٧٢ وبرنامج الامم المتحدة للبيئة<sup>١٢</sup> و اعلان ريو لسنة ١٩٩٢ الخاص بالبيئة والتنمية والقرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة مثل الاعلان

4-Alan Byple , Op , Cit , p141.

<sup>٥</sup> - حيث ورد التعريف بالشكل التالي

((Characterization of some ostensible international law because of the vagueness of the obligations -Imposed)).

-James R. Fox , Dictionary of international and coparative law,Oceana publications,U,S,A,2008,p301.

6- Bernhard , Treaties ,7 Encyclopedia of Public International Law , p459 .

<sup>٧</sup>-Alan Boyle , Op ,Cit , p141

8-Bernard , Customary International Law, 7 Encyclopedia of Public International Law ,London , 1984 ,p62.

9-Quentin Skinner , Language and Political Change, Political Innovation and Conceptual Change , ١٠ Terence Ball and Others ,Cambridge University Press , U.S.A.,1995 ,P7.

1-Alan Boyle , Op , Cit , P145 .

2-Dupuy , Soft Law and The International Law of The Environemental ,Mich , 1991 ,P422.

العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ واعلان سنة ١٩٧٠ الخاص بمبادئ الامن والسلم بين الدول أو القرارات التي تعاملت مع الفضاء الخارجي واعماق البحار والمصادر الطبيعية ، وكذلك التوصيات التي تصدر من المنظمات الدولية مثل الارشادات الصادرة عن UNEP بخصوص البيئة لسنة ١٩٨٧ ومجموعة الارشادات الصادرة عن منظمة FAO بخصوص الصيد أو بقية الاعلانات الصادرة عن IMO, IAEA<sup>١٣</sup>. كما يورد جانب من الفقه بعض النصوص الواردة في اتفاقية الجات GAAT خصوصا المادة الاولى بفقراتها الثانية والثالثة والرابعة التي سمحت بمعاملة خاصة لاغراض التجارة مع الدول الخاضعة للاستعمار في الوقت الحاضر أو في الماضي أو الدول الموضوعة تحت الحماية<sup>١٤</sup> بعد تلك النصوص تكريسا لاهم ملامح الاتفاقية التي تتمثل بنسبية التطبيق واختلاف هيكل القيود الكمركية ومنح امتيازات خاصة للدول النامية وادخال مجالات جديدة ضمن الاتفاقية<sup>١٥</sup>.

ومن امثلة الصياغة المرنة كذلك مذكرة التفاهم بين الولايات المتحدة وبريطانيا بخصوص مساهمة بريطانيا في ستراتيجيات الدفاع ، وكذلك اتفاقية التجارة والاستثمار بين كندا والهند<sup>١٦</sup>. ويميل الدكتور حامد سلطان ومعه جمهرة من فقهاء القانون الدولي العام العرب إلى استبعاد احكام قواعد الصياغة المرنة من قواعد القانون الدولي العام ويبررون ذلك على اساس إن كل قاعدة من قواعد القانون الدولي تقوم على اساس الرضا الذي يعبر عنه المخاطبون بحكمها تعبيراً صريحاً أو ضمناً فالمشرع في القانون الدولي هو نفسه المخاطب بالاحكام التي يضعها ويترتب على ذلك نتيجة حتمية هي إن الدول التي تنشأ قاعدة قانونية برضاها تستطيع ايضاً إن تلغيها أو إن تستبدلها أو إن تعدلها متى شاءت وبناء على ذلك لا تستمر القاعدة القانونية الدولية قائمة الا اذا استمر الرضا باحكامها ويؤدي هذا الوضع إلى استبعاد تقسيم القواعد الدولية إلى قواعد امرة واخرى مرخصة والتقرير بان قواعد القانون الدولي كلها قواعد مرخصة تقوم على الرضا ويستطيع الرضا إن يفعل بها ما يشاء بشرط إن يقوم الرضا بين جميع الدول التي أنشأت في الاصل القاعدة الدولية، اما قواعد الصياغة المرنة فتأخذ شكلين فتارة تتفق الدول على بعض المواد تكفل الحد الأدنى من الحرية القانونية وتترك للدول الاطراف الحق في إن تعقد بين بعضها البعض معاهدات أخرى تكفل هذه المصالح ، وتارة تعمد الدول الاطراف في المعاهدة إلى وضع تنظيم معين لمسألة معينة وتسمح لاطراف المعاهدة بان لا تطبق احكام هذا التنظيم تطبيقاً كاملاً ومثال ذلك المادة الاولى من اتفاقية لاهاي ١٩٠٥ المتعلقة باجراءات المرافعة المدنية<sup>١٧</sup>.

إن محاولة اعطاء تعريف للقواعد الواردة بالصيغة المرنة Soft Law في القانون الدولي العام لن تكون يسيرة اذ إن معظم التعاريف التي سبقت سابقاً ركزت على جانب الالزام من جهة أو ركزت على التسمية أو المصطلح الذي يطلق على تلك القواعد ومما لا شك فيه إن مسألة التنفيذ والالزام ومسألة التسمية مسألة بعيدة نسبياً عن التعريف أو لاحقة له في حين يتطلب الامر الوقوف على حقيقة تلك القواعد قبل انتظار موقف الاطراف منها أو من تنفيذها ولذلك فالتعريف الأرجح هو انها (( مجموعة من القواعد العاملة في القانون الدولي العام والتي تحكم سلوك الدول دون إن تشكل مصدراً مستقلاً من مصادر هذا القانون )) . وهي بهذا المعنى تقترب كثيراً وبالتحديد من مصادر أخرى بدء الفقه يطرحها كمصادر اضافية لم ترد في المادة ٣٨ من النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية مثل الاعتبارات الانسانية والمصالح المشروعة حيث تعني الاولى

3-Alan Boyle , OP, Cit ,p141.

4-Chow Schoenbaum ,International Trade Law ,Aspen publishers ,U,S,A,2008,p158.

١٥ - د. خالد سعد زغلول حلمي ، الجات والطريق إلى نظرة التجارة العالمية واثرها على اقتصاديات الدول العربية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة العشرون ، العدد ٢ ، ١٩٩٦ ، ص ١٧٤ .

6-Duncan B. Hollis , National Treaty , Law and practice , American Society Of International Law,Nether Lands ,2005,P18.

١٧ - د. حامد سلطان و د. عائشة راتب و د. صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٦٣ .

مجموعة من القيم الانسانية المحمية بموجب مبادئ قانونية مرعية وان كانت ترتبط ارتباطا وثيقا مع مبادئ القانون العامة أو اعتبارات العدالة الا انها تختلف وتتميز وتستقل عنها بانها لا تحتاج لممارسة تبرر اسباب وصف الشرعية عليها . إن الاعتبارات الانسانية سواء اكانت مبادئ أو حتى قواعد قانونية وردت في العديد من ديباجة الاتفاقيات الدولية كما وردت في توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ووردت ايضا في الممارسات الدولية ولكن المثال التقليدي عليها ورد في احكام القضاء الدولي كما في الاعتراف بحق المرور في قضية مضيق كورفو . كما تضمن الميثاق نصوص تتعلق بحماية تلك الاعتبارات مثل احترام حقوق الانسان وحرياته الاساسية والتي عدت فيما بعد اساسا صلبا برر ظهور وتعزيز مبادئ انسانية أخرى مثل حق تقرير المصير أو مناهضة التعذيب ، اما المصالح المشروعة فهي تصطف مع غيرها من المعايير مثل (( حسن النية )) و (( المعقول )) لتشكل اساسا لنصوص اتفاقيات دولية ولكن المصالح المشروعة بما في ذلك المصالح الاقتصادية ادت دورا ملحوظا في التقدم المضطرد للقانون الدولي كما انها تبرر من جهة أخرى مبادئ قانونية مسلم بها مثل الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة<sup>١٨</sup> .

ويبرر اخرون وجود هذا النوع من الصياغة بانه يشكل حاجز دون انتهاكها ولذلك قيل إن الغرض من وجود الاعلوية في قواعد حقوق الانسان هو اقامة موانع اخلاقية وقانونية للحيلولة دون الخروج عن بعض هذه الحقوق أو انتهاكها وقيل كذلك ان وصف حقوق معينة بانها اساسية يعبر عن تصميم المجتمع الدولي عن رفض أي تعديل أو انتهاك لهذه الحقوق وانها تساعد الان كما في الماضي على تثبيت المبدأ القاضي بإمكان شمول الالتزامات الناشئة عن معاهدة دولا ليست اطرافا فيها<sup>١٩</sup> ( erga omnes ) .

## المطلب الثاني

### اهمية الصياغة المرنة

تكمن اهمية قواعد الصياغة المرنة Soft Law في موضوع المعاهدات في إن بعض قواعد Soft Law مقدمة طبيعية أو بالاحرى الخطوة الاولى من الاجراءات أو المرحلة التي تمهد في الغالب إلى ابرام اتفاقيات دولية في نفس المجال وهو ما حدث بالضبط مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ الذي كان مجرد مجموعة من القواعد الغير ملزمة وتحول سنة ١٩٦٦ إلى اتفاقيات دولية ملزمة تناولت نفس الموضوع . وكذلك الحال مع العديد من الامثلة مثل القرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في مجالات عديدة مثل الفضاء الخارجي والمنطقة الدولية والتغير المناخي<sup>٢٠</sup> . مع التسليم بان الجدل لازال يثور حول عد

<sup>١٨</sup> - Ian Brownlie, Op , Cit ,P27 .

<sup>١٩</sup> - د. صالح جواد الكاظم ،مباحث في القانون الدولي، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة ،بغداد ، ١٩٩١ ، ص٣٥٥ .

<sup>٢٠</sup> - انظر

- UNGA RES 1962(xv111) .

قرارات المنظمات الدولية بمثابة مصدر مستقل من مصادر القانون الدولي ونشير بهذا الصدد إلى جملة من قرارات محكمة العدل الدولية التي نصت على إن مجرد اعلان الدول اعترافها بقواعد معينة لا يكفي لعد تلك القواعد جزءا من القانون الدولي العرفي وان تلك القرارات تعكس من وجهة نظر المحكمة رغبة جزء كبير من المجتمع الدولي تجاه قضية أو موقف معين دون إن يرقى إلى مستوى الالزام<sup>٢١</sup>.

وإذا كانت التوصيات الصادرة من المنظمات الدولية ليس لها قوة ملزمة فان سلوك الدول احيانا يكشف عن الحرص على تنفيذها ومن هنا فان محاولة اطلاق وصف قانوني واحد بشأن جميع تلك التوصيات هي محاولة تجانب الصواب وان المعيار الاصولي بشأن مدى الزامية تلك التوصيات يقوم على مدى حرص الدول على تنفيذها أو الخطوات والاجراءات التي عملت الدول على اتخاذها بغية تنفيذ تلك التوصيات<sup>٢٢</sup> كما إن افتقار التوصيات إلى صفة الالزام القانوني لايعني تجريدها من أي اثر قانوني حيث تتمتع هذه التوصيات بصفة الالزام الادبي عند المخاطبين بها على الأقل وان قبول الدول الاعضاء في المنظمة قرار التوصية عند التصويت عليه لا بد إن يعني الرغبة في تنفيذه وبذلك تزداد قيمة هذه القرارات بازدياد عدد المصوتين عليها وخصوصا عند صدورها باجماع اصوات الاعضاء أو بما يقارب من ذلك حيث تدنو عند ذلك قوة نفاذ تلك القرارات كثيرا من تلك التي تتمتع بها القرارات الملزمة بل وقد تتطابق معها<sup>٢٣</sup> وإذا كانت التوصيات الصادرة من الجمعية العامة غير ملزمة بذاتها فان المبادئ التي تشملها يجب إن تلتزم بها الدول نظرا لانها تأسست على نصوص الميثاق<sup>٢٤</sup>، لكن الجمعية العامة ميزت منذ البداية بين اختصاصاتها الداخلة ضمن المادة ١٤ من الميثاق وبين اختصاصاتها التي تستدعي القيام بعمل والتي يلزم على الجمعية احوالها إلى مجلس الامن بموجب المادة ١١-٢ وحيث لا يوجد إشكال بصلاحيات الجمعية العامة بالتوصية بموجب المادة ١٤ فان النقاش قد احتدم بين الدول الاعضاء حول مدى صلاحيتها للقيام بعمل بموجب المادة ١١-٢، واطهر التعامل في داخل الجمعية كيفية الاستفادة من المبادئ المنصوص عليها في الميثاق في تفسير نصوصه بما يمكن هذا الجهاز من القيام بعمل غير مقترن باستخدام القوة المسلحة وذلك كما في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية<sup>٢٥</sup> ومن توصيات الجمعية العامة التي تندرج في هذا الاطار والتي من جهة أخرى شكلت تقدما ملحوظا في قواعد الصياغة المرنة SOFT LAW حتى بالنسبة للدول التي تسلم بانها لا تشكل أكثر من مجرد مبادئ عامة فانها مع ذلك تعد بمثابة الاساس للتطور المضطرد للقانون الدولي، والممارسة السريعة التي قد يتشكل منها العرف الدولي، ومنها على سبيل المثال . ميثاق نوندمبرغ و تحريم استخدام الاسلحة النووية للاغراض الحربية وقرار منح الشعوب والدول غير المستقلة استقلالها وقرار منح السيادة للشعوب على ثرواتها الطبيعية و اعلان المبادئ القانونية التي تحكم نشاطات الدول في اكتشاف واستعمال الفضاء الخارجي<sup>٢٦</sup>، ويستثني جانب من الفقه بعض التوصيات الصادرة من الجمعية العامة استنادا إلى مؤتمر سان

-UNGA RES 2749 (xxv).

-UNGA RES 43-53.

<sup>٢١</sup> - انظر

-I. C . J ,Reports,1986, p14.

-I. C. J,Reports , 1996,p226

-I.C.J, Reports ,2004 ,p136.

<sup>٢٢</sup> - R . C - F.A.Vallat , The Competence Of The United Nations General Assembly , R . C - A.P.I,1959,11,p207.

<sup>٢٣</sup> - د. عادل احمد الطائي ، القانون الدولي العام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩، ص٢٢٣ .

<sup>٢٤</sup> - د. مصطفى سلامة حسين ، العلاقات الدولية ، دار المطبوعات ، الاسكندرية ، ١٩٨٤ ، ص ١٦٥ .

<sup>٢٥</sup> - د . زهير الحسيني ، التدابير المضادة في القانون الدولي العام ، ط٢، جامعة قات يونس ، بنغازي ، ١٩٩٨، ص١١٣ .

<sup>٢٦</sup> - انظر -

RESOL,no 95,11, Dec , 1940 .

RESOL , no , 1653 , ( xv1 ) 24 , Nov , 1961 .

RESOL , no , 1514 , ( xv ) 14 , Dec , 1960 .

RESOL ,no 1803 , ( xv11 ) 14 , Dec1962

فرانسييسكو الذي منح فروع الامم المتحدة صلاحية تفسير الميثاق والمقصود بها التوصيات التي انشأت الجمعية العامة بها اوضاع سياسية جديدة الاصل فيها انها تتطلب في مرحلة الاقرار أو التنفيذ أكثر من محض توصية وهي غاية ما تملكه الجمعية مثال ذلك ما اوصت به الجمعية العامة سنة ١٩٤٨ بتقسيم فلسطين واقامة دولة يهودية في الشطر الاكبر منها رغم الاعتراضات الكثيرة وكذلك توصيتها بشأن ايجاد دولة كوريا الجنوبية<sup>٢٧</sup> ومن جهة أخرى تؤكد المحكمة في قضية التجارب النووية بين استراليا ونيوزلندا ضد فرنسا سنة ١٩٧٤ إن الاعلانات التي تصدر من دولة بمفردها قد تكون ملزمة اذ إن العبرة ليست بالصيغة وانما بالعبارات والمصطلحات الواردة في هذه الاعلانات والتي تكرر قصد تلك الدول من وراء اصدار هذه الاعلانات مشيرة في ذلك إلى الخطاب الذي القاه وزير خارجية فرنسا في الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٥- ايلول ١٩٧٤ والمؤتمر الصحفي الذي اعقب هذا الخطاب والذي اكد فيه إن التجارب النووية الفرنسية وصلت إلى مراحل متقدمة وانها قد تتوقف في السنة القادمة، كما عادت المحكمة لتؤكد في نفس القضية انه ليس كل الاعمال الانفرادية التي تصدر من الدول تكون ملزمة ولكن الدول قد تختار موقف معين بخصوص قضية معينة أو موضوع معين بحيث تبدي رغبتها بجعل هذا الموقف ملزم لها وان قصد الدولة يؤكد تفسير هذه الاعمال ، لقد قررت المحكمة في قضية الوضع القانوني لكريتلاند الشرقية بين الدنمارك والنرويج سنة ١٩٣٣ بخصوص اعلان ايهلين Iheln Declaration الذي احتجت به الدنمارك على اساس انه اتفاق ملزم اعترفت بموجبه النرويج بالسيادة للدنمارك على الجزر والصادر والمسمى ايضا باسم وزير خارجية تلك الدولة والتعهدات التي قطعها بانه لا يثير هذه القضية في مؤتمر السلام. لقد قررت المحكمة انه لا يمكن قبول هذا الادعاء لان التدبر والتمعن بدقة في عبارات هذا الاعلان والظروف التي رافقت اعلانه والتطورات اللاحقة له توضح إن السيد ايهلين وزير خارجية النرويج لا يقصد من ذلك ، التصريح بهذا الاعتراف ، أو الزام دولته بذلك ، بل حتى بالنسبة للدولة التي صدر لمصلحتها وهي الدنمارك لم يكن يفهم من قبلها بانه اتفاق ملزم<sup>٢٨</sup>. ويلاحظ إن مجلس الامن تصرف ذات التصرف تجاه الاعلان المنفرد الصادر من وزير الخارجية السوري في ٧-٨-٢٠٠٦ والمتضمن اقرار بان المزارع تشكل جزءا من الاراضي اللبنانية واكتفى في قراره المرقم ١٧٠١ في ١١-٨-٢٠٠٦ بعد منطقة مزارع شبعا من المناطق المتنازع عليها أو غير مؤكدة الملكية<sup>٢٩</sup>، على الرغم من إن هناك اتجاه في الفقه الدولي يذهب إلى إن الممارسة الدولية تعترف لوزير الخارجية بصلاحيه اجراء معاهدات دولية معينة ابتداء من المفاوضات وحتى التوقيع وهو يحتقظ بهذه الصلاحيه حتى لو كان دستور دولته لم يصرح بمنحه مثل هذه الصلاحيات أو لم يصرح بحجب هذه الصلاحيات عنه<sup>٣٠</sup> ، وكانت لجنة القانون الدولي قد شرعت منذ عام ١٩٩٧ بدراسة الاعمال المنفردة الصادرة عن الدول وتلقت في عام ٢٠٠٠ تقارير المقرر الخاص بذلك والذي اشار فيه إلى انه يعمل بشكل اساسي على التمييز بين السمة القانونية والسمة السياسية لهذه الاعلانات وما يترتب على ذلك من كونها ملزمة ام لا<sup>٣١</sup>.

وتشير المادة ٢٤٩ من اتفاقية الاتحاد الاوربي وتقابلها المادة ١٨٩ من اتفاقية الشراكة الاوربية<sup>٣٢</sup> التي حددت بعض من صلاحيات مؤسسات الاتحاد الاوربي وبشكل خاص في

<sup>٢٧</sup> - د. عبد الحميد بدوي ، الامم المتحدة ، ط١، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥١، ص ٨٣ .

<sup>٢٨</sup> - 4-DJ Harris , Cases and Materials On International Law , Six th ed , Thomson , London,2004 ,p796-797-793.

<sup>٢٩</sup> -SE – 1701-11-8-2008.

1- Lord Mc Nair , The Law Of Treaties,Oxford,New York,1961,p75 .

2- Lori Fisler Damrosch And Others , International Law, West Group , U.S.A,2001,p461. <sup>٣١</sup>

3-John Fairhurst and Christopher , Law Of European Community , Fourth ed , Pearson Education - <sup>٣٢</sup> Limited ,Great Britain ,2003 , p483-498-38 .

موضوع الصلاحيات التشريعية إلى إن تلك المؤسسات لها الحق في إن تصدر اربعة انواع من التشريعات تختلف من حيث طبيعتها الملزمة وهو ما يشكل بالتالي جزءا من قواعد الصياغة المرنة Soft Law وكالاتي :-

- ١- التعليمات والتي تمتاز بالتطبيق العام
- ٢- الاوامر والتي تكون ملزمة لكل دولة صدرت بحقها
- ٣- القرارات والتي تكون ملزمة ايضا بخصوص القضية التي صدرت بصددتها
- ٤- التوجيهات والآراء والتي لا تتمتع باي وصف للالزام استنادا للفقرة الخامسة من المادة ٢٤٩ المشار اليها انفا<sup>٣٣</sup>.

ويضيف جانب من الفقه الدولي اهمية أخرى لقواعد الصياغة المرنة Soft Law تتمثل في انها قد تكون وسيلة للحيلولة دون اندلاع نزاعات فكرية وايدلوجية أو لوضع حد لتلك النزاعات سواء اكانت تلك النزاعات فكرية عقائدية محضة أو نزاعات ومواقف ذات ابعاد اقتصادية ، الا إن واحد من اكثر سلبيات الصياغة المرنة هي انها قد تكون وسيلة لتشجيع الدول على التحلل مما التزمت به دوليا من التزامات وردت ضمن قواعد القانون الحاسم Hard Law مدعية انها لانتشاء التزامات دولية وانها جزء من الصياغة المرنة Soft Law<sup>٣٤</sup> ولذلك يشير بعض الفقهاء إلى إن وجود قواعد الصياغة المرنة في بعض الانظمة القانونية الاوربية كالنظام الانكليزي والالمانى والفرنسي ولد رد فعل ايجابي في ذروة التنارع بين القوانين الوطنية الداخلية وقواعد الصياغة المرنة Soft Law وادى في النهاية إلى ازدهار الدراسات القانونية المقارنة.<sup>٣٥</sup>

## المطلب الثالث

### مميزات الصياغة المرنة Soft Law

تمتاز الصياغة المرنة Soft Law بجملة من المميزات منها :-

- 
- المادة ٢٤٩ من اتفاقية الشراكة الاوربية .
  - المادة ١٨٩ من اتفاقية الاتحاد الاوربي .
  - المادة ٢١١ من اتفاقية الشراكة الاوربية .
  - المادة ١٥٥ من اتفاقية الاتحاد الاوربي .

٣٣-Denis Keenan , English Law ,Fourth ed ,China ,2004,P208.

٣٤-Rebecca M . M . Wallace , International Law ,Fourth ed ,Thomson ,Sydney ,2002 ,p30 .

٣٥-Stefan Vogenaure , SourCES Of Law and Legal Method In Comparative Law , The Oxford Handbook Of Comparative Law ,The Oxford University Press ,NewYork ,2006,P879.

- ١- إن نصوص هذه الاتفاقيات في الغالب لا يمكن انتهاكها وفي هذا المعنى بالخصوص يرى باكستر إن هذا هو الذي يبرر تسميتها SOFT LAW فهي تتضمن التزاما سياسيا أكثر من كونها تتضمن التزاما قانونيا وهذه التسمية تعكس فقط مدى المرونة الذي يمكن إن تتسم بها ولا يمكن القول مطلقا انها تنشئ التزامات قانونية وهو عين ما اقرته محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري في بحر الشمال ( عندما حددت واحد من شروط المعاهدات لكي تكون منشأة للالتزامات القانونية ..... )<sup>٣٦</sup>
- ٢- انها تتضمن مبادئ وليس قواعد أو التزامات ومع ذلك فهي ليست جزء من قواعد القانون الدولي الغير ملزمة ، وهذه مسألة في غاية الاهمية والدقة لان عملية صياغة النصوص هي التي تحدد كون هذه النصوص جزء من الصياغة المرنة Soft Law أو Hard Law وليس الشكل لذي وردت فيه سواء اكان اتفاقية أو أي مصدر اخر من مصادر القانون الدولي ، إن مثل هذه المبادئ تتضمن ايضا مغزى قانوني دفع الفقيه (دوراكن) لاستخدام مصطلح جديد هو مصطلح المبادئ الدستورية سنة ١٩٧٧ وعرفها بناء على ذلك بانها المبادئ التي تؤثر على المحاكم عندما تتصدى للنظر في قضية معينة وتؤثر ايضا على المؤسسات الدولية وهي تمارس اختصاصاتها فيمكن لها مثلا إن تضع ارشادات أو تجد الحلول في تنازع القوانين والقواعد وهي اذ تقوم بكل ذلك فانما تقوم به وان جاء خاليا من معنى الالتزام فانه لايمكن استنادا إلى القانون تجاهلها بالمرّة وبناء على ذلك فهي تؤسس شكل مهم جدا من أشكال القانون فهي مرنة ولكن لا يمكن إن تتداخل مع قواعد القانون الغير ملزمة<sup>٣٧</sup>.
- ٣- انها متعددة الصور فقد ترد بصورة اتفاقيات دولية أو اعلانات أو توصيات أو قرارات لمنظمات دولية أو جزءا من المبادئ العامة للقانون أو حتى في صورة قرارات قضائية ، فميثاق الحقوق الاساسية للاتحاد الاوربي الموقع من خمسة عشر دولة فقط اعضاء في الاتحاد الاوربي في كانون الاول ٢٠٠٠ اثناء انعقاد اجتماع المجلس الاوربي في مدينة نيس في فرنسا ليس له أي قوة ملزمة على الرغم من الميثاق تضمن وفي نص واحد مجمل الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية المعترف بها صراحة من قبل المواثيق الدولية أو الاتفاقيات الاوربية أو حتى على مستوى التشريعات الداخلية ولكن وعلى الرغم من اعترافات المملكة المتحدة فان هناك احتمال كبير بان محكمة العدل الاوربية ستعتمد اليه عندما تكون بصدد تطبيق أو تفسير اتفاقيات الاتحاد الاوربي<sup>٣٨</sup> . هذا من جهة ومن جهة أخرى وعلى الرغم من إن القرارات التي تصدرها المحكمة الاوربية لحقوق الانسان قد تسفر عن دفع تعويضات من قبل الحكومة البريطانية لضحايا انتهاكات حقوق الانسان ولكن قرارات المحكمة ليست ملزمة للحكومة البريطانية وليست ملزمة ايضا للمحاكم الداخلية في بريطانيا واهيانا يتم تجاهلها ببساطة اما القرارات الصادرة من محكمة العدل الاوربية فان قراراتها تعد ملزمة كانها قرارات صادرة من المحاكم الداخلية ولكن محكمة العدل الاوربية والمحاكم الداخلية من جهة أخرى تاخذ في الحسبان قرارات المحكمة الاوربية لحقوق الانسان عندما تتصدى لتفسير نصوص تلك الاتفاقيات .
- كما إن محكمة العدل الاوربية دابت على معاملة الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان لسنة ١٩٥٠ بوصفها مصدر من المصادر الاصلية للاتحاد الاوربي وهي في مسلكها هذا تختلف عما تسير عليه المحاكم الداخلية ، ولكن وعلى الرغم من هذا الاعتراف من قبل محكمة العدل الاوربية الا

-Alan Boyle , OP , Cit ,p149

- ٣٦

١

- نفس المصدر .

<sup>٣٨</sup> 1-Wouter . J.,Institutional and Constitutional Challenges For The European Union; Some reflections In The Light Of The Treaty Of Nice , Oxford ,2001 ,p342 .

إن أهمية تلك الاتفاقية بقيت قاصرة على مجرد الاستعانة بها فقط عند تفسير اتفاقيات الاتحاد الأوربي أو عند تطبيقها<sup>٣٩</sup>.

٤- أنها ليست خالية تماما من وصف الالتزام ، إذ إن الآراء الافتائية والتوصيات التي تصدر بصدد معاهدة ما أو قرار صادر من منظمة يجب إن يؤخذ في الحسبان من قبل المحاكم الوطنية أو الإقليمية أو حتى المحاكم الدولية إذا ما تصدت لتفسير نص من نصوص تلك المعاهدات أو فقرة من فقرات ذلك القرار<sup>٤٠</sup>.

٥- إن الالتزام بها والعمل على هديها ومراعاة أحكامها لا يتوقف على مشيئة أو رغبة أطرافها كما لا يتوقف على المصطلح أو التسمية التي يطلقها طرفا بعينه على تلك القواعد حتى وإن جاءت بهذه الصياغة

٦- أنها قواعد ذات طابع اعلاني ، وهو الأمر الذي يجعل قواعد هذا القانون من القوة بمكان بحيث تخلق تأثير واضح بوصفها ممارسة ترقى إلى المستوى الذي يجعلها تساند قواعد العرف الدولي أي تساهم بتشكيل الركن المادي من ركني العرف حيث تفسر اعتياد الدول على ممارسة تصرف معين في شأن محدد رغم تأكيد هذه الدول إن تلك الممارسة لا تمثل أبدا قاعدة قانونية ملزمة وهذا ما حدث بالضبط مع اتفاقية لاهاي الرابعة لسنة ١٩٠٧<sup>٤١</sup>.

٧- أنها تتعلق في أغلب الأحيان بالجانب الاقتصادي دون إن يعني ذلك أنها لا تدخل في ميدان العلاقات الدولية الأخرى أو في الميادين السياسية التقليدية وخاصة في مجال الأمن . ولعل هذا ما يبرر لجوء أغلب المؤسسات الاقتصادية الدولية لمثل هذا الأسلوب فقد لجأ صندوق النقد الدولي إلى اعتماد هذا الأسلوب سنة ١٩٧٤ في إطار محاولات تحديد التدابير التي تضع قيودا على المبادلات وقد لجأت إلى الأسلوب ذاته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية وكذلك الحال مع إعلان باريس في ٣٠ أيار الصادر من حكومات الدول الأعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية وكذلك الإعلان الصادر من لجنة حكام صندوق النقد الدولي المتضمن التزام الدول بآلة التدابير والإجراءات التي من شأنها الحد من حرية التبادلات وحصر سلطان الدولة بفرض المزيد منها بصورة فردية<sup>٤٢</sup> . واعتمده أيضا اتفاقية الجات بوصفه نظاما عالميا يتولى إدارة العلاقات الاقتصادية بين دول العالم ويتمثل بسلسلة من الإجراءات وسلسلة من المعايير تشكل أساس التوافق الدولي فيما يتعلق بواجبات الدول بانجاز تلك المهام<sup>٤٣</sup> ويعطي بعض الفقهاء تسويغا لأن يكون الميدان الاقتصادي هو الميدان الرئيس لقواعد الصياغة المرنة SOFT LAW مبررين ذلك بأن مثل هذه القواعد مهما كانت طبيعتها

<sup>٣٩</sup> 2-Craig, P, and De Burce , E U Law Text ,Cases and Materials , 3 rd ed , Oxford , Univrsity Press , New York , 2002, p222.

<sup>٤٠</sup> 3-Snyder .F , The Effectiveness Of European Community Law ,Institutions ,Processes ,Tools ,and Techniques , MLR,1993 ,p56.

<sup>٤١</sup> Scott ,The Hague Conventions and Declartions Of 1899 and 1907 ,3<sup>rd</sup> ed ,Oxford ,1915,p100 .

<sup>٤٢</sup> - التقرير السنوي لبنك التسويات الدولية لسنة ١٩٨٧ ، حزيران ، ص٢٢٥ .

<sup>٤٣</sup> 2-Evens .P .and J. Waish , The EIU (( Conomist Intelligence Unit )) Guide to The New GATT , - London , 1994, p11.

مع ملاحظة إن الدكتور احمد أبو الوفا لم يتطرق في الباب الثالث المعنون المنظمة العالمية للتجارة من كتاب منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والإقليمية إلى قواعد الصياغة المرنة عندما تناول الملامح الأساسية للاتفاق المنشئ للمنظمة العالمية للتجارة في ص٦٧ ومابعدا انظر-

د. احمد ابو الوفا ، منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والإقليمية مع دراسة خاصة للمنظمة العالمية للتجارة. دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧

ودرجتها من الخطورة فانها ذات تاثير مباشر في سلوك الافراد الامر الذي يحتم صياغتها بطريقة مرنة<sup>٤٤</sup>.

## المبحث الثاني

### تطبيقات الصياغة

### المرنة في اتفاقية فينا

### لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩

بعد ان حددنا المقصود بمفهوم الصياغة المرنة في المطلب الاول نحاول في هذا المبحث دراسة اثر الصياغة المرنة في اتفاقية فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ ، من البديهي ان هذا المبحث لا يمكن ان يلم بكل هذه التطبيقات ولكنه سيحصرها في اتجاهين الاول تحديد اثرها في تعريف الاتفاقيات الدولية والاتجاه الثاني تحديده في اثر المعاهدات وذلك عبر مطلبين :-

المطلب الاول – التطبيقات المتعلقة بتحديد مفهوم المعاهدات .

المطلب الثاني \_ التطبيقات المتعلقة بتحديد اثر المعاهدات .

---

3-Florian Faust , Comparative Law and Economic Analysis Of Law , The Oxford Handbook Of Comparative Law , Oxford University press ,New York , 2006 ,P850 .

## المطلب الأول

### التطبيقات المتعلقة بتحديد مفهوم المعاهدات

يمكن اجمال الاراء التي قيلت بصدد تحديد اثر الصياغة المرنة Soft Law في مفهوم الاتفاقية، أو في تحديد اثر التسميات التي تطلق على الاتفاقيات والمصطلحات على مفهوم الاتفاقية ذاته وفيما اذا كانت هذه التسمية تنقل هذا المفهوم من قواعد القانون الحاسم Hare Law إلى قواعد الصياغة المرنة Soft Law باتجاهين هما :-

الاتجاه الاول – ويرى إن هذه التسميات يمكن إن تنقل الاتفاقية الى مفهوم الصياغة المرنة Soft Law فاذا جرينا مراجعة للقوانين المتعلقة بابرام المعاهدات في ثلاث عشر دولة هي ( استراليا ، كندا ، الصين ، تشيلي ، كولومبيا ، مصر ، المانيا اليابان ، مكسيك ، هولندا ، روسيا ، سوسيرا ، المملكة المتحدة ) فإنها سوف تؤكد أنه ليس هناك فرق يذكر بين التعريف الوارد في المادة الثانية الواردة في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ وبين التعريف الذي ورد في هذه القوانين أن لم يكن بعضها يقتبسه اقتباسا صريحا . ولكن الممارسة الدولية لهذه الدول ولغيرها من الدول تثبت أن هناك فرق واضح في استخدام المصطلحات المرادفة للفظ الاتفاقية وأساس هذا التمييز هو رغبة الدول في الالتزام بموضوع المعاهدة والغرض منها أم غياب رغبة الالتزام هذه . وهو الأمر الذي عبر عنه وزير الخارجية الأميركي هنري كيسنجر في مقولة له مفادها (( أن الشئ المهم في دبلوماسية الولايات المتحدة هو أن تتم بحسن نية ..... ولكن الولايات المتحدة غير ملزمة بذلك ))<sup>٤٥</sup> . حيث يميل الفقه في كندا وبريطانيا إلى عد العنوان أو المصطلح المستخدم في تحرير الاتفاقية دليل يوضح تلك الرغبة إذ أن الرغبة شئ داخلي لا يمكن الوقوف عليه وبالتالي لا بد من دليل يوضحه ويظهره والدليل هنا هو الأسم المستخدم أو المصطلح المستخدم فإذا كان المصطلح المستخدم كعنوان هو معاهدة أو اتفاقية (Treaty) فإن رغبة الأطراف تكون قد أنصرفت إلى الالتزام باحكام تلك الاتفاقية أما إذا كان العنوان هو مذكرة تفاهم فإنها غير ملزمة وأنها جزء من قواعد الصياغة المرنة وأحيانا لا تسمى حتى معاهدة<sup>٤٦</sup> كما إن اللغة المستخدمة والصياغة تكشف أيضا عن هذه الرغبة فإذا استخدمت الدول

<sup>٤٥</sup> -Duncan B . Holis and Others , National Treaty Law and Practice , A.S.I.L.,Nether Lands ,2005 , P15

2-Duncan B . Hollis , Op , Cit , P17 .

مصطلحات مثل يجب ((Shall)) ويتفق ((Agree)) ويتعهد ((Undertake)) وحقوق ((Rights)) والتزامات ((Obligations)) والدخول في دور النفاذ ((Enter Into Force)) فانها تقصد من وراء ذلك انصراف نيتها للدخول في معاهدة ، اما اذا ارادت ابرام مذكرة تفاهم (MOU) فانها تلجئ لعبارات بديلة فتستخدم (( Will )) ( سوف ) بدل (( Shall )) ( يجب ) وتتجنب مصطلحات مثل اتفق وتعهد ، وتستخدم عبارة (تدخل العمل ) أو (تكون فاعلة ) بدل تدخل دور النفاذ هذا بالاضافة إلى الاستغناء عن شروط المراسيم النهائية التي ترافق عادة ابرام المعاهدات الدولية مثل تبادل التوقيعات بين ممثلي الدول<sup>٤٧</sup> . ويمكن تعزيز هذا الرأي بالقول إن الذي منع وصف الالتزام عن قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان هو صياغة المادتين ٥٣ و ٥٤ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لسنة ١٩٥٠ حيث جاءت بالصياغة التالية (( تتعهد الاطراف السامية المتعاقدة بان تتقبل نتائج قرارات المحكمة في أي دعوى تكون طرفا فيها )) ثم جاءت المادة ٥٤ لتؤكد نفس الصياغة حيث نصت على (( يحال حكم المحكمة إلى لجنة الوزراء التي تتولى الاشراف على تنفيذه )) .

ويساند الفقه الانكلوسكسوني هذا الرأي بشكل عام حيث يرى انه وفي نطاق الاتفاقات المختصرة تحتل اتفاقات الشرف أو اتفاقات الشرفاء (gentle men agreements) مكانا خاصا . وهي اتفاقات دولية مجردة من النتائج القانونية الإلزامية تعد التزامات شرف لا تنطوي على أي إلزام قانوني مباشر بالنسبة إلى الأطراف ، غير أنها تربط هذه الأطراف معنويا ، مثل : الاتفاق الأمريكي - الياباني في العام ١٩١٧ لتسوية الهجرة اليابانية إلى الولايات المتحدة ، وميثاق الأطلسي أو الإعلان الأمريكي - البريطاني الموقع من قبل روزفلت وتشيرشل في ١٤ / ٨ / ١٩٤١ ، والمتضمن المبادئ المشتركة لسياسة الدولتين والتصريح المشترك الصادر سنة ١٩٤٥ بين كندا وبريطانيا والولايات المتحدة الخاص بحقل استخدام الطاقة النووية . وهذه الاتفاقات هي اتفاقات ذات طابع سياسي تيرمها دولتان أو أكثر وتعلن فيها عزمها على اتباع منهج سياسي معين ، أو اتخاذ موقف معين من إحدى القضايا الدولية ، وذلك دون أي التزام قانوني من جانبها . فهي ، إذن ، اتفاقات لاتخضع لحكم المعاهدات ولا تقيد الدول المشتركة ، ولا يترتب على عدم احترامها أو تنفيذها أي التزام قانوني . وكل ما تحدثه في العلاقات المتبادلة بين هذه الدول هي ربطها برباط أدبي بحت<sup>٤٨</sup> . كما انها في العادة تتم بين القائمين بالشؤون الخارجية لدولتين أو أكثر يثبتون فيها المنهج الذي يرون أن تنهجه دولهم بالنسبة لأمر دولي معين ، لكن دون أي ارتباط قانوني بينهم . والظاهر أن مثل هذه الاتفاقات ، لخلوها من الصفة الإلزامية ، لاتعتبر من قبيل المعاهدات ولا تخضع لحكمها ، فهي لاتقيد في شئ الدول التي تمت بين ممثليها ، ولا يترتب عليها أي التزام قانوني ، وكل ما هناك أنها تربطهم برباط ذي طابع شخصي<sup>٤٩</sup> .

. وفي ظل هذا الاتجاه هناك اجماع على استثناء المعاهدات النافذة من قواعد الصياغة المرنة Soft Law لان المعاهدات التي تدخل حيز النفاذ تشكل جزءا من (Hard Law) على أقل تقدير بالنسبة لأطرافها<sup>٥٠</sup> . وتدعم بعض القرارات الصادرة من التحكيم الدولي هذا الاتجاه ففي قضية رسوم المستخدم في ميناء هيثرو التي عرضت على التحكيم بين الولايات المتحدة والمملكة المتحدة والتي تتعلق بنصوص اتفاقية لتنظيم الخدمات الجوية بين الولايات المتحدة وبريطانيا . وكان الطرفان قد اعقبا هذه الاتفاقية بتوقيع مذكرة تفاهم في عام ١٩٨٣ تتضمن توضيح كيفية

<sup>٤٧</sup> 3- Anthony Aust , Handbook Of International Law ,Cambridge University Press ,New YorK ,2005 ,P55-56.

<sup>٤٨</sup> د . محمد المجذوب و القانون الدولي العام ، ط٦ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص٥٧٣-٥٧٧ . انظر ايضا-

- د. غازي حسن صابريني ، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٧ ، ص٤٥ .

<sup>٤٩</sup> - د . علي صادق ابو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الاسكندرية ٢٠٠٨ ، ص٤٥٧ .

<sup>٥٠</sup> 1-Alan Boyle , OP , Cit , p141

أعادة تقييم ما تم تقييمه سلفا وكذلك الإجراءات المناسبة لوضع نظام لا استحصال رسوم المستخدم . وقد رفضت محكمة التحكيم الحجة القائلة أن مذكرة التفاهم تتمتع بما تتمتع به المعاهدة من وصف الالتزام استنادا إلى التعريف الوارد في المادة ٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ وقد قضت المحكمة أن مذكرة التفاهم ينحصر دورها في أنها تشكل (( ممارسة رضائية مستمرة في تطبيق الاتفاقية بين الأطراف )) وأنها (( يمكن أن تساعد في تفسير اتفاقية الخدمات الجوية ويمكن أن تساعد أيضا في تطبيقها عن طريق توضيح معنى المساهمة في التعبير والمصطلحات المستخدمة في الاتفاقية وفي إزالة أي غموض ))<sup>٥١</sup> . كما أن هذا المصطلح قد يطلق أيضا على المعاهدات التي تتميز بأنها خالية من وصف الالتزام أو أن الفكرة بذاتها وجدت من خلال تلك المعاهدات<sup>٥٢</sup> . لا بل إن جانب آخر من الفقه الحديث لا يقف عند هذا الحد بل يرى أن استخدام مصطلح إتفاق كمناظر لمصطلح معاهدة يشوبه عدم الدقة . إذ لمفهوم إتفاق مضمون أكثر إتساعا وشمولا . فيفيد في بعض الأحيان تقارب فكري حول نقطة بعينها أو مسألة . فيقال إتفقا بمعنى أن لنا ذات الفكرة . وهو بهذا المنظور عمل ذهني . كما أن للإتفاق مفهوما آخر بمعنى التصرف الذي يتم بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي بإرادتهما المشتركة مستهدفا ترتيب الآثار القانونية المبتغاة<sup>٥٣</sup> .

وفي فرنسا يجد مصطلح الصياغة المرنة Soft Law أكثر تطبيقاته في تعدد المصطلحات التي تطلق على الاتفاقيات الدولية يطلق مصطلح الترتيبات الإدارية على الاتفاقات التي تعقدها مؤسسات الدولة مع دول أخرى ولكنها لاتخلع عليها وصف الالتزام ضمن أطار القانون الدولي وبشرط أن تكون تلك الاتفاقات عبارة عن ترتيبات لتنفيذ معاهدة سبق أن أبرمتها الدولة وأن يكون الإتفاق برمته يدخل ضمن اختصاص المؤسسة التي أبرمته كما أن هذا الإتفاق لايلزم فرنسا ولكن يلزم فقط المؤسسة التي أبرمته . وفي عام ١٩٩١ شرعت المكسيك قانونا لابرام المعاهدات يسمح لمؤسسات الحكومة على كافة المستويات ( الفدرالية والداخلية ) بتوقيع معاهدات يحكمها القانون الدولي ولكن هذه المعاهدات لاتلزم الا الوكالات والمؤسسات التي وقعتها ولا تلزم المكسيك نفسها<sup>٥٤</sup> . ويمكن هنا إن نورد تطبيقين للمجلس الدستوري الفرنسي بصدد التمييز بين ما يعد اتفاقية دولية ملزمة وما لا يعد كذلك استنادا إلى إن المجلس قد اقر قاعدة للتمييز مفادها إن الاتفاقية الدولية تتميز بامرئين :-

١- إن تعقد بين شخصين من اشخاص القانون الدولي العام .

٢- إن تنتج اثار قانونية معينة .

وبناء على ذلك عد المجلس قرار المجلس الاوربي المؤرخ ي ٥ كانون الاول ١٩٧٨ حول النظام النقدي الاوربي هو اعلان ذو طابع سياسي ، أي ورد بصياغة مرنة SOFT LAW ، وليس اتفاقية دولية ذات اثر قانوني وقد استند المجلس في ذلك إلى إن (( غياب الاجراءات الدستورية المتعلقة بالاتفاقيات الدولية كتدخل البرلمان ورقابة المجلس الدستوري هو ما يخرج تلك الاعمال من الاطار الدستوري ، كما عد المجلس قرارات مجلس وزراء المجموعة الاوربية المتعلقة بانشاء مصادر خاصة بالمجموعات و بانتخاب الجمعية العامة للمجموعات الاوربية بالاقتراع العام المباشر تصرفات لاترقى إلى مستوى اتفاقيات دولية وقد برر المجلس ذلك بالقول إن (( إن قرار ممثلي الدول الاعضاء المجتمعين في المجلس قد تضمن بندا نهائيا بضرورة مراعاة الصيغ الدستورية الداخلية الخاصة بالدول لكي يكون ملزما )) ولكن المجلس تراجع عن الاستناد إلى هذا المبدأ عندما قرر إن الاعمال والتصرفات الصادرة من هيئة تابعة لمنظمة

<sup>٥١</sup> -Richard Coardiner , Treaty Interpretation , Oxford , New York , 2008 , P 83 .

<sup>٥٢</sup> -Francioni , O p , Cit , p167 .

<sup>٥٣</sup> د . مصطفى احمد فؤاد ، القانون الدولي العام ، القاعدة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٨ .

<sup>٥٤</sup> 5-Duncan B . Hollis , National Treaty Law and Practice , American Society Of International Law , Nether Lands , 2005 , p18 .

دولية بموجب معاهدتها التأسيسية وممارسة لاختصاصاتها كما هو حال مع القرار المتخذ من قبل مجلس المحافظين بادخال تعديلات على انظمة صندوق النقد الدولي بانها اتفاقيات دولية ملزمة ويبرر المجلس مسلكه هذا بالقول إن اساس التزام فرنسا نجده في المعاهدات التأسيسية التي تجيز استبدال القواعد الدستورية بالقواعد الدولية لانها نفسها قد ادرجت ضمن النظام الداخلي<sup>٥٥</sup>.

**الاتجاه الثاني** - ويرى هذا الاتجاه إن تعدد التسميات التي تطلق على الاتفاقيات لا يؤثر على تحديد مفهومها ويساند هذا الاتجاه كلا من اوبنهايم وجيرهارد فان غلان ومحكمة العدل الدولية واقفين جميعا عند منطوق نص المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ او بالتحديد عند الفقرة الاخيرة من هذه المادة والتي تنص على ((..... وايا كانت الصيغة التي تطلق عليه.))

فاوبنهايم يذهب إلى القول أن كون اتفاقية ما ، ملزمة أم غير ملزمة ، لا يتعلق أو يرتبط بالعنوان المقترح لهذه الاتفاقية فقط ، ويستشهد بالمادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات كما يستشهد ايضا بقرار محكمة العدل الدولية في قضية جنوب غرب افريقيا، بل يعتمد على رغبة الدول الأطراف في الالتزام بتطبيقها أو عدم الالتزام<sup>٥٦</sup> ، وتساند محكمة العدل الدولية هذا الاتجاه ففي عام ١٩٩٤ قضت المحكمة في قضية النزاع الحدودي بين قطر والبحرين إن الاتفاق الموقع بين وزراء خارجية البحرين وقطر والسعودية هو اتفاق ملزم ذو طبيعة قانونية صرفة رافضة بذلك احتجاجات وزير خارجية البحرين التي ادعى فيها إن هذا الاتفاق ليس له أي طبيعة ملزمة وانه مجرد مذكرة تفاهم سياسية خالية من أي مضمون ملزم كان القصد منه حث الطرفين على الدخول في مفاوضات جدية بغية الوصول إلى اتفاق لتسوية النزاع عن طريق المفاوضات فاذا تعذر التوصل إلى تلك التسوية فيصير إلى احالة موضوع النزاع بين قطر والبحرين حول جزر حوار إلى محكمة العدل الدولية ، ولكن المحكمة كما اسلفنا قضت بان هذا الاتفاق هو اتفاق ملزم وبنيت عليه بالتالي اختصاصها بنظر القضية<sup>٥٧</sup>. ويشير بعض الشراح إلى إن قرار المحكمة في هذه القضية ، بالذات ، يشكل خروج حتى عن التعريف الوارد في المادة الثانية التي استشهدت بها المحكمة نفسها اذا إن المادة اشارت بخصوص هذا التعريف انه (( لاغراض هذه الاتفاقية ..... )) الامر الذي يعني إن التعريف المستخدم فيها لا يمثل التعريف المستخدم في القانون الدولي العرفي وان التعريف الوارد في المادة الثانية لا يعدو كونه مجرد تعريف عملي للاتفاقية Working Definition ، ومع إن بعض الشراح حاول تبرير مسلك المحكمة مثل الفقيه Klabbers عاد إن مثل هذا القرار يؤسس لعرف دولي جديد ، الا إنه مع ذلك، لا يتسم بالوضوح<sup>٥٨</sup>. ويؤكد جيرهارد فان غلان دعمه لهذا الاتجاه ولكن من زاوية أخرى حيث يرى أن الإعلانات هي نوع اميركي مميز للاتفاقيات الصانعة للقوانين ناجم عن مؤتمرات واجتماعات وزراء خارجية الدول الأميركية . وهي تؤدي إلى بيانات عن مبادئ قانونية تطبق ، على أساس اقليمي ، في نصف الكرة الارضية الغربي . وهكذا فأن ديباجة ميثاق تشابولتيك ( مؤتمر مشكلات الحرب والسلام في مدينة مكسيكو ١٩٤٥ ) تنص على (( أن الولايات الأميركية تدمج في قانونها الدولي منذ سنة ١٨٩٠ عن طريق الموثيق والقرارات والإعلانات ، المبادئ التالية . . . )) والحكومات الأميركية لا تفرق ، من حيث الوضع القانوني

<sup>٥٥</sup> هيلين تورا ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٩ .

<sup>٥٦</sup> 2- Sir Robert Jennings QC , Vol 1 , parts 2 To 4 , Longman , London And New York ,1996 ,P1208.

<sup>٥٧</sup> I.C.J,Reports,1994 ,p116-122.

للمزيد حول هذا الموضوع انظر بالتفصيل :-

- د. محمد ثامر السعدون ، النزاع الحدودي بين قطر والبحرين دراسة في ضوء القانون الدولي العام ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .

<sup>٥٨</sup> 4- Delona R .Verwey ,The European Community,The European Union And The International Law Of Treaties,T.M.C Asser Press,The Netherlands,2004,p92.

أو القوة الملزمة ، بين القواعد المنصوص عليها في المعاهدات الرسمية وتلك الموجودة في قرارات أو الإعلانات ، وتعتبرها جميعها بأنها تتمتع بمركز متساو . ويؤكد أيضا انه لا بد من فهم مهمة (( صنع القوانين )) إذا كان لا بد من تجنب الارتباك . فالمندوبون إلى مؤتمر دولي المنهكون في أعداد معاهدة (( تصنع قانونا )) أنما يعملون كمشرعين لكنهم لا يملكون صلاحية اقامة قوة ملزمة لنتائج عملهم . وللدول الممثلة في الاجتماع الكلمة الرسمية وهي ملزمة بالقانون الجديد بعد الموافقة عليه بصورة فردية . ولا توضع المعاهدة موضع التنفيذ الا عند ابرامها بعد المؤتمر ، ولا تلزم الا الدول التي تقرر ابرامها<sup>٥٩</sup> . ولكن عملية التمييز بين المعاهدات التي تشكل جزء من الصياغة المرنة ( Soft Law ) وبين المعاهدات التي تشكل جزء من القانون الحاسم ( HARD LAW ) ليست بالأمر الهين ، حتى مع استثناء الجدل الدائر بشأن التسمية أو المصطلح . والا نكي من ذلك أن القواعد الواردة بالصيغة المرنة بدأت تتداخل مع الإجراءات الملزمة وهو الأمر الذي يجعل مجرد الاعتماد على سمة الالتزام لتمييز القواعد المرنة من غيرها من القواعد لا يفي بالغرض<sup>٦٠</sup> . ولذلك يميل جانب آخر من الفقه إلى اعتبار التصرفات التي تتدرج ضمن soft law بأنها أعمال منتجة للأثر الكامل في إطار القانون ولكنها تتراجع عن هذا الأثر في إطار القضاء أي أنها لا تنتج أي اثر أمام القضاء<sup>٦١</sup> . وهي على كل حال تتخذ طابعا إجرائيا قد يشكل في نهاية المطاف جزء من صيرورة قاعدة قانونية ملزمة ولكن هذه الصيرورة تتخذ أشكالا مختلفة<sup>٦٢</sup> .

لقد ذكرت لجنة القانون الدولي في تقريرها الأول أنها إدركت منذ عام ١٩٥٩ بأنه يجب الإشارة صراحة في تعريف المعاهدات إلى أن المعاهدة تخضع للقانون الدولي العام لغرض أستبعاد بعض التصرفات التي يمكن أن تدخل في إطار القوانين الداخلية للدول أو في إطار القانون الدولي الخاص . وهي بهذا تحاول إن تحد مما بات يعرف بقانونية القاعدة الدولية حيث يدور جدل اخر حول نطاق هذه القانونية لأن هناك من يرى ان الاستخدام المعاصر لمصطلح soft law يكاد ينحصر في إطار قانون المعاهدات الدولية ليشمل المعاهدات التي توقعها الدول ولا تقصد من وراء ذلك أن تكون ملزمة قانونيا لها أي لا تتصرف رغبتها إلى عدها اتفاقيات تترتب عليها التزامات قانونية . ولكن هناك كثير من الشكوك والمصاعب تعترض عملية وضع حد فاصل بين ما يعد قاعدة دولية (( قانونية )) أو ما يعد قاعدة دولية (( غير قانونية )) وكذلك هناك مزيد من الشك حول الاختلافات التي يثيرها مصطلح (( القانونية )) في الممارسة والتطبيق<sup>٦٣</sup> .

كما ان لجنة القانون الدولي حرصت على ان يتضمن التعريف عنصرا رابعا هو خضوع هذه الوثائق لقواعد القانون الدولي لأن الدول تستطيع فيما بينها أن تعقد اتفاقات عقارية ، مثلا ، كتنازل دولة لدولة عن قطعة أرض لبناء سفارة أو مركز أو مدرسة . حيث اتفقت فرنسا مع منظمة الأونسكو على أن تتنازل لها لمدة / ٩٩ / سنة عن استعمال قطعة ارض لغرض اقامة منشآت عليها<sup>٦٤</sup> . إن وصف الالتزام الذي تكاد تنفرد به المعاهدات الدولية لا يعني مطلقا عدم وجود رابطة أو علاقة وثيقة تمتاز بالمرونة استنادا إلى وصف الالتزام ذاته بين المعاهدات وبقيّة مصادر القانون الدولي ويمكن تيرير هذا الوصف بثلاثة اسباب الاول إن وصف الالتزام الذي تحظى به المعاهدات يأتي استنادا لقدسية العهود والمواثيق والثاني الممارسة الدولية التي طورت مفهوم المعاهدة واجراءات عقدها و الثالث الكم الهائل من المعاهدات التي تبرمها الدول في شتى المجالات ، فقد دون من الاتفاقيات الدولية التي ابرمتها الدول بين عام ١٦٤٨ و عام ١٩١٩ ما

<sup>٥٩</sup> - جيرهارد فان غلان ، القانون بين الأمم ، الجزء الثاني ، تعريب وفيق زهدي ، دارالافاق الجديدة ، بيروت ، ص ١٦٨ .

<sup>٦٠</sup> نفس المصدر ، ص ١٤١ .

<sup>٦١</sup> A . Aust , The Theory and Of Informal International Agreement , ICLQ, 1986 , p809 .

<sup>٦٢</sup> Practice

4- Alan Boyle , Op , Cit , P141 .

<sup>٦٣</sup> -Mark Weston Janis , International Law , Fifth ed , Aspen publishers , 2008 , p57 .

<sup>٦٤</sup> - د. محمد المجذوب ، مصدر يبيق ذكره ، ص ٤٩٤ .

ملى ٢٢٦ كتاب سميك اما الاتفاقيات بين عامي ١٩٢٠ و ١٩٤٦ فقد سجلت في ما يزيد على ٢٠٥ جزء اما الاتفاقيات المعقودة بين عامي ١٩٤٦ و ١٩٩٩ فقد سجلت في ما يزيد على ٢٠٤٩ مجلد<sup>٦٥</sup> .

## المطلب الثاني

### التطبيقات المتعلقة بتحديد اثر المعاهدات

تاتي الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢ لتعطي مثالا واضحا على الصياغة المرنة حيث نصت ((تمارس هذه الحريات من قبل جميع الدول مع ابقاء المراعاة الواجبة لمصالح الدول الاخرى في ممارستها لحرية اعالي البحار ، وكذلك الاعتبار الواجب لما تنص عليه هذه الاتفاقية من حقوق فيما يتعلق بالانشطة في المنطقة )) وكذلك ما نصت عليه المادة الثالثة والمعونة بالمبادئ حيث تضمنت اربعة مبادئ (( ١ - للاطراف المتعاقدة ان تدخل في اتفاقيات ثنائية أو متعددة الاطراف بما في ذلك الاتفاقيات الاقليمية وشبه الاقليمية لحماية البيئة لمنطقة البحر الأبيض المتوسط من التلوث شريطة ان تتمشى مثل تلك الوفاقات مع هذه الاتفاقية وتتفق والقانون الدولي وترسل نسخ من مثل تلك الوفاقات إلى المنظمة .

٢- لا يخل أي حكم من احكام هذه الاتفاقية بتقنين وتطور قانون البحار الذي يضعه مؤتمر الامم المتحدة لقانون البحار والذي دعي للانعقاد وفقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٧٥٠ ج الدورة ٢٥ كما لايمس المطالب الراهنة والمستقبلية ولا بوجهات النظر القانونية لاي دولة فيما يتعلق بقانون البحار وطبيعة ومدى ولاية الدولة الساحلية ودولة العلم ))<sup>٦٦</sup> .

لقد اشارت محكمة العدل الدولية في قضية Oil Plat forms إلى انه مع الاقرار بان المعاهدات ملزمة قانونا الا ان نصوص معينة في تلك المعاهدات قد ينظر لها أو قد تتم صياغتها بشكل اكثر عمومية بحيث يمكن القول بانها لا تنتسئ التزامات قانونية أو حقوق ولذلك فالنصوص التي تتحدث عن اقامة علاقات ودية وضمن هذه العلاقات لا يمكن ان تخلق حقوق أو التزامات قانونية بالمعنى القانوني للكلمة ولكن يمكن استخدامها في تفسير بقية نصوص المعاهدة<sup>٦٧</sup> .

٦٥ -Mark Westen Janis , International Law , Fifth ed ,Aspen Publishers , New York ,2008,p12.

٦٦ -Alan Boyle . OP , Cit , P150 .

٦٧ - I.C.J, Reports , 1996 , p803 .

وتجدر الإشارة إلى إن جانب من الفقه يؤكد إن المادة ٣٨ إنما تشير فقط إلى المعاهدات النافذة وتستثني من ذلك المعاهدات الغير نافذة أو التي لم تنفذ بعد أو المعاهدات التي لم تعد ملزمة بين أطرافها مع الأخذ بالحسبان إن وصف معاهدة من المعاهدات بأنها نافذة أم غير نافذة يتطلب التعرف على موقف كل طرف من الأطراف تجاه تلك المعاهدة وهل حظيت بتصديقها أم اكتفيا بمجرد التوقيع للالتزام بها<sup>٦٨</sup>. ولذلك فعندما نشير إلى المادة ١٨ من اتفاقية فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ التي نصت على ( تلتزم الدولة بالامتناع عن الاعمال التي تستهدف افساد الغرض من المعاهدة وذلك :

- أ- اذا وقعت على المعاهدة أو تبادلت الوثائق الخاصة بها بشرط التصديق أو القبول أو الموافقة إلى إن تبدي نيتها في إن لاتصبح طرفا في المعاهدة .
- ب- أو اذا عبرت عن ارتضاها الالتزام بالمعاهدة انتظارا لدخولها دور النفاذ وبشرط إن لايتاخر هذا التنفيذ دون مبرر) .

يمكن الإشارة إلى موقف الولايات المتحدة الذي عبرت عنه بالكتابة إلى الامين العام للأمم المتحدة عبر مذكرة جاء فيها (( نرغب في اعلامكم ..... إن الولايات المتحدة غير راغبة إن تصبح طرفا في اتفاقية النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية واستنادا لذلك فانه لايترتب على الولايات المتحدة الامريكية أي التزام قانوني من تاريخ توقيعها على الاتفاقية في ٣١ ديسمبر ٢٠٠٠ .))<sup>٦٩</sup> وفي اطار تنفيذ المعاهدات ومع التسليم بان صلاحية تنفيذ المعاهدات ليست محدودة بزمان ، ولا غير مباشرة في تأثيرها السياسي<sup>٧٠</sup> ، يميز جانب من الفقه بين المعاهدات المنفذة والمعاهدات المعدة للتنفيذ فيما بعد فالنوع الاول والتي يشار اليها احيانا بانها معاهدات تصريف تتعلق بموضوع واحد وينتهي العمل بها بعد انتهاء الموضوع والامثلة على ذلك هي اتفاقيات تخطيط الحدود بين دولتين والمعاهدات الخاصة بالضم الطوعي اما النوع الثاني من المعاهدات فانه ينص على استمرار العمل أو التطبيق بصورة متواصلة أو بين الحين والآخر والامثلة على ذلك توجد في الاتفاقيات الخاصة بتنظيم العلاقات التجارية بين الدول ومعاهدات تبادل المطلوبين والاتفاقيات الخاصة باقامة منظمة ادارية ومعاهدات تحالف وغيرها<sup>٧١</sup> .

ولقد أقرت بعض الوفود في مؤتمر فينا أن يضاف شرط خامس لأعتبار الاتفاق معاهدة دولية وهو أن ينتج عنه آثار قانونية محددة أو مجموعة من الحقوق والالتزامات المعينة وكان الدافع إلى هذه المقترحات أستبعاد بعض التصرفات من دائرة المعاهدات الدولية كالاعلانات بعدها فقط إعلان عن رغبة من صدر منه التصرف بخصوص موضوع معين دون أن تتصرف إلى إنشاء التزامات قانونية محددة ومثال هذه التصرفات إعلانات المبادئ والتصريحات المشتركة واتفاقات الجنتلمان ولكن المؤتمر لم يقر قبول هذه المقترحات في الصيغة النهائية لمشروع المعاهدة لأنها لم تورد جديد لأن القول بأن تصرف ما محكوم بالقانون الدولي يمكن التعبير عنه بعبارة أخرى موجود في المعاهدة وهي (( ينتج آثار قانونية محددة تحكمها قواعد هذا القانون )) . ولكن من جهة أخرى يرى جانب آخر من الفقه أنه لا ينبغي استبعاد التصرفات المذكورة من دائرة المعاهدات الدولية دفعة واحدة ذلك أن مضمون هذه التصرفات قد يكون من التحديد والدقة في الصياغة بحيث يفصح عن إدارة أطرافه الصريحة بالالتزام بما جاء فيه كما لو كان اتفاقا دوليا ومن ثم ينبغي النظر إلى كل تصرف على حده لمعرفة ما إذا كان يدخل في طائفة المعاهدات

٦٨ . 2-Hugh Thrlway , The Sources Of International Law , Oxford , New York ,2006 ,p121 .

-D J Harris , OP , Cit , p808 .

٧٠ - د . صالح جواد الكاظم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٠ .  
٧١ - جبر هار فان غلان ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٦٩ .

الدولية أم يخرج منها.<sup>٧٢</sup> اضم إلى ذلك ان اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ لم توضح المقصود بمصطلح (( تتبنى )) حيث أن المادة الثانية من الاتفاقية لم تعطيه تعريفا رسميا على الرغم من أنه ورد أكثر من مرة بجوار شروط شكلية كالمفاوضات والتوقيع والآثار المترتبة على كل منهما ، ومع ذلك فالممارسة الدولية اعطته تعريفا محددًا يقوم على اعتباره (( مرحلة من مراحل أبرام المعاهدات تعبر الدولة فيها عن قبولها بالصيغة النهائية للمعاهدة من حيث الشكل والمضمون )) وفي أغلب الأحيان لا يمكن تبني المعاهدة ما لم تنال صيغتها النهائية موافقة جميع الأطراف المشاركين في المفاوضات ما لم تكن هذه المفاوضات تتم في إطار مؤتمر دولي حديث يصار إلى تبني المعاهدة وفق قاعدة أغلبية الثلثين ، وتشكل قاعدة أغلبية الثلثين تطورا ملحوظا في قواعد القانون الدولي العام دون أن تعكس مجرد تدوين لقاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام.<sup>٧٣</sup>

أن القرائن قد ترد في ثنايا قاعدة قانونية ، بحيث لا تكون علة النص واضحة ، واردة في النص ، وإنما تختفي خلفه . ومن ثم لا يجوز الدفع بإثبات عكسها . فالقاعدة القانونية التي تصاغ في صورة قاعدة موضوعية ، قد تتضمن في خلفيتها قرينة صياغية اعتمادا على الظاهر الغالب المؤلف . فالقاعدة القانونية المتضمنة لقرينة تعد قاعدة إثبات . إذ لا ترد القرينة إلا مسببة ، لظهور العلة في نفس النص القانوني . لذا يجوز الدفع بإثبات عكسها كقاعدة . أما القاعدة القانونية المبنية على قرينة صياغية فإنها تأتي مجرد ، غير مسببة ، ولا تكون العلة واردة صراحة في النص القانوني ، ولكنها تختفي وراء . وعدم ورود العلة في النص يجعل من غير الممكن الدفع بإثبات عكسها .

فمثلا تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من اتفاقية فينا للمعاهدات على أنه .  
لايجوز الاستناد إلى التغيير الجوهرى غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند ابرام المعاهدة كسبب لإنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها إلا إذا توافر شرطان :-  
أ - إذا كان وجود هذه الظروف قد كون أساسا هاما لارتضاء الأطراف الالتزام بالمعاهدة .  
ب - إذا ترتب على التغيير تبديل جذري في نطاق الالتزامات التي يجب أن تنفذ مستقبلا طبقا للمعاهدة .

لقد صيغت تلك القاعدة وفقا لعلّة مفادها (( إن الحياة الدولية ليست ثابتة ، بل يغلب عليها التطور السريع ، ومن ثم يكون من الأوفق محاولة تحقيق قدر من التوازن بين الحياة ومتغيراتها وإلا فإن ذلك يعني أن القانون الدولي سيكون من الجمود إلى الحد الذي تقوم معه خطورة مدمرة وذات آثار وخيمة على المعاهدات )) .

بيد أن العلة السابقة توارت خلف القاعدة . ورغم اعتمادها على ما هو راجح وغالب في العمل ، إلا أن القاعدة استغرقت ذلك الغالب ولم يعد للعلّة وجود أو ظهور<sup>٧٤</sup> .  
كما ان المعاهدات التي لم تحظ بالتصديق رغم التوقيع عليها يمكن ان تشكل جزءا من قواعد الصياغة المرنة soft law<sup>٧٥</sup> . باستثناء المعاهدات ذات الشكل المبسط التي تقوم السلطة التنفيذية بأبرامها حصرا وإذا كان القانون الداخلي لأي دولة هو الذي يحدد سلفا السلطة المختصة بأبرام المعاهدات فإن من النادر أن نجد أيضا بهذا الخصوص جدل حول تصرفات الدول التي لا تشكل اتفاقية دولية لدى فقهاء القانون الدستوري إذ تتجه الانظار في الغالب نحو دور السلطة التشريعية في ابرام الاتفاقيات الدولية الملزمة ولذلك يعد جانب من الفقه هذه التصرفات بمثابة

٧٢ - د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد سعيد الدقاق و د. ابراهيم احمد خليفة ، القانون الدولي العام ، بدون عدد طبعات ، نشأة المعارف بالاسكندرية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢١ .  
٧٣ - 2-Sin Clair , The Vienna Convetion On The Law Of Treaties , Second ed , Oxford , New York , 1984 , P 33-39 .

٧٤ - د. مصطفى احمد فؤاد ، دراسات في النظام القضائي الدولي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٨-٥٩ .

٧٥ - 4-Baxter , Huague Recuei , Frist ed ,Oxford , 1970 , p61 .

تعبير عن رغبة السلطة التنفيذية في التهرب من القواعد الدستورية المتعلقة بإبرام المعاهدات أو ضرورة اللجوء إلى التصرف بسرعة لأشارة دولية لشركائها الدوليين وتجنب مخاطر رفض البرلمان تحرير الاتفاقيات الدولية عبر التصديق عليها أو قد تجد فيها ممارسة لسلطتها العامة في تمثيل الدولة على الصعيد الدولي أي إقامة علاقات مع غيرها من أشخاص القانون الدولي بما تملكه من زيادة في السلطة وهامشا في المناورة لالزام الدولة على الصعيد الوطني<sup>٧٦</sup>. جانب من الفقه هذا المسلك مستندا إلى إن سلسلة الاجراءات المعتمدة ، خصوصا الشكلية منها ، لاتمام صيغة المعاهدة يعني إن الدولة لايمكن إن تدخل في اجراء شكلي جديد ما لم يكن الاجراء الذي سبقه قد تم بشكل اصولي أو بمعنى اخر إن الاجراء المتقدم اذا تم بشكل اصولي فان هذا يعني إن ما سبقه من اجراءات قد تمت بشكل اصولي ايضا فالتصديق على المعاهدة من جانب الدولة يعني قبولها لمتن المعاهدة ولملاحقتها والتحفظات التي وردت بشأنها<sup>٧٧</sup>.

وكذلك يمكن عد المعاهدات الموقعة بانتظار التصديق أو المعاهدات المصدقة بانتظار الدخول بالنفاذ جزء من قواعد الصياغة المرنة<sup>٧٨</sup> Soft Law ويمكن إن نشير هنا إلى بعض الاحكام الصادرة من محكمة العدل الدولية خصوصا حكمها الصادر في قضية الجرف القاري لبحر الشمال بشأن المانيا التي وقعت ولكن لم تصادق ، وكذلك قرارات المحكمة في قضيتي ليبيا ومالطا وقضية خليج مين . اذا ما استثنينا الاثر الفعال استنادا للمادة ١٨ من اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ والتي ألزمت الدول بعدم افساد الغرض من المعاهدة أو المعاهدات التي تتطلب انجاز بعض شروطها قبل دخولها دور النفاذ أو المعاهدات التي يتم تنفيذها على مراحل<sup>٧٩</sup> ، والسؤال هو هل إن المعاهدات غير المسجلة تندرج ايضا ضمن نطاق الصياغة المرنة Soft Law ؟ اذا سلمنا بان هناك اجماع بشأن المعاهدات غير المسجلة كونها معاهدات ملزمة وصحيحة ولكن لا يمكن الاحتجاج بها امام اجهزة الامم المتحدة بغض النظر عن طبيعة هذا الجهاز سواء اكان هذا الجهاز تنفيذا ام قضائيا . واذا سلمنا بحقيقة أخرى مفادها إن الصياغة المرنة Soft Law تتعارض مع الصياغة الحاسمة Hard Law جريا وراء التعريف السائد الذي يستعين بتوافر أو انعدم وصف الالزام لكي يسبغ هذا الوصف . فان الاجابة قطعاً ستكون بالنفي أي إن المعاهدات غير المسجلة تخرج تماما من نطاق الصياغة المرنة Soft Law ولكن الركون إلى التعريف الاخر الذي يستند إلى عدم امكانية الاحتجاج بها امام القضاء أو الاجهزة القضائية فان النتيجة ستختلف إذ إن هذه المعاهدات ستشكل عند ذلك جزء من الصياغة المرنة Soft Law بل ستشكل في حينها المثال الابرز على هذه القواعد إذ إن هناك جانب كبير من الفقه يذهب إلى عد التصرفات التي تندرج ضمن الصياغة المرنة Soft Law بانها اعمال منتجة للاثر الكامل في اطار القانون ولكنها تتراجع عن هذا الاثر في اطار القضاء أي انها لاتنتج أي اثر امام القضاء . .

وثمة تساؤل اخر يدور حول المعاهدات الموقعة بالاحرف الاولى هل هي الاخرى جزء من الصياغة المرنة Soft Law ام لا ؟

الاصل في هذا النوع من المعاهدات استنادا للمادة ١٢ ما يلي  
(٢- لاغراض الفقرة الاولى من هذه المادة :

أ- يعتبر التوقيع بالاحرف على نص معاهدة من قبيل التوقيع على المعاهدة اذا ثبت إن الدول المتفاوضة قد اتفقت على ذلك .

<sup>٧٦</sup> - هيلين تورا ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥٨ .

<sup>٧٧</sup> - D . W . Greig , International Law ,Butterworths , London , 1969 ,p362.

<sup>٧٨</sup> - في موضوع الصياغة المرنة انظر -

-Hanna Fenichel , Representation , political , Innovation and Conceptual Change , Terence Ball , Cambridge University Press , U . S . A ,1995 , p133 .

<sup>٧٩</sup> - Micheal Acehurst ,A Modern Introduction To International Law , Sixth ed , U . S.A,1987,p127 -

ب- يعتبر التوقيع بشرط الرجوع إلى الدولة على معاهدة من جانب ممثل الدولة من قبيل التوقيع الكامل عليها إذا اجازته الدولة بعد ذلك ) والفرص الذي يجعل هذا النوع من المعاهدات يشكل جزء من الصياغة المرنة Soft Law هو إذا لم تكن الدول المتفاوضة قد اتفقت على اعطاء التوقيع بالأحرف الأولى هذا الاثر أو إن دولة المندوب لم تجزه . وكذلك يمكن عد الوسائل التي اشارت لها المادة ٣١ الفقرة الثانية ( أ ) ( أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة ويكون قد عقد بين الاطراف جميعا بمناسبة عقد هذه المعاهدة ) ضمن نطاق الصياغة المرنة Soft Law ولكن يجب التفريق بين الفقرة ( ١ ) والفقرة ( ب ) التي نصت على ( أي وثيقة صدرت من طرف أو أكثر بمناسبة عقد المعاهدة وقبلتها الاطراف الاخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة ) والتي تعد أكثر ملائمة لان تكون جزء من الصياغة المرنة Soft Law<sup>٨١</sup> ويذهب جانب من الفقه مستندا في ذلك إلى إن اتفاقية فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ لم تعالج أي مسألة تتعلق بمسؤولية الدولة إلى إن الحالات التي تمتنع فيها الدولة عن تنفيذ التزاماتها المقررة بموجب اتفاقية دولية أو تعلق هذا التنفيذ بحجة الدفاع العسكري عن النفس أو التدخل الخارجي أو العصيان المدني تدخل في اطار المسؤولية الدولية أو هو تطبيق من تطبيقات الصياغة المرنة Soft Law الذي يستوجب البحث عن قصد اطراف المعاهدة في هذا النوع ايضا من الحالات التي تسفر عن عدم التنفيذ أو تعليقه<sup>٨٢</sup> .

لقد ذكرت لجنة القانون الدولي في تقريرها الاول انها ادركت منذ عام ١٩٥٩ بانه يجب الاشارة صراحة في تعريف المعاهدة إلى إن المعاهدة تخضع للقانون الدولي العام لغرض استبعاد بعض التصرفات التي يمكن إن تدخل في اطار القوانين الداخلية للدول أو في اطار القانون الدولي الخاص<sup>٨٣</sup> . ومع ذلك فان هناك شبه اجماع على إن القواعد التي ترد بصيغة مرنة والتي تتخذ طابعا اجرائيا قد تشكل في نهاية المطاف جزءا من صيرورة قاعدة قانونية ملزمة ولكن هذه الصيرورة تتخذ اشكالا مختلفة تبعد جميعها عن صيغة القاعدة الامرة حيث إن الاشارة الوحيدة للقواعد الامرة في المواثيق الدولية بشكل عام لم ترد الا في المادة ٥٣ من اتفاقية فينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ ( ..... لاغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة امرة من قواعد القانون الدولي العام كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية في مجموعها ويعترف بها باعتبارها قاعدة لايجوز الاخلال بها ولايمكن تعديلها الا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام لها ذات الصفة ) كما وردت اشارة أخرى للقواعد الامرة في المادة ٦٤ من نفس الاتفاقية ( اذا ظهرت قاعدة امرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام فان أي معاهدة قائمة تتعارض مع هذه القواعد تصبح باطلة وينتهي العمل بها ) ولكن وبالتالي ليس هناك اتفاق بشأن القواعد الامرة اثناء المفاوضات التي سبقت عقد المعاهدة وهو الامر الذي يبرر إلى حد ما إن فكرة الصياغة المرنة (( Soft Law )) طبقت كثيرا في قانون المعاهدات الدولية ولكنها طبقت بشكل أكثر تركيز مع المعاهدات ذات الطبيعة الاقل الزاما<sup>٨٤</sup> . بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه أو التسمية التي تطلق عليها لقد بلغ عدد التسميات التي تطلق على المعاهدات أكثر من ثمانية وثلاثين اسما تتفاوت مع بعضها البعض من حيث الشكل والصيغة وكذلك من حيث الوسائل والاجراءات المتبعة في عقدها وتنفيذها<sup>٨٥</sup> .

<sup>٨١</sup> -انظر في هذا الخصوص قرار الجمعية العامة

-XXXV, 2004, NYIL .

- Ian Brownlie , OP ,Cit , P627 .

-Year Book Of Interational Law Commission ,1962 ,11,p32

4- Dina Shlton , International Law and Relative Normativity , International Law , Oxford ,New York ,2006 ,P162 .

<sup>٨٤</sup> د. عز الدين فودة ، الدور التشريعي للمعاهدات ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ١٩٧١ ، ص ٩٩ .

وهو ماشكل مادة خصبة للاجتهاد الفكري مدعوما ببعض القرارات الصادرة من القضاء الدولي في عد التسميات الاخرى التي تطلق على المعاهدة مؤشرا على كونها تشكل جزءا من الصياغة المرنة Soft Law ام لا<sup>٨٥</sup>.

يجب الاشارة اخيرا إلى ان هناك جانب من الفقه الدولي ينحو منحى مغايرا لهذه الاراء معتقدا ان الصياغة المرنة Soft Law لا يمكن ان تجد أي تطبيق لها في قانون المعاهدات الدولية وبتزعم هذا الراي الفقيه Jennings الذي يرى انها مجرد توصيات لا يمكن ان تنشئ قواعد قانونية بل هي مجموعة من النصائح توجه لدولة معينة أو مجموعة من الدول ولها الحرية المطلقة في اخذها أو في تجاهلها وينضم الفقيه Seide-Hohenveldern إلى هذا الراي معلالا اياه بان الاهمية القصوى لقواعد الصياغة المرنة تجد تطبيقها في القانون الدولي الاقتصادي<sup>٨٦</sup>.

## الخاتمة

إن الغاية الاساسية من هذا البحث والوسيلة التي اتبعها ، هي الحرص على معاصرة اخر المستجدات في علم القانون الدولي العام ولان المعاهدات تشكل صلب وجوهر هذا القانون فقد حاول البحث الوقوف على المستجد في هذا المصدر الرئيس من مصادر القانون الدولي العام وحاول ايضا ايجاد فسحة من التطبيق لقواعد الصياغة المرنة في الاتفاقية التي تولت تنظيم عقد

<sup>٨٥</sup> 6-Francioni , International (( Soft Law )) ; A Contemporary Assessment , Lowe and Fitzmaurice , Frist ed , 1996 , p156 .

<sup>٨٦</sup> - D J Harris , op .cit , p62.

المعاهدات الدولية معتمدا على استنتاجات خلص اليها من اراء الفقهاء أو قرارات القضاء الدولي أو بمتابعة اوضاع وحالات لم تشر لها اتفاقية فينا صراحة . بقدر الاهمية التي حظيت بها القواعد الواردة بالصياغة المرنة Soft Law بقدر ما اثارت من جدل فقهي لازال قائما حتى الساعة، فمن جهة يسعى جانب من الفقه إلى عددا قواعد قانونية Rules ومن جهة أخرى يجادل جانب اخر في انها ليست قواعد وانما مبادئ Principles واحكام Norms وينزل بها جانب ثالث إلى مستوى النصائح Advices , ويسوق كل فريق من هؤلاء ما بجعبته من حجج وارااء تؤيد ما يدعي وتدحض ما يدعي غيره ، فحجج الفريق الاول تستند إلى انها قواعد قانونية ليست ملزمة على الاطلاق أو ملزمة ولكن ليس امام القضاء ، ويدعي الفريق الثاني إن الدول لا تستطيع إن تتجاهلها لانها تمثل رغبة المجتمع الدولي أو تمثل راي الاغلبية فيه وان عدم مراعاة ذلك قد يقود إلى نزاعات دولية ، ويذهب الفريق الثالث إلى انها نصائح تعطى للدول في شان اقتصادي خاص بها وان مصلحتها تحتم عليها الالتزام بها والتقيد باحكامها.

إن الحقيقة التي انتهى لها البحث إن القواعد التي ترد بالصياغة المرنة هي قواعد عاملة ولكنها لا تشكل مصدرا مستقلا من مصادر القانون الدولي العام المنصوص عليها في المادة ٣٨ من النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية وهي بهذا الوصف تقترب كثيرا من مصادر أخرى للقانون الدولي العام بدء الفقه الدولي بالحديث عنها والاشارة لها ضمن تصنيف مصادر هذا القانون حتى بدت من المسلمات في هذا القانون والتي تمثل الاعتبارات الانسانية والمصالح المشروعة ابرز صورها، لا بل إن هذه الاعتبارات خصوصا الاعتبارات الانسانية اخذت تؤسس لمبادئ قانونية في غاية الاهمية اهمها مبدء حق الشعوب في تقرير المصير ومبدء التدخل الانساني ومناهضة التعذيب في حين تصطف المصالح المشروعة لترقى إلى مستوى مبادئ قانونية غاية في الاهمية مثل حسن النية والمعقولة وتبرر من جهة أخرى مبادئ قانونية ذات مغزى اقتصادي مثل الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة ، وقد يقال بانها بهذا الوصف قد تصنف على انها جزء من مبادئ القانون العامة ولكن هذا القول يجانب الصواب اذ انها تختلف عن مبادئ القانون العامة في انها لاتسند إلى الممارسة الدولية .

لقد اعطت الاتفاقيات المتعلقة بالمناخ مثل اتفاقية الاطار المناخي لسنة ١٩٨٢ المثال المعاصر والواضح على هذا النوع من الاتفاقيات اذ إن النصوص التي تشكل جوهر هذه الاتفاقية لم تتحدث عن التزامات واضحة بل تحدثت عن ترتيبات وتركت الدول حرة في اللجوء اليها ، غير إن تجسيدها في هذا النوع من الاتفاقيات لا يعني مطلقا انها حكرا على الاتفاقيات المتعلقة بالمناخ بل انها شملت اتفاقيات أخرى ابرزها الاتفاقيات ذات الطابع الاقتصادي وخصوصا اتفاقية الجات GAAT كما لايعني انها ترد في صورة واحدة هي صورة الاتفاقيات الدولية لانها قد ترد في صور أخرى مثل الاعلانات والتوصيات مثلا اعلان سنة ١٩٧٠ الخاص بمبادئ الامن والسلم بين الدول أو القرارات التي تعاملت مع الفضاء الخارجي واعماق البحار والمصادر الطبيعية ، وكذلك التوصيات التي تصدر من المنظمات الدولية مثل الارشادات الصادرة عن UNEP بخصوص البيئة لسنة ١٩٨٧ ومجموعة الارشادات الصادرة عن منظمة FAO بخصوص الصيد أو بقية الاعلانات الصادرة عن IMO, IAEA, وقد ترد حتى في صورة قرارات قضائية كما هو الحال مع القرارات الصادرة من المحكمة الاوربية لحقوق الانسان .

إن ابرز التطبيقات القضائية التي حرص البحث على ابرازها فيما يتعلق بتحديد مفهوم الصياغة المرنة Soft Law هي قضية النزاع الحدودي بين قطر والبحرين التي فصلت فيها المحكمة بتاريخ ١٦ -٣- ٢٠٠١ ودحضت فيها حجة البحرين المستندة إلى إن الاتفاق الثلاثي بينها وكل من السعودية وقطر لايرقى إلى مستوى الاتفاق الملزم بل هو جزء من الصياغة المرنة Soft Law حيث قضت المحكمة بانه اتفاق ملزم يمنحها الاختصاص في نظر القضية ، وكذلك الحال مع قضية رسوم المستخدم في ميناء هيثرو التي عرضت على التحكيم بين الولايات المتحدة والمملكة المتحدة والتي تتعلق بنصوص اتفاقية لتنظيم الخدمات الجوية بين الولايات المتحدة وبريطانيا . وقد رفضت محكمة التحكيم الحجة القائلة أن مذكرة التفاهم تتمتع بما تتمتع به

المعاهدة من وصف الالتزام استنادا إلى التعريف الوارد في المادة ٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ وقد قضت المحكمة أن مذكرة التفاهم ينحصر دورها في أنها تشكل (( ممارسة رضائية مستمرة في تطبيق الاتفاقية بين الأطراف )) وأنها (( يمكن أن تساعد في تفسير اتفاقية الخدمات الجوية ويمكن أن تساعد أيضا في تطبيقها عن طريق توضيح معنى المساهمة في التعبير والمصطلحات المستخدمة في الاتفاقية وفي إزالة أي غموض )) كما حظي البحث بتطبيقات أخرى واءاء فقهية متعددة وصلت حد التشكيك في وجود هذا النوع من الصياغة أو في إن يكون له أي اثر .

إن دراسة الصياغة المرنة Soft Law يمكن إن تخلص بنا إلى جملة من الاستنتاجات منها :-

- ١- لم تعالج اتفاقية فيينا مواضيع ومصطلحات في غاية الاهمية منها مصطلح (( تتبنى )) ومسألة الفرق المحتمل بين استخدام مصطلحات مختلفة تدل جميعها على المعاهدة الدولية وان كان التعريف الذي وضعته المادة الثانية يحتمل تفسير واحد إن المعاهدة معاهدة اين كانت الصيغة التي تطلق عليها .
- ٢- ان الميدان الرئيسي لهذا النوع من الصياغة يتركز في الاتفاقيات الاقتصادية الدولية والسبب في ذلك إن هذه الاتفاقيات ذات تاثير مباشر في حياة الافراد وتمس مركزهم الاقتصادي ووضعهم المالي .
- ٣- يركز مجلس الدولة الفرنسي على التمييز بين الصياغة المرنة Soft Law وغيرها على اساس مجموعة من الاجراءات الدستورية الداخلية مثل التصديق ورقابة البرلمان فان لم تتواجد مثل هذه الاجراءات فان القواعد تكون وارده بالصيغة المرنة.
- ٤- حظيت اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ في بعض نصوصها بتطبيقات للصياغة المرنة Soft Law من تلك التطبيقات نصوص المواد الثانية والرابعة عشر والثانية عشر والثامنة عشر والحادية والثلاثين .
- ٥- إن مصطلح الصياغة المرنة Soft Law حديث نسبيا إلى درجة إن بعض القواميس خلت من الإشارة له .
- ٦- إن الإشارة الوحيدة لما يعرف بالقواعد الامرة في القانون الدولي العام وردت في المادتين ٥٣ و ٦٤ من اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩ ولم يرد بعد ذلك في أي ميثاق دولي ذكر لهذه القواعد .
- ٧- إن هناك اكثر من ثمانية وثلاثين مصطلح يطلق على الاتفاقيات الدولية الامر الذي جعل منها ميدان خصب للجدل الفقهي .

## المصادر

### اولا- المصادر العربية .

- ١ - جير هارد فان غلان ،القانون بين الأمم ، الجزء الثاني ،تعريب وفريق زهدي ، دارالافاق الجديدة ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٢- د. حامد سلطان و د. عائشة راتب و د. صلاح الدين عامر ، القانون الدولي العام ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤
- ٣- د. خالد سعد زغلول حلمي ، الجات والطريق إلى منظمة التجارة العالمية واثرها على اقتصاديات الدول العربية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة العشرون ، العدد ٢ ، ١٩٩٦ .
- ٤ - د. زهير الحسيني ، التدابير المضادة في القانون الدولي العام ، ط٢، جامعة قات يونس ، بنغازي ، ١٩٩٨
- ٥- د. صالح جواد الكاظم ،مباحث في القانون الدولي، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة ،بغداد ، ١٩٩١ .
- ٦- د. عادل احمد الطائي ، القانون الدولي العام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩
- ٧- د. عبد الحميد بدوي ، الامم المتحدة ، ط١، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥١
- ٨ . د. عز الدين فودة ، الدور التشريعي للمعاهدات ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ١٩٧١
- ٩- د. علي صادق ابو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .
- ١٠- د. غازي حسن صابريني ، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، ٢٠٠٧ .
- ١١- د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العام ، ط٦ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
- ١٢- د. محمد ثامر السعدون ،النزاع الحدودي بين قطر والبحرين دراسة في ضوء القانون الدولي العام ،رسالة ما جستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .
- ١٣- د. محمد سامي عبد الحميد ود. محمد سعيد الدقاق و د. ابراهيم احمد خليفة ، القانون الدولي العام ، بدون عدد طبعات ، نشأة المعارف بالاسكندرية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤
- ١٤- د. مصطفى احمد فؤاد ، القانون الدولي العام ، القاعدة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٧
- ١٥- د. مصطفى احمد فؤاد ، دراسات في النظام القضائي الدولي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧
- ١٦- د. مصطفى سلامة حسين ، العلاقات الدولية ، دار المطبوعات ، الاسكندرية ، ١٩٨٤ .
- ١٧- هيلين تورار ، تدويل الدساتير الوطنية ، ترجمة باسيل يوسف ، مراجعة استاذنا د. اكرم الوتري ، بيت الحكمة ،بغداد ، ٢٠٠٤ .
- ١٨- د. احمد ابو الوفا ، منظمة الامم المتحدة والمنظمات المتخصصة والاقليمية مع دراسة خاصة للمنظمة العالمية للتجارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

## ثانيا - التقارير باللغة العربية .

- ١٩- التقرير السنوي لبنك التسويات الدولية لسنة ١٩٨٧ ، حزيان .

## ثالثا – الموائيق الدولية .

- ٢٠- اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٢،  
٢١- ميثاق الامم المتحدة لسنة ١٩٤٥ .  
٢٢- اتفاقية فيينا لقانون عقد المعاهدات لسنة ١٩٦٩،  
٢٤-الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان لسنة ١٩٥٠ .

## ثالثا – المصادر الاجنبية .

- 25-Alan Boyle,Soft Law In International Law,International Law ,  
second ed,Oxford , New York ,2006.
- 26- Anthony Aust , Handbook Of International Law ,Cambridge  
University Press ,New York ,2005.
- 27-. Aust ,The Theory and Practice of Informal International  
Agreement ,ICLQ,1986.
- 28-Baxter , Huague Recuei , Frist ed ,Oxford , 1970 .
- 29-Bernhard , Treaties ,7 Encyclopedia of Public International Law,  
London ,1984.
- 30 -Bernard , Customary International Law, 7 Encyclopedia of Public  
International Law ,London , 1984.
- 31-Chow Schoenbaum ,International Trade Law ,Aspen publishers  
,U,S,A,2008.
- 32-Sin Clair , The Vienna Convetion On The Law Of Treaties , Second  
ed , Oxford , New York , 1984.
- 33-Craig, P, and De Burce , E U Law Text ,Cases and Materials , 3 rd ed ,  
Oxford , Unvirsiy Press , New York , 2002.
- 34- Delona R .Verwey ,The European Community,The European Union  
And The International Law Of Treaties,T.M.C Asser Press,The  
Netherlands,2004.
- 35-Denis Keenan , English Law ,Fourth ed ,China ,2004,P208.
- 36- Dina Shlton , International Law and Relative Normativity ,  
International Law , Oxford ,New York ,2006 .

- 37-DJ Harris , Cases and Materials On International Law , Six th ed , Thomson ,London,2004.
- 38- D . W . Greig , International Law ,Butterworths , London , 1969.
- 39-Duncan B. Hollis , National Treaty , Law and practice , American Society Of International Law,Nether Lands ,2005.
- 40-Dupuy , Soft Law and The International Law of The Environemental ,Mich , 1991.
- 41-Evens.P.and J. Waish , The EIU (( Conomist Intelligece Unit )) Guide to The New GATT , London , 1994.
- 42-F.A.Vallat , The Competence Of The United Nations General Assembly , R . C .A.P.I,1959.
- 43-Florian Faust , Comparative Law and Economic Analysis Of Law The Oxford Handbook Of Comparative Law , Oxford University press ,New York , 2006.
- 44-Francioni , International (( Soft Law )) ; A Contemporary Assessment , Lowe and Fitzmaurice , Frist ed , 1996.
- 45-Hanna Fenichel , Representation , political , Innovation and Conceptual Change , Terence Ball , Cambridge University Press , U . S . A ,1995 .
- 46-Hugh Thrlway , The sources Of International Law , International Law , Oxford , New York ,2006.
- 47-John Fairhurst and Christopher, Law Of European Community , - Fourth ed , Pearson Education Limited,GreatBritain,2003.
- 48- James R .Fox , Dictionary of international and coparative law,Oceana publications,U,S,A,2008.
- 49-Ian Brownlie, Principles of public International Law ,7<sup>th</sup> ed ,Oxford , 2008.
- 50- Lord Mc Nair , The Law Of Treaties,Oxford , New York,1961.
- 51- Lori Fisler Damrosch And Others , International Law, West Group , U.S.A,2001.

52-Mark Westin Janis , International Law , Fifth ed ,Aspen Publishers , New York ,2008.

53-Micheal Acehurst ,A Modern Introduction To U. S.A,1987  
54-Quentin Skinner , Language and Political Change, Political Innovation and Conceptual Change.

55-Terence Ball and Others , Internationa Law , Sixth ed Cambridge University Press , U.S.A.,1995 .

56-Rebecca M . M . Wallace , International Law ,Fourth ed ,Thomson ,Sydney ,2002 .

57-Richard Coardiner , Treaty Interpretation , Oxford , New York , 2008 .

58-Sir Robert Jennings QC , Vol 1 , parts 2 To 4 , Longman , London And New York ,1996.

59-Snyder .F , The Effectiveness Of European Community Law ,Institutions ,Processes ,Tools ,and Techniques , MLR,1993.

60-Scott ,The Hague Conventions and Declartions Of 1899 and 1907 ,3<sup>rd</sup> ed ,Oxford ,1915 .

61-Stefan Vogenaure , SourCES Of Law and Legal Method In Comparative Law,The Oxford Handbook Of Comparative Law ,The Oxford University Press,NewYork ,2006.

62-Wouter . J.,Institutional and Challenges For The European Union; Some reflections In The Light Of The Treaty Of Nice , Oxford ,2001 .

## **خامسا - قرارات الجمعية العامة .**

63- UNGA RES 1962(xv111) .

64-UNGA RES 2749 (xxv).

65-UNGA RES 43-53.

66-XXXV, 2004 , NYIL .

67-RESOL,no 95,11, Dec , 1940 .  
68-RESOL , no , 1653 , ( xv1 ) 24 , Nov , 1961 .  
69-RESOL , no , 1514 , ( xv ) 14 , Dec, 1960 .  
70-RESOL ,no 1803 , ( xv11 ) 14 , Dec1962  
71-SE – 1701-11-8-2008.

### **سادسا – تقارير محكمة العدل الدولية .**

72-I. C . J ,Reports,1986 .  
73- I.C.J,Reports,1994.  
74 –I.C.J,Reports,1996.  
75-I.C.J, Reports ,2004.

### **سابعا – تقارير لجنة القانون الدولي .**

76-Year Book Of Interational Law Commission ,1962 ,11

**قراءة تصحيحية لقانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي**

**رقم ( ٤ ) لسنة ٢٠٠٩**

**علي فاضل فوزي \***

## المستخلص

في الوقت الذي تتزايد فيه الحاجة الى القوى العاملة بمختلف الاختصاصات نتيجة لاتساع وتنوع الوظائف العامة تقتضي موازين العدالة في التوظيف ضمان تكافؤ الفرص امام المواطنين كل حسب مؤهلاته لاشغال الوظائف العامة على وفق الشروط المطلوبة .. ولتحقيق ذلك لابد من وجود الجهة التنظيمية ( مجلس الخدمة العامة الاتحادي ) التي تضطلع بهذه المهمة تخطيطاً وتنفيذاً ورقابةً وصولاً الى هيكل وظيفي متوازن من حيث الاعداد والاختصاصات مع الانشطة والواجبات والخدمات المؤداة مع مراعاة التطوير المستمر للوظيفة العامة .

انطلاقاً من هذه الاهمية ياتي هذا البحث الذي يتناول قراءة تصحيحية بمنظار اداري وقانوني لقانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي رقم ( ٤ ) لسنة ٢٠٠٩ سعياً الى تحقيق نص قانوني رصين ومتكامل وواضح .

---

\* مدرس / معهد الادارة التقني – قسم الادارة القانونية .

## **Corrective Reading to Law of Union Public Service Council number of (4) to year 2009**

<sup>(1)</sup>  
**Ali F.Fawzi**

### **Abstract :**

Of importance to guarantee of the legislations of the provision equality chances for all citizens in filling of public employments, according to even any one of his skills and conditions. This is to need finding organization ( Union Public Service Council ) , which it is given

of task through planning implementation and supervision until making balance functional structure , which it is achieved at the law of number (4) to year 2009 .

Starting of this importance to come the research which it deals with corrective reading by administrative and legal vision for achievement to legal text of strong, complementary and clear with safety of performances in implementation of the particular to this law .

---

(1) Lecturer : Technical Administration Institute / Baghdad .

## المقدمة :-

اقر مجلس النواب في الحادي والعشرين من شهر شباط / ٢٠٠٩ مشروع قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي ، وقد صدر بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩ (١) وذلك بهدف رفع مستوى الوظيفة العامة واثاحة الفرص المتساوية امام المؤهلين لاشغالها اضافة الى تخطيط شؤونها والاشراف عليها وتطويرها .

فيما ياتي قراءة تصحيحه للقانون تتضمن مجموعة من الملاحظات والاشكالات الجوهرية او/ والشكلية التي تستلزم التغيير او التعديل او الحذف والاضافة في بعض مواد وفقرات القانون بالاتجاه الذي يضمن رصانته ووضوح مضامينه والتسلسل المنطقي لمواده وفقراته ومن ثم سلامة الاجراءات الخاصة بتطبيقه .

## المبحث الاول : نبذة تشكيل مجلس الخدمة العامة :

تم تشكيل مجلس الخدمة العامة بموجب احكام مواد الفصل الخامس من قانون الخدمة المدنية رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٦ .. وانيطت به واجبات التعيين واعادة التعيين على وفق منطوق المادة (٢٧) من القانون المذكور . وقبلها الزمت الفقرة (ب) من المادة (٩) منه بان ( لايجوز تعيين او اعادة تعيين الموظف الذي دون درجة مدير عام او متصرف الابدوافقة مجلس الخدمة العامة .

اعيد تشكيل المجلس بموجب مواد الفصل الخامس من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل ( الذي حل محل القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٦ ) . وذلك مع زيادة الحاجة الى الايدي العامة في مختلف الاختصاصات وتنوع واتساع الوظائف العامة في الدولة وما تقتضيه موازين العدل في التوظيف من اتاحة فرص العمل على نحو متكافىء امام الافراد .

نظمت احكام الفصل الخامس تشكيلة المجلس وارتباطه بمجلس الوزراء واسس علاقته بدوائر الدولة المختلفة من خلال تنفيذه لوجباته والاعمال التي يقوم بها والمحددة في مجالات التعيين واعادة التعيين والمصادقة على قرارات الترفيع حيث :-

– حددت المادة ( التاسعة والعشرين ) واجبات المجلس بالنسبة للتعين واعادة التعين بالاتي :-

- ١- اختبار مؤهلات الاشخاص المراد تعيينهم او اعادة تعيينهم بالمقابلة او الامتحان التحريري او بهما معاً .
- ٢- اصدار شهادة بالاهلية عن كل شخص قبل تعيينه او اعادة تعيينه بالوظيفة او عند نقله الى الوظائف التعليمية والطبية والهندسية .

(٢) – حددت المادة ( الثلاثون ) واجبات المجلس بالنسبة للترفيع ولجميع الموظفين فيما عدا ( المعينين بمراسيم جمهورية ) بالاتي:

- أ- اصدار التعليمات لكل وزارة باعداد تقرير سري عن كل موظف وارسال نسخه منه الى المجلس .
- ب- اصدار التعليمات للوزارات عن كيفية ترفيع الموظفين عند توافر الشاغر من الوظائف .

حيث ترفع الوزارات توصياتها بمستحقي الترفيع الى المجلس وللخيرات يصادق على التوصية او يرجح من يراه اهلاً للترفيع من بين المرشحين .

(٢) راجع الفقرة (٢) من المادة (الثامنة) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل .

– حددت المادة ( الثانية والثلاثون ) قيام المجلس بتوزيع من تقرر تعيينهم على الوزارات والدوائر المختلفة التي يوجد لديها وظائف شاغرة .

واستمر المجلس بالعمل حتى ١٩٧٩ حيث صدر القرار (٩٩٦) في ١٩٧٩/٨/٢<sup>(٣)</sup> والذي تم بموجبه الغاء مجلس الخدمة العامة المؤلف بموجب قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل ويتولى الوزراء المختصون او من يخولونهم من موظفي الدرجات الخاصة والمديرين العاميين اختصاصات وواجبات المجلس في التعيين واعادة التعيين والترقية وتحديد الراتب وغير ذلك فيما يتعلق بشؤون الخدمة المدنية التي كانت موكولة الى المجلس .

ولعل توجه الادارة في حينها الى اعتماد اللامركزية في التعيين ودور المجلس الشكلي في المصادقة على قرارات الترفيع لموظفي الدولة بعد التوسع في استحداث اجهزة ومؤسسات جديدة وزيادة اعداد المنتسبين كما ونوعاً .. ومارافق عمل المجلس من اشكالات مع الوزارات الاخرى لاسيما وزارة المالية في اصدار التعليمات اللازمة لتسهيل تطبيق قوانين وانظمة الخدمة المدنية كلها اسباب وفرت الاسس المنطقية لاصدار قرار الالغاء<sup>(٤)</sup> .

## المبحث الثاني : القراءة التصحيحه للقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩ \*

### الفصل الاول / المادة - ١ - التعاريف :

ابتداءً لابد من الاشارة الى ان ( الخدمة العامة ) هي كل خدمة تؤدي في او من خلال ( مرفق عام ) هو جزء من الهيكل التنظيمي او الاداري للدولة التي تتولى عملية تمويله وادارته والاشراف عليه ، ويسعى الى تحقيق النفع العام او المصلحة العامة . والمرافق العامة تؤدي وظائف او خدمات او أنشطة مدنية كما ويمكن ان تكون عسكرية او ذات طبيعة امنية كما في الدوائر والتشكيلات الخاصة بقوى الامن الداخلي ، عليه ينبغي التاكيد على ان القانون موضوع البحث يخص الشكل الاول من اشكال الخدمة وهي ( الخدمة المدنية ) تخطيطاً وتنفيذاً واشرافاً الامر الذي يستلزم تعديل تسمية القانون لتصبح ( قانون مجلس الخدمة المدنية العامة الاتحادي ) على نحو يتوافق مع مضامينه واهدافه وينسحب ذلك الى تعديل تسمية المجلس لتصبح (مجلس

الخدمة المدنية العامة الاتحادي ) ، واحلال تسمية ( الخدمة المدنية العامة ) محل تسمية ( الخدمة العامة ) اينما وردت في القانون .

### الفصل الثاني / المادة - ٢ - التأسيس :

من خلال قراءة مهام واهداف المجلس يتضح انها جميعاً ذات طبيعة تنفيذية ادارية ولا تمت بايه صلة للجانب التشريعي ، وانطلاقاً من مبدا الفصل بين السلطات فانه لا مسوغ او مبرر لجعل ارتباطه التنظيمي بمجلس النواب . بل الصحيح والذي يتفق مع طبيعة مهامه واهدافه وكذلك اختصاصاته ان يكون ارتباطه بمجلس الوزراء وحتى لا تصبح هذه الخطوة سابقة او مرجعية لجواز ارتباط مؤسسات او دوائر ذات طبيعة تنفيذية بالسلطة التشريعية مما يعد مغادرة صريحه لمبدأ الفصل بين السلطات وهو مبدأ دستوري من الواجب احترامه والعمل به .. وبأمكان مجلس النواب بما يمتلكه من سلطه رقابية متابعة عمل المجلس وتقييم ادائه .

---

(٣) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (٢٧٣٠) في ١٠/٩/١٩٧٩ .  
(٤) اياد عبد اللطيف السالم ، في قانون الخدمة المدنية ، التعيين واحتساب الخدمات / دراسة تحليلية لنص القانوني والتطبيق العملي .. بغداد مكتب زاكي للطباعة / ٢٠١٠ ، ص ٣٩ - ٤٠ .

\* نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١١٦ في ٦/٤/٢٠٠٩ .

### الفصل الثاني / المادة - ٣ - الاهداف :

يكتنف الصياغة الحالية لاهداف المجلس بعض الغموض والتداخل ، كما يمكن وصفها بانها صياغة مجتزئة وغير متوازنة مما يتطلب اعادتها من حيث المحتوى والتسلسل على نحو يضمن التوافق والانسجام مع المهام والاختصاصات المنوطة بالمجلس وعلى النحو الاتي :-

اولاً - ضمان تكافؤ الفرص امام المواطنين في شغل الوظائف العامة على وفق مؤهلاتهم والشروط المطلوبة .

ثانياً - رفع مستوى كفاءة الاداء لموظفي الخدمة المدنية العامة .

ثالثاً - تخطيط شؤون الخدمة المدنية العامة وشؤون وظائفها والرقابة والاشراف عليها بما يضمن تنظيمها وتطويرها .

رابعاً – تنظيم او/ واعداد تنظيم الهيكل الوظيفي للدولة على نحو يضمن التوازن بين الوظائف واعداد واختصاصات الملاكات الوظيفية .

خامساً – تقويم كفاءة اداء دوائر وموظفي الخدمة المدنية العامة قدر تعلق الامر بمستوى الخدمات المقدمة كماً ونوعاً ومدى توافر معايير الجودة في تقديمها وبالتنسيق مع الجهات المختصة .

سادساً – متابعة ضمان توافر الرعاية الاجتماعية والاقتصادية لموظفي الخدمة المدنية العامة وبالتنسيق مع الجهات المختصة.

#### الفصل الثاني / المادة - ٤ - الوسائل :

جاءت الوسائل التي تضمنتها هذه المادة بالفقرتين ( اولاً ) و( ثانياً ) محدودة وغير متكافئه مع الاهداف المنوطه بالمجلس وتركز على جانب واحد فقط يتعلق بتطوير الوظيفة العامة .. كما ان النص على انشاء مدارس للتطوير الوظيفي في الوزارات فيه نوع من المبالغة على مستوى التخطيط والتنفيذ والاشراف .

ان توافق المصطلحات والتعاريف ومن ثم النصوص يقتضي تعديل تسمية المعهد الذي نصت على تاسيسه الفقرة ( اولاً ) من هذه المادة لتكون ( معهد تطوير الخدمة المدنية العامة ) بدلاً عن ( معهد الوظيفة العامة ) .. وكذلك اعادة صياغة الفقرة (ثانياً) بشكل كامل لتقرأ على النحو الاتي ( الزام الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزاره باستحداث مراكز او اقسام للتدريب والتطوير الوظيفي وبالتنسيق مع المجلس وتحت اشرافه . )

#### الفصل الثالث / المادة - ٥ - هيكلية وألية عمل المجلس :

يستلزم التسلسل المنطقي لمواد وفقرات القانون تقديم الفقرة ( خامساً ) من هذه المادة على الفقرتين ( ثالثاً ) و( رابعاً )، واعداد صياغتها لتقرأ على النحو الاتي :-

#### يشترط في رئيس او نائب او عضو المجلس ان يكون :

- أ- من ذوي الخبرة والكفاءة في حقل الاختصاص .
- ب- لديه خدمة وظيفية فعلية لا تقل عن ( ١٥ ) خمس عشرة سنة بعد الحصول على الشهادة الجامعية الاولية ، او ( ١٢ ) اثني عشرة سنة لمن يحمل شهادة الماجستير او ( ١٠ ) عشر سنوات لمن يحمل شهادة الدكتوراه
- ج- لديه ممارسة فعلية في تنفيذ الانشطة او الاعمال الخاصة بقواعد وشؤون الوظيفة والخدمة المدنية .
- د - عراقياً ولا يقل عمره عن ( ٤٠ ) اربعين سنة .

- هـ - حسن السيرة والسلوك وغير محكوم عليه بجنايه او جنحه مخله بالشرف .  
و - غير مشمول بقانون المساءله والعداله .

كما نرتأني دمج الفقرتين ( ثالثاً ) و ( رابعاً ) من هذه المادة واعادة صياغتهما بفقرة واحدة تاتي لاحقة للفقرة الخاصة بالشروط انفة الذكر وعلى النحو الاتي :

يرشح مجلس الوزراء رئيس المجلس ونائبه واعضائه استناداً للشروط الواردة في هذا القانون على وفق الالية الاتية\*:-

أ- يعلن مجلس الوزراء ومن خلال جميع وسائل الاعلام المتاحة عن فتح باب التقدم للترشيح على ان يتضمن الاعلان توضيحاً للشروط الواجب توافرها في المرشح والمحددة في هذا القانون .. ولا تقل مدة الاعلان عن ( ٢٠ ) عشرين يوماً ولايزيد على ( ٣٠ ) ثلاثين يوماً\* .

ب- يتولى مجلس الوزراء اجراء المفاضلة بين المتقدمين على وفق مؤهلاتهم وكفاءتهم ومدى توافر الشروط الواردة في هذا القانون ويرشح من يراه مناسباً .

ج - يرفع المجلس اسماء المرشحين ممن تم اختيارهم الى مجلس النواب للمصادقة على تعيينهم .

اما بالنسبة الى نص الفقرة ( ثامناً ) من المادة (٥) من القانون والخاص بعزل رئيس المجلس او نائبه او أي من اعضاء استناداً الى عدم الكفاءة او الاستقامة فانه لم يكن سليماً ويفتقر الى الدقة وذلك لان ( العزل ) هو من العقوبات التي وردت في الفقرة ( ثامناً ) من المادة ( ٨ ) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ويكون بتتحية الموظف عن الوظيفة نهائياً ولا تجوز اعادة توظيفه في دوائر الدولة بقرار مسبب من الوزير في احدى الحالات التالية :-

- أ- اذا ثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقاءه في خدمة الدولة مضرراً بالمصلحة العامة .  
ب- اذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفته او ارتكابها بصفة الرسمية .  
ج - اذا عوقب بالفصل ثم اعيد الى الوظيفة فارتكب فعلاً يستوجب الفصل مره اخرى .

لما تقدم لم ينص قانون الانضباط على سبب يستند الى ( عدم الكفاءة او الاستقامة ) لاغراض فرض هذه العقوبة ،عليه يستوجب الامر اعادة صياغة نص الفقرة ( ثامناً ) من المادة (٥) لتقرأ على النحو الاتي ( يعفى رئيس المجلس او نائبه او أي من اعضاء بناءً على توصيه من مجلس الوزراء ومصادقة مجلس النواب استناداً الى ضعف الاداء او عدم الكفاءة او الاستقامة او الاخلال الجسيم بواجبات الوظيفة ويحرم من امتيازات الوظيفة المعين فيها بموجب هذا القانون اعتباراً من تاريخ مصادقة مجلس النواب على الاعفاء ) .

#### **الفصل الرابع / المادة (٩) .. مهام المجلس :**

ابتداءً لأبد من التوضيح ان المهام التي انيطت بالمجلس على وفق صياغتها الحالية تتسم بالاتساع والتداخل وربما قد تتجاوز حدود امكاناته لامتدادها الى مايتوجب تنفيذه من قبل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزاره وبالتالي سيعطل من دورها التنفيذي فيما له علاقة

باداء تلك الواجبات بشكل مباشر من قبلها . عليه يستلزم الامر اعادة صياغة هذه المادة بمجمل فقراتها لتقرأ على الوجه الاتي :

اولاً – متابعة ومراقبة تنفيذ قانون الخدمة المدنية العامة الاتحادي عند تشريعه والقرارات والانظمة والتعليمات المتعلقة بشؤون الوظيفة العامة الاتحادية قدر تعلق الامر بمهام واختصاصات المجلس .

ثانياً – متابعة تنفيذ الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزارة لاحكام قانون الخدمة المدنية العامة الاتحادي عند تشريعه والقرارات والانظمة والتعليمات المتعلقة بشؤون الوظيفة العامة الاتحادية قدر تعلق الامر بمهامها واختصاصاتها .

ثالثاً- تخطيط الاحتياجات السنوية من الملاكات الوظيفية على مستوى عموم اجهزة الدولة وللاختصاصات والمستويات والدرجات الوظيفية كافة وبالتنسيق مع الجهات المختصة .

رابعاً – المصادقة على الملاكات الوظيفية السنوية للوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزاره كجزء من متطلبات اعداد الموازنة العامة الاتحادية للدولة وضمان تحقيق التوازن بين اعداد واختصاصات الموظفين وحجم ونوع الخدمات المؤداة .

---

\*هذا على افتراض الابقاء على ارتباط المجلس بالسلطة التشريعية ( مجلس النواب ) وفي حالة تغير جهة الارتباط وجعلها

بمجلس الوزراء يقتصر دور مجلس النواب بالمصادقة على تعيين رئيس المجلس باعتباره من موظفي الدرجات الخاصة .. كون نائب رئيس المجلس واعضائه بدرجة مدير عام ، وتعيين المديرين العامين يتم بقرار من مجلس الوزراء ولا يتطلب مصادقة مجلس النواب .

خامساً – التعيين واعادة التعيين ، والترقية والترفيح ( من الدرجة الخامسة صعوداً ) لموظفي الخدمة المدنية العامة على وفق الشروط المنصوص عليها في القوانين والقرارات الناقدته والسياسات والمعايير والاجراءات التي سيعتمدها المجلس لهذا الغرض .

سادساً – اقتراح مشروعات القوانين والقرارات والانظمة المتعلقة بتنظيم او اعادة تنظيم او تطوير شؤون الخدمة المدنية العامة ووظائفها وابداء الراي في المشروعات ذات العلاقة والمقدمة من الجهات المختصة الاخرى .

سابعاً – وضع استراتيجية ورسم سياسات التدريب والتطوير في معهد تطوير الخدمة المدنية العامة وفي اقسام او مراكز

التدريب والتطوير الوظيفي في الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزارة وتقويم كفاءة ادائها .

ثامناً – اعداد ادلة وصف الوظائف وشروط اشغالها وبالتنسيق مع الجهات المختصة الاخرى واعامها ومراقبة مدى تنفيذ مضامينها .

تاسعاً – اجراء الدراسات والبحوث والمسوحات والاحصاءات المتعلقة بتقويم شؤون الخدمة المدنية العامة ووظائفها وشؤون شاغليها وتقديم المقترحات والتوصيات المتعلقة بتحقيق التوازن بين هيكل الرواتب والاجور والمستوى المعاشي على وفق مستويات اسعار السلع والخدمات والمعايير الاقتصادية وتحديد الحد الادنى لمستوى معيشه موظفي الخدمة المدنية العامة .

عاشراً – أ- المصادقة على الموازنة السنوية للمجلس .  
ب- دراسة مقترحات الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزارة ضمن مشروع الموازنة العامة الاتحادية فيما يتعلق بالاعتمادات المطلوبة للرواتب والاجور ونفقات التدريب والتطوير لموظفي الخدمة المدنية العامة وبداء الراي والتوصيات بشأنها ورفعها الى مجلس الوزراء .

حادي عشر – اعداد التقرير السنوي عن نتائج اعمال وانشطة المجلس ورفعها الى مجلس الوزراء .

اما فقره ( سادس عشر ) الواردة ضمن المادة (٩) في الصياغة الحالية لفقرات القانون فنرتأي افرادها كمادة مستقلة لاهمية مضمونها .

#### **الفصل الخامس / المادة - ١٠ - تشكيلات المجلس :**

اعادة صياغة المادة لتقرأ على وفق الاتي :

اولاً – الدائرة الادارية والمالية .

ثانياً – الدائرة القانونية .

ثالثاً – دائرة الملاك .

رابعاً – دائرة البرامج والسياسات والتطوير الوظيفي .

خامساً – دائرة التنسيق والمتابعة .

سادساً – معهد تطوير الخدمة المدنية العامة .

#### **الفصل الخامس / المادة - ١١ - شروط ادارة التشكيلات :**

رفع الفقرة (ثانياً) والخاصة بإدارة مكتب رئيس المجلس ، فليس هناك مبرر موضوعي لان تكون المكاتب ضمن التشكيلات الرئيسية التي ينص عليها القانون وانما ينظم شأنها في النظام الداخلي الذي سيصدره المجلس .

#### **الفصل السادس / المادة - ١٤ - احكام ختامية :**

اعادة صياغة مضمون المادة على النحو الاتي : ( تنظم بتعليمات اسس تعاون المجلس مع الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والاقاليم والمحافظات غير المنتظمة بأقليم وللمجلس اقتراح هذه التعليمات )

وذلك لان التنسيق من مقتضيات تنفيذ المهام بين دوائر الدولة المختلفة ولايتطلب تنظيمه بقانون مستقل .

#### **الفصل السادس / المادة - ١٥ - احكام ختامية :**

هذه المادة زائدة ويتطلب رفعها حيث تم الإشارة الى النظام الداخلي الذي سيصدره المجلس في الفقرة ( ثالثاً ) من المادة - ١١ - من القانون .

### **الخاتمة :**

شرع هذا القانون للضرورة الملحة لتنظيم الوظيفة العامة والخدمة المدنية في العراق على مستوى التخطيط والتنفيذ والإشراف والتطوير من خلال استحداث مجلس الخدمة المدنية العامة سعياً الى تحقيق هيكل وظيفي متوازن اعداداً واختصاصات ، مع مستوى ونوع الخدمات المؤاده في اطار من العدالة في تكافؤ الفرص امام جميع المواطنين لأشغال الوظائف العامة على وفق مؤهلاتهم والشروط لمطلوبة . لهذه الاهمية يتطلب الامر الاخذ بعين الاعتبار امكانية اعادة صياغة وتعديل بعض فقراته ومواده من خلال قراءة ادارية وقانونية تصحيحية متمعنة وفاحصة تضمن رصانته وتكامله وسلامته في التطبيق مع التأكيد على الاتي :-

١- اعادة النظر بجهة ارتباط المجلس وجعلها بالسلطة التنفيذية متمثلة بمجلس الوزراء بدلاً عن السلطة التشريعية ( مجلس النواب ) وبما يتوافق مع طبيعة مهام واختصاصات وواجبات المجلس ذات الطابع التنفيذي .

٢- تعديل بعض النصوص الجوهرية على مستوى المواد الرئيسية والفقرات الفرعية صياغة وتسلسلاً، تعديلاً أو تغييراً، اضافةً أو حذفاً والمتعلقة بالاهداف والوسائل والمهام والاختصاصات والتشكيلات وبما يحقق تكامل النص ورصانة المضمون ووضوح الغاية وسلامة التطبيق والاجراءات المرتبطة به . كما ان ذلك من شأنه ان يزيل اي تدخل وازدواجية بين عمل المجلس وعمل الوزارات الاخرى والجهات غير المرتبطة بوزارة قدر تعلق الامر بشؤون الوظيفة العامة والخدمة المدنية .

## المصادر :

- ١- قانون مجلس الخدمة العامة الاتحادي رقم ( ٤ ) لسنة ٢٠٠٩ .
- ٢- قانون الخدمة المدنية رقم ( ٥٥ ) لسنة ١٩٥٦ .
- ٣- قانون الخدمة المدنية رقم ( ٢٤ ) لسنة ١٩٦٠ المعدل .
- ٤- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ( ١٤ ) لسنة ١٩٩١ المعدل .

٥- اياد عبد اللطيف سالم ، في قانون الخدمة المدنية ، دراسة تحليلية للنص القانوني والتطبيق العملي ، مكتب زاكي للطباعة ، بغداد ، ٢٠١٠ .

## صياغة الموازنة العامة بحث مقدم من

**د . حيدر وهاب عبود**  
**أستاذ المالية العامة والتشريع المالي المساعد**  
**في كلية القانون / الجامعة المستنصرية**

**المقدمة**

يجوز البحث في موضوع الموازنة العامة أهمية متنامية لسببين اثنين :  
**السبب الأول :** إن الموازنة العامة هي البرنامج المالي الذي تسيّر الدولة بمقتضاه مرافقها العامة ، وتشبع على هده الحاجات العامة .

**والسبب الثاني :** إن الموازنة العامة لم تعد أداة مالية غرضها الوحيد رقد الخزينة العامة بالأموال المطلوبة لتغطية النفقات العامة بل أضحت الموازنة أداة توازن اقتصادي واجتماعي ، تستخدم من أجل دعم التنمية الاقتصادية ، ومعالجة ظاهرة البطالة ، وحماية الصناعات الوطنية الناشئة ، فضلا عن دورها في صون الاقتصاد من كل اضطراب أو اختلال في بنيانه .

والملاحظ أن الكتاب والسراج قد وظفوا جهودهم ، وكرسوا أقلامهم لتناول الجوانب الموضوعية للقواعد القانونية التي تنظم الموازنة العامة مثل المراحل التي تمر بها أو ما يعرف بدورتها ، والقواعد الضابطة لها ، والسلطات المعنية بإعدادها وإقرارها وتنفيذها ومراقبتها . أما بحث الجوانب الشكلية لتلك القواعد فلم تتناوله الأقلام إلا لمأما . لذلك فقد اتجهت فكرتنا في هذا البحث إلى تناول موضوع الموازنة من حيث صياغتها التشريعية ، مستعرضين الخصائص التي تتسم بها تلك الصياغة ، ومسلطين الضوء على المثالب والهنات التي تعاني منها . وهدفنا من ذلك هو إنارة السبيل للقائمين بالصياغة في كيفية الوصول إلى صياغة قانونية متقنة وسليمة للموازنة العامة بما يضمن النجاعة في تطبيقها ، والسلامة من أدران الفساد المالي والإداري الذي قد يشوبها .

خطة البحث : تمشيا مع ما تقدم سوف تنقسم دراستنا إلى مبحثين . نعالج في المبحث الأول الموازنة العامة من حيث تعريفها والقواعد التي تنظمها ، ونتصدى في المبحث الثاني لصياغة الموازنة من حيث خصائصها وعيوبها . ثم نختم البحث بخاتمة نورد فيها ما سوف نتوصل إليه من استنتاجات ومقترحات نراها خليقة بالطرح .

**المبحث الأول**

**الموازنة العامة من حيث تعريفها والقوانين التي تنظمها**

**تمهيد وتقسيم :**

من المناسب قبل الغوص في التفاصيل المتعلقة بالصياغة القانونية للموازنة العامة ، أن نمهد للموضوع ببيان ، نراه ضروريا ، نتناول فيه التعريف بالموازنة العامة ، والقوانين المختصة بتنظيمها .

بناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول : التعريف بالموازنة العامة .  
المطلب الثاني : القوانين التي تنظم الموازنة العامة .

## المطلب الأول التعريف بالموازنة العامة

يقتضي الفهم السليم للموازنة بيان مفهومها ، والخصائص التي تتصف بها . وهذا ما سوف نعكف على بيانه في الفرعين التاليين :  
الفرع الأول : مفهوم الموازنة العامة .  
الفرع الثاني : خصائص الموازنة العامة .

## الفرع الأول مفهوم الموازنة العامة

لم يبخل شراح القانون المالي في تعريف الموازنة العامة فقد ذهب بعضهم إلى القول إن الموازنة العامة هي ( نظرة توقعية بنفقات وإيرادات الدولة عن مدة مقبلة ، تخضع لإجازة من السلطة المختصة )<sup>(١)</sup> .  
ورأي آخرون أن الموازنة العامة هي ( تقدير تفصيلي احتمالي لنفقات الدولة وإيراداتها لمدة زمنية مقبلة ، تكون عادة سنة ، يتم إعدادها من قبل السلطة التنفيذية ، ويتم اعتمادها من قبل السلطة التشريعية )<sup>(٢)</sup> .  
ومن جانبنا يمكن أن نعرف الموازنة العامة بأنها ( وثيقة قانونية تتضمن تقديرا لنفقات عامة يخمن صرفها ، وإيرادات عامة يتوقع جبايتها في مدة زمنية قابلة ، غالبا ما تكون السنة بغية تحقيق المصلحة العامة ) .  
يتضح من التعريفات المتقدم أن الموازنة العامة تتكون من عنصرين هما النفقات والإيرادات العامة . والنفقة العامة هي مبلغ من النقود يخرج من الذمة المالية للدولة أو أحد أشخاصها العامة من أجل تحقيق منفعة عامة .  
أما الإيرادات العامة فهي الأموال التي تحصل عليها الدولة أو أحد أشخاصها من مصادر متنوعة من أجل تغطية النفقات العامة ، وتحقيق أهداف أخرى قد تكون اقتصادية أو اجتماعية .

## الفرع الثاني خصائص الموازنة العامة

للموازنة العامة خصيصتان : الأولى أنها خطة مالية تقديرية . والثانية أنها خطة مالية تجاز تشريعا . وسوف نقف على هاتين الخصيصتين في البيان التالي .

### أولا : الموازنة العامة خطة مالية تقديرية

لم يعد النشاط المالي للدولة يمارس وفقا لاجتهادات شخصية أو تصرفات آنية غير مدروسة و مخطط لها بل بات هذا النشاط محكوما بخطة مالية محكمة ، أي برنامج مالي معد سلفا ، ينظم القرارات المتعلقة بصرف النفقات ، وجباية الإيرادات العامة . ولعل هذا التنظيم هو أحد الآثار

المالية الناجمة عن استقلال شخصية الدولة وانفصالها عن شخصية الحاكمين فيها . فبمقتضى هذا الانفصال استقلت الدولة بذمتها المالية ، ولم تعد الأموال تجبى لمصلحة الحاكمين بل لمصلحة الخزينة العامة . كما أن المصروفات لم تعد تنفق من أموال الحاكم الشخصية بل تصرف من ذمة الدولة المالية .

صفوة ما تقدم أن نشاط الدولة المالي بات ينظم على هدى فكرة مسبقة تشتمل على تقديرات احتمالية للنفقات والإيرادات العامة<sup>(٣)</sup> . ويشترط في هذا التقدير أمران هما :

١ - أن توضع التقديرات بصورة تفصيلية . وسوف نعود إلى بيان هذه الخصيصة بمناسبة الكلام عن السمات الصياغية للموازنة العامة<sup>(٤)</sup> .

٢ - أن توضع التقديرات لمدة زمنية قادمة غالبا ما تكون سنة . وهذا يعني أن الموازنة هي تخمين لنفقات عامة لم تصرف بعد ، وإيرادات عامة لم تجبى بعد .

### ثانيا : الموازنة العامة خطة مالية تجاز تشريعيا

أدت إساءة الحكام لصلاحياتهم المالية ، وقيامهم بصرف الموارد العامة في ملذاتهم الشخصية إلى يقظة الشعوب ، وتصديها لانحرافات حكامها ، وإرغامهم على استحصال الإجازة التشريعية قبل قيامهم بصرف النفقات ، وجباية الإيرادات العامة . فبات اعتماد السلطة التشريعية لمشروع الموازنة مبدأ دستوريا نبتت إرهاباته الأولى في بريطانيا ، وتحديدا في وثيقتها الدستورية المشهورة ( المكناكارتة ) أو العهد الأعظم<sup>(٥)</sup> ثم ترسخت في الوثائق الدستورية اللاحقة<sup>(٦)</sup> لتستقر في أغلب دساتير دول العالم<sup>(٧)</sup> .

### المطلب الثاني

#### القوانين التي تنظم الموازنة العامة

دأبت غالبية الدول على تنظيم موازنتها العامة بواسطة نوعين من القوانين هما القوانين الدائمة ، والقوانين المؤقتة . وبغية الإلمام بهذين الضربين من القوانين ، فإننا سوف نقسم المطلب إلى فرعين هما :

الفرع الأول : القوانين الدائمة المنظمة للموازنة العامة .

الفرع الثاني : القوانين المؤقتة المنظمة للموازنة العامة .

### الفرع الأول

#### القوانين الدائمة المنظمة للموازنة العامة

خطتنا لمعالجة هذا الموضوع تنقسم إلى نقطتين : نخصص الأولى لتحديد المقصود بالقوانين الدائمة ، ونكرس النقطة الثانية لبيان أنواعها .

أولا : المقصود بالقوانين الدائمة

يقصد بالقوانين الدائمة القوانين التي يستمر نفاذها لأمد غير معلوم ، أو لمدة غير محددة من الناحية الزمنية . فهي قوانين تبقى آثارها ، وأحكامها ، قائمة وسارية ما لم تلغ صراحة أو ضمنا

### ثانيا : أنواع القوانين الدائمة المنظمة للموازنة العامة

القوانين الدائمة التي تحتوي على أحكام تنظم الموازنة العامة نوعان دستورية ، وأساسية ، سوف نقف عليهما في البيان التالي :

#### ١ - القوانين الدستورية المنظمة للموازنة العامة

تحرص دول عدة على تنظيم موضوع الموازنة العامة في صلب دساتيرها<sup>(٨)</sup> ، انطلاقا من كون الموازنة العامة هي الصورة أو المرآة الصادقة لنظام الحكم الذي يسود الدولة . فالموازنة هي التعبير السنوي عن السياسة المالية للدولة . وهذه السياسة الأخيرة ليست سوى تعبيراً عن الأهداف السياسية ، والاقتصادية ، والاجتماعية للقائمين في الحكم بالدولة<sup>(٩)</sup> . وتختلف الدساتير في مدى تنظيم الموازنة العامة . فقد تلجأ إلى التفصيل أو تكتفي بالإيجاز . فالقانون الأساسي العراقي الملغى لسنة ١٩٢٥ أسهب في معالجة موضوع الموازنة العامة عندما خصص بابا مستقلا للأمور المالية ، وهو الباب السابع الذي ضم تسع عشرة مادة ، تكلمت كلها عن موازنة الدولة . في حين أن الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ عالج باقتضاب موضوع الموازنة العامة ، فلم يفرد لها سوى عدد محدود من المواد القانونية التي لم يجمعها عنوان واحد بل وردت مشتتة في مظان عدة في الدستور .

#### ٢ - القوانين الأساسية المنظمة للموازنة العامة

من المعلوم أن الوثيقة الدستورية لا تستوعب القواعد التي تتصل بنظام الحكم جميعا . بل قد يرد بعض هذه القواعد في قوانين تسنها السلطة التشريعية . انطلاقا من أن الدستور يهتم بالأصول والكليات دون الفرعيات والجزئيات . والقوانين التي تعالج نظام الحكم تعد قوانين أساسية ، تتميز عن غيرها من القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية . وعلى هذا النحو تعد نظم الانتخابات على سبيل المثال ، والتي تتحدد عادة بنصوص برلمانية ، قوانين أساسية<sup>(١٠)</sup> . وبالمثل أيضا نرى أن القوانين البرلمانية التي تنظم الأحكام الرئيسة للموازنة العامة من حيث طريقة إعدادها ، وآلية إقرارها والمصادقة عليها ، وإجراءات تنفيذها ، وكيفية مراقبتها تعد قوانين أساسية ، لكونها تنظم مالية السلطات العامة في الدولة . بمعنى آخر أنها تتعلق بشأن مهم هو ممارسة السلطة من الناحية المالية ، من خلال وضع القواعد العامة التي تتبع عند تخمين إيرادات الدولة ونفقاتها الذي تتولاه السلطة التنفيذية ، وتخضع عند ممارسته لرقابة السلطة التشريعية<sup>(١١)</sup> . ولذلك عد بعض الدساتير القوانين التي تصدر من البرلمان والتي تضع الأحكام الرئيسة للموازنة العامة ، قوانين أساسية . من ذلك على سبيل المثال الدستور الفرنسي النافذ لسنة ١٩٥٨ الذي أوجب أن تنظم الأحكام الرئيسة للموازنة العامة بقانون أساسي ، وطلب من البرلمان إصداره<sup>(١٢)</sup> ، وأوجب صراحة أن تنظم الموازنة العامة ، وأن تعرض على البرلمان للمناقشة والتصويت ، بإتباع الشروط والإجراءات التي ترد في القانون الأساسي<sup>(١٣)</sup> . وتلبية لرغبة المشرع الدستوري الفرنسي فقد صدر القانون الأساسي ، المنظم لأحكام الموازنة العامة في ٢ / ١ / ١٩٥٩ ، واضعا الضوابط الرئيسة الواجبة الإتباع عند تحضير الموازنة العامة السنوية ، وإقرارها ، وتنفيذها ، ومراقبتها<sup>(١٤)</sup> .

لقد نسجت دساتير عدة على مثال الدستور الفرنسي بتبنيها مفهوم القوانين الأساسية ، وعدها القانون المنظم للموازنة العامة قانونا أساسيا نذكر من تلك الدساتير على سبيل المثال الدستور المغربي<sup>(١٥)</sup> ، ودستور جمهورية أفريقيا الوسطى<sup>(١٦)</sup> ، ودستور جمهورية السنغال<sup>(١٧)</sup> . مع ملاحظة أن الدساتير المذكورة اختلفت في تسمية القوانين الأساسية ، فمنها من سماها بالقوانين النظامية ، ومنها من وصفها بالقوانين التنظيمية .

علمنا أن القوانين في البلدان المتقدم ذكرها المتعلقة بنظام الحكم لا تكتسب وصف القوانين الأساسية ما لم يسبغ عليها المشرع الدستوري هذا الوصف . بمعنى أن القوانين الأساسية في تلك البلدان ترد على سبيل الحصر<sup>(١٨)</sup> .

**ولكن ماذا لو سكت المشرع عن بيان وصف القوانين المتعلقة بنظام الحكم ؟ فهل بإمكاننا أن نسبغ عليها وصف القوانين الأساسية في هذه الحالة ؟**

نرى أن القوانين التي تتناول موضوعا له طبيعة دستوريا ، تكتسب هذا الوصف ، نظرا لحيوية المصالح التي تنظمها تلك القوانين ، وأهميتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية . ولهذا نرى أن قانون الإدارة المالية العراقي النافذ رقم ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤ ، الذي أصدرته سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة ، والذي نظم أحكام إدارة الموازنة العامة الاتحادية ، والأمور المتصلة بها مثل الرقابة والمحاسبة والتدقيق ، يعد قانونا أساسيا لتعلقه بمصلحة عليا للدولة هي المصلحة المالية . ولكن إذا كانت القوانين المنظمة لأحكام للموازنة العامة للدولة تعد قوانين أساسية فما قيمتها القانونية ؟

إن القوانين الأساسية المنظمة للموازنة العامة للدولة إما أن تحتل منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية . وإما أن تتساوى قيمتها القانونية مع القوانين العادية . وسنعرض للحالتين في البيان التالي :

#### **أ – القوانين الأساسية ذات المكانة الوسطى بين الدستور والقوانين العادية**

تأخذ القوانين الأساسية مرتبة وسطى بين الوثيقة الدستورية والقوانين العادية عندما يخص الدستور القوانين الأساسية بنظام إجرائي يختلف عن ذلك المتبع بشأن القوانين الأخرى . وهنا تترتب نتيجة بالغة الأهمية هي انه إذا كان المساس بالدستور يستغل على القوانين الأساسية ، فإنها على العكس تملك تعديل القوانين العادية<sup>(١٩)</sup> .

وقد خص ، الدستور الفرنسي النافذ ، القوانين الأساسية بنظام إجرائي متميز ، لا تخضع له القوانين العادية ، التي تصدر من مجلس النواب<sup>(٢٠)</sup> . ومن أبرز ملامح هذا النظام هو خضوع القوانين الأساسية بصورة إجبارية لرقابة المجلس الدستوري ، للثبوت من مطابقتها للدستور<sup>(٢١)</sup> . وقد تأثر الدستور المغربي<sup>(٢٢)</sup> ، والدستور السنغالي<sup>(٢٣)</sup> ، ودستور أفريقيا الوسطى<sup>(٢٤)</sup> بالدستور الفرنسي .

#### **ب القوانين الأساسية التي تتساوى قيمتها القانونية مع القيمة القانونية للقوانين العادية**

يحدث أحيانا أن التشريعات التي يصدرها البرلمان ، وتنصب على نظام الحكم تمر بالإجراءات ذاتها التي تمر بها القوانين العادية . أي أن يخلو الدستور من الإشارة إلى إجراءات خاصة بالقوانين الأساسية . ففي هذه الحالة ليس لوصف القوانين الأساسية أثر قانوني حيث ينتفي وجود تدرج بين النصوص التي يقرها البرلمان<sup>(٢٥)</sup> .

ويبقى هذا الطرح قائما سواء أصدرت القوانين الأساسية بتكليف من المشرع الدستوري أم بمبادرة برلمانية<sup>(٢٦)</sup> . والمثل على القوانين الأساسية التي تنصب على نظام الحكم ، ولكنها تشغل المرتبة ذاتها التي تشغلها القوانين العادية ، قانون الإدارة المالية العراقي النافذ رقم ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤ الذي سن في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الملغى . والملاحظ أن القانون الأخير أغفل ذكر قانون الإدارة المالية . كما أن الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ لم يخصه بالذكر أيضا . ومن ثم ، فلا يوجد سند قانوني يسبغ عليه قوة يرتفع بها على غيره من القوانين العادية التي يصدرها مجلس النواب .

### **الفرع الثاني**

#### **القوانين المؤقتة المنظمة للموازنة العامة**

القوانين المؤقتة هي القوانين التي توضع لمدة معينة ، أو لزمان محدد ، مثل قانون الموازنة العامة ، الذي تقره السلطة التشريعية سنويا ، والذي تخمن فيه النفقات والإيرادات العامة .

فطبيعة الموازنة العامة بوصفها برنامجا ماليا مؤقتا تلمي على المشرع أن يحدد نفاذ القانون المنظم لها بسنة واحدة ، وهي السنة المالية التي تنفذ فيها الموازنة .

**ولكن هل يعد القانون السنوي للموازنة العامة قانونا أساسيا أم عاديا ؟**

إن القانون السنوي للموازنة العامة ، يعد ، في رأينا ، من القوانين الأساسية ، لكونه يتناول موضوعا ذا طبيعة دستورية يتعلق بكيفية ممارسة السلطة العامة من الناحية المالية . ولكن يرد على قولنا هذا تحفظان هما :

أ - إن هذا القول لا ينطبق في البلدان التي حدد مشرعاها الدستوري القوانين الأساسية على سبيل الحصر مثل الدستور الفرنسي النافذ لسنة ١٩٥٨ ، والدستور المغربي النافذ لسنة ١٩٩٦ ، والدستور السنغالي لسنة ١٩٦٠ ، ودستور جمهورية أفريقيا الوسطى لسنة ١٩٥٩ . فقد قصرت تلكم الدساتير الصفة الأساسية على مجموعة معينة من القوانين ليس من بينها قانون الموازنة العامة السنوي .

ب - إن قانون الموازنة العامة السنوي لا يختص بإجراءات متميزة عن القوانين العادية التي يصدرها البرلمان . ففي العراق ، على سبيل المثل ، تتبع في إصدار القانون السنوي للموازنة الإجراءات ذاتها التي تتبع في إصدار القانون العادي . باستثناء أن مجلس النواب لا يحق له أن يفض اجتماعاته السنوية إلا بعد التصويت على مشروع الموازنة المقدم إليه من مجلس الوزراء . وهو إجراء اعتيادي اقتضته طبيعة الموازنة ذاتها بوصفها برنامجا ماليا يفترض البدء فيه قبل بداية السنة المالية . ومن ثم ، فلا نرى في هذا الإجراء ما يميز قانون الموازنة السنوي عن غيره من القوانين الأخرى ، ولا يكتسب به قوة يعلو بها على تلكم القوانين<sup>(٢٤)</sup> .

**أن قانون الموازنة العامة السنوي يضم ثلاثة أنواع من القواعد<sup>(٢٥)</sup> .**

**أولا : قواعد أساسية ثابتة ، وهي أحكام تتكرر سنويا ، ولا يخلو منها أي قانون ينظم الموازنة العامة ، وتتعلق بالأمور التالية :**

١ - تحديد السنة المالية التي تنفذ فيها الموازنة العامة . وتختلف البلدان في تحديد بداية السنة المالية ونهايتها لاختلاف ظروفها السياسية والاقتصادية<sup>(٢٦)</sup> .

٢ - تقدير الإيرادات العامة المتوقع جبايتها في السنة المالية .

٣ - تقدير النفقات العامة المتوقع صرفها في السنة المالية مع فتح الاعتماد لها ، وتخصيصها لجهات الإنفاق المختلفة .

**ثانيا : قواعد قانونية تتناول موضوعات مالية مختلفة . نذكر من بينها :**

١ - قواعد لها طابع مالي سنوي مؤقت مثل تخويل وزير المالية صلاحية الاقتراض مع تحديد طريقة تسديد القروض<sup>(٢٧)</sup> . ومعالجة العجز في الموازنة<sup>(٢٨)</sup> ، واعدة تخصيص بعض الاعتمادات التي لم تصرف في موازنة السنة الماضية من أجل صرفها في السنة المالية الجارية ، ولمصلحة الجهة ذاتها التي خصصت لها تلك الاعتمادات<sup>(٢٩)</sup> .

٢ - قواعد تتعلق بتعديل بعض القوانين الضريبية والمالية ، أو استحداث ضرائب جديدة<sup>(٣٠)</sup> .

**ثالثا : قواعد قانونية منبثة الصلة بالموازنة العامة أو بالقوانين المالية مثل القواعد التي تنظم الملاكات الإدارية<sup>(٣١)</sup> . وإجراء الإحصاء والتعداد السكاني<sup>(٣٢)</sup> .**

## المبحث الثاني

### صياغة الموازنة العامة من حيث الخصائص والعيوب

**استهلال وتقسيم :**

تعد الصياغة عنصرا هاما من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، لأنها تنفخ في القاعد الروح العملية التي تصلح بها للتطبيق ، مما يصدق معه القول ، إن القاعدة القانونية تنوقف نجاحتها ، إلى مدى بعيد ، على حسن صياغتها ، وسلامة تكوينها من العيوب التي قد تشوبها<sup>(٣٣)</sup> .

والصياغة هي ترجمة الأفكار والروئ القانونية إلى نصوص تشريعية قابلة للفهم والتطبيق . أو بعبارة أخرى هي الوعاء التشريعي الذي تفرغ فيه المادة الأولية التي يتكون منها القانون .

أما الصياغة التشريعية للموازنة العامة للدولة فيراد بها تحويل الخطة المالية السنوية للدولة إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي . ولصياغة الموازنة سمات وخصائص معينة تتصف بها . بيد أن ثمة مطاعنا أو عيوباً قد تعتورها . وسوف نقف على ذلك الموضوعين في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : خصائص الصياغة القانونية للموازنة العامة .  
المطلب الثاني : عيوب الصياغة القانونية للموازنة العامة .

## المطلب الأول

### خصائص الصياغة القانونية للموازنة العامة

تتصف الصياغة القانونية للموازنة العامة بأنها صياغة مادية ، وصياغة مرنة ، وصياغة تفصيلية . وسوف نعكف على بيان الخصائص المذكورة في الفروع الثلاثة التالية :

الفرع الأول : الصياغة المادية للموازنة العامة .

الفرع الثاني : الصياغة المرنة للموازنة العامة .

الفرع الثالث : الصياغة التفصيلية للموازنة العامة .

## الفرع الأول

### الصياغة المادية للموازنة العامة

يفصح المشرع أحيانا عن مضمون القاعدة القانونية إقصاحا ماديا باستخدام مظهر خارجي يمكن الوقوف على كنهه بسهولة . وهذا ما يتحقق باستخدام الكم والأرقام . بمعنى التعبير عن مقصد النص القانوني باستخدام الكم أو الأرقام<sup>(٣٤)</sup> . ويستخدم المشرع الأسلوب المادي في صياغة القوانين السنوية للموازنة العامة . وتقف خلف تلك الصياغة أسباب عدة منها :

أولا : انسجام أسلوب الصياغة المادية مع مضمون الموازنة العامة ، بوصفها برنامجا ماليا يتكون من جدولين نفقات الدولة وإيراداتها المخمنة .

ثانيا : إن صياغة الموازنة العامة صياغة مادية ، من شأنه ، يضمن سهولة التطبيق للجهات التي تتولى جباية الإيرادات ، وصرف الاعتمادات المخصصة على أوجه الإنفاق المختلفة المقررة في الموازنة .

ثالثا : إن القواعد التي تصاغ صياغة مادية تكتسب درجة عالية من الدقة والضبط بحيث تقلل الميل والانحراف في اتخاذ القرارات ، والاختلاف في الآراء ، والتضارب في وجهات النظر . وهذا كله يصب في مصلحة الخزينة العامة ، ومصلحة المواطنين الذين تتأثر حقوقهم بأحكام الموازنة العامة .

## الفرع الثاني

### الصياغة المرنة للموازنة العامة

إن الصياغة المرنة تتيح للمعني بتطبيق القاعدة القانونية الاستجابة لظروف الواقع وملايساته . فالقاعدة القانونية التي تصاغ صياغة مرنة ، لا تقدم خيارا ثابتا أو حلا واحدا غير قابل للتغيير بتغيير الحالات التي تندرج تحت الغرض الذي تعالجه . لكنها ، أي القاعدة المرنة ، تقدم معيارا عاما يخول مطبق القانون سلطة تقديرية<sup>(٣٥)</sup> . تمكنه من وضع الحل المناسب لكل حالة حسب ظروفها<sup>(٣٦)</sup> .

وربما يبدو غريبا ، للوهلة الأولى ، القول إن صياغة الموازنة العامة هي صياغة مرنة مع أننا سبق أن وصفناها بأنها صياغة مادية . فالمعلوم أن الصياغة المادية غالبا ما تكون صياغة جامدة وليست مرنة . بيد أن هذا التحليل لا ينطبق على صياغة الموازنة العامة ، لأنها ، أي الموازنة ، تتيح ، في الأصل ، للجهات المخولة بصرف الاعتمادات ، وجباية الإيرادات سلطة

تقديرية . فبالنسبة لـصرف الاعتمادات المخصصة لتغطية النفقات العامة ، يلاحظ أن الجهات المخولة بالـصرف تملك سلطة تقديرية تتجلى في أن تخمين النفقات هو أجازة تمنح للجهات المذكورة ، لتمكينها من الصرف دون أن تلزمها به . ولكن تستثنى من هذا الكلام حالتان تنقيد فيهما الإدارة بالـصرف هما :

**الحالة الأولى :** عندما يورد المشرع نصا يلزم الإدارة بالـصرف . مثل التزام جمهورية العراق بخصم ( ٥ % ) من الإيرادات المتحققة فعلا من تصدير النفط الخام قبل إيداعها في صندوق تنمية العراق ( DFI ) عن تعويضات حرب الكويت ، وتسديدها إلى الأمم المتحدة استنادا لقرارات مجلس الأمن ذات الصلة بالموضوع (٣٧) .

**الحالة الثانية :** إن الإدارة تلتزم بالإنفاق في حدود الاعتماد المخصص لها ، فلا يحق لها أن تزيد عنه إلا بأذن برلماني سابق .

أما بالنسبة للإيرادات العامة ، فتتجلى السلطة التقديرية في جواز قيام هيئات التحصيل بجباية مبالغ أكثر من تلك المخمنة في الموازنة ، لأن ذلك يصب في مصلحة الخزينة العامة دون أن يمنع هذا من القول إن الهيئات المختصة بالتحصيل ليست مخيرة في جباية الإيرادات أو عدم جبايتها بل هي ملزمة بالقيام بذلك .

### الفرع الثالث

#### الصياغة التفصيلية للموازنة العامة

ثمة طريقتان يتبعهما المشرع وهو بصدد صياغته للنصوص القانونية . الطريقة الأولى هي صياغة النصوص صياغة عامة . بمعنى أن المشرع يضع حلوًا عامة مجردة . مثل أن يشترط مراعاة قواعد النظام العام والآداب<sup>(٣٨)</sup> أو مبادئ الديمقراطية ، أو أن يعامل الأفراد معاملة عادلة ومنصفة إلى غير ذلك من الصيغ المجملة .

أما الطريقة الثانية فهي ، الحلول التفصيلية ، حيث يلجأ المشرع إلى صياغة النصوص التشريعية لتعالج كل ما يدور في ذهنه من حالات خاصة ، وما يمكن أن يتصوره من حوادث ، فيقرر لكل حالة أو حادثة مما توقعها الحل القانوني الذي يراه حسب طبيعة تلك الحالة ومقتضياتها . وهذا ما يعرف بالتدخل الإيجابي التفصيلي . ومثله وضع المشرع لجدول الضرائب التي يقررها حسب شرائح المكلفين بها<sup>(٣٩)</sup> .

والنوع الأخير من الصياغة هو الذي يتبع في قوانين الموازنة العامة . إذ يعمد المشرع إلى صياغة النصوص القانونية ، التي موضوعها تخمين النفقات والإيرادات العامة للدولة ، صياغة مفصلة . ويعزز صياغته تلك بجدول يبوب فيها ما يتوقع جبايته من واردات ، وما يخمن صرفه من نفقات . وتدرج النفقات مستقلة أو منفصلة عن الواردات ، وتظهر مبالغها كاملة دون اقتطاع أو إنقاص . ويطلق على هذه الطريقة في الصياغة أسم مبدأ شمول الموازنة العامة الذي يمكن السلطة المختصة بإقرار الموازنة من أن تكون على بينة من أمرها ، عند التصويت على المشروع المقدم إليها . وعلى العموم ، فإن مبدأ العمومية أو الشمولية الذي يتبع في صياغة الموازنة العامة يخدم الموازنة من النواحي التالية :

**الناحية الأولى :** من حيث طريقة إعداد الموازنة ، إذ أن الالتزام بمبدأ الشمول يتطلب أعداد الموازنة بالأرقام الإجمالية غير الصافية ، فتدرج الواردات والنفقات جميعا دون استثناء أو مقاصة بينهما . مما يكسب الموازنة ميزة الوضوح ويبعد عنها الالتباس والغموض .

**الناحية الثانية :** من حيث طريقة تنفيذ الموازنة ، إذ أن مبدأ الشمول يمنع من جباية أي مبلغ من الواردات دون علم مجلس النواب ، ومن إنفاق أي مبلغ دون إجازته .

**الناحية الثالثة :** أن التقديرات التفصيلية من شأنها صون أموال الدولة من الاجتهادات الشخصية للقائمين على الصرف ، ومن المخاطر الناجمة عن إساءة استعمال صلاحياتهم<sup>(٤٠)</sup> .

#### المطلب الثاني

## عيوب الصياغة القانونية للموازنة العامة

يجب أن تتوافر في الصياغة التشريعية شروط معينة كيما تؤدي دورها في إنتاج قواعد قانونية قابلة للتطبيق ، بسهولة ويسر، دون عنق أو إرهاق . ومن جملة هذه الشروط :

١. أن تكون الصياغة واضحة ، وجلية ، وميسورة الفهم .
٢. أن تكون موجزة .
٣. أن تكون مترابطة .
٤. أن تكون منسجمة مع القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة .
٥. أن تكون متكاملة ، بمعنى أن تغطي النواحي الأساسية كافة للموضوع الذي تعالجه (٤١)

وبالمثل أيضا فان إهمال تلك الشروط أو أحدها يعيب الصياغة التشريعية ، مما يحول دون تحقيق الأهداف التي سعى واضعو القانون إلى تحقيقها . ولو استقرنا القوانين المنظمة للموازنة العامة ، لألفينا أن ثمة عيوب أساسية تشوبها وهي الخطأ ، والغموض ، والنقص ، والتعارض . وسوف نعكف في هذا المطلب على بيانها في الفروع الأربعة التالية :

الفرع الأول : الخطأ .

الفرع الثاني : التكرار

الفرع الثالث : الغموض .

الفرع الرابع : النقص .

الفرع الخامس: التعارض .

## الفرع الأول

### الخطأ

الخطأ الذي يعتور الصياغة التشريعية إما أن يكون خطأ قانونياً أو خطأ مادياً . وسوف نقف على هذين الضربين من الأخطاء في البيان التالي .

### أولاً : الخطأ القانوني في صياغة النصوص المنظمة للموازنة العامة

يفترض بالصانع الحضيف تجنب الأخطاء القانونية عند صياغته للقواعد التشريعية . بيد أن القائم بالصياغة بشر ، والخطأ سمة فطرية في البشر . لذا فمن الوارد أن يتسرب الخطأ إلى النصوص القانونية المنظمة للموازنة العامة . وهذا ما سوف نقف على إيضاحه في الكلام التالي :

### ١ – الخطأ القانوني في صياغة النصوص الدستورية المنظمة للموازنة العامة

استخدم المشرع العراقي في الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ مصطلح الموازنة العامة في أكثر من موضع (٤٢) . بيد أنه لم يستقر على هذه التسمية بدليل أنه أستخدم مصطلحا آخر هو الميزانية العامة مرة واحدة بمناسبة تناوله للاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية (٤٣) .

وفي الحقيقة أن استخدام مصطلح الميزانية العامة لم يقتصر على الدستور النافذ بل أن هذا المصطلح كان ميثوثا في ثنايا دساتير عراقية سابقة مثل القانون الأساسي الملغى لسنة ١٩٢٥ (٤٤) ، ودستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ الملغى (٤٥) ، ودستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت الملغى (٤٦) ، ودستور ١٦ تموز ١٩٧٠ الملغى (٤٧) . وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الملغى (٤٨)

وفي رأينا أن مصطلح الميزانية العامة مصطلح معيب ، كان حريا بالمشرع الدستوري إلا يورده في تضاعيف دستورنا النافذ للأسباب التالية (٤٩) :

أ – يستخدم مصطلح الميزانية غالبا في نطاق القانون الخاص ، وهو يعبر عن مقدار الإيرادات التي حصلت عليها فعلا الأشخاص الخاصة ، والنفقات التي صرفتها فعلا في السنة المالية

المنصرمة . أما الموازنة العامة فتتعلق بتنظيم الإيرادات العامة المتوقع الحصول عليها ، والنفقات العامة المؤمل صرفها في العام القابل . ومن ثم ، فإن استعارة مصطلح الميزانية من القانون الخاص إلى القانون العام استعارة ، كما يبدو لنا ، غير موفقة .

ب – إن مصطلح الميزانية ( Balance ) ينسجم مع ما كان سائدا من اتجاهات تقليدية تقدر فكرة التعادل ، والمساواة بين كفة النفقات العامة ، وكفة الإيرادات العامة بصرف النظر عن الظروف الاقتصادية ، والأوضاع الاجتماعية التي يمر بها البلد . إلا أن هذه الأفكار لم تثبت نجاعتها بل تأكد خطؤها في مواجهة المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التي عانت منها المجتمعات المعاصرة . مما أدى إلى تخلي المدرسة الاقتصادية الحديثة عن هذه الأفكار ، وتبني أفكار أخرى لا تحفل كثيرا بتنظيم ميزانية تتعادل فيها كفة الإيرادات مع كفة النفقات العامة ، لأن الهدف لم يعد يتمثل بإقامة توازن حسابي بل توازن اقتصادي واجتماعي . وهذا ما دفع أغلب دول العالم إلى تنظيم موازنات ( Budgets ) تعاني من عجز مقصود غالبا ، ومن فائض أحيانا . بمعنى آخر أن الميزانية تشير إلى المساواة بين أداتي النفقات والإيرادات العامة ، وهذه الفكرة هي التي كانت رائجة في الماضي . أما الموازنة فتدل على الملاءمة بين هاتين الأداتين والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية السائدة . وهذه الملاءمة هي السائدة الآن في العديد من الدول .

## ٢ – الخطأ القانوني في صياغة قانون الإدارة المالية النافذ

ورد هذا النوع من الأخطاء في قانون الإدارة المالية النافذ ، فقد عرفت الفقرة ( ١٧ ) من القسم ( ٢ ) من القانون الموازنة بأنها ( تخمين إجمالي الإيرادات والواردات السنوية كما مصادق عليها من قبل الحكومة الفدرالية ) .

وقع واضع القانون في هذا النص بخطأين قانونيين . الأول أنه وصف الموازنة بأنها تخمين إجمالي الإيرادات والواردات . في حين أن الموازنة هي تخمين للواردات والنفقات العامة . أما الخطأ الآخر فهو أن المشرع أوسد إلى الحكومة صلاحية المصادقة على الموازنة . في حين أن الأصول القانونية السليمة تقضي بأن يباط تحضير مشروع الموازنة العامة إلى السلطة التنفيذية ، وأن يوسد إقراره إلى السلطة التشريعية ، وأن يعهد بمصادقته إلى رئيس الدولة .

زيادة على ما تقدم فإن واضع قانون الإدارة المالية لم يستقر على تسمية واحدة للخطة المالية السنوية للدولة . فهو تارة يطلق عليها وصف ( الموازنة الفدرالية ) ، وتارة أخرى وصف ( موازنة الحكومة الفدرالية ) ، وأحيانا يسميها ب ( الميزانية الفدرالية السنوية ) ، وأحيانا أخرى ب ( الميزانية الفدرالية ) . في حين أن حسن الصياغة التشريعية يتطلب من المشرع الابتعاد عن التذبذب في استخدام المصطلحات ذات المعنى الواحد ، والاستقرار على تسمية واحدة .

## ثانيا – الخطأ المادي في صياغة النصوص المنظمة للموازنة العامة

يتمثل الخطأ المادي بالخطأ المطبعي أو اللغوي أو الإملائي الذي يصيب النص القانوني<sup>(٥٠)</sup> وقد عتورت أخطاء لغوية عدة قانون الإدارة المالية النافذ من ذلك على سبيل المثال ما جاء في الفقرة ( ٢ ) من القسم ( ٣ ) التي نصت بأن ( لوزير المالية أن يفوض الصلاحيات الممنوحة له بموجب هذا الأمر إلى موظفو ... ) . والأصح إلى موظفي . كما شابت القانون أخطاء مطبعية لا تخفى على القارئ اللبيب .

## الفرع الثاني

### التكرار

نرى أن التكرار يعد خطأ ماديا ، لأنه إذا كان ترداد كلمتين في نص واحد يعد خطأ ماديا ، فإن تكرار نصين يعد خطأ من باب أولى . ومع ذلك فإننا أفردنا للتكرار عنوانا مستقلا إبرازا له ، وتمشيا مع الكتابات الأكاديمية التي سبقتنا في هذا المجال . إن التكرار عيب أصاب النصوص الدستورية المنظمة للموازنة العامة ، فضلا عن نصوص قانون الإدارة المالية النافذ . وسوف نقف على هذا العيب في البيان التالي :

## ١ - التكرار في النصوص الدستورية المنظمة للموازنة العامة

من خصائص الصياغة القانونية المتقنة والمنضبطة ، الإيجاز في التعابير ، والابتعاد عن الترداد في النصوص ، لأن ذلك قد يسبب إرهاقا وإرباكا لا مبرر لهما ، ويثير إشكالا قانونيا في التطبيق ، فضلا عن أن التكرار ، في حد ذاته يعد ثغرة معيبة في بناء القانون المصاغ . ولو اطلعنا على نصوص الدستور العراقي النافذ لأفينا أن المشرع الدستوري وقع في شرك التكرار ، وذلك بمناسبة الكلام عن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية . فقد أوكل المشرع بالسلطات المذكورة وضع مشروع الموازنة العامة للدولة . إلا أن الملاحظ أن المشرع نص على هذا الاختصاص مرتين في فقرتين مستقلتين هما الفقرة ( ثالثا ) والفقرة ( سابعاً ) من المادة ( ١١٠ ) من الدستور . وهذا ترداد معيب كان حري بالمشرع ألا يقع فيه .

## ٢ - التكرار في نصوص قانون الإدارة المالية النافذ

شاب الخطأ المادي قانون الإدارة المالية النافذ ، وقوانين الموازنات العامة الاتحادية السنوية . وسوف نسلط الضوء على هذا العيب في الكلام التالي :

أ - أورد واضع قانون الإدارة المالية في العراق تعريفا للموازنة العامة في الفقرة ( ٤ ) من القسم ( ٢ ) من القانون التي نصت بأن ( الموازنة برنامج مالي يقوم على التخمينات السنوية لإيرادات ونفقات وتحويلات وبنفقات العينية للحكومة ) . ثم أورد المشرع هذا التعريف بتعريف آخر للموازنة ، ورد في الفقرة ( ١٧ ) من القسم ذاته التي نصت بأن ( الموازنة الفدرالية تخمين إجمالي الإيرادات والواردات السنوية ، كما مصادق عليها من قبل الحكومة الفدرالية ) .

إن هذا الترداد للتعريفات كان يفترض بالمشرع أن ينتزعه عنه ، فهو يتعارض مع قواعد الصياغة السليمة التي تقتضي الإيجاز في التعريفات ، وقصرها على حالات محددة ، كأن يأتي التعريف بقصد إيضاح معنى مغاير لمعنى متعارف عليه ، أو لغاية حسم خلاف فقهي قائم .

ب - دأب المشرع العراقي على تضمين قوانين الموازنات العامة الاتحادية السنوية نصوصا قانونية تناولت موضوعات شتى بيد أن بعضا من تلك النصوص سبق أن وردت في قانون الإدارة المالية النافذ من على سبيل المثل ما جاء في المادة ( ٧ ) من قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠١١ التي نصت بأن ( أولا : تستخدم الاعتمادات المصادق عليها في هذا القانون لغاية ٣١ / كانون الأول من السنة المالية ٢٠١١ . ثانيا : تقيد الإيرادات المتحققة لغاية ٣١ / ١٢ / ٢٠١٢ . أما الإيرادات المقبوضة بعد نهاية السنة المالية ٢٠١١ فتقيد إيراد نهائيا للموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ( ٢٠١٢ ) .

إن النصوص المذكورة وردت ، بقضها وقضيضها ، في الفقرة ( ٩ ) من القسم ( ٩ ) من قانون الإدارة المالية النافذ . فقد جاء في الفقرة المذكورة ( تستخدم الأموال المرصودة لوحدات الإنفاق لغاية ٣١ / كانون الأول من السنة المالية ، وتسجل الإيرادات المقبوضة بعد نهاية السنة المالية كإيرادات لميزانية السنة المالية التالية ) .

كما نصت المادة ( ٩ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١١ على أحكام تتعلق بصرف الاعتمادات<sup>(٥١)</sup> ، وهي عينها التي سبق للمشرع أن أوردها في الفقرات الثلاث الأولى من القسم ( ٩ ) من قانون الإدارة المالية النافذ<sup>(٥٢)</sup> .

إن الترداد في النصوص القانونية المنظمة للموازنة العامة ، فضلا عن كونه معيب من ناحية الصياغة السليمة ، فإن من شأنه أن يسبب تأخرا في المصادقة على الموازنة العامة ، نظرا لما يتطلبه وجود تلك النصوص من وقت لمناقشتها ، وفي هذا ضرر ظاهر لكل ذي عينين .

## الفرع الثالث

### الغموض

ينبغي على القائم بالصياغة أن يحرص على اختيار الألفاظ المناسبة ، والمؤدية إلى تحقيق المعنى المراد ، دون لبس أو غموض أو إبهام . ومع أهمية هذه الصفة في النصوص القانونية المصاغة ، فإن الملاحظ أن عيب الغموض قد تسرب إلى بعض النصوص الدستورية والنصوص الأخرى المنظمة للموازنة العامة في العراق مما خلق إرباكا في التطبيق ، واختلافا في وجهات النظر بين الفقهاء ورجال القضاء . وسوف نسلط الضوء على هذا الموضوع في البيان التالي :

### أولا : الغموض في النصوص الدستورية المنظمة للموازنة العامة في العراق

تزداد أهمية الوضوح في صياغة النصوص التشريعية كلما علت مرتبتها ، وارتفعت قيمتها القانونية فالنصوص الدستورية تتربع على قمة هرم البناء القانوني في الدولة ، لذا وجب على من يتصدى لصياغتها أن يبذل عسارة جهده كيما تأتي النصوص المصاغة قاطعة الدلالة ، وواضحة المعاني بما يضمن تطبيقها بيسر وسهولة .

ولكننا لو أنعمنا النظر في دستورنا النافذ ، لألفينا أن بعضا من نصوصه التي تناولت موضوع الموازنة العامة قد لفها الغموض ، وعراها القصور ، من ذلك على سبيل المثال ، النص الوارد بشأن الموازنة الاستثمارية ، والنصوص المتعلقة بصلاحيات مجالس المحافظات التي لم تنظم في إقليم . وسوف نقف على تلك النصوص في البيان التالي :

#### ١ - النص المتعلق بالموازنة الاستثمارية

نصت الفقرة ( سابعا ) من المادة ( ١١٠ ) من الدستور النافذ بأن ( تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية : وضع مشروع الموازنة العامة والاستثمارية ) . ثمة ملاحظتان تردان على صياغة النص أعلاه :

**الملاحظة الأولى :** إن السلطات الاتحادية لا تقتصر صلاحياتها على وضع مشروع الموازنة العامة الاتحادية بل تمارس ، فضلا عن ذلك ، صلاحية إقرار الموازنة ، وتنفيذها ، ومراقبتها . مما يعني أن النص أعلاه لم يكن دقيقا ، وشاملا للمراحل كافة التي تمر بها الموازنة .

**أما الملاحظة الثانية :** فقوامها أن المشرع عطف بحرف الواو بين مفردتين هما الموازنة العامة ، والموازنة الاستثمارية . وهذا يستدعي منا التساؤل : أقصد المشرع أن تستقل الموازنة الاستثمارية عن الموازنة العامة الاتحادية . وان يتبع مبدأ تعدد الموازنات العامة بدلا من وحدتها ؟ وإذا كان الأمر كذلك فلماذا لم يفرد المشرع للموازنة الاستثمارية ذكرا بمناسبة كلامه عن اختصاصات السلطتين التنفيذية والتشريعية مثلما فعل مع الموازنة العامة الاتحادية ؟ أم أن المشرع كان قصده من ذلك أن تحتوي الموازنة العامة الاتحادية على جدولين أحدهما للنفقات الجارية ، والآخر للنفقات الاستثمارية ، وأن يقدم معا إلى السلطة التشريعية للموافقة عليهما مثلما هو حاصل فعلا في الوقت الحاضر إتباعا لمبدأ وحدة الموازنة العامة ؟ أسئلة كثيرة يفيض بها النص الدستوري الذي زايه الوضوح .

#### ٢ - النصوص المتعلقة بالصلاحيات المالية للمحافظات غير المنتظمة في إقليم

من النصوص التي جاءت صياغتها مبهمة في دستورنا النافذ ، تلك النصوص الواردة بشأن الصلاحيات المالية للمحافظات التي لم تنظم في إقليم . فمن المعروف أن الموارد المالية المحلية التي تستقل المحافظات بفرضها وتحصيلها لا تدخل الخزينة العامة للدولة ، ومن ثم ، فإنها لا تدرج في الموازنة العامة الاتحادية . ولكن ما تلك الموارد ؟ وكيف يتم تحديدها ؟

إن الدستور النافذ لم يورد نصوصا ، واضحة وجلية ، بشأن هذه المسألة بل أورد نصوصا صيغت صياغة مترهلة مما فسح باب التفسيرات المتضاربة على مصراعيه بين الحكومة المركزية والمحافظات التي لم تنتظم في إقليم بعد . فقد نصت الفقرة ( ثانيا ) من المادة ( ١٢٢ ) من الدستور بأن ( تمنح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة ، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية ، وينظم ذلك بقانون )

وجاء في الفقرة ( خامسا ) من المادة ذاتها بأن ( لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو إشراف أية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة ، وله مالية مستقلة ) .  
أما المادة ( ١١٥ ) من الدستور فقد نصت بأن ( كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ، يكون من صلاحية الأقاليم ، والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ، والولايات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ، في حالة الخلاف بينهما ) .  
لقد فسرت المحكمة الاتحادية العليا النصوص المتقدمة ، كما أوضح مجلس الوزراء موقفه بشأنها . وسوف نقف على الرأيين في البيان التالي :

#### أ - موقف المحكمة الاتحادية العليا

قدم مجلس محافظة النجف استيضاحا إلى المحكمة الاتحادية بشأن الأمور التالية :  
- هل تتمتع مجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم بسلطة سن القوانين الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الضرائب وفق المادة ( ١١٥ ) والفقرة ( ثانيا ) من المادة ( ١٢٢ ) من الدستور ( أو أي مادة أخرى ) أو وفق القوانين العراقية النافذة ؟ .

- هل تتمتع مجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم بسلطة سن القوانين الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الرسوم والغرامات والضميمة استنادا للقوانين المذكورة آنفا ؟

أجابت المحكمة الاتحادية العليا بأنه ( لما كان فرض الضرائب ، وجبايتها ، وإنفاقها ، وفرض الرسوم ، والغرامات ، والضميمة من الأمور المالية التي أشارت إليها المادة ( ١٢٢ / ثانيا ) من دستور جمهورية العراق ، لذا يكون لمجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم حق سن القوانين الخاصة بفرض ، وجباية ، وإنفاق الضرائب المحلية ، وسن القوانين الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الرسوم والغرامات والضميمة بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية والتي تمنحها المادة ( ١١٥ ) من الدستور حق الأولوية في التطبيق عدا ما ورد في المادة ( ٦١ / أولا ) منه الذي يختص بممارسة الصلاحيات الواردة بها حصرا المجلس النيابي بتشريع القوانين الاتحادية ، وكذلك القرارات التي تختص بإصدارها السلطات الاتحادية الحصرية والمشاركة المنصوص عليها في المواد ( ١١٤ ، ١١٣ ، ١١٢ ، ١١١ ، ١١٠ ) من الدستور (٥٣) .

لقد عاودت المحكمة الاتحادية العليا إبداء رأيها حول صلاحية المحافظات غير المنتظمة في إقليم بفرض الضرائب والرسوم المحلية بمناسبة الاستيضاح الذي قدمه مجلس محافظة البصرة ، فأجابت المحكمة ( أن صلاحية مجلس المحافظة في سن القوانين المحلية تحكمه المواد ( ٦١ / أولا ) و ( ١١٠ ) و ( ١١١ ) و ( ١١٤ ) و ( ١١٥ ) و ( ٢٢ / ثانيا ) من الدستور .  
وأن استقراء مضامين هذه المواد يشير إلى صلاحية مجلس المحافظة بسن التشريعات المحلية بتنظيم الشؤون الإدارية ، والمالية ، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية والتي تمنحها المادة ( ١١٥ ) من الدستور الأولوية في التطبيق . ذلك أن المجلس النيابي يختص حصرا بتشريع القوانين الاتحادية ، وليس له اختصاص بإصدار التشريعات المحلية للمحافظة ، استنادا لأحكام المادة ( ٦١ / أولا ) من الدستور .

ولمجلس المحافظة ، وضمن صلاحياته الدستورية ، إصدار جميع القرارات عدا التي تختص بإصدارها السلطات الاتحادية الحصرية والمشاركة المنصوص عليها في المواد ( ١١٠ و ١١١ و ١١٢ و ١١٣ و ١١٤ من الدستور ) (٥٤) .

#### ب - رأينا في التفسير الذي أبدته المحكمة الاتحادية العليا

قبل إبداء الرأي في التفسير المحكمة الاتحادية العليا ، نود إبداء ملاحظة جوهرية تتعلق بصلاحيات مجالس المحافظات في إصدار تشريعات محلية . فالصلاحية المذكورة تعد ، كما

وصفها ، بحق ، بعض الكتاب ( بدعة تشريعية نسجت على غير منوال )<sup>(٥٥)</sup> ، لأن نظام اللامركزية الإدارية يقوم على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية ، والأشخاص اللامركزية الإقليمية أو المرفقية من دون أن يمس هذا التوزيع الوظائف التشريعية والقضائية والحكومية التي ينبغي أن تظل حكرًا للسلطة المركزية . والقول بخلاف ذلك يجعلنا أمام لا مركزية سياسية وليس أمام لا مركزية إدارية .

وبالعودة إلى رأي المحكمة الاتحادية العليا نلاحظ أن المشرع الدستوري لم ينص صراحة على منح مجالس المحافظات صلاحية فرض الضرائب والرسوم المحلية<sup>(٥٦)</sup> بل كل ما ذكرها المشرع في الدستور أن مجالس المحافظات تتمتع بصلاحيات مالية واسعة . وقد رأيت المحكمة أن تعبير الصلاحيات المالية الواسعة ، يعني من ضمن ما يعني ، فرض الضرائب والرسوم . وهذا التفسير الذي قالت به المحكمة يلزم السلطات العامة كافة<sup>(٥٧)</sup> . ومن ثم ، فلا يجوز لتلك السلطات تجريد مجالس المحافظات من صلاحية فرض الضرائب والرسوم المحلية .

ولكن ما يؤخذ على تفسير المحكمة انه جاء مقتضبا ، ولم يوضح بالتفصيل الشروط المطلوب توافرها كيما يحق لمجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم ممارسة صلاحياتها في فرض الأعباء المالية . فالمحكمة رددت في حيثيات حكمها النصوص الدستورية ، كما هي ، بدون تحليل معمق لها . والدليل على قولنا هذا أن النزاع سرعان ما أشتجر بين السلطة المركزية، ممثلة بمجلس الوزراء ، والمحافظات غير المنتظمة في إقليم حول ممارسة الأخيرة لصلاحياتها المالية .

### ج - رأي مجلس الوزراء

فرض مجلس محافظة بابل رسما على الفلاحين مقابل الحصول على المشتقات النفطية . بيد أن مجلس الوزراء أعترض على هذا القرار قائلا انه ( بالرجوع إلى المادة ( ٧ / ثالثا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ( ٢١ ) لسنة ٢٠٠٨ التي منحت مجالس المحافظات صلاحية إصدار التشريعات المحلية والأنظمة والتعليمات لتنظيم شؤونها المالية قيدت ذلك بأن لا تتعارض هذه التشريعات مع الدستور والقوانين الاتحادية . وهذا القيد أكدته المحكمة الاتحادية العليا بقرارها ( ١٦ / اتحادية / ٢٠٠٨ ) ، وبالعودة إلى الدستور ، وجد المجلس أن المادة ( ١١٠ ) منه أناطت بالسلطة الاتحادية الاختصاص الحصري في رسم السياسة المالية للدولة وفوضها بموجب المادة ( ١٢٢ / ثانيا ) منه تنظيم الصلاحيات المالية للمحافظات بموجب قانون تصدره السلطة الاتحادية ، إضافة إلى أن المادة ( ٢٨ / أولا ) من الدستور حظرت فرض أية ضريبة أو رسم إلا بقانون . والمقصود بذلك القانون الاتحادي . وبناء على ذلك .

قرر مجلس الوزراء بجلسته الاعتيادية الثالثة المنعقدة بتاريخ ١٧ / ١ / ٢٠١٢ ما يأتي :

١ - صلاحية مجالس المحافظات في إصدار التشريعات المحلية المتعلقة في فرض الضرائب والرسوم معطلة في الوقت الحاضر ما لم يصدر قانون اتحادي من السلطة المركزية يبين فيه نوع الضرائب ، ووعائها ، وحدودها ، ونوع الخدمات التي تستوفي عنها الرسوم .

٢ - ليس لمجالس المحافظات فرض ضرائب ورسوم إلا بصور القانون الاتحادي أنفا من مجلس النواب .

٣ - إعلام مجلس النواب بمخالفة قرار مجلس محافظة بابل القاضي بفرض رسوم على الفلاحين جراء حصولهم على المشتقات النفطية ، واتخاذ الإجراءات المقترضة لإلغاء القرار استنادا إلى أحكام المادة ( ٤ ) من القانون رقم ( ١٥ ) لسنة ٢٠١٠ / قانون التعديل الأول لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ( ٢١ ) لسنة ٢٠٠٨ .<sup>(٥٨)</sup>

### د - تعليق على قرار مجلس الوزراء

أحتج مجلس الوزراء بالفقرة ( الأولى ) من المادة ( ٢٨ ) من الدستور النافذ التي نصت بأن ( لا تفرض الضرائب والرسوم ، ولا تعدل ، ولا يعفى منها إلا بقانون ) .. ورأى المجلس أن المقصود بالقانون هنا هو القانون الاتحادي . ولو جارينا المجلس في هذا الفهم لتوصلنا إلى نتيجة مفادها انه لا يجوز أن تفرض الضرائب والرسوم سواء أكانت اتحادية أم محلية إلا بقانون

اتحادي . وهذا التفسير من شأنه أن يقوض الصلاحيات المالية لمجالس المحافظات التي نص عليها الدستور صراحة ، وأيدتها المحكمة الاتحادية العليا التي أجازت للمحافظات غير المنتظمة في إقليم فرض الضرائب والرسوم بتشريعات محلية .

والحقيقة أننا يمكن أن نوفق بين نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من الدستور المشار إليها أعلاه ، والنصوص المتعلقة بالصلاحيات المالية لمجالس المحافظات ، . فالفقرة ( الأولى ) ينبغي أن يصرف مضمونها إلى الضرائب والرسوم الاتحادية ، فهي وحدها التي يجب أن تفرض أو تعدل أو تجبى أو يعفى منها بقانون . أما الضرائب والرسوم المحلية التي تفرضها الأشخاص اللامركزية الإقليمية فيكفي أن تفرض بناء على قانون ، أي استنادا إلى قانون يسن من مجلس النواب الاتحادي يمنح صلاحية فرض أنواع معينة من الضرائب والرسوم إلى مجالس المحافظات . وليس في هذا القول بدع ، لأن في مصر ، وهي دولة موحدة وليست اتحادية مثل العراق كما هو معلوم ، لم يشترط المشرع الدستوري أن تنشأ أو تعدل أو تلغى بقانون سوى الضرائب العامة وحدها<sup>(٥٩)</sup> . أما الضرائب والرسوم المحلية فيجوز فرضها بقرارات إدارية تصدرها الهيئات المحلية بناء على القانون الذي يجيز لها فرض تلك الأعباء .

ولهذا فإننا نرى أن دقة الصياغة وانسجام النصوص الدستورية مع بعضها يقتضيان من المشرع الدستوري تعديل صياغة الفقرة الأولى من المادة ( ٢٨ ) من الدستور ، وقصر مفهومها على الضرائب والرسوم الاتحادية وحدها . فبذلك تصان الحقوق المالية للمحافظات ، وفي الوقت ذاته لا تنتقص الصلاحيات المالية للحكومة الاتحادية . وهذا يتطلب من مجلس الوزراء الإسراع بإعداد مشروع قانون يرسم السياسة المالية والضريبية بين الحكومة المركزية ، والهيئات المحلية بما ينمي ماليتها ، ويعينها على أداء رسالتها أحسن أداء ، وبما يضمن توزيع الأعباء المالية بين المواطنين توزيعاً قائماً على أسس العدالة الاجتماعية ، ولا يخرج توزيع الأعباء المالية بين الحكومة الاتحادية ، والمحافظات غير المنتظمة في إقليم عن الحلول الثلاثة التالية :

**الحل الأول** أن تمنح الهيئات المحلية صلاحية فرض ضرائب ورسوم مستقلة أو أصلية غير مرتبطة بالضرائب المحلية ، كأن يسمح للهيئات المذكورة بفرض ضرائب العقار والعرصات ، في حين يبقى للحكومة الاتحادية صلاحية فرض ضريبة الدخل والضريبة الكمركية إذا كانت للمحافظة حدود مع دولة أخرى .

**الحل الثاني** : أن تمنح الهيئات المحلية صلاحية فرض ضرائب ورسوم إضافية ، وهي عبارة عن نسب مئوية تقررها الهيئات المحلية لصالحها بطريق الإضافة إلى الضرائب والرسوم الاتحادية للدولة ، كأن يحدد القانون الاتحادي سعر هذه الضريبة ٥ % من مبلغ الضريبة الكمركية أو ضريبة الدخل أو ضريبة العقار ، وتخصص النسبة المذكورة لخزينة الهيئات المحلية .

**الحل الثالث** : أن يخصص المشرع الاتحادي نسبة من مبلغ الضريبة أو الرسم الاتحادي لمصلحة الهيئات المحلية ، كأن يخصص لها ربع ضريبة الدخل أو ضريبة العقار أو ضريبة العرصات الاتحادية . أما ثلاثة الأرباع الباقية فتودع في الخزينة العامة الاتحادية . والحل الأخير يجرى المحافظات غير المنتظمة في إقليم صلاحية فرض الضرائب والرسوم المحلية . وهذا ما يتعارض ، وفق ما نعتقد ، تفسير المحكمة الاتحادية العليا الذي خول المحافظات صلاحيات مالية واسعة ، ومن ثم فلا يجوز اللجوء إلى هذا الأسلوب ما لم توافق مجالس المحافظات عليه .

#### **ثانياً : الغموض في نصوص قانون الإدارة المالية النافذ**

من أمثلة النصوص الغامضة المنتظمة للموازنة العامة ، نص الفقرة ( ٦ ) من القسم ( ٧ ) من قانون الإدارة المالية النافذ الذي جاء فيه ( لا بد أن يأخذ قانون الميزانية السنوية بنظر الاعتبار الإيرادات والمصروفات لأموال الميزانية الخاصة ) .

ولا نعلم على وجه الدقة المقصود بالموازنة الخاصة ؟ وهل هي موازنة مستقلة أم ملحقة بالموازنة العامة ؟ ومن يضعها ، ويصادق عليها ؟

## الفرع الرابع

### النقص

يقصد بالنقص خلو النص التشريعي من لفظ أو حكم لازم لاستقامة النص ، وفهم معناه . ويعبر البعض عن هذا العيب بمصطلح الفراغ الذي يشير إلى حالة من حالات عدم الكمال<sup>(٦٠)</sup> . ولو أطلعنا على نصوص الدستور النافذ التي تناولت أحكام الموازنة العامة ، لألفينا أن بعضاً منها أعتورها عيب نقص . من ذلك على سبيل المثل النقص المتعلق بالحسابات الختامية الاتحادية ، وبالموازنة التكميلية ، وبالرقابة المالية . وسوف نقف على تلك الأوجه من النقص في البيان التالي :

#### أولاً : النقص المتعلق بالحسابات الختامية الاتحادية

خص المشرع في الدستور العراقي النافذ السلطات الاتحادية بممارسة اختصاصات حصرية من بينها وضع مشروع الموازنة العامة . والمعلوم أن الموازنة العامة هي برنامج مالي يحتوي على جدولين هما النفقات العامة التي يتوقع صرفها ، والإيرادات العامة التي يتوقع جبايتها . وتوضع الموازنة قبل بداية السنة المالية . ويشروع بتنفيذها بعد إقرارها بجباية الإيرادات ، وصرف النفقات . وفي نهاية السنة المالية يتم إدراج ما تم صرفه فعلاً من نفقات ، وما تم جبايته وتحصيله فعلاً من نفقات في وثيقة قانونية أخرى تسمى الحسابات الختامية . وإذا كان المشرع الدستوري قد نص صراحة على الموازنة العامة الاتحادية ، إلا أنه أغفل ذكر الحسابات الختامية بمناسبة كلامه عن اختصاصات السلطات الاتحادية . وهذا نقص حري بالمشرع العراقي معالجته في .

#### ثانياً : النقص المتعلق بالموازنة التكميلية

توضع الموازنة التكميلية بمناسبة عدم كفاية الاعتمادات الواردة في الموازنة العامة . فإذا ما بدأت السنة المالية ، وطرأت أوضاع اقتصادية غير متوقعة ، استوجبت زيادة في الإنفاق ، جاز للحكومة أن تقدم إلى مجلس النواب مشروع موازنة تكميلية تعدل بمقتضاها الاعتمادات الواردة في الموازنة العامة .

والنقطة الجديرة بالاهتمام هي أن المشرع الدستوري خص الموازنة العامة بحكم أورده في المادة ( ٥٧ ) من الدستور النافذ وهو أن مجلس النواب لا يجوز له أن يفيض اجتماعاته السنوية إلا بعد الانتهاء من إقرار الموازنة العامة<sup>(٦١)</sup> . ولكن ما الحل لو عرضت على مجلس النواب موازنة تكميلية للموازنة العامة أبقى فصل الانعقاد لمجلس النواب قائماً لغاية الموافقة عليها أم يجوز للمجلس المذكور فض اجتماعاته قبل ذلك ؟

لم يضع المشرع الدستوري حلاً لهذه المسألة مما أضطر مجلس النواب إلى الطلب من المحكمة الاتحادية العليا إبداء الرأي بالمراد من عبارة ( الموازنة العامة ) الواردة ذكرها في المادة ( ٥٧ ) من الدستور وهل تشمل الموازنة التكميلية ؟ وبالتالي عدم جواز إنهاء الفصل التشريعي الذي تعرض فيه الموازنة التكميلية إلا بعد الموافقة عليها من عدمه ؟

أجابت المحكمة بأن ( الموازنة التكميلية هي جزء متمم للموازنة العامة ، وتؤدي ذات الأغراض التي تؤديها الموازنة العامة وهي تسيير شؤون الدولة ، وإدامة المرافق العامة فيها .

وحيث أن الجزء يأخذ حكم الكل ، ولا ينفرد عنه بحكم مختلف . وتأسيساً على ما تقدم ترى المحكمة الاتحادية أن تعبير ( الموازنة التكميلية ) ينصرف إلى ما ينصرف إليه تعبير الموازنة العامة المنصوص عليها في المادة ( ٥٧ ) من دستور جمهورية العراق حكماً ، وأن الموافقة على الموازنة التكميلية شرط لازم لانتهاء فصل الانعقاد التشريعي الذي تعرض فيه ) .

ومن الواضح أن المحكمة الاتحادية العليا سدت النقص الذي شاب نص المادة ( ٥٧ ) من الدستور بطريق القياس ، إذ أنها عمدت إلى قياس الفرع ( الموازنة التكميلية ) على الأصل ( الموازنة العامة ) أو الجزء على الكل ، وأستصحت الحكم الخاص بالموازنة لتطبيقه على الموازنة التكميلية .

#### ثالثاً : النقص المتعلق بالرقابة المالية

أود الكتاب أمثلة أخرى على النقص في نصوص الدستور ذات الصلة بمالية الدولة . من ذلك ما جاء في المادة ( ١٠٤ ) من القانون الأساسي العراقي الملغى لسنة ١٩٢٥ التي نصت بأنه ( يجب أن يسن قانون ينص على تأسيس دائرة لتدقيق جميع المصروفات ، وترفع بيانا إلى مجلس الأمة ، مرة على الأقل ، في كل سنة ، عما إذا كانت تلك المصروفات طبق المخصصات التي صدقها المجلس ، وأنققت بحسب الأصول التي عينها القانون ) .

وقد نعى الكتاب على هذا النص ، فضلا عن ركافة تعبيره ، وقصره عن بلوغ القصد ، تقيد جهة الرقابة بممارسة نوع واحد من أنواع الرقابة ، وهو الرقابة اللاحقة . وفي ذلك نقص خطير عانت منه الرقابة المالية في العراق<sup>(٦٢)</sup> . وقد تم تلافيه في الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ الذي نصت مادته السبعون بأن ( تؤسس في الجمهورية العراقية سلطة للإشراف ، والرقابة المالية العامة ، وتنظم أصول تأليفها - والأصح تشكيلها أو تكوينها - ونهوضها بأعمال الرقابة والإشراف بقانون ) .

## الفرع الخامس التعارض

ينشأ التعارض عندما يتقاطع أو يتضارب نص مع نص آخر بشكل يتعذر معه الجمع بينهما . والتعارض المعيب للصياغة التشريعية يحدث عندما يتناقض نص قانوني مع نص قانون آخر اعلي منه منزله أو في مرتبته . وقد وقع هذا التعارض فعلا في النصوص القانونية التي نظمت الموازنة العامة في العراق مما يستدعي منا الوقوف على تلك النصوص وبيان التعارض فيما بينها .

### أولا : التعارض مع النصوص الدستورية

الصياغة القانونية المتقنة هي التي تعين على تحويل الأفكار والأهداف إلى نصوص قانونية شريطة عدم تضاربها مع النصوص الأعلى منها مرتبة ، والأسمى منها منزلة . ولهذا ينبغي على القائم بالصياغة أن يراعي مبدأ تدرج القواعد القانونية . فإذا كان التناقض بين نصين في قانون معين يعد عيبا صياغيا ، فإن تعارض نص في قانون معين مع نص في قانون أعلى مرتبه منه يعد مثلية صياغية من باب أولى . ولذلك فإنه يجب على القائم بالصياغة تنبيه الجهة التي تتم الصياغة لمصلحتها إلى التعارض الذي يوجد بين النصوص القانونية ، وأن يقترح البدائل المتاحة . فضلا عن استعراض النتائج والآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على هذا التعارض .

ولو أطلعنا على قوانين الموازنات العامة الاتحادية في العراق ، لألفينا أن بعضا منها ضم نصوصا جاءت متناقضة مع أحكام الدستور النافذ . من ذلك على سبيل المثال النص الوارد في المادة ( ٣٦ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١١ . التي جاء فيها ( أولا : تلتزم الوزارات الاتحادية ، والمحافظات والجهات غير المرتبطة بوزارة في شراء احتياجاتها من منتجات وزارة الصناعة والمعادن الاتحادية ....

ثانيا : تكليف شركات وزارة الصناعة والمعادن الاتحادية بتنفيذ المشاريع للوزارات الاتحادية والمحافظات والجهات غير المرتبطة بوزارة عند توفر الإمكانيات لديها استثناء من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ، على أن لا تقوم شركات وزارة الصناعة والمعادن الاتحادية بإحالة المشاريع التي ستكلف بها لمقاولين ثانويين ) .

ففي هذا النص تتضح رغبة المشرع بتدوير دولاب العمل في القطاع العام ، وتقديم الدعم للشركات العامة ، بيد أن ذلك قد تم ، كما نعتقد ، على حساب الشركات الخاصة التي أنغلق باب المنافسة أمامها تماما بسن هذا النص الذي رجح كفة القطاع العام على القطاع الخاص . وهذا ما يتعارض مع توجهات المشرع في دستور ٢٠٠٥ الذي ألزم الدولة بدعم القطاع الخاص ، والسعي لتطوير أعماله ، وحماية مصالحه بما يكفل نموه وازهاره<sup>(٦٣)</sup> .

## ثانيا : تعارض نصين في قانون واحد

وقع واضع قانون الإدارة المالية النافذ بهذا العيب الصياغي عند تحديد الموعد الذي يقدم فيه مشروع الموازنة العامة إلى مجلس النواب . فالفقرة ( ٢ ) من القسم ( ٤ ) من القانون ألزمت وزير المالية بتقديم المشروع في ( ١٠ تشرين الثاني ) من كل سنة . بينما الفقرة ( ٧ ) من القسم ( ٦ ) من القانون أوجبت على الوزير المعني تقديم المشروع في ( ١٠ تشرين الأول ) . ومن الواضح أنه لا يمكن التوفيق بين النصين والعمل بهما معا في وقت واحد . لذلك لا بد أن نرجح العمل بأحدهما ، ونهمل النص الآخر ، ونميل إلى ترجيح الموعد الثاني ، وهو العاشر من شهر تشرين الأول ، لسببين :

- ١ - إن هذا التاريخ يخدم مجلس النواب ، لأنه يفسح أمامه مجال الدرس والمناقشة لمشروع الموازنة العامة أكثر من الموعد الثاني . وفي هذا مصلحة محققة لمالية الدولة .
- ٢ - بالرجوع إلى النصوص الأصلية للمادتين المصاغة باللغة الانكليزية ، لا نجد بينهما تناقض إذ إنهما يشيران إلى موعد واحد هو العاشر من شهر تشرين الأول .

## الخاتمة

أثمر بحثنا حول الصياغة القانونية للموازنة العامة عن مجموعة من الاستنتاجات والاقتراحات نقف عليها في البيان التالي :

### أولا : الاستنتاجات

- ١ - إن القوانين التي تنظم الموازنة العامة ليست على نمط واحد بل هي من حيث الديمومة تظهر بنمطين : قواعد دائمة ، وضعت لتستمر دون تحديد مدة . بيد أن هذا الاستمرار ليس استمرارا أزليا ، لأن تلك القوانين معرضة للإلغاء . ومن أمثلتها القوانين الدستورية ، والقوانين

الأساسية التي تبين الأحكام الرئيسية التي تنظم الموازنة العامة للدولة بموجبها . ومن أمثلتها في العراق قانون الإدارة المالية المعدل النافذ رقم ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤ .  
أما النمط الثاني من القوانين فهو القوانين المؤقتة التي توضع لمدة معينة أو لمدة محددة من الزمن . وصفة التأقيت التي ترد على هذه القواعد تملئها طبيعة الموازنة بوصفها برنامجا ماليا مؤقتا ، أي محدد بسنة مالية واحدة وهي السنة المتعلقة بتنفيذ موازنة الدولة .  
٢ – إن القواعد القانونية المنظمة للموازنة العامة للدولة و الواردة في الدستور العراقي النافذ ، وفي قانون الإدارة المالية النافذ ، وفي القوانين السنوية شابتها مطاعن صياغية عدة مثل الخطأ ، والتكرار ، والغموض ، والتعارض ، والنقص ، وهي عيوب حري بالمشروع العراقي أن يظهر القواعد القانونية منها كيما يستقيم العمل بالموازنة العامة ، وتغدوا أكثر نجاعة ، وانضباطا .  
**ثانيا : الاقتراحات :**

- ١ – بالنسبة للنصوص الواردة في الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ نقترح ما يلي :
  - أ – حذف عبارة ( وضع الميزانية العامة للدولة ) الواردة في الفقرة ( ثالثا ) من المادة ( ١١٠ ) ، لأنها عبارة زائدة لا غناء فيها .
  - ب – الاستقرار على تسمية واحدة للبرنامج المالي السنوي للدولة ، والتسمية الدقيقة لهذا البرنامج هي الموازنة العامة ، والتخلي عن التسميات الأخرى غير الدقيقة مثل الميزانية العامة .
  - ج – تحذف كلمة ( الاستثمارية ) الواردة في الفقرة ( سابعا ) من المادة ( ١١٠ ) ، لأنها عبارة زائلا الوضوح ، واستعملت في غير موضعها ، وتصطدم مع المنطق والأصول القانونية السليمة التي تراعي مبدأ توحيد الموازنة بدلا من تعددها .
  - د – يضاف إلى اختصاصات السلطة الاتحادية الواردة على سبيل الحصر في المادة ( ١١٠ ) اختصاص وضع الحسابات الختامية الاتحادية ، لكون اختصاص أصيل لا ينبغي إغفاله .
  - و – تقتضي أصول الصياغة القانونية السليمة إعادة النظر في نص الفقرة ( سابعا ) من المادة ( ١١٠ ) التي تكلمت عن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية التي منها وضع مشروع الموازنة العامة ، فنقترح أن يضاف إلى هذا الاختصاص الاختصاصات الأخرى التي تمارسها السلطة المذكورة فعلا التي تتمثل بإقرار مشروع الموازنة ، والعمل بالموازنة بعد المصادقة عليها ، ومراقبتها .
  - ه – نقترح أن تعاد صياغة الفقرة ( أولا ) من المادة ( ٢٨ ) بأن يقصر حكمها على الضرائب والرسوم الاتحادية حسب .
  - ي – إعادة صياغة النصوص الدستورية التي تناولت الصلاحيات المالية للمحافظات غير المنظمة في إقليم لكونها نصوص معتلة ، ومترهلة ، ولا يزال الخلاف مستعرا بشأن المقصود منها ، وآلية تطبيقها .
- ٢ – تطهير قوانين الموازونات الاتحادية السنوية من شوائب التعارض مع الدستور . مثل النص الذي يغلب مصلحة شركات القطاع العام على مصلحة شركات القطاع الخاص . والذي يقيد المنافسة لصالح الشركات الأولى عند ممارسة النشاط الاقتصادي . ففي ذلك تعارض مع توجهات المشرع الدستوري التي تميل إلى دعم القطاع الخاص والعمل على تنميته .
- ٣ – نقترح إلغاء قانون الإدارة المالية النافذ ، وإصدار قانون جديد يحل محله للأسباب التالية :
  - أ – يستطيع قارئ القانون أن يدرك للوهلة الأولى أنه لم يوضع أول الأمر باللغة العربية ، إذ أن طابع الترجمة ظاهر فيه مواده جميعا ، ولا غرابة في ذلك ، لأن القانون من وضع سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة ، ولذلك يجد الباحث عننا شديدا في فهم مواده ، والوقوف على كنه نصوصه .
  - ب – يطفح القانون بالأخطاء المادية مثل الأخطاء اللغوية والإملائية والطباعية إلى المدى الذي يضيق الباحث ذراعا بها ، ويشعر بالخجل والأسى من ورودها في قانون ينظم أهم وثيقة مالية في البلد .

## الهوامش

- ( ١ ) د . سوزي عدلي ناشد ، أساسيات المالية العامة ، النفقات العامة ، الإيرادات العامة ، الميزانية العامة ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٧ .
- ( ٢ ) د . منصور ميلاد يونس ، مبادئ المالية العامة ، النفقات العامة ، الإيرادات العامة ، الميزانية العامة ، بدون ذكر مكان ودار النشر ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩١ .
- ( ٣ ) د . حسن عواضة و د . عبد الرؤوف قطيش ، المالية العامة ، الموازنة ، الضرائب والرسوم ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، بيروت ، دار الخلود ، ١٩٩٥ ، ص ٣٧ .

( ٤ ) تنتظر ص من هذا البحث .  
( ٥ ) التزم الملك ( جان سانتير ) ، بموجب المادة ( ١٤ ) من العهد الأعظم بدعوة مجلس العموم في المملكة ، لإقرار أي اقتطاع من ثروات الأفراد ، ويمتنع الملك عن النزول عن هذا الحق إلى أي كان . واستثناء من ذلك ، يجوز للملك ، استنادا للمادة ( ١٢ ) من الوثيقة ، اقتطاع الأموال ، وفرض المساعدات ، دون موافقة مجلس العموم في الحالات التالية : فدية الملك في حالة الأسر ، وفي حالة زواج بنته الكبرى ، ومساعدة فرقة الفرسان الخاصة بالابن الأكبر للملك .  
ينظر عبد اللطيف قطيش ، الموازنة العامة للدولة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥ ، ص ٨ و ٩ .  
( ٦ ) مثل وثيقة إعلان الحقوق الصادرة في عام ١٦٢٨ التي أوجبت موافقة النواب على ما يفرض من ضرائب ، ودستور الحقوق الذي أعلن بمقتضاه عدم مشروعية جباية أية أموال إلا بالفقر ، وفي المواعيد ، وبالكيفية التي يأذن بها البرلمان . ينظر :  
R.E.C. Jewell ,British Constitution ,Teach yourself books . P. 32 – 33.  
كذلك د . يوسف شباط ، المالية العامة ، الكتاب الثاني ، موازنة الدولة العامة ، الطبعة الثانية ، دمشق ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٧ ، ص ٢٨ .  
( ٧ ) تنتظر على سبيل المثال الفقرة ( أولا ) من المادة ( ٦٢ ) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ التي نصت بأن ( يقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة ، والحساب الختامي إلى مجلس النواب لإقراره ) .  
( ٨ ) يحسن بنا أن نلفت الأنظار هنا إلى أن القواعد القانونية التي تنظم الموازنة العامة لا ترد جميعها إلى التشريع ، ففي انكلترا التي أغلب قواعدها الدستورية عرفية وأقلها مدون في وثائق ، لا نعثر على نصوص تشريعية عامة ، إذ ما عدا القانون الصادر في ١٨٦٦ المعدل في ١٩٢١ حول المحاسبة الحكومية ، والذي يدعى ب

#### Exchaquer and Audit Departments Act

وبعض القوانين النادرة الأخرى ، فإن إجراءات الموازنة في انكلترا وقواعدها لا تستند إلى نصوص مكتوبة بل إلى أعراف دستورية . ينظر د . علي شفيق ، مفهوم الميزانية في انكلترا ومقارنته مع المفهوم الفرنسي ، مجلة المالية ، العددان الثاني والثالث ، السنة ١٩٨٠ ، ص ٣٠ .  
بل حتى في الدساتير المكتوبة ما زال للعرف أهمية في تنظيم قواعد الموازنة العامة ، لا سيما في الدول ذات الدساتير المكتوبة النصوص مثل دستور ١٨٧٥ الفرنسي . فمن أمثلة العرف المتعلق بالموازنة العامة الذي نشأ في ظل هذا الدستور العرف المقرر لقاعدة سنوية الموازنة .  
ينظر د . عبد الفتاح ساير ، مبادئ القانون الدستوري ، بدون ذكر مكان ودار النشر ، ص ٢٤٤ – ٢٤٥ .

( ٩ ) د . عبد الفتاح ساير ، المصدر السابق ، ٢٢٣ – ٢٢٤ .  
( ١٠ ) ينظر بشأن مفهوم القوانين الأساسية د . فتحي فكري ، القانون الدستوري ، المبادئ الدستورية العامة ، دستور ١٩٧١ ، الكتاب الأول ، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر ، بدون ذكر مكان النشر ، شركة ناس للطباعة ، ص ٥٧ .  
( ١١ ) د . أحمد فاضل حسين ، الرقابة الدستورية على القوانين الأساسية مجلة الحقوق ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، المجلد ٢ ، السنة ٤ ، العددان ٦ و ٧ ، ٢٠٠٩ ، ص ١١٠ .  
( ١٢ ) نصت المادة ( ٣٤ ) من الدستور الفرنسي النافذ بأن ( ... يحدد القانون المالي – وهي التسمية التي تطلق على الموازنة العامة – موارد وأعباء الدولة بالشروط وفي الحدود التي يبينها قانون أساسي ) . ينظر شهاب أحمد عبد الله ، الدستور الفرنسي ، موسوعة التشريعات الوطنية والدولية لحقوق الإنسان ، الطبعة الأولى ، بغداد ، دار الكتب والوثائق ، ٢٠٠٨ ، ص  
( ١٣ ) نصت المادة ( ٤٧ ) من الدستور الفرنسي النافذ بأن ( يصوت البرلمان على مشروعات القوانين المالية طبقا لإجراءات يحددها قانون أساسي.... ) . ينظر أحمد شهاب عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢١ .

( ١٤ ) ينظر عبد اللطيف قطيش ، المصدر السابق ، ص ١٧ . كذلك د . علي شفيق ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .

( ١٥ ) نص الفصل الخمسون من الدستور المغربي النافذ المعدل بأن ( يصدر قانون المالية عن البرلمان بالتصويت طبق شروط ينص عليها قانون تنظيمي ) .

( ١٦ ) نصت المادة ( ٢١ ) من دستور جمهورية أفريقيا الوسطى الصادر في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ والمعدل بالقانون رقم ٦٠ - ١٦٣ بأن ( ... تحدد القوانين المالية موارد الدولة وأعباءها وفقا للشروط والقيود التي ينص عليها قانون نظامي... ) . ينظر د . بطرس بطرس غالي ، الدساتير الإفريقية ، القاهرة ، دار المعارف ، ١٩٦١ ، ص ٢٧ .

( ١٧ ) نصت المادة ( ٣٩ ) من دستور جمهورية السنغال الصادر في ٢٣ سبتمبر ١٩٦٠ بأن ( .... تحدد القوانين المالية موارد الدولة وأعباءها بالشروط والتحفظات التي يقررها قانون نظامي... ) . ينظر د . بطرس بطرس غالي ، المصدر السابق ، ص ١١١ .

( ١٨ ) نصت المادة ( ٤٦ ) من الدستور الفرنسي النافذ بأن ( القوانين التي يعطيها الدستور صفة القوانين الأساسية يجري التصويت عليها ، وتعديلها ، وفقا للأوضاع التالية .... ) . ينظر شهاب أحمد عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢١ .

( ١٩ ) د . فتحي فكري ، المصدر السابق ، ص ٥٨ .

( ٢٠ ) نصت المادة ( ٤٦ ) من الدستور الفرنسي النافذ بأن ( القوانين التي يسبغ عليها الدستور صفة القوانين الأساسية ، يجري التصويت عليها ، وتعديلها وفقا للأوضاع التالية :

- لا يعرض المشروع أو الاقتراح للمناقشة والتصويت عليه في المجلس الذي قدم إليه أولا إلا بعد مضي خمسة عشر يوما من إيداعه .

- وتطبق في هذه الحالة الإجراءات المنصوص عليه في المادة ( ٤٥ ) . ومع ذلك فانه في حالة عدم الاتفاق بين المجلسين ، فان النص لا يكون إقراره عن الجمعية الوطنية في المداولة الأخيرة إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها ... ) . ينظر شهاب أحمد عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢١ .

( ٢١ ) نصت المادة ( ٤٦ ) من الدستور الفرنسي النافذ بأنه ( .... لا يجوز إصدار القوانين الأساسية إلا بعد أن يقرر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور ) . ينظر شهاب أحمد عبد الله ، المصدر السابق ، ص ٢١ .

( ٢١ ) د . فتحي فكري ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .

( ٢٢ ) نص الفصل ( الثامن والخمسون ) من الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦ النافذ بأن ( ... يتم إقرار القوانين التنظيمية ، والتعديلات المخلة عليها وفق الشروط المشار إليها أعلاه . بيد أن المجلس الذي يعرض عليه أو لا مشروع أو اقتراح قانون تنظيمي لا يمكنه أن يتداول فيه أو يصوت عليها إلا بعد مرور عشرة أيام على تاريخ إيداعه لديه . يجب أن يتم إقرار القوانين التنظيمية المتعلقة بمجلس المستشارين باتفاق بين مجلسي البرلمان على نص موحد . لا يمكن إصدار الأمر بالتنفيذ القوانين التنظيمية الا بعد أن يصرح المجلس الدستوري بمطابقتها للدستور .

( ٢٣ ) نصت المادة ( ٤٤ ) من الدستور السنغالي لسنة ١٩٦٠ بأن ( القوانين التي يصفها الدستور بأنها نظامية يقترح عليها ، وتعديل بالأغلبية المطلقة للأعضاء المكونين للجمعية الوطنية . ولا يجوز إصدارها إلا إذا قررت المحكمة العليا التي يتعين وجوبا على رئيس الجمهورية إخطارها بها أنها متفقة مع الدستور ... ) .

( ٢٤ ) نصت المادة ( ٢٦ ) من دستور أفريقيا الوسطى لسنة ١٩٥٩ بأن ( القوانين التي يخولها الدستور صفة القوانين النظامية يتم التصويت عليها أو على تعديلها بناء على طلب الحكومة وحدها ، وبالأغلبية المطلقة لنواب الجمعية التشريعية ) .

( ٢٤ ) نصت المادة ( ٥٥ ) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ بأن ( لمجلس النواب دورة انعقاد سنوية بفصلين تشريعيين أمدهما ثمانية أشهر ، يحدد النظام الداخلي كيفية انعقادهما ، ولا ينتهي فصل الانعقاد الذي تعرض فيه الموازنة العامة إلا بعد الموافقة عليها ) .

( ٢٥ ) د . فوزي فرحات ، المالية العامة ، الاقتصاد المالي ، ، دراسة التشريع المالي اللبناني مقارنة مع بعض التشريعات العربية والعالمية ، بدون ذكر مكان ودار النشر ، ٢٠١٠ ، ص ١٣١ . كذلك عبد اللطيف قطيش ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ .

( ٢٦ ) نصت المادة ( ١٦ ) من القسم ( ٢ ) من قانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤ بأن ( السنة المالية : فترة الحسابات الحكومية العامة ، والتي تبدأ من ١ كانون الثاني ، وتنتهي في ٣١ كانون الأول ) .

( ٢٧ ) نص البند ( ب ) من الفقرة ( ثانيا ) من المادة ( من الفصل الثاني من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١١ بأن ( يخول وزير المالية الاتحادي صلاحية الاستمرار بالاقتراض من صندوق النقد الدولي بما يكمل مبلغ ... ) .

( ٢٨ ) نص البند ( أ ) من الفقرة ( ثانيا ) من المادة ( ٢ ) من الفصل الثاني من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١١ بأنه ( بلغ إجمالي العجز المخطط للموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١١ ... ويغطي هذا العجز من المبالغ النقدية المدورة من الموازنة العامة الاتحادية لسنة ٢٠١٠ ، ومن الاقتراض الداخلي والخارجي ، ونسبة من الوفرة المتوقع من زيادة أسعار بيع النفط أو زيادة الإنتاج ) .

( ٢٩ ) المثل على ذلك ما نصت عليه الفقرة ( ثالثا ) من المادة ( ٢٥ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية العراقية لسنة ٢٠١١ بالقول ( على وزير المالية الاتحادي إعادة تخصيص الإيرادات المحققة فعلا في المنافذ الحدودية – البرية والبحرية والجوية – بما فيها الإيرادات السيادية خلال سنة ٢٠١٠ إلى موازنة المحافظات الحدودية ... ) .

( ٣٠ ) المثل على ذلك ما نصت عليه الفقرة ( أولا ) من المادة ( ٢٠ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠٠٨ بأن ( تضاعف مبالغ السماحات الضريبية للموظف ضمن البند ( ١ ) من المادة الثانية عشر من قانون ضريبة الدخل رقم من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل .... ) .

( ٣١ ) المثل على ذلك ما نصت عليه المادة ( ٢٦ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١١ بأن ( على الهيئات الرئاسية الثلاث – رئاسة مجلس النواب ورئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء ) اعداد قانون ينظم ملاكات ورواتب منتسبيها ، يقدم إلى مجلس النواب في موعد لا يتجاوز ١ / ٦ / ٢٠١٠ ) .

( ٣٢ ) المثل على ذلك ما نصت عليه الفقرة ( ثانيا ) من المادة ( ١٨ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٠ التي نصت بأن ( على الحكومة الاتحادية إجراء إحصاء وتعداد سكاني في جميع أنحاء العراق في مدة لا تتجاوز ٣١ / ١٢ / ٢٠١٠ ) .

علما أن النص لم يوضع موضع التطبيق لغاية الآن ، مما يفسح المجال لإثارة المسؤولية السياسية للسلطة التنفيذية .

( ٣٣ ) د . رزق بن مقبول الحمدان الرئيس و د . أحمد محمد وهبان ، الصياغة القانونية ، بحث منشور على الموقع :

WWW . Jhoimaatalla . Com

( ٣٤ ) د . حيدر أدهم عبد الهادي ، دروس في الصياغة القانونية ، بغداد مركز العراق للأبحاث ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٨ .

( ٣٥ ) علي الصاوي ، الصياغة التشريعية للحكم الجيد ، إطار مقترح للدول العربية ، ورقة عمل خلفية لحققة النقاش التي نظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ، برنامج إدارة الحكم في

الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني في بيروت ٣ - ٦ فبراير ٢٠٠٣ ، ضمن ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية ، منشور على الموقع : WWW. Undp - Pogar - Org

- ( ٣٦ ) د . حيدر أدهم عبد الهادي ، المصدر السابق ، ص ٨٣ .
- ( ٣٧ ) ينظر البند ( ب ) من الفقرة ( أولا ) من المادة ( ١ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١١ .
- ( ٣٨ ) علي الصاوي ، المصدر السابق ، ص
- ( ٣٩ ) المصدر السابق ، ص
- ( ٤٠ ) عبد اللطيف قطيش ، المصدر السابق ، ص ٩٤ . ود منصور ميلاد يونس ، المصدر السابق ، ص ١٩١ - ١٩٢ .
- ( ٤١ ) كيث باتشت ، تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات ، بحث مقدم إلى ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية ، ترجمة عزيز الناصر إسماعيل ، بيروت ، ٣ - ٦ شباط ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢ .
- ( ٤٢ ) تنظر على سبيل المثل الفقرة ( أولا ) من المادة ( ٦٢ ) من الدستور النافذ الني نصت بأن ( يقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة ... ) . والفقرة ( ثانيا ) من المادة ذاتها التي نصت بأن ( لمجلس النواب إجراء مناقلة بين أبواب وفصول الموازنة العامة ... ) .
- ( ٤٣ ) نصت الفقرة ( ثالثا ) من المادة ( ١١٠ ) من الدستور بأن ( تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الآتية ( ..... وضع الميزانية العامة للدولة ) .
- ( ٤٤ ) نصت المادة التاسعة والتسعون من هذا القانون بأن ( يجب أن يصدق مجلس الأمة الميزانية ... ) .
- ( ٤٥ ) نصت الفقرة ( هـ ) من المادة ( ٦٩ ) من هذا الدستور بأن ( تمارس الحكومة الاختصاصات الآتية : إعداد الميزانية العامة للدولة ... ) .
- ( ٤٦ ) نصت الفقرة ( ٦ ) من المادة ( الرابعة والستين ) من هذا الدستور بأن ( تمارس الحكومة الاختصاصات الآتية : إعداد الميزانية العامة للدولة ... ) .
- ( ٤٧ ) نصت الفقرة ( ج ) من المادة ( الثالثة والأربعون ) من هذا الدستور بأن ( يمارس مجلس قيادة الثورة بأغلبية عدد أعضائه الصلاحيات التالية : المصادقة على مشروع الميزانية العامة للدولة ... ) .
- ( ٤٨ ) نصت الفقرة ( ج ) من المادة ( الخامسة والعشرين ) من هذا القانون بأن ( تختص الحكومة العراقية الانتقالية بالشؤون التالية حصرا : ... وضع الميزانية العامة للدولة ... ) .
- ( ٤٩ ) د . حيدر وهاب عبود ، دراسة في مشكلة تأخر المصادقة على الموازنة العامة ، بحث قدم إلى المؤتمر السنوي الذي عقده كلية الحقوق / جامعة النهريين في عام ٢٠١١ . موعود بالنشر في المجلة التي تصدرها الكلية المذكورة ، ص ٥ .
- ( ٥٠ ) د . حيدر أدهم عبد الهادي ، المصدر السابق ، ص ١١٣ .
- ( ٥١ ) نصت المادة المذكورة بأن ( للوزير الاتحادي المختص ، ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة ، والمحافظين ، ورؤساء مجالس المحافظات صلاحية الصرف في ضوء التخصيصات المعتمدة ضمن موازنتهم السنوية ، وتحويل رؤساء الدوائر التابعة لوزارته أو الجهة غير المرتبطة بوزارة صلاحية الصرف كلا أو جزءا ووفقا لما يأتي :
- أولا : أن يتم الصرف وفقا للاعتمادات المصادق عليها في الموازنة العامة الاتحادية السنوية ، وللإغراض المحددة لها .
- ثانيا : أن يتم استخدام الاعتمادات المخصصة في الموازنة العامة الاتحادية ، بموجب خطة إنفاق يصادق عليها وزير المالية الاتحادي .
- ثالثا : التقيد بالاعتمادات المخصصة في الموازنة العامة الاتحادية ، ولا يجوز الدخول في الالتزام بالصرف بما يزيد عما هو مخصص في الموازنة العامة الاتحادية ) .

( ٥٢ ) نصت الفقرة ( ٢ ) من السم ( ٩ ) من قانون الإدارة المالية النافذ بأنه ( لن يتم الصرف من حساب الخزينة النظامي إلا بموجب تخصيص في قانون الميزانية السنوية أو الميزانية التكميلية أو مقرر في قانون آخر أو لأغراض استثمارية كما... ) .

كما نصت الفقرة ( ٣ ) من القسم ذاته بأن ( تستخدم وحدات الإنفاق الأموال المقررة في الميزانية الفدرالية ، وبموجب خطة إنفاق يصادق عليها وزير المالية ) .

كما نصت الفقرة ( ٥ ) من القسم ذاته بأن ( لوحدها الإنفاق أن لا تلتزم بعملية صرف تزيد عما مخصص لها في الميزانية السنوية ما لم ينص على خلاف ذلك بقانون الميزانية ) .

( ٥٣ ) العدد / ١٦ / اتحادية / ٢٠٠٨ في ٢١ / ٤ / ٢٠٠٨ . علاء صبري التميمي ، قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا مع بعض متون القوانين ذات العلاقة ، بغداد ، مكتبة صباح ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

( ٥٤ ) العدد / ٢٥ / اتحادية / ٢٠٠٨ في ٢٣ / ٦ / ٢٠٠٨ . ينظر المصدر السابق ، ص ٢٦٠ .

( ٥٥ ) د . غازي فيصل مهدي ، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان ، بغداد موسوعة الثقافة القانونية ، ٢٠٠٨ ، ص ٥٥ .

( ٥٦ ) في حين أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الملغى لسنة ٢٠٠٤ منح هذه الصلاحية إلى المحافظات بصريح العبارة . فقد نصت المادة السادسة والخمسون ( منه بأن ) تساعد مجالس المحافظات الحكومة الاتحادية في تنسيق عمليات الوزارة الاتحادية الجارية داخل المحافظة ، .... ولهذه المجالس الصلاحية كذلك بزيادة إيراداتها بشكل مستقل عن طريق فرض الضرائب والرسوم ... ) .

( ٥٧ ) نصت المادة ( ٩١ ) من دستور جمهورية العراق النافذ بأن ( قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة ) .

( ٥٨ ) قرار مجلس الوزراء الاتحادي رقم ( ٢٧ ) لسنة ٢٠١٢ في ١٠ / ١ / ٢٠١٢ ، غير منشور .

( ٥٩ ) نصت المادة ( ٦١ ) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ النافذ بأن ( أداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقا للقانون ) .

( ٦٠ ) د . حيدر أدهم عبد الهادي ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .

( ٦١ ) ينظر نص المادة ( ٥٥ ) من دستور جمهورية العراق السابق ذكره .

( ٦٢ ) صلاح الدين مصطفى أمين ، الرقابة المالية العامة ، وديوان الرقابة المالية في العراق بين ماضيه ومستقبله ، بغداد ، بدون ذكر مكان النشر ، ١٩٧٩ ، ص ٧١ - ٧٣ .

( ٦٣ ) نصت المادة ( ٢٥ ) من دستور جمهورية العراق النافذ بأن ( تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده ، وتنويع مصادره ، وتشجيع القطاع الخاص ) .

الجامعة المستنصرية / كلية القانون

**(القصور في الصياغة التشريعية)**

**-دراسة مقارنة**

أ.م.د سعد جبار السوداني

رئيس وحدة حقوق الانسان - كلية القانون

الجامعة المستنصرية - نيسان ٢٠١٢

### المقدمة

تأخذ الصياغة القانونية اهمية كبيرة كونها تمثل الرداء الذي يرتديه التشريع او الفقه او القضاء ، لان كلا منهم يحرص كل الحرص على ان يعرض او يقدم افكاره بلغة قانونية دقيقة ، تتسم بالمرونة والوضوح والواقعية وقابلية التطبيق والفهم من قبل عامة الناس ، والتوافق والانسجام مع الدستور والقوانين الاخرى وتبتعد عن القصور والجمود والغموض والنقص

وان اختياري لموضوع البحث الموسوم ( القصور في الصياغة التشريعية - دراسة مقارنة ) جاء في مرحلة تستوجب مراجعة جدية للقوانين النافذة بالتعديل او الالغاء او التجديد واصدار تشريعات تلبي الاحتياجات والمتطلبات للعراق الجديد في ضوء المعايير الدولية والاحتياجات الوطنية

وعليه سأتناول الموضوع في مقدمة ومبحثين استعرض في الاول نظرة في الصياغة التشريعية وابحث في الثاني القصور في القانون وانهي البحث بخاتمة اسجل فيها بعض الآراء والتوصيات .

ومن الله التوفيق .

## المبحث الاول

### نظرة في الصياغة التشريعية

سأتناول هذا المبحث في مطلبين اتكلم في الاول عن تعريف الصياغة القانونية وافرد الثاني لفن الصياغة .

## المطلب الاول

## تعريف الصياغة القانونية

لقد ذهب الكثير من الفقهاء الى ان القانون يتكون من عنصري العلم والفن او الصياغة ، يتعلق عنصر العلم بالمادة الاولية التي يتكون منها القانون والتي يستخلصها العقل من طبيعة العلاقات الاجتماعية المتطورة، ويذهب عنصر الفن الى صياغة عنصر العلم ليكون قابلا للتطبيق العملي او بمعنى اخر ان الصياغة القانونية تقوم بتحويل المادة الاولية التي تكون القانون لتحويلها الى قواعد تصلح للعمل والتطبيق بغية تحقيق الغاية التي يفصح عنها جوهر القاعدة القانونية .

وعليه فان الصياغة هي التي توجد القانون وتخرجه الى الواقع العملي وان نجاحه يبقى مرهونا بدقة الصياغة ومرونتها وملائمتها للواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي . (١)

وإذا ما اخذنا أي قانون من القوانين النافذة في العراق لوجدناه يتكون من عنصري العلم والفن فقانون العمل والضمان الاجتماعي يتكون من هذين العنصرين لان فكرة القضاء على استغلال اصحاب العمل للعمال وتدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل وتوفير الحماية للعمال هذه الامور تبلورت واستقرت في اذهان عامة الناس وشكلت موضوعا محددا يحتاج الى الكشف عنه ولكنها لا تكون قانونا وانما مادة اولية لا تصلح للتطبيق العملي وعندما يتدخل عنصر الفن او الصياغة تتحول الى شيء قابل للتطبيق العملي من خلال الصياغة القانونية التي تظهر الافكار التي تتحول الى حقيقة اجتماعية يتم التعامل على اساسها . (٢)

والفن القانوني على نوعين هما الفن التشريعي والفن التطبيقي يقصد بالأول معرفة التشريعات الصالحة وهذا النوع من الفن القانوني يخضع للسياسة التشريعية التي تعني الهدف المطلوب تحقيقه من خلال التشريع ويقصد بالثاني الفن التطبيقي الذي هو معرفة حقيقة الوقائع والمراكز وتكييفها أي اعطاءها الوصف القانوني الصحيح وتطبيق القواعد القانونية المنطقية عليها وحسن استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لمطبق القانون . (٣)

فالقانون هو علم تطبيقي وليس علما نظريا وان قيمته تتوقف على مدى امكانية تطبيقه وانه من العلوم الاجتماعية التوجيهية وليس العلوم الاجتماعية الوصفية ولهذا فان علم القانون لا يقف عن دراسة ما هو كائن وانما يتجاوز ذلك لدراسة ما يجب ان يكون . (٤)

## المطلب الثاني

### فن الصياغة

يتجسد فن الصياغة في ان المضمون التشريعي يصاغ في قواعد قانونية دقيقة واقعية قابلة للتطبيق وذلك من خلال استيعاب وقائع الحياة المتنوعة ، لان الحياة الاجتماعية تخلق مصالح وحاجات مستمرة لا يمكن ادراكها وتأتي الصياغة القانونية لتشبع كل هذه الحاجات والمصالح

والتطورات السريعة التي تحصل باستخدام وسائل مصطنعة وافكار قانونية .

علما ان اساليب الصياغة محدودة الامكانيات ويصعب على أي جهد بشري مهما بلغت قدراته من ان يصوغ قواعد قانونية تحيط بكل الامور وفي مختلف الازمان .

بمعنى اخر ليس من السهولة بمكان ان يتنبأ المشرع ، او من يقوم بالصياغة التشريعية ، بكل الحالات والعلاقات الاجتماعية لأنها في تطور مستمر، وان تدوين القاعدة القانونية على الورق يوقفها عن التطور ، بينما العلاقات الاجتماعية تستمر في التجدد والتنوع لهذا يبقى القانون المدون متخلف عن هذا التطور . (٥)

كما ان الصياغة القانونية لا تهتم بالجانب الشكلي والاجرائي فحسب ، وانما تهدف الوصول لتحقيق دولة القانون من خلال التشريعات المتطورة المنسجمة مع الدستور والقوانين الاخرى .

وان ازدياد الاهتمام بالصياغة التشريعية ، في العراق الجديد يتزامن مع التغيير الجوهرى في فلسفة السلطة في العراق وصدور الكثير من التشريعات ، ومراجعة القوانين السابقة التي مازالت نافذة وتحديثها او تعديلها او تغييرها بما يجعلها تستجيب لمعطيات المرحلة الجديدة على الصعيد الوطني والدولي .

فلم تعد الدولة قادرة على ان تصدر قوانين تتعارض مع القوانين والاتفاقيات الدولية لان النظام العالمى الجديد يتجه نحو افاق جديدة تتبنى الحرية والديمقراطية وتوحيد القوانين في المجتمع الدولي .

صفوة القول فان الصياغة القانونية التي تخلق القانون يجب ان تعبر عن واقع المجتمع الذي يحتاج الى تنظيم علاقاته وحكم روابطه ومن دون ذلك يصبح مجرد شعارات لا تطبق او امال لا تتحقق .

ولهذا فان اعداد مشاريع القوانين وصياغتها تأخذ هذه الاهمية الكبيرة لمواجهة التطور السريع الذي يعيشه المجتمع في مختلف النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية سعيا لتحقيق وضع افضل .

ولكي تتحقق الصياغة كما ينبغي لنتج الغرض الذي جاءت من اجله يتطلب ان تعبر عن الواقع وتتسم بالوضوح وتبتعد عن الجمود وتتصف بالمرونة لتستجيب للمتغيرات وتترك للقضاء حرية التقدير .

وذهب السيد محمد باقر الحكيم (قدس سره ) الى القول بأن تدخل الدولة لا ينحصر في تطبيق الاحكام الثابتة في الشريعة ، بل يمتد الى ملء منطقة الفراغ من التشريع ، وتضع العناصر المتحركة في ضوء الظروف السائدة .

فتقوم في مجال التشريع بملء منطقة الفراغ ، التي تركها التشريع الاسلامي للدولة ، في ضوء الظروف المتطورة ، بما يحقق الاهداف العامة للاقتصاد الاسلامي ويحقق الصورة الاسلامية للعدالة الاجتماعية .

وتأخذ منطقة الفراغ اهميتها ، على اساس ان المبادئ التشريعية للحياة الاقتصادية في الاسلام لا تقدم تنظيماً لمرحلة معينة ، او علاجاً مؤقتاً يجتازه التطور بعد فترة من الزمن لشكل اخر من اشكال التنظيم ، وانما يقدمها كونها الصورة النظرية الصالحة لجميع العصور .

وعليه فإن اعطاء صفة العموم والاستيعاب لهذه الصورة يجب ان يستجيب لتطور العصور فيها ، في ضوء عنصر متحرك غير ثابت يجعل الصورة قادرة على ان تتكيف وفقاً لظروف مختلفة . (٦)

## المبحث الثاني

### القصور في القانون

#### المطلب الاول

#### مفهوم القصور في القانون وتطوره

ليس من السهولة تعريف القصور في القانون ، لصعوبة تعريف القانون نفسه ولعدم تحديد السلطة المختصة في تعيين القصور ، ولكن بعض الفقهاء عرفوا القصور بأنه فقدان النص القانوني الذي يحكم او ينظم حالة معينة يتطلب النظام القانوني تنظيمها .

او هو عدم وجود قاعدة قانونية ، او وجودها ولكنها غير كاملة ، لحل مسألة يفترض فيها انها يجب ان تنظم بقاعدة قانونية . (٧)

فالعلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الافراد لا ينظم القانون الا قسما يسيرا منها ويترك القسم الاخر الى الافراد انفسهم بتنظيمها وان ما ينظمه القانون يدخل في دائرة القانون وما لا ينظمه القانون يقع في دائرة اللاقانون .

فالعلاقات الزوجية على سبيل المثال ينظم القانون قسما منها ويترك القسم الاخر خارج هذا النطاق .

وان الذي يقوم بسد القصور في القانون هو السلطة المكلفة بتطبيقه وهي السلطة القضائية ، ولكن الوضع الطبيعي هو ان يتدخل المشرع لسد القصور ، لان القاضي اما ان يجد القاعدة القانونية فيحكم بموجبها او لا يجدها فيقوم بخلقها ، تحت مسمى العدالة والضمير القانوني لكن القضاة يخشون المشرع ونقض الاحكام من الجهة المختصة بالطعن ، ولهذا لا يرغبون في ايجاد القاعدة القانونية ولكنهم يحتالون على القانون ويحكمون استنادا لمادة قانونية لا تنطبق على النزاع المعروض امامهم، للقناعة بان الحكم من حق المدعي او من حق المدعي عليه ، ومثل هذه الاحكام عرضة للنقض . (٨)

ومن هذا يتضح ان معيار ما يدخل في دائرة القانون او ما يخرج منها هو معيار مضطرب ، ولكن فلاسفة القانون وعلماء الاجتماع المهتمين في القانون يتفقون بوجه عام على التسليم بما يلزم القاعدة القانونية من مرونة ومطاوعة لقواعد القانون ، لأنها تسمح بتكييف القاعدة القانونية دون عناء وجعلها منسجمة مع الاوضاع الجديدة او الميادين المكتشفة حديثا .

لان القاعدة القانونية بعد صدورها ومضى فترة زمنية طويلة على نفاذها، قد تصبح متخلفة عن مواكبة التطور الاجتماعي والاقتصادي والثقافي ، ولكن بفضل ما تتمتع به من مرونة يستطيع من يطبق القانون ان يكيفها حسب الظروف الجديدة .

فالقاعدة القانونية يمكن ان تبقى نافذة لمئات السنين لكن القاضي يراها في كل زمان ومكان بشكل معين لأنه يتأثر بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

لكن المشرع لا يترك الحرية الواسعة للقاضي في هذا ، وعندما يرى ان قاعدة قانونية لا تنسجم مع الواقع الاجتماعي او تستجيب لمعطياته يتدخل لتغييرها او تعديلها . (٩)

وبعد الثورة الصناعية ، ازدادت حوادث العمل وتعرض العمال الى اضرار في اجسامهم ونص القانون المدني الفرنسي على ان من ارتكب الخطأ ان يتحمل الاضرار التي تعرض لها المتضرر .

فالعامل الذي تقطع يده، ويقيم الدعوى ضد صاحب العمل، يطلب منه القاضي ان يثبت ان صاحب العمل اخطأ وتسبب هذا الخطأ في ذلك ، ولعدم استطاعة العامل اثبات خطأ صاحب العمل فان القاضي الفرنسي كان يرد الدعوى ويصبح العامل الذي قطعت يده ضائعا هو وعائلته ، وتكرر هذه الحالات التي تلفت نظر القاضي وتجبره على ان يبحث عن قانون اخر او قاعدة قانونية يطبقها على الحادثة . (١٠)

وتوجه القضاء الى القاعدة القانونية التي تنظم مسؤولية صاحب الشيء، وصاحب العمل هو المالك للماكنة ، لهذا يقوم القاضي بالطلب منه التعويض ، او اثبات ان العامل هو الذي اخطأ ونتيجة لذلك قطعت يده .

لهذا فان القاضي يعرف قبل غيره بالقصور في القانون او النقص الحاصل في القاعدة القانونية .

ويتم سد القصور في القانون على يد المشرع وهذا هو الوضع الطبيعي، كما يمكن ان يتم على يد القضاء، ولهذا توجد سلطتان في سد القصور السلطة التشريعية والسلطة القضائية الذي اختلف دور كل منهما باختلاف

الزمان والمكان فالمشرع يتدخل باستمرار من تلقاء نفسه لسد القصور. (١١)

وفي العصور القديمة كان المشرع يتدخل لسد القصور في التشريع او تفسير ما فيه من غموض اما من تلقاء نفسه او بناء على طلب من القاضي، فقد كان القاضي يتوقف عن السير في الدعوى المعروضة امامه اذا كان هناك قصورا في القانون ويطلب من المشرع ان يسد القصور، لان المشرع يطلب من القاضي ان لا يسد القصور بنفسه وعليه الرجوع الى المشرع في هذا الامر .

ففي القانون الروماني عندما يتعذر على القاضي سد النقص عليه ان يرجع الى الامبراطور (جستنيان) الذي يملك وحده وضع التشريعات وتفسيرها وسد ما فيها من قصور ولا يسمح لغيره بذلك بمعنى اخر لا يجوز للقاضي ان يكمل او يسد النقص في القانون. (١٢)

وفي الانظمة الملكية في العصور الحديثة في اوربا وفي غيرها من الدول فان الملك كان يتمتع بسلطات مطلقة لا تقبل التجزئة وكانت تشمل سلطة التشريع ، وسلطة القضاء، وسلطة التنفيذ وكان يحتفظ لنفسه تفسير ما يضعه من قواعد تشريعية ، وسد ما يظهر فيها وفي الاعراف من نقص او قصور .

لقد كان الملك كل شيء ينقض الحكم الصادر من القاضي ، فالقضاة مخولون من قبله لان سلطته مستمدة من الله . (١٣)  
وان فلسفة الثورة الفرنسية كانت تقوم على نقل السيادة من الملك الى الامة التي تباشر سلطتها اما مباشرة او عن طريق انتخاب النواب علما ان القضاة كانوا ينتخبون ايضا .

ونقلت الثورة الفرنسية نفس التطبيقات في العهد الملكي ولكنها تبنت مبدأ الفصل بين السلطات في ضوء ما رسمه مونتسكيو في كتابه روح القوانين الذي انطلق من فكرة ان الفرد بمفرده ضعيف جدا تجاه السلطة بكل ما تملكه من اجهزة ادارية وقوة عسكرية ولهذا فان افضل طريقة للحد من طغيان الدولة وضمن الحرية للأفراد هو في تجزئتها لإضعافها من خلال تقسيمها الى سلطة تشريعية، وقضائية، وتنفيذية، لتقوم كل سلطة بالوظيفة المحددة لها .

وكل سلطة لا يجوز لها ان تتدخل في وظيفة السلطة الاخرى، وتتنافس السلطات وهي تؤدي وظائفها وفي هذا ضمان الحرية للأفراد، لان جمع السلطات بيد واحدة يؤدي الى خطر انعدام الحرية .

واصدر المجلس الوطني التأسيسي سنة ١٧٩٠م قانونا خاصا لتنظيم القضاء وجاء في المادة (١٢) منه ما مضمونه ان على المحاكم ان تلجأ الى الهيئة التشريعية، كلما اعتقدت بضرورة تفسير التشريع، او وضع قانون جديد، او ان هناك نقصا او قصورا في القانون، فعلى القضاء ان يتوقف ويلجأ الى السلطة التشريعية . (١٤)

ولكن الواقع العملي اثبت ان رجوع القاضي بصورة مستمرة للمشرع، اثبت فشله وادى الى خلق مشاكل عديدة ، لان احالة القاضي للقضية المعروضة امامه الى السلطة التشريعية يؤدي الى نقل المحكمة من القضاء الى البرلمان ، وكان الخصوم يتنافسون بأساليب متعددة في دفع اعضاء البرلمان لتأييد وجهة نظرهم، وعن هذا الطريق تخرج قاعدة قانونية لمصلحة احد الخصوم، علما ان واجب السلطة التشريعية هو ان تضع قواعد عامة مجردة ولا يتحقق هذا عند وضع قاعدة قانونية على خصومة معينة او شخص معين . (١٥)

وهذا ادى الى تأخر حسم الدعاوي وتفشي الرشوة واستياء الناس مما اضطر المشرع الفرنسي الى ان يتدخل ويلزم القاضي بعدم الامتناع عن الحكم بحجة غموض التشريع او نقصه او سكوته ، والا جاز اعتبار القاضي ناكرا للعدالة وادخل هذا النص في المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤م واستقر هذا الوضع في عموم التشريعات الوضعية للدول واصبح من المقرر ان القاضي يجب ان يحكم وليس له ان يمتنع عن اصدار الحكم بحجة عدم وجود نص بحسم النزاع او بسبب غموض هذا النص لان في امتناعه هذا يكون ناكرا للعدالة ويستحق العقاب . (١٦)

كما ان ليس من حق القاضي ان يمتنع عن اصدار الحكم بحجة عدم عدالة القانون الذي يحكم النزاع لان اعطاؤه هذا الحق يجعل منه لوحدته سلطة مختصة في تقدير قيمة القانون وقد قيدت المادة الاولى من القانون المدني

العراقي القاضي ورتبت له مصادر القانون حسب درجة الزامها فنصت على ما يلي :-

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها . ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ) .

ولكن في الدول التي تحصل فيها تغييرات جوهرية في فلسفة السلطة، وفي مختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كما هو الحال في العراق، فان ما هو مطلوب ثورة تشريعية او اصلاح جذري للقوانين، لان اغلبها لم تعد منسجمة مع الوضع الجديد على الصعيد الوطني والدولي .

وحصل هذا في فرنسا بعد الثورة الفرنسية وفي روسيا بعد الثورة الروسية حيث قامت السلطة المختصة بإلغاء القوانين السابقة واصدار قوانين جديدة محلها .

وان مجلس النواب في العراق لا يستطيع ان يلغي جميع القوانين السابقة ، او تعديلها او اصلاحها ، وقد يحتاج لفترة زمنية طويلة، ولان المرحلة الحالية هي مرحلة التطور السريع، فان على القضاء ان يطور احكامه بما ينسجم مع التطورات الحاصلة وقواعد العدالة ويتجاهل النصوص التي لا تحقق ذلك .

ويرجع القاضي في هذا الى تفسير النصوص، فاذا وجد نقصا او تعارضا او قصورا فعليه معالجته عن طريق اختيار قاعدة قانونية مناسبة يطبقها على القضية التي ينظر فيها .

وذهب الكثير من الفقهاء الى القول بان من يقوم بالتفسير في الوقت الحاضر هو المشرع في حالات نادرة ويتولى الفقه والقضاء التفسير وكذلك رجال الادارة في نطاق وظائفهم وسنمر سريعا على انواع التفسير وهي كما يلي :- (١٧)

١- التفسير التشريعي :- يصدر هذا النوع من التفسير من المشرع وذلك لإزالة الغموض الذي يعتري النص او تكملة ما فيه من نقص ولان السلطة التشريعية هي التي تتولى ذلك فيمكنها ان تمنح غيرها سلطة التفسير كالسلطة التنفيذية .

٢- التفسير القضائي :- يتولى القضاء تطبيق القانون على القضايا التي ينظرها ويواجه من خلال التطبيق الغموض والنقص والعيوب التي تعتري التشريع ويعمل على معالجتها باستخلاص الاحكام للقضايا التي لم تعالجها النصوص في ضوء واقع الحياة والظروف المحيطة وبما يستجيب لحاجات المجتمع وما حصل من تطور ، علما ان هذا النوع من التفسير لا يلزم القاضي في احكامه المقبلة.

٣- التفسير الفقهي :- يقدم الفقهاء في دراساتهم وشروحهم للقوانين هذا التفسير الذي يتميز بالطابع النظري الذي لا يستعرض حالات خاصة وانما يخرج بقواعد عامة ، لا تلزم القضاء الذي كثيرا ما يتكى على تفسير الفقهاء عند عدم وجود النص او عدم وضوحه وان العلاقة التي تربط القضاء بالفقه هي علاقة وثيقة من خلال التأثير المتبادل بينهما .

٤- التفسير الاداري : تتولى التفسير الاداري السلطات الادارية من خلال التعليمات والمنشورات التي تصدرها الى من يرتبط بها في الجهاز الاداري لغرض تفسير قانون معين ولا يلزم هذا التفسير القضاء ويعد رأيا شخصيا ينحصر الزامه بالجهة الادارية التي وجه اليها التفسير. (١٨)

## المطلب الثاني

### القصور المزيف والقصور الحقيقي

قد يجد القاضي قاعدة قانونية غير عادلة او غير منسجمة مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة وقت الحكم، ويرغب في تطبيق قاعدة اخرى ، وفي هذا يصطنع القاضي او يخلق حالة قصور، لكي يعطي الحرية لنفسه خلق القاعدة التي يراها اصلح.

ويسمى هذا النوع بالقصور العملي ، اي ان هناك ضرورات عملية تجعل القاضي يسلك هذا .

او يسمى بالقصور الانتقادي ، لأن القاضي ينتقد القانون ويحاول ان يجد قانونا اخر اصلح من القانون المنتقد .  
او يسمى قصور الغاية ، نسبة الى الغاية التي يهدف القانون الى تحقيقها ، ولان القانون في نظر القاضي لا يحقق هذا الغاية ، فعليه ان يتصور ان القاعدة غير موجودة ويحكم على الحالة المعروضة امامه بقاعدة غير القاعدة المنصوص عليها .

او هو قصور ارادي ينتج عن ارادة القاضي ، الذي اراد هذا القصور ، ولهذا سمي بالقصور المزيف ، او بالأسماء التي تم استعراضها انفا .

بمعنى اخر فإن القصور المزيف يعني ان القاعدة القانونية موجودة ولكن القاضي يدعي انها غير موجودة، ويسلك اساليباً متعددة في حالات القصور المزيف ، منها انه يتجاهل النص ويأخذ حرته في ايجاد قاعدة قانونية تنطبق على القضية ، او ان يتجاهل النص الذي ينطبق تمام الانطباق ويطبق نصا لا علاقة له بالقضية لأنه يتجه الى قاعدة ثانية . (١٩)

وقد يذهب القاضي الى ابعد من ذلك ، ويقول في حكمه صراحة بأنه لم يطبق النص الذي ينطبق على القضية لأنه وجد النص يتعارض مع ضمير المجتمع او مع مقتضيات العدالة .

لقد كانت جميع القوانين في الدول الاوربية في الماضي تعاقب على جريمة الاجهاض لأسباب دينية ، لان الجنين مخلوق من صنع الله والاجهاض يمنع انسانا من العيش ، وان اغلب القوانين في الوقت الحاضر، اعادت النظر في ذلك ، ففي اواخر القرن التاسع عشر كانت جريمة الاجهاض يعاقب عليها قانون العقوبات الالمانى بقسوة ومع ذلك امتنعت المحكمة من فرض عقوبة على طبيب قام بذلك ، وصدقت المحكمة العليا هذا الحكم الذي يخالف نص القانون بصورة صريحة ، وعلت المحكمة ذلك بأن تحليل النص المتعلق بالعقوبات اوجد قيمة تستحق التقدير، منها ان حياة الانسان في قانون العقوبات الالمانى لها قيمة اكبر بكثير من حياة الجنين ، اي ان لحياة الانسان المولود وزنا وقيمة اكبر من الانسان قبل الولادة ، بدليل ان المشرع فرض عقوبة السجن لمدة عشرين عاما لإزهاق روح بعد الولادة وعقوبة السجن لمدة خمس سنوات للجنين ، ووجدت المحكمة ان الطبيب الذي اجرى عملية الاجهاض كان مضطرا على الاختيار بين احد امرين فأما ان يرتكب الجريمة لإنقاذ حياة الام او الامتناع وترك الام تموت ، وفضل الطبيب حياة الام على حماية حياة الجنين .  
وقررت المحكمة بأن لا عقوبة بالمساس على الشيء الاقل قيمة اذا كان الغرض الوحيد هو انقاذ الشيء الاكبر قيمة ، والذي هو انقاذ حياة الام .

ونص القران الكريم على جريمة السرقة ، قال تعالى : ( والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ) . ( ٢٠ )

واعفى الخليفة عمر بن الخطاب (ر) بعض السراق من تنفيذ العقوبة بحقهم لانهم سرقوا مواد غذائية في زمن قحط وجوع .

وكان القاضي الايطالي يمتنع عن الحكم في السرقات البسيطة ويفرج عن السارق، وتبرير المحكمة ان السارق فقير الحال وسرق بعض

الاموال او المأكولات للضرورة ، وبالرغم من ان الوقائع ثابتة الا ان القاضي يقرر ان الادلة غير كافية، وفي هذا فان القاضي يجتهد في التبريرات لأنه لا يستطيع تطبيق النص .

اما القصور الحقيقي فهو ليس من صنع القاضي المطالب بإصدار الحكم في القضية المعروضة عليه ، وليس بإمكانه ذلك الا بعد اكمال النص لسد النقص الحاصل في القاعدة القانونية او اصدار قاعدة قانونية عند عدم وجودها .

فالقاضي في القصور الحقيقي، لا يجد القاعدة القانونية، ويجد نفسه امام خيارين، فأما ان يرد الحكم لعدم استناده الى قاعدة قانونية او ان ينشئ قاعدة يحكم بموجبها ، والقاضي ليس من حقه ان يمتنع عن اصدار الحكم اذا كانت القضية ضمن اختصاصه .  
وقد يكون فقدان النص او عدم وجود النص عن قصد او عن غير قصد من المشرع .

وان دور القاضي في سد القصور يكون اكبر في حالة فقدان النص عنه في حالة نقص النص ، لأنه في هذه الحالة الاخيرة يقتصر دوره على تكملة النص ويحسم النزاع، اما في الحالة الاولى (فقدان النص) يضطر القاضي الى ان ينشئ قاعدة جديدة بكاملها لكي يحكم بموجبها . (٢١)

وان المحكمة العليا السويسرية تتردد في اعلان وجود قصور في القانون ، بالرغم من وجود القاعدة القانونية التي يؤدي تطبيقها الى حكم يتعارض مع الضمير الاجتماعي والحاجات الاجتماعية .

وقد جاء في حكم حديث لها ما مضمونه ، يجب التسليم بوجود قصور ينبغي على القضاء ان يسده ، ليس في حالة عدم وجود نص تشريعي بل عندما يكون النص التشريعي موجودا ولكن تطبيقه لا يستجيب لحكمة التشريع الحقيقية حسب معناه ومنطوقه ونظامه ، وفي هذه الحالة يتعلق الامر بالمضمون المتغير للقانون الذي على القاضي ان يكتشفه ويطبقه في ضوء توجهات السياسة التشريعية .

فالقانون المدني السويسري قرر في مادته الاولى بان على القاضي ان يرجع اولا الى التشريع فان لم يجد حلا فيه رجع الى العرف ، فان لم يجد يحكم كما لو كان مشرعا .

وهذا تخويل صريح للقاضي بأن يخلق القاعدة القانونية عندما لا يجد حلا في التشريع او العرف .  
في حين ان القوانين المدنية العربية كالقانون المصري والعراقي والليبي والسوري لا تمنح القاضي الثقة التي منحها له المشرع السويسري . (٢٢)

وسلك القاضي الفرنسي ذات النهج دون ان يقول ذلك صراحة ، وبرر سلوكه بنصوص موجودة وان كانت لا تنطبق على الحالة الواقعية المعروضة امامه .

وكمثال على تصرف القاضي الفرنسي بالنصوص ، ان القانون المدني الفرنسي صدر في سنة (١٨٠٤) وبعد ذلك تطورت الصناعة وتم اختراع الآلات والمركبات ، وازدادت الحوادث وكان القانون المدني الفرنسي يقيم المسؤولية المدنية على اساس الخطأ ، وان من سبب بخطاء ضررا للغير فعليه ان يعرض الضرر الذي حصل ، وان تطبيق هذا المبدأ يعني حرمان العمال من التعويض ، لان العامل المتوفى اثر حادث عمل ، على زوجته ان تثبت ان وفاة زوجها حصلت بخطاء من صاحب العمل ، وكذلك العامل الذي تقطع يده في العمل ، عليه ان يثبت ان القطع حصل بخطاء صاحب العمل . (٢٣)  
ولهذا اخذ القاضي الفرنسي يتلاعب في النصوص او يعدلها باستمرار ليجعلها منسجمة مع الواقع الاجتماعي ، ولكنه يدعي انه يطبق القانون .

ونود التأكيد على ان المبادئ الاساسية للقانون المدني تتصف بالاستقرار ، وتبقى لقرون عديدة صالحة للتطبيق ، وان قانون العمل تفرع عنه واستقل استقلالاً تاماً عن فروع القانون الاخرى ، وذلك لطبيعته القانونية الخاصة به ، فطابعه التوسعي والواقعي وتطوره المستمر ، هو الذي اعطى للجهات التنفيذية دوراً هاماً في تحديد قواعده عن طريق التشريعات الفرعية ، فالمشرع يضع القواعد القانونية ، ويترك للسلطة التنفيذية ، تنفيذها بلوائح وقرارات

تتناسب مع الظروف الخاصة بكل حالة ، لان اللوائح هي الاقدر على مواجهة التفاصيل العملية والاختلافات المتعددة في قطاعات العمل المختلفة ، وانها اداة سريعة لمواكبة التطور السريع في المجتمعات الحديثة . ( ٢٤ )

وليس ثمة شك في ان قانون العمل، من القوانين التي تتطور سريعا، وتتغير كثيرا، لان المعطيات المكونة له تتداخل مع المظاهر الحياتية المختلفة يؤثر فيها ويتأثر بها .

وانه القانون الذي يساير التعليمات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ويتمتع بصياغة خاصة به وان اغلب قواعده امره لا يجوز للأفراد مخالفتها ، وهو من القوانين التي اتجهت منذ فترة ليست قليلة نحو التدويل . ( ٢٥ )

وان قواعد قانون العمل تتنوع وتتكيف بما ينسجم مع الظروف الخاصة بكل وضع على حده ، ويأخذ المشرع بنظر الاعتبار نوع العمل وصفة القائم به ، وينظم كل حالة بحسب ظروفها ، وبما يلائم طبيعة العمل وظروف العامل وقدرة صاحب العمل .

فظروف العمل في المناجم وفي القطاع الزراعي تختلف عن ظروف العمل في القطاع الصناعي او التجاري ، وما يطبق على عمال البناء لا ينفع عمال المناجم وما يناسب العامل البالغ لا يناسب المرأة العاملة او الحدث ، وما يطبق على المشاريع الصغيرة يختلف عما يطبق على المشاريع الكبيرة لاحتواء الاخير على مئات العمال وقدرتها على تحمل الاعباء .

وتعتمد قوانين العمل على قاعدة (المحافظة على الحقوق المكتسبة) وان طبيعتها فرضت ايجاد صياغة خاصة ناتجة عن استقلاليتها عن فروع القانون الاخرى وخاصة القانون المدني الذي تفرع عنه قانون العمل . ( ٢٦ )

وهذا يرجع الى ان العامل يكون تابعا الى صاحب العمل تبعية قانونية او اقتصادية ، وتكون علاقة الاول مع الثاني علاقة قوية تصل حد الخضوع ، وهذا ما دفع المشرع الى ان يخص قانون العمل بقواعد

مميزة تحقق من جهة مظاهر التبعية ، ومن جهة اخرى توفر للعامل الحماية المطلوبة .

ومن الامثلة عن مظاهر الصياغة الخاصة لقانون العمل انه خرج عن احد المبادئ الاساسية التي عرف بها القانون المدني وهو ان الالتزامات لا تلزم الا من كان طرفا في العقد ، اما اثار الاتفاقيات الجماعية في العمل ، فإنها لا تقتصر على اطرافها الاصيلين وانما تمتد لغيرهم من العمال الذين لم يوقعوا عليها ، وهم يعدون من الغير وقت ابرامها ، كما تنص على ذلك القواعد العامة . ( ٢٧ )

كما ان المسؤولية في القانون المدني تقوم على فكرة الخطأ ، ولكن تشريعات العمل خرجت على هذا المبدأ ، وحملت صاحب العمل مسؤولية الاصابات التي يتعرض لها العامل اثناء العمل ، دون حاجة الى اثبات الخطأ . ( ٢٨ )

وظهرت عدة نظريات حددت الاساس الذي تستند عليه هذه المسؤولية التي وصفها بعض الفقهاء بالموضوعية ، ومن ابرزها نظرية تحمل تبعة المخاطر ، والتي مفادها ان صاحب العمل الذي يعمل لديه عددا من العمال ، فأن من واجبه تحمل نتائج ذلك . ومن مظاهر الصياغة الخاصة لقانون العمل تمتعه باستقلالية ، بصدد قواعد الاهلية والولاية ، تختلف عما حددته القواعد العامة للاهلية ، حيث اجاز المشرع للعامل العمل عند بلوغه سن الخامسة عشرة . ( ٢٩ )

واذا ما ابرم الحدث عقد العمل بنفسه ، فأن القواعد العامة اعتبرت عقده قابلا للأبطال لمصلحته وينتهي هذا الحق اذا اجازه الولي او الوصي او اذا اجازه الحدث نفسه بعد اكماله سن الرشد . ( ٣٠ ) واعتبر قانون العمل النافذ ان استلام العامل الحدث للأجر بنفسه مبرئا لذمة صاحب العمل . ( ٣١ )

كما ان مبدأ عدم انتقال الالتزام الى الخلف الخاص من القواعد العامة للقانون المدني التي عدت الخلف الخاص من الغير فيما يتعلق بالتصرفات القانونية الصادرة للشخص الذي نقل الحق اليه ، وان هذا الاخير لا يتحمل التزامات ناقل الحق الا بشروط معينة .

فالمشتري لمتجر مثلا لا يتحمل التزام البائع الا اذا كان عالما به ، اما تشريعات العمل فهي ليست كذلك ، لان العقود الموقعة مع العمال تظل سارية وتعد موقعة مع المالك الجديد . ( ٣٢ )

كما ان قانون العمل يتميز من حيث الصياغة الخاصة بوجود نظام قانون خاص بالأجر ، والمشرع لا يعتبره دينا عاديا لشخص قبل شخص اخر ، بل عده دينا من نوع خاص واحاطه بالحماية الكاملة من حيث كيفية الوفاء ومكانه ومواعيده ، وطرق الاثبات المتعلقة بتقاضي الاجر ، كما ان المشرع قيد حرية العامل في التنازل عن اجره بقواعد امره ، وجعل منه دينا ممتازا على كافة اموال المدين وحماه من الحجز عليه من دائني العامل .... الخ . ( ٣٣ )

من خلال هذا العرض يمكن القول ان تطور العلاقات الاجتماعية وما يحصل من متغيرات بفعل التكنولوجيا وعصر العولمة يتطلب من القضاء ان يطور فهمه للنصوص القانونية لأنها ماتزال نفسها .  
بمعنى اخر ان فترة التحول والتطور الكبير والتغيرات الاساسية تلزم القاضي بأن يطور الاحكام ويجعلها منسجمة مع الواقع الجديد ، بصرف النظر عن النصوص ، لان السلطة التشريعية لا تستطيع ان تعدل جميع القوانين فخلال هذه الفترة الى حين صدور تشريعات تنسجم مع الواقع المعاش ، يترتب على القاضي مهمة شاقة وهي ان يطور النصوص بشكل يلائم مع التطورات الجارية في المجتمع ويتجاهل القاضي النص ويطبق نصوصا اخرى لا تنطبق على الحالة المعروضة عليه ، او يخلق قاعدة جديدة بأسم قواعد العدالة .  
فالقاضي يعرف جيدا العلاقة المترابطة بين القانون والحياة ، ويذهب بعض فقهاء القانون الى القول بأن القاضي هو القانون تجسد في رجل . ( ٣٤ )

صفوة القول فإن غموض النص لا ينشئ قصورا في القانون ، وانما يقدم اكثر من حكم لحالة واحدة ، في حين ان القصور يترك تلك الحالة من الحكم او يتركها لقاعدة ناقصة تحتاج الى تكملة .  
وفي حالة التعارض توجد قاعدتين لا يمكن تطبيق أيهما الا بعد حل التناقض بينهما .

اما في القصور فلا توجد قاعدة قانونية وهذا هو القصور الحقيقي او توجد قاعدة ولكنها لا تأتي بحل مقبول ، وهذا هو القصور المزيف . ويمكن ان يعد القصور المزيف حالة خاصة من حالات التعارض ، اي ان القاعدة التشريعية الموجودة تتعارض مع قاعدة غير مدونة مستمدة من فكرة العدالة او المصلحة الاجتماعية او المنفعة العامة او مقتضيات الحالة الاجتماعية. (٣٥)

### الخاتمة

ان من الحقائق المؤكدة هي ان القانون ، يجب ان يعبر عن واقع المجتمع الفعلي الذي ينظم علاقاته ، ويحكم روابطه ، وبعكسه يتحول الى شعارات لا تطبق وامل لا تتحقق . كما ان المنطق القانوني يقتضي ان يكون النظام القانوني خاليا من التناقضات ، فليس من الجائز ان توجد قاعدة تأمر بالقيام بعمل ، وقاعدة تنهى عن القيام بذلك العمل ، كما يجب ان تتجنب الصياغة القانونية الوقوع في الخطأ او الغموض او القصور او النقص ، وان تتسم بالوضوح وسهولة التطبيق .

وتأخذ الصياغة القانونية اهميتها المتميزة عندما تراعي تلك الحقيقة من جانب ، وتأخذ بنظر الاعتبار الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جانب اخر .

وبهذا تضمن الصياغة القانونية التمهيد لولادة ناجحة وسليمة لمشروع القانون المقترح ، لكي يأتي متوازنا اجتماعيا واقتصاديا ومنسجما مع مستويات العمل الدولية السائدة .

ومن خلال ما تقدم وما جاء في البحث نسجل بعض الآراء والتوصيات التالية :-

١ - عقد ندوات معمقة من قبل مختصين ، تتناول تعريف مشروع القانون المقترح وشرح ما تضمنه من مبادئ وافكار ، واستطلاع وجهات النظر ، واستخلاص ما تسفر عنه المناقشات من آراء ومقترحات دقيقة ومتأنية ، بعيدة عن الارتجال والاستعجال .

٢ - تشكيل لجنة برلمانية تتولى دراسة ملاءمة التشريعات النافذة ومشروعات القوانين المقترحة للعهد الجديد والطلب من الجهات التنفيذية ، كل في مجال عمله بيان الآراء والمقترحات والصعوبات التي تواجههم عند تطبيق القوانين ، وتحديد ما يتطلب منها تدخلا تشريعيا بالإلغاء او التعديل او سد القصور او النقص الحاصل فيها .

٣ - تأسيس مركز للبحوث والدراسات القانونية يتولى دراسة القوانين وتقييمها ، ما يصلح منها وما لا يصلح ، ما يتطلب التبدل او ما يتطلب التعديل ، وتوفير كل المستلزمات البشرية والمادية لذلك ، كي يأخذ دورا فاعلا ومنتجا .

٤ - ان تتمتع القواعد القانونية عند صياغتها بالمرونة ، لكي يتمكن القضاء من تكييفها عند التطبيق في ضوء الظروف الجديدة ، او المتغيرات الحاصلة ، فالقاعدة يمكن ان تبقى نافذة لفترة زمنية طويلة لكن القاضي يراها في كل زمان ومكان بشكل معين تحقيقا للعدالة .

٥ - نظرا للمكانة المقدسة التي يحظى بها القضاء في كل دول العالم ، فإن من يصبح قاضيا يتطلب اعدادا علميا واخلاقيا وان يكون ايمان عامة الناس بنزاهته وعدالته مطلقا لا شائبة فيه .

٦ - لكي تتعزز الصياغة القانونية وتأخذ دورها المتميز ، فإن على مجلس النواب والمراكز البحثية العلمية المتخصصة والمعهد القضائي وكليات القانون ومؤسسات الدولة ان تولي موضوع الصياغة القانونية الاهمية المطلوبة في المؤتمرات والدراسات والبحوث وفي مفردات المناهج الدراسية .

### الهوامش والمراجع

- ١ - د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ١١ ومابعدها .
- ٢ - المرجع نفسه ، ص ١١ ، ينظر د. حيدر ادهم عبد الهادي ، اصول الصياغة القانونية ، دار الحامد للنشر ، ط ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٤ .
- ٣ - أ . عبد الباقي البكري ، د. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، جامعة بغداد ، دار الحكمة ، ١٩٨٩ ، ص ١٢٠ .
- ٤ - د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص ١٤ .

- ٥ - أ.د. اكرم الوتري ، فن اعداد وصياغة القوانين ، موسوعة القوانين العراقية ، ٢٠٠٧ ، ص٢٦ وما بعدها .
- ٦ - لمزيد من التفصيلات ينظر السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، ط٤ ، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي ، ١٤٢٩ هـ ، ٢٠٠٨ م ، ص٧٢١ وما بعدها ، ينظر شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص١٢٩ .
- ٧ - د. عبد الحسين القطيفي ، فلسفة القانون ، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا ، الماجستير- جامعة بغداد - كلية القانون ، ١٩٧٨ ، ص١٢ وما بعدها .
- ٨ - د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٤٣٣ .
- ٩ - د. عبد الرزاق السنهوري والدكتور حشمت ابو ستيت ، اصول القانون ، القاهرة ، ١٩٤١ ، ص ١١٠ ، محمود جمال الدين زكي ، دروس في نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ .
- ١٠ - د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ١٢٢ ، جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٤٦٣ .
- ١١ - د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٤٣٤ ، د. عبد الحسين القطيفي ، المرجع السابق ، ص٢٥ .
- ١٢ - د. حمد عبيد الكبيسي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية والقانون ، ١٩٧٠ ، ص١٩٨ .
- ١٣ - د. محمد علي ال ياسين ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ١٩٤٦ ، ص٦٠ ، شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص٢٧١ .
- ١٤ - د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٣٣٢ .
- ١٥ - أ. عبد الباقي البكري والدكتور زهير البشير ، المرجع السابق ، ص٣٥ وما بعدها .
- ١٦ - المرجع نفسه ، ص ٤٥ وما بعدها .
- ١٧ - د. شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص٢٥٨ ، د. عبد الرزاق السنهوري و.د. حشمت او ستيت ، المرجع السابق ، ص٢٠٢ .
- ١٨ - أ. عبد الباقي البكري ، د. زهير البشير ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ، د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٤٧٣ .
- ١٩ - د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨١ ، ص٩٧ وما بعدها .
- ٢٠ - سورة المائدة ، اية ٣٨ .
- ٢١ - د. عبد الحسين القطيفي ، المرجع السابق ، ص ٦١ ، د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص٢٢٨ .

- ٢٢ - س.ف.كاناريز ، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، سد الفراغ في القانون وموقف النظام الالمانى منه ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقية ، العدد(١) ، ١٩٧٣ ، ص٧٣ ومابعدها .
- ٢٣ - د. مصطفى الجمال ، د. حمدي عبد الرحمن ، التأمينات الاجتماعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، د. احمد حسن البرعي ، المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص٩٤ ومابعدها ، د. عدنان العابد ، د. يوسف الياس ، قانون الضمان الاجتماعي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ص١٠٥ ومابعدها .
- ٢٤ - المحامي مكي ابراهيم لطفي ، نقد الاصطلاحات في التقنين المدني العراقي وتقنين المرافعات ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٥٣ ، د. محمد علي الطائي ، قانون العمل ، ط٢ ، دار المحجة البيضاء ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٢٦ ومابعدها .
- ٢٥ - د. عدنان العابد ، د. يوسف الياس ، قانون العمل ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص٣٣ ومابعدها ، وينظر دستور منظمة العمل الدولية واعلانها الصادر في فيلادلفيا في عام ١٩٤٤ والاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في عام ١٩٤٨ والمعاهدات التوصيات التي صدرت ، هذه كلها اكدت على تدويل قواعد قانون العمل .
- ٢٦ - المرجع نفسه ، ص١٠٥ ، د. محمد الطائي ، المرجع السابق ، ص٧٢ .
- ٢٧ - د. عبد الودود يحيى ، شرح قانون العمل ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص١٢٠ ، د. محمد لبيب شنب ، شرح قانون العمل ، ط٣ ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص٥٠ ، د. عبد الغني عمرو الرويمض ، علاقات العمل الفردية ، كلية القانون ، جامعة الفاتح ، ليبيا ، ٢٠٠٠ ، ص٧٢ ومابعدها .
- ٢٨ - د. مصطفى الجمال ، د. حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص١٦٩ ، د. علي العريف ، شرح التأمينات الاجتماعية - ج١ ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص١٢٩ ، د. عبد الغني عمرو الرويمض ، المرجع السابق ، ص٧٣ .
- ٢٩ - د. سليمان مرقص ، مصادر الالتزامات في القانون المدني المصري ، القاهرة ، ص٢٠٥ ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص٧٦٦ .
- ٣٠ - د. عدنان العابد ، د. يوسف الياس ، المرجع السابق ، ص١١٤ ، د. عدنان العابد ، القواعد المنظمة لعمل الاحداث في القوانين العربية ، مجلة القانون المقارن ، العدد الخامس عشر ، بغداد ، ١٩٨٣ ، ص١٥١ .
- ٣١ - نصت المادة (٤٩) من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ على مايلي :- ( اولا : يدفع الاجر الى العامل او الى وكيله . ثانيا : يدفع اجر العامل الحدث اليه مباشرة ويكون هذا الدفع مبرئا لذمة صاحب العمل . )
- ٣٢ - د. عبد الغني عمرو الرويمض ، المرجع السابق ، ص٧٣ .

٣٣ - د. يوسف الياس ، الحماية القانونية ، للاجر في قانون العمل العراقي  
والمصري ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٣٥٥ ومابعدها ، د.  
محمد علي الطائي ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ ومابعدها .  
٣٤ - أ.د. جمال ابراهيم الحيدري ، مبدأ تكامل القضاء والمحاماة في تحقيق  
العدل ، مجلة دراسات قانونية ، العدد (٢٤) ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٩ ،  
ص ٦ ، د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص ٥١٠ ومابعدها .  
٣٥ - المرجع نفسه ، ص ٥١٢ ومابعدها ، د. حيدر ادهم ، المرجع السابق ،  
ص ١٠١ ، س.ف.كاناريز ، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، المرجع  
السابق ، ص ٧٣ .

## الصياغة القانونية في التشريع الجنائي العراقي

أ.م.د حسين عبد الصاحب

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

### المقدمة :

من المسلم به إن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته لا يمكن أن يعيش بمعزل عن المجتمع وان وجود المجتمع أمر ضروري للإنسان مهما تباينت صورته ، أسرة أو رهطاً من الناس أو قبيلة أو مدينة أو دولة ، فلكي يولد الإنسان ويتعرع لابد من وجود مجتمع سابق لوجوده ولكي يعيش الإنسان لابد من وجود مجتمع يأنس فيه إلى أفراد جنسه وينتفع بمجهوداتهم ويشبع حاجته بعونهم ، ولما كان وجود المجتمع ضروريا فلا بد من نشوء العلاقات الاجتماعية بين أفرادها ، ذلك لان الفرد في اتصاله الدائم بأفراد جنسه سيدخل حتما في علاقات مختلفة يرتبط وياهم بها ، وعندما توجد هذه العلاقات فإنه من الضروري نشوء قواعد تنظمها للتوفيق بين المصالح المتعارضة ولتحقيق الانسجام بين مختلف ضروب النشاط لمختلف الأفراد ذلك لان ترك تسوية العلاقات وتنظيم الروابط الاجتماعية للأفراد أنفسهم يفضي إلى الفوضى وانعدام الاستقرار .

لان الفرد يتصرف عن غريزة حبه لذاته وإذا ترك الأمر له والسلوك وفقاً لمشيئته غلب مصلحته على مصلحة غيره وعندئذ تكون الغلبة للأقوى وتصبح القوة هي الحكم الفيصل في تسوية العلاقات ، لذا فإن القانون يهدف إلى تنظيم الحياة الاجتماعية فتولت قواعده تحديد ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات للحيلولة دون التعدي والتصادم ورسمت لكل فرد قيوداً لا يتجاوزها في التمتع بحريته .  
وقد اخترت موضوع الصياغة القانونية في التشريع الجنائي العراقي لأهمية الصياغة لأنها تدخل في فلسفة القانون وعملية الصياغة القانونية يجب أن تكون نتيجة التجربة الكبيرة ومعرفة حاجات المجتمع .  
وسوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول ( مفهوم الصياغة القانونية ) ونتناول في المبحث الثاني دراسة ( مراحل الصياغة القانونية وعيوبها )

## المبحث الأول

### مفهوم الصياغة القانونية في التشريع الجنائي

الصياغة في اللغة هي الهيئة الحاصلة من ترتيب الحروف أو هي العبارة التي تسمح بالاستنتاج والمناقشة ، أما من حيث المصطلح فيراد بالصياغة هي الأداة أو الوسيلة التي يجري بمقتضاها نقل الأفكار القانونية من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي أي إنها الأداة التي يتم بموجبها التعبير عن فكرة في نفس الإنسان حتى تصبح بفضل عنصر الصياغة حقيقة اجتماعية <sup>(١)</sup> يتم التعامل على أساسها ، لذا فإن الصياغة الجيدة للنص التشريعي الجنائي تساهم في الحل الأمثل للقضية التي يتم تنظيمها بالقاعدة التشريعية الجنائية منها مكافحة الإرهاب <sup>(٢)</sup> والمخدرات . إنها العبارة التي تسمح بالاستنتاج والمناقشة باستخدام أسلوب التعبير عن النص القانوني من السلطة التشريعية المختصة وهي مجلس النواب الموقر في العراق .  
وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكالاتي :

## المطلب الأول

### أهمية الصياغة القانونية في التشريع الجنائي

تعد الصياغة القانونية عنصراً جوهرياً من عناصر تكوين القاعدة القانونية الجنائية . إذ أنها تحدد شكل القاعدة القانونية التي تصلح للتطبيق على القضايا التي تحال إلى محكمة الموضوع وسهولة تطبيقها من القاضي الجنائي وهذا يؤدي إلى نجاح القاعدة القانونية بسبب الدقة في الصياغة القانونية والوضوح في التطبيق . <sup>(٣)</sup>

إن استخدام أداة الصياغة في إعداد التشريع إنما أمر يفترض استخدام لغة محددة في الكتابة تأخذ بنظر الاعتبار معاني الكلمات المختلفة ويحدد على وجه الدقة المعنى المراد التعبير عنه ويحتاج

القائم بالصياغة الوقت الكافي لكي يعبر بصورة صحيحة عن المفاهيم المراد التعبير عنها فأداة كل مهنة وسيلتها لتحقيق الهدف المنشود وهي تتحدد في ضوء طبيعة هذا العمل والوسيلة بالنسبة للقائم بالصياغة القانونية هي الكلمات التي تُعد أداة عمله فلا قيام للصياغة القانونية دون لغة قانونية واضحة تعبر عن المعاني

## بالشكل المطلوب ( ٤ )

فالكلمات هي مفتاح الأفكار القانونية التي ينبغي التدقيق في الاختيار بين الكلمات وان كان ظاهرها يؤدي إلى معاني متقاربة إلا أنها في الاصطلاح القانوني الدقيق تختلف من حيث المضمون كالحبس البسيط والحبس الشديد .

إن الصياغة القانونية غير السليمة تؤدي إلى عدم تحقيق الأهداف والغايات والمقاصد من التشريع الجنائي أو أي تشريع آخر فهناك عيوب في الصياغة التشريعية في دول كثيرة منها العراق فعلى سبيل المثال يشير أحد الكتاب إلى أن من جملة العيوب التي شابته القانون الأساسي العراقي عيوب تتعلق بالصياغة وفن التقنين وما يتصل بذلك من لغة ومسائل شكلية إذ يقول (( إن النقائص المتعلقة بالصياغة ظاهرة إلى الآن وان قضي على بعضها في تعديل سنة ١٩٤٣ في أكثر من مادة واحدة ويستطيع قارئ القانون الأساسي العراقي أن يدرك إن كان مثقفاً انه لم يكتب أول الأمر باللغة العربية ، إن طابع الترجمة ظاهر في أكثر من مادة واحدة من مواده وانه معيب شكلاً من نواحي عديدة ففيه تكرار وفيه تفصيل لجزيئات وفيه كلمات بمعنى واحد ولكنها استعملت بلفظين

أو أكثر فما هي القومية الواردة في المادة السادسة ؟ وهل هي غير الأصل الوارد في المادة الثامنة عشر ؟ وهل هناك امة عراقية وقد استعمل هذا اللفظ كثيراً ؟ وكان المناسب استعمال لفظ الشعب العراقي وذلك للاختلاف الواسع بين مدلولي الأمة والشعب في اللغة العربية في حين يستعمل لهذا لفظ واحد في بعض اللغات الأجنبية ، ولعل من أبرز أمثلة الغموض المادة الرابعة التي نصت على العلم العراقي وحدود نسب أبعاده دون أن تحدد سعته بوضوح وقد يكون عرضه ميلاً وطوله أربعة أميال لان الضابط الوحيد هو نسبة أبعاده وموقع ألوانه ليس غير )) .<sup>(٥)</sup>

وتجدر الإشارة إن القوانين المدونة باللغة السومرية جاءت بصيغة واحدة وهذا ما يشير إلى عدم تنوع أصول القواعد القانونية التي تضمنت في المقدمة إنها

من تشريع الحكام والملوك أنفسهم أو أنها اعتمدت على مصدر واحد سواء كان قانوناً سابقاً أو عرفاً أو مرسوماً بينما تميز قانون أشنونا بتعدد الصيغ واختلافها بصورة كبيرة مما يعكس طبيعة تنوع أصول القواعد القانونية التي عبر عنها القانون فهذه الصيغ تشير إلى اعتماد المشرع على القوانين والمراسيم السابقة والأعراف والتقاليد والقرارات القضائية .<sup>(٦)</sup>

إن السياسة التشريعية عمل ذو صفتين الأولى صفة ( علمية ) تتمثل في وجوب ملاحظة وقائع الحياة ومقتضياتها ، والثانية صفة ( فنية ) تتمثل في عملية وضع أنسب القواعد القانونية لمجابهة هذه الوقائع وإشباع تلك الحاجات والمقتضيات الاجتماعية ، وهذا الشق الثاني من السياسة التشريعية هو ما اصطلح على تسميته ( بالصياغة القانونية ) فالصياغة القانونية عبارة عن مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية أو هي مجموعة الوسائل التي يمكن بها تحويل أهداف السياسة القانونية إلى قواعد قانونية<sup>(٧)</sup>

## المطلب الثاني

### أنواع الصياغة القانونية في التشريع الجنائي العراقي

تتعدد أساليب الصياغة القانونية للقاعدة الجنائية وهي في كل ذلك تؤثر في جوهر مضمون القاعدة القانونية التشريعية ، فهناك الصياغة الجامدة التي لا تترك مجالاً لمطبّق القاعدة القانونية التشريعية الجنائية في أي تقدير فهي تقيده تقييداً صارماً ، وتوجد الصياغة المرنة التي تقسح المجال للتقدير عند التطبيق من قبل القاضي الجنائي ، فالصياغة القانونية طبقاً لما تقدم إما أن تكون الصياغة جامدة أو مرنة وكذلك قد تكون الصياغة مادية أو معنوية<sup>(٨)</sup>

وسوف نتناول أنواع الصياغة القانونية في فرعين وکالاتي :

## الفرع الأول

### الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

ان هذا النوع من أنواع الصياغة التشريعية يتم بموجبها مواجهة وقائع معينة حيث تنص على عقوبة أو تدبير محدد من دون مراعاة ظروف وبواعث ارتكاب الجريمة ويترتب على ذلك إن القاضي الجنائي سوف يتقيد بالنص طالما ثبتت لديه الوقائع التي تمثل فرض القاعدة الجنائية كالمادة ( ٤٠٦ ) من قانون العقوبات رقم ( ١١١ ) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص على انه ( ١ - يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات التالية - أ - إذا كان القتل مع سبق الإصرار أو التردد . - ب - إذا حصل القتل باستعمال مادة سامة أو مفرقة أو متفجرة - ج - إذا كان القتل لدافع دني أو مقابل أجر أو إذا استعمل الجاني طرقاً وحشية في ارتكاب الفعل . - د - إذا كان المقتول من أصول القاتل ..... الخ )

فإذا ثبت لدى محكمة الموضوع تحقق أركان الجريمة القتل العمد المقترنة بظرف مشدد والمنصوص عليه في المادة المذكورة فإن عليها ( المحكمة الجنائية المختصة ) الحكم على مرتكب الجريمة بعقوبة الإعدام استناداً للمادة ( ٤٠٦ ) من قانون العقوبات العراقي (٩) وتكون الصياغة مرنة عندما تمنح مطبق القانون نوعاً من السلطة التقديرية التي يستطيع باستخدامها التعامل مع كل قضية جنائية حسب ظروف تلك القضية من أجل تحقيق العدالة (١٠) وهي تساعد على مسايرة تطور أساليب ارتكاب الجرائم وما يكشف عنه التطبيق في الحياة العملية من أمور لم يكن المشرع قد واجهها عند وضع القاعدة التشريعية الجنائية ومن الأمثلة على هذا النوع من الصياغة النصوص الواردة في قانون العقوبات التي تترك للقاضي تحديد العقوبة بين حد أعلى وحد أدنى أو جواز تخفيف العقوبة أو تشديدها حسب ظروف كل جريمة كالمادة ( ٢٣٠ ) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على انه ( يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة لاتزيد على ثلاثمائة دينار كل من اعتدى على موظف أو أي شخص مكلف بخدمة عامة..... )

## الفرع الثاني

### الصياغة المادية والصياغة المعنوية

إن المقصود بالصياغة المادية هي تلك الطريقة التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً له مظهر خارجي يمكن التعرف عليه بسهولة وهذا ما يتحقق باستخدام التحديد الكمي أو الأرقام أي بالتعبير عن مقصد النص القانوني بالأرقام ، وتستعمل هذه الطريقة في طائفة من القواعد الجامدة التي لا تترك للقاضي الجنائي سلطة تقديرية في تطبيق القانون ولكنها من ناحية أخرى تؤدي إلى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة القانونية صالحة للتطبيق العملي فهي تتميز بالدقة والضبط بحيث تمنع الحيل في الأحكام وتحقق للأفراد الضمانات الممكنة الكافية . ومن أمثلة ذلك تحديد المشرع العراقي سن بداية المسؤولية الجزائية بتمام التاسعة من العمر وعدم بلوغ تمام سن التاسعة قرينة قانونية قاطعة على عدم الإدراك لاتقبل الجدل أو اثبات العكس بحكم القانون فلا يسأل الصغير جنائياً قبل تمام التاسعة من العمر ولو ثبت إن إدراكه قد سبق سنه وان عقله قد نضج قبل الأوان مما يعني إن فقد الإدراك قبل تمام التاسعة مفترض قانوناً افتراضياً قاطعاً لاجال بعده للبحث أو المناقشة حيث تنص المادة ( ٣ / أولاً ) من قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ على انه ( يعتبر صغيراً من لم يتم التاسعة من عمره ) ويرى الفقيه الفرنسي ( جيني ) إن الصياغة المادية تحقق العدل والاستقرار والأمن وتتميز القاعدة القانونية بالدقة والضبط وكذلك من أمثلة هذه الطريقة هي التقسيم والطوائف والمثال والحصص والشكل (١١) ويراد بطريقة الصياغة المعنوية ما يلجأ إليه المشرع أحياناً من عمل ذهني بحيث يريد به وضع فكرة أو مصطلح قانوني وتصنيف محتويات الفكرة

الواحدة وإبراز العناصر المشتركة بين أفراد كل صنف ومن الوسائل التي يلجأ إليها المشرع في هذه الطريقة المعنوية الحيل أو الافتراض القانوني و القرائن القانونية و سوف نتناول توضيح هذه الوسائل بإيجاز :

## - أ - الحيل القانونية:

إن الحيل القانونية هي افتراض أمر مخالف للحقيقة والواقع للتوصل إلى تغيير أحكام القانون دون التعرض إلى نصوصه ( ١٢ ) كانت الحيلة القانونية أولى الوسائل التي استعملها الإنسان في تطوير حكم القانون وقد استعملت هذه الوسيلة في تبرير بعض النظم القانونية كالإرث ومصادرة أموال من أدين بجريمة من الجرائم المهمة كالخيانة العظمى ومبدأ عدم مسؤولية الملك بافتراض أمور بعيدة عن الحقيقة

- ب - القرائن القانونية :

ويراد بها بعبارة بسيطة عن اعتبار أمر مشكوك فيه أمراً مؤكداً عملاً بالغالب القانوني ( ١٣ ) والقرينة القانونية نوعان بسيطة يجوز إثبات عكسها وقاطعة لايجوز ذلك فيها وإنها بنوعها تعفي من تقرر لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات وتعد دليلاً لايجوز نقضه إن كانت قاطعة وتلقي عبء إثبات عكس ما تقرضه إن كانت غير قاطعة ومن أمثلة القرائن القانونية القاطعة عدم إتمام التاسعة من العمر قرينة قانونية على عدم الإدراك ، وكذلك اعتبار إن الحكم القضائي عنوان الحقيقة فيما قضي به .

## المبحث الثاني

### مراحل الصياغة القانونية وعيوبها

إن الفكرة الأساسية في الصياغة القانونية هو التعبير عن المعاني بدقة وإحاطة ووضوح وإيجاز إلا إن تحقيق هذه الغاية لا يتم بدفعة واحدة إذ تسبق مرحلة الكتابة هي مرحلة التحضير فإذا كانت المادة تأتي قبل الشكل وان الاثنين يكمل أحدهما الآخر وسوف نتناول في هذا المبحث مراحل الصياغة القانونية وكذلك العيوب الجوهرية التي تشوب عملية الصياغة بإيجاز وكالاتي :

### المطلب الأول

## مراحل الصياغة القانونية

إن القاعدة القانونية تتضمن جوهر وشكل أما الجوهر فهو المحتوى الذي تشتمل عليه هذه القاعدة من وقائع الحياة الاجتماعية ، وأما الشكل فهو الصورة التي أعطاها المشرع لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق في نطاق العمل<sup>(١٤)</sup> وسوف نبحث في هذا المطلب مراحل الصياغة القانونية في فرعين وكالاتي :

### الفرع الأول

#### مرحلة التحضير

تشمل مرحلة التحضير لصياغة أي تشريع ضرورة توافر التحضيرات اللازمة حيث يجب أولاً التفكير في موضوع العمل القانوني المراد تدوينه أو صياغته بهدف تحديد مفرداته والحرص على أن تكون الصياغة صحيحة وواضحة وكاملة مما يتطلب الالتزام بمجموعة من المبادئ منها توفر مكتبة قانونية جيدة في موضوع العمل القانوني المراد تدوينه وذلك لتوفير الأساس العلمي المناسب والمعلومات العامة فمن يقوم بتدوين تشريع جنائي أو صياغة القاعدة الجنائية من الضروري<sup>(١٥)</sup> أن لا يقتصر عمله على المشكلة التي يعالجها بل ينبغي توافر لدى القائم بصياغة المعلومات السياسية والقانونية ومعرفة بالتشريع الجنائي الإسلامي حتى لا تتعارض القاعدة الجنائية مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، فالمدون يجب أن يكون خبيراً في التشريع الجنائي .

إن مرحلة التحضير لصياغة القاعدة الجنائية تتطلب معرفة ماهية المشكلة كالفساد المالي والإداري وجمع الحقائق بشأنها كأساس كل تقنين صحيح معرفة أهداف القانون المحدد والبحث عن الحقائق الأساسية المتعلقة وهذه أمور يجري استيعابها قبل الشروع بالصياغة . وفي مرحلة الكتابة قد يواجه المقنن مشاكل فنية ليس من السهل على الجهة ذات التشريع إجابته فضلاً عن عدم وجود بحث سابق يعالجها ففي مثل هذه الأحوال من الأفضل دعوة الخبراء للاستماع إلى آرائهم فمن المفيد أن يقوم المكلف بالصياغة بعمل مسودة تتضمن عناصر القاعدة الجنائية المطلوب صياغتها فهي أي المسودة تضيء أمام المكلف بصياغة هذه القاعدة<sup>(١٦)</sup> .

### الفرع الثاني

#### مرحلة الكتابة

تطرقنا في المرحلة الأولى ( مرحلة التحضير ) إنها تتضمن كتابة مسودة للقاعدة الجنائية أما المرحلة الثانية فهي مرحلة الكتابة فإنها تشمل مراجعة ماتمت صياغته في المسودة وهذا ما سوف يمنح القائم بالصياغة تكملة ماقد يلاحظه من نقص في موضوع العمل القانوني الذي يقوم بصياغته وإزالة العيوب فضلا عن تهذيب النص وإدخال بعض الملامح على شكل القاعدة الجنائية وتجدر الإشارة من الضروري هنا مراجعة الصياغة من قبل أكثر من شخص وكذلك عند القيام بالمراجعة عدم التخلص من الكتابات الأولى فقد تبرز الحاجة إليها عند المقارنة بينها وبين الصياغة النهائية .

إن الفكرة الأساسية التي تقوم عليها صياغة التشريع الجنائي هي أن يدون المقنن ما يقصده بدقة وإحاطة ووضوح وإيجاز<sup>(١٧)</sup> .  
إن القائم بالصياغة للقاعدة الجنائية ينبغي أن يتمتع بخبرة واسعة في هذا الاختصاص فانه عند الصياغة في قواعد قانون العقوبات أن يعتني من الناحية الموضوعية بأمور جوهرية ثلاثة هي :

١- بيان الأفعال أو التصرفات التي يقدر إنها تستوجب العقاب وهي ما تسمى ( بالجرائم )  
٢- تحديد من يكون من الأشخاص ( مسؤولا ) مستحقا للعقاب إذا ما ارتكب إحدى هذه الجرائم وذلك بتحديد عناصر المسؤولية الجزائية وشروطها .

٣- بيان الجزاءات التي يقدر إنها تقابل الجرائم وهي ما تسمى ( بالعقوبات ) إن وظيفة قانون العقوبات هي حماية العلاقات الاجتماعية السائدة في المجتمع ولذلك يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحدد صور السلوك التي تعد جرائم وتبين العقوبات أو التدابير الوقائية المقررة لها<sup>(١٨)</sup> .

وكذلك عند صياغة قاعدة جنائية إجرائية لأن الإجراءات الجنائية تهدف إلى تحقيق العدالة وتوفير الضمانات القانونية للمتهم .

## المطلب الثاني عيوب الصياغة القانونية

سبق وان تطرقنا لمجموعة من المبادئ والقواعد التي تساعد القائم بالصياغة على القيام بعمله بصورة صحيحة وتحقق هدفه في إتمام صياغة العمل القانوني دون أخطاء أو ارتباك وعند عدم توافر هذه الشروط أو أحدها سيؤدي بوجود عيب في الصياغة التشريعية للقاعدة الجنائية ( سواء كانت موضوعية أو شكلية ) ويمكن حصر أربعة عيوب أساسية وجوهرية تشوب عملية الصياغة التشريعية في الفروع التالية :

## الفرع الأول الخطأ

يُعد الخطأ من عيوب النص التشريعي فهو إما أن يكون خطأ مادياً أو خطأ قانونياً والأخير نادر الوقوع على عكس الخطأ المادي الذي يتنوع وقوعه في النص ويتحقق ذلك نتيجة أسباب متعددة خلال المراحل التي يمر بها ابتداء من إعداده حتى تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وبعض هذه الأخطاء قد تؤثر في المعنى الذي يتضمنه النص فالمادة ( ٨٦ ) من قانون الكمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ تنص على انه ( لايسمح بإجراء عمليات العبور ..... ) والصحيح أن تكون المادة ( يحظر إجراء ..... ) وقد يكون الخطأ في الترجمة إذا ما تم صياغة قانون ما بلغة أجنبية ويجري بعد ذلك ترجمته إلى لغة الدولة المراد تطبيق القانون فيها (١٩) ونلاحظ عيوب الصياغة في التشريعات العسكرية أيضاً فقد نصت المادة ( ٢٠ / أولاً ) من قانون العقوبات العسكرية على انه ( يجب الحكم بالحرمان من الرتبة أو الدرجة عند الحكم بعقوبة الحبس ..... ) .  
ونرى ان الصياغة القانونية الصحيحة لهذه المادة تكون كآلاتي (الحكم بالحبس مدة تزيد على سنة يستتبعه بحكم القانون حرمانه من الرتبة او الدرجة )

## الفرع الثاني الغموض

يعد الغموض أو الالتباس من عيوب الصياغة التشريعية فالنص أو اللفظ الغامض (٢٠) يعتبر غير واضح الدلالة حيث لايدل بنفس صيغته على المراد منه وهنا القاضي الجنائي يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة لتحديد المعنى المقصود من خلال حكمة التشريع ومن أمثلة اللفظ الغامض كلمة ( الآداب ) في التشريع الجنائي فما هي الأفعال المخالفة للآداب ؟ اختلفت إجابة الفقهاء حول هذا السؤال .

## الفرع الثالث

## التعارض

يحصل التعارض عندما يتعارض نص مع نص آخر بشكل يجعل الجمع بينهما أمراً غير ممكن نظراً لتعارض أحدهما مع الآخر رغم وضوحهما إذا ما تم النظر إلى كل منهما على حدة ويحصل التعارض في تشريع واحد أو في تشريعات مختلفة .

## الفرع الرابع النقص

ان المقصود بالنقص هو حالة عدم تمكن القاضي الجنائي من إيجاد نص في التشريع لكي يطبقه على النزاع المعروف عليه ويعبر البعض عن حالة النقص في التشريع بمصطلح الفراغ الذي يتحقق عندما يتطلب القانون إكماله وسده انطلاقاً من وضعه الخاص وحكمة التشريع ، أما إذا ظهر القانون وكأنه لايعبر عن المرام انطلاقاً من وجهات نظر بعيدة عن وضعه الخاص فان الحالة هنا بصدد خطأ في السياسة القانونية وليس بصدد فراغ في القانون ويترتب على ذلك ضرورة التفريق بين حالة إكمال القانون وبين تصحيحه (٢١) . ونرى أن عدم وجود نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية يتضمن تعويض من صدر حكم ببراءته عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به يعد نقص في القانون كما إن صياغة قانون العفو العام ينبغي أن يتميز بالدقة والإحاطة حتى تتمكن الجهات المختصة تطبيقه بصورة صحيحة لان هذا القانون يحو الجريمة ويتعلق بحرية الإنسان . فنلاحظ أن ( المادة ثانياً / ف ٢ ) من قانون العفو رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨ نصت على استثناء ( جرائم المخدرات ) وكان من الأفضل أن تكون الصياغة ( الجرائم المنصوص عليها في قانون المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ المعدل ) من أجل تطبيق هذا الاستثناء على جميع الأفعال الإجرامية المنصوص عليها في قانون المخدرات العراقي النافذ .

## الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث يتضح بأن الصياغة القانونية هي الوسيلة التي يجري بمقتضاها نقل الأفكار من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي وإنها عنصراً جوهرياً من عناصر تكوين القاعدة القانونية الجنائية ، وان الصياغة القانونية غير السليمة تؤدي إلى عدم تحقيق الغاية من التشريع الجنائي .

إن الصياغة القانونية على أنواع فهي إما أن تكون جامدة أو مرنة أو مادية أو معنوية . وتجدر الإشارة بأن المراحل التي تمر بها الصياغة فهي مرحلة التحضير ومرحلة الكتابة وقد تطرقنا إلى العيوب الأساسية في عملية الصياغة التشريعية وهي

الخطأ والغموض والتعارض والنقص . وبهذا الشأن نقترح الاستعانة بالخبراء من أصحاب الاختصاص عند صياغة التشريع الجنائي من قضاة وأساتذة الجامعات من أجل أن تكون عملية الصياغة صحيحة خالية من العيوب لاسيما ان اقاعدة القانونية الجنائية تحدد صور السلوك التي تعد جرائم وتبين العقوبات او التدابير الوقائية المقررة لها وكذلك يتضمن الضمانات القانونية للمتهم .

## (( الهوامش ))

- ١- د. مالك دوهان الحسن - المدخل لدراسة القانون - الجزء الأول ، مطبعة الجامعة - بغداد - ١٩٧٨ ص ٢٨ وما بعدها .
- ٢- ينظر قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ وقانون المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ المعدل .
- ٣- د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية - مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٨١ ص ١٦٨ .
- ٤- الدكتور حيدر أدهم عبد الهادي - أصول الصياغة القانونية - دار الحامد للنشر والتوزيع - عمان - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ - ص ٦٦ .
- ٥- عبد الرحمن البزاز - نظرات في القانون الأساسي العراقي - بحث منشور - مجلة القضاء - نقابة المحامين العراقية - العددان الأول والثاني - السنة ١٦ - بغداد ١٩٥٨ ص ٨ ، والدكتور حيدر أدهم عبد الهادي - المرجع السابق ص ٦٧ .
- ٦- إن المادتين ( ١٢ ، ١٣ ) من قانون أشنونا تتضمن عقوبة سرقة حقل أو دار ليلا ... لمزيد من التفاصيل ينظر الدكتور هاشم الحافظ ، الدكتور آدم وهيب النداوي - تاريخ القانون - جامعة الموصل - ١٩٨٩ - ص ١٩ ( قانون حمورابي )
- ٧- الدكتور - ثروت أنيس السيوطي - مبادئ القانون - القاهرة - ١٩٧٤ - ص ١٦٦ .
- ٨- الدكتور حسن علي الذنون - فلسفة القانون - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٥ - ص ٢٤٩ .
- ٩- وهناك مواد أخرى في هذا القانون صياغة جامدة منها المادة ( ١٥٦ ) والمادة ( ١٥٧ ) والمادة ( ٤٥٣ ) والمادة ( ٤٥٦ ) من قانون العقوبات العراقي النافذ .
- ١٠- الدكتور حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص ٢٤٧ .
- ١١- الدكتور حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص ٢٥٠ .
- ١٢- الدكتور هاشم الحافظ والدكتور آدم النداوي - المرجع السابق - ص ٥٥ .
- ١٣- الدكتور حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص ٢٥٣ .
- ١٤- الدكتور حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص ٢٤٠ .
- ١٥- الدكتور حيدر أدهم عبد الهادي - المرجع السابق - ص ٨٤ .
- ١٦- أكرم الوتري - فن إعداد وصياغة القوانين - بحث منشور في مجلة القضاء - نقابة المحامين العراقية - العدد الثالث - ١٩٧١ - ص ٤٦ .
- ١٧- الدكتور حيدر أدهم عبد الهادي - المرجع السابق - ص ٨٨ .

- ١٨- الدكتور علي حسين الخلف والدكتور سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - مطبعة الرسالة - الكويت - ١٩٨٢ - ص ٤ .
- ١٩- الدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٤٢٠ .
- ٢٠- الدكتور إبراهيم حميد محسن الزبيدي - الصياغة التشريعية المثلى ركن أساسي في الإصلاح الضريبي - بحث مقدم إلى مؤتمر الإصلاح الضريبي الذي نظّمته وزارة المالية - ٢٠٠٦ - ص ٢٦ .
- ٢١- د. عبد الرسول الجصاني - سد الفراغ في القانون وموقف النظام الألماني منه - مجلة القضاء - نقابة المحامين العراقية - العدد الأول - ١٩٧٣ - ص ٧٣ ومابعدھا .

## (( قائمة المراجع ))

### أولاً : المؤلفات القانونية

- ١- د. آدم وهيب النداوي ، د. هاشم الحافظ - تاريخ القانون - جامعة الموصل - ١٩٨٩ .
- ٢- د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية - مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٨١ .
- ٣- د. ثروت أنيس السيوطي - مبادئ القانون - القاهرة - ١٩٧٤ .
- ٤- أ. د. جمال إبراهيم الحيدري - علم الإجرام المعاصر - بغداد - مكتبة السنهوري - ٢٠٠٩ .
- ٥- د. حيدر أدهم عبد الهادي - أصول الصياغة القانونية - دار الحامد للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - عمان - ٢٠٠٩ .
- ٦- د. حسن علي الذنون - فلسفة القانون - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٥ .
- ٧- د. حسين عبد الصاحب - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الاول - دار الدكتور للعلوم بغداد - ٢٠١١ .
- ٨- د. علي حسين الخلف والدكتور سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - مطبعة الرسالة - الكويت - ١٩٨٢ .
- ٩- الأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير - المدخل لدراسة القانون - جامعة بغداد - ١٩٨٩ .

### ثانياً : البحوث

- ١- أكرم الوتري - فن إعداد وصياغة القوانين - مجلة القضاء - نقابة المحامين العراقية - العدد الثالث - ١٩٧١ .
- ٢- د. إبراهيم حميد محسن الزبيدي - الصياغة التشريعية المثلى ركن أساسي في الإصلاح الضريبي - وزارة المالية - ٢٠٠٦ .
- ٣- عبد الرحمن البزاز - نظرات في القانون الأساسي العراقي - مجلة القضاء - نقابة المحامين العراقية - العددان الأول والثاني - السنة ١٦ - ١٩٥٨ .
- ٤- د. عبد الرسول الجصاني - سد الفراغ في القانون وموقف النظام الألماني منه - مجلة القضاء - العدد الأول - نقابة المحامين العراقية - ١٩٧٣ .
- ثالثاً : القوانين
- ١- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

- ٢- قانون المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ .
- ٣- قانون العفو رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨ .
- ٤- قانون الكمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ .
- ٥- قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ .
- ٦- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٧- قانون العقوبات العسكري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٧ .

## الخلاصة

تُعد الصياغة القانونية عنصرا جوهريا من عناصر تكوين القاعدة القانونية الجنائية إذ إنها تحدد شكل القاعدة القانونية التي تصلح للتطبيق على القضايا التي يتم إحالتها إلى المحكمة المختصة . إن الصياغة القانونية غير السليمة تؤدي إلى عدم تحقيق الأهداف والغايات من التشريع الجنائي .

ان الصياغة هي الاداة او الوسيلة التي يجري بمقتضاها نقل الافكار القانونية من الحيز الداخلي الى الحيز الخارجي ، اي انها الاداة التي يتم بموجبها التعبير عن فكرة في نفس الانسان حتى تبح بفضل عنصر الصياغة حقيقة اجتماعية يتم التعامل على اساسها .

إن عملية الصياغة الجنائية ينبغي أن تتصف بالدقة فهي ( فن ) يتمثل في وضع أنسب القواعد القانونية لمجابهة وقائع الحياة ، والصياغة القانونية على أنواع فهي أما أن تكون جامدة أو مرنة وقد تكون مادية أو معنوية وتمر الصياغة بمرحلتين الأولى التحضير والثانية الكتابة ، وقد تشوب عملية الصياغة عيوب أساسية هي ١- الخطأ ٢- الغموض ٣- التعارض ٤- النقص .

وقد اختتمنا هذا البحث بأهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها والاقتراحات بشأن الموضوع .

اخطاء الصياغة التشريعية في دستور ٢٠٠٥ العراقي  
المادة (٦٥) انموذجا

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

المقدمة

السياسة التشريعية تعنى مسلك أو خطة الجهة المختصة بالتشريع - سلطة تأسيسية ام مؤسسة - نحو تطبيق السياسة العامة العليا بمجالاتها المتنوعة كالسياسية والاقتصادية والاجتماعية من خلال التشريعات التي تضعها. ولا شك في انه يصعب فرض تطبيق تلك السياسة دون وضعها في تشريع تتميز قواعده القانونية بخصائص تجعل تطبيق هذه السياسة ملزماً، سواء أتمثل هذا التشريع بدستور ام قانون ام نظام ام تعليمات.

ولا ريب إن الصياغة التشريعية هي التجسيد العملي للسياسة التشريعية المتبعة، لما لها من مقومات ومهارات وقدرات لغوية وقانونية تمكن الصائغ من نسج أحكام تعبر عن معنى النص وروحيته من دون لبس أو غموض، اذ لا يمكن للتشريع ان يكون جيداً إلا إذا صاحبه عملية تشريعية ذات صياغة قانونية جيدة، اذ يعد التشريع بمثابة الوسيط الذي تتم من خلاله

التغييرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهو الآلية التي تستطيع بواسطتها الحكومات والبرلمانات الاستجابة للاحتياجات المتغيرة والمتجددة لمجتمعاتها، بهدف الوصول إلى تطبيق دولة القانون، من خلال سن تشريع جيد ومنتطور، في منتهى الوضوح والدقة في الصياغة، منسجما مع الدستور وغير متعارض مع القوانين الأخرى، مفهوم عند عامة الناس وقابل للتطبيق.

إن صياغة النص التشريعي سواء أكان دستورياً أو قانوناً، يعتبر فن قائم بذاته يرتبط بجملة من الضوابط والمرجعيات لعل من أهمها الأمانة في التعبير عن الإرادة السياسية، وحسن الصياغة والهيكلية، وسهولة التطبيق وسلامة التوثيق بغية خدمة أعمال التطوير. فقد أثبتت التجربة أن عدم صياغة النصوص القانونية بالدقة اللازمة والوضوح المطلوب قد أثر على قدرة نفاذها وتحقيقها للأغراض التي سنت من أجلها، كما أدى ذلك في غالب الأحيان إلى تكاثر حجم النصوص القانونية وعدم ترابط بعضها ببعض، وقد اثر ذلك على الأنماط التشريعية المعتمدة واضفى عليها سمة التذبذب وعدم التناسق بما يتبع ذلك من آثار سلبية تطال عملية تنفيذ تلك القوانين، ويصبح الموضوع اكثر صعوبة اذا ما تعلق بقاعدة دستورية شابتها اخطاء صياغية.

ويناقش البحث صياغة بعض المواد التي أثير الجدل حولها في الدستور العراقي وبالذات المواد المتعلقة بمجلس الاتحاد، فقد نصت المادة (٤٨) على ان "تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد" ومن ثم وضعت المادة (٦٥) بيان ذلك المجلس، ليأتي نصها "يتم انشاء مجلس تشريعي يدعى بـ"مجلس الاتحاد" يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته، وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

ويرجع السبب في تركيز بحثنا على مواد بعينها دون سائر مواد الدستور إلى سببين يتمثل الأول في صعوبة تغطية كل مواد الدستور في ضوء القيود التي يجرى هذا البحث في ظلها، اي فيما تعلق منها بالاطفاء الموضوعية في الصياغة، أما السبب الثاني فيرجع إلى أن اغلب مواد الدستور قد أثير جدل كبير حول مضمونها بين المهتمين بالدراسات الدستورية، اما مجلس الاتحاد فان حظه في هذا المجال كان اقل من غيره من الموضوعات.

ونود الاشارة اخيرا الى اننا وفي تناولنا لهذه المواد، سنركز تحديدا على الجوانب الفنية لصياغتها بشكل محدد - وصياغة الدستور عموما - من دون التعرض للأهداف والسياسات المراد تحقيقها من ورائها إلا بالقدر الذي يؤثر على الصياغة.

وسنحاول ايضاح موضوع البحث من خلال البحث اولا في آلية كتابة دستور ٢٠٠٥، ثم البحث في نطاق كل من الدستور والقانون من الناحية الموضوعية، على ان ننتهي الى تصورات قانونية لمجلس الاتحاد المقبل.

## المطلب الاول

آلية كتابة دستور ٢٠٠٥ وأثرها على صياغته

ولعل بيان ما يتعلق بالمواد المتعلقة بمجلس الاتحاد من دستور ٢٠٠٥ وبالذات المادة (٦٥)، يقتضي برأينا التعرض إلى آلية كتابة هذا الدستور اولا، ومن ثم البحث في مراحل تلك الآليات لمعرفة مدى تأثيرها على حبكة ودقة الصياغة الدستورية، وكما سيأتي:

اولا - آلية كتابة دستور ٢٠٠٥.

فمن المعروف انه وبناءً على ما نص عليه القرار الصادر من مجلس الأمن الدولي المرقم ١٥٤٦ في ١٥/٨/٢٠٠٤، وعلى وفق ما جاء في قانون إدارة الدولة الانتقالي تم وضع خطة زمنية لعملية صياغة الدستور، إذ ينبغي أن تتولى الجمعية الوطنية التي جرى انتخابها في ٣٠/١/٢٠٠٥ مهمة تشكيل لجنة لصياغة دستور دائم، على أن تنهي تلك اللجنة عملها بوضع مسودة هذا الدستور في موعد أقصاه في ١٥ آب من العام المذكور ومن ثم يجري الاستفتاء الشعبي عليه في ١٥/١٠/٢٠٠٥.

الا ان الساحة العراقية شهدت نوعين من الخلافات، تعلق اولها بتشكيل الحكومة المؤقتة الذي استمر قرابة الثلاثة اشهر، وتعلق ثانيهما بطبيعة تشكيل لجنة كتابة الدستور وهل تتشكل من أعضاء الجمعية الوطنية حصراً أم ينبغي إشراك آخرين؟ من ناحية أخرى هل تكفي مدة الشهرين المتبقية فقط من المدة التي أشار لها قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية؟ مع ضخامة وخطورة المهمة وقصر المدة المقررة لهذه المهمة التي يتوقف عليها مستقبل البلد برمته. ومن ثم لم تبدأ هذه اللجنة أعمالها إلا في ١٣/٦/٢٠٠٥ الأمر الذي لم يترك للجنة المذكورة سوى شهرين فقط لتقديم مسودة الدستور وذلك في ١٥/٨/٢٠٠٥. وقد ضمت تلك اللجنة في بداية الأمر (٥٥) عضواً من مختلف القوائم البرلمانية (أي في الجمعية الوطنية)<sup>(٨٧)</sup> منهم (٢٨) من قائمة الائتلاف العراقي الموحد، و(١٥) عضواً من

<sup>٨٧</sup> - (١) احمد الصافي ٢ - عبد الهادي الحكيم ٣ - د. علي الدباغ ٤ - د. حسين عذاب ثعبان ٥ - جواد المالكي ٦ - علي الاديبي ٧ - بهاء الاعرجي ٨ - د. حنين القدو ٩ - سامي عزارة ال معجون ١٠ - د. عبود العيساوي ١١ - د. همام حمودي ١٢ - اكرم الحكيم ١٣ - جلال الدين الصغير ١٤ - د. سعد قنديل ١٥ - سامي العسكري ١٦ - د.

قائمة التحالف الكردستاني، و(٨) عضواً من القائمة العراقية، وعضو واحد من الحزب الشيوعي العراقي، وعضو واحد من الجبهة التركمانية، وعضو واحد مسيحي وعضو واحد من العرب السنة، وبغية توسيع مشاركة العرب السنة في تلك اللجنة بفعل عدم وجود تمثيل كافٍ لهم في الجمعية المذكورة، فضلاً عن ضرورة الاستعانة بخبراء من خارج نطاق الجمعية. لما تقدم توسّعت اللجنة الدستورية إلى هيئة تضم (٧١) عضواً، (٢٨) عضواً يمثلون الائتلاف العراقي الموحد من ضمنهم خمسة نساء، (١٥) عضواً يمثلون التحالف الكردستاني من ضمنهم إمرأتان، (٨) أعضاء يمثلون القائمة العراقية و(٥) يمثلون الأقليات و(١٥) عضواً يمثلون السنة (منهم اثنان منتخبان إلى الجمعية الوطنية).<sup>(٨٨)</sup>

ولا جدال في انه لزاماً على البلدان التي تريد أن تحسن من جودة صياغة تشريعاتها أن تستثمر في تكوين الصائغين الذين لديهم الملكة والرغبة في القيام بمثل هذا العمل، وعليها أن تضع لنفسها برامج مدققة لاختيار عدد كافٍ من الأشخاص للقيام بهذه المهمة الصعبة وتخصيص الوقت اللازم لذلك حتى تتوفر الخبرة الضرورية لديهم دون إستعجال، كما أن التفرع لمثل هذه المهام يعد أمراً ضرورياً.<sup>(٨٩)</sup>

---

جواد سميسم ١٧ - د. نديم الجابري ١٨ - عباس البياتي ١٩ - شيروان الوائلي ٢٠ - د. خضير موسى جعفر الخزاعي ٢١ - علي الصافي ٢٢ - د. محسن القزويني ٢٣ - عقيله الدهان ٢٤ - زهراء الهاشمي ٢٥ - التفات عبد السادة ٢٦ - مريم الرئيس ٢٧ - ايمان الاسدي ٢٨ - ناجح عبد الامير ٢٩ - د. فؤاد معصوم ٣٠ - د. سعدي البرزنجي ٣١ - فريدون عبد القادر ٢٣ - د. منذر الفضل ٣٣ - د. حسين الباليساني ٣٤ - عبد الخالق زكنة ٣٥ - سامي احمد علي شبك ٣٦ - نيركز مجيد ٣٧ - دارا نور الدين ٣٨ - احمد وهاب مجيد ٣٩ - ديندار شفيق ٤٠ - احمد مجيد موسى ٤١ - عادل ناصر ٤٢ - منيرة عبدول ٤٣ - نوري بطرس ٤٤ - كاميران خيرى سعيد ٤٥ - يونادم يوسف كنة ٤٦ - رياض كيهيه ٤٧ - عبد الرحمن النعيمي ٤٨ - قاسم داود ٤٩ - وائل عبد اللطيف ٥٠ - عدنان الجنابي ٥١ - راسم العوادي ٥٢ - حسين الشعلان ٥٣ - د. رضا الخزاعي ٥٤ - ثامر الغضبان ٥٥ - طاهر البكاء).

<sup>٨٨</sup> - وأثارت العملية الدستورية نقاشات علنية واسعة وحفزت شتى الجماعات على النشاط المدني: المطالبات والاحتجاجات والتظاهرات أو الاعتصامات، ولعل الحركات النسوية كانت الأكثر حضوراً وقولاً، ولعل أبرز مظاهر العراك الدستوري هي السجلات والمقالات والندوات التي استقبلتها الصحافة العراقية المطبوعة والإلكترونية وحسب أحد التقديرات رفع العراقيون إلى لجنة الصياغة نحو مئة مسودة دستورية وقدموا قرابة ٤٥٠ ألف إقتراح دستوري، كما عقدوا أكثر من (٢٨٠) ندوة وورشة عمل للمناقشة منها سبعة في لندن، ولم تبقى هيئة خارج هذا السجال، حتى الهيئات التي تعارض مبدأ كتابة الدستور في هذه الفترة نظمت ندواتها ووضعت مبادئ دستورية تنسجم ورواها الفكرية للمستقبل. مجموعة باحثين - مازق الدستور - نقد وتحليل - ط١ - معهد الدراسات الإستراتيجية - الفرات للنشر والتوزيع - بغداد - بيروت - ٢٠٠٦ - ص ٥.

<sup>٨٩</sup> - د. زهير اسكندر - صياغة النص التشريعي - مركز الدراسات القانونية والقضائية - من منشورات الانترنت -

.www.arabruleoflaw.org

اما فيما يتعلق بحدود عمل اللجنة، فالراجح لدى الفقه أن السلطة التأسيسية الأصلية تكون حرة في عملها بحيث أنها لا تخضع لأية قاعدة أو مجموعة قواعد تحدد نشاطها الخلاق (أقامة الدستور) فهي سلطة لا تخضع في ممارستها لأية قاعدة سابقة الوجود على هذه الممارسة، فهي لا تنظمها نصوص خاصة ولا تتلقى اختصاصاتها من نصوص موجودة، ويترتب على ذلك أن للسلطة المؤسسة الحق في أن تهجر النظام الملكي إلى النظام الجمهوري، وهي تستطيع أن تستبدل النظام البرلماني بالنظام الرئاسي، وهي تستطيع أن تأخذ بالفلسفة السياسية وحتى الاقتصادية التي تروق لها.<sup>(٩٠)</sup>

على ما تقدم أن السلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بسلطات واسعة وهي تضع الدستور، ولها حرية اعتناق ما تراه مناسباً وملائماً لظروف الدولة من أنظمة وفلسفات والى حد ما، ذلك لأن كل دستور هو نتاج للأوضاع الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة به، وعلى وجه الخصوص مستوى التطور الذي بلغه النظام السياسي في الدولة وتقاليدها وخبراتها السياسية، ودرجة النضج السياسي لدى الرأي العام فيها.

ثانياً - تأثير آلية كتابة دستور ٢٠٠٥ على صياغته.

وإذا كانت لجنة كتابة الدستور قد شكّلت بالطريقة سألقة الذكر وهي طريقة تفترض بطبيعة الحال مواجهتها لمشاكل جمة في ممارستها لعملها، فلا يسعنا هنا سوى الاقرار بان عملها كان صعباً، ولكن مع ذلك كان على لجنة كتابة الدستور في اعتقادنا نوعين من الالتزامات:

أولاً- التزامات اخلاقية:<sup>(٩١)</sup> ذلك ان ايجاد اخلاقيات مهنية مشتركة لمن يساهم في صياغة القاعدة القانونية أياً كان مستواها في النظام القانوني، يعد جزء مهم من حل الصعوبات التي يواجهها الصانعون عند إعداد التشريعات، خاصة ما تعلق منها بالتشريعات التي تستهدف إحداث تحولات جذرية في المجتمع، كالدستور.

<sup>٩٠</sup> - يرى بعض الفقه ان الحاجة إلى ممارسة ما تقدم من اختصاصات تظهر في حالة نشوء دولة جديدة، او استقلال الدولة عن دولة اخرى، او تغيير نظام الحكم. اضافة إلى الصور المتقدمة فقد يبادر النظام السياسي في دولة ما بإرادته الخاصة إلى وضع دستور جديد للدولة، رغم أنها ليست بالدولة الجديدة، ولم تستقل عن دولة أخرى، كما أن النظام السياسي فيها مازال هو ذاته، بل وربما مازالت اغلب الفلسفات التي تعتنقها السلطة هي ذاتها، إلا أن هنالك متغيرات معينة طرأت على الدولة، وعلى السلطة التأسيسية وضع دستور جديد يتلاءم مع هذه المتغيرات. راجع: د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري والنظم السياسية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٤٤٥.

<sup>٩١</sup> - هيثم الفقي - الصياغة القانونية - من منشورات الانترنت - <http://www.shaimaaatalla.com>

ولا يخفى على احد ان هنالك اكثر من خلاف ما بين اعضاء لجنة كتابة الدستور، سواء أعلق الامر بانتماهم المختلفة، ام بنوع المصالح والاتجاهات والتيارات التي يمثلونها، ام على صعيد الرؤى والايديولوجيات، وكل ذلك انعكس بالضرورة على الدستور. ونعتقد ان المسؤولية الاخلاقية للجنة كتابة الدستور كانت تفترض خضوع اعضائها الى بعض القواعد الاخلاقية في مجال الصياغة التشريعية، يتمثل اهمها في:

1. أن تدرك اللجنة أنها مسؤولة ليس عن شكل مشروع الدستور فحسب، وإنما عن موضوعه أيضاً، وقد فشلت اللجنة في الامرين معا في اكثر من موضع من الدستور.
2. ان تدرك اللجنة ان لديها واجب الولاء الى الشعب (الموكل)، ويتمثل هذا الواجب الاصلي في واجبين فرعيين، الاول واجب الكفاءة في صياغة مشروع دستور قابل للتنفيذ بفعالية، والثاني واجب السرية، وقد فشلت اللجنة في هذا الالتزام ايضا، فلا يخفى على احد ان طريقة تشكيلها تؤكد على ولاءات متعددة يقف في مؤخرتها الولاء للشعب.

3. ان تدرك اللجنة انها تدين الى النظام التشريعي بالتحري والبحث والالتزام والحياد، ومن ثم فقد كان عليها اذا ما رأت ان لا سبيل لكتابة مشروع الدستور المقترح ضمن الحدود المقررة أن ترفض التعليمات الصادرة إليها بصياغة هذا المشروع، بدلاً من اقرار مشروع مليء بالثغرات والاختفاء، أُجلت فيه العديد من اساسيات الدستور.

ثانياً - التزامات موضوعية: فاذا كان المقصود بفن الصياغة التشريعية مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص تشريعية تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية، فان ذلك يرتبط حتما بعناصر القاعدة القانونية، أي عنصري العلم والصياغة.<sup>(٩٢)</sup> وبالتفصيل التالي:

١- فيما يتعلق عنصر العلم بجوهر الدستور وموضوعه:

أي العلم بالمادة الأولية التي يتكون منها الدستور، وبالعوامل التي تدخل في مضمونه، فكان على أعضاء لجنة كتابة الدستور أن يكونوا من الملمين - ولو بالقدر اليسير بمضامين الدساتير وطبيعة قواعدها وأهم موضوعاتها. ومن بين الموضوعات الخلافية التي شهدتها لجنة صياغة الدستور المواد الخاصة بتشكيله البرلمان، من مجلس واحد أو من مجلسين، لكن ولما كانت المناقشات الدائرة

<sup>٩٢</sup> - هيثم الفقي - الصياغة القانونية - المرجع السابق.

في لجنة صياغة الدستور حول أحادية وثنائية البرلمان أو حتى حول بقية المواضيع التي جرى النقاش حولها من الأمور التي يصعب الحصول عليها لأنها غير منشورة على الانترنت ولم يصدر كتاب خاص يتضمن تلك المناقشات، لذا لم يكن أمامنا بسبب ذلك الإبهام والسرية التي تحيط بتلك المناقشات سوى اللجوء الى نظرية الاحتمالات، ولكن نجزم بوجود مثل ذلك الخلاف وألا ما السبب وراء إيراد مجلس الاتحاد مرات معدودة في الدستور - معيبة في اصلها - وعلى عجلة أو استحياء، على خلاف الحال بالنسبة إلى مجلس النواب وعلى التفصيل الذي سنتطرق إليه لاحقاً.

٢- فيما يتعلق بعنصر الصياغة فيتمثل في إخراج هذا المضمون إلى حيز العمل من خلال الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القاعدة الدستورية والتعبير عنها، من خلال ما يطلق عليه أساليب صناعة أو صياغة التشريع. ونعتقد انه فات لجنة كتابة الدستور عوامل تحقق الصياغة التشريعية الدقيقة، والتي نجد ان اهمها:

أ. استخدام مناهج وأساليب في الصياغة تمكن قدر الإمكان المستطاع من احتواء كافة الوقائع في مجال القواعد الدستورية: أي كان ينبغي على اللجنة أن تجمع في الصياغة الدستورية بين كمال التحديد وإتقان التكييف.

فالصياغة الدستورية الجيدة هي التي لا تأتي مبتورة، أو غير واضحة، بل تكون مؤدية للغرض الذي جاءت، ومعبرة عن الواقع السياسي، مما يؤثر بالنتيجة على استقرار الدستور، وذلك عندما تكون تلك الصياغة متفكة مع الأفكار والتصورات والأغراض التي سعت القاعدة الدستورية إلى تحقيقها.

أي أن الصياغة المستقرة يفهمها الأمي والعالم، أو أي فئات اجتماعية متباينة في مهارتها العلمية أو اللغوية أو الثقافية أو الإقتصادية أو الإجتماعية. وبما يمكن المواطن من متابعة مدى احترام سيادة وحكم القانون، ومن مراقبة أداء الدولة، تشريعياً وليس فقط تطبيقياً.

وبلا شك ان الاشارة الى مجلس الاتحاد لا يتحقق فيها الحد الأدنى من الصياغة الدستورية الجيدة، فقد جاءت مبتورة، وغير واضحة، وغير مؤدية البتة للغرض الذي جاءت من اجله، وان كانت معبرة عن الواقع السياسي بامتياز.

ب. الدراسة المقارنة: حيث تعد من العوامل المساعدة في الصياغة الدستورية. وتتمثل في الاستعانة بالطرق والأساليب المتبعة في البلاد الأخرى لصياغة أحكام الدستور. فالتشريع الجيد له قدرة تنافسية في مواجهة العالم المعاصر، الأمر

الذي يتطلب القيام بدراسة وافية ولفترة كافية له، وعند نظر مشروع قانون ما فلا ضرر من عمل دراسة مقارنة مع القوانين المحيطة بنا، للتعرف على التطور التشريعي الحادث في العالم (والذي يفرض نفسه على الجميع، بطريقة أو بأخرى)، لا سيما إذا كان لموضوع التشريع المقترح هو دستور الدولة.

وفقدان كل تقدم انعكس بطبيعة الحال على الطريقة التي تمت بموجبها صياغة تلك الوثيقة المهمة، ما أفضى إلى وقوع أخطاء صياغية كبيرة بل وفادحة في نصوصها، ومن ثم يحمل الدستور، وبفعل الإشكالات العديدة التي ما زالت تثيرها الكثير من نصوصه، حتمية تعديله، فإذا كانت عملية إعداد هذا الدستور وصياغته قد تمت في ظروف معقدة وصعبة للغاية أقلها قصر المدة الزمنية وأسوأها وجود قوات الاحتلال وإدارتهم لشؤون الدولة والمجتمع وتدخلهم في كل مفردات صياغة الدستور، فإن ذلك قد انعكس وبوضوح شديد على الدستور الذي جاء مليئاً بالأخطاء الصياغية، شكلية كانت أم موضوعية.

هذا وقد أوجب الدستور أن يُشكّل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من أعضائه تكون ممثلة للمكونات الرئيسية في المجتمع العراقي مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن إجراؤها على الدستور وتحلّ اللجنة بعد البت في مقترحاتها.<sup>(٩٣)</sup> مع التأكيد على عدم جواز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين.<sup>(٩٤)</sup>

وباستقراء كل ما تقدم نقول، إن عدد المواد القابلة للتعديل هو (١١٠) من مجموع (١٤٤) مادة، ناقصاً بالطبع (٣٤) مادة متعلقة بالحقوق والحريات، هذا ولم تشكل تلك اللجنة في الدورة الانتخابية الأولى، دون معرفة اسباب التأجيل، وحين شكلت لم نعرف أسلوب تشكيلها، إلا انه وبالقياس الى أسلوب تشكيل لجنة كتابة الدستور نعتقد انها توافقية.

وقد أوردت لجنة صياغة الدستور تعديلات جوهرية على (٣٦) مادة، بل إن التعديل شمل حتى العناوين الأساسية للدستور وأسلوب تقسيم المواد الواردة فيه، فضلاً عن (٦٦) إضافة ما بين مادة جديدة أو إضافة على مادة قائمة، وطال التعديل - بطبيعة الحال المواد المتعلقة بمجلس الاتحاد - كما إن التعديلات طالت حتى المواد المتعلقة بحقوق وحريات الإنسان التي حظر الدستور على هذه اللجنة المساس بها إلا بعد دورتين انتخابيتين

<sup>٩٣</sup> - المادة (١٤٢/أولاً) من الدستور العراقي.

<sup>٩٤</sup> - المادة (١٢٦/ثانياً) من الدستور العراقي.

متعاقبتين، وبغض النظر عن الرأي القانوني والنوعي بتلك التعديلات، يمكن القول إن الكم التعديلي غير قليل وإن كان ذلك مؤشراً على شيء فإنه يؤشر على خلل كبير في اصل الدستور.

## المطلب الثاني

### مجلس الاتحاد بين الحدود الموضوعية للدستور والقانون

يتباين محتوى الوثائق الدستورية بما تتضمنه من مبادئ وأحكام ولكن بالرغم من هذا التباين والاختلاف فهناك قواعد مشتركة تتضمنها، وأهمها السلطة والحرية، على اختلاف في التفصيل والتفضيل، وعلى اية حال يمكن القول ان اهم الموضوعات الدستورية والتي لا يمكن وضع ملامحها الاساسية خارج نطاق الوثيقة الدستورية، تتمثل في موضوعات ثلاثة: أولاً : القواعد المتعلقة بالدولة : والاصل ان تعد القاعدة دستورية اذا تعلق بنظام الدولة، وقد اختلف الفقه في تحديد تلك القواعد بين موسع ومضيق، اذ يرى الفريق الاول ان الدستور يضم القواعد المتعلقة بشكل الدولة، بسيطة او مركبة، اما الفريق الثاني فيرى تضيق محتوى الدستور فيستبعد من بين موضوعاته الدولة، على اعتبار ان الدستور لا ينشئ الدولة، فهي سابقة له وشرط لوجوده.<sup>(٩٥)</sup>

وعلى اية حال فقد استقر الفقه على ان الدستور يشتمل على عدد من النصوص التي تتصل بالدولة في أساسها و تكوينها وشكلها، فقواعد الدستور تبين طبيعة الدولة أي شكلها فتحدد ما إذا كانت دولة موحدة بسيطة او دولة مركبة اتحادية ، ومن ذلك ما أورده المادة (١) من دستور ٢٠٠٥ العراقي " جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة...".

ثانياً : القواعد المتعلقة بالسلطة في الدولة : وسواء أكان ذلك فيما يتعلق بطبيعة ومضمون النظام السياسي القائم في الدولة، او يتعلق ببيان كيفية ممارسة الحكم والعلاقة بين السلطات وذلك في اطار الفكرة القانونية المؤسسة للحكم في الدولة، حيث لا يكتفي الدستور بوصف آلية الحكم وإنما يُعين الاتجاه الذي تسير فيه وتعمل بموجبه، فهو يعين هدفاً للسلطات العامة والفكرة القانونية التي تسعى هذه السلطات لتحقيقها.

<sup>٩٥</sup> - د. طعيمة الجرف - القانون الدستوري - ١٩٦٤ - ص ٣٧ .

ومن ثم يبين الدستور اولا شكل الحكم وما إذا كان ملكياً أو جمهورياً،<sup>(٩٦)</sup> وطبيعة نظام الحكم السياسي ما إذا كان النظام السياسي رئاسياً أم برلمانياً أم مجلسياً أم مختلطاً، وتعيين وتحديد الأشخاص الذين يعود لهم الحق في ممارسة السلطة العامة وسلطة اخذ القرار نيابة عن الدولة، كما يحدد الدستور كيفية تعيينهم - بالانتخاب أو الوراثة أو غيرها - وإجراءات ممارستهم لوظائفهم وحقوقهم والتزاماتهم والحصانات التي يتمتعون بها لضمان حسن أدائهم لمهامهم، وكيفية مسألتهم حال انتهاكهم لحدود وواجبات مهامهم الوظيفية. اما من حيث بيان كيفية ممارسة الحكم والعلاقة بين السلطات، ينظم الدستور السلطات التي تتولى إدارة الدولة وتسيير شؤونها، فهو الذي يحدد آليات تكوين هذه السلطات (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، إذ تنص المادة (٤٧) من الدستور العراقي على " تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية... " كما يبين الدستور طبيعة مهام هذه السلطات ودورها وحدود ونطاق العلاقة التي تقوم فيما بينها، بمعنى آخر تنظم القواعد الدستورية السلطة السياسية وتحدد مصدرها و كيفية ممارستها وانتقالها وتحدد تكوين السلطات العامة والعلاقة بينها حيث تشير قواعد الدستور إلى طرق تكوين السلطات العامة واختصاصاتها وحدود ممارستها لهذه الاختصاصات.

فيتناول الدستور أولاً تنظيم السلطة التشريعية، فيما إذا كانت فرداً - وهو فرض نادر - أو هيئة وهي الصورة الغالبة في الدساتير العربية، أو من كليهما، وفي العراق يمارس السلطة التشريعية مجلس النواب ومجلس الاتحاد، وفقاً لنص المادة (٤٨) من الدستور والتي تنص على " تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد". ويبين الدستور تشكيل البرلمان، سواء أكان من مجلس واحد، او قد يتكون البرلمان من مجلسين، ويبين الدستور طريقة اختيار أعضاء السلطة التشريعية، سواء عن طريق الانتخاب - وهو الغالب - او عن طريق التعيين، ويحدد كذلك وظائفه في المجال التشريعي والمالي والرقابي.

ثم ينظم الدستور السلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، ثم يبين طبيعة علاقة السلطات المتقدمة مع بعضها، وبشكل خاص العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وهي علاقات تحظى بالتنظيم الدقيق حيث أن اخطر ما تواجهه الدولة هو النزاع بين هاتين

<sup>٩٦</sup> - مثل نص المادة (١) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ "... نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي ... ، ولا بد من الإشارة الى ان الفقه اختلف ايضا بشأن الحكومة وماذا كان تنظيمها من بين موضوعات الدستور ، باعتبار انها من عناصر الدولة ، إذ لا يتم الوجود القانوني للدولة قبل تحقق هذا العنصر، وبالتالي تكون الحكومة هي اسبق في الوجود على وجود الدستور، لمزيد من التفاصيل راجع : د. ثروت بدوي - النظم السياسية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ - ص ٢٩.

السلطتين فهو نزاع قادر على تعطيل الحياة السياسية والدستورية للدولة وعرقلة أعمالها ويرسم الدستور - في الغالب - طرق ووسائل حل التنازع بين السلطتين.

ثالثاً : القواعد المتعلقة بحقوق الأفراد وحررياتهم:<sup>(٩٧)</sup> لاضفاء بعد قانوني هام على الحقوق والحریات، وفي سبيل تأكيد إلزامية هذه الحقوق، وضمان تحمل الدولة لمسؤولياتها الوظيفية والقانونية في ضمان هذه الحقوق والعمل على حسن التمتع بها وممارستها تلجأ الدول إلى تضمين الوثيقة الدستورية - في الغالب - اضافة إلى قواعد تنظيم ممارسة السلطة نصوص تتعلق بتنظيم علاقة الدولة بالفرد ، إذ أولت الدساتير اهتماما خاصا بالفرد، وحرص واضعوها على أن تتضمن نصوصاً لتنظيم حقوق أولئك الأفراد وحریاتهم الأساسية، والتي ترى فيها المكونات الأساسية لمنظمة الحقوق والحریات.

اما القانون فهو التعبير عن ارادة الشعب ممثلاً ببرلمانه، وما دامت ارادة الشعب هي الارادة العليا طبقاً للأفكار الديمقراطية الحديثة، فالاصل انه لا يوجد حدود للتشريع الذي يضعه البرلمان الا ما يقيد به الدستور.<sup>(٩٨)</sup> ومن ثم فان النطاق الطبيعي للقانون هو كل ما يفرض من قيود على ممارسة احدى الحریات وكل تنظيم يتعلق بالمحافظة على احدى الحریات ويدخل في مجال القانون - على هذا الاساس - قواعد التنظيم العضوي للسلطات الاساسية للدولة، كقواعد اللامركزية الادارية وقواعد تنظيم الحریات الفردية والقواعد العقابية واعمال تنظيم الهيئات القضائية الجديدة او تنظيم السلطات الادارية الجديدة.<sup>(٩٩)</sup>

ومن ثم فالاصل ان للبرلمان ان يتناول بالتنظيم كل المسائل والعلاقات القانونية باعتباره صاحب الاختصاص المطلق في ميدان الوظيفة التشريعية، فانه يملك ان يضع ما

<sup>٩٧</sup> - ومما تجدر الاشارة اليه الى ان خلافاً فقهيّاً، قد نشب حول ما اذا كان تعريف القانون الدستوري يشمل حقوق الافراد وحریاتهم، اذ ساد الرأي ابتداءً بان هذا الموضوع ملحق طبيعي بالوثيقة الدستورية، لان الفقه ربط ما بين الدستور ووجود النظام الديمقراطي الذي ينعم فيه الافراد بالحقوق والحریات المرتبطة بهذا النظام. اذ ان موضوعات الحریات العامة ليس في حقيقته - وفقاً لهذا الرأي - الا احد اوجه مشكلة العلاقة بين السلطة والفرد، وهي مشكلة تدخل في دراسات النظم السياسية باعتبارها احدى عناصر النظام السياسي في مجتمع معين، الا ان ذلك لا يعني بحال من الاحوال ان يغفل القانون الدستوري تلك الحریات تماماً، فوجودها ونطاقها - على العكس من غيابها - يساهم بصورة كبيرة في تمييز الانظمة السياسية. د. فتحي فكري - وجيز القانون البرلماني في مصر - شركة ناس للطباعة - ٢٠٠٦ - ص ٢٢.

<sup>٩٨</sup> - د. سليمان محمد الطماوي - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي - معهد الدراسات العربية - جامعة الدول العربية - ١٩٦٧ - ص ٩٨.

<sup>٩٩</sup> - د. سامي جمال الدين - اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية - منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٨٢ - ص ١١٨.

يشاء من التشريعات العادية، أياً كان موضوعها بشرط ان لا يخالف نصوص الدستور، والا يعتدي على النطاق الموضوعي له.

وباستقراء ما تقدم نقول ان مجلس الاتحاد جزء من السلطة التشريعية الاتحادية في العراق، وان النص على وجوده يحسم الجدل حول تشكيلة البرلمان العراقي، فهو ثنائي المجلس، وفقاً لما اورده المادة (٤٨) من الدستور سالفه الذكر، ولما كان تنظيم السلطة التشريعية موضوع دستوري بامتياز فقد ارتكبت لجنة كتابة الدستور خطأً صياغياً موضوعياً لا يمكن التسامح به، وهو إحالة تنظيم جزء من السلطة التشريعية الى جزئها الاخر. ولنا قبل التوغل في تحليل الموضوع أكثر أن نتساءل عن سبب تلك الاحالة، وأكرر اللجوء الى نظرية الاحتمالات فاقول، إما إن الوقت المحدد لانتهاء من وضع مسودة الدستور أخرج لجنة كتابة الدستور، فاجلت البعض من الموضوعات الى وقت لاحق، وإما ان الخلاف السياسي بين مكونات تلك اللجنة أدت الى أن تؤجل هذا الخلاف الى من سيلهم في تولي النظر بهذا الموضوع،<sup>(١٠٠)</sup> وإما لم يكن لدى لجنة كتابة الدستور التصور الكافي حول ما تريده من هذا المجلس، وما مدى الاختصاصات التي ترغب بمنحها له فارتأت تأجيل البت بهذه الموضوعات، الا انها في غضون ذلك اغفلت طبيعة الموضوع ومدى إمكان احالته الى المشرع العادي.

ومن ثم وأياً ما كان سبب الاحالة، فقد اخطأت اللجنة خطأً فادحاً بتلك الاحالة، اذ انها لم تراعى نوع الموضوع، وهل تصح فيه الاحالة الى قانون ام لا؟ ونؤكد إن تشكيل مجلس الاتحاد (وهو جزء من السلطة التشريعية الاتحادية يمثل الأقاليم والمحافظات ويعكس الجانب الاتحادي لهذه الدولة) على يد مجلس النواب (الجزء الآخر من السلطة التشريعية الاتحادية والذي يمثل الشعب ويعكس وحدة الدولة)، يعني جملة من الاخطاء المتتابة، فمن حيث طبيعة الموضوع لا يمكن ان ينظم مجلس الاتحاد من قبل المشرع العادي، لان تنظيم السلطات حكراً على الدستور، ويدخل ضمن إطار موضوعاته الحصرية.

ومن جهة اخرى، ان مثل تلك الاحالة يعني إن جزءاً مهماً وحيوياً من البرلمان الاتحادي (مجلس الاتحاد) سيكون تابعاً وخاضعاً للجزء الآخر منه (مجلس النواب)، وهذا ما لم نسمع به من قبل على اختلاف التجارب الدستورية، إذ تلجأ الدساتير الى تحديد اختصاصات كلا المجلسين، دون امكان خضوع احدهما بالتبعية الى المجلس الاخر، مهما كانت اختصاصاته، ولا يخفى على أحد إن تلك التبعية وذلك الخضوع يذكرنا بالتجربة البرلمانية

١٠٠ - وقد اتضح لنا صحة الاحتمالين الاوليين مجتمعين، فقد أقر السيد فؤاد معصوم بان الوقت كان غير كاف وهناك

خلاف سياسي استغرق جل وقت اللجنة فارتأت تاجيله - ورشة عمل عقدت في مجلس النواب في الاول من شباط

٢٠١٢.

السابقة للعراق، إلا إن الفرق يظهر من حيث جهة التبعية، فمجلس الأعيان المشكل وفقاً لدستور ١٩٢٥ كان يخضع للملك - وهو أمر منطقي - على خلاف مجلس الاتحاد الذي سيخضع لمجلس النواب، بل لقد فاق مجلس الأعيان مجلس النواب أهمية من حيث إن اختصاصاته نُظمت دستورياً على خلاف مجلس الاتحاد حيث أُحيل أمر تنظيمه للقانون، وهذا والله أمر لمن العجب العجائب.

لكل ما تقدم نستطيع القول إن بإمكان مجلس النواب أن يتحكم بمجلس الاتحاد في جميع المسائل المتعلقة به، وله سلطة مطلقة في تقليص اختصاصاته وتهميش دوره بمجرد سنّ قانون بأغلبية ثلثي أعضائه، من دون أن يكون لمجلس الاتحاد حق الاعتراض على ذلك، ونعتقد أن ذلك سيجعلنا أمام مجلس ضعيف في مواجهة مجلس النواب، ذي صلاحيات مقيدة وغير مصونة، للنص عليها (أي الصلاحيات) في قانون عادي وليس في الدستور. وقد كان من بواعث الأمل لدينا الانتباه إلى ذلك الخطأ الموضوعي الفادح عند تشكيل لجنة مراجعة (صياغة) الدستور التي نصت عليها المادة (١٤٢) من الدستور سالف الإشارة إليها، وبالفعل تم تشكيل هذه اللجنة، لذا استبشرنا خيراً بقيام تلك اللجنة بإعادة النظر بالنصوص الخاصة بمجلس الاتحاد والتي تضمنت مقترحاتها ضرورة ولادة هذا المجلس بنصوص دستورية جديدة أسوة بمجلس النواب، لا أن ينشأ بقانون يصدر من الأخير كما بينت ذلك نصوص الدستور الحالية، ونرى في ذلك أمراً طبيعياً ما دام هذا المجلس (الاتحاد) يشكل الذراع الثانية للسلطة التشريعية والمفروض أن تكون أداة خلقه نفس أداة خلق مجلس النواب.

### المطلب الثالث

#### التصورات القانونية لقانون مجلس الاتحاد

هنالك قاعدتان أساسيتان للصياغة التشريعية الجيدة تتمثل اولهما بقاعدة المنطق العلمي، وثانيهما بقاعدة حرفية الصائغ،<sup>(١٠١)</sup> ولسبق الحديث عن حرفية (الصائغ) لجنة كتابة الدستور، فاننا سنحاول بيان القاعدة الاخرى قدر تعلق الامر بموضوع البحث. ويراد بقاعدة المنطق العملي خطوتين تشريعتين متتاليتين، الاولى منهما تنحصر بالاجابة على سؤال محدد، هل نحن بحاجة الى تدخل تشريعي اصلاً لمواجهة الموضوع المطروح؟

١٠١ - د. حيدر ادهم الطائي - دروس في الصياغة القانونية - مركز العراق للابحاث - بغداد - ٢٠٠٨ - ص ٩٥.

نجد أنفسنا فيما يتعلق بالمواد (٤٨) و(٦٥) من الدستور أمام جملة من التساؤلات التي لا بد من إيجاد إجابات واضحة لها للوصول إلى أفضل تصور للسلطة التشريعية في العراق، واهم هذه التساؤلات هل نحن بحاجة إلى مجلس ثان؟ وإن كانت هنالك مثل تلك الحاجة، كيف ستصاغ اختصاصات هذا المجلس وما هو نطاقها؟ هل تكبد الدستور العراقي عناء الإشارة إلى مجلس الاتحاد ليجعل منه مجلساً من دون اختصاصات حقيقية كمجلس اللوردات البريطاني، أم أراد له التفوق على مجلس النواب كمجلس الشيوخ الأمريكي، أم أراد له اختصاصات معينة تبرر وجوده كمجلس الشيوخ الفرنسي؟ وكيف سنضمن ألا تتعارض تلك الاختصاصات مع جهات أخرى نص الدستور على تشكيلها، أو أفرزها الواقع السياسي العراقي؟ ومن هي الجهات التي ستتولى الفصل في المنازعات ما بين المجلسين في حال إقرار هذا النظام في العراق؟ وأسئلة أخرى كثيرة.

بالعودة إلى دستور ٢٠٠٥ نجد انه لم يذكر مجلس الاتحاد إلا أربع مرات وبشكل مقتضب،<sup>(١٠٢)</sup> كما انه قد أعطى جميع الصلاحيات إلى مجلس النواب وسكت عن صلاحيات مجلس الاتحاد، فالعملية التشريعية مناطة بالكامل بمجلس النواب، فيحق له وحده اقتراح القوانين (القوانين الاتحادية)،<sup>(١٠٣)</sup> وله وحده مناقشتها وتشريعها، كما انه انفرد بالرقابة على أداء السلطة التنفيذية، والعديد من الاختصاصات الأخرى دون أن يكون لمجلس الاتحاد دور فيها والتي سبق تفصيلها، مما يدفعنا إلى القول ان هنالك احتمالين:

الأول - عدم جدوى مجلس الاتحاد، ومن ثم عدم ضرورة التدخل التشريعي. وعلى الرغم من الاتجاه السائد يرى إن هنالك تلازماً ما بين الفيدرالية ونظام ازدواج السلطة التشريعية، بل انه يرى إن من بين الأمور المنطقية وجود مجلسين تشريعيين في الدول الاتحادية، نتيجة وجود علاقة ثلاثية داخل الاتحاد (سلطة اتحادية دول أعضاء الأفراد أو السكان)، إلا إن أهمية هذا النظام بدأت تضعف في اغلب دول العالم بسيطة كانت أم اتحادية، مما دفع البعض إلى القول بعدم وجود مبرر لوجود مجلس آخر بجانب مجلس النواب إلا في الدول الاتحادية، وأنه خارج هذا النطاق سيكون ازدواج الهيئة التشريعية في طريقه إلى الانتهاء، وأنه يفقد مبرراته يوماً بعد يوم.

بل يمكن القول انه مع الزمن ونتيجة للتطور الديمقراطي لدى بعض الدول الاسكندنافية، تم إلغاء المجالس الأرستقراطية (المجلس التشريعي الأول) في كل من النرويج

١٠٢ - الإشارة الأولى كانت في المادة (٤٨)، والثانية في المادة (٦٥)، أما الإشارة الثالثة فكانت في المادة (١٣٥)، واخيراً المادة (١٣٧)، في حين خصص ما يقارب (١٧) مادة متصلة ماعدا المواد التي تفرقت في الدستور وأشارت إلى مجلس النواب.

١٠٣ - المادة (٦٠/ثانياً) من الدستور العراقي.

والدانمارك والسويد وفنلندا، كما تم التقليل من أهميتها كثيراً كما حصل في بريطانيا، أو إلى تحويلها إلى هيئة ديمقراطية أو أغلبية ديمقراطية كما هو الوضع في فرنسا وبلجيكا وهولندا.<sup>(١٠٤)</sup>

ونحن بدورنا من الدعاة إلى إلغاء مجلس الاتحاد لعدم الحاجة إليه من جهة، ولأن جميع الاختصاصات مناطة بالأصل بمجلس النواب، خاصة وأن العجالة التي اتسم بها إصدار دستور ٢٠٠٥ لم تتح للجنة كتابة الدستور في حينه من التثبت من أهمية ونجاح واستمرارية نظام الثنائية التشريعية، وليس أفضل من عدم ارتكاب الأخطاء سوى الانتباه إليها ومحاولة تصحيحها.

الثاني - ان مجلس الاتحاد جزء مهم من السلطة التشريعية ومن ثم وجب المضي في تشريعه، وإذا كان الحال كذلك فما هي الخطوات المنطقية التي تضمن السير في عملية التشريع بطريقة علمية أو كفاءة أعلى؟ كيف سنتجنب ظاهرتين كلاهما أخطر من الأخرى في التشريعات العراقية وهما الإسراف التشريعي، وتضارب التشريعات؟ فإذا ما افترضنا أهمية مجلس الاتحاد وضرورته في العملية التشريعية العراقية، فإنا نعتقد أن الدستور في إشارته لمجلس الاتحاد أراد أحد احتمالين، وهذان الاحتمالان هما: أ- أن الدستور أراد لهذا المجلس أن يكون استشارياً: فمن البداهة القول انه ولكي يطلق وصف البرلمان على مجلس ما، يتعين أن يساهم في العملية التشريعية من ناحية، وبيّاشر دوراً رقابياً على أعمال الحكومة من ناحية أخرى،<sup>(١٠٥)</sup> فإذا ما أراد الدستور أن يكون مجلس الاتحاد مجلساً استشارياً فإنه سيقع في عدد من الإشكاليات أهمها في نظرنا:

١. إنشاء مجلس بلا اختصاصات حقيقية، فالمعروف أن الاستشارة تكون من حيث الأصل اختيارية، والمشرع الذي يرغب بان يكون لتلك الاستشارة صفة الإلزام عليه النص على ذلك صراحة،<sup>(١٠٦)</sup> وهذا سيقضي حتماً تعديل الدستور العراقي.

<sup>١٠٤</sup> - زهير أحمد قدورة - المجلس التشريعي الثاني وتناقض دوره في النظم السياسية المعاصرة - دراسة مقارنة - مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات - المجلد الثامن - العدد الأول - ٢٠٠٦ - ص ١٣٥.

<sup>١٠٥</sup> - د. فتحي فكري - المرجع السابق - ص ٤٥.

<sup>١٠٦</sup> - طلب الراي من مجلس الشورى المصري على سبيل المثال ليس ملزماً الا في اطار موضوعات بعينها (تعديل الدستور، مشروعات القوانين المكملة للدستور، مشروع الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية، معاهدات الصلح والتحالف). وبخلاف الموضوعات سالفة الذكر فان المبدأ أن طلب رأي مجلس الشورى اختياري لرئيس الجمهورية وحده تحريكه من عدمه. والمجلس في هذا الاطار بمثابة جهة استشارية لرئيس الدولة.

٢. الجهة التي سيقدم لها مجلس الاتحاد المشورة: فلن سيقدم مجلس الاتحاد الاستشارة؟ وهنا سنكون أمام حالتين، إما أن يقدمها إلى رئيس الجمهورية كما في مجلس الشورى المصري،<sup>(١٠٧)</sup> ونعتقد جازمين أن ذلك أمر غير منطقي، فما هي الموضوعات التي سيحتاج فيها رئيس الدولة - مع صورية وبساطة اختصاصاته - إلى إبداء الرأي والمشورة؟ أم سيقدمها إلى الحكومة؟ وجميعنا يعلم أن مجلس شورى الدولة يمارس هذا الدور ومنذ عقود - منذ كان تحت مسمى ديوان التدوين القانوني إلى أن أصبح مجلساً للشورى - ومن ثم فأنتنا سنكون أمام ازدواجية غير مبررة.<sup>(١٠٨)</sup>

ب - أن الدستور أراد منح مجلس الاتحاد بعض الاختصاصات التشريعية الحقيقية: الا انه انتظر من مجلس النواب، بيان مدى تلك الاختصاصات من خلال تشريع يضعه، وفي هذه الحالة سنكون أمام عقبة جديدة، وهي أن انتقاص مجلس النواب من اختصاصاته التي أشار لها الدستور سيؤدي إلى مخالفة دستورية أخرى، وسنكون أمام قانون يتسم بعدم الدستورية، لذا كان لابد من تعديل الدستور أولاً كما أسلفنا، لغرض أمكان منح مجلس الاتحاد اختصاصات حقيقية، أن أريد له المشاركة في العملية التشريعية، وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٨) من الدستور وإلا أصبحنا أمام مجلس استشاري.

وإذا كان التشريع الجيد هو الذي يأتي كثمرة لدراسة علمية حتى لا تكون أحكامه متعارضة مع أحكام أخرى، أي أن دوافع إعداد التشريع يجب أن تستقى من واقع يملئها، تجنباً للثغرات التشريعية التي تؤدي إلى شيوع الفساد وخاصة عند التطبيق، فان وضع قانون لمجلس الاتحاد سيؤدي الى حتماً الى كل من الاسراف التشريعي وتضارب التشريعات. ونعتقد انه أياً ما كان نوع وحجم الاختصاصات التي ستمنح إلى مجلس الاتحاد في حال الاستمرار بإقرار قانونه من قبل مجلس النواب فأنها لا تعد سبباً كافياً لإنشاء مجلس الاتحاد، إذ انه سيؤدي الى اسراف تشريعي وترهل دستوري يتمثل في تعدد المؤسسات الدستورية وتشابه اختصاصاتها، أو صورية اختصاصات بعضها.

<sup>١٠٧</sup> - المادة (٦/١٩٥) من الدستور ١٩٧١ المصري.

<sup>١٠٨</sup> - ولعل من المفيد الإشارة إلى أن مجلس الشورى المصري قد تعرض لذات الانتقاد من قبل الفقه، فالدستور المصري بإنشاءه لمجلس الشورى قد اوجد ازدواجية لا داعي لها، فالمجالس القومية المتخصصة، تقوم بالفعل بالدور الاستشاري المنوط بمجلس الشورى. ومن الطريف أن لجنة تعديل الدستور تناقضت مع نفسها ببيانها أن تجريد مجلس الشورى من اختصاصاته التشريعية والرقابية مرجعه تجنب مثالب ازدواج الاختصاص التشريعي والرقابي، ولكنها اوجدت ازدواجاً آخر في الدور الاستشائي، الذي اضحى منوطاً بجهتين في ذات الوقت، المجالس القومية المتخصصة ومجلس الشورى. لمزيد من التفاصيل راجع: د. فتحي فكري - المرجع السابق - ص ٤٦/٤٧.

ناهيك عن احتمال تعارض اختصاصات مجلس الاتحاد مع مؤسسات قائمة أو في النية إقامتها في العراق، فهو قد يتعارض مع الهيئة العامة لضمان حقوق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم،<sup>(١٠٩)</sup> والهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية،<sup>(١١٠)</sup> ولعل ذلك مما يدفعنا إلى التأكيد على عدم جدوى مجلس الاتحاد في هرم المؤسسات الدستورية العراقية. من ناحية أخرى إذا ما قرر المشرع حاجة المجتمع للتدخل التشريعي فإنه يحتاج إلى النظر إلى دستورية المشروع وتنقيته من شبهة عدم الدستورية، لذا نرى إن نقطة الانطلاق في أي تنظيم لمجلس الاتحاد هي تعديل الدستور، فلا مجال لبيان اختصاصات هذا المجلس - واسعة كانت أم ضيقة - وحتى إلغائه ما لم يعدل الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، وإلا كان أي قانون يضعه مجلس النواب لتنظيم عمله مشوباً بعدم الدستورية، إذ ليس أمام مجلس النواب لإصدار القانون المطلوب إلا إتباع طريق من اثنين، إما إن يقتطع جزءاً من اختصاصاته وإناطتها بمجلس الاتحاد، ويشترط لذلك تعديلاً دستورياً بطبيعة الحال، وأما إن يبتدع اختصاصات جديدة تخرج عن الاختصاصات التي تناط بالبرلمانات عموماً، وفي هذه الحالة تنتفي أهمية إنشاء مثل ذلك المجلس.

من جهة ثانية إن الضمانة الوحيدة لتمتع هذا المجلس باختصاصات فعلية - تشريعية أم رقابية أم غيرها - تتمثل في ذكرها في الدستور لمنع انفراد وهيمنة مجلس النواب بالعملية التشريعية من جهة (سواء ما تعلق بها بالتشريعات الاتحادية أم الدستور)، وانفراجه بسلطة وضع القانون الخاص بتنظيم مجلس الاتحاد من جهة ثانية، بعدد السلطة التشريعية الوحيدة فعلاً في العراق.

لذا كان النص على تشكيل واختصاصات مجلس الاتحاد في الدستور أمر جوهري، فضلاً عن ضرورة النص في الدستور على عدم المساس باختصاصات مجلس الاتحاد إلا من

---

<sup>١٠٩</sup> - ولا بد من الإشارة إلى أن الدستور نص في المادة (١٠٥) منه على "تؤسس هيئة عامة لضمان حقوق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في المشاركة العادلة في إدارة مؤسسات الدولة الاتحادية المختلفة والبعثات والزمالات الدراسية والوفود والمؤتمرات الإقليمية والدولية وتتكون من ممثلي الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وتنظم بقانون".

<sup>١١٠</sup> - والتي أشارت لها المادة (١٠٦) من الدستور والتي نصت على "تؤسس بقانون هيئة عامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية وتتكون الهيئة من خبراء الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات وممثلين عنها وتضطلع بالمسؤوليات الآتية : أولاً: التحقق من عدالة توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية بموجب استحقاق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم . ثانياً: التحقق من الاستخدام الأمثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها . ثالثاً: ضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم وفقاً للنسب المقررة".

خلال إجراءات خاصة، يشترط مشاركته - وبشكل فعال - فيها جنباً إلى جنب مع مجلس النواب.

#### الخاتمة

تعد الصياغة التشريعية هي التجسيد العملي للسياسة التشريعية المتبعة من جهة، وهي من جهة أخرى عملية ضرورية لترجمة جوهر القاعدة التشريعية، من خلال مقومات ومهارات وقدرات لغوية وقانونية تمكن الصانع من نسج أحكام تعبر عن معنى النص وروحيته من دون لبس أو غموض، وعن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة لتكون بالشكل الذي يتناسب والغرض التي فرضت من أجلها.

والصياغة على هذا النحو تعد عنصراً هاماً من عناصر تكوين القاعدة التشريعية لأنها هي التي تعطي للقاعدة الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق، مما يؤدي إلى القول بأن جانباً كبيراً من نجاح القاعدة القانونية يتوقف على الدقة في الصياغة واختيار أدواتها.

ودستور ٢٠٠٥ العراقي تأثر بالصياغة التشريعية سلباً في نواح متعددة، شكلية كانت أم موضوعية، وقد حاولنا تسليط الضوء على احدى موادها التي شابها عيب موضوعي في الصياغة، ونقصد بها المادة (٦٥) من الدستور والتي احوالت بشأن تنظيم مجلس الاتحاد - باعتباره جزء من السلطة التشريعية الاتحادية - الى قانون يضعه مجلس النواب. واقترحنا في هذا الصدد امران، الاول ان يصار الى الغاء المواد المتعلقة بمجلس الاتحاد، وهي لا تتجاوز الاشارات الاربعة لعدم جدوى هذا المجلس من الناحية الدستورية، والثاني تعديل تلك المواد بما يتناسب مع دور المجلس - باعتباره جزء من السلطة التشريعية الاتحادية في العراق - وذلك من خلال النص في الدستور على طريقة تشكيله واختصاصاته على سبيل الدقة، او على الاقل فيما يتعلق بالاساسيات، ليصبح من المنطقي الاحالة الى القانون لتنظيم المسائل التفصيلية، وفي هذا السياق يجب ان يحال الى مجلس الاتحاد وضع نظام داخلي ينظم شؤونه، مثله مثل مجلس النواب، فلا افضلية لمجلس على اخر، ولا تبعية من مجلس لآخر.

وحاولنا من خلال البحث - وكل في موضعه - بيان ذلك الخلل التشريعي، وما يترتب عليه من اخطاء تراكمية، فاذا لم يعدل الدستور، ولم يصار الى تنظيم مجلس الاتحاد بذات الاداة التشريعية التي نظمت مجلس النواب، فان احتمالات وضع قانون تتسم جل موادها بعدم الدستورية يبقى احتمال قائم. سواء منها ما تعلق بطريقة تشكيله، وعدد اعضائه، والشروط الواجب توافرها فيهم، وطريقة اختيارهم، ومدة العضوية فيه، وطبيعة اختصاصاته، وعلاقته بمجلس النواب، واحوال التعارض بين اختصاصات كل منهما، وغيرها كثير.

#### المراجع

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري والنظم السياسية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٦ .
٢. د. ثروت بدوي - النظم السياسية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ .
٣. د. حيدر ادوم الطائي - دروس في الصياغة القانونية - مركز العراق للابحاث - بغداد - ٢٠٠٨ .
٤. زهير أحمد قدورة - المجلس التشريعي الثاني وتناقض دوره في النظم السياسية المعاصرة - دراسة مقارنة - مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات - المجلد الثامن - العدد الأول - ٢٠٠٦ .
٥. د. زهير اسكندر - صياغة النص التشريعي - مركز الدراسات القانونية والقضائية -

- من منشورات الانترنت - [www.arabruleoflaw.org](http://www.arabruleoflaw.org)
٦. د. سامي جمال الدين - اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية - منشاة المعارف  
بالاسكندرية - ١٩٨٢.
٧. د. سليمان محمد الطماوي - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي  
الفكر السياسي الاسلامي - معهد الدراسات العربية - جامعة الدول العربية -  
١٩٦٧.
٨. د. طعيمة الجرف - القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٤.
٩. د. فتحي فكري - وجيز القانون البرلماني في مصر - شركة ناس للطباعة -  
٢٠٠٦.
١٠. مجموعة باحثين - مأزق الدستور - نقد وتحليل - ط١ - معهد الدراسات  
الاستراتيجية - الفرات للنشر والتوزيع - بغداد - بيروت - ٢٠٠٦.
١١. هيثم الفقي - الصياغة القانونية - من منشورات شبكة المعلومات العالمية  
(الانترنت) - [www.shaimaatalla.com](http://www.shaimaatalla.com)

الصياغات الدستورية للنصوص المحرمة للتعذيب في الدساتير العربية

## د. حيدر ادهم عبد الهادي

### المقدمة:

تشغل فكرة صياغة النصوص القانونية حيزاً مهماً في مجال التشريع، فهي الأداة الصانعة الأساسية والمميزة له باعتباره المصدر الأول للقاعدة القانونية والذي من المفروض أن يحوز سمة الوضوح التي تشكل العلامة الفارقة الكبرى بينه – أي التشريع كمصدر للقاعدة القانونية – وبين العرف حتى ان القول ليصح بان السمة المذكورة ساهمت جوهرياً في تقدم التشريع على العرف بسلم ترتيب مصادر القاعدة القانونية سواء كان ذلك على مستوى القاعدة القانونية العادية أم القاعدة القانونية الدستورية، وسواء تعلق الأمر بنطاق قواعد القانون على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي.

ان الصياغة القانونية للنصوص الدستورية تعد بمثابة تحويل للمادة الأولية التي يعبر عنها جيني بعنصر العلم المتكون من أربعة حقائق تشكل بتفصيلاتها المصادر المادية للقاعدة الدستورية الى نصوص قانونية ينظر اليها على أساس كونها تشكل المصادر الشكلية للقاعدة ذاتها. وما يترتب على ما تقدم ضرورة ان يكون القائم بعملية الصياغة على دراية كاملة بمجموعة من الحقائق الجوهرية التي تستخدم في خطوات صياغة النص الدستوري المكرس لمصلحة محددة يرى المشرع ضرورة حمايتها دستورياً.

إن مراجعة النصوص الدستورية ذات الصلة بتحريم التعذيب في الدساتير العربية يكشف عن تباين مستوى الصياغات المذكورة بل واختلاف مستوى تفصيل الحماية من الناحية الاجرائية في النصوص المحرمة للتعذيب في هذه الدساتير، وإذا سلمنا بوجود حقيقة مضمونها ان المؤسسات الأمنية في الدول العربية تلجأ الى ممارسة التعذيب ضد المعتقلين في زناناتها فإن أهمية تبني نصوص دستورية محرمة للتعذيب مع وجود نوع من التفصيل المثبت للحماية باليات واضحة في هذه النصوص تبدو مهمة ضرورية لم تستجب لها حتى هذه اللحظة غالبية الدساتير العربية بما في ذلك دستور العراق لعام ٢٠٠٥ وهو أحدث دستور عربي حتى لحظة كتابة هذه السطور، ولا نعتقد ان هذه الفكرة مستحيلة التطبيق، ففي النصوص الدستورية التي ترد في بعض دساتير دول العالم يلاحظ وجود تفاصيل تنظم بعض المواضيع عكست معاناة الشعوب من جوانب معينة في فترات من تأريخها منها على سبيل المثال النصوص المنظمة لأداء الخدمة العسكرية في الدستور الفيدرالي الألماني لعام ١٩٤٩، والنص المنظم للجنسية العراقية على مستوى القاعدة الدستورية في الدستور العراقي (م ١٨) ومن ثم فان هذا البحث يستهدف الخوض في مشكلة عدم قدرة النصوص المحرمة للتعذيب والواردة في الدساتير العربية على توفير حماية حقيقية تعمل على الحد من هذه الظاهرة التي عكست بعض المشاهد التلفزيونية والصور الفوتوغرافية بشاعتها وابتعاد مرتكبي هذه الأفعال عن مستوى الحد الأدنى من الاخلاق الانسانية وتجردهم من أدنى مستويات النبل والالتزام بقواعد القانون الوضعي. وإذا سلمنا بقيام مشكلة البحث، فإن الهدف من وراء هذه السطور

سيحدد بصورة تلقائية متمثلاً في السعي باتجاه تبني نصوص دستورية محرمة للتعذيب بتفصيل أكبر من الموجود حالياً في الدساتير العربية على اعتبار ان تحدي هذه الظاهرة للفكر القانوني يتطلب استجابة صحيحة على مستويات متعددة منها مستوى الصياغة القانونية للنص الدستوري مع ضرورة الاعتراف مبدئياً ان ما تتضمنه هذه السطور لا يحمل جديداً كله، فضلاً عن ان هدف البحث سيسير باتجاه تضخيم النص الدستوري المكرس لتحريم التعذيب في الدساتير العربية.

## المبحث الأول: تعريف التعذيب في ضوء عنصر العلم والصياغة

يتداول فقهاء القانون قولاً ماثوراً مضمونه ان أي تعريف من الضروري ان يكون جامعاً مانعاً للمُعَرَّف فهو جامع لما يجب أن ينضوي تحته ومانع من دخول غيره تحت مظلته، والفهم المتقدم يعكس صعوبة الوصول الى تعريف موحد للكثير من المفاهيم التي تشغل بال العاملين في الشأن القانوني، ومع صعوبة تقديم تعريف بهذا الوصف، فاننا نجد محاولات يقدمها المشرع الوطني والمشرع الدولي فضلاً عن مساهمات فقهاء القانون التي تنصب باتجاه تعريف الكثير من المفاهيم والمصطلحات المتداولة في نطاق الانظمة القانونية وما سنستعرضه في المطلب الاول تعاريف عدة محددة لمفهوم التعذيب في حين سنحاول تحديد بعض الافكار المساهمة في عملية صنع النصوص القانونية في المطلب الثاني.

### المطلب الاول: تعريف التعذيب

### المطلب الثاني: العوامل المساهمة في صنع النصوص القانونية

### المطلب الاول: تعريف التعذيب

عرفت المادة (١/١) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٦/٣٩ المؤرخ في ١٠ كانون الاول ١٩٨٤ والتي دخلت دور النفاذ بتاريخ ٢٦ حزيران ١٩٨٧ بانه ((أي عمل ينتج عنه ألم او عذاب شديد، جسدياً كان ام عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص او من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، او معاقبة على عمل ارتكبه او ثبت في انه ارتكبه، هو او شخص ثالث او تخويله او ارغامه هو او اي شخص ثالث او عندما يلحق مثل هذا الألم او العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أياً كان نوعه، او يحرض عليه او يوافق عليه او يسكت عنه موظف رسمي أو اي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية. ولا يتضمن ذلك الألم او العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملائم لهذه العقوبات أو التي يكون نتيجة عرضية لها))<sup>١</sup> في حين عرفت المادة (٧) من نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة التعذيب التي عدتها من الجرائم التي ترتكب ضد الانسانية في فقرتها الثانية البند (هـ) فهو يعني ((تعهد الحاق ألم شديد او معاناة شديدة سواء بدنياً او عقلياً بشخص موجود تحت اشراف المتهم او سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم او معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية او يكونان جزءاً منها او نتيجة لها)) وثبتت المادة (٢) من الاتفاقية الامريكية لمنع التعذيب والعقاب عليه تعريفاً للتعذيب جاء فيه ((لأغراض هذه الاتفاقية يفهم التعذيب على انه فعل يرتكب عمداً لانزال الألم البدني او العقلي او المعاناة بأي شخص لأغراض التحقيق كوسيلة للتخويل او كعقوبة شخصية او كإجراء وقائي أو لأي غرض آخر. ويفهم التعذيب كذلك على انه استخدام الوسائل التي يقصد بها طمس شخصية الضحية او اضعاف قدراته البدنية أو العقلية حتى وان لم تسبب الألم البدني او العقلي. ولا يشمل مفهوم

التعذيب الألم أو المعاناة التي تلازم أو تكون من آثار الإجراءات القانونية بشرط ألا تشمل ارتكاب أعماله واستعمال وسائل مشار إليها في هذه المادة)) ومما يلاحظ على التعذيب الوارد في اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤ أنها اشترطت في من يمارس هذه التصرفات أن يكون موظفاً رسمياً في حين لا يشترط ذلك بالنسبة للتعريف الوارد في المادة ٢/٧ هـ من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فهو لا يقتضي اشتراك شخص يتصرف بصفته الرسمية كشرط من الواجب أن يتوافر لتعريف العمل الذي يقصد منه إلحاق ألم أو عذاب شديد كونه يشكل تعذيباً، والحقيقة إن الفارق القانوني بين التعذيب وغيره من ضروب المعاملة السيئة يتمثل في مدى شدة ما يتم إلحاقه من ألم وعذاب فضلاً عن كون التعذيب يقتضي توافر غرض محدد من وراء العمل كالحصول على المعلومات مثلاً، وتمنع أيضاً في نطاق القانون الدولي الإنساني الممارسة أعلاه المادة ٣/أولاً في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ التي تشير إلى جانب من المسائل ذات الصلة بالنزاعات المسلحة ذات الطابع غير الدولي "فالعنف الذي يعصف بالحياة ويمس الشخص، وبخاصة القتل بجميع أنواعه وتشويه الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب" من المهم أن تبقى محظورة في كافة الأوقات وفي أي مكان فيما يتعلق بالأشخاص الذين لا يشتركون في الأعمال الحربية، وتحظر المادة ١/٢/٧٥ من البروتوكول الإضافي الأول، والمادة ١/٢/٤ من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف" العنف الذي يطال الإنسان وصحته وسلامته البدنية والعقلية" وبخاصة القتل منها والتعذيب والعقوبة البدنية إضافة إلى تشويه الأطراف<sup>٢</sup> والحقيقة إننا نجد تطبيقات قضائية لنصوص محرمة للتعذيب تظهر بشاعة الممارسات، ففي قضية لاوزو تاموريو أوضحت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان "إن انتهاك السلامة البدنية والنفسية للأشخاص ينتمي إلى فئة الانتهاكات التي تنطوي على درجات عديدة وتشمل المعاملة التي تتراوح بين التعذيب وغيره من أنواع الإهانة أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة بدرجات مختلفة من الآثار البدنية والنفسية التي تتسبب فيها عوامل داخلية وأخرى خارجية يجب إثباتها في كل حالة من الحالات المحددة" وأضافت المحكمة المذكورة "حتى في حالات غياب الإصابات البدنية يمكن اعتبار المعاناة النفسية والمعنوية التي يصحبها اضطراب نفسي أثناء الاستجواب، معاملة لا إنسانية. وعنصر الإهانة يتمثل بالخوف والقلق والإشعار بالدونية لغرض إذلال الضحية والحط من كرامته وكسر مقاومته البدنية والمعنوية وتزداد هذه الحالة تفاقمًا من جراء ضعف الشخص الذي يحتجز بطريقة غير قانونية.... وأي استخدام للقوة لا تقتضيه الضرورة لتأمين السلوك السليم من جانب المحتجز يشكل تعدياً على كرامة الشخص"<sup>٣</sup>

ولا نجد تعريفاً للمقصود بالتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في النصوص الدستورية المحرمة لهذه الممارسات والواردة في الدساتير العربية وليس ذلك بالأمر الغريب فهو منهج غالبية دساتير دول العالم إن لم يكن جميعها التي حرمت نصوصها الممارسة المذكورة فضلاً عن اتفاقيات دولية مهمة

لحقوق الانسان لم تورد ايضاً تعريفاً للتعذيب في موادها رغم التحريم الوارد فيها للممارسة المذكورة.

### المطلب الثاني: العوامل المساهمة في صنع النصوص القانونية

تعد مسألة الالمام بمجموعة العلوم الاجتماعية او الانسانية من العناصر الجوهرية التي تسهل الوصول الى صياغة تشريع يقترب بدرجة أكبر من الكمال، ففائدة توافر حد أدنى من المعرفة بتاريخ القانون جانب مهم للغاية إذ ان الدراسة او المعرفة التاريخية تكفل للمشرع عند وضعه لقاعدة جديدة ان يستفيد من تجارب الماضي وفي ضوء ما يقدره قد يقرر الإبقاء على القديم الصالح او يسير في طريق التطور والتجديد وتبني أفكار مبتكرة تنظم المصالح المتضاربة في المجتمع، وفهم جوهر ما تصبو الى تحقيقه القواعد القانونية أمر يرتبط بفلسفة الدولة والمجتمع في زمان ومكان معينين، والأسس الفلسفية بأبعادها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية .... الخ تعكس توجهات محددة ينبغي المشرع تحقيقها وبواسطتها يتحقق الاصلاح في المجتمع.

ان فهم جوهر القاعدة القانونية ومكوناتها المادية التي تصب في النهاية بقالب شكلي يأخذ صيغة النص التشريعي امر يتطلب دراسة مذاهب القانون حيث طرح كبار الفقهاء آرائهم المختلفة وتوجهاتهم المتباينة من العناصر التي تساهم في خلق القاعدة القانونية بدرجة تقترب من هدف تحقيق نوع من الكمال فيها فطبقاً للمذاهب الشكلية ينظر الى الجهة التي يصدر منها القانون في حين تبحث المذاهب الموضوعية في جوهر وطبيعة القانون والمادة الاولية التي يتكون منها على اعتبار ان القانون في مفهوم هذه المذاهب يعبر عن مظهر اجتماعي. وفي المساحة التي تحركت فيها المذاهب الموضوعية تباينت ايضاً وجهات النظر في الموقف من جوهر القاعدة القانونية وطبيعتها، فنظر بعضهم إلى المثل الاعلى الذي يبينه العقل ويكشف عنه، في حين نظر آخرون الى الحقائق الواقعية إذ انهم لا يعترفون بغير الواقع الملموس، وهكذا أقام مذهب القانون الطبيعي الذي يؤكد على ان جوهر القانون يتجسد في المثل الأعلى لفكرة العدل التي يستخلصها الانسان باعمال عقله، وقامت المذاهب الواقعية التي تؤكد كما أشرنا على الواقع الملموس الملاحظ بالتجربة والمشاهدة. وبين الاتجاهين المذكورين قام اتجاه ثالث مثلته المذاهب المختلطة التي جمعت بين المثل الاعلى والحقائق الواقعية، وهي توجهات تبدو الجامعة لجوهر القاعدة القانونية عند تحليل مكوناتها الى عواملها الاولية، ويعد جيني رائد ما عبرت عنه المذاهب المختلطة حيث خرج علينا بكتابه المشهور العلم والصياغة تطرق فيه لجوهر القاعدة القانونية التي تتكون من عنصرين: عنصر العلم وعنصر الصياغة، فالاول وهو عنصر العلم يمثل المادة الاولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ويعبر عن هذا العنصر بمجموعة من الحقائق التي تعكس عوامل طبيعية واقتصادية ودينية واخلاقية وسياسية واجتماعية وتاريخية وهذه الحقائق:-

١- الحقائق الواقعية او الطبيعية المتمثلة بالظروف التي تحيط بالناس في حياتهم الاجتماعية كالوضع الجغرافي والحالة النفسية والخلفية الدينية اضافة الى

ظروف اقتصادية او سياسية او اجتماعية أخرى تؤخذ بنظر الاعتبار عند صياغة القاعدة القانونية وتشكل جزءاً من الحقائق الواقعية او الطبيعية. ان من المهم مراعاة هذه الحقائق الاولية لتحديد نطاق المسائل القانونية التي يراد تنظيمها<sup>٥</sup>.

٢- الحقائق التاريخية التي تعبر عن مجموعة النظم القانونية والاجتماعية المختلفة التي طبقت في المجتمع والتي تكونت على مر الاجيال فهي تشكل التراث الذي خلفته الاجيال السابقة والخاصة بتكوين وتنظيم الحياة الاجتماعية معبراً عنها بالاعراف والعادات والتقاليد. ان هذه الحقائق ذات الطبيعة التاريخية تساهم في تكوين وجهة محددة تجاه المسائل المتنوعة ذات العلاقة بها<sup>٦</sup>.

٣- الحقائق العقلية التي يراد بها مجموعة الافكار والحقائق والنتائج التي يتوصل اليها العقل من الحقائق الواقعية التاريخية وبالشكل الذي يقوم فيه بتحويلها وصقلها لكي تصبح متفقة مع غاية القانون ويعطي جيني هذه الحقائق أهمية كبيرة فعن طريق اعمال العقل في النظر الى الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية نستطيع أن نحكم على درجة ملاءمتها لتحقيق الغاية التي يهدف اليها كل تنظيم قانوني<sup>٧</sup>.

٤- الحقائق المثالية التي تعبر عن آمال وطموحات الانسان لتحقيق التقدم المطرد للقانون خارج نطاق النظام القانوني الذي تفرضه حقائق الحياة الواقعية او التاريخية او العقلية، فهي المثل العليا التي يضعها الإنسان نصب عينيه للنهوض بالقانون بهدف تحقيق الكمال ويجري استلهاها من الإيمان<sup>٨</sup>.

ان ما تقدم من حقائق يشير إليها جيني تعد في رأيه جوهر القاعدة القانونية، ويقرر أن أهم هذه الحقائق هي الحقائق العقلية على اعتبار ان الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية لا تتطلب اكثر من المشاهدة والتجربة اذ يجري تسجيلها دون ان نكون بحاجة لنشاط ذهني او شخصي، ولا تتدخل الحقائق المثالية إلا للسمو بالقواعد التي يقررها العقل في ضوء الحقائق الواقعية والتاريخية، فجوهر القانون عمل يقوم به العقل، ذلك ان الحقائق العقلية هي التي تقوم بايصالنا الى فكرة العدل وبه يتحقق النظام والامن في الحياة الاجتماعية، وفي ضوء ما تقدم يقرر جيني اشتراط وجود حد ادنى من فكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية ، وصفوة القول ان جوهر الحقائق التي تتكون منها القاعدة القانونية تقع تحت طائفتين هما:-

أولاً- حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة لتشمل كل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية، وهي عناصر اساسية في تكوين القاعدة القانونية على اعتبار ان القانون يكون في أمس الحاجة الى تقرير الواقع من طبيعة الحياة الاجتماعية وتفصيلها تقريراً مبني على المشاهدة والتجربة وبالشكل الذي يعكس الطابع العلمي لهذا العمل.

ثانياً- حقائق عقلية تفكيرية وهي الحقائق التي تخرج عما هو محسوس ومشاهد وتندرج تحتها الحقائق العقلية والحقائق المثالية، فإذا كان القانون بحاجة الى تقرير الواقع فانه بالمقابل يحتاج أيضاً الى تقويم هذا الواقع تقويماً عقلياً في ضوء مثل أعلى هو العدل.

**المبحث الثاني:-** تحريم التعذيب في الدساتير العربية في ضوء واقع هذه الممارسة اثبتت تقارير المنظمات الدولية المعنية بحقوق الانسان التي عكست واقع ممارسة أجهزة الأمن في البلدان العربية، فضلاً عن القرارات القضائية العديدة الصادرة عن المحاكم العربية وجود ممارسة للتعذيب من الصعب إنكارها بشكل ظهر فيه عدم احترام النصوص الدستورية والنصوص الأخرى الحامية لحقوق الإنسان وحرياته العامة الواقعة خارج مواد الدستور في التشريعات العادية، وهذا ما سوف نتطرق له في المطلب الأول الذي سينصب على استعراض واقع حال ممارسة التعذيب في البلدان العربية على هدي التقارير المرفوعة من جانب بعض المنظمات المعنية بهذا الامر في حين سيبحث المطلب الثاني في الصياغات الدستورية للنصوص المحرمة للتعذيب في الدساتير العربية، مع ضرورة ملاحظة مسألة أساسية مضمونها إن الإشارة إلى واقع حال أمر ما في بلد عربي فان القصد من ذلك لن يتعدى التنبيه لا النقد أو اللوم فهو لا يجدي في تحسين الأوضاع، ومن ثم من المهم أن يتسع صدر الآخرين لذلك.

### **المطلب الاول: ممارسة التعذيب في البلدان العربية** **المطلب الثاني: النصوص المحرمة لممارسة التعذيب في الدساتير العربية**

**المطلب الاول: ممارسة التعذيب في البلدان العربية**  
شهدت البلدان العربية في ظل تخلف الحركة المهتمة بحقوق الانسان فيها تراجعاً كبيراً في مجال حماية الحقوق والحرريات العامة فقد انصب اهتمام المستوى الرسمي للقيادات السياسية العربية على طرح الشعارات الكبيرة التي حظيت بدعم جماهيري واسع في فترة من الفترات إلا ان الفشل الذي صاحب عملية تحقيق هذه الاهداف قد ولد رد فعل عكسي، فما قبلت الجماهير ان تغض الطرف عنه من ضرورة حماية حقوقها وحرياتها لمصلحة الاهداف الكبيرة لم يعد له ما يبرر بقاء الحال على ما كان عليه ومع ذلك فان الملاحظ إن انتهاك حقوق الإنسان في العالم العربي مازال أمراً قائماً وكأن الطائر العربي لا يرتضي لنفسه وفي عناد واضح إلا ان يغرد بعيداً عن السرب ولا يكاد المراقب يستثني بلداً واحداً من هذه البلدان في عالم عربي مازالت رياح التغيير تعصف به، وقد وثقت المنظمات الدولية المعنية بحقوق الانسان حالات عدة ثبت فيها قيام جهات امنية عربية بممارسة التعذيب وتعريض المحتجزين لديها للمعاملة الحاطة بالكرامة حيث اتبعت مع هؤلاء اساليب متنوعة بهدف انتزاع اعترافات منهم ولايختلف الحال في البلدان العربية عن أكثر من نصف دول العالم التي تؤكد منظمات دولية انها تمارس التعذيب بصورة منتظمة وبشكل متكرر رغم الالتزامات القانونية لهذه الدول ورغم ان جميع دول العالم هي أعضاء في الامم المتحدة الذي يركز ميثاقها على ضرورة المحافظة على كرامة الانسان واحترامه ورعايته بل ان عدداً ملفتاً للنظر من الدول التي توجد فيها ممارسات واضحة للتعذيب تعد أطرافاً في اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ والاعلان الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة لعام ١٩٧٥ المتعلق بحماية جميع

الأشخاص من التعرض للتعذيب ثم اتفاقية مناهضة التعذيب التي اعتمدها الجمعية العام عام ١٩٨٤ ودخلت دور النفاذ عام ١٩٨٧ ورغم الجهود الكبيرة التي بذلت على مستويات متعددة فان مشكلة التعذيب تظل حتى اللحظة مؤرقة للمجتمع الإنساني وتتطلب جهوداً إضافية مضاعفة للتخلص من انتهاك بشع للكرامة الانسانية . والعناصر المذكورة التي تعكس بقاء مشكلة ممارسة التعذيب قائمة من الصعب ان نتصور حلاً جذرياً لها خارج نطاق القيم الاجتماعية السائدة في مجتمعات الدول التي ينتمي اليها أفراد المؤسسة الأمنية، وان كان بالامكان تصور مساعدة الآليات الدولية لمكافحة ظاهرة التعذيب في تحقيق نوع من التخفيف من ممارسة هذا التصرف غير الانساني ومن ذلك ما جاء به البروتوكول الاختياري لاتفاقية الامم المتحدة لمناهضة التعذيب (opcat) الذي يساهم في تحسين الوقاية من التعذيب والاشكال الأخرى من سوء المعاملة .

ان ممارسة التعذيب في العالم العربي قد اصبح فلكلوراً مميزاً للأجهزة الأمنية فيها ولا يمكن القول بأي حال من الأحوال ان مثل هذه الممارسة تليق بهذه الدول وبتأريخها القانوني العريق<sup>١١</sup> . وربما يكمن جانب مهم من المشكلة في عدم تحسن الاوضاع حتى هذه اللحظة فضلاً عن ارتباط هذه النتيجة بظاهرة عدم الاستقرار السياسي التي سيطرت وما تزال على الاوضاع السياسية في العالم العربي نتيجة غياب الديمقراطية وحكم العسكر فيها<sup>١٢</sup> .

#### **المطلب الثاني:- النصوص المحرمة لممارسة التعذيب في الدساتير العربية**

تتضمن الدساتير العربية المطبقة حتى الوقت الحاضر نصوص تكفل قائمة من الحقوق والحريات لمواطني هذه الدول من الناحية الدستورية في أقل تقدير إلا ان هذه النصوص تتباين في صياغاتها لاسلوب ضمان عدم التعذيب وتحريم معاملة الإنسان بطريقة حاطة بالكرامة ويمكن تقييم موقف الدساتير العربية من تحريم التعذيب الى عدة فئات<sup>١٣</sup>:-

**الفئة الاولى:-** تمثلها مجموعة من الدساتير التي لا يرد فيها أي نص دستوري يحرم التعذيب او يعالج هذه المسألة بأي شكل من الأشكال، والفئة المذكورة تشمل دساتير لبنان لسنة ١٩٢٦ والأردن لسنة ١٩٥٢، وقد تدارك المشرع الدستوري الأردني هذا النقص بتعديل عام ٢٠١٠ جرى فيه تثبيت نص دستوري يحرم التعذيب، وتونس لسنة ١٩٥٩، والصومال لسنة ١٩٦٩، وليبيا لسنة ١٩٦٩ و ١٩٧٧، وموريتانيا لسنة ١٩٩١، والنظام الأساسي للحكم في السعودية لسنة ١٩٩٢، ودستور المغرب لسنة ١٩٩٦، ودستور اتحاد جزر القمر لسنة ٢٠٠٣ .

**الفئة الثانية:-** تمثلها مجموعة من الدساتير التي تمتاز بصياغتها المؤكدة على منع التعذيب باشكاله المختلفة دون أية اضافات أخرى والمثال على هذه الفئة دساتير الكويت لسنة ١٩٦٢ والإمارات لسنة ١٩٧١ والسودان لسنة ١٩٩٨ فالمادة (٢٠) من الدستور الأخير نصت على ((لكل انسان الحق في الحياة والحرية، وفي الامان على شخصه وكرامته وعرضه إلا بالحق وفق القانون وهو حر يحظر استرقاقه أو تسخيريه أو اذلاله او تعذيبه)).

**الفئة الثالثة:-** وتشمل عدة دساتير تتحدث عن موضوع منع التعذيب مع إضافة مضمونها ان القانون سيعاقب من يمارس هذه الأفعال وتشمل هذه الفئة دساتير سوريا لسنة ١٩٧٣، وجيبوتي لسنة ١٩٩٢، وقطر لسنة ٢٠٠٣.

فالمادة (١٦) من دستور جيبوتي تنص على انه ((لا يجوز إخضاع أي شخص للتعذيب أو العنف أو المعاملة اللاإنسانية أو القاسية أو المتدنية أو المهينة. وإذا ثبت إدانة أي شخص أو موظف في الدولة أو سلطة عامة بارتكاب هذه الأفعال سواء بمبادرة شخصية أو بناء على تعليمات يعاقب طبقاً للقانون)).

**الفئة الرابعة:-** وتشمل قانون فلسطين الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣ وهو يتحدث عن منع أو حظر التعذيب وإقرار بطلان كل قول أو اعتراف صدر بالاستناد إليه، فالمادة ١٣ من قانون فلسطين الاساسي تنص على انه لا يجوز إخضاع أحد لأي إكراه أو تعذيب ويعامل المتهمين وسائر المحرومين من حرياتهم معاملة لائقة ويقع باطلاً كل قول أو اعتراف صدر بالمخالفة لأحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

**الفئة الخامسة:-** وتمتاز الصياغات الدستورية لهذه المجموعة بمنع أو تحريم التعذيب زائداً إقرار ان القانون سيعاقب من يلجأ الى هذه الممارسات وبطلان كل قول أو فعل ترتب عليها وتشمل هذه المجموعة النظام الأساسي لسلطنة عُمان ودستور البحرين لسنة ٢٠٠٣.

فالمادة (١٩) من دستور البحرين تنص على ((لا يُعَرَضُ أي انسان للتعذيب المادي أو المعنوي أو للإغراء أو للمعاملة الحاطة بالكرامة ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد بأي منها)).

**الفئة السادسة:-** وتشمل على صياغات تحرم التعذيب مع اقرار فرض عقوبات لمن يمارس هذه الأفعال وطبقاً للقانون مع كفالة حق الضحية في التعويض من جانب الدولة، إذ يرد ما تقدم في دستور مصر لسنة ١٩٧١، والدستور اليمني لسنة ١٩٦٤، والدستور العراقي النافذ. فالمادة ٥٧ من دستور مصر تنص على (كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدول تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء).

**الفئة السابعة:-** ويمثلها دستور الجزائر لسنة ١٩٩٦ حيث نصت المادة ٣٤ على ذكر منع التعذيب بالنص على انه ((تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة)) الا ان الاضافة الحقيقية التي يمكن ان تعطي بعداً عملياً لهذا التحريم ورد في المادة (٤٨) من الدستور المذكور التي نصت على ((يخضع التوقيف في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ولا يمكن ان يتجاوز مدة ثمان واربعين ساعة. يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فوراً بأسرته ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناء ووفقاً للشروط المحددة بالقانون ولدى انتهاء مدة التوقيف للنظر يجب أن يجري فحص طبي على الشخص الموقوف ان طلب ذلك على أن يعلم بهذه الإمكانية)).<sup>١٤</sup>

ويبدو إن الصياغة الواردة في النص الجزائري تشكل الرؤية الأكثر تقدماً بالمقارنة مع النصوص الدستورية العربية الأخرى فهي تتضمن ضمانات حقيقية على المستوى التشريعي يمكن ان يقلل من حالات ممارسة التعذيب أو الممارسات الأخرى المرتبطة به ومع ذلك يلاحظ ان هذه الضمانات تشكل جزءاً شكلياً في ضوء الممارسات التي تقوم بها دائرة الاستعلام والأمن في الجزائر إذا صحت المعلومات الواردة في تقارير منظمة العفو الدولية<sup>15</sup>.

وبقدر تعلق الأمر بموقف الدستور العراقي فقد عالجت المادة 37/أولاً/ج مسألة حظر التعذيب إذ نصت على ((يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية، ولا عبدة بأي اعتراف انتزع بالإكراه، أو التهديد أو التعذيب، وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي والذي اصابه وفقاً للقانون)) وهذا نص يتخلف في نظرنا عن النص الذي يكرسه الدستور الجزائري ذلك ان الصياغة الواردة في دستور الجزائر تضع آلية لردع ممارسة التعذيب بينما لا يشير الدستور العراقي لهذه الآلية رغم انه يمنح الضحية حق المطالبة بالتعويض إلا إن تثبت هذا الحق دستوريا لا يضيف شيئاً جديداً فهو تحصيل حاصل<sup>16</sup>.

## الخاتمة

ينظر الى دساتير الدول باعتبارها تمثل أسمى وثيقة قانونية وسياسية من المفروض ان توضع موضع التطبيق ويجري احترام نصوصها ومع ان اغلب دساتير الدول العربية تتضمن نصوصاً محرمة للتعذيب فان اللجوء الى ممارسة التعذيب مايزال أمراً يعبر عن حقيقة واقعة حيث رصدت المنظمات المعنية بحقوق الانسان انتهاكات دورية وبصورة مستمرة لحق كل إنسان في عدم التعرض للتعذيب او العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة حتى في الوقت الذي تشير الكثير من الكتابات الفقهية ذات الطابع القانوني الى اسباغ وصف القاعدة الآمرة على تحريم الممارسة المذكورة حيث لا يجوز الاتفاق على خلافها حتى في ظل حالة الطوارئ أو الظروف الاستثنائية لقيام ممارسة الحالة المذكورة على أسس تتناقض مع القيم الاجتماعية والقانونية والاخلاقية والانسانية.

ان وجود ممارسة للتعذيب من جانب الاجهزة الأمنية أمر لا يمكن ان يكون مقبولاً بأي حال من الاحوال واذا كان بالامكان تصور وجود عدة اجراءات في المستطاع اتخاذها بهدف تحسين اداء الاجهزة الامنية وابتعادها أثناء قيامها بواجباتها عن هذه الممارسة غير الانسانية فان من جملة وسائل تحسين الاداء المذكور الارتقاء بمستوى المعالجة المحرمة الى مرتبة النصوص الدستورية والتي يمكن أن تتسع فيها إلى أكثر من مجرد النص على تكريس التحريم او ذكر بعض الآثار التي تترتب على هذه الممارسة كحق الضحية في التعويض ذلك ان العناية بصياغة النصوص الدستورية من العوامل المهمة للعناية والتي تساهم في تثبيت حماية حقيقية على المستوى القانوني، ولا يعد ذلك أمراً غريباً فالقاعدة الدستورية سواء كانت ذات مصدر تشريعي أم ذات مصدر عرفي من المفروض أنها تعبر عن مصلحة في غاية الأهمية مجبرة للمشرع الدستوري باتجاه تنظيمها، وطالما ان هناك مؤشرات واضحة على وجود نوع من انواع شيوخ ممارسة التعذيب في العالم العربي فان من المفروض ان ترتقي المعالجة للمشكلة المذكورة الى مستوى النص الدستوري لتنبه من يحتمل ارتكابهم لجريمة التعذيب الى مدى الخرق الذي تشكله ممارساتهم، فضلاً عما تقدم فان هناك معالجات تفصيلية إلى حد ما وردت في دساتير عربية لبعض الحقوق جرى تثبيت المبادئ العامة الحاكمة لتنظيمها بواسطة النصوص التشريعية كالمادة (١٨) من دستور عام ٢٠٠٥ العراقي المنظمة لحق الانسان العراقي بجنسية وسيكون من الاجدى اذا اردنا ان نحسن من مستوى المعالجة الدستورية الهادفة الى الحد من ظاهرة ممارسة التعذيب فمن المهم أن نرتقي بمستوى التحريم المقترن بتفاصيل إجرائية الى مرتبة النص الدستوري وعدم الاكتفاء بنصوص محرمة لممارسة التعذيب حصراً. والحقيقة ان النص الجزائي يستجيب لجانب من الهدف المتقدم، ويمكن ان يعد النص الافضل من بين النصوص المعالجة لتحريم التعذيب من الناحية القانونية الصرفة بحيث نستطيع اعتباره خط البداية الذي ينطلق منه باتجاه صياغة نص محرم للتعذيب باليات إجرائية ذات طابع دستوري كما ان وضع هدف ابرام اتفاقية عربية لمناهضة التعذيب أمر من الضروري الانتباه إليه، فلماذا

يكون موقع العالم العربي قدر تعلق الامر بهذا الجانب بل وبجوانب أخرى عديدة متأخرا عن الآخرين؟

ان تحسين صياغة النصوص الدستورية أمر مهم على المستوى القانوني، وقد يساهم ذلك في ايجاد بيئة أمنية أكثر احتراماً لكرامة الإنسان، والهدف المشار إليه يتحقق أيضاً اذا ما تم اعتماد فكرة الدستور المرن قدر تعلق الأمر بفصل الحقوق والحريات مع اشتراط عدم التعديل إلا باتجاه الزيادة والتحسين من مستوى التمتع بها. والمثال الذي يقترب من تحقيق هذا الهدف موضوعياً لا اجرائياً نص المادة الثالثة والعشرون من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية التي نصت على ((يجب ألا يُفسر تعداد الحقوق المذكورة آنفاً بأنها الحقوق الوحيدة التي يتمتع بها ابناء الشعب العراقي، فهم يتمتعون بكل الحقوق اللائقة بشعب حر له كرامته الانسانية، وبضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والاتفاقيات الدولية وغيرها من وثائق القانون الدولي التي وقعها العراق او انضم اليها، او غيرها التي تُعد ملزمة له وفقاً للقانون الدولي . ويتمتع غير العراقيين في داخل العراق بكل الحقوق الانسانية التي لا تتعارض مع وضعهم باعتبارهم من غير المواطنين)).

## الهوامش

<sup>١</sup> تتضمن المادة (٢/١) من الاتفاقية ذاتها حكماً مضمونه ان هذه المادة لا تخل بأي صك دولي او تشريع وطني يتضمن أو يمكن ان يتضمن احكاماً ذات تطبيق أشمل، كما ان هناك رأي يذهب الى ان كلمة التعذيب تعني التعذيب النفسي والبدني، وان اشارت الاتفاقية اعلاه الى التعذيب العقلي.

ايريكا أيرين أ. دايس، واجبات الفرد ازاء المجتمع والقيود المفروضة على حقوق الانسان وحرياته بمقتضى المادة ٢٩ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٢، ص ١٠٠.

<sup>٢</sup> حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل/ دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين/ الحلقة رقم ٩ من سلسلة التدريب المهني، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدولية، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٣، ص ٢٩٠  
<sup>٣</sup> المصدر نفسه، ص ٢٩٥.

<sup>٤</sup> انظر في علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى على وجه الإيجاز، شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٣٤-٣٨.  
<sup>٥</sup> عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (١) القانون، المطبعة العمالية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٧١-٢٧٢.

<sup>٦</sup> توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١، ص ١٢٨-١٢٩.

<sup>٧</sup> عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٢٧٣-٢٧٤. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمات الدراسات القانونية، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٦٩-٧٠.

<sup>٨</sup> عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.  
<sup>٩</sup> من الغريب حقا إن منظمة معروفة كمنظمة العفو الدولية لا تمنح التعذيب عنواناً مستقلاً في موقعها الالكتروني حتى في الأجزاء الخاصة بالبحث طبقاً للمواضيع.

<sup>١٠</sup> اعتمد البروتوكول الاختياري لاتفاقية الامم المتحدة لمناهضة التعذيب (opcat) من قبل الجمعية العامة للامم المتحدة في العام ٢٠٠٢ وبعد ان صادقت عليه (٢٢) دولة دخل حيز النفاذ عام ٢٠٠٦ والبروتوكول المذكور يقترح قيام هيئات وطنية ودولية خبيرة بزيارات وقائية منتظمة وغير معلنه الى جميع الاماكن التي يوجد فيها اشخاص محرومون من حريتهم وتستطيع جميع الدول التي صادقت أو وافقت على اتفاقية الامم المتحدة لمناهضة التعذيب ان تصادق او تنضم الى البروتوكول المذكور مع ملاحظة ان هذه الزيارات تكون تكميلية ومن الجهات التي تقوم بالزيارات المشار اليها لجنة الامم المتحدة الفرعية الخاصة بمناهضة التعذيب التي تتكون من عشرة خبراء مستقلين ومتعددي التخصصات تنتخبهم الدول الاطراف في البروتوكول. اما الآليات الوقائية الوطنية فتقوم الدول الأطراف في البروتوكول بإنشاء أو تعيين او المحافظة على آلية وقائية وطنية واحدة أو اكثر خلال سنة واحدة بعد التصديق. ولا نجد من الدول العربية بلداً عربياً صدق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية الامم المتحدة لمناهضة التعذيب عدا لبنان.

انظر موقع جمعية منع التعذيب وهي منظمة غير حكومية مستقلة مقرها في جنيف/ سويسرا  
WWW.apht.ch

<sup>١١</sup> انظر على سبيل المثال ١- التقرير الصادر عن منظمة العفو الدولية تحت عنوان بعد احداث ابو غريب الاعتقال والتعذيب في العراق، رقم الوثيقة ٢٠٠٦/١٤/٠٠١ في mde في ٦ آذار متاح على موقع منظمة العفو الدولية.

٢- انظر حول اوضاع حقوق الانسان في السجون السعودية

[www.cdhraonet/text/leagnal1.htm](http://www.cdhraonet/text/leagnal1.htm) تاريخ الدخول الى الموقع ١٤/٤/٢٠٠٧

٣- انظر حول أوضاع حقوق الإنسان في سوريا موقع اللجنة السورية لحقوق الإنسان [www.shrc.org.uk/defaultar.aspx2007/4/14](http://www.shrc.org.uk/defaultar.aspx2007/4/14). تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٠٧/٤/١٤  
١٢ انظر على سبيل المثال:-

البحرين: عاملون بالمجال الطبي يصفون التعرض للتعذيب أثناء الاحتجاز (يجب ان تلغى محكمة الاستئناف احكام الادانة المعيبة ٢١/١٠/٢٠١١) مناح على موقع منظمة هيومن رايتس ووتش.

١٣ ان التصنيف المعتمد في هذه السطور لفئات الدساتير العربية قائم على ماورد في الكتاب المعنون الدساتير العربية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، الطبعة الأولى، المعهد الدولي لحقوق الانسان/ كلية الحقوق بجامعة دي بول، ٢٠٠٥، وانظر بشكل خاص الصفحتين ٧٨٥-٧٨٦.

١٤ هل كان النص الجزائري استجابة لما عبرت عنه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ كانون الأول ١٩٩٦ وهو نفس عام صدور الدستور الجزائري في قضية اكسوي ضد تركيا حيث رأت المحكمة "عندما يكون فرد في صحة جيدة عند تحفظ الشرطة عليه ثم يتبين عند إطلاق سراحه ان به إصابات، يصبح لزاما على الدولة أن تقدم تعليلا مقبولا لسبب الإصابات، فان لم تفعل ذلك تنشأ بجلاء قضية في إطار المادة ٣ من الاتفاقية "مشار إلى ذلك في بروتوكول اسطنبول/دليل التقصي والتوثيق الفعالين للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الانسانية أو المهينة،سلسلة التدريب المهني رقم ٨، التنقيح الأول،مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، نيويورك، جنيف، ٢٠٠٤، ص ١٤  
١٥ انظر تقرير منظمة العفو الدولية بخصوص الجزائر

<http://ara.amnesty.org/library/indix/aramd/280042006>

١٦ انضم العراق إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاانسانية أو المهينة بموجب القرار رقم ٢٢ الصادر عن مجلس الرئاسة بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٧ وبموجبه صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨ الذي كرس الانضمام المذكور ونشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١٢٩ في ٢٠٠٩/٧/١٣ حيث جاء في الأسباب الموجبة للقانون المذكور ((بغية مشاركة جمهورية العراق المجتمع الدولي في جهوده الرامية إلى مكافحة التعذيب وغيره من الأفعال المماثلة، ولأجل تنسيق تلك الجهود، ولغرض الانضمام إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، شرع هذا القانون)) ومن الضروري أن نذكر في هذا المقام أن إيداع وثيقة انضمام العراق إلى الاتفاقية المذكورة لم يتم إلا في السابع من تموز عام ٢٠١١ وقد احتجت السلطات العراقية مبررة هذا التأخير بان الظروف غير مواتية في الوقت الحاضر لإعمال مضمون الاتفاقية دولياً في العراق، وكانت المادة ٢٧ من الاتفاقية قد نصت على ((١- يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين بعد تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة. ٢- يبدأ نفاذ الاتفاقية بالنسبة لكل دولة تصدق عليها او تنضم إليها بعد ايداع صك التصديق أو الانضمام العشرين في اليوم الثلاثين بعد تاريخ قيام الدولة بايداع وثيقة التصديق أو الانضمام الخاصة بها))

## المصادر

### أولاً: الكتب والبحوث

- ١- ايريك ايرين أ. دايس، واجبات الفرد ازاء المجتمع والقيود المفروضة على حقوق الانسان وحرياته بمقتضى المادة ٢٩ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٢.
- ٢- البحرين: عاملون بالمجال الطبي يصفون التعرض للتعذيب أثناء الاحتجاز/ يجب ان تلغي محكمة الاستئناف أحكام الإدانة المعيبة ٢١/١٠/٢٠١١ متاح على موقع منظمة هيومن رايتس ووتش.
- ٣- التقرير الصادر عن منظمة العفو الدولية/ بعد أحداث أبو غريب/ الاعتقال والتعذيب في العراق، رقم الوثيقة ٢٠٠٦/١٤/٠٠١ في mde ٦ آذار متاح أيضا على موقع منظمة العفو الدولية.
- ٤- الدساتير العربية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، الطبعة الأولى، المعهد الدولي لحقوق الإنسان / كلية الحقوق بجامعة دي بول، ٢٠٠٥.
- ٥- بروتوكول اسطنبول، دليل التقصي والتوثيق الفعالين للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الانسانية أو المهينة، سلسلة التدريب المهني رقم ٨، التنقيح الأول، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة/نيويورك، جنيف، ٢٠٠٤.
- ٦- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١.
- ٧- حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل/ دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين/ الحلقة رقم ٩ من سلسلة التدريب المهني، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدولية، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٣.
- ٨- شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٨.
- ٩- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (١) القانون، المطبعة العمالية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ١٠- محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمات الدراسات القانونية، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٤.

## ثانيا: المواقع الالكترونية

- ١- موقع جمعية منع التعذيب مقرها في جنيف/ سويسرا [www.apht.ch](http://www.apht.ch)

- 2- [www.cdhraonet/text/leagnal1.htm](http://www.cdhraonet/text/leagnal1.htm) تاريخ الدخول الى الموقع ٢٠٠٧/٤/١٤
- 3- [www.shrc.org.uk/defaultlar.aspx](http://www.shrc.org.uk/defaultlar.aspx) تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٠٧/٤/١٤
- 4- <http://ara.amnesty.org/library/indix/aramd280042006>

# **ملاحظات نقدية في القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤**

فاروق إبراهيم جاسم  
مدرس القانون التجاري  
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

## مقدمة

مما لا شك فيه أن وجود سوق للأوراق المالية يُعدّ من الوسائل المهمة في تعبئة وتوظيف مدخرات الأفراد في مشاريع استثمارية، وذلك من خلال اقتناء الأشخاص للأوراق التي يتم تداولها في هذا السوق، وتأمين الأموال الكافية للاستثمار في مشروعات قائمة أو إضافة وحدات إنتاجية جديدة. فضلاً عن كون السوق المذكورة تُعدّ وسيلة مثلى لتحقيق مبدأ الاستثمار الكفاء لرأس المال. وإزاء هذه الأهمية فقد أولى المشرع في مختلف الدول عناية واضحة لتنظيم الأحكام المتعلقة بسوق الأوراق المالية، وذلك من خلال إيجاد الأطر التنظيمية التي تقوم عليها السوق المذكورة، وهذا ما تجلّى بتحديد المشرع للأجهزة التي تتولى إدارة السوق وبيان اختصاصاتها وجهة الرقابة على أعمالها، وكذلك بتحديد آلية تداول الأوراق المالية في السوق المذكورة، من خلال تحديد الشروط الواجب توافرها في الجهات المصدرة للأوراق المالية، وتلك التي يجب توافرها لقبول إدراج الأوراق المالية في السوق المذكورة، فضلاً عن حصر التعاملات التي تتم في السوق بالوسطاء المسجلين، وعدم السماح بتداول الأوراق غير المدرجة في السوق داخل القاعة المخصصة لذلك، وغير ذلك من أحكام.

إلا أن الأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بالقانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية الصادر عن سلطة الائتلاف الملغاة. وكغيره من الأوامر التي صدرت عند هذه السلطة. قد أخفق في تحديد الأهداف المرجوة من تشريعه، والتي تتمثل بوضع قواعد واضحة تؤمن تنظيم تداول الأوراق المالية، مما يستدعي تحليل الأحكام الواردة التي تضمنها للكشف عن أوجه النقص فيه، والتي تتمثل بالعيوب المتعلقة بالجانب الموضوعي للأحكام التي تكفل بتنظيمها، كما ينبغي بيان العيوب المتعلقة بالصياغة، وما تضمنه الأمر المذكور من قصور واضح في هذا الجانب. ولذا سيقسم البحث إلى مبحثين وبالشكل الآتي:

**المبحث الأول: العيوب المتعلقة بالأحكام الموضوعية.**

**المبحث الثاني: العيوب المتعلقة بالصياغة.**

## المبحث الأول

### العيوب المتعلقة بالأحكام الموضوعية

تضمن الأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ عيوب واضحة تتطوي على الكثير من المخالفات للمبادئ القانونية التي قررتها بعض القوانين العربية من أحكام بصدد سوق الأوراق المالية، وتبرز هذه العيوب العجالة التي وضع بها الأمر المذكور. ولما كانت العيوب الواردة في ثنايا الأمر المشار إليه هي كثيرة، ولا يتسع المقام لبحث مجملها، فإننا سنقتصر البحث في مسألتين تتضمن مخالفة واضحة للأحكام القانونية التي قررتها بعض القوانين العربية من قواعد تحكم عمل سوق الأوراق المالية، تتعلق أولهما بالإشارة إلى الأوراق المالية القابلة للقيود أو الإدراج في سوق الأوراق المالية، وهذا ما سنبينه في مطلب أول. ونبين في ثانيهما الأحكام المتعلقة بشروط قيد أو إدراج الأوراق المالية في السوق المذكورة. وهذا ما سنوضحه في مطلب ثانٍ.

### المطلب الأول : الأوراق المالية القابلة للقيود أو الإدراج في سوق الأوراق المالية

إذا كانت القاعدة هي عدم جواز تداول الأوراق المالية إلا بعد قبول قيدها<sup>(١١١)</sup> أو أدراجها<sup>(١١٢)</sup> في سوق الأوراق المالية بقصد التحقق من الشروط التي يتطلبها

(١١١) القيد: هو قيام الجهة مصدرة الأوراق المالية بإدراجها في الجدول أو الجداول الخاصة بسوق الأوراق المالية، فهو لا يخرج عن كونه نوع من التسجيل أو الإدراج للورقة في سجلات السوق المنظمة للتداول (البورصة) بقصد إعلا الجمهور. يُنظر: الدكتور البهجي، عصام أحمد، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٣٢٨. الدكتور مؤمن، طاهر شوقي، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٨٧.

(١١٢) يستخدم القانون العراقي لفظ "الإدراج" المادة ١٧ من القسم الأول من الأمر ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ التي نصت على أن "الشركات المدرجة: تعني الشركات التي تم إدراجها للتعامل في سوق السندات المجاز". بينما يستخدم قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري لفظ "القيد"، المادة ١٥ من هذا القانون التي أشارت "يتم قيد وتداول الأوراق المالية في سوق تسمى بورصة الأوراق المالية" أما القانون اللبناني فهو = يستعمل لفظ "قبول" المادة (٥) من المرسوم الاشتراعي رقم ١٢٠ تاريخ ١٦/٩/١٩٨٣ بشأن تنظيم

القانون لقيدها أو إدراجها. ومع تنوع الأوراق المالية التي يجوز تداولها في السوق المذكورة إلاّ بعض القوانين العربية حددت الأوراق المالية القابلة للقيّد بثلاثة أنواع تتمثل بما يأتي:

- أولاً: الأوراق المالية التي تصدرها الدولة والأشخاص المعنوية العامة.
- ثانياً: الأوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة.
- ثالثاً: الأوراق المالية الأجنبية<sup>(١١٣)</sup>.

فما هو موقف القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية من قبول إدراج الأنواع الثلاث المذكورة؟ تتطلب الإجابة أن نشير بإيجاز شديد إلى تحديد المعنى المقصود لكل نوع من هذه الأنواع، وما هو موقف القانون المؤقت من قبول إدراجها.

#### النوع الأول: الأوراق المالية التي تصدرها الدولة والأشخاص المعنوية العامة:

تتمثل هذه الأوراق بالسندات طويلة الأجل أو إذونات الخزينة قصيرة الأجل التي تقوم الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بإصدارها عند رغبتها بالاقتراض من جمهور الأفراد لتدبير بعض الموارد المالية.

وقد أشار القانون العراقي . كباقي القوانين العربية<sup>(١١٤)</sup> - إلى جواز قبول إدراج مثل هذه الأوراق، وأطلق عليها بالسندات الحكومية ، وعرفها بأنها "سندات مدعومة بثقة واعتماد أو مضمونة من حكومة العراق"<sup>(١١٥)</sup>، إلاّ أنّ إصدار مثل هذه السندات

---

بورصة بيروت ، التي نصت على أنه "لا يجوز إجراء أية عملية بيع أو شراء تتعلق بصكوك مالية مقبولة في البورصة...". ومع اختلاف الألفاظ المذكورة، إلاّ أنّ جميعها تعبر عن معنى واحد يتمثل بكون القيد أو الإدراج يمثل إعلاناً من إدارة السوق بقبول تسجيل الأوراق المالية في جداولها.

<sup>(١١٣)</sup> يُنظر على سبيل المثال المادة (١٦) من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري والمواد ٨٠-٨٣ من المرسوم ٧٦٦٧ تاريخ ١٦/٢/١٩٩٥ بشأن النظام الداخلي لبورصة بيروت اللذان سنّين أحكامهما في موضع لاحق.

<sup>(١١٤)</sup> يُنظر على سبيل المثال المادة ٨٠ من المرسوم ٧٦٦٧ ف ١٦/١٢/١٩٩٥ بشأن النظام الداخلي لبورصة بيروت الذي نص على أنه " تقبل حكماً في السوق الرسمية الصكوك المالية التي تصدرها الدولة اللبنانية أو تكفلها بشكل كامل".

<sup>(١١٥)</sup> المادة ١٦ من القسم الأول من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية.

يكون مشروطاً بوجود "توافق مع قواعد البنك المركزي العراقي ووزارة المالية"<sup>(١١٦)</sup> ولا يشترط القانون العراقي لإدراج هذه السندات أن تكون مطروحة في اكتتاب عام<sup>(١١٧)</sup> ومن ثم يجوز قبول إدراجها سواء أكانت قد طرحت في اكتتاب عام أم بغير هذا الطريق.

إلا إن الأمر الجوهري الذي ينبغي الإشارة إليه أن القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية قد أغفل النص على القواعد الواجب إتباعها بشأن كيفية قيد مثل هذه الأوراق في سوق الأوراق المالية، ولم يحدد الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الشأن.

### النوع الثاني: الأوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة:

وتتمثل هذه الأوراق بالأسهم والسندات<sup>(١١٨)</sup> التي تصدرها الشركات المساهمة سواء كانت خاصة أم مختلطة<sup>(١١٩)</sup>.

وقد حدد القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية المقصود بهذه الأوراق بكونها تمثل "أسهم تجارية ذات قيمة مالية، من ضمنها أسهم الشركات المساهمة أو الأموال

---

(١١٦) الفقرة (٣) المادة (٣) من القسم (٣) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية.

(١١٧) المادة ١٦ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ المصري التي أجازت قيد الأوراق المالية التي تصدرها الدولة وهيئاتها العامة وتطرح في اكتتاب عام، إلا أن القانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨ ألغى حكم هذا القيد.

(١١٨) المادة ٢٩ من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل التي نصت "أولاً: يقسم رأس المال في الشركة المساهمة إلى أسهم اسمية نقدية متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة" كما نصت الفقرة ثانياً: من المادة ذاتها يجوز لرأس مال أحد الشركات المساهمة أن يتكون من أسهم تعرض مقابل ممتلكات ملموسة يساهم بها أحد مؤسسي الشركة أو عدد منهم" وكذلك المادة ٧٧ من المادة التي أجازت للشركة المساهمة إصدار سندات اسمية قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة لقاء اقتراضها من جمهور الأفراد.

(١١٩) المادة (٧) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ التي بينت بأنه "تتكون الشركة المختلطة باتفاق شخص أو أكثر من قطاع الدولة مع شخص واحد أو أكثر من غير = القطاع المذكور، ورأس مال مختلط لا تقل نسبة مساهمة الدولة فيه مبدئياً عن ٢٥% = خمس وعشرين في المئة".

المشتركة الحكومية أو التي تصدرها الشركات، حقوق بيع السندات، شركات محدودة أو أية أشكال استثمارية أخرى"<sup>(١٢٠)</sup>. أول ما يسترعي الانتباه أن النص المتقدم يلقي ظلالاً من الشك حول حقيقة الأوراق المالية التي يمكن قيدها<sup>(١٢١)</sup>. وهذا ما يبدو من خلال إبداء الملاحظات الآتية:

أولاً: إن النص المتقدم يتحدث عن أسهم الشركات المساهمة أو الأموال المشتركة الحكومية فما هو المقصود بالأموال المشتركة الحكومية؟ وهل يقصد بها أسهم الشركات المساهمة المختلطة التي تسهم الدولة بما لا يقل عن ٢٥% من رأس مالها.

ثانياً: أن النص المتقدم يتحدث عن أسهم الشركات المحدودة فهل يعني هذا إمكانية قبول تداول مثل هذه الأسهم في سوق الأوراق المالية؟ لا يمكن بطبيعة الحال قبول تداول أسهم هذه الشركة في السوق المذكورة، لأن التشريعات والفقهاء مجمع على عدم جواز طرح أسهم الشركات المحدودة في اكتتاب عام<sup>(١٢٢)</sup>.

---

(١٢٠) المادة ١٥ من القسم الأول من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية.

(١٢١) بينما كان قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ ونظامه الداخلي أكثر وضوحاً في تحديد الأوراق المالية التي يجوز إدراجها في السوق المذكورة إذ قررت الفقرة (١) من المادة ٤ "لا يجوز التعامل في السوق إلا بالأوراق المالية المقبولة فيه ويبين النظام الداخلي القواعد والأحكام التي تنظم تسجيل وقبول هذه الأوراق". وقد حدد النظام المذكور المقصود بهذه الأوراق بأنها "أسهم وسندات الشركة المساهمة العراقية التي يقرر المجلس قبول تداولها في السوق" الفقرة ثالثاً من المادة ١.

(١٢٢) المادة (٣٨) شركات عراقي، المادة (٣) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم (٣٥) تاريخ (٥) آب ١٩٦٧، المادة (٥٤) من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧. وفي الفقه الدكتور ياملكي، أكرم، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة = للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ٣٧٣. الدكتور العكيلي، عزيز، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٤٥٧. الدكتور ناصيف، الياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السادس، الشركة المحدودة المسؤولة، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ٢١. الدكتور كومانبي، لطيف جبر، الشركات التجارية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٦٤ وما بعدها.

## النوع الثالث: الأوراق المالية الأجنبية:

يحدد البعض من الفقه المقصود بهذه الأوراق بأنها تلك التي تصدرها شركات أو هيئات لا تتمتع بجنسية دولة مقر سوق الأوراق المالية<sup>(١٢٣)</sup>. ويمكن القول بأنها تتمثل بجميع الأوراق التي تصدرها الشركات المساهمة غير العراقية وفقاً للمعيار المعتمد في القانون العراقي بشأن جنسية الشركة، والذي يقرر بأن تكون " الشركة المؤسسة في العراق وفق أحكام هذا القانون، عراقية"<sup>(١٢٤)</sup> ولا يتضمن القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية أية أحكام بشأن مدى جواز قبول قيد الأوراق المالية الأجنبية، وما هي القيود التي تحكم تداولها<sup>(١٢٥)</sup>، خلافاً لما قرره بعض القوانين العربية من قيود بشأن قيد مثل هذه الأوراق<sup>(١٢٦)</sup>.

(١٢٣) الدكتور البهجي، عصام أحمد، مصدر سبق ذكره، ص ٣٣٩.

(١٢٤) المادة (٢٣) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل.

(١٢٥) بينما كان سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ الملغي قد أقر صراحة بجواز قبول تداول الأوراق المالية غير العراقية في سوق بغداد بقرار من مجلس الوزراء على توصية من مجلس إدارة السوق وموافقة وزير المالية. المادة ٧ من القانون المذكور.

(١٢٦) فعلى سبيل المثال تقرر المادة (١٦) من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المصري المعدلة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨ بضرورة وجود جدول خاص لقيد الأوراق المالية الأجنبية في البورصة المصرية. ويشير البعض من الفقه إلى التعليمات التي وضعها مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال بشأن الشروط الواجب أعمالها لقبول قيد هذه الأوراق والتي تتمثل بما يأتي =

=أولاً: أن تكون الورقة المالية الأجنبية مقيدة في إحدى البورصات الأجنبية التي تخضع لإشراف هيئة معترف بها تمارس اختصاصات شبيهة باختصاصات الهيئة

العامة لسوق المال.

ثانياً: أن تكون العملة الصادرة بها الورقة الأجنبية قابلة للتحويل.

ثالثاً: أن تسمح البورصة المقيد بها الأوراق المالية الأجنبية بقيد الأوراق المالية المصرية متى توافرت بها ذات شروط القيد التي على أساسها تم قيد الورقة الأجنبية في البورصة المصرية.

## المطلب الثاني : شروط قيد أو إدراج الأوراق المالية

بقصد التحقق من أن الجهة مصدرة الأوراق المالية قد أصبحت تتمتع بمستوى تنظيمي موثوق، وأن نشاطها قد وصل مرحلة معينة من التطور يؤهلها الدخول إلى ميدان سوق المال. لذا فرضت القوانين والأنظمة العديد من الشروط التي ينبغي توافرها سواء في الجهة المصدرة لهذه الأوراق، أو الأوراق المالية التي ترغب بإدراجها. فما هي الشروط التي تطلبها القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية لإدراج الأوراق المذكورة؟ يمكن اجمال هذه الشروط بما يأتي :

**أولاً:** أن يكون صنف السندات . الأوراق المالية . مقبولاً للتعامل التجاري في سوق الأوراق المالية.

**ثانياً:** أن تكون الشركة قد عقدت الاجتماع السنوي لهيئتها العامة.

**ثالثاً:** أن تكون الشركة قد قدمت إلى إدارة السوق البيانات المالية التي حددها القانون.

**رابعاً:** تقديم شهادة من مركز الإيداع بأن الأوراق المالية للشركة هي مؤهلة للإيداع لدى المركز المذكور.

**أولاً:** أن يكون صنف السندات . الأوراق المالية . مقبولاً للتعامل التجاري في سوق الأوراق المالية:

تنص المادة (١) من القسم (٣) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية "لا تتم أي تعاملات في السندات في أسواق الأوراق المالية ما لم يكن صنف السندات مقبولاً للتعامل التجاري في أسواق الأوراق المالية ويتم التعاطي مع التعاملات وفقاً لقواعد أسواق الأوراق المالية"<sup>(١٢٧)</sup>.

---

**رابعاً:** أن تلتزم الشركة الأجنبية المصدرة للأوراق المالية بإعداد ومراجعة قوائمها المالية طبقاً لمعايير محاسبية معترف بها دولياً... في تفصيل ما تقدم يُنظر: الدكتور البهجي، عصام أحمد ، مصدر سبق ذكره، ص ٣٤١.

<sup>(١٢٧)</sup> يلاحظ الصياغة المعيبة بتكرار لفظ سوق الأوراق المالية عدة مرات، وكان بالإمكان بكل سهولة صياغة النص بالشكل الآتي "لا يجوز القيام بأي تعاملات في سوق الأوراق

ويبدو من النص المتقدم أنه يشترط في الأوراق المالية التي يمكن قبول إدراجها للتداول في السوق أن تكون مؤهلة للتعامل بها، وذلك بأن تكون الجهة التي أصدرتها حائزة على مستوى تنظيمي يؤهلها إلى الدخول إلى السوق المذكورة، ولكي لا يكون هذا السوق ميداناً لبعض الشركات لكي تجرب حظوظها في الاستثمار من خلال خوض مغامرات المضاربة بأوراقها المالية.

وقد أوكل القانون المؤقت لمجلس المحافظين لأسواق الأوراق المالية مهمة وضع القواعد المتعلقة بالتعامل بالأوراق المالية<sup>(١٢٨)</sup>.

**ثانياً: أن تكون الشركة قد عقدت الاجتماع السنوي لهيئتها العامة:**

تنص المادة (٥) من القسم (٣) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية "تقدم سوق الأوراق المالية سندات شركة عراقية للأغراض التجارية في سوق شريطة أن تلتزم الشركة العراقية بالضوابط القائمة في السوق والتي يتطلب على الأقل ، أ- أن تكون الشركة قد عقدت أحداث اجتماع سنوي عام يتطلبه القانون"<sup>(١٢٩)</sup>

والاجتماع المشار إليه هو الاجتماع الدوري للهيئة العامة للشركة المساهمة، الذي يعقد لمرة واحدة في السنة على الأقل<sup>(١٣٠)</sup>. ولغرض تأمين الوفاء بالشرط المتقدم فإنه ينبغي على الشركة تقديم صورة مصدقة بالاجتماع المذكور من مسجل الشركات.

**ثالثاً: أن تكون الشركة قد قدمت إلى إدارة السوق البيانات المالية التي حددها القانون:**

---

المالية ما لم يكن صنف السندات مقبولاً للتعامل لدى السوق المذكورة وفقاً للقواعد المقررة بهذا الصدد....".

المادة (٢) من القسم (٣) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية. <sup>(١٢٨)</sup>

يلاحظ الضعف الواضح في صياغة المادة أعلاه وتضمينها عبارة لا معنى لها، "تقدم" أو مبهمة كعبارة "إحداث اجتماع"، وكان بالإمكان صياغتها بالشكل الآتي: "تلتزم الشركة التي ترغب في إدراج أوراقها المالية بما يأتي:

أ- "تقديم محضر مصدق من مسجل الشركات بأخر اجتماع سنوي لهيئتها العامة".

المادة (٨٦) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل. <sup>(١٣٠)</sup>

قررت الفقرة ب من المادة (٥) من القسم (٣) بوجوب " أن تكون الشركة قد قدمت إلى أسواق الأوراق المالية وبصورة علنية البيانات المالية الحالية للشركة خلال ستة أشهر من يوم افتتاح العمليات التجارية والذي يكون مهياً وفق تلك المتطلبات ليشكل مستويات حسابية مرضية ومطبقة ومصحوبة بضمانات مثلما تطلبه سوق الأوراق المالية".

ويبدو من النص المتقدم أن الشركة هي الملزمة بالإفصاح عن كافة البيانات المالية<sup>(١٣١)</sup> التي تسهم في الوقوف على حقيقة مركزها المالي، وهذا الإفصاح مثلما هو شرط لقبول إدراج أوراقها المالية في السوق، فهو كذلك شرط لاستمرار قبول التعامل بهذه الأوراق<sup>(١٣٢)</sup>.

**رابعاً: تقديم شهادة من مركز الإيداع بأن الأوراق المالية للشركة هي مؤهلة للإيداع لدى المركز المذكور:**

تشير الفقرة ج من المادة (٥) من القسم (٣) بوجوب أن "يؤكد مركز الإيداع رسمياً إلى سوق الأوراق المالية بأن سندات الشركة المفترض قبولها في عملية التعامل في السوق مؤهلة للإيداع بناء على ضمانات قد يطلبها المركز من الشركة أو مسجل الشركات فيما يخص تكامل ودقة المعلومات التي تتعلق بكمية السندات المتداولة وملكيته".

---

(١٣١) ويرى البعض أن مثل هذه البيانات تؤدي واجبين هامين للشركة: الإفصاح عن المعلومات عن الشركة لكل من يهمل الأمر، والإيفاء بشروط الإفصاح عن المعلومات. وهذه البيانات تساعد على تصنيف الشركة مقارنة مع مثيلاتها في مجال عملها.... وللتفصيل يُنظر: الهندي، خليل، الناشف، أنطوان، العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الثاني، المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٠، ص ١٧٣.

(١٣٢) وهذا ما قرره المادة (٦) من القسم (٣) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية التي نصت على أن "الشركة التي لديها صنف من الأوراق المالية المقبولة في عملية التداول في السوق استناداً إلى القسم ٣(٥) أن تلتزم بالمتطلبات الآتية لأجل أن تحافظ تلك الأوراق على قبولها التجاري من وقت افتتاح السوق....) ثم يحدد النص قائمة =كبيرة من البيانات والتقارير المالية وغير المالية التي تلزم الشركة بتقديمها إلى إدارة السوق.

ومن النص المتقدم يبدو بأن الشركة ملزمة بتقديم شهادة من مركز الإيداع<sup>(١٣٣)</sup> يبين فيها بأن أوراقها المالية هي مؤهلة للإيداع<sup>(١٣٤)</sup> لدى المركز المذكور. ومركز الإيداع هو جهة استحدثها القانون المؤقت وعدها بمثابة "الجهة المركزية التي تقوم بإجراء التصفية والتسوية لكل التعاملات بالسندات"<sup>(١٣٥)</sup>، أي انه عبارة عن وديع مركزي يقوم بوظيفة حفظ جميع الأوراق المالية التي يتم إيداعها لديه، وذلك بعد أن تتحول تلك الأوراق من صورتها المادية التي تمثلها الشهادات الصادرة من الجهة المصدرة لهذه الأوراق إلى صورة قيود دفترية. وقد أشار القانون المؤقت صراحة إلى المعنى المتقدم بنصه "عند إيداع السندات في المركز لا يجوز سحبها أو بالتالي تحويلها إلى شكل مادي"<sup>(١٣٦)</sup>، فضلاً عن كون المركز المذكور يقوم بإجراء عملية المقاصة والتسوية على كافة التعاملات التي تتم في السوق<sup>(١٣٧)</sup>.

وتقتصر مهمة مركز الإيداع في المرحلة السابقة لقبول إدراج الأوراق المالية من قبل إدارة السوق، وكما يشير النص صراحة، إلى التحقق من أن الأوراق المالية للشركة هي مؤهلة للإيداع، من دون أن يلزم بقبول إيداعها، ذلك لأن المركز

(١٣٣) أطلق عليه القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية (مركز الإيداع العراقي) مادة ١٣ قسم ١.

(١٣٤) ويقصد بالإيداع العملية التي يتم عن طريقها انتقال الأسهم من صورتها المادية . التي تمثل شهادات الأسهم . إلى صورتها الدفترية (غير المادية) أي مجرد قيود حسابية... يُنظر الدكتور البهجي، عصام أحمد، مصدر سبق ذكره، ص ٣٦٠. ومما تجدر الإشارة إليه أن نظام الإيداع والحفظ والمقاصة هو نظام أقرته العديد من القوانين العربية أنشأت بمقتضاه شركات متخصصة تقوم بالوظيفة المذكورة، كقانون الإيداع والقيود المركزي رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ المصري، كما أنشأت في لبنان الشركة المعروفة بـ(ميدكلير) وهي شركة مغفلة لبنانية تقوم بوظيفة الوديع المركزي لجميع القيم المنقولة التي تغذي سوق البورصة اللبنانية وإدارة وتسوية القيم المنقولة ومقاصتها.. يُنظر: الهندي، خليل، الناشف، أنطوان، مصدر سبق ذكره، ص ٢٧١.

(١٣٥) المادة ١٣ من القسم ١ من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية .

(١٣٦) المادة (٣) من القسم (٩) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية.

(١٣٧) المادة أعلاه.

المذكور لا يلزم بقبول إيداع هذه الأوراق، إلا بعد أن تقرر إدارة السوق قبل إدراج الأوراق المذكورة في هذه السوق. وبتقديرنا أن القانون المؤقت لم يكن موفقاً في إقراره لمثل هذا الشرط ذلك لأن الإيداع لدى مركز الإيداع والمقاصة- كما يذهب الرأي الراجح في الفقه ، هو أحد الآثار المترتبة على قبول قيد الأوراق المالية ، وليس شرطاً لقبول قيدها<sup>(١٣٨)</sup> كما قرر القانون المؤقت ذلك .

### المبحث الثاني : العيوب المتعلقة بالصياغة

إذا كان ما يميز اللغة القانونية المستخدمة في صياغة التشريع هو تفردها بالدقة في صياغة القواعد القانونية، ليكون المخاطبين بأحكام القانون على علم بطبيعة التكاليف التي تقررها قواعده. وإذا كان العيب في التشريع . سواء بتضمينه عبارات غامضة أو ناقصة أو متعارضة مع غيرها مع أحكام . هو أمر يكاد لا يخلو منه أي تشريع<sup>(١٣٩)</sup>. إلا أنّ أية قراءة للأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ تظهر لنا بأنه جاء مشبعاً بالعيوب المتعلقة بالصياغة، التي تدخل القارئ في متاهة الوصول إلى المعنى الحقيقي للنصوص، إذ تضمن الأمر المذكور ألفاظاً غامضة يتعذر الوصول إلى معناها الحقيقي، أو ألفاظ تُعدّ من قبيل التزييد الذي لا يضيف إلى المعنى المقصود شيئاً، أو ألفاظ سائدة في المؤلفات الأدبية أو شروحات الفقه، وأخيراً ألفاظ

---

(١٣٨) يُنظر الدكتور مخلوف، أحمد، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٧٣٧، وبالمعنى نفسه الدكتور البهجي، عصام أحمد، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٤ وما بعدها.

(١٣٩) يرى البعض من الفقه "بافتقار التشريعات الحديثة لعمق الدراسة وحسن الصياغة مما يجعلها مادة صالحة للانتقاد، ولا يرجع ذلك إلى تصدي غير الأكفياة لعملية إعداد التشريع وتغليب العناصر غير القانونية على المجالس النيابية فحسب بل إلى إسراف المشرع في الاهتمام بالاعتبارات السياسية والاجتماعية على حساب مقتضيات التشريع وأصول الفن القانوني السليم في الإعداد والصياغة" يُنظر: الدكتور لطفي، محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دون ذكر الناشر، القاهرة، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص ١٦٨.

غير مألوفة في اللغة القانونية السائدة سواء في العراق أو الدول العربية. ومما لاشك فيه أن استقصاء العيوب المذكورة هو أمر تضيق به صفحات هذا البحث المحدودة، ولذا سنقتصر على إيراد أمثلة على العيوب المشار إليها، وذلك بتقسيم المبحث الثاني إلى مطلبين وبالشكل الآتي:

**المطلب الأول: ألفاظ غامضة يتعذر الوصول إلى معناها الحقيقي.**

**المطلب الثاني: الألفاظ الزائدة أو التي تُعدّ من قبيل السرد.**

### **المطلب الأول : ألفاظ غامضة يتعذر الوصول إلى معناها الحقيقي.**

من الأمثلة على هذه الألفاظ نذكر الآتي:

أولاً: تنص المادة (٢) من القسم (٢) :

"تكون سوق الأوراق المالية كيان قانوني ذات استقلال مالي إداري، لها الحق في عرض الدعاوى أمام المحاكم والسلطات القضائية أو أية سلطة أخرى، ويجب أن تمثل من قبل رئيس مجلس المحافظين أو شخص مخول من قبل الرئيس".

ونبين الملاحظتين الآتيتين على النص أعلاه:

**الملاحظة الأولى:** أشار النص إلى أن "تكون سوق الأوراق المالية كيان قانوني" فما هو المقصود بهذا اللفظ؟ وهل قصد بها أن السوق المذكورة تُعدّ شخصاً معنوياً كما كان سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ الملغي يشير إلى ذلك صراحةً<sup>(١٤٠)</sup>؟ مما لاشك أن السوق المذكورة، مثله مثل أية هيئة عهد إليها القانون ممارسة اختصاصات معينة، لا بد أن يكون متمتعاً بوصف الشخص المعنوي ليتمكن من أداء مهامه، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى عجزه عن ممارسة نشاطه. فضلاً عن ان النص المتقدم يقرر للسوق الحق بالتمتع باستقلال مالي وإداري وحق التقاضي ، وتمثيله من شخص معين، وهذا ما يُعدّ من مقومات الشخص المعنوي.

---

(١٤٠) الفقرة ثانياً من المادة ثانياً من القانون أعلاه التي نصت "يتمتع السوق بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري ويكون له حق التقاضي أمام المحاكم والجهات القضائية أو أية جهة أخرى..."

وهذا ما يدعونا إلى القول بأنه ينبغي أن تفسر عبارة "كيان قانوني" المشار إليها أعلاه بعبارة شخص معنوي<sup>(١٤١)</sup>.

**الملاحظة الثانية:** عبارة "عرض الدعاوى أمام المحاكم" الواردة في النص أعلاه، تعد كذلك من قبيل العبارات الغامضة، ويتعين أن تفسر بأن للسوق المذكورة حق التقاضي أمام المحاكم والجهات القضائية بصفة مدعٍ أو مدعى عليه.

**ثانياً: تنص المادة (٣) من القسم (٢):**

"يجب أن تكون سوق الأوراق المالية غير ربحية ذات عضوية مستقلة وتنظيم ذاتي. إن أعمالاً مع أطراف ثابتة هي تجارية ولا تتناقض مع هذا القانون".

ونسجل الملاحظتين الآتيتين على هذا النص:

**الملاحظة الأولى:** أشار النص "يجب أن تكون سوق الأوراق المالية غير ربحية"، وكان من الضروري أن تكون عبارة غير ربحية مسبقة بلفظ يحدد الطبيعة القانونية للسوق<sup>(١٤٢)</sup>، وهل بالإمكان وصفه من المؤسسات ذات النفع العام. كما كان مقرراً في قانون سوق بغداد الملغي<sup>(١٤٣)</sup>. أم أنه يُعدّ من قبيل المؤسسات الخاصة<sup>(١٤٤)</sup>.

**الملاحظة الثانية:** يشير النص باضطراب واضح "أن أعمالاً مع أطراف ثابتة هي تجارية ولا تتناقض مع هذا القانون" فما هو المقصود بذلك؟ مع الغموض الذي يكتنف صياغة النص يبدو لنا بأن واضعيه كانوا يقصدون بأن الأعمال التي يقوم

---

(١٤١) يُنظر: علي العمر، مصعب علي عمر، النظام القانوني لسوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، ٢٠٠٦، ص ٣٧.

(١٤٢) هذا ما كان يشير إليه صراحةً قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ الملغي إذ نصت الفقرة ثالثاً من المادة (٢) على أن "السوق مؤسسة ذات نفع عام، لا تستهدف الربح...".

(١٤٣) الفقرة ثالثاً من المادة (٢) المشار إليها أعلاه.

(١٤٤) يُنظر: الحمداني، عمر ناطق يحيى، الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٦٠.

بها السوق مع الغير تُعدّ من قبيل الأعمال التجارية<sup>(١٤٥)</sup>، من دون أن يضيف ذلك بالضرورة صفة التاجر على السوق المذكورة<sup>(١٤٦)</sup>.

## المطلب الثاني : الألفاظ الزائدة أو تُعدّ من قبيل السرد

تضمن الأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ العديد من الألفاظ الزائدة التي لا تضيف إلى المعنى الوارد في النص شيئاً، أو ألفاظ تُعدّ من قبيل تلك التي تزخر بها المؤلفات الأدبية أو شروحات الفقه. فضلاً عما تقدم فقد تضمن الأمر المذكور ألفاظاً غير مألوفة في اللغة القانونية السائدة في العراق وغيره من الدول العربية. ويقصد بيان ما تقدم نسوق بعض النصوص الواردة في الامر المشار إليه للدلالة على هذه العيوب ، وبالشكل الآتي:

### أولاً : الألفاظ الزائدة:

إذا كان ما يميز النصوص القانونية هو توخي الدقة في صياغتها، وتجنب العبارات التي تُعدّ من قبل التزويد الذي لا يزيد المعنى الوارد في النص معنىً جديداً، إلا أن الأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ تضمن العديد من هذه العبارات ، ونذكر منها ما يأتي:

١. تنص المادة (١) من القسم (١٢) التي تبين أحكام الهيئة العراقية المؤقتة للسندات "يتم استحداث الهيئة العراقية المؤقتة للسندات تتكون من خمسة أعضاء من ضمنهم الرئيس... وقد يعين الرئيس نائباً له بين مدة وأخرى ليتولى مهام الرئيس عاجزاً أو غائباً عن أداء المهام المطلوبة".

---

(١٤٥) الفقرة (١٦) من المادة (٥) من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ التي عدت أعمال الوساطة . ويغض النظر عن شكلها . من قبيل الأعمال التجارية.

(١٤٦) فقانون التجارة العراقي يُعدّ الأعمال التي تقوم بها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من قبيل الأعمال التجارية ، بدون أن يكتسب هؤلاء صفة التاجر، يُنظر: أستاذنا الدكتور صالح، باسم محمد، القانون التجاري، القسم الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٩٣، ص ٩٤-٩٥.

فعبارة ليتولى مهام الرئيس عاجزاً أو غائباً عن أداء المهام المطلوبة تُعدّ من قبيل التزييد لأن من المفترض بدهاءة أن نائب الرئيس يحل محل الرئيس عند عدم قدرته على ممارسة مهامه لأي سبب من الأسباب، وما كان هنالك حاجة للنص على مثل هذا الحكم.

٢. حددت المادة ٤ من القسم ٧ بداية السنة المالية للسوق "اعتباراً من الأول من كانون الثاني من كل عام وتنتهي في اليوم الأخير من كانون الأول".  
فهل هناك ثمة حاجة للنص على مثل هذا الحكم الذي يُعدّ من قبيل البديهيّات.

### ثانياً: ألفاظ من قبيل السرد:

يزخر الأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ بالعديد من الألفاظ التي تُعدّ من قبيل السرد السائد في المؤلفات الأدبية أو شروحات الفقه ، خلافاً لما هو معهود في صياغة النصوص القانونية بلغة محكمة رفيعة تقيم وزناً لكل لفظ من ألفاظ النص، ومن قبيل ذلك:

أ- ما ورد في الفقرة د م(٣) قسم (٣) "لا يطبق التقييد الوارد في الفقرة الفرعية ب الفقرة (٣) القسم (٣) على أحوال أو ظروف أخرى بحيث تقوم الهيئة بتحديدّها الأخذ بنظر الاعتبار:

١. التسعيرة الشفافة والتنافسية والاعتبارات التجارية، الكفة الاستثمارية وملائمتها.

٢. التفاعل المثالي في التجهيز والطلب على السند...".

ب- قررت الفقرة ج/٢/ المادة (٦) قسم (٣) " تكون البيانات المالية مصحوبة بنسخة موقعة من تقرير الرقابة الخاص بمراقب الحسابات المستقل يوضح أن البيانات المالية قد تم تدقيقها وفقاً لمعايير الرقابة الدولية وللمدى الذي تسمح به المعايير المعمول بها في العراق وأنها تمثل رؤية حقيقية وعادلة للنتائج المالية للشركة".

وهكذا نلاحظ بأنه إذا كان من الجائز أو المألوف أن ترد مثل هذه الألفاظ في المؤلفات الأدبية أو شروحات الفقه، إلا أنها من غير المقبول أن ترد في نصوص قانونية تصدر عن مشرع يفترض فيه الثمّن والمهارة في التعبير عن المعنى الذي

تقصده مثل هذه النصوص، الأمر الذي يدل على عجزه أو عدم تمكنه من الإلمام بأبسط مبادئ الصياغة القانونية.

### ثالثاً: الألفاظ غير المألوفة:

تضمن الأمر المرقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ بعض الألفاظ الغريبة وغير المألوفة عن اللغة القانونية السائدة في العراق وكثير من الدول العربية ، وذلك بفعل الترجمة السيئة التي ظهر بها إلى اللغة العربية عن الأصل الإنكليزي الذي وضع به هذا الأمر. ومن قبيل هذه الألفاظ:

١. ما ذكرته الفقرة ج/١/م(٣) قسم (٣) :

"الاشتراك العام للسندات عند إصدارها، شريطة أن تكون هناك توافق مع الفقرات الشرطية من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل" فعبارة الاشتراك العام هي من قبيل العبارات غير المألوفة في القانون العراقي والقوانين العربية التي تستعمل عبارة "الاكتتاب العام"<sup>(١٤٧)</sup>.

٢. ورد في القسم (١٠) من القانون المؤقت في أكثر من موضع عبارة "حائز لأسهم" أو "حائز للأسهم" بينما من المعروف أن القانون العراقي والقوانين العربية تطلق لفظ المساهم على عضو الشركة المساهمة<sup>(١٤٨)</sup>.

وفضلاً عما تقدم فقد اعتمد القانون طريقة غريبة في ترقيم مواده . هي تلك المتبعة في القوانين الأمريكية والإنكليزية . تقوم بتقسيم القانون على أقسام وأرقام بدلاً من تقسيم القانون على أبواب وفصول ومواد وفقرات وبنود ، وهي الطريقة المعتمدة في صياغة أحكام القوانين في العراق وغيره من الدول العربية. وقد أدت هذه الطريقة المشار إليها إلى صعوبة الاهتداء إلى رقم المادة التي تتضمن الحكم محل البحث.

ولا يفوتنا أن نذكر أخيراً عيباً من العيوب الجوهرية التي تضمنها القانون المؤقت وهو ذكره لقائمة بأسماء الأعضاء الأولين لمجلس مدراء سوق العراق للأوراق المالية، وقائمة أخرى بأسماء الأعضاء الأولين لهيئة سوق الأوراق المالية، وهذا ما يخالف خاصية العمومية التي تُعدّ من أبرز خصائص القاعدة القانونية، والتي توجب

(١٤٧) المادة ٣٨ شركات عراقي.

(١٤٨) ينظر: على سبيل المثال الفقرة أولاً من المادة ٦ من قانون الشركات العراقي.

بتطبيق القاعدة القانونية على جميع الأشخاص الذين يتوافر فيهم الوصف الوارد في هذه القاعدة، وصياغتها بقدر من العمومية من دون تعلقها بذوات الأشخاص.

## الخاتمة

ظهر لنا بعد استعراض بعض أحكام القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ مدى العجالة التي وضعت بها أحكام هذا القانون، التي أدت إلى ضياع المعنى الحقيقي للنصوص التي تضمنها، وصعوبة الاهتداء إلى المعنى المذكور، ومما لاشك فيه أن مثل هذا الأمر سيسهم إلى شيوع حالة من الاضطراب والاختلاف لدى المعنيين بتطبيق أحكام القانون.

وإذا كانت قواعد هذا القانون قد وضعت لتحكم بشكل مؤقت عمل السوق الجديدة للأوراق المالية التي أوجدها ، وأطلق عليها "سوق العراق للأوراق المالية" بديلاً عن السوق السابقة "سوق بغداد للأوراق المالية" ، ريثما يتم وضع قانون جديد ينظم عمل الأسواق المالية، وبالفعل فقد تم الانتهاء من إعداد مشروع قانون للأوراق المالية ليحل محل القانون المؤقت، إلا أنّ المشروع المقترح . وكما هو مرجو منه . ينبغي أن يعمل على تلافى العيوب التي شابت القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية، وهذا يستدعي التأنى والدقة في إعداد أحكامه من أجل إرساء قواعد قانونية تؤمن بشكل واضح عمل الأسواق المالية ، وحقوق المتعاملين بهذه الأوراق في السوق المذكورة.

## مصادر البحث

- ١- الدكتور البهيجي ، عصام أحمد ، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- ٢- الحمداني ، عمر ناطق يحيى ، الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١.
- ٣- الدكتور العكيلي ، عزيز ، الشركات التجارية في القانون الأردني ، دار الثقافة للنشر ، عمّان ، ١٩٩٥.
- ٤- الهندي ، خليل ، الناشف ، أنطوان ، العمليات المصرفية والسوق المالية ، الجزء الثاني ، المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٠ .
- ٥- الدكتور صالح ، باسم محمد ، القانون التجاري ، القسم الأول ، وزارة التعليم والبحث العلمي ، بغداد ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٣ .
- ٦- علي العمر ، مصعب علي محمد ، النظام القانوني لسوق الأوراق المالية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٦ .
- ٧- الدكتور كوماني ، لطيف جبر ، الشركات التجارية ، بغداد ، ٢٠٠٦ .
- ٨- الدكتور لطفي ، محمد حسام محمود ، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، دون ذكر الناشر ، القاهرة ، ١٩٩٨-١٩٩٩.
- ٩- الدكتور مخلوف ، أحمد ، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤-٢٠٠٥ .

- ١٠- الدكتور مؤمن ، طاهر شوقي ، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
- ١١- الدكتور ناصيف ، الياس ، موسوعة الشركات التجارية ، الجزء السادس ، الشركة المحدودة المسؤولة ، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٦ .
- ١٢- الدكتور ياملكي ، أكرم ، القانون التجاري ، الشركات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠٦ .

إشكالية الصياغة التشريعية في النص الدستوري  
(دراسة عن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥)  
م. تغريد عبد القادر علي  
كلية القانون - الجامعة المستنصرية

### المقدمة:

من المسلم به في الفقه القانوني ان الصياغة التشريعية هي عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة، موجزة وسليمة، قابلة للتنفيذ، فهي تهيئة القواعد القانونية وبنائها على هيئة مخصوصة وفقاً لقواعد مضبوطة تلبية لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات على نحو ملزم.

ولما كان الدستور هو اهم وثيقة في حياة الشعوب، فهو القانون الاساس الذي يعتمد سن جميع القوانين الاخرى عليه، كما انه يبين شكل الدولة والحكومة وتنظيم السلطات فيها من حيث التكوين والاختصاص وتحديد العلاقة بينهما، فضلاً الى تحديد ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات. وإذا كان الدستور بهذه المكانة والأهمية فأن صياغته تستلزم متطلبات اكثر وادق من مستلزمات الصياغة التشريعية للقوانين الاخرى.

وبالرجوع الى دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ محل دراستنا نجد انه كتب بطريقة تختلف عن جميع دساتير الدولة العراقية منذ تأسيسها عام ١٩٢١ وصدور القانون الأساسي عام ١٩٢٥ مروراً بعدد من الدساتير الجمهورية المؤقتة ومن ثم قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤، فهو اول وثيقة قانونية اقرتها جمعية تأسيسية - منتخبة تمثلت فيها كافة اطياف ومكونات الشعب العراقي وعرض على استفتاء وطني صاحبه ظروف استثنائية متميزة كانت تمثل اصعب تحديات المرحلة. وتمثل هذه العملية برمتها نقطة تحول جوهريّة انتقل فيها العراق من الحكم المركزي الى الحكم اللامركزي ، مروراً بفترة حكم سلطة الائتلاف التي قادتها الولايات المتحدة الأمريكية، وصولاً إلى الحكومة الدستورية التمثيلية وعودة السيادة العراقية .

### أهمية البحث :

لا يخفى على المهتم بالشؤون القانونية والتشريعية سواء أكان باحثاً او دارساً او مشتغلاً بها ما تتميز به الصياغة التشريعية من تحديات كبيرة ومصاعب جمة في ترجمة المبادي القانونية والحاجات الانسانية والاجتماعية والمعالجات التشريعية لاشكاليات الحياة المدنية في نصوص وجمل تحملها الى فترة من الزمن اقل ماقد يقال عنها انها ابدية ، إن الإهتمام بمسألة الصياغة التشريعية ليست مجرد إعتناء بالجانب اللغوي والشكلي والإجرائي فقط، بل الهدف منها الوصول إلى تطبيق دولة القانون والحكم الرشيد من خلال صياغة دستور جيد ومتطور، في منتهى الوضوح والدقة في الصياغة، مفهوم عند عامة الناس وقابل للتطبيق ، يتضمن المبادي الاجتماعية والقانونية التي ارادها الشعب، مصدر السلطات في الدولة، لان تكون في قمة الهرم القانوني ، وبين دفتي قانونه الاسمي والاعلى ليكون بحق معبراً عن حاجات المجتمع ونظمه السياسية والقانونية وتعد اهمية ذلك بما له من أثر على المستوى الإجتماعي والإقتصادي والسياسي للبلاد . ومن هنا جاءت اهمية هذا البحث المتواضع مرتكزين فيه على الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الذي يعد بحق طفرة تشريعية وموضوعية في النظم السياسية في العراق والعالم العربي ، ويأتي هذا البحث في وقته لكي يسد فراغاً محسوساً في مكتبة العلوم القانونية وبوقت متزامن مع المطالبات الشعبية والوطنية بالقيام بمراجعة شبيهة كاملة لنصوص دستور عام ٢٠٠٥ من اجل القيام بالتعديلات التي اقترحتها لجنة تعديله ، ويمكن ان ندرج في ادناه ملخص يتضمن الاهمية العلمية والقانونية لهذا البحث المتواضع وكما يلي :-

١. ندرة البحوث والمقالات التي تتناول موضوع الصياغة التشريعية للدستور العراقي النافذ ، فيما يتعلق بمراحل وأسلوب وإشكاليات وعيوب صياغته، لذا فمن الأهمية بمكان بيان ذلك في محاولة متواضعة من جانبنا لجعل دستورنا انموذج يقتدى به في دساتير المنطقة .
٢. ضرورة أغناء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، بالدراسة والبحث والتحليل ، من مختلف جوانبه ، ومنها صياغته التشريعية، وعليه فإن هذا البحث سوف يركز على هذا الجانب المهم منه الذي لم يلق الاهتمام الكافي من قبل المختصين في إطار البحث العلمي .
٣. أهمية بيان المبادئ العامة التي يتضمنها موضوع الصياغة التشريعية ، ومعرفتها، ومن ثم محاولة معرفة مدى انعكاس هذه المبادئ في صياغة الدستور العراقي النافذ .

### مشكلة البحث :

ان مدلول الصياغة التشريعية، من المنظور الضيق للمصطلح، تعني صياغة القانونية والغوية للنصوص التشريعية ويمكن ان نحدد هنا ثلاثة أنواع من التشريعات ،وكما هو معروف ،والتي تتمثل في الدستور، التشريع العادي، ثم التشريع الفرعي ،فالصياغة التشريعية للنص الدستوري ليست مجرد شكلا من أشكال الصياغة القانونية، إنما تعتبر أصعب من الصياغة القانونية بسبب تعقد المشكلات التي تتناولها و النزاعات التي تصاحب عملية تبني صياغة الدساتير، و عدم المعرفة الكافية بالجمهور الذي يسري عليه وصفة الدوام التي تميزها . و رغم أن المشكلات الأساسية في الصياغة التشريعية و الصياغة القانونية متماثلة، فان المشكلات التشريعية أكثر تعقيدا من الناحية الفنية، و أكثر أهمية من الناحية الاجتماعية.

ولعل اغلب هذه الاشكاليات بل اكثر منها واجهت عملية صياغة الدستور العراقي النافذ تمثلت في ضرورة بناء التوافق بين الأطراف العراقية واشتداد الضغوط الخارجية وضرورة توزيع المشاركة وضغوط التوقيت الزمني ونتيجة لكل هذه الاشكاليات ظهر دستورنا وهو موشح بكل عيوب الصياغة التشريعية وبكل اجزائه بدءا من الديباجة حتى اخر نص فيه (0) على الرغم من المبادئ الايجابية التي تضمنها . ومن هنا نشور التساؤلات الآتية : ما هي الصياغة القانونية ؟ وما هي مراحلها ؟ . ومن ثم ، ما هو أسلوب صياغة نصوص دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ؟ ، وهل توافر للجنة الدستورية المكلفة بصياغة الدستور المستلزمات الضرورية للصياغة ؟ كيف انعكس ذلك على الصياغة القانونية للنص الدستوري ؟ هل استطاع المشرع الدستوري العراقي ان يعبر عن ماقصده بوضوح في النص الدستوري ؟ .

### خطة البحث :

تم تقسيم خطة البحث ، إضافة لهذه المقدمة ، إلى مبحثين : احتوى كل منها على مطلبين ، و كما يأتي :

المبحث الأول : مراحل الصياغة التشريعية لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥  
المطلب الأول : فترة التحضير للدستور الدائم (فترة سلطة الائتلاف المؤقتة CPA (٢٠٠٣-٢٠٠٤ و صدور قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية )  
المطلب الثاني : فترة كتابة الدستور الدائم (فترة الحكم الوطني ٢٠٠٥)

المبحث الثاني . الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بين الشكل والمضمون  
المطلب الأول : مضمون دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥  
المطلب الثاني : عيوب الصياغة القانونية في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥

الخاتمة والاستنتاجات

### المبحث الأول

#### مراحل الصياغة التشريعية لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

قبل الولوج في كتابة مراحل صياغة الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ نرى من الواجب أولا توضيح تعريف الصياغة القانونية ومراحلها ومتطلباتها لكي تكون الصورة واضحة حول طريقة الاعداد لكتابة دستورنا النافذ وهل كانت بالمستوى المطلوب ؟ هل كان الجو السياسي والأمني في العراق انذاك ملائم ؟ وكيف انعكس كل هذا على صياغة الدستور العراقي .

فالصياغة القانونية يراد بها مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والاحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية (١) وعلى هذا فالصياغة القانونية هي بمثابة تحويل المادة الأولية التي يتكون منها

القانون إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق (٢) ويرجع إلى الفقيه الفرنسي جيني (GENY) الفضل الكبير في التفرقة بين الجوهر والشكل في تكوين القاعدة القانونية فالجوهر أو المادة الأولية هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقاً لمثل أعلى معين، إما الشكل أو البناء فهو الصورة أو الهيئة التي تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية وقد فضل (جيني) تسمية الجوهر أو المادة الأولية (العلم) وتسمية الشكل أو البناء (الصناعة) أو (الصياغة) (٣) .

وهكذا فالصياغة القانونية ليست هدفاً بحد ذاتها وإنما هي وسيلة لتحقيق أهداف القانون في المجتمع وهي العدل والمساواة والصالح العام للمجتمع .  
ولتحقيق ماتقدم يصبح من الضروري التهيؤ للقيام بعملية الصياغة من خلال مرحلة التحضير والاعداد وبعدها مرحلة الكتابة .

فمرحلة الاعداد والتحضير تستدعي توفير الكفاءات المختصة بموضوع الحاجة التي تستوجب التنظيم القانوني، ويفضل أن يعهد التشريع إلى لجنة قليلة العدد يراعى في تشكيلها الكفاءات ذات الخبرة والمعرفة بالسياسة العامة للدولة في مجالاتها الاقتصادية والاجتماعية، بالإضافة إلى خبراء في علم القانون في فروع المختلفة (٤) .

كما تستلزم المرحلة المذكورة معرفة العوامل التي تؤثر في تكوين القواعد القانونية والتي ينبغي للمشرع ان يضعها نصب عينيه عند اعداد التشريع كالعوامل الطبيعية التي تتعلق بطبيعة البلد والعوامل الاقتصادية كما أن للدين والأخلاق اثر واضح في ميدان القواعد القانونية، اما العوامل السياسية والاجتماعية ، فان القانون يتأثر بهذه العوامل كما يؤثر فيها . وللعوامل التاريخية أهميتها ايضاً فعن طريقها يستطيع المشرع ان يستفيد من تجارب الماضي فيتلافى الأخذ بما ثبت إخفاقه من أنظمة قانونية في العصور المختلفة للتاريخ ، كما يستطيع ان يستفيد بما ثبت من تلك الأنظمة عبر التاريخ فالأخير بمثابة معمل تجارب حقيقي للمشرع ومع ذلك فان القانون لا يرفض كل تجديد .

يضاف الى ذلك الاستعانة بالبحوث والدراسات والاحصائيات والملاحظة المباشرة ميدانياً للمشاكل التي يراد وضع حل لها، ومعايشة هذه المشاكل عن قرب، ولفترة زمنية تكفي لتكوين تصور دقيق عن سير العمل ونوعية الناس وحقيقة المشكلة وتفصيلها (٥) .

وفي هذه المرحلة الاولى، مرحلة الاعداد، يتم اعداد مسودة للعمل القانوني ومراجعتها بصورة مستمرة للتوصل الى نتيجة مرضية تتمثل في اجراء تدقيقات شاملة من ناحية التجانس والترابط والوضوح . ومن الضروري في المرحلة الثانية من مراحل الصياغة وهي مرحلة الكتابة ان تجري مراجعة ما تمت صياغته في المسودة وتهذيبها وهذا ما سوف يتيح للقائم بالصياغة تكملة ما قد يلاحظه من نقص في الموضوع القانوني الذي يقوم بصياغته وإزالة العيوب فضلاً عن تهذيب النص وإدخال بعض الملامح التي تسبغ علامات جمالية على شكل العمل، ومن الضروري هنا مراجعة الصياغة من قبل أكثر من شخص (٦) ، فالفكرة المهمة في مشروع القانون هي ان تقول ماتعنيه على نحو دقيق و متماسك واقتصادي في الكلمات ومحدد في المعاني . وتأتي المادة قبل الشكل، ولكنهما يسيران معاً . وعلى العموم فان الصياغة التشريعية تتميز بما يأتي (٧):

١. ان تكون الصياغة القانونية شاملة لما يراد تنظيمه حالاً من العلاقات القانونية والى ما ينتظر وقوعه في المستقبل .
٢. ان تكون العبارات دقيقة تقرر حلولاً ثابتة غير متغيرة .

٣. ان تكون سهلة التطور فالمراد منها بان تتوافق مع المراكز المادية التي يمكن ان تظهر في الجماعة والا وقعنا في محذور تنازع القانون مع الواقع ، وهذا ما يجب الابتعاد عنه قدر الامكان .

ومن مايجدر ذكره ان الصياغة التشريعية فن لا بد لتمام معرفته من دراسة مستفيضة وتجربة طويلة، ومن حق له أن يمارس صياغة التشريعات أو أسندت له هذه المهمة فلا بد له من أن يكون لديه قدراً كبيراً من العلم والمعرفة في علم القانون وأصوله، عارفاً بتاريخ القانون وتطوره، مدركاً لظروف الزمان والمكان والبيئة التي نشأت فيها القواعد القانونية السابقة قادراً على التفرع منها إلى الفروض التي هو راغب أو مكلف بوضع حلولاً لها على شكل قاعدة قانونية من صفاتها العموم والتجريد والإلزام .

وتأسيساً على ماتقدم يثور التساؤل هل تم توفير مستلزمات مرحلة الاعداد والتحضير لصياغة دستورنا النافذ ؟ هل روعيت القواعد الضرورية لمرحلة كتابة الدستور؟ وكيف انعكس كل ذلك على صياغته . للاجابة على هذا التساؤل يجب معرفة جذور كتابة الدستور العراقي الدائم والذي كان من المفترض ان يصدر منذ البدء ولكن للظروف التي مر بها العراق بعد سقوط النظام السابق (والتي سنوضحها لاحقاً) كان لها الاثر الكبير في تاخير صدوره ولتلافي الفراغ الدستوري في تلك الفترة الحرجة صدر دستور مؤقت سمي بقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والذي يعتبر هو الجذر الأول للدستور الدائم حيث الزم الجمعية الوطنية بكتابة مسودته (م ٦٠) وتكفل نص المادة ٦١ منه ببيان آلية اقامته .

وعليه سوف نقسم مبحثنا هذا الى مطلبين وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول : فترة التحضير للدستور الدائم (فترة سلطة الائتلاف المؤقتة CPA (٢٠٠٣-٢٠٠٤) وصدور قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية )  
المطلب الثاني :فترة كتابة الدستور الدائم (فترة الحكم الوطني ٢٠٠٥)

### المطلب الأول

#### فترة التحضير للدستور الدائم (فترة سلطة الائتلاف المؤقتة CPA (٢٠٠٣-٢٠٠٤) وصدور قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية

بدأت العملية الدستورية في عراق مابعد التغيير بمبادرة من سلطة التحالف المؤقتة التي ترأسها السفير بول بريمر في آب 2003(٨) .

حيث جرى التفكير جدياً بطريقة اعداد دستور للعراق ، وكانت قضية كتابة الدستور عبارة عن معركة علنية وخفية دارت رحاها بين القوى الوطنية العراقية التي ناضلت طويلاً ضد النظام الدكتاتوري وداخل الادارة الأمريكية ومنها ادارة برايمر ورجال الدين الشيعة في مرجعية النجف الاشرف وفي المقدمة السيد السيستاني (دام ظله) ،فضلاً عن تدخل الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية . وكان صراعاً يدور محوره حول شكل الدولة ونظامها السياسي والخوف من بناء دولة مذهبية على غرار ايران أو دولة تدعي العلمانية بفعل وجود بقايا حزب البعث والفكر العروبي المتطرف (٩) .

وعقب تشكيل مجلس الحكم في العراق في تموز ٢٠٠٣ شكل المجلس لجنة دستورية تحضيرية في الحادي عشر من اب سنة ٢٠٠٣ تتألف من ٢٥ عضواً، حيث رشح اعضاء هذه اللجنة من قبل أعضاء مجلس الحكم، وكانت مهمة اللجنة استطلاعية عن طريق الاتصال بالقوى الفاعلة في المجتمع والاطلاع على رأيها ثم رفع توصية الى مجلس الحكم لبيان الآلية التي ينبغي من خلالها صياغة دستور جديد للبلاد (١٠) .

وبدأت اللجنة مشاورات عامة مع قادة المجتمع والرأي وغيرهم. وأدت المشاورات إلى استقطاب البلاد إلى قوى متصارعة حول أسس اختيار كتابة مسودة الدستور أكثر من التركيز على مبادئ الدستور المقبل. وقد تركت تلك اللجنة القرارات الصعبة لكل من مجلس الحكم وسلطة الائتلاف المؤقتة. ومن الجدير بالذكر إن إدارة الحاكم المدني بول برايمر ومجلس الحكم كانا يحرصان على معرفة موقف السيد السيستاني من طريقة تشكيل لجنة صياغة الدستور وكان رأي المرجعية الدينية في النجف الأشرف وجوب ان تشكل تلك اللجنة عن طريق الانتخاب.

في حين كانت رؤية السفير بول برايمر تقضي بتشكيل لجنة الصياغة عبر التعيين، وهكذا أصبح موقف السفير برايمر صعب للغاية حيث شبه الفتوى بالمشكلة لأنه يرى بان الانتخابات يمكن ان تستغرق سنة. وبعد ذلك يحتاج العراقيون الى كتابة دستورهم، لي طرح بدوره على الاستفتاء عام لقراره. وإتباع هذه العملية يعني تأخير نقل السيادة حتى وقت متأخر من سنة ٢٠٠٥ وهو واثق من ان العراقيين والشركاء في الائتلاف لا يمكنهم الانتظار كل ذلك الوقت (١١).

وبعد تفكير معمق من السفير برايمر قرر ان يطرح فكرة الدستور المؤقت بدلا من الدستور الدائم عل الرغم من علمه ان معظم العراقيين سيرتابون من فكرة الدستور المؤقت خصوصا بعد دستور ١٩٧٠ المؤقت (ولعله السبب بتسميته قانون ادارة الدولة الانتقالي بدلا من دستور مؤقت (١٢) حيث جاء بنص تعبيره (( قررنا طرح فكرة الدستور المؤقت، حيث كنا نأمل بان يتجاوز فتوى السيستاني ويتيح لنا نقل السيادة الى الحكومة عراقية بموجب اطار قانوني ينشئ المؤسسات والهيكل السياسية والديمقراطية العراقية، ويحمي الأقليات وحقوق الانسان. لكننا وافقنا ايضا على الشرط الذي وضعته فتوى السيستاني - ان تجري الانتخابات بأسرع ما يمكن لهيئة تضع مسودة الدستور العراقي الدائم )) (١٣).

وجاء قرار الأمم المتحدة رقم 1511 في 16 تشرين الأول 2003 للزام مجلس الحكم بوضع جدول زمني وبرنامج لوضع مسودة الدستور وإجراء الانتخابات. وأبرمت الإدارة الأمريكية في تشرين الثاني 2003 اتفاقية مع مجلس الحكم العراقي لنقل السيادة إلى حكومة معينة في تموز 2004 ومارست سلطة الائتلاف المؤقتة مع الإدارة الأمريكية ضغطاً كبيراً على مجلس الحكم فيما يتعلق بالدستور، حتى أن وزير الخارجية الأمريكي السابق كولين باول أصدر إنذاراً نهائياً إلى مجلس الحكم لإنجاز الدستور في خلال 6 اشهر (١٤).

ونتيجة لفشل اللجنة في الاتفاق على الية كتابة الدستور، تم الاتفاق بين مجلس الحكم وسلطة الائتلاف على وضع قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية حيث تحول المجلس الرئاسي لمجلس الحكم، المكون من 9 أعضاء، إلى لجنة صياغة الدستور برئاسة عدنان الباجه جي (0) فضلا عن مشاركة سلطة الائتلاف وتولت مجموعة مصغرة من الخبراء وحقوقيون وقضاة (وضع مسودة قانون الإدارة الانتقالي). حدد هذا القانون أسس النظام السياسي الديمقراطي الاتحادي، وقد وضع القانون الأسس لهيكل دولة لامركزية، اتحادية وديمقراطية حامية لحقوق الإنسان، علاوة على تحديد بعض أسس الدستور المقبل، كل ذلك قبل تشكيل حكومة منتخبة (١٥).

والحقيقة ان اللجنة لم تكن حرة بما يكفي لوضع أسس الدستور بل أنها خضعت إلى توافقات سياسية من عدة جهات سواء كانت داخلية بين الأحزاب او توافقات سياسية مع سلطة الائتلاف ولعل ما يؤيد طرحي هذا هو ما ذكره السفير برايمر بان أعضاء مجلس الحكم وافقوا بالإجماع على مسودة قانون ادارة الدولة بما فيها النص الذي يجيز لثلاثة محافظات نقض مشروع الدستور حيث قال ((الحقيقة ان هذا النص وضع بناء على طلب القادة الأكراد من اجل ان يستخدموا حق النقض في حالة عدم الاتفاق على مسودة

الدستور)) ويضيف برا يمر (( الا انه فوجئ بعد مضي عدة أيام على التصويت بعدم رضا السيد (السيستاني) على إعطاء حق النقض للأكراد، الا انه عاد ووافق على ذلك بعد جهود مضنية)) (١٦) .

ان اللمسات الامريكية كانت واضحة متمثلة برؤية الرئيس الأمريكي السابق بوش للعراق الجديد على ان يكون للعراقيين ان يقرروا اسس دولتهم بانفسهم (ولكن المفارقة) ان سلطة الائتلاف وضعت المبادئ الاساسية للديمقراطية والفدرالية والحماية من الانزلاق للاستبداد ليس فقط على المدى القريب في الدستور المؤقت بل على المدى الطويل بحيث تتاح لها فرصة البقاء في أي دستور دائم لاحق (١٧) .

### المطلب الثاني

#### فترة كتابة الدستور الدائم (فترة الحكم الوطني ٢٠٠٥)

كان قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية خارطة الطريق للدستور الدائم حيث ألزم الجمعية الوطنية بكتابة مسودته بالمادة (٦٠)، ووضحت المادة (٦١) منه بيان الية اقامته (١٨) وانسجاما على ماتقدم شكلت الجمعية لجنة تتالف من خمسة وخمسين عضوا من بين اعضائها لكتابة الدستور، حيث مثل قائمة الائتلاف العراقي (٢٨) عضوا وقائمة التحالف الكردستاني (١٥) عضوا والقائمة العراقية (٨) اعضاء وقائمة المستقلين (٤) اعضاء . ثم اضيف الى تلك اللجنة خمسة عشر عضوا من خارج الجمعية (١٩) .

واعضاء هذه اللجنة وزعوا على ست لجان حسب ابواب الدستور وعلى النحو الاتي :

اللجنة الاولى: المبادئ الاساسية

اللجنة الثانية: الحقوق والواجبات الحريات العامة

اللجنة الرابعة: مؤسسة حكومة الاقاليم واختصاصاتها

اللجنة الخامسة: مؤسسة الحكومة الاتحادية

اللجنة السادسة: الاحكام الانتقالية والختامية

ومنذ الجلسة الاولى للجنة في ١١ ايار ٢٠٠٥ بدا واضحا ان اعضائها لم تكن لهم خبرة دستورية ولا قانونية، لا بل ان اغلبهم لم يكن يميز بين الدستور والقانون، وربما لا يعرف تعريف الدستور وهذه مشكلة كبيرة تركت اثارها على كتابة الدستور وصياغته (٢٠) والحقيقة ان هذا الوضع هو نتيجة طبيعية لطريقة اختيار اللجنة التي جرت وفقا لمبدأ المحاصصة الحزبية والطائفية .

وتأسيسا على ماتقدم فقد تم السماح لكل عضو ان يختار مستشارا قانونيا تتحمل الحكومة نفقات خبرته المقدمة للعضو وهذا في راينا خطوة جيدة لرفع مستوى اداء اعضاء اللجنة ولكن التساؤل الذي يثار هنا، هل تم فعلا الاستعانة بهؤلاء المستشارين ام كان الموضوع هو مجرد نفقات اضافية تحسب للعضو ومساعدته ؟

وكان الأجدر من وجهة نظرنا ان يتم اختيار اعضاء اللجنة وفقا للاسس العامة المعروفة في اعداد صياغة القوانين والتي سبق ذكرها بان تكون لجنة قليلة العدد من

خيرة اصحاب الخبرة والاختصاص العراقيين في المجال القانوني ومن ثم طرح المشروع على الجمعية الوطنية واجراء الاستفتاء الشعب عليه .  
ومما لاينبغي الجدل فيه ان اللجنة الدستورية واجهت صعوبات جمة فالطرف الامني كان اسواء ما مر به العراق بعد التغيير وكان يمر في اشد مراحل تاريخه عريضة وهيجاناً، فضلا عن ظروف الارهاب الفاعدي والجريمة المنظمة حيث تم اغتيال اثنين من اعضاء اللجنة (الدكتور ضامن حسن الجبوري والدكتور مجبل الشيخ عيسى) واغتيال ايضا الدكتور عزيز ابراهيم الذي كان من فريق المستشارين للجنة ومن ناحية اخرى كان هناك سقف زمني لانجاز مسودة الدستور فلم يكن امام اللجنة خيار وسط تعددهم الطائفي والحزبي فضلا عن تقيدهم بالاطر العامة التي نص عليها قانون ادارة الدولة والذي يعتبر المصدر الاساسي للدستور الدائم سوى ان يتخذوا قراراته بالتوافق لا بالتصويت وفي حالة عدم توافقهم فيما بينهم كممثلين عن احزابهم فانهم يرحلون النقاط التي لم يستطيعوا الاتفاق عليها الى المطبخ السياسي(٢١) والذي يتكون من قادة الاحزاب والكتل السياسية الرئيسية في العراق وقد تم استحدثه لحل هذه المشاكل تحت تاثير الضغوطات الامريكية لاجل اتمام عملية كتابة الدستور بافضل شكل وانهاهه في الوقت المحدد

والحقيقة ان المواضيع التي اتخذ المطبخ السياسي القرار بشأنها كانت من اكثر نصوص الدستور التي ظهرت فيها عيوب الصياغة القانونية كما سنذكرها لاحقا ولايمكن اغفال دور سلطة الائتلاف من اجل انجاز الدستور ففي يوم ١٦ مايس ٢٠٠٥ المصادف ليوم الاثنين زارت السيدة الدكتورة كوندليزا رايس سيادة مسعود البارزاني ومن ثم حكومة السيد الدكتور الجعفري وتباحثت حول مختلف الملفات ومنها الى التشجيع لعقد مؤتمر دستوري يضم جميع العراقيين والاستعانة بخبراء من الأمم المتحدة ومن نقابة المحامين الامريكية وكذلك من الاتحاد الاوربي لدعم عملية كتابة الدستور الدائم للعراق الجديد لوضع اليات كتابة الدستور الدائم وغاية ذلك ان لا يقع الدستور بيد ايادي دينية او مذهبية او قومية ربما متشددة وهو ما يعطل بناء الديمقراطية في العراق (حسب رايها) . وقد حضر فعلا يوم ٣٠ مايس ٢٠٠٥ مستشار الامم المتحدة والخبير الدستوري في جنوب افريقيا اجتماعا مع اللجنة الدستورية عارضا مساعدة الامم المتحدة في كتابة وصياغة الدستور الا انه ذكر صراحة بان الدستور في العراق الجديد القائم على الاتحاد الاختياري لن يكتب الا من العراقيين جميعا وبعقول عراقية وبرغبة من العراقيين دون اي طرف اخر ولن يكون دور الاطراف الاخرى الا عاملا مساعدا ولا يتعدى الدور الاستشاري .

كما شكلت لجنة المحامين الأمريكيين لجنة قانونية مختصة اصبحت غرفة خلفية في الظل تدقق ما سيكتب من نصوص دستورية ، وهو ماجرى من خلال اطلاع السفارة الامريكية على اجزاء مسودة الدستور قبل ان يقر من الجمعية الوطنية العراقية (٢٢)

ولم تستطع الجمعية انجاز المسودة خلال المدة المحددة مما دعى مجلس الرئاسة الى تعديل القانون وذلك بموجب القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٥ الذي اطلق عليه قانون التعديل الاول لقانون ادارة الدولة الانتقالية حيث قضى التعديل بتغيير الموعد النهائي لكتابة مسودة الدستور من ٢٠٠٥/٨/١٥ الى ٢٠٠٥/٨/٢٢

وكان الافضل ان تلجئ الجمعية الى رخصة التمديد التي منحها لها القانون بدلا من تعديل الدستور . لانه يثير اشكالية مخالفته للدستور(٢٣) وهكذا فان اللجنة لم يكن لها الوقت الكافي لمراجعة ماتم صياغته على الاقل من قبل كل اعضائها فكما هو معروف ان التدقيق والمراجعة تمنع الخطأ والتسرع في التشريع لأنه اذا اخطأ أحد الاعضاء في اللجنة تلافى العضو الاخر الخطأ عند عرض الأمر عليه وبذلك تضمن صياغة

نصوص الدستور بشكل صحيح و متقن وإذا كان هذا الأمر يؤدي إلى جعل الصياغة التشريعية للدستور بطيئة- فإن الذي يعوض هذا البطء أن النصوص التي تصدر تكون أكثر اتقافاً وأقرب إلى المصلحة العامة مما لو كانت صادرة بدون مراجعة الأعضاء الآخرين، لذا يجب أن يأخذ الدستور وقتاً طويلاً ، لأن الدستور ما هو إلا ضمان لحقوق الناس و تأكيداً على ما استقرت عليه أعرافهم ، وتنظيماً لشئون حياتهم ، فيجب أن يأخذ الوقت الكافي في العمل والصياغة(0) وعلى اية حال انتهت اللجنة من كتابة الدستور وحدد يوم السبت الموافق ١٥ من شهر تشرين الاول لسنة ٢٠٠٥ موعداً لاجراء الاستفتاء وهكذا جرى الاستفتاء في الموعد المحدد وبعد مضي عشرة ايام من اجراء الاستفتاء اعلنت المفوضية العليا المستقلة للانتخابات موافقة لشعب على مسودة الدستور .

## المبحث الثاني الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بين الشكل والمضمون

سبق وان تطرقنا الى بعض الشروط المهمة التي يجب توافرها للقول بسلامة وصحة الصياغة التشريعية ، وعند عدم توافر هذه الشروط او اختلال جوهرية في احدها سيؤدي القول بوجود عيب في مجال الصياغة . فقد واجهت عملية صياغة مسودة الدستور عدة عقبات مثل اشتداد الضغوط الخارجية وضغوط التوقيت الزمني، وكذلك ضرورة بناء التوافق بين الأطراف العراقية .

حيث تبين منذ اللحظة الاولى او الاجتماع الاول للجنة الدستورية عدم الانسجام في الطروحات والرؤى الفكرية والسياسية، فضلا عن ان العديد من الاعضاء لم يكونوا من المختصين بعلم الدستور ولا بعلم القانون، وهذا التنافر وقلة الخبرة سيؤدي حتما الى وجود قصور او ثغرات او عيوب في الدستور مما ينعكس سلباً على وضع الدستور وتطبيقه .

ومن الجدير بالذكر ان هناك عيوباً تلحق النص القانوني اثناء تشريعه . منها ما يكون عيباً في الشكل كعدم التوافق اللغوي او قد يكون الخطا في المضمون ، وابرز الامثلة :  
النقص والغموض والتعارض في الاحكام القانونية  
ومما تقدم فأنا سنقسم مبحثنا هذا الى مطلبين وكما يلي :

المطلب الاول : مضمون الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥  
المطلب الثاني : عيوب الصياغة القانونية في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥

## المطلب الاول مضمون الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥

تضمن الدستور العراقي ديباجة الاستهلال بدات بالآية الكريمة : بسم الله الرحمن الرحيم ( ولقد كرّمنا بني آدم ) ، إن هذا الاستهلال يوضح إدراك لجنة الصياغة بأنهم يكتبون دستوراً لمجتمع يمثل فيه المسلمون الغالبية العظمى ، وهي إشارة واضحة تؤكد هذه الحقيقة الواقعية ذات البعد الروحي ، الا ان اللجنة المذكورة اعتمدت فيها

الأسلوب الإنشائي في صياغته لها، حيث اتسمت بضعف الصياغة اللغوية والقانونية بعيدة عن فن الصياغة للدساتير والقوانين وبعيدة أيضا عن اللغة القانونية التي كان ينبغي ان تكتب بها هذه الديباجة . حيث ورد فيها ان الدستور انه (( إستجابة لدعوة قياداتنا الدينية وقوانا الوطنية واصرار مراجعنا العظام وزعمائنا وسياسيينا ومحبينا وسط مؤازرة عالمية من أصدقائنا ومحبينا )) كما وتضمنت الديباجة عبارات تثير الشقاق والخلاف بين المواطنين فالمفترض ان من يريد ان يؤسس دولة حديثة ، عليه ان ينظر الى المستقبل ولا يجتر احزان وماسي الماضي، وان يوحد لايفرق، ومن اللافت للنظر ان الديباجة تدين الشعب العراقي في بعض العبارات التي وردت فيها على لسان الشعب العراقي كالقول (نحن شعب العراق ٠٠٠ عقدنا العزم برجالنا ونساننا وشيوخنا وشبابنا على احترام قواعد القانون ٠٠٠ ونبذ سياسة العدوان ٠٠٠) وكان الشعب العراقي لم يكن يحترم قواعد القانون ، وكان محبا لسياسة العدوان ومن ثم قرر نبذها ( ٢٤ ) .

والحقيقة اننا نعتقد بان لجنة الصياغة قد تكون تأثرت بما ورد في ديباجة الدستور الامريكي والتي نصت (نحن شعب الولايات المتحدة، لكي نؤلف اتحادا اكثر تكاملا ولكي نقيم العدالة ٠٠٠ ونصون نعمة الحرية لانفسنا وذريتنا من بعدنا ،نضع ونقيم هذا الدستور للولايات المتحدة الامريكية ) ( ٢٥ ) ولكن للأسف اسهبت اللجنة في الديباجة فصارت تحاكي الماضي والحاضر والمستقبل بدون ان تضع فكرة واحدة تنشئ التعبير عنها للمستقبل القادم كما في ديباجة الدستور الامريكي .

اما فيما يتعلق بمواد الدستور المائة واربعة واربعون مادة التي سنتطرق لبعض منها لتثبيت التعليقات تطالعنا المادة الاولى التي تحدد شكل نظام الحكم بالعراق ويلاحظ على مطلع المادة المذكورة انها جاءت لأول مرة بفكرة الدولة الاتحادية هذه الفكرة التي لم تعرفها الدساتير العراقية السابقة حيث نصت (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة، ذات سيادة كاملة ،نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق ) ومع القول ان الدستور اخذ بالنظام الاتحادي الا انه اغفل خاصية جوهرية في النظام الاتحادي ،لعدم نصح على الية تكوين مجلس الاتحاد وبيان سلطاته وكذلك ارجاء اقامته الى دورة انتخابية اخرى ، اما عن الاخذ بالنظام النيابي ،وشكل الحكومة برلماني فيلاحظ ان الاختصاصات التي منحت لمجلس النواب تتعارض مع خصائص النظام النيابي البرلماني ،حيث اتجه المشرع الدستوري الى تقوية (مجلس النواب) على حساب السلطة التنفيذية (رئيس الدولة ومجلس الوزراء) ولم ياخذ بمبدأ التوازن بين السلطتين وهو المبدأ الجوهرية الذي يقوم عليه النظام البرلماني . وهناك قصور اخر في الدستور يتعلق بالتوجه نحو بناء دولة المكون والعشيرة بدلا من دولة الوطن والمواطن فما جاء في المادة الثالثة منه (على ان العراق بلد متعدد القوميات والاديان والمذاهب )، فاذا كان النص على ان العراق متعدد القوميات مقبولا ،الا انه ليس من المقبول ان ينص على تعدد الاديان والمذاهب الا اذا كان المشرع يقصد من ذلك ترتيب حقوق لمعتنقي هذا المذهب او ذلك الدين خارج اطار حقوق المواطن التي يجب ان يتساوى فيها الجميع . ونحى دستورنا نفس المنحى في الفقرة (أمن البند اولا من المادة التاسعة) التي ينص على ان (تتكون القوات المسلحة العراقية والاجهزة الامنية من مكونات الشعب العراقي بما يراعي توازنها وتمائلها دون تمييز او اقصاء ٠٠٠ الخ ( ٢٦ )

واما الفقرة ثانيا من المادة (١٢) اشارت الى تنظيم الاوسمة والعطلات الرسمية والمناسبات الدينية والتقويم الهجري والميلادي في حين ان الاوسمة والانواط

وكافة انواع التكريم التي تنظمها الدولة لمواطنيها وللغير ينظم بقانون منفصل عن قانون العطلات الرسمية ومنفصل كذلك عن المناسبات الوطنية والدينية ، اما التقويمان الهجري والميلادي فهما منظمان بقانون نافذ المفعول كان يجب الاشارة اليهما(27)0 كذلك نص على مبدأ استقلالية السلطة القضائية والضمانات التي يتمتع بها القضاة من خلال إعادة تشكيل مجلس القضاء الأعلى وجعله مستقل عن وزارة العدل ، وعدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في استقلال القضاء ، وحفاظا" على صيانة الوثيقة الدستورية كان لابد من إنشاء محكمة عليا للحفاظ على سيادة الدستور والقانون وتحقيق العدالة .

وأراد المشرع الدستوري أن يؤكد معالم الدولة القانونية الجديدة من خلال النص على إنشاء المحكمة اتحادية عليا وعلى ذلك نصت المادة ٩٢ الفقرة ثانيا من الدستور على مايلي (( :ثانيا :تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون ،يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب ))

ويبدو ان الفقرة ثانيا جاءت لترضي الاطراف الدينية والاطرف العلمانية وهذه مشكلة اذ ما هو الحكم اذ وقع اختلاف او تعارض بين هذه الاطراف الوارد ذكرها في الفقرة المذكورة ؟

وبناء على ماتقدم نعتقد ان لا علاقة لوجود خبراء الفقه الاسلامي في المحكمة الاتحادية العليا، لان النصوص الدستورية والقانونية يمكن ان يتولى تفسيرها خبراء من القانونيين والقضاة فقط بالاضافة الى المخاطر احتمال وصول اصحاب الاتجاهات الدينية والمذهبية الى المحكمة المذكورة ، والتي من اختصاصها البت في دستورية القوانين ومن المواد التي يظهر فيها القصور من الناحية الموضوعية المادة ١١١ من الدستور التي نصت على ان (النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الاقاليم والمحافظات ) .

ان النص المذكور يلفه الغموض لان الملكية باعتبارها حقا عينيا اصليا لا تتقرر الا الى شخص القانون ،سواء كان هذا الشخص طبيعيا او معنويا وبما ان الشعب العراقي لا يتمتع بالشخصية المعنوية ،عليه فان اسناد حق ملكية الغاز والنفط اليه يعد مجازا ، فالملكية الحقيقية تكون للدولة باعتبارها شخصا معنويا حسب احكام المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي (٢٨) .

فضلا عن ماتقدم كان الاجدر بلجنة الصياغة النص على كل الثروات الطبيعية وعدم الاقتصار على النفط والغاز فقط فهناك ثروات طبيعية اخرى مثل الكبريت والفوسفات وغيرها من الثروات المعدنية وغير المعدنية الامر الذي يوجب التعديل الدستوري .

اما المادة (٢٧/اولا) من الدستور على ان للاموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن ،) والحقيقة ان اموال الدولة نوعان اموال عامة واموال خاصة وتعتبر اموالا عامة حسب نص المادة (١/٧١) من القانون المدني العراقي ،العقارات والمنقولات التي للدولة او للاشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل او بمقتضى القانون اما ما عداها من اموال مملوكة للدولة ،فانها تعد اموالا خاصة للدولة تتصرف بها كما يتصرف الافراد باموالهم مع مراعاة القيود المسطرة في القوانين ذوات العلاقة .

ان الحماية القانونية يجب ان تمتد الى اموال الدولة العامة والخاصة على حد سواء وبالتالي فان الاوفق اعادة ترتيب المادة المذكورة حتى تكون بصيغة (لاموال الدولة العامة والخاصة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن ) (٢٩) .

على ان اهم مظاهر القصور في الدستور هو احالة اللجنة الدستورية معالجة الكثير من القضايا المهمة الى ان يتم تنظيمها بقانون حتى بلغ عدد القوانين التي يجب اقرارها من

مجلس النواب وفقا للدستور ٥٥ قانونا، اذ كان ينبغي وضع القواعد العامة الاساسية في الدستور التي تتفق مع المعايير الدولية .  
ومما لا يخفى على الجميع انه بالرغم من وجود الكثير من المبادئ الايجابية في دستورنا النافذ الا ان هناك اعضاء من لجنة كتابة الدستور قد وضعوا تحفظا تحريريا على المسودة النهائية للدستور ، بسبب ضعف القواعد الديمقراطية في الدستور ونقص الحقوق الدستورية الكافية للمرأة وقلّة قواعد حقوق الانسان التي يجب احترامها وبخاصة ضرورة احترام تنفيذ الاتفاقيات التي وافقت وصادقت عليها الحكومات العراقية المتعاقبة ، ومنها الاعلان العالمي لحقوق الانسان واتفاقية سيداو واتفاقية مناهضة التعذيب والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية ، وغيرها مما تعتبر قصورا في الدستور العراقي النافذ (٣٠) .

### المطلب الثاني

#### عيوب الصياغة التشريعية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

تعد الاحاطة باللغة ومفرداتها ومعانيها من الشروط الاساسية لانجاز سليم في المجال التشريعي الا ان هذا لا يعني عدم امكانية تصور حصول عيوب في الصياغة ومن هذه العيوب الخطأ، النقص، الغموض، التعارض، والتكرار ، فهل يمكن تصور وجود عيوب صياغية وردت في الدستور العراقي النافذ ؟

ان الشكل الاول من اشكال عيوب الصياغة هو الخطأ اذ يصيب النص التشريعي خطأ ماديا وقد يكون خطأ قانونيا وان كان احتمال وقوعه نادرا ونقصد به في هذا المقام الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة بحيث لا يوجد ادنى شك في وجوب تصحيحه (٣١) ويمكن تدارك هذا العيب عن طريق التدقيق من لجنة مشكلة من عدد من الاعضاء ، لان التدقيق الجماعي افضل من تدقيق الفرد الذي قد لا ينتبه الى الخطأ لسهوه او هفوة او تعب او اجهاد ، ولا شك ان تلك الاخطاء تزداد خلال الفترات التي ينشط فيها المشرع ، كأن يضيق الوقت بحيث يتعذر التدقيق في المراجعة خاصة في الحالات العاجلة (٣٢) وهكذا فالخطأ الذي يصيب النص القانوني قد يأخذ اشكالا متعددة منه الاخطاء المطبعية والاملائية واللغوية فضلا عن القانونية .

وبالرجوع الى دستورنا النافذ فاننا نفاجأ من كثرة الاخطاء المطبعية والاملائية واللغوية وحتى القانونية ان وضع كهذا يؤكد بالدليل القاطع حالة العجلة التي واكبت صياغة الدستور فضلا عن عدم بذل الجهد الكافي من قبل اعضاء لجنة الصياغة فالمهم هو ان يتضمن الدستور ما اراده السياسيون واتفقوا عليه اما كيفية صياغة هذه التوافقات فلم تكن مهمة؟ ومن بين هذه الاخطاء التي يمكن ملاحظتها الاخطاء المطبعية والتي كانت واضحة جدا الامر الذي دفع الى اصدار العديد من بيانات التصحيح الصادرة عن ادارة الوقائع العراقية فالمادة السابعة الفقرة (اولا) جاء نصها (يحظر كل كيان اونهج يتبنى العنصرية او الارهاب او التفكير (٠٠٠) والصحيح التكفير (٣٣)، وكذلك المادة (٧٧) الفقرة اولاً جاء نصها يشترط في رئيس مجلس الوزراء ما يشترط في رئيس الجمهورية ، وان يكون حائزا الشهادة الجامعية او ما يعادلها (٠٠٠) والاصح ما يعادلها (٣٤) .

اما الشكل الثاني من اشكال عيوب الصياغة فهو الغموض ونقصه هو النص غير الواضح الدلالة فهو لا يدل على ما فيه بصياغتها ذاتها ، بل يتوقف فهم هذا المواد على امر خارجي أي امر خارج عن عبارته (٣٥) فقد ينتج الغموض عن قصور في اللغة

للامكانيات اللغوية المحدودة لدى من يكلف باعداد التشريع، او ياتي الغموض من اسلوب النص القانوني نفسه . عندما يصاغ النص باسلوب معقد في اللفظ والتركيب بحيث يصعب تصور المقصود منه دون مراجعة لربط الجمل والكلمات فيها او مراجعة القواميس الخاصة باللغة والمصطلحات (٣٦) وبالرجوع الى الدستور العراقي النافذ نجد المادة (١٠١) منه قد اثار العديد من الاحتمالات عن قصد المشرع الدستوري منها حيث نصت على انه (يجوز بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء الا ما استنتي منها بقانون ) .

والحقيقة ان مجلس شورى الدولة تاسس بالقانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وما زال يمارس ووظائفه في مجال المشورة والتقنين والقضاء الاداري ولكنه تابع لوزارة العدل، وهذا يتناقض مع توجهات الدستور في جعل القضاء مستقلا، لهذا كان المقضى من الدستور ان ينص على جعل مجلس شورى الدولة تشكيلا من تشكيلات مجلس القضاء الاعلى، وان يجعل منه كيانا مستقلا قائما بذاته كما فعل المشرع المصري بالنسبة لمجلس الدولة، هذا من ناحية اخرى فان النص في المادة (١٠١) من الدستور على ان المجلس يمثل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء مرفوض جملة وتفصيلا، لان الدولة ان يقوم والهيئات العامة تتمتع بالشخصية المعنوية لها الاهلية القانونية للترافع امام القضاء وبالتالي لا يمكن لمجلس الدولة ان يقوم بهذه المهمة، اما اذا كان قصد المشرع انشاء هيئة مفوضي الدولة في المجلس على غرار التجربة المصرية، فهذا امر مقبول مع ملاحظة ان وظائف الهيئة المذكورة معروفة وليس من بينها تمثيل الدولة وهيئاتها امام القضاء(٣٧) .

وكذلك المادة ١٣٢ من الدستور والتي نصت (اولا-تكفل الدولة رعاية ذوي الشهداء والسجناء السياسيين والمتضررين من الممارسات التعسفية للنظام الدكتاتوري المباد) والملاحظ هنا ان هذا النص ورد بشكل عام ومرن غير وافي بالغرض والسؤال هنا: هل ان ضحايا النظام المذكور من حروبه وجرائمه تكفي لهم (الرعاية) فقط؟ ثم ماهو المقصود بهذه الرعاية دستوريا وقانونيا وما هي حدودها؟ وهل ان ما ارتكبه النظام المذكور هي مجرد ممارسات (تعسفية) كما ورد في النص الدستوري؟ ام هي جرائم دولية خطيرة، كجرائم الحرب والجرائم ضد السلم والجرائم ضد الانسانية؟(٣٨) .

اما التعارض فانه يحصل عندما يصطدم نص مع نص اخر بشكل يجعل الجمع بينهما امرا غير ممكن نظرا لتعارض احدهما مع الآخر رغم وضوحهما اذا ما تم النظر الى كل واحد منهما على حدة . ويحصل التعارض في تشريع واحد او في تشريعات مختلفة (٣٩) . وهذا الشكل من اشكال عيوب الصياغة يبدو اشد وضوحا في المادة الثانية البند (اولا) من الدستور النافذ الذي ينص على ان الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر اساسي للتشريع .

ا-لايجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام .

ب-لايجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية .

ج-لايجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق الاساسية الواردة في هذا الدستور

والسؤال الذي يثار ماهي ثوابت احكام الاسلام لاسيما اذا ما علمنا ان هناك فرق ومذاهب متعددة في الاسلام متباينة في اتجاهاتها وفهمها لمسائل عدة في الشريعة . اما المبادئ الديمقراطية التي لا يجوز سن قانون يتعارض معها، فقول يثور اللبس والابهام، لان للديمقراطية صور متعددة، وتطبيقات مختلفة، فاية صورة من صورها لا يجوز سن قانون يخالفها . وكذلك الفقرة (ب) من البند اولا من المادة التاسعة (يحظر تكوين

ميليشيات عسكرية خارج اطار القوات المسلحة ) فكيف يتم تكوين ميليشيات داخل القوات المسلحة ؟ (٤٠) .

اما عيب النقص فيقصد به اغفال لفظ في النص التشريعي بحيث لا يستقيم الحكم بدونه (٤١) وهذا العيب يبدو جليا في (الفقرة ثمانية عشر-أ) من المادة (١٩) فقد وردت عبارة (ايحظر الحجز ٠) بشكل مطلق مما يعد اخلالا بقواعد العدالة حيث يجب ان يلحق بجملة ثانية مكملة وهي : (الا وفقا لقرار قضائي من جهة قضائية مختصة) لان النص الوارد في الدستورنا يعيق العمل القضائي ويتعارض مع قواعد العدالة ومبادئ القانون وايضا اغفال النص لكلمة (القضائي) جعل من نص المادة (١٠٠) من دستور نسا غير مفهوم حيث نصت المادة المذكورة ((يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل او قرار اداري من الطعن )) فالطعن اما ان يكون امام جهة الادارة او لجانها ومجالسها او يكون امام القضاء ، وعليه فان ورود كلمة (الطعن ) وحدها قد يحفز البعض لتفسير النص باعتباره للنوعين المذكورين من الطعن ، وهذا يفرغ النص الدستوري من محتواه ويحعله خواء ٠ وتاسيسا على ما تقدم فمن الافضل اضافة كلمة (القضائي) بعد كلمة (الطعن) (٤٢) .

اما العيب الخامس من عيوب الصياغة هو التكرار او الزيادة الذي يأخذ صورتين، الاولى تتضمن تكرارا او زيادة في المعنى وهذه الزيادة تحمل معنى التاكيد والتشديد وهي قد تعد غير منسجمة في جميع الاحوال عند صياغة التشريع حصرا ، والصورة الثانية من التكرار اللغوي الحرفي كأن تكرر كلمة مرتين بصورة متتابعة (٤٣) والمثال على هذا العيب ماورده الدستور في المادة (١) حيث نصت ((جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة، ٠)) فاللافت للنظر اضافة كلمة ( واحدة) بعد دولة اتحادية ، يعتبر تزييد لا مبرر له (٤٤) .

### الخاتمة

إن صياغة القاعدة القانونية يجب أن تكون بالشكل الذي يتناسب والغرض التي فرضت من أجلها، فجوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية يجب أن تخرج بطرق أو وسائل معينة حتى يتحقق الهدف والغاية منها .

وعلى ذلك فإن صياغة القاعدة القانونية وصياغتها عملية ضرورية لترجمة جوهرها وهذا بالنظر إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي في المجتمع الذي توجد لتنظيمه، وذلك عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كفيلة بهذا التحويل وبالرجوع الى موضوع بحثنا فقد تبين لنا ان كتابة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ كانت فرصة فريدة (اشبه بالمعجزة) بالنسبة للشعب العراقي ،فهي المرة الاولى التي اراد العراقيون ان يحددوا بانفسهم رؤيتهم في اقامة نظام حكم ديمقراطي في دولة موحدة ،تزدهر فيها الحقوق والحريات والسلام والاستقرار لكل العراقيين ٠ وقد احتوى الدستور فعلا على مبادئ ايجابية شكلت انتقالا نوعية جديدة سبق بها الدساتير العراقية السابقة بل وحتى العربية منها الا ان هذه الفرصة لم يهنا بها الشعب العراقي .  
وقدر تعلق الامر بما تم البحث فيه يمكن تثبيت بعض الاستنتاجات والتوصيات وعلى النحو الاتي :

### الاستنتاجات

الحقيقة ان عملية صياغة مسودة دستورنا النافذ قد واجهت عقبات عدة تمثلت بضرورة بناء التوافق بين الأطراف العراقية واشتداد الضغوط الخارجية وضرورة

توزيع المشاركة وضغوط التوقيت الزمني، ويمكن تسجيل الملاحظات الآتية على هذه العقبات وعلى النحو الآتي :

العقبة الأولى - ضرورة بناء التوافق وتوزيع المشاركة بين الأطراف العراقية ولعل هذه العقبة بدت جلياً في ان الاستقطاب الطائفي حول سبل إختيار المشرعين الدستوريين حتى قبل مناقشة المبادئ الأساسية المنظمة للدستور، فشككت إخفاقاً حيث ترك القرار لمجلس الحكم وجئ بلجنة صياغة لاتحمل من معايير ثقل عملها الا الشئ القليل فعدد اعضائها فاق الخمسين عضواً اما ثقافتهم القانونية فلم تكن بالمستوى المطلوب وعلى قول احد اعضاء اللجنة المذكورة ان بعضهم لم يكونوا يفرقون بين القانون والدستور بل ان بعضهم لايعرف حدود العراق اصلاً؟ حيث اعتمدوا على خبرتهم وقدراتهم الشخصية في صياغة نصوص الدستور الأمر الذي سمح لهم بالاستعانة بمستشارين قانونيين على ان تتحمل الحكومة نفقاتهم .

العقبة الثانية- العزلة والمطبخ السياسي - الحالة التي رافقت عمل لجنة الصياغة الدستورية ، ان اللجنة لم تشرك الجماهير عبر الاحزاب والمنظمات والنقابات ومؤسسات المجتمع المدني والاعلام مدعومة بالاستطلاعات التي تقوم بها المراكز المتخصصة لوضع استبيان الشعب امام اللجنة لغرض صياغة مواد يشترك فيها ابناء الشعب عبر كافة القنوات بالاضافة الى ذلك لم تكن هناك ندوات والمؤتمرات وحلقات دراسية متخصصة مع خبراء القانون وفقهاء القانون الدستوري ، فضلاً عن تفضيل مفاوضات القيادات السياسية العليا في المطبخ السياسي على اهم مبادئ واسس الدستور . والحقيقة ان الارهاب وعدم الاستقرار الامني كان له دور لا يستهان به في نشو هذه العزلة .

العقبة الثالثة -اشتداد الضغوط الخارجية من قبل الولايات المتحدة الامريكية والامم المتحدة في تقديم الخبرات والمشورات القانونية فضلاً عن فرض العديد من ارائهم في جميع مراحل صياغة الدستور الامر الذي شكل عبئاً على كاهل لجنة الصياغة الدستورية .

العقبة الرابعة- التوقيت الزمني بضرورة انجاز الدستور في الفترة المحدد التي حددها قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية فهو بمثابة خارطة الطريق لقيام حكم وطني ، ومن ثم اجراء الانتخابات في مرحلة لاحقة لغرض انتخاب ممثلي الشعب ومن ثم انتخاب لجنة عراقية من الجمعية الوطنية المنتخبة لغرض كتابة الدستور العراقي الدائم الدستور فلا يمكن تصور حالة الاستعجال الزمني والعراق يمر انذاك بعدم الاستقرار السياسي فكان من المفترض ان يمنح القائمون بكتابته وقتاً كافياً سنوات بدلاً من اشهر ودون استعجال .

وهكذا عانت رحلة كتابة الدستور من هذه العقبات التي انعكست بضلالها على صياغة الدستور النافذ . ف جاء الدستور العراقي حافلاً بالعديد من عيوب الصياغة القانونية الاننا بقولنا هذا انما لانبخس حق اللجنة الدستورية التي عانت ما عانت خلال مرحلة صياغة الدستور بل القصد هو محاولة الارتقاء بدستورنا الى ان يصبح نموذجاً يقتدى به في صياغة الدساتير وما ذلك ببعيد وعليه فالصياغة التشريعية ليست أمراً معقداً أو صعباً صعوبة تعجيزية ، وإنما هي أسلوب لغوي متخصص يمكن الإلمام به عن طريق التعلم

والدراية والإصرار على امتلاك ناصية لغة القانون ، والعامل في هذا الحقل يستطيع إدراك لغة القانون ويميزها عن لغة الأدب مثلاً من خلال إتقان اللغة الأولى، أي امتلاك القدرة على الصياغة القانونية السليمة .  
وبناء على ماتقدم نقترح بعض التوصيات عسى ان يؤخذ بها عند تشكيل لجنة تعديل الدستور ذلك كما هو معروف عندما ينشر الدستور في الجريدة الرسمية (بعد هذه المرحلة) يكون تدارك العيوب اما بتدخل تشريعي او بالتفسير القضائي وعليه نوصي بما يأتي :

١. يجب ان تكون لجنة الصياغة قليلة العدد على ان يتوافر فيها الجانب القانوني والجانب الموضوعي المتمثل باصحاب الخبرات والكفاءات في مختلف العلوم .
  ٢. ضرورة توفير الوقت بما يتيح للاعضاء اللجنة دراسة وفهم ثقل طبيعة المهمة الملقاة على عاتقهم وكذلك مراجعة ما تمت صياغته بشكل متأنى .
  ٣. توفير عامل الاستقرار السياسي والامني لضمان حرية التعبير عن رؤياهم فيما يودون طرحه في النصوص الدستورية فضلا عن منع أي ضغط سياسي سواء كان داخلي او خارجي .
  ٤. ضمان سهولة الحصول على المعلومات القانونية لاعضاء لجنة الصياغة فهي جزء لا يتجزأ من العمل القانونية فعلى الاقل توفير مكتبة غنية بمراجع فقه القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى تعتبر واحدة من الأساسيات التي لا بد ان تكون متاحة لدى لجنة الصياغة فضلا عن تنمية المهارات اللغوية والقانونية والمهارات المتعلقة بسعة التصور والافتراض للجنة الدستورية .
  ٥. ضرورة حصول اللجنة الدستورية على الدعم الديمقراطي من خلال مشاركة الجمهور لها في مراحل الصياغة وتوعيتهم من الناحية القانونية ومعرفة ارائهم بالنص الدستوري قبل صياغته بشكله النهائي .
  ٦. عدم السماح لاي تأثيرات سواء كانت خارجية او داخلية فضلا عن التزام اعضاء لجنة الصياغة بالحيادية ورفض الخضوع لاجندات سياسية فالدستور يصاغ لاجل شعب وليس لاجل فئة ويكمن ان جزء من حل الصعوبات التي تواجهها لجنة صياغة الصائغون عند إعداد الدستور خاصة الدساتير التي تستهدف إحداث تحولات في المجتمع والتي يمكن تنفيذها بفعالية، يكمن في إيجاد أخلاقيات مهنية بين اعضاء لجنة الصياغة كالشعور بالمسؤولية عن شكل ومضمون النص الدستوري ، وكذلك ان يبدي رايه بكل وضوح بل له ان يرفض الواجب المكلف اذا راي ان النص الدستوري المطلوب صياغته يخالف اسس المجتمع الموجه له النص وبالتالي يكون له رايه المستقل عن كل تأثير .
- واخيرا فاننا نامل ان تاخذ لجنة التعديلات الدستورية بما تم تشخيصه من عيوب واشكاليات الصياغة التشريعية التي وجدت في اغلب نصوص الدستور فالكل يطمح بدستور يليق بثقافة وخبرت ابناء شعبه ولا بأس في نظرنا ان يدلو كل باحث برايه مادام القصد هو الوصول الى دستور متكامل

والله من وراء القصد

الهوامش

١. د. عصمت عبد المجيد بكر – اصول التشريع ( دراسة في اعداد التشريع وصياغته ) دار الشؤون الثقافية العامة – بغداد - ١٩٩٩ ص ٥٣-٥٤ .

٢. توفيق حسن فرج-المدخل للعلوم القانونية-مؤسسة الثقافة الجامعية -الاسكندرية- ١٩٧٦- ص ١٦٩
٣. حسن كيرة -المدخل الى القانون-منشأة المعارف -الاسكندرية-١٩٧٤-ص ١٤١
٤. تحسين الصياغة القانونية والاساليب الفنية للصياغة -بحث نت
٥. د. عصمت عبد المجيد بكر-مصدر سابق-ص ١٥-٢٢
٦. د. حيدر ادهم عبد الهادي - اصول الصياغة القانونية - الطبعة الاولى - دار الحامد للنشر والتوزيع الاردن -٢٠٠٩- ص٨٨
٧. د. عصمت عبد المجيد بكر-مصدر سابق-ص٥٦
٨. السكيني تعديل(لما كانت سلطة حكم البلد المحتل تكون بموجب قواعد القانون الدولي لدولة الاحتلال فقد تولت الولايات المتحدة وحلفاؤها إدارة العراق لا من طريق قيادة عسكرية كما في الحروب السابقة " احتلال بريطانيا للعراق سنة ١٩١٧ " ، بل بإدارة مدنية سميت " سلطة الائتلاف المؤقتة " التي ترأسها - لفترة قصيرة - "الجنرال المتقاعد جي غارنر " ، وخلفه " السفير بول بريمر "
- ٨.
٩. د. منذر الفضل - مشكلات الدستور العراقي - دار اراس للطباعة والنشر - اربيل -٢٠١٠-ص٥٦
١٠. د. ا. حميد حنون خالد - مبادي القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق - الطبعة الثانية - مكتب نور العين للطباعة -بغداد - ٢٠١٠-٢٠١١-ص٢٣٣
١١. السفير بول بريمر بالاشتراك مع مالكولم ماك كونييل - عام قضيته في العراق - ترجمة عمر الايوبي - دار الكتاب العربي - لبنان -٢٠٠٦- ص٢٦٩-٢٧٠
١٢. د. ا. حميد حنون خالد-مصدر سابق-ص٢٣٦
١٣. السفير بول بريمر بالاشتراك مع مالكولم ماك كونييل-مصدر سابق- ص٢٧٣
١٤. العلاقات الاثنية والدينية-المؤلف فالح عبد الجبار ترجمة سعيد شحاتة- بحث منشور على الشبكة العالمية للانترنت
١٥. المصدر ذاته
١٦. د. ا. حميد حنون خالد-مصدر سابق-٢٥٧
١٧. السفير بول بريمر بالاشتراك مع مالكولم ماك كونييل-مصدر سابق-٢٧٣
١٨. انظر المادة ٦١ من قانون الدولة لل
١٩. د. ا. حميد حنون خالد-مصدر سابق-ص٢٥٨
٢٠. د. منذر الفضل-مصدر سابق-ص٦٩
٢١. المصدر ذاته-ص٩١
٢٢. المصدر ذاته-ص٦٦
٢٣. د. ا. حميد حنون خالد-مصدر سابق-ص٢٥٨
٢٤. المصدر ذاته-ص٢٦٨
٢٥. برينارد هـ . سيغان - مشروع دستور لبلد حديث التحرر - المعهد الجمهوري الدولي - بلا سنة طبع - بلا دار نشر-ص١٢٠
٢٦. د. ا. حميد حنون خالد-مصدر سابق-ص٢٦١

٢٧. د. وائل عبداللطيف حسين الفضل - دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بين الافاق والتحديات - بحث منشور
٢٨. د. غازي فيصل مهدي - نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان - الطبعة الاولى - موسوعة الثقافة القانونية - المعد والناشر صباح الانباري - ٢٠٠٨-٢٤-٢٥
٢٩. د. غازي فيصل مهدي - مصدر سابق - ص ١٧
٣٠. د. منذر الفضل - مصدر سابق - ص ٩٩
٣١. د. عبد القادر الشيلخي - فن الصياغة القانونية - تشريعا وفقها وقضاء - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥-٤٠
٣٢. د. عبد القادر الشيلخي - مصدر سابق ود. عصمت عبدالمجيد - مصدر السابق - ص ١١٤
٣٣. د. عبد القادر الشيلخي - مصدر سابق - ص ٤٢
٣٤. ( حلت كلمة التكفير محل كلمة التفكير الواردة في المادة ٧٧ فق (اولا) بموجب بيان التصحيح صادر عن ادارة الوقائع العراقية ونشر فيها بالعدد ٤٠١٧ في ٢٠٠٦/٢/٢١ ) صباح الانباري - الدستور ومجموعة قوانين الاقاليم والمحافظات - المكتبة القانونية بغداد - ٢٠٠٩-٧
٣٥. ( حلت كلمة ما يعادلها محل كلمة ما يعدلها الواردة في المادة ٧٧ /اولا ) بموجب بيان تصحيح صادر عن ادارة الوقائع العراقية ونشر فيها بالعدد ٤٠١٧ في ٢٠٠٦/٦/٢١ المصدر ذاته - ص ٢٥
٣٦. د. عصمت عبد المجيد بكر - مصدر سابق - ص ١٢١
٣٧. د. غازي فيصل - مصدر سابق - ص ٢٣
٣٨. د. منذر الفضل - مصدر سابق - ص ٢٦٤
٣٩. د. حيدر ادهم عبدالهادي - مصدر سابق - ١٠١
٤٠. د. حميد حنون خالد - مصدر سابق - ص ٢٦٨-٢٦٩
٤١. د. عبد القادر الشيلخي - مصدر سابق - ص ٤١
٤٢. د. غازي فيصل - مصدر سابق - ص ٢٠-٢١
٤٣. د. حيدر ادهم عبد الهادي - قراءة في الصياغات القانونية للميثاق العربي لحقوق الانسان - مجلة الحقوق تصدر عن كلية القانون الجامعة المستنصرية العدد (١١-١٢) المجلد (٣) ٢٠١٠-٤٢
٤٤. د. حميد حنون خالد - مصدر سابق - ص ٢٦١

### المصادر والمراجع

١. السفير بول بريمر بالاشتراك مع مالكولم ماك كونيل - عام قضيته في العراق - ترجمة عمر الايوبي - دار الكتاب العربي - لبنان - ٢٠٠٦ .
٢. برينارد هـ . سيغان - مشروع دستور لبلد حديث التحرر - المعهد الجمهوري الدولي - بلا سنة طبع - بلا دار نشر .
٣. توفيق حسن
٤. د. حميد حنون خالد - مبادي القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق - الطبعة الثانية - مكتب نور العين للطباعة - بغداد - ٢٠١٠-٢٠١١ .
٥. د. حيدر ادهم عبد الهادي - اصول الصياغة القانونية - الطبعة الاولى - دار الحامد للنشر والتوزيع الاردن - ٢٠٠٩ .

٦. د. حيدر ادهم عبد الهادي - قراءة في الصياغات القانونية للميثاق العربي لحقوق الانسان-مجلة الحقوق تصدر عن كلية القانون الجامعة المستنصرية العدد (١١) - (١٢) المجلد (٣) ٢٠١٠
٧. صباح الانباري - الدستور ومجموعة قوانين الاقاليم والمحافظات - المكتبة القانونية بغداد - ٢٠٠٩ .
٨. د. عبد القادر الشихلي - فن الصياغة القانونية - تشريعا وفقها وقضاء-مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥ .
٩. د. عصمت عبد المجيد بكر - اصول التشريع ( دراسة في اعداد التشريع وصياغته ) دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد - ١٩٩٩ .
١٠. د. غازي فيصل مهدي - نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان - الطبعة الاولى - موسوعة الثقافة القانونية - المعد والناشر صباح الانباري - ٢٠٠٨ .
١١. د. منذر الفضل - مشكلات الدستور العراقي - دار اراس للطباعة والنشر - اربيل - ٢٠١٠ .

البحوث المنشورة على موقع الشبكة العالمية للانترنت

- ١- د. وائل عبد اللطيف حسين الفضل - دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بين الافاق والتحديات - بحث منشور على الموقع الالكتروني [www0almowatennews0com/news](http://www0almowatennews0com/news)
- ٢- العلاقات الاثنية والدينية- المؤلف فالح عبد الجبار ترجمة سعيد شحاتة- بحث منشور على الموقع الالكتروني [www0minorhtyrights0org](http://www0minorhtyrights0org)
- ٣- تحسين الصياغة القانونية والاساليب الفنية للصياغة بحث منشور على الموقع الالكتروني [www0oecd0org/dataoecd](http://www0oecd0org/dataoecd)

**أثر الصياغة التشريعية على تطبيق القوانين**  
(دراسة في قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ )

بحث من اعداد

م.م. يمامة محمد حسن كشكول  
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

## المقدمة

يعد التشريع الاداة الرئيسية في تحقيق الاصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي في اية دولة لما يتصف به من مميزات تساهم في تنظيم المجتمع بكافة جوانبه،ومن هنا يجب ان ينال التشريع العناية الكافية من الجهات التي تتولى وضعه وصياغته بأسلوب علمي وفني ينم عن مهارة واتقان واتباع الاساليب السليمة للصياغة التشريعية.

ولا يخفى ما للصياغة التشريعية من أثرٍ مهم على فعالية القوانين، وقابليتها للتطبيق السليم، فالقانون وجد لينفذ ويطبق لا ان يبقى مجرد نصوص جامدة حبيسة صفحاتها.

وقد اناط المشرع العراقي عملية الصياغة النهائية للتشريعات الى مجلس شورى الدولة باعتباره الجهة المختصة ذات الخبرة والدراية لما تضمنه من مستشارين أكفاء واساتذة جامعيين في مختلف فروع القانون. ان الصياغة التشريعية شأنها شأن اية طريقة فنية تستلزم لاعدادها اتباع منهج علمي تسير على هداه الجهات المختصة عند تصديها لأعداد مشروع قانون، فإذا ما افتقدت صياغة المشروع لهذا المنهج جاءت افكاره مشوشة واسبابه غير واضحة وقد يؤدي الى عدم تحقيق الاهداف المتوخاة من تشريعه، ومن الملاحظ في الالونة الاخيرة في التشريعات العراقية ضعف الصياغة التشريعية سواء من حيث الجوانب اللغوية والاختفاء النحوية التي امتلأت بها القوانين حتى وصل الامر الى الدستور العراقي والنظام الداخلي لمجلس النواب، او من جانب الصياغة الموضوعية في مواد القانون الواحد ما جعلنا في بعض الاحيان نجد تعارضاً وتناقضاً في مواد تناقش موضوعاً واحداً لالشيء سوى لضعف صياغتها ما ادى الى ان يناقض نص المادة الفحوى المراد منها.

وسنتناول في هذا البحث الصلاحيات التشريعية لمجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم كأمونجاً لتطبيقات الصياغة التشريعية غير السليمة، والتي لم يتداركها المشرع في تعديله لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ ، مما فسح المجال لمجالس المحافظات عند تطبيقها لنصوصه لاستغلال هذه الاخطاء لممارسة صلاحيات - وبالتالي اكتساب حقوق - لم يمنحها اياها القانون أصلاً.

وسيتم بحث هذا الموضوع في مبحثين نتناول في المبحث الاول صياغة نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم المتعلقة بالاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات. اما المبحث الثاني فنكرسه لبحث أثر سوء الصياغة على تطبيق قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم، ومن ثم نختم البحث بخاتمة ندرج فيها اهم التوصيات التي خلص اليها البحث.

## المبحث الاول

### صياغة نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم المتعلقة بالاختصاص التشريعي لمجالس المحافظات

من الثابت في القانون الاداري ان علاقة المحافظة بالسلطة المركزية يحكمها مبدأ اللامركزية الادارية، والتي هي عبارة عن نظام يفترض توزيع الوظيفة الادارية بين السلطة المركزية والمحافظات بما تتضمنه هذه الوظيفة من تخطيط وتنظيم وتنفيذ، دون ان يتعدى الأمر الى وظيفتي القضاء والتشريع، لأنه اذا ادخلت هتين الوظيفتين الى نطاق اللامركزية بين السلطة المركزية والمحافظات فاننا نكون قد انتقلنا من نطاق نظام اللامركزية الادارية الى نطاق النظام الاتحادي، وهذا غير وارد في علاقة المحافظات بالسلطة المركزية.

وقد أكد الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في نص المادة (١٢٢/ثانياً) منه على ان " تمنح المحافظات التي لم تنتظم في اقليم الصلاحيات الادارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من ادارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية".

الا ان قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ في نص المادة (٢/ أولاً) منه والذي لم يكن موفقاً في صياغته لها قد عرف مجلس المحافظة بأنه<sup>(١)</sup> اعلى سلطة تشريعية وتنفيذية ضمن الحدود الادارية للمحافظة، لها حق اصدار التشريعات المحلية في حدود المحافظة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما<sup>(٢)</sup> لايتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية".

وبأمعان النظر الى هذا النص نجد ان محتواه يناقض بعضه بعضاً ، فمن جهة فهو قد اعترف لمجلس المحافظة بحقه في ادارة شؤونه وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما لايتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية ،

وهذا مبدأ سليم . لكنه من جهة اخرى قد خالف مبدأ اللامركزية الادارية والدستور بوصفه المجلس بأنه سلطة تشريعية وله حق اصدار التشريعات المحلية في حدود المحافظة .

وإذا انتقلنا الى المادة (٧) من القانون والتي كرست لبيان اختصاصات مجلس المحافظة ،فإن الفقرة ثالثاً منها قد أكدت على الصفة التشريعية لمجلس المحافظة ،حيث جاءت بالصيغة التالية .."اصدار التشريعات المحلية والانظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الادارية والمالية ....".

ان المشرع العراقي في صياغته للمواد أعلاه ،وفي ايراده وصف (التشريعات المحلية) قد جاء بأمر لم يأت بمثله لا القوانين العراقية السابقة ولا المقارنة ، فكلمة (التشريعات) ترد للدلالة على القوانين حصراً<sup>(٣)</sup> . وإذا رجعنا الى كلمة تشريع او (legislation) باللغة الانكليزية نجد ان اصلها لاتيني مستمد من كلمتين هما ( lex ) وتعني قانون (latum) وتعني وُضِعَ ،ومن ثم فهتتين الكلمتين تعينان وضع القانون<sup>(٤)</sup> ، كون القوانين انما هي قواعد تصدر لتنظيم امور اقتصادية او ادارية او مالية او سياسية او اجتماعية لم تنظم من قبل او لتعديل قوانين قائمة بموجب قوانين جديدة لوجود ظروف استجدت وتستدعي هذا التعديل.وهذا ما يخرج من صلاحيات مجلس المحافظة لعدم اختصاصه بوضع القوانين ،لانه كما هو ثابت ومعروف في الفقه الدستوري ،فان القوانين تصدر من السلطة التشريعية وهي سلطة موحدة في نظام اللامركزية الادارية ،وفي العراق هي مجلس النواب العراقي ، اما السلطات التشريعية الاقليمية فهي شأن خاص بالاقليم في النظام الاتحادي ،وهو ما لاينطبق على المحافظات كون علاقتها بالسلطة المركزية يحكمها نظام اللامركزية الادارية وليس النظام الاتحادي .

وإذا نظرنا في الجانب القانوني المقارن فانه بالرجوع الى نظام الادارة المحلية المصري الذي حدد في المادة (١٢) منه اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمحافظات<sup>(٥)</sup> ، نجد ان المشرع المصري قد منح المجلس الشعبي المحلي حق اصدار القرارات اللازمة لدعم ممارسته للاختصاصات التي منحه اياها . كذلك الامر في فرنسا ، حيث يمتلك مجلس المحافظة حق اتخاذ القرارات في المسائل ذات الطابع المحلي البحت وفي اطار الخضوع للاشراف العام للاجهزة الرئاسية المختصة<sup>(٦)</sup> .

ان منح مجالس المحافظات حق اصدار القرارات هو حق يتلائم مع طبيعة اللامركزية الادارية ، كون هذه القرارات ذات طابع اداري مهمتها وضع القوانين محل التنفيذ ، أي انها قرارات تنفيذية وليست تشريعية . كما انه من الجدير بالذكر ان مجلس المحافظة في ظل قانون المحافظات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٩ كان يتمتع بصلاحيات تنفيذية للقيام بالوظائف والخدمات المحلية بحسب احكام القانون والانظمة والتعليمات المعمول بها ، مثل فتح وانشاء الطرق الفرعية وانشاء وتجهيز المكتبات العامة وادارة وانشاء وتجهيز المرافق العامة للشباب وفق خطط الوزارة المختصة وتنفيذ المشاريع والاعمال المصدقة اعتماداتها في ميزانية الخطة الاقتصادية للادارة المحلية في المحافظة وغيرها من الخدمات المحلية<sup>(٧)</sup> .

وبالرجوع الى نص المادة (٧/ ثاني عشر) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ ، نجد انها صيغت على النحو التالي .."اصدار جريدة تنشر فيها كافة القرارات والوامر التي تصدر من المجلس" .

ونحن نجد ان منح مجلس المحافظة حق اصدار جريدة رسمية انما هو أمر سليم ولاغبار عليه، لكنه من جهة أخرى يشير الى مدى التناقض بين مواد القانون التي تنظم موضوعاً واحداً ،ففي حين ان القانون قد حدد صلاحية المجلس في اصدار " التشريعات والانظمة والتعليمات" في الفقرة ( ثالثاً ) من المادة السابعة ،

فأنه في الفقرة الثانية عشر يذكر ان ينشر في الجريدة الرسمية ما يصدره مجلس المحافظة من قرارات وأوامر ، ودون ان يورد المشرع ذكراً للتشريعات ، مما يؤشر تناقضاً في الصياغة التشريعية وعدم وجود توحيد للمصطلحات القانونية التي تحدد الاعمال التي تصدر من جهة واحدة هي مجلس المحافظة .  
ومما يقتضي الذكر في هذا المقام ، ان قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ( ٢١ ) لسنة ٢٠٠٨ قد تم تعديله بموجب القانون رقم ( ١٥ ) لسنة ٢٠١٠<sup>(٨)</sup> ، الا انه رغم الجدل الذي اثير حول الصلاحيات التشريعية لمجالس المحافظات ، لم يتعرض لهذا الموضوع . انما جاء ليتناول مواضيع اخرى ، كظعن عضو مجلس المحافظة بقرار انتهاء عضويته ، والمحافظ بقرار اقالته ، ومنح مجلس النواب الحق في الاعتراض على قرارات مجلس المحافظة المخالفة للدستور والقوانين النافذة ، والحقوق التقاعدية لاعضاء المجالس البلدية ( الاحياء والقواطع ) المشكلة بعد ٢٠٠٣/٤/٩ .  
اننا نرى ان قانون التعديل قد جاء قاصراً عن معالجة أحد أهم الاشكالات التي كشفها التطبيق العملي لنصوص القانون فيما يخص الصلاحيات التشريعية ، والتي صارت تمثل حقوقاً مكتسبة لمجالس المحافظات تتمسك بها وتمارسها استناداً الى نص معيب من حيث صياغته التشريعية .

## المبحث الثاني

### أثر سوء الصياغة على تطبيق قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم

منحت بعض مجالس المحافظات لنفسها الحق في اصدار القوانين بالنظر للصفة التشريعية التي اسبغها عليها قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم ، حيث قامت بأصدار قوانين تنظم مجالات اقتصادية ومالية واجتماعية ، مستندة في ذلك الى نص المادة (٧/ثانياً) من القانون .  
فعلى سبيل المثال ، أصدر مجلس محافظة بابل قانون المولدات ذات النفع الخاص رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ ، وقانون العيادات الطبية رقم (١) لسنة ٢٠١١<sup>(٩)</sup> ، وقانون الحراس الليليين رقم (٧٠) لسنة ٢٠١١<sup>(١٠)</sup> . كما قام مجلس محافظة كربلاء باصدار قانون رسم الخدمة رقم (٣١) لسنة ٢٠١٠ ، وقانون الجباية المفروضة على سيارات حمل المواد الانشائية<sup>(١١)</sup> ، بل انه في قرار لمجلس محافظة بابل حمل الرقم (٧١) لسنة ٢٠١١<sup>(١٢)</sup> قرر فيه تمديد " الفصل التشريعي الاول " لسنة ٢٠١١ ، باعتبار ان المجلس هو اعلى سلطة تشريعية في المحافظة بموجب النص الصريح للقانون فمن المفترض ان يكون له فصول تشريعية يمكن للمجلس تمديدها لانتهاء مما هو مدرج في جدول اعماله .

ان تكييف مجالس المحافظات كمجالس تشريعية انما يجد سنده القانوني في الدستور اولاً ومن قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم ثانياً ، ففي ما يخص الدستور ، فان المادة (١١٥) منه التي تنص بأن " كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ، يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ، والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم ، تكون الاولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ، في حالة الخلاف بينهما " ، قد جاءت صريحة في ان المحافظات يمكن ان تمتلك قوانين خاصة بها ، ويمكن ان يكون لهذه القوانين في وقت من الاوقات الاولوية على القانون الاتحادي - فيما لا يدخل ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية - ومن البديهي ان هذه القوانين لا يمكن ان تسن الا من خلال السلطة التي منحها القانون بصريح نصوصه الصفة التشريعية ، فكان ان تعاون الدستور وقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم من خلال الاخطاء الصياغية الفادحة الى خلق اوضاع مخالفة للمبادئ الثابتة في القانون الدستوري والقانون الاداري .

ومن المستغرب حقاً ان موقف القضاء العراقي لم يكن بما يكفي من الحزم والوضوح في التصدي لهذا الموضوع، مما اثار الكثير من الجدل على صعيد الاوساط القانونية . وسنتناول فيما يأتي موقف المحكمة الاتحادية العليا ومجلس شورى الدولة.

اولاً:- المحكمة الاتحادية العليا ...

جاءت احكام المحكمة الاتحادية العليا المتضمنة لأراء تفسيرية تتعلق بالصلاحيات التشريعية لمجالس المحافظات بشكل مقتضب ،حيث انها كانت في كثير من الاحيان ترد الطلبات المرفوعة لها بدعوى عدم الاختصاص<sup>(١٣)</sup>.

اما في الاحوال التي قامت فيها المحكمة بالرد على الطلبات الخاصة بتفسير الصلاحيات التشريعية لمجالس المحافظات فقد كانت تارة تؤيد حق المجالس في سن قوانينها الخاصة وتارة اخرى تنفي هذا الحق عنها.

ففي القرار التفسيري ذي العدد ١٣/اتحادية/٢٠٠٧ في ١٦/٧/٢٠٠٧<sup>(١٤)</sup> قررت المحكمة بأن".....مجلس المحافظة لا يتمتع بصفة تشريعية لسن القوانين المحلية ولكن يمارس صلاحياته الادارية والمالية الواسعة استناداً لحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٢٢) من الدستور بما يمكن المحافظة من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية ووفقاً لاحكام القانون الذي سيشرع وفق مقتضياتها....." ومن الواضح من نص القرار اعلاه ان المحكمة الاتحادية العليا تنفي الصفة التشريعية عن مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم.

اما في القرار التفسيري ذي العدد ١٦/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢١/٤/٢٠٠٨<sup>(١٥)</sup> فقد قررت بأن"....لمجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم حق سن القوانين الخاصة بفرض القوانين الخاصة بفرض وجباية وانفاق الضرائب المحلية وسن القوانين الخاصة بفرض وجباية وانفاق الرسوم والغرامات والضريبة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية..."

وفي القرار التفسيري ذي العدد ٦/اتحادية/٢٠٠٩ في ٤/٢/٢٠٠٩<sup>(١٦)</sup> فقد قررت المحكمة بأن "من استقراء نص المادة (١١٥) من الدستور نجد ان الاولوية في التطبيق تكون لقانون الاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة التعارض بينها والقانون الاتحادي مالم يكن قانون الاقليم او المحافظة غير المنتظمة في اقليم مخالفاً للدستور وذلك فيما يتعلق بالصلاحيات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم او المحافظات غير المنتظمة في اقليم ، ولا يعتبر القانون الذي سيشرعه مجلس المحافظة معدلاً للقانون الاتحادي ."

وهذه القرارات تبين لنا بما لايقبل الشك ان المحكمة تضيي الصفة التشريعية على مجالس المحافظات وتعترف لها بالحق في سن القوانين الخاصة بها.

مما تقدم يتضح لنا جلياً اختلاف قرارات المحكمة في منح مجالس المحافظات الصلاحية التشريعية او حجبها عنها، وان كان الاتجاه الأقوى هو منحها لها ، ونحن هنا لانتفق مع هذا الاتجاه ،ونجد انه مخالف للمبادئ العامة للقانون الاداري.

ثانياً:-مجلس شورى الدولة ...

كان مجلس شورى الدولة أكثر وضوحاً وتحديداً من المحكمة الاتحادية العليا في ابداء رأيه الجازم بعدم جواز اصدار مجالس المحافظات للقوانين .

ففي الرأيين الاستشاريين المرقمين ٢٠٠٥/٦١ في ٢٠٠٥/١١/١ ، و٢٠٠٧/٥٤ في ٢٠٠٧/٧/١٩<sup>(١٧)</sup> المتعلقان بصلاحيات مجلس المحافظة في فرض الضريبة بنسبة لا تتجاوز ٥% من الضرائب ذات الصلة ، فقد بين المجلس بأن اناطة هذه الصلاحية بمجالس المحافظات لا يعني ممارستها من تلقاء نفسها ، بل يجب تحديد الرسوم والضرائب والشرائح الخاضعة لها وكيفية جبايتها بقانون يسن من السلطة التشريعية لهذا الغرض .

وفي رأيه الاستشاري ذي العدد ٢٠٠٩/١٩٧٢ الصادر في ٢٠٠٩/١٠/٢٥<sup>(١٨)</sup> ، حول صحة قانون المولدات ذات النفع الخاص رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ الصادر من مجلس محافظة بابل ، فقد اوضح التالي :-  
١- حدد الدستور الاحكام ذات العلاقة بتشريع القوانين وتصديقها واصدارها وان القوانين لاتصدر الا استناداً الى نص دستوري .

٢- ان المادة (١٢١) من الدستور خولت سلطات الاقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية واصدار القوانين وفقاً لاحكامه ولم يخول المحافظات غير المنتظمة في اقليم هذه الصلاحية و لم يرد فيه اشارة بأن تصدر المحافظات قوانين .

٣- ان القانون لا يكون سنده في الاصدار قانون اخر ولم يسبق ان صدر قانون استناداً لنص في قانون اخر منذ تشكيل الدولة العراقية وبالتالي فان اقرار هذا الاتجاه هو مخالفة لاحكام الدستور ويتعارض مع ما استقر عليه فقهاء القانون ودول العالم في تشريعها للقوانين .

ونحن نؤيد ماذهب اليه المجلس في رأيه مجملاً ، الا ان هناك ملاحظة على هذا الرأي هو ان المجلس اعتبر اتجاه منح مجالس المحافظات صلاحيات تشريعية مخالفة لاحكام الدستور ولكن في الحقيقة فان الدستور كان هو السباق في منح المحافظات غير المنتظمة في اقليم هذه الصلاحيات في المادة (١١٥) حين قرر صراحة اولوية قانون المحافظة على القانون الاتحادي ، فالعيب يكمن في رأينا في الدستور اولاً ، ويجب تعديل الدستور ليتم بعدها تعديل وتقويم القوانين الصادرة استناداً اليه .

## الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الصياغة التشريعية لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨، فيما يتعلق بجانب الصلاحيات التشريعية الممنوحة لمجالس المحافظات، والتي تناقض المبادئ العامة لفقہ القانون الاداري ومايتعلق بنظام اللامركزية الادارية الذي يحكم علاقة مجالس المحافظات بالسلطة المركزية .

وفي ما نراه ان العيب يكمن اولاً في نصوص الدستور ،حيث ساوى في المادة (١١٥) بين الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم ،وهذا أمر مستنكر، اذ من غير الممكن المساواة من الناحية التشريعية بين الاقاليم والمحافظات ،كون الاولى تدخل ضمن نطاق النظام الاتحادي ،اما الثانية ففي نطاق النظام اللامركزي الاداري، والفرق شاسع بين الاثنين كما هو معروف لدى جميع المختصين في الشؤون القانونية.

ومن ثم استكمل قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم الامر حين جاء بنص معيب في الصياغة ليطبق من قبل مجالس المحافظات بحرفيته التي اسبغت لها حقوقاً ماكانت لتحصل عليها في ظل الاوضاع القانونية السليمة.

ومما تقدم اعلاه نرى من خلال البحث ادراج التوصيات التالية:-

١-تعديل نص المادة (١١٥) من الدستور ، لتكون على النحو التالي...."

كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ،يكون

من صلاحية الاقاليم، والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم ، تكون الاولوية فيها للقانون الاتحادي ،في حالة الخلاف بينهما"

٢- تعديل نص المادة (٢/اولاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم لتكون على النحو التالي "... مجلس المحافظة هو أعلى سلطة ادارية ورقابية ضمن الحدود الادارية للمحافظة لها اصدار القرارات التنظيمية والفردية في حدود المحافظة بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية بما لايتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية النافذة ."

٣- تعديل نص المادة (٧/ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم لتكون على النحو التالي "...اصدار القرارات التنظيمية والفردية والاوامر بما يمكنها من ادارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية وبما لايتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية النافذة".

## الهوامش....

- ١- يقابل هذا النص على المستوى الاتحادي ماورد في المادة (١) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي بأن "مجلس النواب هو السلطة التشريعية والرقابية العليا ويمارس الاختصاصات المنصوص عليها في المادة (٦١) من الدستور والمواد الاخرى ذات الصلة".
- ٢- وردت هذه الجملة في نص القانون المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٤٠٧٠ في ٣١/٣/٢٠٠٨ "...بما يتعارض مع الدستور... حيث سقطت سهواً كلمة (لا) ولم يتم تعديلها او التنويه عنها في قانون التعديل.
- ٣- يطلق الفقه الدستوري في بعض الاحيان تسمية (التشريع الفرعي) للدلالة على مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء او الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، ويأتي التشريع الفرعي لتفصيل حكم القانون وتسهيل تنفيذ احكامه العامة والمجردة لتتلائم مع التطبيق على الحالات الفردية، وللتشريع الفرعي عدة اشكال وفق النظام القانوني العراقي وهي، الانظمة، التعليمات، النظام الداخلي. الا ان تسمية التشريع الفرعي مستخدمة على صعيد الفقه فقط وليست متداولة على مستوى النصوص القانونية الملزمة.
- ٤- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، دن، د.ت، ص ١٢٥٢ .
- ٥- د. عبد الفتاح مراد، التعليق على قانون الادارة المحلية، شركة بهاء للبرامجيات والكومبيوتر، الاسكندرية، د.ت، ص ٢٩ .
- ٦- د. مصطفى الجندي، الحكم المحلي والديمقراطية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ١٢٣ .
- ٧ - للتفصيل في اختصاصات مجلس المحافظة، انظر المادة (٨٦) من قانون المحافظات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٩ .
- ٨- نشر في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٤١٤٧ في ٩/٣/٢٠١٠ .
- ٩- منشوران على الموقع الالكتروني لمجلس محافظة بابل .
- ١٠- منشور على الموقع الالكتروني للمكتبة القانونية العراقية للحكم المحلي

١١- منشور على الموقع الالكتروني للمكتبة القانونية العراقية للحكم المحلي

www.iraq.lg.law.org

١٢- منشور على الموقع الالكتروني لمجلس محافظة بابل .

١٣- د. حنان محمد القيسي ، الوجيز في شرح قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة

٢٠٠٨ ، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص٧٦،

١٤- منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

١٥- منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

١٦- منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

١٧- كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء ذي العدد ق/٢/١/١٠٦/١٣٥٢٣ في ١٣/٨/٢٠٠٧.

١٨- ذكرته د. حنان محمد القيسي ، المصدر السابق ، ص ٧٨.

## المصادر :-

### اولاً :- الكتب...

١- جبرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، دن، د.ت .

٢- د.حنان محمد القيسي، الوجيز في شرح قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة

٢٠٠٨ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢،

٣- د.عبد الفتاح مراد ، التعليق على قانون الادارة المحلية، شركة بهاء للبرامجيات

والكومبيوتر ، الاسكندرية ، د.ت .

٤- د. مصطفى الجندي ، الحكم المحلي والديمقراطية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،

١٩٦٧ .

### ثانياً :- الدساتير والقوانين...

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٢- قانون المحافظات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٩ .

٣- قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨.

٤- قانون تعديل قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠.

### ثالثاً:- المواقع الالكترونية...

١- الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

٢- الموقع الالكتروني للمكتبة العراقية للحكم المحلي.

٣- الموقع الإلكتروني لمجلس محافظة بابل.



