اثر دعوى الإلغاء في تنفيذ القرار المطعون فيه

د. وسام صبار العاني
كلية القانون . جامعة بغداد

المقدمة

تقضي القواعد العامة لإجراءات التقاضي بان المحكمة لا تتصدى لنظر الخصومة من تلقاء نفسها ، وإنما يتم ذلك بناءا على طلب يتقدم به صاحب الشأن [١] ، ولا تختلف دعوى الإلغاء- بهذا الصدد- عن غيرها من الدعاوى ، فالخصومة تفتتح عند تقديم صاحب الشأن استدعاء (عريضة) الدعوى إلى المحكمة المختصة [٢] واشترطت المادة ٧/ ثانيا/ د من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة . في العراق . لقبول دعوى الإلغاء وجوب التظلم أمام الجهة الإدارية المختصة والتي عليها أن تبت في التظلم خلال مدة (٣٠) يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها ، وفي حالة سكوت الإدارة ، أي عدم البت في التظلم خلال المدة المذكورة أو رفضه حقيقة فان للمتظلم تقديم طعنة إلى محكمة القضاء الإداري خلال مدة (٦٠) يوما من تاريخ انتهاء مدة الثلاثين يوما المذكورة والا سقط حقه في الطعن.

وعلى الرغم من أن دعوى الإلغاء دعوى عينية أو موضوعية يختصم فيها القرار الإداري ذاته ، فأنها مع ذلك يجب أن توجه إلى الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه ، والتي تملك إلغائه أو تعديله أو إصدارة على النحو الصحيح كما يشترط القانون

وتخضع القواعد الخاصة بوقف سير الدعوى وانقطاعها والتنازل عنها إلى إحكام التشريع المنظم لإجراءات التقاضي في كل بلد [٣] وتثير مسالة تقديم الطعن من خلال دعوى الإلغاء التساؤل حول اثر هذه الدعوى في تنفيذ القرار المطعون فيه . وتكمن أهمية هذه المسألة في اعتبارات عديدة منها ما يتصل بحقوق الطاعن ومنها ما يتصل بمهام الإدارة وواجباتها المناطه بها في تسييرالمرافق العامة ودوامها بانتظام وتحقيق أهداف الضبط الاداري . وهو ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال بحث هذه المسالة في النظم المقارنة والعراق .

المطلب الأول

اثر دعوى الإلغاء في تنفيذ القرار المطعون فيه في النظم المقارنة

الأصل انه لايترتب على رفع دعوى الإلغاء وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، لأن من شأن وقف تنفيذ القرارات الإدارية نتيجة الطعن فيها بالإلغاء ، ان يؤدي إلى تهديد نشاط الإدارة بالتوقف والشلل ، فالقرار الإداري تصرف قانوني واجب النفاذ متى استكملت شرائط نفاذه من الناحية القانونية ، وما دام لم يسحب من قبل الإدارة ولم يقضي بألغائه ، بحكم تمتعه بقرينه السلامة والمشروعية حتى يثبت العكس بقرار قضائي [٤].

لذا فقد حرص المشرع الفرنسي على تأكيد هذه الحقيقة في قانون مجلس الدولة لسنه ١٩٤٥[٥] ، كما حرص المشرع المصري على تأكيدها في القوانين المتعاقبة لمجلس الدولة المصري [٦].

وعلى هذا الأساس فان الإدارة تملك على الرغم من رفع دعوى الإلغاء ، تنفيذ القرار المطعون فيه ، ولكنها تفعل ذلك على مسؤوليتها الخاصة لان إلغاء القرار سيكون بأثر رجعي ، لذا فقد يكون انفع للإدارة أن تتريث في تنفيذ القرار حتى صدور الحكم في الدعوى ، ولها بطبيعة الحال أن تسحب القرار إذا اقتنعت بوجهة نظر الطاعن فتنتهي الخصومة [٧].

على أن المشرع الفرنسي ، في المادة (٤٨) من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٥وكذلك في قانون إصلاح القضاء الإداري الصادر في ٢٠/ ٩/ ١٩٥٣، قد اجاز لصاحب الشأن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه لحين الفصل في دعوى الإلغاء . وكذلك فعل المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة وأخرها القانون الحالي رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ حيث نصت المادة (٤٩) منه على انه " لايترتب على رفع الطلب إلى المحاكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على انه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه اذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها ..." .

والحكمة واضحة من هذا الاستثناء ، حيث قد تترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه أضرار جسيمة يتعذر تداركها قبل الفصل في الدعوى وقد لايجدي فيها تعويض المتضرر من قبل الإدارة في حالة ثبوت أن قرارها كان خاطئا ، وبذلك يصبح السير في دعوى الإلغاء غير ذي نفع ومجرد أمر معنوي فيما لو زال القرار ، كما لو صدر قرار بهدم منزل اثري أو حرمان طالب من الاشتراك في الامتحان ، أو منع مريض من السفر ، ففي كل هذه الحالات إذا نفذ القرار الإداري يكون قد استنفذ إغراضه . لكن ما ينبغي تأكيده في هذا المجال أن وقف تنفيذ

القرار المطعون فيه بالإلغاء ليس أثرا تلقائيا لرفع دعوى الإلغاء ، بل لابد من تحقق شروط معينه .

الفرع الأول – شروط وقف التنفيذ

أولا: أن يطلب رافع الدعوى وقف التنفيذ في عريضتها ، فيجب أن يكون هذا الطلب مدرجا صراحة في استدعاء الدعوى ، فلا يجوز أن يثار بشكل طلب عارض بعد رفع الدعوى ، والحكمة في ذلك تعود إلى أن طلب وقف التنفيذ أنما هو إجراء تمهيدي لإلغاء القرار ، فهو متفرع من طلب الإلغاء وهذا الأخير مقيد بمدة معينه فلا يجوز تقديمه بعد فوات الميعاد المقرر قانونا ، ومن جهة أخرى فان القرار يكون قابلاً للتنفيذ من تاريخ صدوره وبالتالي فان الضرر من هذا التنفيذ يتلازم مع هذا التاريخ ، ومن ثم فعلى الطاعن الذي يعتقد خطر هذا التنفيذ أن يطلب إيقافه مع رفع الدعوى ، وبناء على ذلك إذا ما تقدم الطاعن طلبا بوقف تنفيذ القرار محل الطعن بعد تقديه لعريضة الدعوى فان طلبه يعتبر غير مقبول شكلا .

وذا كان هذا الاتجاه هو المستقر في مصر فقها وقضاءً [٨] فأن الرأي الغالب في فقه القانون العام في فرنسا والمستقر عليه في اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي ، يتمثل في أن طلبات وقف التنفيذ لاتخضع لشرط ميعاد محدد وان لصاحب الشأن أن يتقدم بطلب وقف التنفيذ طيلة الفترة التي تستغرقها الخصومة الموضوعية [٩] .

ثانياً : وجود أسباب جدية ترجح الإلغاء ، إذ ينبغي تحقق شرط – موضوعي – اخر لوقف التنفيذ وهو استناد الطلب الى اسباب جدية تشير بوضوح الى احتمال وجود عيب جسيم يلحق القرار الاداري المطلوب ايقاف تنفيذه .

غير ان هذا لايعني ان تكون الاسباب قائمة على حجج ثابتة ومؤكدة ، بل يعني ان يتبين للمحكمة – بحسب الظاهر – بأن هناك احتمالاً لان يكسب الطاعن الدعوى او بمعنى أخر لألغاء القرار لعدم مشروعيته .

وتستطيع المحكمة أن تتلمس جدية الاسباب من ظاهر الاوراق أو أن تستظهر جدية الطلب بوقف التنفيذ من خلال فحصها الاولي لمشروعية القرار الاداري دون أن تتصدى للموضوع الذي هو أصل الحق في الدعوى ، بل تحصر نظرتها في الشق المستعجل الخاص بوقف التنفيذ دون أن تتعرض فيها لفحص القرار الاداري ، الا بالقدر الذي يمكنها من الكشف عن جدية أسباب الالغاء من عدمها لتكون عقيدتها بشأن وقف التنفيذ ، ولها أن تستعين بقرائن معينة تفيد ذلك فضآلة المستندات وكونها غير منتجة تعطي انطباعاً بعدم جدوى وقف

التنفيذ ، كما أن تقاعس الادارة عن أبداء دفاعها في الدعوى او ذكر أسباب القرار يكون مبرراً للمحكمة في اصدار قرار وقف التنفيذ [١٠] .

ويتشدد القضاء المصري في ضرورة ان تكون هناك جدية في طلب وقف التنفيذ فضلاً عن الاستعجال ، وفي حالة عدم توافر هذين الركنين ترفض المحكمة القضاء بوقف التنفيذ.[١١]

ثالثاً : توافر ركن الاستعجال ، ويقصد بذلك تعذر تدارك الضرر الناتج عن التنفيذ الفوري للقرار المطعون فيه ، حتى لو قضي بإلغاء القرار المطعون فيه فيما بعد ، فتنعقد للطاعن في هذه الحالة مصلحة في طلب وقف تنفيذ القرار بصفة مستعجلة ريثما يتم الفصل في الموضوع الذي قد يستغرق الكثير من الوقت وقد استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على أن جسامة الضرر الناتج عن تنفيذ القرار تعني صعوبة إصلاحه وليس بالضرورة استحالة إصلاحه على الرغم من أن المشرع المصري قد استخدم في المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢. سالفة الذكر . تعبير " لتعذر تداركه"[١٢] .

ويتشدد القضاء في فرنسا ومصر . أيضا . في تقدير جسامة الضرر للحكم بوقف تنفيذ القرار وذلك ضمانا لاستمرار نشاط الإدارة وحماية للصالح العام . كما نص المشرع الفرنسي على بعض الحالات التي لايجوز فيها للمحاكم الإدارية أن تقضي بوقف التنفيذ ومنها إذا كان القرار يتعلق بالحفاظ على النظام العام أو الأمن العام أو السكينة العامة [١٣] ويلاحظ أن الغالب في الإحكام المتعلقة بطلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية ، سواء في فرنسا أو مصر ، هو الرفض وهو ما يتسق مع الطبيعة الاستثنائية لوقف تنفيذ القرار الإداري لان الأصل هو النفاذ ، ويترتب على الحكم بالرفض استمرار سريان القرار محل الدعوى لحين الفصل فيها .

الفرع الثاني – حجية الحكم بوقف التنفيذ

القاعدة العامة أن القرارات التي يجوز طلب وقف تنفيذها هي القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء . ألا انه قد يعمد المشرع إلى استثناء بعض القرارات من هذه القاعدة – كما فعل المشرع المصري مثلاً – يتمثل في القرارات الإدارية التي لايقبل طلب إلغائها قبل الالتجاء إلى طريق التظلم الإداري منها [١٤] .

ويعتبر الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء حكماً مؤقتاً لايقيد قاضي الموضوع عند فصله في دعوى الإلغاء ، فلا يؤثر في نتيجتها ، فليس كل رفض لطلب وقف التنفيذ يؤدي إلى رفض دعوى الإلغاء وليس كل حكم بإيقاف تنفيذ القرار يؤدي إلى إلغاء ذلك القرار .

غير أن هذا الحكم حكم قطعي فيما فصل فيه ، ذلك أن مقومات وخصائص الإحكام تتوافر فيه ، فيجوز الطعن فيه استقلالاً دون انتظار الفصل في الدعوى، [١٥] ولا تقتصر حجية الحكم الصادر بوقف التنفيذ على موضوع ما فصل فيه بشأن وقف التنفيذ أو عدمه .

بل تشمل هذه الحجية المسائل الفرعية السابقة عن الفصل في موضوع دعوى الالغاء كالدفع بعدم اختصاص القضاء الاداري بنظر الدعوى او بعدم قبولها . لرفعها بعد الميعاد أو لان القرار المطعون فيه ليس نهائياً [١٦]

ولكون الحكم بوقف التنفيذ حكماً وقتياً فوجوده معلق على الفصل في موضوع دعوى الالغاء ، فاذا قضت المحكمة بالغاء القرار موضوع الطعن أصبح قرار وقف التنفيذ كأن لم يكن ، أما اذا قضي بخلاف ذلك فانه يجوز للادارة في هذه الحالة تنفيذ قرارها ، وينبغي على الادارة في حالة الحكم بوقف تنفيذ قرار أداري قامت باصداره أن تمتنع عن تنفيذ هذا القرار ، واذا كانت قد بدأت في تنفيذه فيجب عليها التوقف عن استكمال ذلك [١٧] .

المطلب الثاني

أثر دعوى الالغاء في تنفيذ القرار المطعون فيه في العراق

سار المشرع العراقي على نهج نظيره المصري في تنظيم مسائل محدودة تتعلق بأجراءات دعوى الالغاء والحكم فيها والطعن في هذا الحكم ، واحالة ما عداها الى قانون المرافعات المدنية [١٨] .

فقد نصت المادة (٧/اولاً / ج) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ على أن تسري في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة – محكمة القضاء الإداري – فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون ، الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية ، وأحكام قانون الرسوم العدليه ، بشأن استيفاء الرسوم عن الطعون المقدمة أليها ، أو عن الطعون في قراراتها ..

وإذا كان المشرع الفرنسي قد عالج مسألة أثر دعوى الإلغاء في تنفيذ القرار المطعون فيه في المادة (٤٨) من قانون مجلس الدولة الفرنسي لسنة ١٩٤٥ والتي تقضي بعدم ترتيب أي اثر واقف للقرار الاداري على الطعن به أمام مجلس الدولة ، وكذلك المشرع المصري في المادة (٤٧) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ والتي تقضي بحكم مماثل ، فقد خلا قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة في العراق – الذي استحدثت

بموجبه محكمة القضاء الإداري – من نص مماثل تاركا تنظيم هذا الموضوع للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية الذي تخضع القواعد الخاصة بوقف سير الدعوى وانقطاعها والتنازل عنها وقواعد القضاء المستعجل لأحكامه .

أن خلو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة من نص مماثل لما جاء في التشريعين الفرنسي والمصري بهذا الشأن قد دفع البعض – في العراق إلى القول بأن سبب ذلك هو أن المشرع العراقي قد اشترط في هذا القانون وجوب التظلم الإداري قبل اللجوء إلى محكمة القضاء الإداري ، وبذلك لم يعد من مبرر للنص على جواز وقف تنفيذ القرار المطعون فيه [١٩]

ولاشك أن هذا الرأي محل نظر ولايمكن التسليم به ، وذلك أن التظلم أمام جهة الإدارة لايلزم الإدارة بوقف تنفيذ القرار المتظلم منه ، ومن ثم فلا يمنع الإدارة من المضي في قرارها رغم ذلك التظلم .

كما أن المشرع لم يحدد ميعاداً للتظلم من القرارات الإدارية أمام جهة الإدارة مما يبقي الأمر مفتوحاً ويزيد بالتالي من احتمال أن يفضي تنفيذ القرار إلى نتائج يتعذر تداركها .

ونحن نعتقد أن السبب في عدم تضمين قانون مجلس شوري الدولة المعدل نصاً بشأن وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه ، هو أن المشرع أحال في المسائل التي لم يرد بشأنها نص خاص فيه ، إلى قانون المرافعات المدنية الذي خصص الباب العاشر منه لأحكام القضاء المستعجل والأوامر على العرائض [٢٠] ، وهو – ولاشك – نقص تشريعي يجب على المشرع تداركه ، ذلك أن أحكام وقواعد الاستعجال في القانون الخاص لاتفي بالنسبة لدعوى الإلغاء ولا تتسق مع طبيعتها وأهميتها التي تحظى بها في الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة.

كما لانجد ثمة ما يمنع محكمة القضاء الإداري في العراق من نظر طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية في ظل أحكام القضاء المستعجل في قانون المرافعات المدنية على الأقل إلى أن يتم تدارك النقص التشريعي بايراد نص خاص بهذا الشأن في قانون مجلس شورى الدولة أو بصدور قانون خاص لاستكمال مقومات القضاء الإداري في العراق بإنشاء مجلس دولة بأجهزته المتكاملة . ويؤكد قضاء محكمة التمييز في العراق هذا الاتجاه ، فقد ذهبت المحكمة في قرارلها بتاريخ ١٩٦٩/١/١٤ إلى أن وقف تنفيذ القرار. يدخل ضمن الولاية العامة للمحاكم بقولها " .... أما فيما يخص دعوى المدعي في القسم الثاني الذي أوقف هدمه بقرار من المحكمة عند أقامة الدعوى ، فان الحكم برد الدعوى عن هذا القسم جاء صحيحاً أيضا لأنه تحقق للمحكمة من الكشف الذي اجرتة بمعرفة الخبير المهندس أن بقاء هذا الجزء من الدار يشكل ضرراً على المجاورين يجب إزالته وكان على المحكمة رد الدعوى المدعي من هذه الجهة لان المدعي

يستطيع مراجعة المحكمة لايقاف تنفيذ الامر الصادر من البلدية بالهدم .. لما للمحاكم من الولاية العامة لضمان هذه الحقوق " (٢١)

بل أن محكمة القضاء الإداري – ذاتها – قضت في قرار لها بتاريخ ١٩٩٦/٧/٢٢ بإيقاف قرارتخلية دار لحين حسم الدعوى ، لكنها عدلت عن هذا القرار واوعزت إلى جهة التنفيذ المختصة بالاستمرار بتنفيذ قرار التخلية [٢٢] .

الخاتمة

أن تقرير حقيقة عدم وجود ما يمنع محكمة القضاء الإداري في العراق عن نظر طلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء ، هو وحده الذي يتفق والحكمة من دعوى الإلغاء ، وبدونه يصبح قرار القضاء الاداري بالالغاء غيرذي جدوى على الاطلاق اذا كانت النتائج المترتبة على التنفيذ الفوري للقرار الإداري يتعذر تداركها ، ذلك أن القرار في هذه الحالة يكون قد استنفذ أثاره وانتهى كل شي ،

وإذا كان قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة جاء خالياً من نص صريح يجيز للمحكمة وقف التنفيذ إذا تحققت شروطه ،على غرار مافعل كل من المشرعين الفرنسي والمصري ، وهو نقص تشريعي ولاشك ينبغي تداركه ، فان للمحكمة أن تسترشد في نظرها لطلبات وقف التنفيذ بمبادئ وأحكام القضاء المستعجل في قانون المرافعات المدنية –على الأقل– لحين تدارك ذلك النقص ، وفي هذا الصدد فأننا ندعو المشرع العراقي لاستكمال مقومات القضاء الإداري في العراق وإصدار التشريعات اللازمة بهذا الشأن خصوصاً بعد التطور السياسي والدستوري الذي شهده العراق بصدور دستور سنة ٢٠٠٥ وما تضمنه بشأن جواز أنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة بمحاكمه المختلفة .

الهوامش

١ـ انظر المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية . العراق . رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، حيث تنص على أن "الدعوى طلب شخص حقه من أخر أمام القضاء "

٢. وهي محكمة القضاء الإداري بالنسبة إلى العراق .

٣ـ تخضع القواعد الخاصة بوقف سير الدعوى وانقطاعها والتنازل عنها ، في العراق – الى أحكام قانون المرافعات المدنية . وبالنسبة للتنازل ، وهو عمل طوعي واختياري يصدر عن الطاعن بموجبة يتنازل الطاعن كليا أو جزئيا عن ادعاءاته داخل نطاق الدعوى التي رفعها ويشترط لتحققه قبول

المدعي علية بذلك ، فان مجلس الدوله الفرنسي اعتبر قبول الادارة أمامه لتنازل المدعي لا يحول . خلافا للقضاء الكامل . دون رجوع المدعي عن تنازله ما دام القاضي لم يصدر حكمه باعتماد التنازل . ويجد هذا المسلك مبرره في أن الخصومة في دعوى الإلغاء ليست خصومه بين طرفين بل خصومه ضد قرار إداري .

٤ . د. مازن ليلو راضي . القضاء الإداري . ط١، . دهوك ، ٢٠٠٩ . ص ٢٧١ .

٥ـ تنص المادة (٤٨) من قانون مجلس الدولة الفرنسي لسنة ١٩٤٥ على انه "لايترتب على الطعن أمام مجلس الدولة أي اثر واقف للقرار الإداري ..... "

٦ـ تنص المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، على انه " لايترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغائه..."

٧ـ وإذا كان مجرد رفع دعوى الإلغاء لايوقف تنفيذ القرارالمطعون فيه أمر متفق عليه فقها وقضاءا ، ألا أن الفقه قد اختلف في أساس ذلك ، فيرى " هوريو" أن هذا الأساس يكمن في فكرة القوة التنفيذية للقرار الإداري وقدرة الإدارة على تنفيذ القرار دون توقف على موافقة جهة أخرى . في حين يرى " شينيو " أن أساس عدم إيقاف تنفيذ القرار الإداري في هذه الحالة هو مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية ، فإذا كان رفع دعوى الإلغاء سيؤدي إلى وقف اثأر القرارالمطعون فيه ، فهذا يعني أن القاضي قد تدخل في عمل الإدارة بطريق غير مباشر خصوصا وان دعوى الإلغاء هي رقابه لاحقه حيث يراعي القاضي فيها عدم التدخل في وظائف الإدارة لأنه لايملك أن يصدر إليها أية أوامر بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . بينما يذهب رأي ثالث في الفقه إلى أن هذا الأساس تجسده اعتبارات عملية تتلخص في انه إذا كانت الإدارة تضطلع بمسؤولية إشباع الحاجات العامة وتسيير المرافق العامة بانتظام فانه يكون من المنطقي أن يفترض في تنفيذ قرارها الضرورة والاستعجال . ولهذا فانه يكون من غير المقبول أن تؤدي المصالح الفردية إلى عرقلة تنفيذه . انظر بهذا الشأن د. محمود خلف الجبوري ، القضاء الإداري ، كلية التراث الجامعة ، بغداد ، ٢٠٠٨ . ٢٠٠٩ . ص ٥٩ وما بعدها .

٨ـ انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر .، جلسة ٧/٢/ ١٩٨٥، طعن رقم ١٠٠٣ لسنة ٢٨ق ، مجموعة إحكام المحكمة الإدارية العليا .

٩- د. علي شفيق ، الرقابة القضائية على أعمال الادارة – معهد الادارة العامة – الرياض ، ١٩٩٦ – ص ١٩٦٠ .

١٠- د. عبد الحكيم فوده ، الخصومه الادارية ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٩٦ ص ٤٠٥ .

١١- حكم المحكمة الادارية العليا في مصر ، جلسة ٣٠/ ١١/ ١٩٨٩ ، طعن رقم ١٥٧ لسنة ٣٦ ق ، مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، مصدر سابق .

١٢- د. علي شفيق ، المصدر السابق . ص ١٦٣.

١٣- ويتفق هذا الاتجاه مع ماهو مستقر القضاء الإداري المقارن الذي يميل إلى أن الضرر المطلوب تحقيقه للحكم بوقف التنفيذ لاينطبق في النشاطات الصناعية والتجارية التي يمكن فيها جبر الضرر عادة بالتعويض النقدي . د . محمد كمال الدين منير ، قضاء الأمور المستعجلة ، القاهرة ١٩٩٠ – ص ٣٣١ .

١٤- د . عبد الغني بسيوني عبد الله ، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة (قضاء الإلغاء) ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٣ ص ٣٢٤

١٥- وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا في مصر حين ذهبت إلى أن " الحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري وان كان حكماً مؤقتاً بمعنى انه لايقيد المحكمة عند نظر اصل طلب الالغاء، ألا انه حكم قطعي وله مقومات الاحكام وخصائصها ، ويجوز قوة الشئ المحكوم فيه في الخصوص الذي صدر فيه طالما لم تتغير الظروف وبهذه المثابة ويجوز الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية العليا استقلالاً شأنه في ذلك شأن حكم نهائي" حكم المحكمة بجلسة ١٩٥٥/١/٥ ، ألسنه الأولى ، رقم (٨) ص ٦٤ ، د. عبد الغني بسيوني عبد الله المصدر السابق – ص ٣٢٥

١٦- د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق – ص ٢٧٥ .

١٧- وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن " الإحكام الصادرة في الشق المستعجل من الدعوى هي أحكام وقتية يزول أثرها وتسقط بصدور الحكم في موضوع الدعوى ، وان مؤدى ذلك أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ لا يصلح سنداً لتقرير مسؤولية الجهة الإدارية " حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٠٠٠/١/٢٣، طعن رقم ١٤٢٦ و ١٥٢٧ – السنة (٤٣) ق ، د ١٠ احمد محمود جمعة ، منازعات التعويض في مجال القانون العام منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ – ص ٥٥ .

١٨- انظر في تفصيل هذا الرأي د. محمود خلف الجبوري ، المصدر سابق – ص ١٣٦ .

١٩- وما يؤيد هذا النظر قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق حيث ذهبت في حكم لها، بشأن طعن بقرار محكمة القضاء الإداري برفض طلب وقف الإجراءات المتعلقة بتنفيذ قرار أداري ، إلى " أن القرار المميز فيه من الأوامر على العرائض وهي من القضاء الولائي المنصوص عليه في المادة (١٥١) من قانون المرافعات المدنية المعدل وهي غير قابلة للطعن فيها تمييزاً عملاً بأحكام المادة (١٥٣ /١) من القانون المذكور إذ يتم التظلم فيها لدى المحكمة التي أصدرتها وتفصل المحكمة في التظلم وقرارها قابلاً للتمييز عملاً بحكم الفقرة (٣) من المادة ١٥٣ " .

٢٠- حكم المحكمة عدد ٣ / اتحادية / تمييز /٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٩ .

٢١- وانظر في هذا الاتجاه قرار محكمة التمييز بشأن تصحيح القرار التمييزي رقم ٤٦٨ / مستعجل /٩٨٨ بتاريخ ١٩٨٨/١١/١٥ الصادر في ١٩٨٨/١١/٢٤ . مجلة القضاء ، نقابة المحامين

في العراق ، العددان الأول والثاني (السنة الرابعة والاربعون) ، ١٩٨٩ صفحة ٤٨٧ – ٤٨٩ ، وكذلك قرارها في الدعوى ٥٣٥ / مستعجل /١٩٨٨ بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢٢ المصدر السابق ، ص ٤٩٤ – ٤٩٦ .

٢٢- وقد صدق قرار العدول تمييزاً من قبل الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة – التي كانت مرجع الطعن تمييزاً بالنسبة للاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري – وذلك بالقرار رقم ٣٥/ اداري تمييز /٩٦ بتاريخ ١٩٩٦/٧/٣١

مراجع البحث

اولاً المؤلفات :

١- د. احمد محمد جمعة ، منازعات التعويض في مجال القانون العام ، منشاة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

٢- د.عبد الحكيم فودة ، الخصومة الادارية ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٩٦ .

٣- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، ولاية القضاء الاداري على اعمال الادارة (قضاء الالغاء) ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٣ .

٤- د. علي شفيق ، الرقابة القضائية على اعمال الادارة ، معهد الادارة العامة ، الرياض ، ١٩٩٦.

٥- د.مازن ليلو راضي ، القضاء الاداري ، دهوك ، ٢٠٠٩ .

٦- د.محمد كمال الدين منير ، قضاء الامور المستعجلة ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

٧- د.محمود خلف الجبوري ، القضاء الاداري ، كلية التراث الجامعة ، بغداد ٢٠٠٩/٢٠١٠ .

ثانياً : المجموعات والدوريات :

١- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر .

٢- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر .

٣- مجلة القضاء – نقابة المحامين العراقيين – بغداد .

ثالثاً : التشريعات :

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٢- قانون المرافعات المدنية – العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

٣- قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة في العراق رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ .

الادارة الالكترونية وتقديم الخدمات العامة

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

Abstract

One of the many challenges facing the countries is preparing their societies and governments for globalization and the information and communication revolution. Policy-makers, business executives, NGO activists, academics, and ordinary citizens are increasingly concerned with the need to make their societies competitive in the emergent information economy.

We share the belief that with enabling information and communication technologies (ICTs), countries can face the challenge of the information age. With ICTs they can leap forth to higher levels of social, economic and political development. We hope that in making this leap, policy and decision-makers, planners, researchers, development practitioners, opinion-makers, and others will find these lecturers on the information economy, society, and polity useful.

المقدمة

تواجه دول العالم نوعان من التحديات ، اذ تعد مشكلة الادارة الحكومية والفساد الاداري الذي يصيبها والتعثر في تقديمها للخدمات، من أهم مشكلات الدول العربية، بل انها تقف اولا وقبل مشاكل اخرى هامة كالفقر والامية أو نقص الموارد ، من ناحية اخرى يمر العالم اليوم بمرحلة انتقالية تموج بتحولات جذرية عميقة وشاملة في كافة المجالات، ويتعاظم دور التكنولوجيا الحديثة والتطورات التقنية المتلاحقة، مما احدث قفزة نوعية هائلة في مجال تطوير العمل وكفائته ودقته وزيادة انتاجيته ، وتم تسخير الحاسوب والانترنت للقيام بكثير من الاعمال التي كانت تؤدى بشكل تقليدي.

اذ لجأت الدول الحديثة ولمواجهة تلك التحديات الى استثمار تلك التقنيات الخاصة بالاتصالات والمعلومات، في تطوير منظماتها، وفي تطوير وسائل وأشكال تقديمها للخدمات العامة، والقضاء على المشاكل الادارية التي تتعلق بها، وأصبح من المهم – بل ومن الضروري – للدولة الحديثة أن تستثمر تلك التقنيات الخاصة بالاتصالات والمعلومات في تطوير منظماتها، وفي تطوير وسائل وأشكال تقديمها للخدمات العامة وللإشراف على سير العمل في الإدارات الحكومية، بما يكفل القيام بمسؤولياتها وتحقيق أعلى كفاءة ممكنة لأداء العمل الحكومي لديها.

وكنتيجة لما تقدم ظهرت الادارات الالكترونية في بعض الدول التي جعلت من استخدام التقنية شعارا لخدمة مواطنيها بغض النظر عن مواقعهم الجغرافية او مستواهم المعيشي او أي اعتبارات اخرى ، واتاحة فرص الوصول العادلة والمتساوية لكل مواطن – في كل مكان من الدولة – الى الشبكة العالمية ، مع كل ما يصحب ذلك من تطوير في كافة النشاطات والإجراءات والمعاملات الحكومية الحالية وتبسيطها ونقلها نوعيا من الأطر اليدوية أو التقنية الإلكترونية النمطية الحالية إلى الأطر التقنية الإلكترونية المتقدمة.

ويمكن القول ان مصطلح الحكومة او الادارة الإلكترونية اصبح عنصر تميز المؤسسات والهيئات والدول ، ولم يعد أمام أي دولة تريد أن تواكب العصر ولا تتخلف عن الركب خيار سوى الاتجاه نحو المجتمع الإلكتروني والتكنولوجيا الرقمية ، والدولة التي تفكر في تجاهل الإنترنت في مجال الاتصالات – على رأي بعضهم – تشبه تلك التي تفكر في رفض الطيران كوسيلة للمواصلات، وهو أمر لم يعد ممكناً أو متصوراً.

كل ما تقدم فرض حاجة الدول العربية إلى الاستثمار في البشر أكثر منه في التكنولوجيا لاجتذاب مهارة جديدة وتحقيق عملية تطوير وتغيير ثقافي في تقديم الخدمات بالوسائل التكنولوجية الجديدة . لذا نجد ان ثلاث حكومات عربية – وفي وقت متقارب – اطلقت مشاريع بناء الادارة الالكترونية وهي الاردن ومصر والامارات وباشرت حكومتي قطر والسعودية بتنفيذ مشاريع مشابهة .

والحقيقة اني من المهتمين بهذا النوع من الدراسات ونشرت حوله اكثر من بحث الا انني تعرضت للانتقاد – من قبل البعض – في كل مرة اتصدى بالحديث فيها لهذا الموضوع، وحجة المنتقدين الاساس ان هذا الموضوع يدخل في اطار علم الادارة العامة ، وجدت ان الاستمرار بالكتابة في هذا الموضوع متنفسا لي ومنفذا ادافع فيه عن وجهة نظري في اهمية البحث القانوني في موضوع الادارة الالكترونية ،وذلك لاسباب – اولها – الترابط الشديد بين القانون الاداري وعلم الادارة العامة ، وفي هذا رد على من عاب علي الكتابة فيه باعتباره ليس بالموضوع القانوني ، وثانيا لان مفهوم الادارة الالكترونية بات يدفعنا اليوم الى اعادة النظر وامتحان اغلب نظريات القانون الاداري واثر الادارة الالكترونية فيها كنظريات

المرافق العامة والقرارات الادارية والادارة المحلية، وثالثا لاهمية فكرة الادارة الالكترونية المتزايدة من جهة والضبابية التي تحيط بالمفهوم في العراق من جهة ثانية، ورابعا لان عدم تقبلنا لكل ما هو حديث ليس معناه ان يتوقف العلم والتطور من حولنا ، فليس لنا ان ندفن رؤوسنا في الرمال ونتمسك بالقديم ونرفض كل تحديث كالنعام بل لابد من مجاراة العلم والتطور .

ويهدف البحث إلى التعرف على مفهوم الادارة الالكترونية ومميزاتها واهدافها ومستلزمات بنائها ودورها في احدى نظريات القانون الاداري الهامة الا وهي نظرية المرافق العامة وذلك من خلال تقسيم البحث الى مبحثين نتناول في الاول مفهوم الادارة الالكترونية ، في حين سيخصص الثاني لانجاز الخدمات المرفقية الكترونيا

المبحث الاول

مفهوم الادارة الالكترونية

وقبل الخوض في التعريف لابد من بيان المفاهيم والمصطلحات ، فهل هي حكومة الكترونية ام ادارة الكترونية ؟ الحقيقة ان اغلب الكتاب يستخدمون تعبير الحكومة الالكترونية نظرا لشيوع استخدامه في العمل [١] غير ان التعبير الأدق للدلالة على المقصود هو الادارة الالكترونية [٢] وندلل على هذا التفضيل بالاسباب التالية :

أ – بالعودة الى مفهوم الحكومة نجده يتفرع الى المفاهيم التالية [٣]:

١ – نظام الحكم او كيفية ممارسة صاحب السيادة للسلطة العامة كان يقال حكومة ديمقراطية او حكومة برلمانية.

٢ – مجموع الهيئات الحاكمة في الدولة وهي بهذا المعنى تشمل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

٣ – السلطة التنفيذية وحدها وهو المعنى الضيق للحكومة حيث يقصر الحكومة على السلطة التنفيذية التي تقوم بتنفيذ القوانين.

٤ – الوزارة وهو اضيق معان الحكومة .

وأيا ما كان المراد بالحكومة فان مهمتها هي وضع السياسة العامة للدولة وتحديد الاهداف العامة المراد ادراكها وهي مهمة ذهنية خلاقة لايستطيع ان يقوم بها الا العقل البشري اما الحاسوب او العقل الالكتروني – ان جاز استخدام هذا التعبير – فقد يساعد فقط في اعداد البيانات او المعلومات التي تساعد على رسم هذه السياسة .

ب – بالعودة – من ناحية ثانية – الى مدلول الادارة نجدها تعني النشاط الذي تمارسه الهيئات الادارية والهيئات العامة الاخرى لاشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات العامة مع قدرة هذه الهيئات على استخدام اساليب السلطة العامة لاداء هذا النشاط [٤] ومهمة الادارة تنحصر في تنفيذ السياسة العامة التي سبق وضعها وانجاز الاهداف العامة التي تم تحديدها ، وتلك هي المهمة التي يمكن ان تتم بالطريقة الرقمية من خلال الحاسوب وشبكة المعلومات بدلا من ان تتم بالطريقة التقليدية .[٥]

هذا وايا ما يكن من امر فان الادارة تهدف من وراء نشاطها الى اشباع الحاجات العامة للافراد وتحقيق المصلحة العامة للجماعة كلها. ويختلف مدى ذلك النشاط من دولة لاخرى على ضوء الفلسفة التي تعتنقها كل دولة والظروف السائدة فيها ، ولعل المفهوم المتقدم يؤدي الى التلازم بين الادارة والخدمات مما يؤدي الى القول بدقة مصطلح الادارة الالكترونية اكثر من مصطلح الحكومة الالكترونية ، لكن – وكما اسلفنا – فان التمييز مابين الادارة والحكومة اصبح اليوم مسالة دقيقة وصعبة نتيجة التداخل مابين الجهتين واعتبارهما وجهين لعملة واحدة .

وسواء كنا نتحدث عن بيئة العالم الواقعي او بيئة الانترنت الافتراضية ، فان اية ادارة تسعى الى تحقيق جملة من المهام واشباع بعض الحاجات العامة وتقديم خدمات عامة قد تكون مادية مثل توفير خدمات التعليم والصحة ووسائل المواصلات والبريد والماء والكهرباء والغاز والهاتف والمصانع المختلفة والجمعيات الاستهلاكية وكافة الخدمات التي تقدمها الادارة للجمهور او معنوية كتوفير الامن للمواطنين.

ورغم تداول مفهوم الحكومة (الإدارة) الالكترونية اليوم وشيوعه وصيرورته مالوفا بعض الشيء لدى العديد من الناس في دول العالم العربي الان اناسا اخرين في ذات المنطقة لم يسمعوا بذات المصطلح بعد ولربما لم يستعملوا حاسوبا او لم يروا انترنتا في حياتهم ، ولذا فان المفهوم سيبدو غريبا عليهم وسيبدون صعوبة في فهم تطبيقاته بعد ان تعودوا على العمل اليدوي التقليدي .

وعليه فسنلتزم باستخدام مصطلح الادارة الالكترونية ، وسوف نتناول في هذا المبحث تعريف الادارة الالكترونية اولا وتمييزها من الحكومة الجوالة ثانيا ، ثم بيان اهميتها ثالثا، وكما سياتي :

اولا – تعريف الادارة الالكترونية

ومن المفاهيم الخاطئة للادارة الالكترونية افتراض قيام الادارة بجميع الاعمال الموكلة اليها عن طريق الانترنت وهذا مفهوم خاطيء ، اذ لايمكن لاي ادارة في العالم ان تدير موارد بلد ما وتحول عملها بالكامل الى عمل عن طريق الانترت ، او افتراض ان الادارة الالكترونية تعني ان الفرد يستطيع ان يدفع فاتورة الهاتف والكهرباء والماء من خلال حسابهم البنكي عن طريق الانترنت او الاطلاع على وضع معاملاتهم في دوائر الدولة ، وهو مفهوم قاصر لانه يضع الادارة الالكترونية في اضيق نطاق –

كالخدمات السابقة او خدمة التوصيل الالكتروني وموضوعات كالامن والموثوقية وحماية البيانات والوصول الى المعلومات التي تخص البنية التحتية لمجتمع المعلوماتية ، وان كنا نقر ان مثل هذه الموضوعات تعتبر سهلة الفهم بالنسبة لقطاع عريض من الجمهور . (٦)

ومن ثم فان مفهوم الادارة الالكترونية مفهوم واسع شامل تتسع تطبيقاته لتشمل العديد من المجالات ولاتقتصر على دفع الفواتير ومتابعة المعاملات ، وانما ينطلق الى حدود تضم بداخلها كل ماهو اداري –كما ينطق اسمها – وتستطيع ادائه عن طريق الحاسب الشخصي المتصل بشبكة المعلومات العالمية (الانترنت) بدون الحاجة الى التواجد شخصيا في هذه الدائرة او تلك . (٧)

وبقدر ما يثير مصطلح "الادارة الإلكترونية" الكثير من الاهتمام ويلقي الكثير من الشيوع حالياً في الكتابات العلمية، وفي الإعلام ولدى الافراد، وهيئات الدولة، فقد تنوعت التعريفات التي قيلت لبيان مفهوم الادارة الإلكترونية، ورغم حداثة المصطلح فقد تصدى الكثيرون لمحاولة تعريفه، وحاول كل منهم النظر الى المصطلح من زاوية ما.

فقد حاول البعض تعريفها بالنظر الى ما هيتها او وسائلها او المزايا التي تحققها، في حين تقدم اخرون بتعريفات اكثر تقدما بان نظروا الى وسائل التقنية التي تستخدم فيها، وعرفوا الادارة الالكترونية تبعا لذلك.

وتباين المتصدون لتعريف الادارة الالكترونية من حيث الزاوية التي ينظرون بها اليها بغرض التعريف، خاصة اولئك الذين يرومون اضفاء الطابع القانوني عليها، ولعل اول محاولات التعريف كانت تحاول التاكيد على الجانب القانوني او الاداري لها، او على الاقل كانت تحاول المزاوجة بين مفهومين اثنين، الاول هو الجانب الاداري والثاني هو التقنية، في محاولة الخروج بتعريف للادارة الالكترونية جامع مانع .

فقد عرفها البعض بأنها استعمال وسائل التكنولوجيا الحديثة من قبل الإدارة العامة للقيام بوظائفها.(٨) وعرفها اخرون بذات الاتجاه بانها تيسير سبل أداء الإدارات الحكومية لخدماتها العامة، بواسطة استثمار التطورات العلمية المذهلة في مجال تقنيات الاتصالات والمعلومات.(٩)

وقد عرف البعض الادارة الالكترونية (١٠) من خلال وسائلها بانها الادارة التي تستعمل الهيئات الادارية فيها تكنلوجيا المعلومات والاتصالات مما يبشر برفع مستوى الفاعلية والكفاءة للادارة ويؤثر على علاقتها بالمواطنين.

وعرفها غيرهم بانها " تنظيم وإدارة القوى البشرية والمادية لتحقيق الأهداف الحكومية"(١١)، الا ان وسائلها، اي الادارة العامة، قد تطورت بتطور المجتمعات، واصبحت الادارة العامة تعتمد على التقنيات الحديثة في القيام بمهامها وواجباتها، ومن ثم يمكن القول ان التعريف السابق ينظر الى الادارة

الالكترونية بانها الادارة العامة التقليدية التي تمارس وظائفها التقليدية لكن بوسائل حديثة. بمعنى اخر ان هذا الاتجاه الفقهي لا ينازع في مفهوم الادارة العامة التقليدي، كما لا ينازع في وظائفها ونشاطاتها، الا انه يرى ان تحديثا في وسائلها بات ضروريا، وان مثل هذا التحديث يجعلنا امام ما يسمى بالادارة الالكترونية.

اي تؤكد التعريفات المتقدمة ان العمل بالادارة الالكترونية سيؤدي الى تتغير وسائل واساليب العمل الاداري من شكله الروتيني التقليدي إلى أشكال جديدة إلكترونية بواسطة الحاسب الآلي عبر شبكة الإنترنت وشبكات الاتصال.

في حين توجه اخرون الى تعريف الادارة الالكترونية بأنها " قدرة القطاعات الحكومية المختلفة على توفير الخدمات الحكومية التقليدية للمواطنين وإنجاز المعاملات عبر شبكة الانترنت بسرعة ودقة متناهيتين وبتكاليف ومجهود اقل ومن خلال موقع واحد على الشبكة".[١٢] او بأنها "عملية إدارية قائمة على الإمكانات المتميزة للانترنيت وشبكات الأعمال من تخطيط وتوجيه والرقابة على الموارد والقدرات الجوهرية للمنظمة الإدارية والآخرين بدون حدود من اجل تحقيق أهداف المنظمة الإدارية"[١٣]

ويعرفها اخرون[١٤] بانها "الادارة التي تستعمل الهيئات الادارية فيها تكنلوجيا المعلومات والاتصالات مما يبشر برفع مستوى الفاعلية والكفاءة للادارة ويؤثر على علاقتها بالمواطنين". او هي "البيئة التي تتحقق فيها خدمات المواطنين واستعلاماتهم وتتحقق فيها الانشطة الادارية للدائرة المعنية من دوائر الدولة بذاتها او فيما بين الدوائر المختلفة باستخدام شبكة المعلومات والاتصال عن بعد".[١٥] وقد تعرف بانها مشروع وطني مهم لتطوير اداء الخدمات المقدمة للمواطن.[١٦]

والملاحظ على التعريفات المتقدمة انها تتناول بالاضافة الى الاستفادة من التقنية في تطوير العمل الاداري ، بيان بمزايا تلك التقنية وتاثيرها سواء على كفاءة العمل الاداري او على نوع الخدمات المقدمة للافراد.

ويعرفها – اضافة الى من تقدم – اخرون بانها " وسيلة مثلى للحكومات تمكنها من رعاية مصالح مواطنيها من أفراد ومؤسسات إلكترونيا باستخدام التكنولوجيا المتطورة دون حاجة طالب الخدمة إلى التنقل بين إدارات الحكومة.[١٧] وبانها " إدارة الأعمال الحكومية بلا ورق، فهي تشمل مجموعة من الأساسيات حيث يوجد الورق ولكن لا نستخدمه بكثافة ولكن يوجد الأرشيف الإلكتروني، والبريدالإلكتروني، والأدلة والمفكرات الإلكترونية والرسائل الصوتية ونظم تطبيقات المتابعة الآلية، إدارة بلا مكان، وتعتمد بالأساس على التليفون المحمول، إدارة بلا زمان فالعالم أصبح يعمل في الزمن الحقيقي ٢٤ ساعة في اليوم ".[١٨]

ويمكن استخلاص مميزات الادارة الالكترونية من التعريفات المتقدمة ، وهي:

١. انها إدارة بلا ورق: ويجب التاكيد انه لايقصد من ذلك انعدام استخدام العمل الورقي والكتابي نهائيا ، بل يبقى العمل الكتابي جزء – وان كان بسيطا – من العمل الاداري، اضافة الى العمل الاداري الالكتروني كالأرشيف الإلكتروني، والبريد الإلكتروني، والأدلة والمفكرات الإلكترونية والرسائل الصوتية ....وغيرها

٢. انها إدارة بلا مكان: فهي ليست كالادارة التقليدية تقوم في مقار محددة على طالب الخدمة الذهاب اليها للحصول على الخدمة التي يريد، اذ لا يوجد مقار محددة للادارة الالكترونية، ولطالب الخدمة الحصول عليها – طالما توافرت تقنيات الاتصال ، كالانترنت او الهاتف المحمول – من اي مكان.

٣. انها إدارة بلا زمان: فاذا كانت الادارة التقليدية تقوم على ساعات عمل محددة، فان الادارات الالكترونية تمارس عملها على مدار ٢٤ ساعة في اليوم، ومن ثم فلا يقسم الوقت الى ساعات عمل واخرى للراحة، بل يصبح اليوم باكمله مخصص للخدمة العامة.

٤. انها إدارة بلا تنظيمات جامدة ولا روتين اداري – يمكن القول ان هذه الميزة تعد اساس التحول الى نظام الادارة الالكترونية، اذ ان محاربة الروتين والفساد الاداري من اهم مبررات وجود الادارة الالكترونية، واحد اهم اسباب نجاحها، وذلك لقلة او انعدام الاحتكاك بين الموظف العام – الذي سيقتصر دوره على ادخال المعلومات في الغالب – وبين المواطن اي طالب الخدمة الذي سيخاطب الادارة من خلال تقنيات الاتصال.

وحقيقة الامر – برأينا – ان الادارة الالكترونية باتت اليوم واقعا يفرضه تطور الدولة الحديثة، ورغم ما يقال عن توجهات الدول نحو الخصخصة، الا اننا نعتقد ان واجب الدولة في تقديم الخدمات مازال في اوجه، ولم تنازع الخصخصة في ان هنالك طيف واسع من الخدمات مازال محجوزا للدولة ، ليس للدولة تركها للقطاع الخاص، كما انه ليس بمقدور الافراد اعتماد على القطاع الخاص للحصول عليها ، فما زالت الدولة تدخلية، ان لم نقل باتت اليوم اكثر تدخلا.

وان كان الحال كذلك فانه يقع على عاتق الدولة التزام اخر جديد وهو الاستفادة من كل التطورات تقنية كانت ام معلوماتية، في تطوير طرق تقديم او تيسير تقديم الخدمات لمواطنيها، ولعل تطبيق نظام الادارة الالكترونية طريقة من تلك الطرق، ووسيلة تقارب جديدة بين الحكومات ومواطنيها.

بكلمات اخرى يقصد بالادارة الالكترونية استخدام تكنلوجيا المعلومات الرقمية في انجاز المعاملات الادارية، وتقديم الخدمات المرفقية، والتواصل مع المواطنين بمزيد من الديمقراطية . ويتم ذلك عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) وشبكة المعلومات الداخلية (الانترانت) بقصد تحقيق اهداف معينة واهمها تقديم الخدمات الالكترونية اما بتفاعل بشري او بانجاز آلي .[١٩]

والادارة الإلكترونية – على الرغم من كل ما تقدم وعلى الرغم من كل التمنيات – لا يمكن اعتبارها العصا السحرية التي سيتم من خلالها حل كل المشكلات التي تواجهها الادارة في العالم اليوم، فلا يمكن لها – لوحدها – من ايجاد الحلول لفشل الجهود التنموية، وللبيروقراطية والروتين الاداري المتفشيان، كما لا يمكنها القضاء على الحكومات غير الديمقراطية، بل انها في الواقع تعجل من ضرورة معالجة المشكلات المتقدمة، وتكشف لنا عن مشاكل جديدة لابد من ايجاد الحلول لها اذا ما اردنا الاخذ بنظامها، مثل النظم التعليمية السيئة، ارتفاع أسعار الاتصالات، شبكات الاتصالات غير الموثوق بها، ووسائل حمايتها قانونيا، اضافة الى ضرورة وضع اتفاقيات للملكية الفكرية، الخصوصية، الضمان، شبكات المعلومات، والمنافسة مع شركات خدمات الإنترنت.

ثانيا – الادارة الالكترونية والحكومة الجوالة

لايخفى على احد ان إيصال المعلومات إلى المواطنين يعد من المهام الرئيسية للحكومة ، بل ان اطلاع مواطنيها على ما يحدث من حولهم يعد جزء من مسؤولياتها، اذ ان امرا كهذا يعزز الديمقراطية في البلاد ويخلق المساءلة، وكثيرا ما لا تكون مثل هذه المهمة سهلة، خاصة اذا كان المواطنين بحاجة الى هذه المعلومات، او كانت حاسمة بالنسبة لهم في اتخاذ القرارات وتشكيل الآراء.

وفي السنوات الأخيرة، اجتهدت الحكومات في جميع أنحاء العالم على تطوير القنوات الإلكترونية المتعددة لتقديم الخدمات الحكومية للمواطنين، وذلك من خلال صفحات الشبكة العنكبوتية. غير أن الطلب المتزايد من قبل المواطنين على إستخدام هذه الخدمات الإلكترونية بالإضافة إلى تزايد عدد الخدمات والمتطلبات الحكومية أضحى مهمة صعبة ومتطلبة، مما دفع الكثير من الحكومات المتقدمة حول العالم، إلى التوجه لتقديم خدماتها عبر وسائط إلكترونية جديدة، تعمل على توفير الوقت والجهد، ومن هذا المنطلق جاء الهاتف الجوال كأحد هذه الوسائط الإلكترونية– وقد يكون من أهم ميزاته أنه تقنية مرنة لقربه من المواطن ولديمومة إستخدامه من قبلهم– ليطور مفهوم الخدمات الحكومية الإلكترونية إلى بعد جديد.

وقد شهد هذا العصر تطور ملحوظ وكبير في الاتصالات اللاسلكية مما شجع الكثير من المؤسسات الحكومية والخاصة على تبني هذه التقنية لفتح قنوات عمل مع بعضها البعض من جهة ومع المستخدمين والزبائن الافراد من جانب آخر. وقد اثبتت التكنولوجيات المتنقلة أهميتها البالغة بالنسبة للحكومات لا في مجال تحسين الاتصال وتقديم المعلومات في الوقت المناسب للمواطنين اي الاتصال بين الحكومة والمواطن او العكس،[٢٠] اومن المواطن للحكومة (C2G)،[٢١] بل تبدو واضحة أيضا في تحسين وتطوير الاداء بين الادارات الحكومية والموظفين (G2E).

في تركيا مثلا، تعمل ادارات تنفيذ القانون المتنقلة بالاستفسار عن المركبات باستخدام الأجهزة النقالة في سياراتها. ويتم التحقق من هذه المعلومات في العديد من الادارات الحكومية مثل الادارة الضريبية لمعرفة ما اذا كانت هنالك ضريبة على المركبة، والتاكد من حالات الاشتباه في جنائية ما.بالإضافة إلى ذلك، تسمح التكنولوجيا الجوالة لموظفي الحكومة بالحصول على المعلومات اللازمة أينما كانوا من خلال الولوج الى نظام المعلومات للادارة التي يعمل فيها، باستخدام التقنية الجوالة مثل الهاتف النقال والمساعد الشخصي الرقمي، وأجهزة الكمبيوتر المحمولة وغيرها، مما يرفع – بلاريب – من كفاءة موظفي الحكومة وهم يقومون بعملهم.[٢٢]

ومما لاشل فيه ان الهواتف المحمولة (النقالة) ستبقى الوسيلة الأساسية للاتصالات السلكية واللاسلكية بالنسبة لكثير من مواطني البلدان النامية، بل انها اصبحت اكثر قوة ، ومصدرا مهما للمعلومات وقناة بديلة لتقديم الخدمات الإلكترونية. وبالمقابل اصبحت نافذة جديدة لمشاركة المواطنين في الحكم ووسيلة لتوفير المعلومات سواء كانت هذه المعلومات من الادارة الى المواطن ام من الادارة للادارة ام من المواطن للادارة، خاصة بعد التطورات التقنية المتلاحقة في تكنولوجيات الهواتف المتنقلة، مثل إدخال الإنترنت في أجهزة الهواتف النقالة، والمساعد الشخصي الرقمي، كل ذلك خلق قناة جديدة، أكثر فعالية وأقل تكلفة، لتوصيل الخدمات الحكومية للمواطنين. وهو ما اطلق عليه بالحكومة المتنقلة او الجوالة.

وبالتالي، فقد اصبح لزاما على أي حكومة ترغب في تحسين الخدمات العامة وتوسيع نطاق مشـاركة مواطنيها في صنع القرار، الاستفادة من الفرص التي توفرها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وبالذات انتشار الهواتف النقالة في العالم.[٢٣] وهذا ما يمكن تلمسه في الكثيرمن الدول، مثل السويد وهولندا ومالطا وسنغافورة وهونغ كونغ وكوريا الجنوبية والصين والفلبين، حيث تعمل حكومات هذه الدول باتجاه ان يكون الاتصال مع مواطنيها عن طريق الهاتف النقال.[٢٤]

على ما تقدم يمكن تعريف الحكومة الجوالة (mobilized government) بانها"استخدام تقنية الاتصالات النقالة مثل اجهزة الهاتف النقال والمفكرات الرقمية (المساعد الرقمي الشخصي) للولوج الى أنظمة المعلومات الحكومية وقواعد البيانات لغرض الحصول على المعلومات والخدمات الالكترونية".[٢٥] كما تعرف بانها "استراتيجية تنفيذية تنطوي على استخدام كل أنواع تكنلوجيا الاتصالات اللاسلكية والمحمولة (الخدمات والتطبيقات) وألمزايا المتعلقة بها لتحسين الخدمات والمزايا التي تطال الأطراف المشاركة في الادارة الإلكترونية ، بما فيها من المواطنين و الوحدات الحكومية"[٢٦]

كما انها تعني الاستخدام الاستراتيجي للخدمات والتطبيقات الادارية من خلال وسائل محددة هي الخليوي (الهواتف المحمولة) والحواسيب المحمولة، والمساعدات الرقمية الشخصية.[٢٧] يمكن القول ان الادارة الإلكترونية بإستخدام الهاتف النقال (الحكومة الجوالة) تبدأ من حيث تنتهي الادارة الإلكترونية

بإستخدام الحاسوب حيث أن الشبكات اللاسلكية تنتشر في أماكن أوسع من الشبكات الأرضية، كما تعتبر كذلك كعامل مساعد ومحرك للادارة الإلكترونية من حيث إنتشار ثقافة المحمول بين الناس عامةً وبين فئة الشباب خاصة.

هذا، وقد أسهمت عدة عوامل في نجاح وإنتشار الحكومة الجوالة منها مثلاً: [٢٨]

١. توفر أجهزة الهواتف المحمولة بكثرة بين الناس وشيوع استخدام تطبيقاتها عالميا كإرسال الرسائل النصية والمصورة والاتصال بالانترنت. مما يعني بأن المستخدمين قادرين وجاهزين لاستخدام اجهزتهم لأي تطبيقات تجارية.
٢. عدم ارتباط المستخدم بمكان معين عند تنفيذ المعاملات عن طريق الاجهزة المحمولة يجعلها اكثر تناسبا وجاذبية لدى الكثيرين.
٣. ظهور ما يسمى بثقافة الجوال خصوصا بين فئة الشباب جعلهم يتنافسون في اقتناء كل ما هو حديث وزاد شغفهم لتجربة تطبيقات وبرامج مختلفة وجديدة.
٤. إستمرار انخفاض أسعار الهواتف المحمولة وتطور الخدمات خصوصا فيما يسمى بخدمات الجيل الثالث التي تمكن الشركات من تطوير تطبيقات أكثر أمنا وذات سرعة أعلى.

وعلى اية حال فان الخدمات التي تقدمها الحكومة الجوالة على نوعين :

النوع الاول – ويسمى بخدمات طلب المعلومات (pull service) : وفيها يقوم المشترك بطلب معلومات او خدمات من قواعد البيانات الحكومية.

النوع الثاني – ويسمى بخدمات دفع المعلومات (push service): وفيها تقوم انظمة المعلومات الحكومية بارسال المعلومات الى المشترك في حالات معينة.[٢٩]

ويرى البعض إن تقديم الخدمات الادارية الإلكترونية عبر تطبيقات إلكترونية متواجدة على الجوال ذو فوائد عديدة وأهمها التالي:

١- القدرة على خدمة شريحة أكبر وأوسع من العملاء أو طالبي الخدمة.
٢- القدرة على توسيع نطاق ومساحة نشر للتوعية المتعلقة بإستخدام الخدمات الخاصة بقطاع معين.
٣- القدرة على تخفيض ضغط الخدمات الواقعة على المنشآت الحكومية أو الخاصة.
٤- القدرة على تقديم خدمة آمنة للعملاء تخضع لأعلى مقاييس الحماية والسرية والأمان.
٥- القدرة على تقديم الخدمة في أي مكان وزمان بالإضافة إلى الإنتشار الجغرافي الواسع.
٦- القدرة على خفض كلفة الخدمة المقدمة من خلال وسيلة جديدة متاحة لكافة طبقات المجتمع وهي الهاتف الجوال.

٧- القدرة على نشر المعلومات التوعوية أو غيرها بسرعة فائقة وبفعالية لا نظير لها لتصل إلى كل شخص مستهدف.

٨- القدرة على نشر معلومات نوعية تستهدف فئات محددة من المجتمع وبمرونة منقطعة النظير.

٩- إضافة مصدر دخل جديد للمؤسسة الحكومية أو الخاصة.

اما بالنسبة للعلاقة بين الادارة الالكترونية والحكومة الجوالة (النقالة) يمكن القول ان الحكومة النقالة تعد مجموعة فرعية من الادارة الإلكترونية.فاذا كانت الادارة الإلكترونية – كما اسلفنا – تعني استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتحسين أنشطة مؤسسات القطاع العام وتقديم الخدمات للمواطن الكترونيا، فان الحكومة النقالة تقتصر على استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المتنقلة أو التقنيات اللاسلكية مثل الهواتف المحمولة، وأجهزة الكمبيوتر المحمولة وأجهزة المساعد الرقمي الشخصي المرتبطة بشبكات المعلومات اللاسلكية المحلية، ومن ثم يمكن القول أن الحكومة النقالة تساعد في نشر المعلومات والخدمات الحكومية المتاحة في أي زمان ومكان للحكام والمحكومين على حد سواء.[٣٠]

فالحكومة الجوالة ليست بديلا عن الادارة الإلكترونية، وإنما مكملة لها. فرغم أن الأجهزة النقالة ذات خواص تداخلية ممتازة ، فان معظمها ليست مناسبة لنقل معلومات معقدة او ذات كم هائل .اذ على الرغم من ظهور تطورات كبيرة على مزايا وخواص الهواتف النقالة، الا انها لاتملك ذات القدر من الميزات والخدمات القائمة على تطبيقات الإنترنت. على سبيل المثال، ان الرسائل القصيرة التي يمكن ارسالها من خلال الهاتف النقال يصل عدد حروفها إلى ١٦٠ حرفا، في حين أن البريد الإلكتروني يتيح الكتابة بلا حدود تقريبا مع امكانية استخدام وسائط متعددة.وما زالت أجهزة الكمبيوتر المتصلة بالإنترنت هي الوسيلة المفضلة للمشاركة في المناقشات السياسية على شبكة الإنترنت، وللبحث عن المعلومات التفصيلية للادارات العامة، والتعامل مع معظم أنواع الخدمات الادارية الإلكترونية.[٣١]

علما ان العراق شهد بعض تطبيقات الحكومة الجوالة، فقد قامت هيئة الدفاع المدني بارسال ملايين من الرسائل القصيرة الى المواطنين العراقيين بقصد اعطاء بعض توجيهات السلامة والامان، كما ان هذه التقنية وجدت لها تطبيق اخر حين لجأت بعض القوائم الانتخابية المشاركة في انتخابات مجالس المحافظات التي جرت في ٢٠٠٩/١/٣١ ، الى الدعاية الانتخابية عن طريق الرسائل القصيرة، وغيرها من التطبيقات.

ثالثا – اهمية الادارة الالكترونية :

لا يخفى على احد التطورات المتعاقبة التي لحقت دور الدولة، منذ عهد الدولة "الحارسة" قديماً ، حيث كانت مهمة الدولة تنحصر في الدفاع والقضاء، إلى عهد الدولة "المتدخلة" بالأمس، حيث ازدادت

مهامها ومجالات التدخل، لتشمل تقديم الخدمات الاساسية والحفاظ على النظام العام، ثم الدولة "الأكثر تدخلاً" اليوم، حيث لم تترك الدولة مجالا الا وولجته وحقلا الا ونظمته.

فالادارة والتطور صنوان لا يفترقان ، بل ان التطور احدى صفات الادارة، فاذا ما ظهر مجال جديد استوجب على الادارة مواجهته بخدمة تقدمها، وهاجسها في ذلك خدمة مجموع المواطنين بافضل شكل، وباسرع طريقة وباقل تكاليف، واصبحت الدول تتنافس لتطوير سياساتها العامة بما يتوافق ومتطلبات التطور سواء من حيث التقنيات او من حيث الخدمات.

حيث يتسم العصر الجديد، بانه عصر التقنية والمعلوماتية، ففي عالمنا اليوم يتعاظم دور التكنولوجيا الحديثة والتطورات التقنية المتلاحقة، وبدأنا نشهد عصر جديد لم تعهده البشرية قبلا لما يحتويه من تقنيات المعلوماتية فائقة السرعة . كما يتسم بتطوير الآليات والوسائل التقنية المستخدمة لمتابعة هذه التطورات، وأصبح من المهم – بل ومن الضروري – للدولة الحديثة أن تستثمر تلك التقنيات الخاصة بالاتصالات والمعلومات في تطوير اداراتها، وفي تطوير وسائل وأشكال تقديمها للخدمات العامة وللإشراف على سير العمل في الإدارات الحكومية، بما يكفل القيام بمسؤولياتها وتحقيق أعلى كفاءة ممكنة لأداء العمل الاداري لديها.

فقد احدثت تقنيات المعلومات قفزة نوعية هائلة في مجال تطوير العمل وكفائته ودقته وزيادة انتاجيته، وكان من نتيجة ذلك حدوث سلسلة من التحولات وأهمها التحول من الأساليب التقليدية في الإدارة إلى الأساليب الإلكترونية، مع كل ما يصحب ذلك من تطوير في كافة النشاطات والإجراءات والمعاملات الحكومية الحالية وتبسيطها ونقلها نوعيا من الأطر اليدوية أو التقنية الإلكترونية النمطية الحالية إلى الأطر التقنية الإلكترونية المتقدمة، وتم تسخير الحاسوب والانترنت للقيام بكثير من الاعمال التي كانت تؤدى بشكل تقليدي، واصبحت الدول تتنافس في انجاز الاعمال التي تهم الناس في حياتهم اليومية عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الانترنت)، بل ان بعض هذه الاعمال كان يعد وحتى يوم قريب من المستحيلات.

وكنتيجة لما تقدم ظهرت الادارات الالكترونية في بعض الدول التي جعلت من استخدام التقنية شعارا لخدمة مواطنيها بغض النظر عن مواقعهم الجغرافية او مستواهم المعيشي، او أي اعتبارات اخرى، واتاحة فرص الوصول لكل مواطن – في كل مكان من الدولة – الى الشبكة العالمية (الانترنت)، والعمل على ازالة مايسمى خط التقسيم الرقمي، وجعل الفرص عادلة ومتساوية بين المواطنين في الوصول الى منافذ الانترنت في كل مكان من الدولة.

هذا وتعد مشكلتي البيروقراطية والفساد الاداري من اهم المشاكل التي تواجه الادارات في مجال العمل الاداري، وسبب في التلكوء والتعثر في تقديمها للخدمات، بل ويقال ان هاتان المشكلتان تقف اولا

وقبل مشاكل اخرى هامة كالفقر والامية أو نقص الموارد، وتأتي اهمية الادارة الالكترونية باعتبارها حلا ناجعا للقضاء على كلا المشكلتين وسوف نحاول بيان ذلك فيما يأتي:

أ – دور الادارة الالكترونية في القضاء على البيروقراطية:

البيرُقراطية أو الدواوينية مفهوم يستخدم في علم الاجتماع والعلوم السياسية يشير إلى تطبيق القوانين بالقوة في المجتمعات المنظمة. ويعتمد هذا التنظيم على الاجراءات الموحدة وتوزيع المسؤوليات بطريقة هرمية والعلاقات الشخصية. وقد استخدمت كلمة البيروقراطية للدلالة على الرجال الذين يجلسون خلف المكاتب الحكومية ويمسكون بأيديهم بالسلطة، ولكن توسع هذا المفهوم ليشمل المؤسسات غير الحكومية كالمدارس والمستشفيات والمصانع والشركات وغيرها.

ويعود أصل كلمة البيرقراطية إلى بيرو(bureau) ، أي مكتب، المستخدمة في بداية القرن الثامن عشر ليس للتعبير عن كلمة مكتب للكتابة فقط بل للتعبير عن الشركة، وأماكن العمل. وكلمة قراطية وهي مشتقه من الأصل الإغريقي كراتوس (cratos) ومعناها السلطة والكلمة في مجموعها تعني قوة المكتب أو سلطة المكتب.

البيروقراطية في أبسط تعريفاتها (غير العلمية) هي عبادة الأنظمة واللوائح. وتقديس ما تعودنا عليه بصرف النظر عن جدواه بالمقارنة بغيره من التجارب والإبداعات في الدول المتقدمة.[٣٢]

ولدت البيروقراطية مع نشوء الدولة الحديثة المعززة بجيش ضخم من الموظفين ورجال الإدارة ذوي الاختصاص بالمهام الموكلة إليهم، أو سياسيين، كانوا شريحة مؤثرة ذات نفوذ في الدولة وقراراتها السياسية، معبرين بذلك عن تحقيق مكاسب خاصة، أو توجيه السياسة العامة، وتلك السلطة والقوة تمارس على المواطنين.[٣٣]

وقد عرف قاموس الاكاديمية الفرنسية البيروقراطية عام ١٧٩٨ بانها" القوة والنفوذ اللذان يمارسها رؤساء الحكومة وموظفو الهيئات الحكومية" [٣٤]

وقد اعتبر موريس ديفرجيه البيروقراطية جماعة من الموظفين المهنيين، يقومون بمهنة ذات مظهر خاص، ويتم الدخول والتدرج والانضباط والتعويضات والمخالفات تنظيما دقيقا، وتكون المنافسات ذات صفة شخصية محدودة، كما تكون الكفاءات محدودة في كل الدرجات بمعايير موضوعية بواسطة الشهادات والامتحانات والمباراة، وبصورة عامة يعمل التنظيم البيروقراطي بأكمله وفقا لقواعد محدودة بدقة، وتكون موضوعية سواء تعلق الأمر بالعلاقات السلطوية الداخلية، أو بالعلاقات مع الموظفين، أو الصلات مع المتعاملين.[٣٥]

وهي تعني – وفقا لما تقدم – نظام الحكم القائم في دولة ما يُشرف عليها ويوجهها ويديرها طبقة من كبار الموظفين الحريصين على استمرار وبقاء نظام الحكم لارتباطه بمصالحهم الشخصية ، حتى

يصبحوا جزءً منه ويصبح النظام جزءً منهم، ويرافق البيروقراطية جملة من قواعد السلوك ونمط معين من التدابير تتصف في الغالب بالتقيد الحرفي بالقانون والتمسك الشكلي بظواهر التشريعات، فينتج عن ذلك الروتين، حيث تنتهي معها روح المبادرة والإبداع وتتلاشى فاعلية الاجتهاد المنتجة ، ويسير كل شيء في عجلة البيروقراطية وفق قوالب جاهزة، تفتقر إلى الحيوية.

عليه فمن المتعارف عليه لدى الجميع أن البيروقراطية هي الروتين الممل والإجراءات المعقدة التي ليس لها فائدة سوى تأخير المعاملات وتعقيدها.. وهذا المفهوم بلا شك يعتبر مفهوماً خاطئاً، فالبيروقراطية مفهوم اجتماعي وسياسي واداري في آن،[٣٦] وهو ذو وجهين، يعبر الاول عن الكفاية والموضوعية والدقة وتحقيق الاهداف التنظيمية، اما الوجه الثاني يعبر عن الروتين وبطء الاجراءات الادارية وسيطرة العلاقات الشخصية.

واذا كان الحال كذلك ، فقد تباينت الاراء بصدد نظرية البيروقراطية، يرى اولها ان البيروقراطية ضرورة لا يمكن أن تقوم للإدارة قائمة بدونها ، لان من اهم سمات البيروقراطية وخصائصها انها تزيد فرص اتخاذ قرارات رشيدة تزيد من الكفاية الادارية، التي هي هدف الادارة الاسمى، فالبيروقراطية تعني اولا وقبل كل شيء بممارسة الضبط على اساس العلم والمعرفة وهذا ما يجعلها ادارة رشيدة عقلانية، والثاني يرى بأنها داء يجب محاربته والتخلص منه، اما الاتجاه الثالث فقد ووقف اصحابه موقفا وسطا من البيروقراطية ،فالمشكلة الاساس في رائيهم تكمن في امرين الاول ان المشكلة في التطبيق لا في النظرية ، فاذا كانت القاعدة أن يؤدي التخصص إلى انجاز الأعمال بأقل جهد وبأقل تكلفة، إلا أن زيادة التخصص تؤدي إلى أضرار كان يهتم المتخصصون بمجال تخصصهم فقط فيقومون بواجبات محدودة ، كما أن الموظف يتهرب من المسؤولية بداعي أن هذا العمل ليس من اختصاصه ، فمعيار التخصص في الادارة البيروقراطية إذا لم يستخدم بحكمة يصبح خطرا يتهدد التنظيم . والثاني ان المشكلة لا تكمن في البيروقراطية الإدارية ولكن تكمن في من يقوم بمسؤولياتها، فالبيروقراطية لا تطبق نفسها بنفسها، وانما يطبقها موظفون يقومون بتفسير معناها وتقييم ملاءمتها للمواقف الفعلية، بمعنى ان على الموظفين ان يصدروا احكاما عند ممارستهم لادوارهم، وهذا يصطدم بصعوبة وجود موظفين محايدين، او ان يكون تطبيق القواعد تطبيقا حرفيا حتى يمكن تجنب سوء استخدام السلطة.

ونحن نؤيد الاتجاه الاخير ، ونعتقد ان البيروقراطية ليست كما يدعي البعض نظام فاسد بالكامل، وأنها ملازمة للتعقيدات المكتبية وكثرة الأوراق، بل هي تنظيم نموذجي من المفروض أن يؤدي إلى إتمام العمل على أفضل وجه، إلا أنه يمكن القول بأنها سلاح ذو حدين، فهي لاتتحول الى نظام فاسد الا اذا اسيء استخدامها من قبل الاداريين والموظفين، لا بل يمكننا القول ان طبيعة الإدارة وأهدافها، واجراءاتها ومهامها المختلفة قد تتطلب نوعاً من البيروقراطية، الا ان الموازنة هي المعيار، ولابد من ان تقدر

الضرورة بقدرها، فالافراط في البيروقراطية مرض، الا ان استخدامها بالقدر المعقول والذي يحقق اهداف الادارة امر لابد منه.

مع ذلك ولان هنالك تخوف دائم من الادارة واساءتها لاستخدام سلطاتها، فقد تعالت الأصوات وكثرت الاقتراحات، ورغم ان اغلب الوسائل الادارية المقترحة لمحاربة البيروقراطية لم تكن عملية او لم تكن شاملة، ومع ذلك نجد ان الدول تتبنى بعضا من الوسائل الادارية الناجحة في اجهزتها الحكومية لاجل التقليل من مخاطر البيروقراطية، ومنها استخدام التقنية الحديثة كوسيلة، وتسخيرها لمتطلبات العملية الإدارية وفعاليتها، فالتقنية تخفف من غلواء الروتين وتعقد الاجراءات لانها تقوم اصلا على فكرة تبسيط العمل الاداري واجراءاته وجعله متاحا للافراد.

والاخذ بالادارة الالكترونية يحقق للعمل الاداري المزايا التالية:

١. رفع كفاءة الأداء الاداري. ويتم ذلك أساساً عن طريق توفير أحدث وأشمل المعلومات المطلوبة، مع تيسير الحصول على أي منها بعد تصنيفها إلكترونياً. وكذلك تسهيل تبادل المعلومات وسبل الاتصالات الإلكترونية بين الإدارات المعنية، كما ان تدوير المعلومات الكترونيا من مرحلة التقديم الى الحصول على الموافقة بين الادارات المختلفة والمتعاملين معها يعني ان الاجراءات يمكن ان تنجز خلال دقائق او ثوان بدلا من ساعات او ايام.
٢. زيادة دقة البيانات نظرا لتوفر امكانية الحصول على المعلومات المطلوبة من جهة الادخال الاولية ، فان الثقة بصحة البيانات المتبادلة التي اعيد استخدامها ستكون مرتفعة وسيغيب القلق من عدم دقة المعلومات و الاخطاء الناجمة عن الادخال اليدوي.
٣. تقليص الاجراءات الادارية، فمع توفر المعلومات بشكلها الرقمي تتقلص الاعمال الورقية وتعبئة البيانات يدويا، كما تنعدم الحاجة الى تقديم نسخ من المستندات الورقية طالما ان امكانية تقديمها تقنيا متاحة، ويترافق مع هذا الاستخدام الامثل للطاقات البشرية، فاذا ما تم احتواء المعلومات بشكل رقمي فان ذلك سيؤدي الى سهولة تحريكها واعادة استخدامها الكترونيا من مكان لاخر وسيصبح بالمستطاع توجيه الطاقات البشرية للعمل على مهام واعمال اكثر انتاجية.

ب – دور الادارة الالكترونية في القضاء على الفساد الاداري:

تعتبر ظاهرة الفساد – والفساد الإداري والمالي بصورة خاصة – ظاهرة عالمية شديدة الانتشار ذات جذور عميقة، تتداخل فيها عوامل مختلفة يصعب التمييز بينها، منها داخلية واخرى خارجية ، كما ان درجة عموميتها وشمولها تختلف من مجتمع إلى آخر. وقد حظيت هذه الظاهرة باهتمام الباحثين في

مختلف الاختصاصات كالاقتصاد والقانون وعلم السياسة والاجتماع حتى أضحت ظاهرة لا يكاد يخلو مجتمع أو نظام سياسي منها.

من ناحية اخرى اذا كانت مناقشة الفساد مسالة جديدة نسبيا في العراق سواء في مجال السياسة او في مجال الادارة او القانون الا ان الفساد نفسه ليس حالة مستجدة لا في مجال السياسة ولا في مجال الادارة ، ولا هو بالحالة الطارئة ، كما انه ليس بالحالة التي ينفرد بها العراق عن غيره من دول العالم ، الا انه إحدى الظواهر التي استشرت في مفاصل الدولة العراقية في أعقاب الاحتلال الأمريكي للعراق في نيسان ٢٠٠٣ حيث كان لها العديد من التداعيات السلبية اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا .

ويراد بالفساد لغة التلف والعطب والاضطراب والخلل كما في قوله تعالى " ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت أيدي الناس" أي اكتساب الرزق بالباطل وعدم كفايته للناس. ووردت تلك المفردة في القران الكريم حوالي خمسين مرة في عدة ايات تضمنت معاني متعددة للفساد لتبيان مساوئه وخطره على المجتمع وكذلك تحذر المفسدين من عواقبه ، اذ حرم القرآن الكريم الفساد على نحو كلي، وجعل لمرتكبيه الخزي في الحياة الدنيا والعذاب الشديد في الآخرة، ويأتي التعبير على معانٍ عدة بحسب موقعه من الاية الكريمة.[٣٧]

اما اصطلاحا فقد اقتصرت محاولات تعريف الفساد – غالبا – على مناقشة مصطلح الفساد من خلال تعريف منظمة الشفافية العالمية للفساد بانه (إساءة استخدام الوظيفة العامة للمنفعة والكسب الخاص).[٣٨]

وقد يعرف بانه " استغلال المنصب العام لغايات شخصية ، او لتحقيق مكاسب حاصة مثل الرشوة والابتزاز " او قد يعرف بانه " اختلال سير العمل الاداري وانحرافه عن المسارات الصحيحة في الوصول الى اهداف الدولة ، وهي خدمة البلد وابنائه ، بسبب تفشي كثرة الاخطاء المقصودة وغير المقصودة التي تخدم افرادا من الموظفين ، كالرشوة والمحسوبية وذلك لتحقيق المصلحة الشخصية".[٣٩] فهو تصرف وسلوك وظيفي سيء فاسد خلاف الإصلاح، هدفه الانحراف والكسب الحرام والخروج على النظام لمصلحة شخصية) .[٤٠]

ويعرفه اخرون بأنه (كل تصرف غير قانوني مادي أو أخلاقي من جانب العاملين، يسود في بيئة بيروقراطية، يهدف إلى تحقيق مصالح شخصية على حساب المصلحة العامة، مما يؤدي إلى هدر في موارد الدولة الاقتصادية، الأمر الذي ينعكس بالسلب على عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي).[٤١]

وفي الواقع ليس هناك تعريف محدد للفساد بالمعنى الذي يستخدم فيه هذا المصطلح اليوم، لكن هناك اتجاهات مختلفة تتفق في كون الفساد هو إساءة استعمال السلطة العامة أو الوظيفة العامة للكسب

الخاص، فهو مفهوم واسع ومطاطي في الوقت نفسه، فقد يكون ذلك من خلال انتشار الرشوة أو المسحوبية أو التزوير أو تعيين الأقارب والأصدقاء في مناصب إدارية لا تتناسب مع مؤهلاتهم العلمية أو يكون ذلك بعدم مواكبة التطوير وتحجيم إدارات بحجة التوفير مما يعني اثقال كاهل الموظفين في الإدارات الأخرى واستغلال ذلك في الرشوة وغيرها.

وبشكل عام يمكن ملاحظة ملازمة العنصريين التاليين لفعل الفساد:

١. مخالف للقانون والنظام وتعليمات المنصب العام وغير منسجم مع القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع.
٢. سوء استخدام المنصب العام أو استغلاله يهدف إلى خدمة أغراض خاصة أو تحقيق منافع شخصية مادية أو معنوية. وبالنتيجة فان الفساد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة.[٤٢]

ولابد من الاشارة الى ان فرص الفساد تزدهر وتزداد عندما تتوفر بيئة تتشكل من مجموعة من العوامل أبرزها انتشار الفقر والبطالة ونقص المعرفة بالحقوق الفردية، ضعف الإرادة لدى القيادة السياسية لمكافحة الفساد، تدني الرواتب وارتفاع مستوى المعيشة، ضعف دور أجهزة الرقابة ومؤسسات المجتمع المدني والمؤسسات الخاصة في الرقابة على الأداء الحكومي، اضافة الى غياب او ضعف التشريعات والأنظمة التي تكافح الفساد وتفرض العقوبات على مرتكبيه.[٤٣]

ولا يخفى على احد الاثار الخطيرة للفساد التي تشمل الايرادات الحكومية وتؤثر على النمو الاقتصادي وانخفاض مستويات الاستثمار، كما يؤثر الفساد على المستوى الاجتماعي في الدولة من خلال توسيع الفجوة بين الأغنياء والفقراء، وسوء توزيع الدخل وزيادة كلفة بعض الخدمات الحكومية الاساسية مما يقلل من حجم هذه الخدمات وجودتها وينعكس سلبا على الفئات الأكثر حاجة إلى هذه الخدمات .

لذا ظهرت الادارة الالكترونية باعتبارها احد الحلول المقترحة للقضاء على الفساد الاداري، فقد لعبت هذه التكنولوجيا دورا كبيرا في تغيير الكثير من المفاهيم والأسس الإدارية، بإعتبارها آلية من آليات الإدارة الحديثة التي يجب تطويعها لصالح العمل الإداري، وأحد الموارد الأساسية لتلك الهياكل في التعامل مع الظروف والمستجدات العالمية التي تتصف بالتغير السريع والمنافسة الحادة، بالإضافة إلى أنها إحدى الأسلحة الإستراتيجية للإدارة للتغلب على الصعوبات الادارية من جهة والتواؤم مع طبيعة العصر ومنتجاته الإلكترونية من جهة أخرى.

فالادارة الالكترونية توفر للمواطن أمرين في غاية الاهمية هما الوقت والمال، فالاجراءات اصبحت اكثر يسرا واقل تكلفة، ومن هنا يظهر دور الادارة الالكترونية في القضاء على الفساد الاداري والمالي، فالتحول الى التقنية يقضي على الروتين القاتل للموظفين وخاصة الذين يعملون بتماس مباشر مع الجمهور، كما يحد بشكل كبير من عملية الرشوة، ان لم نقل يقضي عليها بشكل نهائي.

ذلك أن سن الانظمة ووضع الحدود القانونية، وحتى تطبيق العقوبات الصارمة، قد لا تحقق النتائج المتوقعة اذا لم يصاحبها عدد كبير من الاجراءات الوقائية والخطوات الادارية الضرورية والموارد المالية المناسبة بالاضافة الى توافر القوى البشرية المؤهلة والمدربة تدريباً مهنياً عالياً والى توافر عناصر الحياد والعدالة والجدارة .

المبحث الثاني

انجاز الخدمات المرفقية

اولا – مفهوم المرفق العام وعناصر قيامه

حظيت فكرة المرفق العام بأهمية بالغة في الفقه والقضاء الاداريين بحكم عدها اساسا للقانون الاداري ومعيارا لاختصاص القضاء الاداري ، لذلك احتل تعريف المرفق العام حيزا واسعا من اهتمام الفقه والقضاء .

ويعرف البعض المرفق العام باعتبار المنظمة التي تمارس النشاط (المعيار الموضوعي) فيرى انه كل منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في ادارتها لها وتتولى جزءا من مهامها .[٤٤]

وهناك من يعرفه باعتبار طبيعة النشاط (المعيار المادي) بانه مشروع ذو نفع عام يهيمن عليه الحكام ، أي تتولى السلطة العامة ادارته بصورة مباشرة او غير مباشرة .[٤٥]

وهناك من يعرف المرفق العام وفق معيار مركب اذ يكفي لاضفاء صفة المرفق العام على النشاط خضوعه لهيمنة الادارة واشرافها ومن جهة اخرى يشترط عنصر اخر يتعلق بهدف النشاط اذ يشترط فيه ان يهدف لاشباع حاجة عامة.

وعليه يمكن القول ان المرافق العامة هي مشروعات تستهدف تحقيق النفع العالم، تحتفظ الحكومة بالكلمة العليا في إنشائها وإدارتها وإلغائها. وقد بلغت المرافق العامة مبلغاً من الأهمية جعل أحد أعمدة الفقه الفرنسي – هو العميد ليون ديجي – يعتبر الدولة نفسها مجرد مجموعة من المرافق العامة، لا تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة إلا في إطار هذه المرافق وبسبب إقامتها وتشغيلها[٤٦].

وعليه للمرفق العام عناصر اهمها : [٤٧]

اولا – ان يكون الغرض هو تحقيق الصالح العام (المصلحة العامة) :

يعد تحقيق المصلحة العامة العنصر الاساس في المرفق العام وهو يمثل علة وجود المرفق العام وسبب انشاءه ، اذ يجمع الفقه على ان افتقاده يجرد كل مشروع من صفة المرفق العام ، ويعد استهداف المصلحة العامة شرطا لازما لكل عمل اداري بحيث لايكون عمل الادارة مشروعا ما لم تستهدف من

خلاله تحقيق المصلحة العامة ، ولعل هذا العنصر ينطبق على الادارة الالكترونية التي لم تنشئ الا لتحقيق المصلحة العامة اولا وقبل أي غرض اخر .

ثانيا – خضوع المرفق العام للسلطة العامة :

أي ان يكون للدولة الكلمة النهائية في انشاءه وتنظيمه وادارته ، أي ان الادارة تتمتع بسلطة تقديرية في انشاء المرافق العامة عندما ترى ان حاجة عامة للجمهور ينبغي اشباعها اما لان النشاط الفردي يعجز عن ذلك او لايستطيع تلبيتها بشكل كامل او ترى ضرورتها للصالح العام حتى لو ادى ذلك الى منافسة المشروعات الفردية . وهذا العنصر بدوره ينطبق على الادارة الالكترونية التي تخضع للدولة في انشائها وتنظيمها وادارتها .

وهذه المرافق يمكن أن تدار بنظام الادارة الإلكترونية بدلاً من إدارتها بالطريقة التقليدية وما تتسم به من بطء في الإنجاز، وزيادة في النفقات، ومشكلات في الأداء، وذلك مع تطوير وتفسير المبادئ العامة التي تحكم المرافق العامة للتوافق مع النظام الإلكتروني.

ومن أمثلة هذه المرافق والخدمات التي يمكن ان تقدم الكترونيا، البيانات والوثائق كسجلات الاحوال المدنية، التعليم ، أي الخدمات الاكاديمية والتعليم على ، خدمات الاعمال، الخدمات الاجتماعية، السلامة العامة والامن، الضرائب، الرعاية الصحية، شؤون النقل، الخدمات المالية ووسائل الدفع.

بل ويمكن القول ان الادارة الالكترونية بحد ذاتها – واذا مانظرنا لها من الناحيتين الشكلية والادارية هي عبارة عن مرفق عام فهي احدى الهيئات او المشروعات العامة التي تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع لها في ادارتها وتتولى جزء من مهامها ، وهي من حيث النشاط مشروع يهدف لاشباع حاجة عامة ، كما ان اموالها تعد جزءا من الاموال العامة والعاملين فيها موظفون عامون . وكثيراً ما تلجأ الإدارة – لخدمة هذه المرافق – إلى إبرام عقود إدارية يمكن أن تتم أيضاً باستخدام شبكة المعلومات بطريقة أيسر وأسرع. كما يستطيع المواطنون المشاركة في الأعمال العامة وإدارة المرافق العامة من خلال شبكة المعلومات بصورة أفضل وبمقدار أكبر.

ثانيا – المباديء التي تحكم سير المرافق العامة

تخضع المرافق العامة على اختلاف أنواعها وتصنيفاتها والقوانين التي تحكمها لمجموعة من المبادئ العامة الموحدة اللازمة لإنجاز مهامها في تحقيق الصالح العام على أفضل وجه. اذ من الثابت انه ايا كان اسلوب ادارة المرافق العامة ونظامها القانوني ، فان كافة المرافق العامة تستهدف الوفاء بخدمة عامة للجمهور ، ومن ثم فانها تخضع جميعها لبعض المباديء العامة والاساسية والتي تمثل

النظام العام للمرافق العامة . ونتحدث فيما يلي بإيجاز عن المبادئ العامة للمرافق العامة في علاقتها بنظام الادارة الالكترونية.

١. مبدأ دوام سير المرافق العامة :

تقوم المرافق العامة باشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات العامة للافراد ، وهي حاجات على قدر كبير من الاهمية بحيث لايمكن الاستغناء عنها ، لذا فان واجب السلطة العامة لايقتصر على مجرد انشاء هذه المرافق بل يتعين ان تضمن استمرارها باداء خدماتها لان جمهور المواطنين يعتمدون عليها في اشباع حاجاتهم ويرتبون اوضاع معيشتهم بحيث ان أي تعطيل او توقف او اختلال في سيرها سوف يعرض مصالحهم للخطر ، فاذا كان من المتصور توقف المشروعات الخاصة عن ممارستها نشاطاتها فانه لايمكن تصور النتائج التي يمكن ان تترتب على توقف المرافق العامة كمرفق المياه والكهرباء والنقل وغيرها .[٤٨]

وعليه يعني المبدا ضرورة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد حتى لا يدب الخلل والاضطراب في حياة الافراد على أساس وجود خدماتها. اذ يمثل المرفق العام اهمية كبيرة للجماعة يصعب معها الاستغناء عنه او تصور انقطاع خدماته او توقفها لفترة زمن محددة ، اذ قد يؤدي هذا الانقطاع او التوقف الى حدوث اضرار كثيرة للجماعة وما قد يتبع ذلك من كوارث تخريب الاقتصاد بل واخلال بالنظام والامن العام .

وعليه فمادام المرفق قائما ، فالاعتراف بحيوية وضرورة ما يؤديه من خدمات قائم ، وبالتالي يلزم على الادارة ضمان سير المرفق بانتظام واطراد لتادية هذه الخدمات على اكمل وجه . ومن هنا تقرر مبدا دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد دون حاجة الى نص في القانون او الدستور ،[٤٩] بل و يجب ان يطبق هذا المبدا على الدوام في كل الاحوال ، فالمرفق العام يجب ان يستمر في تقديم خدماته حتى لو لم يؤد نشاطه الى تحقيق أي ربح ، بل حتى لو ادى الاستمرا في ممارسة النشاط الى تحمل المرفق لبعض الخسائر على ان يكون ذلك مؤقتا ، فاذا استمرت الخسارة فمن الممكن الغاء المرفق على ان يتم ايجاد وسائل بديلة عنه .[٥٠]

كما ان المشرع في كثير من الدول اقر صراحة في القانون بعض النتائج التي تترتب على المبدا لعل اهمها فيما يتعلق بموضوعنا ما يلي :

اولا – تحريم اضراب الموظفين : يعني الاضراب هجر الموظفين العموميين لعملهم مع تمسكهم بوظائفهم ، ويلجا الموظفون عادة الى الاضراب اظهرا لسخطهم على عمل من اعمال الحكومة او لارغام الحكومة على اجابة مطالبهم . [٥١]

والاضراب اجراء خطير يشل حركة المرافق العامة ولهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي اكثر من مرة باعتبار الاضراب عملا غير مشروع يبيح فصل الموظف او فسخ عقد العمل ولو لم يوجد نص يقضي بذلك .[٥٢]

ثانيا – تنظيم استقالة الموظفين : ويقصد بالاتقالة ترك الموظف لوظيفته بارادته واختياره ، ولاشك ان استقالة عدد كبير من الموظفين في وقت واحد يؤثر تاثيرا سيئا في سير المرافق العامة بل انه قد يعطل هذا السير تعطيلا كليا ، ومثل هذه الاستقالة تتنافى مع مبدا دوام سير المرافق العامة .

فالاستقالة وان كانت في الاصل حق للموظف يستخدمه بكامل حريته وفي كل وقت ، الا انها ليست حقا مطلقا اذ يرد عليه قيد هام وهو انها لاتنتج اثرها مباشرة بانقضاء العلاقة الوظيفية وترك المزوظف لعمله بمجرد تقديمها ، وانما يلزم اولا قبول جهة الادارة لطلب الموظف بالاستقالة وبحيث يكون للادارة ان ترفض الاستقالة لاسباب تتعلق بصالح العمل او ان ترجيء قبولها لحين تدبير البديل وذلك بصورة وؤقتة ، استثناءا من القاعدة الدستورية التي تحظر فرض العمل جبرا على الافراد ، تحقيقا للمصلحة العامة وضمانا لسير المرفق بانتظام واطراد .[٥٣]

ولا شك أن تقديم الخدمات المرفقية بنظام الادارة الإلكترونية – وفق برنامج معد سلفاً – دون تدخل من جانب الموظفين أو بتدخل يسير من عدد قليل منهم من شأنه أن يقلل من خطورة الإضراب[٥٤] بل وحتى يؤدي الى عدم التأثر اذا ما قدم الموظف الاستقالة لامكان استبداله على وجه السرعة ولان استبداله او غيابه لن يؤثر بشكل مباشر او خطير على استمرار المرفق .

ولعل نظام الادارة الإلكترونية يؤكد أكثر من غيره مبدأ دوام سير المرافق العامة.[٥٥] إذ في هذا النظام يستطيع الفرد الحصول على الخدمة المرفقية أو المعلومة الرسمية التي يسعى إليها في أي وقت يشاء – ليلاً أو نهاراً – على مدار اليوم. فيستطيع ولو في منتصف الليل أن يدخل على شبكة المعلومات ليطلع على قانون أو لائحة تنظم أمراً من الأمور التي تهمه، بدلاً من انتظار مواعيد فتح مكاتب الإدارة وتواجد الموظفين في اليوم التالي. وفي ذلك تأكيد أكبر وتطبيق أتم لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

كما يمكن للمواطن الحصول على المعلومات المطلوبة عن طريق خدمة التليفون المبرمج الذي يعمل تلقائياً للرد على استفسارات العملاء في أي وقت .

ويستطيع الموظف حتى من بيته وخارج نطاق أوقات العمل الرسمية أن يرد على استفسارات المواطنين التي يرسلونها من خلال البريد الإلكتروني إلى الإدارة التي يعمل بها.

٢. مبدأ المساواة أمام المرافق العامة :

ويعني أن المواطنين متساوون أمام المرافق العامة ما توافرت فيهم الشروط المطلوبة، سواء فيما يتعلق بالانتفاع بخدماتها، أم فيما يتصل بتحمل أعبائها. وذلك بصرف النظر عما قد يوجد بينهم من اختلافات لا تتعلق بالشروط القانونية المستلزمة.

ومع ذلك فللمرفق العام ان يضع شروطا عامة موضوعية يلزم توفرها في كل من يريد الانتفاع بخدمات المرفق كتحديد رسم معين مقابل الخدمة او مؤهلات خاصة لمن يريد الالتحاق بوظائف عامة معينة ولكن ليس للمرفق ان يضع اية شروط من شانها الاخلال بالمساواة وايجاد التفرقة بين الافراد بسبب الجنس او الاصل او العرق او اللغة او الدين اوالعقيدة فمثل هذه الشروط تعد باطلة دستوريا اذ ليس الغرض منها تنظيم اقتضاء الخدمة كما انها لاتحقق المصلحة العامة ولا حتى مصلحة المرفق ذاته ، ومن ثم فهي شروط لا سند قانوني ، اذ لايحق للمرفق المغايرة والتمييز بين المنتفعين الا اذا اختلفت ظروفهم العامة كاختلاف المكان او نوع ومستوى الخدمة او هدفها بحسب ما يسود المجتمع من ظروف وقيم وتقاليد .[٥٦]

وعلى ماتقدم يستفاد من هذا المبدا النتائج التالية :

اولا – انه من جهة الحصول على الخدمة او المنفعة العامة كون لكل شخص تتوافر فيه الشروط التي تنص عليها القوانين واللوائح حق الانتفاع بخدمات المرفق العام ، فلا يجوز قانونا حرمانه من هذا الانتفاع لاسباب شخصية والا اعتبر ذلك اخلالا بمبدا المساواة .

ثانيا – من جهة الانتفاع نفسه يكون المنتفعون متساوون في حقوقهم وواجباتهم ازاء المرفق العام فلا يجوز تمييز واحد منهم على غيره في هذه الحقوق والواجبات طالما هم في مركز واحد وفي ظروف واحدة لان اختلاف مراكز او ظروف المنفعين يترتب عليه طبعا اختلاف في حقوقهم وواجباتهم .

وحتى لا تكون هذه المساواة نظرية بعد إدخال نظام الادارة الإلكترونية ينبغي مساعدة أولئك الذين لا يستطيعون استخدام الكمبيوتر أو الدخول إلى شبكة المعلومات، حتى يتمكنوا من الاستفادة بالخدمات المرفقية التي تقدمها الادارة الإلكترونية، ولا يحرموا منها بسبب ظروفهم الاجتماعية أو الاقتصادية ، ولذلك لابد من قيام الدولة بخطوات فاعلة من اجل مواجهة التخلف الالكتروني ، وهذا كما اسلفنا يعد احد مستلزمات بناء الادارة الالكترونية .

اذ انه ورغم تزايد استخدام الإنترنت في الحياة اليومية للمواطنين، فإن أغلب الناس لا يملكون "كمبيوتر" ولا يستطيعون الدخول إلى شبكة الإنترنت من منازلهم. ونجاح نظام الادارة الإلكترونية وتوصيل الخدمات عن طريق الإنترنت إلى المستفيدين، يقتضى توفير البنية التحتية

والأجهزة الإلكترونية اللازمة لذلك وجعلها في متناول أيدي المواطنين الذين لا يملكون مثل هذه الأجهزة. ويمكن أن يتم ذلك من خلال إقامة عدد من الأكشاك الإلكترونية المتفرقة في كل وحدة محلية، يستطيع طالب الخدمة من خلالها الحصول عليها. وبعبارة أخرى ينبغي إنشاء أماكن عامة مجهزة بأجهزة الكمبيوتر تمكن المواطن العادي الذي لا يمتلك كمبيوتر في بيته من الدخول على شبكة الادارة الالكترونية والحصول على خدماتها.

كما يجب أن تكون مواقع الخدمات المرفقية وواجهاتها على شبكة المعلومات بسيطة واضحة مزودة برسوم توضيحية ، لأن السهولة تعتبر عنصراً أساسياً لإمكانية التعامل بالنسبة لعامة الناس، بل ومختلف الفئات، ويفضل أن تكون بأكثر من لغة.

كما يجب القيام بحملة دعائية واسعة النطاق لإعلام المواطنين بوجود الادارة الإلكترونية وكيفية الاستفادة منها ومجالات هذه الاستفادة. وكلما كانت آلية الحصول على الخدمة بسيطة منظمة كلما زادت نسبة نجاح نظامها. وذلك لأن نجاح الادارة الإلكترونية مرهون بمدى استفادة المواطنين منها. ولعل من أبرز عوائق هذه الاستفادة تفاوت الناس في المعارف الإلكترونية، إذ يختلف حتى أفراد الأسرة الواحدة في مدى مقدرتهم على استخدام الكمبيوتر والدخول إلى شبكة المعلومات والتجول بين خيوطها ومواقعها.[٥٧]

هذا ويرتبط مبدأ حياد المرافق العامة – استنادا لبعض الفقه – [٥٨] بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة ويعني هذا المبدا إدارة شؤون المرافق العامة بطريقة موضوعية بصرف النظر عن الخلافات الشخصية، بما يكفل رفع كفاءتها تحقيقاً للصالح العام، وتوزيع خدماتها على كافة المستحقين دون تفرقة بسبب الاتجاهات السياسية أو السلالات العرقية، أو المذاهب الدينية، أو التيارات الفلسفية.

وتطبيقاً لمبدأ حياد المرافق العامة يجب تجاوز الخلافات السياسية وعدم الاعتداد بها رغم صعوبة ذلك عملاً، لتحقيق مصلحة المرفق والتمكن من تقديم خدماته بطريقة إلكترونية. وقد حدث في بعض المحليات أن حالت المعارضة السياسية بين المسؤولين وبين الحصول على التمويل أو الدعم اللازم لإقامة وتجهيز الموقع المناسب على الإنترنت. وفي وحدات محلية أو إدارية أخرى أمكن إقامة موقع مشترك لعدد من الوحدات للتغلب على الحواجز السياسية .

٣. مبدأ قابلية نظام المرافق العامة للتغيير:

ويعني أن من حق الإدارة أن تتدخل في أي وقت لتعديل أو تغيير القواعد التي تحكم المرفق حتى تتفق وتحقيق المصلحة العامة على أفضل وجه. وذلك لأن الإدارة تعمل في تنظيمها للمرافق

العامة على الوصول إلى تشغيلها بأكبر كفاءة ممكنة في ظل الظروف القائمة. فإذا تغيرت الظروف أو ظهرت للإدارة طريقة أفضل لزيادة كفاءة المرفق كان لها – ابتغاء تحقيق المصلحة العامة – إجراء ما ترى من تعديل في تنظيمه،وان يكون لها في ذلك سلطة تقديرية واسعة دون أن يكون لأحد الاعتراض على ذلك سواء من المنتفعين بالمرفق أو من العاملين فيه او الادعاء من قبل احد منهم بحق مكتسب له في استمرار نظام معين . وبذلك يشترط لاجراء التعديلات تغير الظروف اولا واستهداف المصلحة العامة ثانيا . وهذا الحق ثابت للإدارة دون حاجة إلى نص، حتى إذا كان المرفق يدار بطريق الامتياز .[٥٩]

واذا كانت المصلحة العامة تتطور بتطور الزمن كان لابد للمرافق العامة مواكبة مقتضيات هذا التطور لكي تستطيع تقديم الخدمات التي انشئت من اجلها على اكمل وجه . ويترتب على ذلك اختيار طريقة ادارة المرفق استجابة للتطورات الاقتصادية والتقنية التي تؤدي الى اتساع نطاق الخدمات وحاجات المواطنين ، مثل استعمال وسائل حديثة استجابة لزيادة طلب بعض الخدمات وتحسين نوعيتها او استعمال وسائل حديثة تحل محل الاساليب التقلدية التي لم تعد قادرة على مواكبة التطور ، دون التقيد بحقوق الافراد الخاصة التي قد تتاثر بهذا التعديل ، ولايحد من حريتها في هذا المجال سوى اعتبارات المصلحة العامة .[٦٠]

ولا شك أن تطبيق هذا المبدأ يسمح للإدارة بتغيير إدارة المرافق العامة من النظام التقليدي إلى النظام الإلكتروني. وذلك بصرف النظر عن طريقة الإدارة المتبعة، وسواء تعلق الأمر بإدارة مباشرة تتولاها السلطة العامة، أم بإدارة غير مباشرة يتولاها ملتزم بعقد امتياز، أو شركة اقتصاد مختلط، أو شركة قطاع عام تملك الدولة جميع أسهمها.

غير أن حقوق المستفيدين من المرافق العامة أو المنتفعين بها يجب ألا تضار أو تنتقص – كما اسلفنا – بسبب التحول إلى النظام الإلكتروني. وهذا الاحتمال وارد وكبير في الدول العربية حيث تنخفض درجة الوعي بهذا النظام ويقل عدد المستخدمين للحاسوب والمترددين على شبكة المعلومات. مما يلقى على عاتق السلطات المعنية التزاماً بمواجهة وحل هذه المشكلة لإقامة المساواة بين الناس في الانتفاع بخدمات المرافق الإلكترونية.[٦١]

٤ . مبدأ الالتزام بالتشغيل الصحيح للمرافق العامة :

هناك من يضيف الى المباديء الثلاث السابقة مبدا رابع [٦٢] وهو مبدا الالتزام بالتشغيل الصحيح للمرافق العامة ويعني أنه يجب على الإدارة إقامة المرافق الإجبارية، وعدم حرمان الأفراد – دون مبرر – من الاستفادة من خدمات المرافق القائمة.

وهو يرى ونؤيده في ذلك أن مبدأ الالتزام بالتشغيل الصحيح للمرافق العامة هو أوسع مضموناً من مجرد إقامة المرافق العامة أو عدم حرمان الأفراد من التمتع بخدماتها. والتشغيل الصحيح لا يعني الموافق للقواعد القانونية فحسب، وإنما يعني كذلك المتجاوب مع تقنيات الإدارة الحديثة المتطورة بما من شأنه أن يواكب روح العصر في تحقيق الصالح العام.

فليس من المعقول أن تقف السلطة العامة في الدولة موقفاً سلبياً كموقف الغافل أو المتفرج أمام نظام الإدارة الإلكترونية الذي بدأ يغزو مختلف المرافق العامة في العالم المتقدم ليحقق للناس مزيداً من الخدمات المرفقية المحسنة بطريقة أيسر وأدق، ويضمن للإدارة نفسها ميزداً من الكفاءة في الإنجاز والاقتصاد في النفقات. إن تشغيل المرافق العامة – الذي تلتزم به الإدارة – ينبغي أن يكون صحيحاً ليس فقط من الناحية القانونية بتوافقه مع قواعد القانون القائمة، وإنما كذلك من الناحية التقنية بتوافقه مع قواعد التكنولوجيا المتاحة ومواكبته لتطبيقات العالم الحديث.

الخاتمة

في ظل التطورات التقنية المتلاحقة في عالمنا اليوم، أصبح من المهم ومن الضروري للدولة الحديثة أن تستثمر تلك التقنيات الخاصة بالاتصالات والمعلومات، في تطوير منظماتها، وفي تطوير وسائل وأشكال تقديمها للخدمات العامة، رغبة في ان يتخلص مواطنيها من المعاناة في طلب الخدمات والحصول عليها.

وما ظهور الادارة الالكترونية الا وسيلة لحل العديد من المشكلات الادارية بطبيعتها، او تلك المتعلقة بالعمل الاداري ، او التي يمكن اعتبارها من افرازات الوظيفة الادارية، مما جعل من التحول للتقنية في المجال الاداري توجها لدى العديد من الدول.

الا ان الواقع على خلاف الطموح والتمنيات ، اذ ان مواكبة التطور ليس بالامر الميسر دوما للحكومات، لاسباب عدة اهمها سرعة التطورات وبطء العمل بسبب قلة الموارد من جهة وعدم امكان التخلص من العقليات البيروقراطية المتحجرة ، المؤمنة بالتغيير.

ومن هنا تأتي أهمية بحثنا، في تأصيل فكرة الادارة الإلكترونية ، وبعد اكمال الدراسة توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات:

اولا – النتائج:

١. لقد جائت ثورة المعلومات والاتصالات لتسهم اسهاما كبيرا في احداث نقلة نوعية في حياة الشعوب والامم ، واصبح لهذه التقنية دور كبير في حياتنا اليومية وبدات تظهر مصطلحات جديدة تساير هذا التطور التقني مثل الادارة الالكترونية (e-government) والحوكمة الالكترونية (e-

governance) والتصويت الالكتروني (e-vote) والديمقراطية الالكتروني(e-democracy) والحكومة الجوالة (m-government) والخدمات الالكترونية (e-services) وغيرها.

٢. ان مصطلح الادارة الالكترونية هو الاكثر دقة من مصطلح الادارة الالكترونية، لاسباب عدة اوردناها في موضعها في البحث ، توصلنا اليها من خلال المقارنة ما بين الادارة والحكومة من حيث المفهوم.

٣. توفر الادارة الالكترونية للمواطن أمران في غاية الاهمية هما الوقت والمال ، ولا جدال بما لذلك من تاثير على تنمية المجتمع، فتامين الخدمات للمواطن باسهل الاساليب يجعل تركيزه على عمله اكثر ، ولا يفني جزء من عمره في تعقب المعاملات.

٤. تعددت صور التقنية التي تساهم في ممارسة العمل الاداري، او على الاقل الاسهام في تطويره وتقديمه بطريقة تحفظ للمواطنين ادميتهم ولا تحولهم الى متسولين يستجدون الخدمات على اعتاب الوزارت والدوائر الرسمية، اذ لجات الادارات في دول العالم المختلفة الى استخدام وسائل الاتصال المختلفة لتحقيق الاغراض سالفة الذكر، ومن بين هذه الادوات الهواتف الجوالة ، وترتب عليها ظهور ما اطلقنا عليه " الحكومة الجوالة" ، وهي وسيلة تستطيع الادارة من خلالها تقديم الخدمات للمواطنين.

٥. يساهم التحول بالعمل الاداري من الاسلوب التقليدي الى الاسلوب الحديث (التقني)، في القضاء على اهم الافات التي تنخر في جسم المرافق الادارية، ونقصد بها البيروقراطية الادارية، والفساد الاداري. فهو يقضي على الروتين القاتل للموظفين وخاصة الذين يعملون بتماس مباشر مع الجمهور ، كما يحد بشكل كبير من عملية الرشوة ، ان لم نقل يقضي عليها بشكل نهائي .

٦. بلغت أهمية تقديم الخدمات المرفقية للمواطنين مبلغاً جعلت بعض الفقهاء يعتبرون الدولة مجرد مجموعة من المرافق العامة، تنحصر سلطاتها في إطارها. وإذا كانت المرافق العامة – على اختلاف أنواعها – تخضع لعدد من المبادئ العامة الهادفة إلى حسن أدائها لمهامها، فإن هذه المبادئ لن تتأثر، بل قد تزداد تأكيداً إذا تم تقديم الخدمات المرفقية من خلال نظام الادارة الإلكترونية بشيء من التدبير والعقلانية.

ثانيا – التوصيات :

١. الادارة الالكترونية عصية على الاستنساخ ان اردناها ناجحة وفاعلة،اذ لضمان نجاح هذا التحول لا يكفي مجرد التقليد الأعمى أو النقل الحرفي لأنظمة يتم تطبيقها بمجتمعات أخرى تختلف بيئتها وطبيعة مجتمعاتها عن البيئة والمجتمع العربي، فمتطلبات الادارة الالكترونية تعتمد جوهريا على

البناء الخاص للحكومة الواقعية وعلى الاداء الخاص بالموظف الحكومي وعلى الثقافة الخاصة بمجتمع المواطنين،وهي امور تختلف – بطبيعة الحال – من دولة لاخرى.

٢. ان هنالك جملة من العوامل التي تيسر العمل بالادارة الالكترونية، وتمكن الدولة من التحول اليها ، اهم هذه العوامل:

أ – القضاء على الامية عامة والالكترونية خاصة ولعل مما يدخل في هذا الاطار تغيير القناعات لدى القيادات الادارية بضرورة التحول الى التقنية والاستفادة منها في تقديم الخدمات، اذ ان رفض هؤلاء التجديد يجعلنا ننظر ندخلهم في طائفة الامية الالكترونية، من ناحية اخرى لا تعطي الادارة الحكومية ثمارها الا في مجتمع يؤمن بالتقدم وبممارسة هذا التقدم.

ب– تاطير العمل الالكتروني تشريعيا سواء من خلال وضع تشريعات جديدة او تعديل القائم منها بما يتلائم والتحول التقني.

ج– اعداد الكوادر المؤهلة والقادرة على مواكبة التطور التقني، خاصة وان استخدام تقنيات الاتصال والمعلوماتية لم تعد ترفا ، بل هي ضرورة لا يمكن لمجتمع من المجتمعات المتحضرة ان يتجاهلها.

وفي ضوء ماتقدم لنا ان نتسائل هل نحن بحاجة الى ادارة الكترونية أم لا ، أم لعله من الافضل البدء بجامعة الكترونية ، أم بالتجارة الالكترونية ؟ ونجيب على كل ماتقدم ، ربما نحن بحاجة الى الفرد الذي يمتلك حاسبا شخصيا واشتراكا في الانترنت قبل كل شيء .

الهوامش

١– وقد تسمى احيانا حكومة عصر المعلومات او الادارة الالكترونية .

٢– وقد تسمى الادارة بغير اوراق .

٣– د٠ محمد علي ال ياسين – القانون الدستوري والنظم السياسية –ط١ – مطبعة المعارف – بغداد – ١٩٦٤ –ص٢٣٦ .

٤– د. علي محمد بدير ،د. عصام البرزنجي ،د. مهدي السلامي – مباديء واحكام القانون الاداري – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – كلية القانون – جامعة بغداد – ١٩٩٣ – ص٢١ .

٥– لابد من الاشارة الى ان البعض يرفض هذه التفرقة بين الادارة والحكومة نتيجة التداخل بين الجهتين واعتبارهما وجهين لعملة واحدة وان القول بمصطلح الادارة الالكترونية يؤدي الى حصر تطبيق هذا النظام على حدود الهيئة الادارية فقط اما القول بمصطلح الادارة الالكترونية يؤكد على سعة تطبيق هذا النظام .

لمزيد من التفاصيل راجع د. ماجد راغب الحلو – علم الادارة العامة ومبايء الشريعة الاسلامية – منشأة المعارف بالاسكندرية – ٢٠٠٥ – ص ٤١١ ومابعدها .

٦- د. فهد بن ناصر العبود – المفهوم الواسع للحكومة الالكترونية – من منشورات الانترنت www.khauma.com

٧- خلدون البطش –عصر جديد يطل على منطقتنا – الشرق الاوسط بين الحياة التقليدية والادارة الالكترونية www.crnme.com

٨- د. محمد الفيلي – العلاقة بين القانون و الادارة الالكترونية – منشورات مؤتمر الكويت حول الادارة الالكترونية في ١٢/١٠/٢٠٠٣- ص٤.

٩- د. علي السيد الباز – الادارة الالكترونية والإدارة المحلية (الإدارة المحلية الإلكترونية العربية) – من منشورات الانترنت – www.arablawinfo.com

١٠-د. فهد العبود – المصدر السابق .

١١-د. سليمان محمد الطماوي – مبادئ علم الإدارة العامة – الطبعة الخامسة – دار الفكر العربي للنشر – مصر- سنة١٩٧٢- ص٢٠.

١٢-د. فهد بن ناصر العبود – الحكومة الإليكترونية بين التخطيط والتنفيذ – مكتبة الملك فهد الوطنية-الرياض – سنة ٢٠٠٣- ص٢٦.

١٣-د. نجم عبود نجم – الإدارة الإليكترونية – دار المريخ للنشر – السعودية – سنة ٢٠٠٤- ص١٢٧.

١٤-د. فهد بن ناصر العبود – المفهوم الواسع للحكومة الالكترونية – المصدر السابق

١٥-واذا ماكنا نبحث عن تعريف منضبط فنشير الى التعريف الذي تبنته بعض الوثائق الاستراتيجية الاوروبية والافريقية عله يحقق شيئا من هذا الغرض " الادارة الالكترونية تعرف بانها الحكومة التي تستخدم تقنيات معلومات الاتصالات لتقدم لمواطنيها والمؤسسات فرصة انجاز الاعمال مع الحكومة باستخدام مختلف وسائل الاتصال الالكتروني مثل الهاتف والفاكس والبطاقات الذكية والبريد الالكتروني والانترنت و EDI 0انها حول كيفية تنظيم الحكومة لنفسها ، واداراتها وقواعدها وانظمتها وهيكلتها لتوصيل الخدمات" .اشار اليه المحامي يونس عرب في موسوعته – الادارة الالكترونية مفهومها ونطاقها وعناصرها – www.arablaw.org

ولمزيد من التعريفات راجع : Ph.D .Zhiyuan Fang- E-Government in Digital Era: Concept, Practice, and Development- www.unpan.org

١٦- نمذجة الادارة الالكترونية – من منشورات الانترنت – www.yahoo.com

١٧- ارسيلان صبري صادق- الادارة الالكترونية-الهيئة العراقية للحاسبات والمعلوماتية-بغداد -٢٠٠٥ – ص٣

١٨- د.خالد ممدوح إبراهيم – الادارة الالكترونية – من منشورات الانترنت – www.f-law.net

١٩- د. ماجد راغب الحلو – المصدر السابق – ص ٤١٦ .

٢٠- وهوما يسمى نقل المعلومات من الحكومة للمواطنين (G2C)

٢١- ففي ماليزيا مثلا، تلجا وزارة الزراعة والثروة السمكية الى ارسال الرسائل القصيرة (SMS) الى الهواتف النقالة للمزارعين لتنبيههم الى الزيادة في منسوب المياه مما يمكنهم من اتخاذ الخطوات اللازمة لتجنب أي أضرار محتملة على أراضيهم الزراعية. وقد تساعد هذه التكنولوجيا في مكافحة الإرهاب، اذ يمكن للافراد في أيرلاندا استخدام الرسائل متعددة الوسائط (MMS) لإرسال صور المجرمين المشتبه فيهم إلى وكالات إنفاذ القانون. وقد ساعدت هذه الطريقة في القبض على العديد من المجرمين، كما قد تستخدم الرسائل القصيرة في اوقات الأزمات للحفاظ على هدوء المواطنين،فقد لجأت حكومة هونج كونج الى ارسال رسائل قصيرة لنحو ٦ مليون مستخدم للهاتف المحمول خلال تفشي وباء السارس للحفاظ على الهدوء والحد من التوتر والخوف لدى المواطنين.لمزيدمن التفاصيل راجع:

A. Farshid – M-government –cases of developing countries-www.mgovlab.org

Ghyasic.lallana- M-government- www.worldbank.org

22- A. Farshid Ghyasi – M-government – op.cit

23 – c.lallana- M-government- op.cit

24- M-government – www.worldwidewords.org

٢٥- محمد بن علي الوهيبي- الحكومة الجوالة- من منشورات الانترنت – www.uqucs.com

26- I. Kushchu and M. H. Kuscu – "From e-Government to m-Government: Facing the Inevitable". The 3rd European Conference on e-Government- (2003) – p. 253-260

27- M- government – www.en.wikipedia.org

٢٨- الادارة الالكترونية عن طريق الهاتف المحمول – من منشورات الانترنت – alshihi.blogspot.com

٢٩- محمد بن علي الوهيبي- الحكومة الجوالة – مصدر سابق

30- mGovernment: Mobile/Wireless Applications in Government – www.egov4dev.org

٣١- الاستخدامات العديدة لهذه التقنية ودورها في مجال التعليم وفي مجال الرعاية الصحية والكثير من المجالات مثل التصويت وغيرها .للمزيد من التفاصيل راجع:

Ibrahim Kushchu- From E-government to M-government: Facing the Inevitable- International University of Japan- www.rswan.gov.in

٣٢- هل البيروقراطية نعمة أم نقمة ؟ – من منشورات الانترنت – www.okaz.com

٣٣- معن حمدان علي – مفهوم البيروقراطية – من منشورات الانترنت – www.annabaa.org

٣٤- ومع بداية القرن التاسع عشر ظهرت ثلاثة معاني للبيروقراطية:

الاول – ينظر اليها بوصفها اسلوبا في الحكم والادارة.

الثاني – يركز على شكل معين من البيروقراطية بانها السلطة والقوة التي تمنح للاقسام الحكومية وفروعها.
الثالث – يميل الى ابراز مخاطر البيروقراطية باعتبارها اسلوبا اداريا عقيما.
٣٥- معن حمدان علي – مفهوم البيروقراطية – المصدر السابق
٣٦- البيروقراطية – من منشورات الانترنت – www.moqatel.com
٣٧- فﷲ (الجدب أو القحط) كما في قوله تعالى (ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت أيدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون) (سورة الروم الآية٤١) أو (الطغيان والتجبر) كما في قوله تعالى (للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً) (سورة القصص الآية٨٣) أو (عصيان لطاعة الله) كما في قوله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً إن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم عذاب عظيم) (سورة المائدة الآية٣٣)
38- moody George- The Good Business Guide corruption in The Third World development Washington:Transparency International, 1994
٣٩- لمزيد من التفاصيل راجع بحثنا الحلول القانونية لامراض الوظيفة العامة – مجلة المستقبل العراقي – ع١٠ -٢٠٠٧.
٤٠- د. احمد رشيد، الفساد الإداري، الوجه القبيح للبيروقراطية المصرية، القاهرة، مطبوعات دار الشعب، شباط، ١٩٧٦، ص ٢٣,
٤١- د. صلاح الدين فهمي محمود، الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الإجتماعية والإقتصادية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الامنية والتدريب بالرياض، ١٩٩٤ ص ٣٨,
٤٢- سالم روضان الموسوي - هل يساهم القانون في نشر الفساد المالي والإداري ؟من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) - adel-amer.catsh.info
٤٣- لمزيد من التفاصيل راجع دليل البرلماني في مواجهة الفساد - www.arpacnetwork.org
٤٤- د. طعيمة الجرف – القانون الاداري – المكتبة القانونية – القاهرة – ١٩٨٥ – ص٥٢
٤٥- مجيد مجهول درويش – ضمانات مبدا سير المرفق العام – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – كلية القانون | جامعة بابل – ٢٠٠٤ – ص ١٢.
٤٦- د. ماجد راغب الحلو – الادارة الالكترونية والمرافق العامة – من منشورات الانترنت - www.arablawinfo.com
٤٧- مجيد مجهول درويش – المصدر السابق – ص ١٤.
٤٨- د. ماجد راغب الحلو – القانون الاداري – منشأة المعرف بالاسكندرية – ٢٠٠٤ – ص٢٩٥.
٤٩- د. سامي جمال الدين – اصول القانون الاداري – منشاة المعارف بالاسكندرية -٢٠٠٤ – ص ٥٤٣.
٥٠- مجيد مجهول درويش – المصدر السابق - ص ١٢.

٥١- والواقع ان الاضراب يعد حقا للعاملين في المشروعات الخاصة بوصفه احدى وسائل التعبير عن الرأي ولذلك يعترف به المشرع في معظم الدول ويقر بعض الضمانات للمضربين عن العمل حماية لمصالحهم في مواجهة مصالح رب العمل.

لمزيد من التفاصيل راجع : د. سامي جمال الدين – نفس المصدر – ص ٥٤٤.

٥٢- د. علي محمد بدير واخرون – المصدر السابق – ص ٢٥٧.

٥٣- د. علي محمد بدير واخرون – نفس المصدر –ص ٢٥٩ د. سامي جمال الدين – المصدر السابق – ص ٥٤٤.

٥٤- د. ماجد راغب الحلو – الادارة الالكترونية والمرافق العامة – مصدر سابق.

٥٥- د. ماجد راغب الحلو – الادارة الالكترونية والمرافق العامة – نفس المصدر.

٥٦- د. علي محمد بدير واخرون – نفس المصدر –ص ٢٦٤ د. سامي جمال الدين – المصدر السابق – ص ٥٤٦.

٥٧- د. ماجد راغب الحلو – الادارة الالكترونية والمرافق العامة – نفس المصدر.

٥٨- د. ماجد راغب الحلو – الادارة الالكترونية والمرافق العامة – نفس المصدر.

٥٩- د. سامي جمال الدين – المصدر السابق- ص ٥٤٥.

٦٠- د. علي محمد بدير واخرون – المصدر السابق – ص٢٦٠.

٦١- د. ماجد راغب الحلو – علم الادارة العامة – المصدر السابق – ص ٤٣٢.

٦٢- د. ماجد راغب الحلو – الادارة الالكترونية والمرافق العامة – نفس المصدر.

المصادر

اولا – المصادر والكتب العلمية :

١. احمد رشيد، الفساد الإداري، الوجه القبيح للبيروقراطية المصرية، القاهرة، مطبوعات دار الشعب، شباط، ١٩٧٦
٢. ارسيلان صبري صادق- الادارة الالكترونية-الهيئة العراقية للحاسبات والمعلوماتية-بغداد -٢٠٠٥
٣. د. حنان محمد القيسي – الحلول القانونية لامراض الوظيفة العامة – مجلة المستقبل العراقي – ع١٠ – ٢٠٠٧.
٤. د. سامي جمال الدين – اصول القانون الاداري – منشاة المعارف بالاسكندرية -٢٠٠٤
٥. د. سليمان محمد الطماوي – مبادئ علم الإدارة العامة – الطبعة الخامسة – دار الفكر العربي للنشر – مصر- سنة١٩٧٢

٦. د. صلاح الدين فهمي محمود، الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الإجتماعية والإقتصادية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الامنية والتدريب بالرياض، ١٩٩٤
٧. د. طعيمة الجرف – القانون الاداري – المكتبة القانونية – القاهرة – ١٩٨٥ . د٠ محمد علي ال ياسين – القانون الدستوري والنظم السياسية –ط١– مطبعة المعارف – بغداد –١٩٦٤.
٨. د. علي محمد بدير ، د. عصام البرزنجي ، د. مهدي السلامي – مباديء واحكام القانون الاداري – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – كلية القانون – جامعة بغداد – ١٩٩٣
٩. محمد الفيلي – العلاقة بين القانون و الادارة الالكترونية – منشورات مؤتمر الكويت حول الادارة الالكترونية في ٢٠٠٣/١٠/١٢
١٠. مجيد مجهول درويش – ضمانات مبدا سير المرفق العام – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – كلية القانون | جامعة بابل – ٢٠٠٤
١١. د. نجم عبود نجم – الإدارة الإليكترونية – دار المريخ للنشر – السعودية – سنة ٢٠٠٤
11- I. Kushchu and M. H. Kuscu – "From e-Government to m-Government: Facing the Inevitable". The 3rd European Conference on e-Government- (2003)
12- moody George- The Good Business Guide corruption in The Third World development Washington:Transparency International, 1994

ثانيا – منشورات الانترنت

١- حكوميات – من اجل حكومة رقمية- خطوات المراحل الاساسية والضرورية للتحول الى حكومة الكترونية – www.e-govs.com
٢- د٠ فهد بن ناصر العبود – المفهوم الواسع للحكومة الالكترونية – مقالات جهود عربية للنهوض بالتعليم www.khauma.com/education-technolog-
٣- نمذجة الادارة الالكترونية – www.yahoo.com
٤- احمد الفارس – ماهي الادارة الالكترونية – النادي العربيلتقنية المعلومات والاعلام www.ac4mit.org
٥- خلدون البطش – عصر جديد يطل على منطقتنا – الشرق الاوسط بين الحياة التقليدية والادارة الالكترونية www.crnme.com/govermental.htm
٦- المحامي يونس عرب – الادارة الالكترونية – الاطار العام – من منشورات الانترنت – www.arablaw.org/EGoverment
– الادارة الالكترونية مفهومها ونطاقها وعناصرها- من منشورات الانترنت – www.arablaw.org/E-1Goverment
– الادارة الالكترونية متطلبات بناء الادارة الالكترونية – من منشورات الانترنت – www.arablaw.org/EGoverment2

- الادارة الالكترونية – البناء القانوني للحكومة الالكترونية – من منشورات الانترنت – www.arablaw.org/E-Goverment3

٧- د. ماجد راغب الحلو –الادارة الالكترونية والمرافق العامة – من منشورات الانترنت – www.arablawinfo.com

٨- علي زين العابدين شكري – الادارة الالكترونية سياسة ام تكنلوجيا – من منشورات الانترنت – www.pcmag-arabic-com

٩– د. محمد الفيلي – الدعوة لتطبيق الادارة الالكترونية (تسويق الادارة الالكترونية)- من منشورات الانترنت – www.arablawinfo.com

١٠- د.خالد ممدوح إبراهيم - الادارة الالكترونية – من منشورات الانترنت - www.f-law.net

١١- الادارة الالكترونية عن طريق الهاتف المحمول – من منشورات الانترنت – alshihi.blogspot.com

١٢- هل البيروقراطية نعمة أم نقمة ؟ - من منشورات الانترنت - www.okaz.com

١٣- معن حمدان علي – مفهوم البيروقراطية – من منشورات الانترنت - www.annabaa.org

١٤- البيروقراطية – من منشورات الانترنت – www.moqatel.com

١٥- سالم روضان الموسوي - هل يساهم القانون في نشر الفساد المالي والإداري ؟من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) - adel-amer.catsh.info

١٦- لمزيد من التفاصيل راجع دليل البرلماني في مواجهة الفساد - www.arpacnetwork.org

17- Ph.D .Zhiyuan Fang- E-Government in Digital Era: Concept, Practice, and Development- www.unpan.org

18- M-government –cases of developing countries-www.mgovlab.org

19- A. Farshid Ghyasic.lallana- M-government- www.worldbank.org

20- M-government - www.worldwidewords.org

21- M- government – www.en.wikipedia.org

22- mGovernment: Mobile/Wireless Applications in Government - www.egov4dev.org

23-Ibrahim Kushchu- From E-government to M-government: Facing the Inevitable- International University of Japan- www.rswan.gov.in

سرقة الممتلكات الثقافية العراقية في ضوء قواعد القانون الدولي[١]

أ.م. د. حيدر أدهم الطائي
كلية الحقوق/ جامعة النهرين

المقدمة

هناك حقيقة تقول ان الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها شعب ما، تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يساهم بنصيبه في الثقافة العالمية، وهذا قول ينطبق كثيراً على حضارة وادي الرافدين وما خلفته من آثار قائمة بقاياها في المواقع الأثرية المعروفة كمدينة بابل واشور أو ما تضمنته المتاحف الوطنية العراقية والعالمية من لقى أثرية تحكي قصة الإنسان في هذه البقعة من الأرض.

وإذا كان هناك التزام أخلاقي واضح يقضي بضرورة المحافظة على هذا التراث الإنساني فإنه بالمقابل يوجد التزام قانوني صريح أيضاً يستهدف تحقيق ذات الغاية، إلا أن هذا الهدف لم يتم احترامه بعد دخول القوات الامريكية وحلفائها الى الاراضي العراقية إذ تعرضت الممتلكات الثقافية للنهب المنظم والعشوائي والتخريب المتعمد من جانب قوات الاحتلال أو عصابات الآثار التي استغلت فرصة انهيار مؤسسات الدولة العراقية لتعيث فساداً في ممتلكات العراق الثقافية الثمينة.

إن ما حدث بعد تاريخ التاسع من نيسان عام ٢٠٠٣ للممتلكات الثقافية في العراق أمر من الضروري تسليط الضوء على القواعد القانونية الدولية التي تنظمه أو تتعامل مع مثل هذه الحالة، ونحن في هذه السطور سنحاول التعرف على هذه القواعد في ضوء الملابسات التي أحاطت بعملية تخريب ونهب التراث الثقافي العراقي في ظل الاحتلال من خلال عدة مباحث تركز على مفهوم الحماية في زمن الحرب وفقاً للآتي:

المبحث الأول: التنظيم القانوني لحماية الممتلكات الثقافية في ظل مسؤوليات دول الاحتلال.

المبحث الثاني: المسؤولية الدولية المترتبة على انتهاك الالتزام بحماية الممتلكات الثقافية.

المبحث الأول

التنظيم القانوني لحماية الممتلكات الثقافية في ظل مسؤوليات دول الاحتلال

مع تطور قواعد القانون الدولي الذي يعد فرعاً من فروع القانون الحديثة النشأة إذا ما قورن ببقية فروع القانون الأخرى، فقد ظهرت قواعد قانونية دولية عالجت مسائل متعددة ومع مرور الوقت أصبحت هذه القواعد تشكل فروعاً للقانون الدولي، فظهر القانون الدولي الإنساني، والقانوني الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي للتنمية، والقانون الدولي البيئي وغير ذلك[٢]، وتنتمي مجمل القواعد القانونية الدولية المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية للقانون الدولي الإنساني أو هي ترتبط به بصورة وثيقة. وعلى هذا الأساس يصبح من الضروري ابتداءً التعرف على الأسس أو المبادئ العامة المنظمة لحماية الممتلكات الثقافية في ضوء المسؤوليات والالتزامات التي تقع على أي دولة قائمة بالاحتلال.

المطلب الأول: القواعد المنظمة لحماية الممتلكات الثقافية.

حددت المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المصادر المادية التي تستقي منها المحكمة أحكامها باعتبارها الينبوع للقاعدة القانونية الدولية المطبقة، وهي بشكل أساسي المعاهدات الدولية، والأعراف الدولية، والمبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتمدنة، ولا يختلف الأمر بخصوص الحماية المقررة على المستوى الدولي للممتلكات الثقافية، إلا أن أبرز القواعد المتعلقة بهذا الشأن توجد في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتأريخ ١٤مايو/أيار ١٩٥٤، فضلا عن البروتوكولين الملحقين بها، وهما البروتوكول الأول المعقود بتاريخ ١٤مايو/أيار ١٩٥٤ أيضاً، والبروتوكول الثاني للاتفاقية المعقود في لاهاي بتاريخ ٢٦ مارس/آذار ١٩٩٩.

وطبقاً لأحكام الاتفاقية المذكورة سنلقي الضوء على القواعد القانونية المنظمة لحماية الممتلكات الثقافية سواء من جهة تحديد المقصود بها أو من جهة مدى الحماية المقررة.

الفرع الأول: تعريف الممتلكات الثقافية.

إن لتحديد مفهوم الممتلكات الثقافية أهمية لا يمكن إنكارها في مجال إعمال القواعد القانونية الوطنية والدولية التي توفر شكلاً من أشكال الحماية لهذا النوع من أنواع الممتلكات، وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية التي عنت بهذا الموضوع نصوصاً حددت من خلالها مفهوم الممتلكات الثقافية، ففي اتفاقية لاهاي

لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لعام ١٩٥٤ عرفت المادة الأولى منها الممتلكات الثقافية بقولها (يقصد بالممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية، مهما كان أصلها أو مالكها ما يأتي:

أ. الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تأريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التأريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

ب. المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح.

ج. المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرة (أ) و (ب) والتي يطلق عليها أسم مراكز الأبنية التذكارية) وتأكد هذا التعريف في المادة الأولى من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ والصادر عام ١٩٩٩ حيث نصت المادة الأولى من البروتوكول المذكور على أنه:(ب . يقصد بالممتلكات الثقافية، الممتلكات الثقافية كما عرفت في المادة الأولى من الاتفاقية.)

وكانت الديباجة والمادة الأولى من اتفاقية رويرش الموقع عليها في ١٥ نيسان عام ١٩٣٥ والمعروفة أيضا بميثاق واشنطن التي عقدت بين الدول الأمريكية أول اتفاقية دولية عنت بصورة خاصة بحماية الممتلكات الثقافية، وهي في جوهرها اتفاقية دولية عامة لكن تبني الدول الأمريكية لها جعل منها تشكل أول اتفاقية إقليمية تعنى بحماية الممتلكات والمؤسسات الثقافية، وتناولت الديباجة والمادة الأولى منها تحديد مفهوم الممتلكات الثقافية بشكل تدخل فيه التشكيلات الفنية والآثارية والتأريخية[٣].

وتضمنت المادة الأولى من اتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠ بخصوص التدابير الواجب اتخاذها لحظر استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة تعريفا تفصيلياً لمفهوم الممتلكات الثقافية إذ تعد من الممتلكات الثقافية (الممتلكات التي تقرر كل دولة، لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار، أو ما قبل التأريخ، أو الأدب أو الفن، أو العلم، التي تدخل في إحدى الفئات الآتية:

أ. المجموعات والنماذج النادرة من مملكتي الحيوان والنبات، ومن المعادن أو علم التشريح والقطع المهمة لصلتها بعلم الحفريات . البالينتولوجيا .

ب. الممتلكات المتعلقة بالتاريخ، بما فيه تاريخ العلوم والتكنولوجيا، والتأريخ الحربي والتاريخ الاجتماعي، وحياة الزعماء والمفكرين والعلماء والفنانين والوطنيين، والأحداث الهامة التي مرت بها البلاد.

ج. نتائج الحفائر الأثرية ـ القانونية وغير القانونية ـ والاكتشافات الأثرية.
د. القطع التي كانت تشكل جزءاً من آثارا فنية أو تاريخية مبتورة أو من مواقع أثرية.
هـ. الآثار التي مضى عليها أكثر من مائة عام، كالنقوش والعملات والأختام المحفورة.
و. الأشياء ذات الأهمية الاثنولوجية.
ز. الممتلكات ذات الأهمية الفنية، ومنها:

١. الصور واللوحات والرسوم المصنوعة باليد كليا، أياً كانت المواد التي رسمت عليها أو استخدمت في رسمها باستثناء الرسوم الصناعية والمصنوعات المزخرفة باليد.
٢. التماثيل والمنحوتات الأصلية، أيا كانت المواد التي استخدمت في صنعها.
٣. الصور الأصلية المنقوشة أو المرسومة أو المطبوعة على الحجر.
٤. المجمعات أو المركبات الأصلية، أيا كانت المواد التي صنعت منها.

ح. المخطوطات النادرة والكتب المطبوعة في عهد الطباعة الأول، والكتب والوثائق والمطبوعات القديمة ذات الأهمية الخاصة ـ من الناحية التاريخية أو الفنية أو العلمية أو الأدبية، الخ ـ سواء كانت منفردة أو في مجموعات.
ط. طوابع البريد والطوابع المالية وما يماثلها، منفردة أو في مجموعات.
ي. المحفوظات، بما فيها المحفوظات الصوتية والفوتوغرافية والسينمائية.
ك. قطع الأثاث التي يزيد عمرها عن مائة عام، والآلات الموسيقية القديمة.)

ومن النصوص المتقدمة يبدو واضحاً أن مصطلح الثقافة هو عبارة عن استخدام لغوي لمجموعة واسعة مما خلقه الإنسان من منتجات ومصنوعات ومواد أخرى تكتسب أهمية ثقافية كونها تعبر عن قيم إنسانية بصورة تعكس حياة الإنسان على سطح المعمورة وفي فترات زمنية مختلفة، وعلى هذا الأساس يحاول أحد المؤلفين تقديم تعريف للممتلكات الثقافية فهي عنده تشمل كل النتاجات المتأتية عن التعابير الذاتية الابداعية للإنسان سواء كان ذلك في الماضي أو في الحاضر، أو في المجالات الفنية أو العلمية أو الثقافية أو التعليمية، التي لها أهمية في تأكيد استمرارية المسيرة الثقافية وفي تأكيد التواصل الثقافي ما بين الماضي والحاضر والمستقبل[٤]

ويلاحظ هنا أن من أهم الانجازات التي جاءت بها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ هو إدخالها لمفهوم الممتلكات الثقافية، وهو مصطلح جديد في المجال القانوني حيث يوفر هذا المصطلح رمزية مهمة بالمقارنة مع المصطلحات التي كانت مستخدمة قبله، فهو بطبيعته الجامعة والشاملة قادر على اختزال طائفة واسعة من الأشياء والممتلكات المختلفة ذات الخصائص المشتركة، ويبدو أن نص المادة

الأولى من اتفاقية عام ١٩٥٤ قد استخدمت عدة معايير أو أسس لتحديد الممتلكات المحمية وهي من الأهمية بالنسبة للتراث الثقافي للشعوب، والأهمية الفنية أو التاريخية أو الأثرية بقصد حماية مصلحة الدول منفردة، ومصلحتها مجتمعة متمثلة في المجتمع الدولي، ومع ذلك فإن تحديد الممتلكات الواقعة داخل أراضي الدولة وتستحق الحماية نظراً لأهميتها تقع على عاتق الدول كل منها على حدة، وقد طرح رأي مفاده أن هذا التحديد لم يعد ملائماً وأنه غير دقيق إلا أن هذه الانتقادات لم تلق آذاناً صاغية حيث لم يتم تعديل التعريف الوارد للممتلكات الثقافية في اتفاقية عام ١٩٥٤ [٥].

وبقدر تعلق الأمر بتعريف الممتلكات الثقافية (الآثار والموارد التراثية والمواقع التاريخية) في النظام القانوني الداخلي العراقي، يمكن الإشارة إلى قانون الآثار والتراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ [٦] الذي عرف الآثار في المادة ٤/سابعاً بقوله هي (الأموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها أو صنعها أو نحتها أو أنتجها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان ولا يقل عمرها عن ٢٠٠ مئتي سنة وكذلك الهياكل البشرية والحيوانية والنباتية).

بينما عرفت الفقرة ثامناً من المادة ذاتها المواد التراثية باعتبارها (الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة التي يقل عمرها عن ٢٠٠ مئتي سنة ولها قيمة تأريخية أو وطنية أو قومية أو دينية أو فنية، يعلن عنها بقرار من الوزير) وعرفت الفقرة عاشراً من المادة سابعاً الموقع التأريخي باعتباره (الموقع الذي كان مسرحاً لحدث تأريخي مهم أو له أهمية تأريخية بغض النظر عن عمره).

الفرع الثاني: مدى الحماية المقررة للممتلكات الثقافية.[٧]

تتضمن الوثائق الدولية الاتفاقية عدة إجراءات وخطوات للحماية سواء في حالة السلم أو حالة الحرب، وسنركز في هذه السطور على مجال الحماية في وقت الحرب لتعلق ذلك بحماية الممتلكات الثقافية في العراق بعد تاريخ التاسع من نيسان عام ٢٠٠٣.

وبموجب المادة (٢) من معاهدة لاهاي لعام ١٩٥٤ فإن مفهوم الحماية الثقافية يشمل وقاية هذه الممتلكات واحترامها، فالأطراف المتعاقدة تتعهد منذ وقت السلم بحماية الممتلكات الثقافية الكائنة في أراضيها من الأضرار التي قد تنجم عن نزاع مسلح، باتخاذ التدابير التي تراها مناسبة . (م٣) وهكذا فالنص المذكور يتضمن إلزام الدول الأطراف باتخاذ إجراءات ذات طابع وقائي لحماية الممتلكات الثقافية من الأضرار التي تصيبها جراء نزاع مسلح. بينما تضمنت المادة (٤) خطوات تتعلق باحترام الممتلكات الثقافية الكائنة في أراضيها أو الوسائل المخصصة لحمايتها أو الأماكن المجاورة لها مباشرة لأغراض قد تعرضها للتدمير أو التلف في حالة نزاع مسلح وبامتناعها عن أي عمل عدائي

ازائها (ف١) وفي كل الأحوال لا يجوز التخلي عن الالتزامات الواردة أعلاه إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورات الحربية القهرية (ف٢).

الالتزام الآخر جاءت به الفقرة (٣) من المادة (٤) التي حرمت أي سرقة أو نهب أو تبديد للممتلكات الثقافية ووقايتها من هذه الأعمال ووقفها عند اللزوم مهما كانت أساليبها، فضلاً عن تحريم أي عمل تخريبي موجه ضد هذه الممتلكات، وعدم الاستيلاء على ممتلكات ثقافية منقولة كائنة في أراضي أي طرف متعاقد آخر ملتزم بهذه الاتفاقية.

ولا يمكن كذلك لأي طرف في المعاهدة أن يقوم باتخاذ تدابير انتقامية تمس الممتلكات الثقافية (م٤/٤).

ولا يجوز طبقاً للمادة (٤/٥) التحلل من الالتزامات الواردة في المادة المذكورة في مواجهة طرف آخر بحجة اتخاذ هذا الطرف للتدابير الوقائية المذكورة في المادة الثالثة، وفي البروتوكول الثاني الملحق بالاتفاقية الموقعة في لاهاي عام ١٩٩٩ أشارت المادة (٥) منها إلى التدابير التحضيرية التي على الدول الأطراف اتخاذها في وقت السلم بهدف حماية الممتلكات الثقافية من الآثار غير المتوقعة لنزاع مسلح عملاً بالمادة (٣) من الاتفاقية وهي: إعداد قوائم حصر، والتخطيط لتدابير الطوارئ للحماية من الحرائق أو من انهيار المباني، والاستعداد لنقل الممتلكات الثقافية المنقولة أو توفير الحماية لتلك الممتلكات في موقعها، وتعيين السلطات المختصة المسؤولة عن صون الممتلكات الثقافية.

بينما عالجت المادة السادسة من البروتوكول الثاني تفاصيل احترام الممتلكات الثقافية وفقاً للمادة (٤) من الاتفاقية فوضعت مجموعة من الأهداف أو الالتزامات، حيث لا يجوز التذرع بالضرورات العسكرية القهرية للتهرب من الالتزامات المنصوص عليها في المادة (٤/٢) من الاتفاقية من أجل توجيه عمل عدائي ضد ممتلكات ثقافية إلا إذا كانت، وما دامت تلك الممتلكات الثقافية قد حولت من حيث وظيفتها إلى هدف عسكري، ولم يوجد بديل عملي لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة للميزة التي يتيحها توجيه عمل عدائي ضد ذلك الهدف.

كما حرمت الفقرة (ب) من المادة السادسة من البروتوكول الثاني الاحتجاج بالضرورات العسكرية القهرية للتخلي عن الالتزامات عملاً بالمادة (٤/٢) من الاتفاقية من أجل استخدام ممتلكات ثقافية لأغراض يرجح أن تعرضها لتدمير أو ضرر إلا إذا لم يوجد، وما دام لم يوجد، خيار ممكن بين ذلك الاستخدام للممتلكات الثقافية وبين أسلوب آخر يمكن إتباعه لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة.

وقيدت الفقرة (ج) من المادة السادسة من البروتوكول قرار التذرع بالضرورة العسكرية القهرية حيث لا يجوز اتخاذه إلا من قبل قائد قوة عسكرية تعادل في حجمها أو تفوق حجم كتيبة، أو قوة أصغر إذا لم تسمح الظروف بغير ذلك.

ويلزم إعطاء إنذار مسبق فعلي حيثما سمحت الظروف بذلك في حالة هجوم يقوم بناءً على قرار يتخذ وفقاً للفقرة الفرعية (أ).

كما نصت المادة السابعة من البروتوكول الثاني على مجموعة من الالتزامات التي تتعلق باتخاذ عدة احتياطات أثناء الهجوم، فبدون إخلال بأية إجراءات احتياطية أخرى يوجبها القانون الدولي الإنساني أثناء تنفيذ العمليات العسكرية يعمد كل طرف في نزاع إلى اتخاذ الخطوات التالية:

١. بذل كل ما في وسعه عملياً للتحقق من أن الأهداف المزمع مهاجمتها ليست ممتلكات ثقافية محمية بموجب المادة (٤) من الاتفاقية.
٢. اتخاذ جميع الاحتياطات المستطاعة عند تخير وسائل وأساليب الهجوم بهدف تجنب الإضرار العرضي بممتلكات ثقافية محمية بموجب المادة (٤) من الاتفاقية وفي كل الأحوال من الضروري حصر ذلك في أضيق نطاق ممكن.
٣. الامتناع عن اتخاذ قرار بشن أي هجوم قد يتوقع تسببه في إلحاق أضرار عرضية مفرطة بممتلكات ثقافية محمية بموجب المادة (٤) من الاتفاقية، تتجاوز ما يتوقع أن يحققه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة.
٤. إلغاء أو تعليق أي هجوم إذا اتضح:
أ. أن الهدف يتمثل في ممتلكات ثقافية محمية بموجب المادة (٤) من الاتفاقية.
ب. أن الهجوم قد يتوقع تسببه في أضرار عرضية مفرطة بممتلكات ثقافية محمية بموجب المادة (٤) من الاتفاقية، تتجاوز ما يتوقع أن يحققه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة.

وجاءت المادة الثامنة من البروتوكول الثاني لتلزم أطراف النزاع إلى أقصى حدٍ مستطاع إبعاد الممتلكات الثقافية المنقولة عن جوار الأهداف العسكرية أو توفير حماية كافية لها في موقعها، وتجنب إقامة أهداف عسكرية على مقربة من الممتلكات الثقافية[٨].

ونصت المادة (٧) من الاتفاقية على ضرورة اتخاذ تدابير عسكرية تستهدف تحقيق نوع من الحماية بالنتيجة حيث ألزمت الدول الأطراف في الاتفاقية بالتعهد على أن تدرج ومنذ وقت السلم في اللوائح والتعليمات الخاصة بقواتها العسكرية أحكاماً تكفل تطبيق هذه الاتفاقية، وأن تعمل منذ وقت السلم على أن تغرس في أعضاء قواتها المسلحة روح الاحترام الواجب إزاء الثقافات والممتلكات الثقافية لجميع الشعوب.

كما تتعهد الدول الأطراف كذلك ومنذ وقت السلم بإعداد أخصائيين أو بإلحاقهم في صفوف قواتها المسلحة، وتكون مهمتهم السهر على احترام الممتلكات الثقافية ومعاونة السلطات المدنية المسؤولة عن حماية هذه الممتلكات.

ويلاحظ مما تقدم أن المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ لا تقدم أي تحديد فيما يتعلق بالتدابير الواجب اتخاذها منذ حلول السلام ولكنها تركتها لتقدير الأطراف المتعاقدة بينما يلاحظ على المادة الخامسة من البروتوكول الثاني أنها أكثر تفصيلاً حيث قدمت عدداً من التدابير التحضيرية الملموسة الواجب اتخاذها لتحاشي الآثار المتوقعة لنزاع مسلح، وهي بهذا حاولت تحديد حد أدنى مقبول من الوقاية، وهي تدابير تمتد إلى حالات النكبات أو الكوارث الطبيعية[٩].

من جانب آخر فقد أدخل البروتوكول الثاني مفهوم الهدف العسكري الذي جرى تعريفه في المادة الأولى فقرة (و) منه وهو (إحدى الأعيان التي تسهم، بحكم طبيعتها أو موقعها أو الغرض منها أو استخدامها، إسهاماً فعالاً في العمل العسكري، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة في ذلك الوقت ميزة عسكرية أكيدة).

وكان للبروتوكول الثاني الفضل في تعريف شروط تطبيق الضرورة العسكرية وهي عبارة تختفي فيما يتعلق بالممتلكات الثقافية المتمتعة بحماية معززة، ولكنها قائمة فيما يتعلق بالممتلكات المتمتعة بحماية عامة حيث عارض الكثير من الوفود إلغاء تلك العبارة فتم الإبقاء عليها ولكن بشروط شديدة التحديد بهدف منع أي عملية تجاوز أو سوء استغلال لها[١٠].

ان الحماية التي وردت على المستوى الاتفاقي وكما تقدم مكرسة بموجب مجموعة قواعد عرفية، فالقاعدة رقم ٣٨ من مجموعة القواعد العرفية ذات الصلة بالقانون الدولي الانساني تشير الى ضرورة ايلاء اهتمام خاص في العمليات العسكرية لتجنب الاضرار بالمباني المخصصة لأغراض دينية او فنية او علمية او تربوية او خيرية وبالاثار التاريخية ما لم تكن اهدافاًعسكرية؛ كما يجب ألا تكون الممتلكات ذات الاهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب محلاً للهجوم الا في الحالات التي تستلزمها الضرورة العسكرية القهرية، ولذلك فإن النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية يؤكد على ان تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية او التعليمية او الفنية او العلمية او الخيرية او الآثار التاريخية يشكل جريمة حرب في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية شريطة ألا تكون اهدافاً عسكرية. ويرد الواجب المتقدم في الكثير من كتيبات الدليل العسكري كما هو الحال في الارجنتين واستراليا وبلجيكا والمانيا وفرنسا وغيرها من الدول، وتوجد تطبيقات قضائية تؤكد مضمون القاعدة المذكورة.

أما القاعدة رقم (٣٨) فهي تحظر إستخدام الممتلكات ذات الأهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب لأغراض يرجح ان تعرضها للتدمير او الضرر إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورة العسكرية القهرية،

بينما جاءت القاعدة العرفية رقم (٤٠) لتحظر الاستيلاء على المؤسسات المخصصة لإغراض دينية او خيرية او تربوية او فنية او علمية او على الاثار التاريخية والاعمال الفنية والعلمية اوتدميرها او الاضرار بها بصورة متعمدة؛ كما ويحظر اي شكل من اشكال السرقة والنهب او التبديد واي اعمال تخريب متعمدة تطال الممتلكات ذات الاهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب، وتتضمن الكثير من كتيبات الدليل العسكري هذا النص، فضلاً عن تشريعات الكثير من الدول فأن الإستيلاء على الممتلكات الثقافية او تدميرها او الإضرار المتعمد بها يعد جرماً. وبعد الحرب العالمية الثانية أدانت المحكمة العسكرية الدائمة الفرنسية في ميتز (قضية لينغينفيلدر) عام ١٩٤٧، ومحكمة الولايات المتحدة العسكرية في نورمبرغ (قضية فون ليب، محاكمة القيادة العليا) في العام ١٩٤٨، وقضية فايزساكر في العام ١٩٤٩ المتهمين بالإستيلاء على الممتلكات الثقافية وتدميرها. القاعدة الاخرى تحمل الرقم (٤١) وتمنع دولة الاحتلال من التصدير غير المشروع للممتلكات الثقافية من الاراضي المحتلة، وتعيد هذه الممتلكات الى السلطات المختصة في الاراضي المحتلة.[١١]

الفرع الثالث: الحماية المعززة في البروتوكول الثاني الاضافي لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤

كرس البروتوكول الثاني الاضافي لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ نظاماً للحماية المعززة او الاضافية لبعض الممتلكات الثقافية فجاءت المادة الاولى من البروتوكول المذكور في الفقرة (هـ) لتحدد المقصود بنظام الحماية المعززة كونه يراد به نظام الحماية المعززة المنصوص عليها في المادتين ١٠ و ١١ وبموجب المادة ١٠ يمكن وضع الممتلكات الثقافية تحت الحماية المعززة على ان تتوافر ثلاثة شروط هي:

أ – ان تكون هذه الممتلكات تراثاً ثقافيا على اكبر قدر من الاهمية بالنسبة الى البشرية.

ب – ان تكون محمية بتدابير قانونية وادارية مناسبة على المستوى الوطني بحيث تعترف لها بقيمتها الثقافية والتاريخية والاستثنائية وتكفل لها اعلى مستوى من الحماية.

ج – ان لا تستخدم لاغراض عسكرية او كدرع لوقاية مواقع عسكرية، وان يصدر الطرف الذي يتولى امر مراقبتها اعلاناً يؤكد على انها لن تستخدم على هذا النحو.

وعند توافر الشروط المشار اليها في اعلاه فانه يحق لكل طرف في البروتوكول الاضافي الثاني ان يقدم الى اللجنة الدولية للدرع الازرق قائمة بالممتلكات الثقافية التي يستلزم طلب منحها حماية معززة، كما ان اللجنة الدولية للدرع الازرق ان تدعو احد الاطراف الى طلب ادراج ممتلكات ثقافية على القائمة التي تنشا بموجب الفقرة الفرعية ١/ب من المادة ٢٧، وحال تلقي اللجنة المذكورة لطلبات ادراج ممتلكات ثقافية معينة في القائمة تقوم اللجنة بتبليغ جميع الاطراف بذلك الطلب، وللاطراف ان تقدم الى اللجنة خلال مدة لا تتجاوز ٦٠ يوماً احتجاجات بخصوص هذا الطلب منسجمةً مع المعايير الواردة في المادة

١٠ من البروتوكول الاضافي الثاني الملحق بمعاهدة عام ١٩٥٤ ذات الصلة بحماية الممتلكات الثقافية، كما يجب ان تكون هذه الاحتجاجات محددة وذات صلة بوقائع معينة، وتنظر اللجنة في الاحتجاجات تاركةً للطرف الطالب للادراج فرصة معقولة للرد قبل ان تتخذ قراراً بشأنها وعندما تعرض تلك الاحتجاجات على اللجنة تتخذ قرارات الادراج على القائمة باربعة اخماس اعضائها الحاضرين والمصوتين وعندما تقوم اللجنة بالبت في طلب ما فان عليها ان تلتمس المشورة لدى المنظمات الحكومية وغير الحكومية، وكذلك لدى الخبراء من الافراد، وفي حالات استثنائية يمكن غض النظر مؤقتاً عن الشرط الوارد في المادة ١٠/ب من البروتوكول الثاني بشرط ان يقدم الطرف الطالب طلباً بالمساعدة الدولية بموجب المادة ٣٢. وعند نشوب قتال فان لاحد اطراف النزاع ان يطلب بالاستناد الى حالة الطوارئ حماية معززة لممتلكات ثقافية تخضع لولايته او مراقبته عن طريق ابلاغ هذا الطلب الى اللجنة حيث تقوم اللجنة بارسال الطلب فوراً الى جميع اطراف النزاع، وفي مثل هذه الحالة تنظر اللجنة بصورة مستعجلة فيما تقدمه الاطراف المعنية من احتجاجات ويتخذ قرار منح حماية معززة مؤقتة باسرع ما يمكن باغلبية اربعة اخماس من الاعضاء الحاضرين والمصوتين استثناءً من المادة ٢٦، ويجوز ان تمنح اللجنة حماية معززة مؤقتة ريثما تظهر نتائج الاجراءات النظامية لمنح الحماية المعززة شريطة الوفاء باحكام الفقرتين أ و ج من المادة ١٠ واذا كانت اللجنة تمنح الحماية المعززة للمتلكات الثقافية حال ادراجها على القائمة فان المدير العام يرسل دون ابطاء الى الامين العام للامم المتحدة والى جميع الاطراف اشعاراً باي قرار تتخذه اللجنة بادراج ممتلكات ثقافية على القائمة[١٢]. وبموجب المادة ١١ من البروتوكول الثاني فان اطراف النزاع تكفل حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة بالامتناع عن استهداف تلك الممتلكات بالهجوم او عن اي استخدام لممتلكات ثقافية او جوارها المباشر في دعم العمل العسكري[١٣].

المطلب الثاني: مسؤوليات دول الاحتلال في حماية الممتلكات الثقافية.

تزداد الحاجة إلى توفير حماية مناسبة للممتلكات الثقافية في حالة انهيار دولة من الدول وعلى وجه الخصوص عند تعرض هذه الدولة لاحتلال من جانب قوة عسكرية تابعة لدولة أخرى، وقد تضمنت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ والبروتوكول الملحق بها لعام ١٩٩٩ أحكاماً خاصة بهذا الوضع سوف نتطرق إليها من خلال فرعين نوضح في الأول منهما المسؤوليات الأساسية التي تقع على الدولة القائمة بالاحتلال على وجه العموم، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى نطاق الحماية المفروضة للممتلكات الثقافية على دول الاحتلال.

الفرع الأول: المسؤوليات الأساسية لدول الاحتلال.

توجد نصوص القانون الخاص بالاحتلال العسكري في ثنايا القانون الدولي الإنساني المعروف أيضاً بقانون الحرب أو قانون النزاع المسلح، وهي نصوص تأخذ بنظر الاعتبار بواعث القلق العسكرية والأمنية لدولة الاحتلال وتوازن بينها وبين حقوق الأشخاص الذين يجدون أنفسهم خاضعين لسلطتها، وتوجد المصادر المتعلقة بالواجبات المترتبة بموجب القانون الدولي الإنساني المنطبقة على الاحتلال العسكري في اتفاقية لاهاي بشأن قوانين وعادات الحرب البرية (اتفاقية لاهاي) والأنظمة الملحقة بها الصادرة في ١٨ تشرين الأول ١٩٠٧، واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب (اتفاقية جنيف الرابعة) المؤرخة في ١٢ آب ١٩٤٩، فضلاً عن المادة (٧٥) من البروتوكول الإضافي للعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ آب ١٩٤٩ والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة (البروتوكول الأول) وقواعد القانون الدولي العرفي.

إن تعريف الاحتلال يرد في المادة (٤٢) من اتفاقية لاهاي التي تعتبر الأراضي محتلة عندما توضع بصورة فعلية تحت سلطة جيش معادٍ ولا يطال الاحتلال إلا الأراضي التي أسست فيها هذه السلطة ويمكن ممارستها فيها، وهذا التعريف يشير إليه كتيب الولايات المتحدة FM27-10 (الفقرة ٣٥١) وكذلك الحال مع كتيب المملكة المتحدة (الفقرة ٥٠٣) الذي يحذو بالاتجاه ذاته مع التشديد على أنه لابد للقوات الغازية من أن تكون قد حلت محل سلطات البلد في ممارسة السيطرة الفعلية على أراضيه. وتوجد عدة معايير يمكن من خلالها تحديد مدى انطباق القانون على الاحتلال العسكري، كالسيطرة الفعلية والفعالة من جانب قوات مسلحة أجنبية مقرونة بإمكانية إنفاذ قراراتها، والغياب الفعلي لسلطة حكومية وطنية تتمتع بسيطرة فعلية، فإذا تم استيفاء هذه الشروط في منطقة معينة فإن قانون الاحتلال سوف ينطبق عليها وتعتبر الأراضي محتلة حتى مع حالة عدم وجود نية للحملة العسكرية في السيطرة على الأراضي، أي أن مجرد وجود مثل هذه القوات في وضع مسيطر يجعل قانون حماية السكان منطبقاً ولا تستطيع دولة الاحتلال التملص من المسؤوليات المترتبة عليها ما دامت حكومة البلاد غير قادرة على أداء مهامها الاعتيادية.

ويظل النظام القانوني الدولي الخاص بالاحتلال العسكري ساري المفعول حالما تحقق قوات مسلحة لدولة أجنبية السيطرة الفعالة على أراضي ليست تابعة لها، وينتهي عندما تتخلى قوات الاحتلال عن سيطرتها على تلك الأراضي. ويبقى النظام القانوني الخاص بالاحتلال مطبقاً حتى في حالة تشكيل سلطات مدنية من جانب دولة الاحتلال من صفوف مواطني الدولة المحتلة تتولى إدارة الشؤون اليومية للأراضي المحتلة بشرط بقاء قوات الاحتلال في تلك الأراضي وتمارس السيطرة النهائية على أفعال السلطات المحلية.

والفكرة الأساسية للقانون الدولي الخاص بالاحتلال هو أن الاحتلال مؤقت، فسلطة الاحتلال هي سلطة تصريف أعمال نيابة عن حكومة البلاد الغائبة. ويمكن إجمال المسؤوليات الأساسية لدولة الاحتلال بعدة نقاط نجدها موضحة في اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٧ (المواد ٤٢-٥٦) وفي اتفاقية جنيف الرابعة (المواد ٤٧-٧٨) وفي نصوص البروتوكول الإضافي الأول كذلك، ولا يمكن للاتفاقيات التي تعقدها القوة المحتلة مع السلطات المحلية أن تحرم سكان الأراضي المحتلة من الحماية التي يمنحها القانون الدولي الإنساني (المادة ٤٧ من اتفاقية جنيف الرابعة)ولا يجوز للأشخاص المحميين أنفسهم التنازل عن حقوقهم (المادة ٨ من اتفاقية جنيف الرابعة[١٤]). والمسؤوليات هي:

١. واجب إعادة فرض القانون والنظام والحفاظ عليهما: هو من الواجبات الأساسية التي تقع على الدولة القائمة بالاحتلال بقدر تعلق الأمر بالأراضي التي تسيطر عليها قواتها والحفاظ عليها وفقاً للمادة (٤٣) من اتفاقية لاهاي، ولأداء هذا الواجب يحق لدولة الاحتلال اتخاذ أية إجراءات ضرورية للسيطرة والأمن فيما يتعلق بالأشخاص المحميين نتيجة الحرب طبقاً لما جاء في المادة (٢٧) من اتفاقية جنيف الرابعة، وقد تتضمن هذه الإجراءات استخدام القوة بشرط مراعاة المعايير الدولية والتي تتمثل بصورة أساسية بمراعاة مبدأي الضرورة والتناسب (ولا تملك القوات المقاتلة عادة التدريب أو المعدات الصحيحة اللازمة لأداء مهام الشرطة ولا يجوز أن نتوقع منها أن تفعل ذلك. ولكن على دول الاحتلال واجب التخطيط لاحتمال انهيار سيادة القانون والنظام في المناطق التي تسيطر عليها عسكرياً، وهو حدث شائع للغاية في النزاعات المسلحة وهذا أمر جرى التنبؤ بحدوثه مراراً في العراق. ويبدو أنه تم تكريس جزء كبير من التخطيط لحماية حقول النفط العراقية، ولكن لا توجد أدلة تذكر على وجود مستويات مشابهة من التخطيط وتخصيص الموارد لحماية المؤسسات العامة وغيرها من المؤسسات الضرورية لبقاء الشعب ورفاهه، وكان الرد على الفوضى قاصراً لدرجة مذهلة).

٢. واجب توفير الغذاء والرعاية الطبية وتسهيل المساعدات الإنسانية: هو التزام فرضته المواد (٥٥-٦٠) من اتفاقية جنيف الرابعة، فمن واجب دولة الاحتلال أن تعمل بأقصى ما تسمح به وسائلها على تزويد السكان بالمؤن الغذائية والإمدادات الطبية ، ومن واجبها على الأخص أن تستورد ما يلزم من الأغذية والمهمات الطبية وغيرها إذا كانت موارد الأراضي المحتلة غير كافية، ومن واجبها أيضاً أن تعمل بأقصى ما تسمح به وسائلها، وبمعاونة السلطات الوطنية والمحلية، على صيانة المنشآت والخدمات الطبية والمستشفيات وكذلك الصحة العامة والشروط الصحية في الأراضي المحتلة، وذلك بوجه خاص عن طريق اعتماد وتطبيق التدابير الوقائية اللازمة لمكافحة انتشار الأمراض المعدية والأوبئة. ويسمح لجميع أفراد الخدمات الطبية بأداء مهماتهم. وبموجب

المادة (٥٩) من اتفاقية جنيف الرابعة فإنه إذا كان كل سكان الأراضي المحتلة أو قسم منهم تنقصهم المؤن الكافية وجب على دولة الاحتلال أن تسمح بعمليات الإغاثة لمصلحة هؤلاء السكان وتوفر لهم التسهيلات بقدر ما تسمح به وسائلها، ويمكن أن تتولى هذه العمليات دول أو منظمات إنسانية غير متحيزة مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر وتتكون على الأخص من إرسالات الأغذية والإمدادات الطبية والملابس ويجب بذل كل جهد ممكن لحماية هذه الإرسالات ومع ذلك فهذه الارسالات لا تخلي دول الاحتلال من المسؤولية (المادة ٦٠).

٣. القانون الجزائي: نطاق محدود لإجراء التغييرات: تنص المادة (٦٤) من اتفاقية جنيف الرابعة على أن (تبقى التشريعات الجزائية الخاصة بالأراضي المحتلة نافذة، ما لم تلغها دولة الاحتلال أو تعطلها إذا كان فيها ما يهدد أمنها أو تمثل عقبة في تطبيق الاتفاقية، فمن المبادئ الأساسية لقانون الاحتلال فكرة استمرارية النظام القانوني للأراضي المحتلة والتي تنطبق على القانون الجزائي والمدني أيضاً. وهناك استثناءان فقط لقاعدة الحفاظ على القوانين الجزائية القائمة ويتعلق الأول بأمن دولة الاحتلال الذي يسمح لها بوضوح بإلغاء نصوص مثل تلك المتعلقة بتجنيد السكان أو حثهم على مقاومة العدو، والثاني لما فيه مصلحة السكان التي تجيز لها مثلاً إلغاء التدابير القائمة على التمييز، ولا تستطيع دول الاحتلال إلغاء القوانين الجزائية أو وقف العمل بها لأي سبب آخر، وعلى وجه الخصوص ليس لمجرد جعلها تتماشى مع المفاهيم القانونية الخاصة بها.

٤. السلطات التشريعية المحدودة لدولة الاحتلال: تملك دولة الاحتلال سلطات محدودة لسن نصوص قانونية خاصة بها فالمادة (٦٤ . ٢) من اتفاقية جنيف الرابعة تنص على أنه (لا يجوز لدولة الاحتلال إخضاع سكان الأراضي المحتلة للقوانين التي تراها لازمة لتمكينها من الوفاء بالتزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية، وتأمين الإدارة المنتظمة للإقليم وضمان أمن دولة الاحتلال وأمن أفراد وممتلكات قوات أو إدارة الاحتلال، وكذلك المنشآت وخطوط المواصلات التي تستخدمها). والقضايا التي تستطيع فيه دولة الاحتلال ممارسة سلطة تشريعية تقتصر على الأحكام اللازمة لتطبق الاتفاقية في مجالات مثل رعاية الأطفال، والعمالة، والغذاء، والنظافة والصحة العامة، والأحكام الأخرى الضرورية للحفاظ على الإدارة المنظمة للأراضي والأحكام الجزائية اللازمة لحمايتها.

٥. الولاية القضائية الجنائية: لا يجوز لدولة الاحتلال بموجب المادة (٥٤) من اتفاقية جنيف الرابعة تغيير وضع القضاة شأنهم شأن الموظفين الرسميين وتواصل المحاكم القائمة عملها وتحتفظ بالولاية القضائية فيما يتعلق بانتهاكات القانون الجنائي المحلي من جانب سكان الأراضي المحتلة (المادة ٦٤ . ١) ولكن في غياب نظام قضائي فاعل يجوز لدولة الاحتلال إنشاء محاكم خاصة

بها لأداء مهام السلطة القضائية العادية شريطة تطبيقها للقوانين المعمول بها، ونظمت المواد (٧٥ .٦٦) جانباً من العنوان المتقدم.

٦. الإقامة الجبرية أو الاعتقال الإداري (الحبس): طبقا للمادة (٤٩) من اتفاقية جنيف الرابعة (يحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أية دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة أيا كانت دواعيه) وتحظر المادة (٤٩ . ٢) من اتفاقية جنيف الرابعة النقل الجبري للسكان المدنيين داخل الأراضي المحتلة إلا إذا اقتضى ذلك أمن السكان أو لأسباب عسكرية قهرية [١٦].

الفرع الثاني: نطاق الحماية المفروضة للممتلكات الثقافية على دول الاحتلال.

في نطاق القانون الدولي الإنساني يلاحظ وجود حماية عامة للممتلكات والموارد الطبيعية أثناء فترة الاحتلال ووجود نصوص خاصة تعالج مسألة حماية الممتلكات الثقافية، وهي مسؤولية تقع بالدرجة الأساس على كاهل دولة الاحتلال، فبموجب اتفاقيات لاهاي تلتزم الدولة القائمة بالاحتلال باحترام الملكية الخاصة (المادة ٤٦) إذ أن الدولة القائمة بالاحتلال تعتبر في موقع القائم بإدارة المباني المملوكة للدولة والموارد الطبيعية مثل الغابات والأراضي الزراعية (المادة ٥٥) فتدمير واغتصاب الممتلكات على نحو لا تبرره ضرورات حربية على نطاق كبير بطريقة غير مشروعة وتعسفية يشكل جريمة حرب وانتهاكاً جسيماً لاتفاقية جنيف الرابعة.

فالممتلكات الخاصة بالاستناد على ما تقدم لا يجوز للمحتل مصادرتها، أما الممتلكات العامة فيجوز للسلطة المحتلة الاستيلاء على ممتلكات منقولة تملكها الدولة يمكن أن تستعمل لأغراض عسكرية (المادة ٥٣ من لائحة لاهاي) ولا يجوز في أية حال، الاستيلاء على الأغذية والإمدادات الطبية لحاجات قوات الاحتلال وأفراد الإدارة إلا إذا روعيت احتياجات السكان المدنيين (المادة ٥٥ من اتفاقية جنيف الرابعة) ولا تكتسب القوة المحتلة الممتلكات غير المنقولة في الأراضي المحتلة ذلك أنها ليست مسؤولة عن إدارتها إلا بصفة مؤقتة،إلا إنها تستطيع بشرط مراعاة القيود المتعلقة بتشغيلها والانتفاع بها استخدام الممتلكات العامة، بما في ذلك الموارد الطبيعية، ولكن عليها أن تحافظ على قيمتها الأصلية وفقاً لقانون حق الانتفاع (المادة ٥٥ من لائحة لاهاي).

وفي نطاق الحماية المفروضة للممتلكات الثقافية بموجب اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ فقد أكدت المادة (١/٥) منها على ضرورة تعضيد جهود السلطات الوطنية المختصة من قبل الدولة المحتلة في المناطق الواقعة تحت الاحتلال بقدر استطاعتها في سبيل وقاية الممتلكات الثقافية والمحافظة عليها. واتخاذ تدابير عاجلة إذا اقتضت الظروف اتخاذ تدابير عاجلة للمحافظة على ممتلكات ثقافية موجودة على أراضي

محتلة منيت بأضرار نتيجة لعمليات حربية وتعذر على السلطات الوطنية المختصة اتخاذ مثل هذه التدابير، فعلى الدولة المحتلة أن تتخذ بقدر استطاعتها الإجراءات الوقائية الملحة، وذلك بالتعاون الوثيق مع هذه السلطات (م٢/٥).كما يجوز طبقاً لأحكام الاتفاقية أعلاه، وعلى وجه التحديد طبقاً للمادة (١٦) منها وضع شعار مميز على الممتلكات الثقافية لتسهيل التعرف عليها.

ويبدو من خلال نص هذه المادة أن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ قد قامت على مبدأ مفاده مسؤولية وقاية الممتلكات الثقافية والمحافظة عليها بصورة مشتركة بين الدولة الواقعة تحت الاحتلال والدولة القائمة بالاحتلال، وهو مبدأ يتماثل مع مضمون المادة (١٢) من اتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠ التي تشير إلى ضرورة احترام التراث الثقافي في الأقاليم التي لا تكون مسؤولة عن اختصاصاتها الدولية، وذلك من قبل الدولة القائمة بالوصاية عليها، والأخيرة بهذا المعنى تتطابق مع ما جاءت به المادة (٥٥) من اتفاقية لاهاي الرابعة التي أقرت مبدأ حرمة الأموال العامة العائدة للدولة المحتلة، والتي تقضي بضرورة احترام الأبنية الرسمية المخصصة للانتفاع العام، وما جاءت به المادة (٤٧) التي أقرت مبدأ حرمة الأموال الخاصة [١٧].

وتضمن البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ في مادته التاسعة نصوصاً عالجت أحكام حماية الممتلكات الثقافية في الأراضي المحتلة، حيث منعت وحرمت أي طرف قائم بالاحتلال من قيامه بأي تصدير غير مشروع للممتلكات الثقافية وأي نقل غير مشروع لتلك الممتلكات أو نقل لملكيتها، أو أي أعمال تنقيب عن الآثار باستثناء الحالات التي يحتم فيها ذلك صون الممتلكات الثقافية أو تسجيلها أو الحفاظ عليها، أو إجراء أي تغيير في الممتلكات الثقافية أو في أوجه استخدامها يقصد به إخفاء أو تدمير أي شواهد ثقافية أو تاريخية أو علمية أو إجراء عمليات تنقيب عن ممتلكات ثقافية أو إدخال تغييرات عليها أو على أوجه استخدامها في تعاون وثيق من السلطات الوطنية المختصة للأراضي المحتلة، ما لم تحل الظروف دون ذلك.

المبحث الثاني

المسؤولية الدولية المترتبة على انتهاك الالتزام بحماية الممتلكات الثقافية

بعد أن تعرفنا على جانب من الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في المبحث الأول، سنتعرف على الآثار التي يمكن أن تترتب على انتهاك ما أقرته هذه المواثيق الدولية من حماية لهذا النوع من

الممتلكات، على أننا سنتطرق أولا للمبادئ الأساسية التي تحكم المسؤولية الدولية في المطلب الأول، بينما سنعالج في المطلب الثاني حالة الممتلكات الثقافية في ظل الاحتلال الأمريكي للعراق.

المطلب الأول: المبادئ الأساسية للمسؤولية الدولية .

لا يمكن تصور وجود نظام قانوني على المستوى الوطني والدولي دون وجود قواعد أساسية تحكم موضوع المسؤولية وعلى هذا الأساس سنتعرض في هذا المطلب إلى منشأ المسؤولية الدولية، وحقوق الدولة المضرورة والتزامات الدولة التي ترتكب فعلاً غير مشروع دولياً في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: منشأ المسؤولية الدولية.

تنص المبادئ العامة في القانون الدولي العام على أن أي عمل غير شرعي بمعنى أي انتهاك لالتزام بموجب القانون الدولي يؤدي إلى إنهاض التزام بجبر الأضرار، ويتمثل هدف جبر الاضرار في القضاء بقدر الإمكان على العواقب المترتبة على العمل غير القانوني، واستعادة الوضع الذي كان يمكن وجوده في حال عدم ارتكاب هذا العمل،وقد نصت على ذلك المادة (١) من مشروع مسؤولية الدول لعام ١٩٩٧ بقولها (كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به الدولة يستتبع مسؤولياتها الدولية) ونقرأ في مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين المقدم من قبل السيد قيجي هي نصاً للمادة (١٢) يتعلق بخرق التزام دولي حيث تنص هذه المادة على (تخرق الدولة التزاماً دولياً متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام، بغض النظر عن منشأ المسؤولية أو طابعه) كما نصت المادة ١ من مشاريع المواد ذات الصلة بمسؤولية الدول عن الافعال غير المشروعة دوليا على (كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به الدولة يستتبع مسؤوليتها الدولية)[١٨] ويراد بخرق التزام دولي هو عدم تطابق الفعل المطلوب من الدولة بموجب ذلك الالتزام والتصرف الذي تتبعه الدولة فعلاً، ويمكن التعبير عن هذه المسألة بطرق مختلفة، والمثال على ذلك أن محكمة العدل الدولية استخدمت عبارات من قبيل (التعارض مع الالتزامات) و (الأفعال المنافية) أو (غير المتطابقة مع قاعدة معينة) و(وعدم الامتثال لالتزامات ناشئة عن معاهدات) ففي قضية إلزي ELSI طرحت إحدى دوائر المحكمة السؤال عما إذا كان الاستيلاء يتطابق مع الشروط الواردة في معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة أم لا، وتعتبر عبارة غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام أنسب طريقة لتوضيح ما يشكل جوهر خرق التزام دولي من جانب الدولة إذ أنها تفسح المجال لإمكانية وقوع خرق ما حتى إذا كان فعل الدولة لا يتنافى إلا جزئياً مع الالتزام الدولي عليها[١٩].

والالتزام بجبر الأضرار يمكن أن يتخذ أشكالاً عديدة، بما في ذلك رد الحقوق أو التعويض أو الترضية، ويمكن تطبيق جميع أشكال استرداد الحقوق في مقابل انتهاك بعينه، أما على نحو فردي أو جماعي، ويكمن هدف رد الحقوق في استعادة الوضع الذي كان موجوداً قبل ارتكاب العمل غير الشرعي كالإفراج عن الأشخاص الذين تعرضوا للاحتجاز ظلماً وإعادة الممتلكات التي تم الاستيلاء عليها بشكل غير شرعي، ومن ذلك ما قضت به محكمة العدل الدولية في قضية معبد برياه فيهيار في حكم صادر بتاريخ ١٥ حزيران ١٩٦٢ عندما ألزمت تايلند بأغلبية (٧) أصوات مقابل (٥) بأن تعيد إلى كمبوديا أية منحوتات أو تماثيل أو أجزاء من نصب تذكارية أو نماذج مصنعة من الحجر الرملي أو الفخاريات الأثرية التي قد تكون السلطات التايلندية نقلتها من المعبد أو منطقة المعبد منذ تاريخ احتلال تايلند للمعبد في عام ١٩٥٤[٢٠] وإلغاء أي تدبير قضائي ظالم، ومن البديهي تصور وجود حالات يستحيل فيها الرد العيني كما لو كانت الممتلكات قد دمرت. كما ان رد الحقوق قد لا يمثل انتصافاً مناسباً إذا كانت الفائدة الناتجة عنه للضحية لا تتناسب كلية مع تكلفتها بالنسبة إلى الجاني.

أما التعويض المالي فهو مبلغ من المال يدفع عن الضرر الذي يمكن تقديره مالياً ويكون ناشئاً عن الانتهاك ويغطي التعويض كلاً من الأذى المادي والمعنوي.

وتغطي الترضية الأذى غير المادي الذي يصل إلى إهانة الدولة المتضررة أو الشخص الذي تعرض للضرر ومن أشكاله الإقرار بالمخالفة والتعبير عن الأسف أو الاعتذار الرسمي أو تأكيد عدم تكرار هذا الانتهاك، ويمكن أن تتخذ الترضية في عمل تأسيسي أو عقابي ضد الأشخاص الذين تسببت أفعالهم في عمل غير شرعي[٢١].

وخلاصة ما تقدم أن نظرية انتهاك التزام دولي هي التي تؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية لأحد أشخاص القانون الدولي في حالة تحقق أركانها وقد تبنى مشروع لجنة القانون الدولي لعام ١٩٩٧ هذه النظرية لمنشأ المسؤولية الدولية فعالجت المواد (١ . ٤) المبادئ العامة، إذ نصت المادة (٢) على أن (كل دولة عرضة لاعتبارها مرتكبة لفعل غير مشروع دولياً يستتبع مسؤوليتها الدولية) بينما جاءت المادة (٣) لتحدد عناصر فعل الدولة غير المشروع دولياً فنصت على أنه (ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً: أ. إذا أمكن تحميل الدولة، بمقتضى القانون الدولي، تصرفاً يتمثل في عمل أو امتناع عن عمل. ب. وكان هذا التصرف يشكل انتهاكاً لالتزام دولي على الدولة).

أما المادة (٤) فنصت على أنه (لا يجوز وصف فعل الدولة بأنه غير مشروع دولياً إلا بمقتضى القانون الدولي، ولا يجوز أن يتأثر هذا الوصف بكون الفعل ذاته مشروعاً في القانون الداخلي).

كذلك فإن من اللازم أن يكون الالتزام الدولي نافذاً إزاء الدولة وهذا ما نصت عليه المادة (١٣) التي أكدت على أنه (لا يشكل فعل الدولة خرقاً لالتزام دولي ما لم يكن هذا الالتزام واقعاً على الدولة وقت حدوث

ذلك الفعل) وهي ذات المادة في مشروع عام ٢٠٠٢ وهذه المادة تشكل تطبيقاً للمبدأ العام في المسؤولية الدولية التي أعرب عنها القاضي ماكس هوبر في قضية جزيرة بالماس بقوله: (يتعين أن يفهم الحدث القضائي في ضوء القانون المعاصر له، وليس في ضوء القانون النافذ في وقت نشوء هذا النزاع المتعلق به أو وقت حلول تسويته) وقد طبقت محاكم التحكيم المبدأ المذكور في المادة (١٣) ومن الأمثلة المفيدة بهذا الصدد ما انطوى عليه قرار الحَكَم بيتس عضو اللجنة المشتركة بين الولايات المتحدة وبريطانيا المتعلق بسلوك السلطات البريطانية التي صادرت سفناً أمريكية تعمل في تجارة الرقيق وأعتقت الرقيق التابعين لمواطنين أمريكيين. وكانت الأحداث التي أحيلت إلى اللجنة قد وقعت في أوقات مختلفة وتعين على الحَكَم البت فيما كان الرق يتنافى مع قانون الأمم في كل مرة وقعت فيه حادثة من هذا النوع أم لا. وشكلت أحداث سابقة، تعود إلى زمن كانت تعتبر فيه تجارة الرقيق مشروعة خرقاً من جانب السلطات البريطانية لالتزام دولي باحترام وحماية ممتلكات المواطنين الأجانب، لكن الأحداث اللاحقة وقعت عندما حظرت جميع الأمم المتمدنة تجارة الرقيق ولم تنطوِ على مسؤولية من جانب بريطانيا العظمى[٢٢].

وتم تطبيق مبادئ مماثلة من جانب الحكم آيسر عن البت فيما إذا كان قيام السلطات الروسية بالاستيلاء على سفن الولايات المتحدة تعمل في صيد الفقمة خارج المياه الإقليمية الروسية ومصادرتها يعتبر عملاً غير مشروع دولياً أم لا. وقال في حكمه في قضية جيمس هاملتون لويس أن المحكم أشار إلى أنه ينبغي تسوية المسألة وفقاً للمبادئ العامة لقانون الأمم وروح الاتفاقات الدولية السارية المفعول والملزمة للطرفين الساميين وقت الاستيلاء على السفينة وبالنظر إلى أنه بموجب المبادئ النافذة عندئذٍ، لم يكن لروسيا الحق في الاستيلاء على سفينة أمريكية، فإن الاستيلاء على السفينة ومصادرتها يشكلان فعلين غير مشروعين يتعين على روسيا دفع تعويضات لقاءهما. وقد طبقت كل من اللجنة الأوربية والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان هذا المبدأ بصورة مطردة في رفض المطالبات المتصلة بفترات لم تكن فيها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان سارية المفعول بالنسبة للدولة ذات الصلة. وتؤيد ممارسات الدول هذا المبدأ أيضاً، فشرط أن يطبق المحكمون قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق وقت حدوث الأفعال غير المشروعة المزعومة يعتبر شرطاً شائعاً في اتفاقيات التحكيم[٢٣].

وطبقاً لقواعد القانون الدولي فإن المبدأ المذكور الوارد في المادة ١٣ لا يعد ضرورياً فقط بل هو يشكل أساساً كافياً للمسؤولية، فعندما تترتب المسؤولية نتيجة فعل غير مشروع دولياً فإنها لا تتأثر بالإنهاء اللاحق للالتزام ذي الصلة، سواء كان ذلك نتيجة إنهاء معاهدة تم خرقها أو إجراء تغيير في القانون الدولي، وعليه وكما قالت محكمة العدل الدولية في قضية الكاميرون الشمالي (إذا كان أحد الأوصياء خلال فترة الوصاية مسؤولاً عن فعل ينتهك شروط اتفاق الوصاية ينجم عن إلحاق الضرر بعضو آخر في الأمم المتحدة أو بأحد مواطنيه، فإنه لا تتم تصفية المطالبة بالجبر مع إنهاء الوصاية)[٢٤]. ونحن نجد ذات

المواد في مشروع ٢٨ كانون الثاني ٢٠٠٢ حيث نصت المادتين ٢ و ٣ على ما يلي: (عناصر فعل الدولة غير المشروع دوليا. ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دوليا اذا كان التصرف المتمثل في عمل او اغفال : أ- ينسب الى الدولة بمقتضى القانون الدولي. او ب- يشكل خرقاً لالتزام دولي على الدولة) في حين نصت المادة ٣ على (وصف فعل الدولة بانه غير مشروع دولياً. وصف فعل الدولة بانه غير مشروع دولياً امر يحكمه القانون الدولي. ولا يتاثر هذا الوصف بكون الفعل ذاته موصوفاً بانه مشروع في القانون الداخلي).

الفرع الثاني: حقوق الدولة المضرورة والتزامات الدولة التي ترتكب فعلاً غير مشروع دولياً.

نص مشروع مسؤولية الدول لعام ١٩٩٧ على حقوق الدولة المضرورة والتزامات الدولة التي ترتكب فعلاً غير مشروع دوليا في عدة مواد هي (٤١ . ٤٦) وهذه تتمثل بصورة أساسية كما ذكرنا في الفرع الأول بالكف عن السلوك غير المشروع، والجبر، والرد العيني، والتعويض المالي، والترضية، وتأكيدات وضمانات بعدم التكرار في حين اضاف اليها مشروع عام ٢٠٠٢ استمرار واجب الوفاء في المادة ٢٩. والسؤال الذي نود الإجابة عنه في هذه السطور هو فيما إذا كان من المتصور جبر الأضرار الناتجة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني؟

إن أشكال جبر الضرر الواردة في المواد (٤١ . ٤٦) من مشروع مسؤولية الدول وكذلك الواردة في مشروع عام ٢٠٠٢ تنطبق أيضاً في حالة وجود انتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني. وحماية الممتلكات الثقافية تشكل جزءاً من هذا القانون، وقد تم إرساء ذلك صراحة منذ عام ١٩٠٧ في اتفاقية لاهاي الرابعة المتعلقة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية حيث نصت مادتها الثالثة على (يكون الطرف المتحارب الذي يخل بأحكام.... اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية ملزماً بالتعويض إذا دعت الحاجة....) وأكدت المادة (٩١) من البروتوكول الإضافي الأول مطلباً مماثلاً بشأن دفع تعويضات عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، ورغم هذه اللغة الصريحة فإن الالتزام بجبر الأضرار ينشأ بصورة تلقائية دون الحاجة إلى ذكره نصاً في المعاهدات بوصفه مترتباً على القيام بعمل غير شرعي، ويمكن أن يأخذ جبر الضرر الناتج عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني أشكالاً عديدة، ويعد رد الحقوق من أكثر تلك الأشكال ملائمة مثل إعادة الممتلكات المأخوذة ظلماً كما ينص على ذلك البروتوكول الأول الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ حول حماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح حيث تقول (يتعهد كل من الأطراف السامية المتعاقدة بأن يسلم عند انتهاء العمليات الحربية الممتلكات الثقافية الموجودة على أراضيه إلى السلطات المختصة الأراضي التي كانت تحت الاحتلال إذا كانت هذه الممتلكات قد استوردت إليها بما يخالف منع تصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي التي يحتلها خلال نزاع مسلح)،

وكذلك الحال مع معاهدة السلام المبرمة عام ١٩٥٥ بين النمسا وفرنسا والاتحاد السوفييتي والمملكة المتحدة والولايات المتحدة تضم أحكاماً موسعة حول رد الممتلكات[٢٥].

ويعد التعويض من أكثر الأشكال اعتياداً، بما في ذلك الحالات التي يستحيل فيها رد الحقوق أو الممتلكات عينياً أو يكون ذلك غير مناسب. وعادة ما نجد أيضاً قبول واجب جبر الاضرار في المعاهدات التي تبرمها الأطراف المتحاربة عند نهاية الأعمال العدائية، كاتفاقية ١٩٥٢ حول تسوية المسائل الناشئة عن الحرب والاحتلال بين بريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة من جهة وألمانيا من جهة أخرى حيث تعترف ألمانيا من بين أشياء أخرى على (الالتزام بتأكيد... تعويض مناسب للأشخاص الذين تعرضوا للاضطهاد لأسباب تتعلق بالعقيدة السياسية أو العنصر أو الاعتقاد أو الإيديولوجيا والذين عانوا بالتالي من أضرار تمس حياتهم أو أطرافهم أو صحتهم أو حريتهم أو ممتلكاتهم أو أملاكهم أو آفاقهم الاقتصادية . باستثناء الممتلكات المحددة الخاضعة للرد . وعلاوة على ذلك فإن الأشخاص الذين تعرضوا للاضطهاد لأسباب تتعلق بالجنسية مع الاستخفاف بحقوق الإنسان، والآن هم لاجئون سياسيون ولم يعودوا يتمتعون بحماية وطنهم السابق، سوف يحصلون على تعويض مناسب أينما أصاب الأذى الدائم صحتهم) وكذلك الحال مع المعاهدة الحكومية بشأن إعادة تأسيس النمسا المستقلة الديمقراطية بين فرنسا والاتحاد السوفييتي وبريطانيا والولايات المتحدة والنمسا وانضمت إليها استراليا والبرازيل وكندا وتشيكوسلوفاكيا والمكسيك ونيوزيلندة وبولندة ويوغسلافيا، حيث نصت مادتها (١/٢٦) على الآتي (بقدر ما لم يتم اتخاذ هذا الموقف بالفعل تتعهد النمسا بأنها في جميع الحالات التي كانت فيها الممتلكات أو الحقوق القانونية أو المصالح في النمسا من ١٣ آذار ١٩٣٨ عرضة للنقل الإجباري أو تدابير الحجز أو المصادرة أو المراقبة بسبب الأصل العنصري للمالك أو الديانة سوف تعيد الممتلكات المذكورة واسترداد الحقوق القانونية والمصالح بالإضافة إلى ممتلكاتها. وعند استحالة الإعادة أو الاسترداد يتم منح التعويض عن الخسائر التي حدثت لأسباب تتعلق بتلك التدابير يبلغ القدر نفسه الذي يمنح إلى الرعايا النمساويين بشكل عام فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن الحرب).

ومع ذلك كثيراً ما لا يرتبط هذا الالتزام صراحةً بانتهاكات القانون الدولي، وإنما هو يرتبط بالأحرى بانتهاكات حظر استخدام القوة أو بالمعاهدات التي تتناول فحسب وعلى نحو مبهم (المطالب الناشئة عن الحرب) وهذا هو حال المادة (١٤/أ) من معاهدة السلام لعام ١٩٥١ بين قوات الحلفاء واليابان والتي تعهدت في اليابان بأن تدفع تعويضات إلى قوات الحلفاء عن الأضرار والمعاناة التي سببتها أثناء الحرب.

بينما يمكن أن تترتب من الناحية العملية الكثير من الخسائر والمطالب على انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وقد حدث استثناء مهم أخيراً يتمثل باتفاق السلام المعقود بين إثيوبيا واريتريا في كانون الأول ٢٠٠٠ ويُنشئ هذا الاتفاق من بين أشياء أخرى لجنة محايدة للتظلمات مكلفة بمهمة الفصل من خلال

التحكيم الملزم في جميع الدعاوى بين الحكومتين وبين الكيانات الخاصة فيما يتعلق بالخسائر أو الأضرار أو الأذى الناشئ عن النزاع والناتج عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني أو أية انتهاكات أخرى للقانون الدولي، وتعد هذه اللجنة استثناءً بقدر ما يتعلق الأمر بأنها مكلفة صراحةً بمهمة منح تعويضات عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني[٢٦].

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية الفردية.

قدم الفصل الثالث من البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ تطويراً للقانون الدولي الإنساني فيما يتعلق بالممتلكات الثقافية إذ تعدد المادة (١٥) من البروتوكول من خلال قائمة المخالفات الجسيمة له وتلزم الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لاعتبار الجرائم الواردة في هذه القائمة جرائم بموجب قانونها الجنائي الداخلي وتعرض عقوبات مناسبة على مرتكبيها، وهي بهذا تتخلى عن المسؤولية الجنائية المحلية بالنسبة لمخالفة اتفاقية عام ١٩٥٤ وتؤسس مسؤولية جنائية دولية، ويسير البروتوكول الثاني وفق مفهوم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في التمييز بين الانتهاكات الجسيمة لأحكام القانون الدولي الإنساني بشكل عام من جهة والانتهاكات الجسيمة لاتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ من جهة أخرى في تعريف جرائم الحرب بالمادة (١٥) فإن البروتوكول الثاني يذكر الدول الأطراف باعتماد ما يلزم من تدابير تشريعية وإدارية وتأديبية إزاء المجتمع الدولي بشأن استخدام الممتلكات الثقافية انتهاكاً لأحكام اتفاقية ١٩٥٤ والبروتوكول الثاني.

وتشمل القائمة الواردة في المادة (١/١٥) على انتهاكات اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ والبروتوكول الثاني، وتعدد عدة جرائم هي: استهداف ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة بالهجوم (الفقرة الفرعية أ). واستخدام ممتلكات ثقافية مشمولة بحماية معززة أو استخدام جوارها المباشر في دعم العمل العسكري (الفقرة الفرعية ب). إلحاق دمار واسع النطاق بممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية والبروتوكول الثاني أو الاستيلاء عليها (الفقرة الفرعية ج). استهداف ممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية والبروتوكول الثاني بالهجوم (الفقرة الفرعية د) ارتكاب سرقة أو نهب أو اختلاس أو تخريب لممتلكات ثقافية محمية بموجب الاتفاقية (الفقرة الفرعية هـ). تشكل هذه الأفعال جرائم بموجب القانون الجنائي الدولي شريطة ارتكابها على الصعيد الدولي.

وقد ترك البروتوكول الثاني مسألة تحديد المساعدة والتحريض على ارتكاب الجرائم فضلاً عن المسؤولية الأساسية إلى التشريع الوطني والتشريع الدولي طبقاً للمبادئ العامة للقانون الوطني الدولي[٢٧].

وفيما يتعلق بالولاية القضائية تلتزم الدول الأطراف في البروتوكول بموجب المادة (٢/١٥) والمادة (١٦) بإنشاء ولايتها القضائية الداخلية على هذه الجرائم إذا ما ارتكبت جريمة كهذه على أرضها أو عندما

يكون المجرم المزعوم مواطناً لتلك الدولة، كما ويتم إنشاء مثل هذه الولاية القضائية الداخلية أيضاً بالنسبة للجرائم الثلاث الأولى المنصوص عليها بالفقرة (١) من المادة (١٥) (الفقرات الفرعية من أ . ج) عندما لا تكون الجريمة مرتكبة على أراضي هذه الدولة ولا يكون المجرم المزعوم من مواطنيها. ولكن عندما يكون المجرم المزعوم موجوداً على أراضيها (م١٦/ج) ومن الضروري ملاحظة أن البروتوكول ذاته لا ينشئ أي مسؤولية جنائية دولية لأفراد القوات المسلحة ومواطني دولة ليست طرفاً في هذا البروتوكول، ولا ينشأ ولاية قضائية على أمثال هؤلاء الأشخاص ولا بتسليمهم (م١٦/٢/ب) إلا إن الفقرة الفرعية (ج) التابعة للفقرة (١) من المادة (١٦) تنص على إمكانية إنشاء مسؤولية جنائية على مثل أولئك الأشخاص بموجب القانون الداخلي أو القانون الدولي وبغض النظر عن البروتوكول، أي إن إمكانية تحميل هؤلاء المسؤولية الجنائية أمر قائم ولكن بموجب القانون الدولي العرفي، وهذا ما يعكس مبدأ الولاية القضائية الاختيارية على جرائم الحرب، وقد أقرت المادة (٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الجريمتين الأخيرتين المنصوص عليهما في قائمة المادة (١٥/١/د،هـ) باعتبارها جرائم حرب ويجب على الدول الأطراف في البروتوكول إنشاء ولاية قضائية داخلية وعلى أساس مبادئ الاختصاص القضائي الإقليمي أو الشخصي فحسب[٢٨]. ويجري تطبيق البروتوكول الثاني على المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية إلا إنه لا يطبق على أوضاع الاضطرابات والتوترات الداخلية، وبهذا يعكس البروتوكول الثاني التوجه الحديث للتشريع الذي لم يعد يميز بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية عندما يتعلق الأمر بقمع انتهاكات القانون الدولي الإنساني.[٢٩]

المطلب الثاني: حالة الممتلكات الثقافية العراقية في ظل الاحتلال.

تعرض العراق عام ٢٠٠٣ لاحتلال أجنبي جديد ترتب عليه تدمير هذا البلد على مستويات متعددة وكانت الممتلكات الثقافية العراقية من بين الضحايا، حيث خضعت لتدمير ونهب منظم مما يثير المسؤولية الدولية الواضحة للقوى المحتلة من الناحية القانونية، وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى مسألة مدى تورط قوى الاحتلال في هذا التخريب والجهود العراقية المبذولة لاستعادة الممتلكات الثقافية المسروقة فضلاً عن مدى تعاون الدول ذات العلاقة في حماية واستعادة الممتلكات الثقافية.

الفرع الأول: مدى تورط الولايات المتحدة الأمريكية في سرقة الممتلكات الثقافية العراقية.

ترتب الاتفاقيات المعنية بتنظيم حالة الحرب والاتفاقيات الدولية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية التزامات واضحة بضرورة المحافظة على الممتلكات الثقافية وحمايتها من التدمير والنهب، وعلى هذا الأساس فإن هناك التزاماً واضحاً يقع على الولايات المتحدة الأمريكية كدولة قائمة بالاحتلال بهذا الشأن،

وقد جرى تنبيه الولايات المتحدة وأجهزتها المعنية بضرورة تطبيق التزاماتها الدولية ولكن دون جدوى، حيث يؤكد فيليب فلاندران في كتابه (نهب العراق) أنه تم إخطار الإدارة الأمريكية بإمكانية حدوث عمليات نهب على نطاق واسع لعدد من المنشآت الثقافية والتاريخية العراقية مثل المكتبة الوطنية والمتحف العراقي، وذلك قبل اجتياح العراق وكانت قيادة الجيش الأمريكي، ووكالة الاستخبارات المركزية الأمريكية، ومجموعة الهيئات العلمية الأمريكية هي التي أطلقت مثل هذا الإخطار، ومع ذلك ورغم كل هذه الإنذارات كانت المؤسسة الوحيدة التي تمت عملية توفير الحماية لها هي وزارة النفط، وترتب على ذلك أن اختفت عدة قطع تأريخية قديمة تشكل شواهد حية على حضارات بلاد ما بين النهرين، وهذا كله تم تحت إشراف المافيا الدولية التي تمارس تجارة الأعمال الفنية والقطع الأثرية القديمة[٣٠]

من جانب آخر تشير آن تالبوت إلى دور مفترض للحكومة الأمريكية في سرقة الممتلكات الثقافية العراقية من خلال نفوذ المجلس الأمريكي للسياسة الثقافية، وهو مجلس أسس عام ٢٠٠١ من قبل مجموعة من هواة جمع القطع الفنية والأثرياء لممارسة الضغط ضد قانون تنفيذ الملكية الثقافية الذي يحاول أن ينظم سوق الفن ويوقف تدفق السلع المسروقة على الولايات المتحدة، وكان هذا المجلس وقبل أن تبدأ الحرب قد اجتمع مع مسؤولين في البنتاغون ليعلنا عن قلق شديد على الآثار العراقية. وهم يعنون بهذا القلق طبقاً لوليام بيرلشتاين أمين صندوق المجلس الذي يصف القوانين العراقية بشأن الآثار بأنها استبقائية، كما أن البروفسور جون ميريمان من كلية الحقوق بجامعة ستانفورد وهو عضو في المجلس الأمريكي للسياسة الثقافية ووضع مبادئ المجلس في مذكرة عام ١٩٩٨ ذهب فيها إلى أن حقيقة أن شيئا فنياً قد سرق لا تمنع بحد ذاتها من استيرادها إلى الولايات المتحدة وهو يزعم بأن (وجود سوق يحفظ الأشياء الثقافية التي يمكن لولا ذلك أن تدمر أو تهمل، وذلك بمنحها قيمة سوقية، وفي تجارة مشروعة مفتوحة في الأشياء الثقافية يمكن لهذه الأشياء أن تتحرك نحو الناس والمؤسسات التي تقدرها أكثر، ولهذا فإنها على الأرجح أكثر اعتناءً بها)[٣١].

الفرع الثاني: مدى تعاون الدول القائمة بالاحتلال وغيرها في حماية واستعادة الممتلكات الثقافية العراقية المسروقة.[٣٢]

بعد وقوع عمليات النهب والتخريب التي أعقبت الغزو الأمريكي للعراق صدرت بعض الإجراءات ذات الطابع القانوني التي من شأنها معالجة جزء بسيط للغاية من الآثار التي تترتب على عملية تخريب التراث العراقي ونهبه، فقد أصدر مكتب المساعدات الخارجية قراراً يرفع بموجبه معظم عقوبات الحظر التي كانت مفروضة على العراق، ولكن المادة الرابعة لا تزال تمنع تداول الممتلكات التراثية أو الثقافية أو الحضارية أو التاريخية أو الدينية العراقية التي أخذت بشكل غير قانوني من المتحف الوطني العراقي أو المكتبة

الوطنية أو أماكن أخرى منذ ٦ آب ١٩٩٠ أي تعامل أو تداول لأي من هذه القطع بما فيها القطع التي تدور حولها بعض الشكوك بأنها أخذت بطريقة غير قانونية يبقى محظوراً بموجب القانون رقم (٣١) الجزء (ب) من المادة (سي أف آر ٥٧٥). وكذلك فإن مجلس الأمن الدولي في قراره المرقم (١٤٨٣) يحمي التراث العراقي طبقاً للفصل السابع منه وذلك من خلال منع تداول الممتلكات التراثية أو الثقافية أو الحضارية أو التاريخية أو الأثرية أو الدينية العراقية التي أخذت بشكل غير قانوني من المتحف الوطني العراقي أو المكتبة الوطنية أو أماكن أخرى[٣٣]. فإذا كانت قرارات مجلس الأمن الدولي الصادرة بعد العام ٢٠٠٣ قد شرعنت احتلال العراق إلا إنها أشارت من جانب آخر إلى أهمية حماية الممتلكات الثقافية العراقية، إذ أشير في القرار ١٤٨٣ الصادر بتاريخ ٢٢ أيار ٢٠٠٣ إلى إن المجلس يشدد على ضرورة احترام التراث الأثري والتاريخي والثقافي والديني للعراق ومواصلة حماية مواقع الآثار والمواقع التاريخية والثقافية والدينية والمتاحف والمكتبات والآثار، كما ان المجلس في القرار أعلاه وهو يتصرف بموجب الفصل السابع من الميثاق قد قرر في الفقرة (٧) منه وجوب أن تتخذ جميع الدول الأعضاء، الخطوات المناسبة لتيسير أن تعود بسلام إلى المؤسسات العراقية تلك الممتلكات الثقافية العراقية والأشياء الأخرى ذات الأهمية الأثرية والتاريخية والثقافية وذات الأهمية العملية النادرة وذات الأهمية الدينية، التي أخذت بصورة غير قانونية من المتحف الوطني العراقي والمكتبة الوطنية ومن مواقع أخرى في العراق منذ تاريخ القرار ٦٦١ (١٩٩٠) والمؤرخ في ١٦ آب ١٩٩٠، بما في ذلك عن طريق فرض حظر على الاتجار بهذه الأشياء أو نقلها وكذلك الأشياء التي من المعقول الاشتباه في انها أخذت بصورة غير قانونية، ويطلب إلى منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة . اليونسكو ـ والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية . الأنتربول . والمنظمات الدولية الأخرى، حسب الاقتضاء، المساعدة في تنفيذ هذه الفقرة).

إن هذه الإشارة الصريحة التي وردت في الفقرة (٧) من قرار مجلس الأمن الدولي المرقم ١٤٨٣ قد ألزمت كافة الدول باتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الممتلكات الثقافية العراقية وضمان عودتها إلى العراق، بل إن الحماية امتدت لتشمل كافة الممتلكات الثقافية العراقية منذ تاريخ اتخاذ القرار ٦٦١ في ١٦ آب ١٩٩٠، بحيث منع القرار الاتجار فيها أو نقلها، كما فرض التزاماً على المنظمات الدولية المعنية بتقديم المساعدة لتنفيذ هذه الفقرة، وبالنتيجة فإن هناك التزاماً قانونياً ثابتاً بموجب القرارات المذكورة يقع على كاهل الأطراف ذات العلاقة والمذكورة في هذه القرارات الملزمة للجميع بموجب المادة (٢٥) من الميثاق، بل ان سمة الإلزام الثابتة لهذه القرارات بخصوص الموضوع المتقدم مقدمة على التزاماتهم الأخرى استناداً لنص المادة ١٠٣ من الميثاق[٣٤].

ويبدو أن هناك نوعاً من التعاون أظهرته بعض دول العالم وبصورة محدودة للغاية في سبيل استعادة الممتلكات الثقافية العراقية فيما عدا الكويت وإيران التي يصف أحد الكتاب موقفها بعدم المبالاة العجيبة

من هذه الكارثة الثقافية، فقد صادرت إيطاليا أكثر من ٣٠٠ قطعة أثرية عراقية كما صادرت سوريا أكثر من ٢٠٠ قطعة وتم وضع اليد على أكثر من ٣٠٠٠ قطعة أثرية عراقية، أما الأردن فقد صادرت أكثر من ١٠٠٠ قطعة وتم وضع اليد في الولايات المتحدة على حوالي ٦٠٠ قطعة.

من جانب آخر هناك إجراءات ذات طابع قانوني سوف تساهم في حماية هذه الآثار المسروقة فسويسرا التي تعد المكان الأشهر لبيع الآثار المسروقة قامت أخيراً بالتصديق على اتفاقية اليونسكو حول الملكية الحضارية لعام ١٩٧٠ وذلك في تشرين الأول ٢٠٠٣وهي الاتفاقية التي ظلت العمود الفقري للجهود الدولية لمكافحة التجارة في الآثار المسروقة، كما صادقت الولايات المتحدة على هذه الاتفاقية عام ١٩٨٣ وشرّعت بريطانيا قانوناً يجعل المتاجرة بالآثار المسروقة أو المكتشفة أو المأخوذة بصورة لا شرعية مهما كان مصدرها جريمة يعاقب عليها القانون[35].

الخاتمة

مثلت عملية نهب التراث الثقافي العراقي أحد أبرز الآثار السلبية والمأساوية التي ترتبت على عملية غزو العراق من جانب الولايات المتحدة وبريطانيا وبمساعدة دول اخرى،إلا إن البحث في الجانب القانوني لهذه المسألة يرينا ان المسؤولية الأساسية الناتجة عن عملية تخريب ونهب التراث الثقافي العراقي إنما تتحملها الولايات المتحدة التي لم تقم باحترام التزاماتها التي تفرضها عليها الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم حالة الحرب أو الاتفاقيات الدولية الأخرى التي عالجت مواضيع تتعلق بحماية التراث الثقافي للشعوب كاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ والبروتوكول الأول والثاني الملحقين بها.

ومع ذلك فإن الدول المعنية أو بعض منها قد قامت باتخاذ إجراءات قانونية وهي إجراءات محدودة ولا تخلي هذه الدول من المسؤولية بهدف استعادة التراث الثقافي العراقي المنهوب أو المتداول بصورة غير شرعية إلا أنه تبقى هناك إجراءات أخرى من الضروري اتخاذها، منها:

١. معالجة الثغرات القانونية الموجودة في التشريعات المحلية للدول التي تعد سوقاً رائجة للآثار، وبقية المواد التي تعد من الممتلكات والتراث الثقافي العراقي على وجه التحديد.
٢. التركيز من الناحية الإعلامية على ضرورة استعادة التراث الثقافي للعراق والذي تعرض للنهب عقب الغزو الأمريكي في كل وقت وفي أقرب فرصة ممكنة للتذكير بهذه المأساة الإنسانية بصورة مستمرة.
٣. ضرورة العمل مع المنظمات الدولية والإقليمية المعنية بالتراث الثقافي للإنسان من اجل المساعدة في استعادة الآثار والقطع الفنية المنهوبة.

٤. العمل منذ اللحظة في توفير إطار معلوماتي وبحثي وآثاري وقانوني للمطالبة بإعادة الآثار والممتلكات الثقافية العراقية الأخرى المنهوبة والدعوة بشكل أساسي الى تحميل الولايات المتحدة وحلفائها المسؤولية الدولية الكاملة عن هذا الخرق لقواعد القانون الدولي فضلاً عن التشريعات المحلية والأخلاق الدولية.

٥. العمل على دراسة امكانية اصدار قانون جديد للاثار والتراث يحل محل القانون رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ الذي تشوبه حالة من حالات عدم الانسجام مع بعض نصوص دستور عام ٢٠٠٥ وفي ضوء حجم الكارثة التي تعرضت لها الممتلكات الثقافية العراقية نتيجة الاحتلال الامريكي فعلى سبيل المثال:

أ- تمنح المادة ٤٨/اولاُ/ ج من القانون المذكور رئيس السلطة الاثارية ويراد به طبقاً للمادة ٤/رابعاً رئيس الهيئة العامة للاثار والتراث- سلطة قاضي جنح لممارسةالاختصاصات المنصوص عليها في الفقرة ب/البند اولا/م٤٨ وهي فقرة تنص على ان رئيس السلطة الاثارية يختص بالفصل في الدعاوى الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في المواد ١٩، ١٥، ١٢ /اولاً، ٢٠/اولاً وثالثاً ٢٢، /اولاً وثالثاً، ٣٦.

ب-ان منح رئيس السلطة الاثارية سلطة قاضي جنح فية اخلال واضح بمبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ استقلال القضاء المنصوص عليه في كافة الدساتير العراقية ومنها دستور عام ٢٠٠٥ في المادة (١٩/أولاً)، وهذا يعني من جانب آخر عدم دستورية النص المذكور والذي يمكن الطعن فيه مباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا استناداً لاختصاصها الثابت طبقاً للمادة (٩٣/ثالثاً) من الدستور، فهو موظف تابع للسلطة التنفيذية لا يجوز منحه سلطة قاضي بأي شكل من الاشكال.

ج. تخل المادة ٤٨/اولاُ/د بمبدأ الفصل بين السلطات عندما تمنح وزير العدل سلطة تسمية قاضي من الصنف الثاني في الاقل كرئيس لهيئة استئنافية دائمة ومن عضوين يسميهما وزير الثقافة، وتكون قرارات الهيئة باتة يجري الطعن امامها بالقرارات والاحكام التي يصدرها رئيس السلطة الاثارية بصفته قاضي جنح خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الحكم او القرار او اعتباره مبلغاً .

٦-العمل على تاسيس محكمة مختصة تقوم باصدار الاحكام الجزائية على من يرتكب احدى الجرائم ذات الصلة بالمواد الاثرية والتراثية نظراً لعمليات النهب التي يتعرض لها التراث العراقي وآثار العراق، خاصة وان المادة ١١٣ من الدستور العراقي قد وفرت حماية للممتلكات الثقافية العراقية وعدتها من الثروات الوطنية، حيث نصت على (تعد الآثار والمواقع الأثرية والبنى التراثية والمخطوطات

والمسكوكات من الثروات الوطنية التي هي من اختصاص السلطات الاتحادية، وتدار بالتعاون مع الأقاليم والمحافظات، وينظم ذلك بقانون).

٧. العمل على اصدار قانون خاص يعالج موضوع استعادة الاثار العراقية وبقية الممتلكات الثقافية الاخرى التي جرى نهبها قبل عام ٢٠٠٣ وبعد التاريخ المذكور، وهذا امر يتطلب تبني مشروع وطني حقيقي وجاد للعمل على تحقيق الهدف المذكور، ويمكن ان تكون هناك جهات عدة ذات فائدة فارسال بعثات دراسية الى خارج العراق مع تحديد مواضيع معينة للدراسة تتعلق بالاثارالعراقية والممتلكات الثقافية الاخرى المنهوبة للتعريف بها على مستويات عدة قانونية واثارية وغيرها كل هذه الاجراءات ستكون ذات فائدة وان كان على المدى البعيد، فضلاً عن ضرورة تبني فكرة قيام سوق في العراق لبيع وشراء وتداول الآثار العراقية وغير العراقية ضمن ضوابط وحدود قانونية تنسجم مع المبدأ المقر في الشريعة الإسلامية ومضمونه إذا ضاق الأمر اتسع.

٨. العمل على إصدار قرار جديد ملزم عن مجلس الأمن الدولي يلزم الدول الأعضاء في المنظمة الدولية بالبحث والتقصي عن الآثار العراقية المسروقة منذ تاريخ اتخاذ القرار ٦٦١ في العام ١٩٩٠، فضلاً عن ضرورة ان تقوم جامعة الدول العربية بتبني مشروع لحماية الممتلكات الثقافية التي تعود لدول الجامعة من خلال ابرام اتفاقية عربية بهذا الخصوص اذا ظهر لاصحاب الاختصاص فعالية مثل هذه الاتفاقية.

الهوامش

[1] سبق وأن قمت بنشر هذا البحث في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية التي تصدر عن الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية ومقرها في كلية الحقوق/ جامعة القاهرة/ العدد (٢٥) نيسان/ ٢٠٠٧ وهي مجلة نصف سنوية إلا انني بعد فترة لاحظت وجود بعض الهفوات التي عملت على تجاوزها في هذه النسخة وهنا اجد نفسي مدفوعاً للتذكير بما قاله العماد الاصبهاني (اني رأيت انه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر).

[2] أنظر في الإشارة لهذه الفروع أحمد الرشيدي، بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والخمسون، ١٩٩٩، ص٨٢-٨٩,

[3] أنظر جانباً من المضامين التي تعرضت لها هذه الاتفاقية، علي خليل اسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي/ دراسة تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص١٤٤-١٤٨,

[4] علي خليل اسماعيل الحديثي، المصدر السابق، ص٢١.

توجد في حقيقة الأمر اتفاقيات دولية أخرى عنت بموضوع الممتلكات الثقافية وضرورة حمايتها عقدت برعاية اليونسكو كاتفاقية صيانة التراث العالمي الثقافي لعام ١٩٧٢، واتفاقية حظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠ السابق الإشارة إليها، والاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف المعدلة لعام ١٩٧٩ ولحماية الممتلكات الثقافية جذور تاريخية من الناحية الاتفاقية ترجع إلى الاتفاقية العامة لحماية البعثات العلمية لعام ١٨٨٥ واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لعام ١٨٨٦، واتفاقية لاهاي لعام ١٨٩٩، ١٩٠٧ بخصوص حماية الممتلكات الثقافية وقت الحرب، واتفاقية سان جرمان لعام ١٩١٩، ومعاهدة باريس لعام ١٩٢٨ المعروفة باسم معاهد نبذ الحرب.

[5] فيتوريو مينتي، آفاق جديدة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، دخول البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي ١٩٥٤ حيز التنفيذ، ص٦، متاح على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

www.icrc.org

[6] جاء في الأسباب الموجبة لإصدار هذا القانون (من أجل الحفاظ على الأبنية الأثرية في جمهورية العراق باعتبارها موروثاً ثقافياً وعلمياً يمثل الهوية الحضارية للشعب وذات صلة مباشرة في نشوء حضارته وارتقائها عبر العصور ودوره الفاعل في مد الحضارة الإنسانية بأولى مقوماتها الأساسية مما اقتضى تسجيل هذا التراث وحمايته وصيانته ومنع التجاوز عليه أو تخريبه كي تبقى معالمه شاخصة أمام أنظار الناس تحكي دور الإنسان العراقي المتميز في وضع اللبنة الأولى لبناء الحضارة الإنسانية منذ نشأتها، ومن أجل وضع عقوبات تمنع حيازة تلك الآثار أو التلاعب بها أو إخراجها إلى البلدان الأخرى، إلا ما يسمح بحيازتها استثناءً لاعتبارات المصلحة العامة وبما يؤمن حمايتها والإبقاء عليها في العراق، ومن أجل حماية التراث وصيانته شرع هذا القانون).

والحقيقة إن العام ٢٠٠٢ قد شهد اعتبار عدة مواقع في العراق كمواقع أثرية وتم الإعلان عن ذلك في جريدة الوقائع العراقية.

[7] أنظر بخصوص الحماية الممنوحة للممتلكات الثقافية بموجب اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ بحث الأستاذ هايك سبيكر، حماية الأعيان الثقافية وفقا لقانون المعاهدات الدولية، منشورا في الكتاب المعنون دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، ص٢٠٧-٢١٤,

[8] دخل البروتوكول الثاني حيز التنفيذ بعد إيداع وثيقة التصديق العشرين وفقاً لمادته (٤٣) والحقيقة أن ما جاء به هذا البروتوكول يعد تقدما حاسما في اتجاه تحسين وضع الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح. أنظر بخصوص إعداد هذا البروتوكول، فيتوريو مينتي، المصدر السابق، ص٣,

[9] فيتوريو مينتي، المصدر السابق، ص٧.

10 المصدرنفسه، ص٩.

يتمثل أحد أسباب خرق اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ وخاصة فيما يتعلق بنظام الحماية في إمكانية الاحتجاج بالضرورة العسكرية وهي عبارة أدخلت في نصوص الاتفاقية بضغط من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة اللتين جعلتا منها شرطاً لابد منه لمشاركتهما.

11انظرهذه القواعد في جون . ماري هنكرتس، لويز دوزوالد . بيك، القانون الدولي الانساني العرفي، المجلد الاول، القواعد، القاهرة،٢٠٠٧ ، ص ١١٤. ,١٢٣

12انظر نص المادة ١١ الخاصة بالحماية المعززة من البروتوكول الاضافي الثاني. من جانب آخر تم استثناء المتاجرة بمواد اثرية ضبطت بحوزة احد الاشخاص داخل العراق غير مشمولة بقانون العفو استثنى من احكامه جرائم تهريب الاثار وهذا ما اشارت اليه الهيئة التمييزية في رئاسة محكمة استئناف ذي قار الخاصة بتطبيق قرار العفو رقم ١٩ لعام ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٦.

انظر القرار ذي العدد ١٦/ت / لجنة العفو / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/٢٦ منشوراً في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث (تموز ، اب ، أيلول) ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٦ – ٢٢٧.

13راجع المواد ١٣-١٤ بخصوص فقدان الحماية المعززة وتعليقها والغائها، وراجع بخصوص المسؤولية الجنائية والولاية القضائية احكام الفصل الرابع من البروتوكول الثاني.

14أنظر بخصوص تعريف الاحتلال من الناحية القانونية، ومتى يبدأ تطبيق قانون الاحتلال موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

www.ICRC.org/web/ara/sitera0.nsf/html/63pc4p

15العراق/ مسؤوليات دول الاحتلال، وثيقة صادرة عن منظمة العفو الدولية MDE14/089/2003 متاح على موقع منظمة العفو الدولية على شبكة الانترنيت.

16أنظر بخصوص هذه المسؤوليات، الوثيقة الصادرة عن منظمة العفو الدولية، العراق ومسؤوليات دول الاحتلال، المصدر السابق.

17علي خليل الحديثي، المصدر السابق، ص,٥٩

18 انظر الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للامم المتحدة A/Res/56/83 الدورة السادسة والخمسون / البند ١٦٢ من جدول الاعمال/ قرار اتخذته الجمعية العامة بناءً على تقرير اللجنة السادسة Corr.1,A/56/589

19 قيجي هي، مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، جنيف ٢٣ نيسان . ١ حزيران ٢٠٠١، ص٣-٤. مشار لهذه المادة أيضاً في الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة/ لجنة القانون الدولي/ الدورة الثالثة والخمسون، جنيف ٢٣ نيسان- ١ حزيران ٢٠٠١ و٢ تموز آب ٢٠٠١ والمرقمة A/VN.4IL.602 في أيار ٢٠٠١، ص٥. أنظر ملخصاً لهذه القضية التي أصدرت محكمة العدل الدولية حكماً فيها في موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادر عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٢، ص٢٦١-٢٧١.

20 موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، المصدر السابق، ص٧٦.

21 إيمانوئيلا . شيارا جيلارد، إصلاح الأضرار الناتجة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، متاح على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

www.icrc.org/web/ara/siteara0.nsf/htm/all/review-851-p111/$file/5-repatriations-for-violation.pdf

22 قيجي هي، المصدر السابق، ص١٤.

أنظر بخصوص شرط كون الالتزام نافذا إزاء الدولة المادة (١٨) من مشروع مسؤولية الدول لعام ١٩٩٧ بفقراتها الخمس.

23 المصدر نفسه، ص١٤-١٥

24المصدر نفسهُ ، ص١٦ أنظر أيضاً موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، ١٩٤٨-١٩٩١، المصدر السابق، ص٨٧.

25 ايمانويلا . شيارا جيلارد، المصدر السابق، ص٢، الهامش رقم ٨ في ص١٤.

أنظر كذلك بخصوص المعاهدات التي توفر الحماية للممتلكات الثقافية وفيما إذا كانت دول مثل الولايات المتحدة وبريطانيا وفرنسا وألمانيا قد صدقت عليها أو انضمت إليها أم لا وهي دول تضم آثاراً عراقية مسروقة، عبد الكريم الجبوري، الحماية القانونية للآثار وطنياً ودولياً، بحث منشور في كتاب تحت عنوان الحماية القانونية للآثار العراقية، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١، ص٦٧-٨١.

26 ايمانويلا . شيارا جيلارد، المصدر السابق، ص٢-٣.

27 هايك سبيكر، المصدر السابق، ص٢٢٣-٢٢٤.

28 هايك سبيكر، المصدر السابق، ص٢٢٥.

29 نصت المادة ٢٢ من البروتوكول الثاني الاضافي الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤ على ((١- ينطبق هذا البروتوكول في حالة نزاع مسلح لا يتسم بطابع دولي يقع داخل اراضي احد الاطراف. ٢- لا ينطبق هذا البروتوكول على اوضاع الاضطرابات والتوترات الداخلية مثل احداث الشغب واعمال العنف المنعزلة والمتفرقة وغيرها من الاعمال المماثلة. ٣- ليس في هذا البروتوكول ما يتذرع به لغرض النيل من سيادة دولة ما او من مسؤولية الحكومة عن القيام بكل الوسائل المشروعة بحفظ او اعادة سيادة القانون والنظام في الدولة، او الدفاع عن الوحدة الوطنية للدولة وسلامة اراضيها. ٤- ليس في هذا البروتوكول ما يخل بالولاية القضائية الاساسية لطرف يدور على اراضيه نزاع مسلح لا يتسم بطابع دولي حول الانتهاكات المنصوص عليها في المادة ١٥. ٥- ليس في هذا البروتوكول ما يتذرع به كمبرر للتدخل على نحو مباشر او غير مباشر ولأي سبب من الاسباب، في النزاع المسلح او في الشؤون الداخلية او الخارجية للطرف الذي يدور النزاع على اراضيه. ٦-لا يؤثر تطبيق هذا البروتوكول على الوضع المشار اليه في الفقرة (١) على الوضع القانوني لاطراف النزاع. ٧- لمنظمة اليونسكو ان تعرض خدماتها على اطراف النزاع)).

30 أنظر صحيفة الشراع، العدد ١٤٤، الأربعاء ٨ آب ٢٠٠٤.

يؤكد فيليب فلاندران على الدور الذي لعبه الجواسيس الإنكليز تاريخياً في نقل الكثير من القطع الأثرية العراقية إلى أوربا،وهو لا يتردد في القول أن الجنود الأمريكيين يحلون اليوم محلهم، ويتساءل أية ذبابة لدغت جيش

الولايات المتحدة وأدت إلى شلله خلال عشرة أيام تلت سقوط بغداد؟ ففي الثامن من نيسان ٢٠٠٣ اقتربت قوات العقيد الأمريكي إريك شوارتز من المتحف الوطني العراقي حيث اقترب منه أحد مسؤولي المتحف ليقول له: سيادة العقيد لم يبق أحد سوى ثلاثة حراس بدون سلاح من أجل حماية المتحف الوطني العراقي. إن هذا المبنى يحتوي على ثروات لا تقدر بثمن. إنها الإرث التاريخي لمنطقة بلاد ما بين النهرين فافعل شيئاً من أجل حماية هذا المتحف، كان المطلوب من وحدة العقيد شوارتز أن تحافظ على النظام في المنطقة التي احتلتها لكن لم تكن لديه حسب خارطة الطريق التي بين يديه أي تعليمات توكل إليه مهمة حماية الممتلكات أو الأشخاص أو المتاحف وبالتالي لم تعط أُذنا صاغية لما طلبه مسؤول المتحف العراقي منه. في اليوم التالي ٩ نيسان جدد أحد الحراس الثلاثة الذين بقوا في المتحف الطلب إلى الجنود الأمريكيين في الفرقة الثالثة مشاة التي كانت ما تزال موجودة قرب المتحف وكان هناك وقت لإنقاذ المتحف وكانت أصوات إطلاق النار قد سكتت في منطقة القطارات المجاورة للمتحف.....

31 آن تالبوت، الحكومة الأمريكية متورطة في سرقة مدبرة للكنوز الفنية العراقية، مجلة المستقبل العربي، العدد ٢١٩، السنة ٥/٢٠٠٣، ص٨٨-٨٩.

من الجدير بالذكر أن رئيس اللجنة الاستشارية للبيت الأبيض للشؤون الثقافية مارتن ساليفن قد استقال يوم ١٤ نيسان معتبراً أن نهب متحف بغداد كان مأساة يمكن توقعها ومنعها.

32 إن تعبير المصادرة الوارد في هذا القسم من البحث لا يعني أن القطع الأثرية المصادرة قد أعيدت إلى العراق.

33 Release.htm20%http://ws.cc.stonybrook.edu/usaidhead/A dos

34 نصت المادة (٢٥) من ميثاق الأمم المتحدة على (يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق) في حين نصت المادة ١٠٣ من الميثاق على (إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق).

35 أنظر مقال روجر آثوود المعنون، أوقفوا اللصوص من أجل استعادة كنوز العراق المنهوبة، المنشور في صحيفة المدى، العدد ٢٣٦ الصادر يوم الاثنين المصادف ٢٥ تشرين الأول ٢٠٠٤، ص٣.

المصادر

١. الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للامم المتحدة A/Res/56/83 الدورة السادسة والخمسون/ البند ١٦٢ من جدول الاعمال/ قرار اتخذته الجمعية العامة بناءً على تقرير اللجنة السادسة <Corr.19A/56/589 .

٢. أحمد الرشيدي، بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس والخمسون، ١٩٩٩.

٣. آن تالبوت، الحكومة الأمريكية متورطة في سرقة مدبرة للكنوز العراقية، مجلة المستقبل العربي، العدد ٢١٩، السنة ٥/٢٠٠٣.
٤. جون . ماري هنكرتس، لويز دوزوالد . بيك، القانون الدولي الانساني العرفي، المجلد الاول، القواعد، القاهرة،٢٠٠٧
٥. صحيفة الشراع، العدد ١٤٤، الأربعاء ٨ آب ٢٠٠٤.
٦. روجر آثوود ، أوقفوا اللصوص من أجل استعادة كنوز العراق المنهوبة، مقال منشور في صحيفة المدى، العدد ٢٣٦ الصادر يوم الاثنين المصادف ٢٥ تشرين الأول ٢٠٠٤
٧. عبد الكريم الجبوري، الحماية القانونية للآثار وطنياً ودولياً، بحث منشور في كتاب تحت عنوان (الحماية القانونية للآثار العراقية)، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١.
٨. علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي/ دراسة تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
٩. قيجي هي، مشروع تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، جنيف، ٢٣ نيسان . ١ حزيران ٢٠٠١.
١٠. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادر عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣.
١١. الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة/ لجنة القانون الدولي/ الدورة الثالثة والخمسون، جنيف، ٢٣/ نيسان . ١ حزيران ٢٠٠١، و٢ تموز . ١٠ آب ٢٠٠١ والمرقمة المرقمة A/VN.4IL.602 في أيار ٢٠٠١.
١٢. هايك سبيكر، حماية الأعيان الثقافية وفقاً لقانون المعاهدات الدولية، بحث منشور في كتاب تحت عنوان (دراسات في القانون العام الدولي الإنساني) دار المستقبل العربي.

مواقع الانترنيت:

١. العراق/ مسؤليات دول الاحتلال، وثيقة صادرة عن منظمة العفو الدولية MDE14/089/2003 متاح على موقع منظمة العفو الدولية على شبكة الانترنيت.
٢. إيمانؤيلا . شيارا جيلاد، إصلاح الأضرار الناتجة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، متاح على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
٣. فيتوريو مينتي، آفاق جديدة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، دخول البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي ١٩٥٤ حيز التنفيذ، متاح على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر:
www.icrc.org
4. www.ICRC.org/web/ara/sitera0.nsf/html/63pc4p

5. www.icrc.org/web/ara/sitеara0.nsf/htm/all/review-851-p111/$file/5-repatriations-for-violation.pdf
6. Release.htm20%http://ws.cc.stonybrook.edu/usaidhead/A dos

الجرائم الماسة بالمحميات الطبيعية

– دراسة مقارنة –

أ.م.د. فراس ياوز عبد القادر

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمـــة

لـــم تحظـــى البيئـــة باهتمـــام او حمايـــة او رعايـــة كافيـــة إلا مـــن حـــوالي ثلاثـــون عامـــا تقريبـــاً وذلـــك عنـــدما عقـــدت الامـــم المتحـــدة المـــؤتمر العـــالمي للبيئـــة البشـــرية فـــي ســـتوكهولم فـــي العـــام (١٩٧٢) ، وذلـــك لمواجهـــة التلـــوث الشـــديد للبيئـــة الـــذي هـــدد البيئـــة واخـــذ يهـــدم فـــي نظمهـــا الايكولوجيـــة ، حيـــث تنبهـــت الـــدول والمنظمـــات العالميـــة فـــي مجـــال حمايـــة البيئـــة لهـــذا الخطـــر وتعاونـــت علـــى انشـــاء اتفاقيـــات المقصـــود منهـــا حمايـــة البيئة ووضع القوانين اللازمة للمحافظة عليها(١).

وحيـــث ان المحميـــات الطبيعيـــة جـــزء لا يتجـــزأ مـــن البيئـــة بـــل انهـــا تعـــد مـــن اشـــد الامـــاكن التـــي تتـــأثر بالتولـــث حيـــث ان بهـــا مـــن الكائنـــات الحيـــة وغيـــر الحيـــة مـــا لا يتكـــرر فـــي مكـــان اخـــر مـــن العـــالم لـــذلك ســـارعت الـــدول الـــى فـــرض الحمايـــة علـــى هـــذه الامـــاكن للحفـــاظ عليهـــا مـــن التـــدهور ، حيـــث ان انقـــراض نـــوع معـــين او تلـــف شـــيء معـــين قـــد لا يعوض مرة اخرى .

وهـــو مـــا اكـــد عليـــه المبـــدأ الثـــاني مـــن اعـــلان ســـتوكهولم للبيئـــة البشـــرية والـــذي جـــاء فيـــه : " يتعـــين الحفـــاظ لصـــالح الجيـــل الحاضـــر والأجيـــال المقبلـــة علـــى المـــوارد الطبيعيـــة لـــلارض بمـــا فـــي ذلـــك الهـــواء والميـــاه والتربـــة والحيوانـــات والنباتـــات وبالخصـــوص العينـــات

النموذجية من النظم الايكولوجية الطبيعية وذلك بواسطة التخطيط او الادارة بعناية على النحو المناسب "[٢].

كما ان حماية المحميات الطبيعية تستهدف صون الموارد الحية والمحافظة على صحة العمليات البيئية في النظام البيئي والمحافظة على التنوع الوراثي في مجموعات الكائنات الحية التي تتفاعل في اطار النظام البيئي والمحافظة على قدرتها على اداء ادوارها واجراء البحوث والدراسات العلمية والقيام بالارصاد البيئية فضلاً عن السياحة ومحاولة تحقيق ارباح من الزيارات التي تتم لتلك المحميات وخاصة وانها تتصل بتمتع الجمهور بالموارد الطبيعية في المنطقة بمناظرها وتراثها الحضاري[٣].

وقد تزايدت الحاجة الى وضع تشريعات وقوانين لحماية البيئة بصفة عامة والمحميات الطبيعية بصفة خاصة بعد التقدم الصناعي والتقني المطرد في جميع المجالات التنموية فهذا التطور سلاح ذو حدين فهو من جانب يساهم في الرقي الحضاري للامم إلا انه من جانب اخر له آثار جانبية خطيرة اصابت البيئة التي نعيش فيها بالتلوث ولعل من ابرز الاثار الجانبية هو الإخلال بالتوازن البيئي[٤] .

وبالتالي تعرض العديد من اصناف النباتات والحيوانات الى خطر الانقراض الامر الذي دفع العديد من الدول الى انشاء المحميات الطبيعية لتجنب هذه الآثار ، بل ان بعضاً منها وصل الى درجة تخصيص يوم وطني للمحميات الطبيعية وثبتت بعض الدول في دساتيرها اشارة الى ضرورة الاهتمام بها ووضع برامج لحماية الثروة النهرية والبيئة والحياة الفطرية وتطوير المحميات الموجودة واستحداث جديدة حتى ان بعض الدول اسست مجلس او هيئة عليا خاصة بالمحميات الطبيعية[٥] .

وبالمقابل نجد ان عدداً اخر من الدول يعد مفهوم صون الطبيعة فيها وادارتها وحماية ثرواتها البحرية مفهوماً جديداً وبالتالي لا توجد التشريعات المناسبة له ومن هذه الدول العراق حيث لا يوجد قانون خاص بالمحميات الطبيعية حتى وقت كتابة هذا البحث ، حيث لا يزال هذا الموضوع مجرد مشروع قانون يناقش في كل من وزارتي البيئة والزراعة العراقية عن طريق لجنة مشتركة من اجل اصدار قانون خاص بالمحميات الطبيعية[٦] .

ونظراً لندرة الابحاث والدراسات والكتب القانونية التي تناولت هذا الموضوع ومن اجل سد النقص الحاصل في التشريع العراقي فيما يخص اصدار قانون لحماية المحميات الطبيعية من اية افعال تشكل مساساً بها ، فقد وقع اختيارنا على الكتابة

في هذا الموضوع تحت عنوان ((الجرائم الماسة بالمحميات الطبيعية)) من خلال ستة مطالب : نتناول في المطلب الاول مفهوم المحميات الطبيعية ، وفي المطلب الثاني والثالث والرابع والخامس والسادس الجرائم الماسة بالمحميات الطبيعية ثم ننهي بحثنا بخاتمة نورد فيها الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث .

المطلب الأول

مفهوم المحميات الطبيعية

لبيان هذا الموضوع بشكل مفصل ينبغي تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة نقاط نخصص الاولى منها لتعريف المحميات الطبيعية ، والثانية نتناول فيها مناطق المحميات الطبيعية ونطاقها وانواعها والثالثة نتطرق فيها الى موقف القوانين العقابية الخاصة من المحميات الطبيعية .

اولا :- تعريف المحميات الطبيعية

هي مناطق طبيعية من الأرض او البحر او المسطحات المائية ذات حدود معينة تتمتع بالحماية القانونية للمحافظة على تنوعها الاحيائي الحيواني والنباتي من الاستغلال الجائر او التغييرات الطبيعية المهلكة .

وتتميز كلها او اجزاء منها بخصائص وتنوع احيائي وجيوفيزيائي وجيولوجي ، كما تمثل جزءً من الاساس المادي للطبيعة والحياة وكمستودع دائم لموارد اقتصادية او جمالية او حضارية مهددة بالتدهور او معرضة للانقراض مما يستدعي الامر لحمايتها وصونها بدرجات متفاوتة وشحذ همم الاجهزة السياسية والمعنية لاتخاذ الاجراءات والتشريعات العلمية اللازمة لذلك[٧] .

كما عرف الاتحاد الدولي لحفظ وصون الطبيعة المحميات الطبيعية بانها " اي منطقة من البر او البحر التي تعلن لحماية التنوع البيولوجي او البيئي او التراثي وتدار من خلال وسائل قانونية او اي وسائل اخرى مؤثرة "[٨] .

هذا وقد اخذت معظم الدول في قوانينها المنظمة لحماية المحميات الطبيعية بهذا التعريف مع الاختلاف في الصياغة القانونية ، فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون المصري عرف المحميات الطبيعية في المادة (١) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٠٢) لسنة ١٩٨٣ المعدل والتي نصت على ما يأتي[٩] :-

" يقصد بالمحمية الطبيعية في تطبيق أحكام هذا القانون أي مساحة من الأرض أو المياه الساحلية أو الداخلية تتميز بما تضمنته من كائنات حية نباتية أو حيوانات أو اسماك أو ظواهر طبيعية ذات قيمة ثقافية أو علمية أو سياحية أو جمالية ويصدر بتحديدها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح جهاز شؤون البيئة بمجلس الوزراء "(١٠) .

هذا وقد وصل عدد المحميات الطبيعية على مستوى الكرة الأرضية أكثر من (٧٠٠٠) محمية طبيعية تغطي ما يقارب ٦% من مساحة الكرة الأرضية موزعة ما بين (١٣٠) دولة .

كما وانتشرت المحميات الطبيعية بالمنطقة العربية حتى وصل عددها إلى أكثر من (١٥٢) منطقة محمية منتشرة في (١٧) دولة متنوعة ما بين برية وبحرية وتراثية وفطرية(١١) .

أما في العراق فان أول طرح لفكرة إنشاء المحميات الطبيعية فيه كانت في أوائل السبعينات من القرن الماضي من قبل عدد من الخبراء الفرنسيين في جامعة الموصل ، وتم التأكيد على هذه الفكرة في المؤتمر الزراعي السادس لتطوير الزراعة في العراق في العام ١٩٧٦ وفي المجلس الزراعي الأعلى ، وأعيد طرح الفكرة مجدداً في العام ١٩٨٤ من اجل إنشاء محميات طبيعية في العراق يكون عددها ثلاثة محميات الأولى في شمال العراق في المنطقة الجبلية بين الغابات الطبيعية الكبيرة والثانية في وسط العراق والموقع المقترح له برأس بحيرة الثرثار كونه موقع ملائم من ناحية المناخ والتربة والغطاء النباتي وبمساحة (٤٥٠,٠٠٠) دونم ، والثالثة في جنوب العراق في منطقة الأهوار وبيئاتها الرطبة حيث تشكل المنطقة مشتى عالمياً للطيور المهاجرة بأنواعها المختلفة على أن لا تقل مساحته عن نصف مليون دونم(١٢) .

إلا أن هذه المحميات الثلاث للأسف لم ترى طريقها إلى الوجود بالنظر إلى الظروف التي جرت في العراق من حرب الخليج الأولى في العام (١٩٨٠) وحرب الخليج الثانية في العام (١٩٩٠) مروراً بالعقوبات الاقتصادية التي فرضت على العراق والتي استمرت أكثر من عشر سنوات حيث استبدلت بإنشاء محميات طبيعية صغيرة الحجم عددها سبعة محميات اقتصرت معظمها على تربية الغزلان وهي محمية (كصيبة) في المدائن ببغداد ، ومحمية (روضة المها) على نهر دجلة في البوعيثة ومحمية (الدبس) في محافظة كركوك والواقعة في ناحية الدبس على

نهر دجلة ومحمية (مندلي) في ديالى ومحمية (الضبعة) بمحافظة الانبار ومحمية (سنجار) في محافظة الموصل وهي المحمية النباتية الوحيدة في العراق بمساحة تتجاوز (٢٠٠٠) دونم ، ومحمية (المسار) في قضاء الرطبة بمحافظة الانبار وقد تعرضت جميع هذه المحميات إلى عمليات السلب والنهب بعد احتلال العراق من قبل قوات الائتلاف في العام (٢٠٠٣) باستثناء محمية (المسار) في قضاء الرطبة ، وتعمل الحكومة العراقية في الوقت الحالي عن طريق وزارة الزراعة على إعادة تأهيل هذه المحميات مجدداً مع إضافة محميات جديدة في كل من محافظة المثنى وميسان والبصرة وذي قار ، إلا أن التخصيصات المالية المرصدة لتأهيل وإنشاء هذه المحميات لا تتناسب مع حجم الأعمال الموكلة في كل محمية من هذه المحميات السالفة الذكر .

ثانيا :-مناطق المحميات الطبيعية ونطاقها وأنواعها :

هنالك عدة معايير يجب أن تؤخذ بالاعتبار عند تحديد المناطق المختارة للمحميات الطبيعية تتمثل في ثمان نقاط أساسية هي :-

١- الجغرافيا الحيوية ، وتتعلق هذه بخواص المنطقة الحيوية وما تحتويه من أنواع فطرية سواء النادرة منها أو المهددة بالانقراض وكذلك الظواهر الجيولوجية غير العادية .

٢- الأهمية البيئية ، وتتعلق بكثير من المكونات البيئية والفطرية المختلفة مثل مصادر يرقات الأسماك الاقتصادية أو ارتباط النظم البيئية المختلفة مع بعضها أو تنوع البيئات كالشعاب المرجانية ومهاد الأعشاب البحرية والمراعي وتتعلق أيضا بأماكن التكاثر والاغتذاء وأماكن الهجرة وغيرها من النظم البيولوجية والبيئية .

٣- فطرية المكان ، وتتعلق ببعد المكان وعزله عن التأثيرات الناجمة عن أنشطة الإنسان .

٤- الأهمية الاقتصادية ، وتتعلق بوجود مصدر دخل أو مورد اقتصادي كالسياحة البيئية مثلاً أو فطري كأماكن تجمعات ذريعة الأسماك الاقتصادية مما يستلزم حماية المكان والحفاظ على موارده .

٥- الأهمية الاجتماعية ، وتتعلق بتميز المنطقة ببعض الخواص التراثية أو الثقافية أو التاريخية أو الحضارية أو الجمالية أو العملية أو الترفيهية .

٦- الأهمية العلمية ، وتتعلق بأهمية المكان العلمية وما يحتويه من كائنات تراثية أو فطرية ذات قيمة علمية .

٧- الأهمية القومية ، وتتمثل في احتواء المكان على تراث عالمي أو قومي أو يكون من ضمن برامج الإنسان والمحيط الحيوي أو ضمن الأماكن التي تتبع الاتفاقيات الدولية مثل التنوع البيولوجي ، أو الإقليمية مثل برنامج حماية بيئة البحر الأحمر وخليج عدن .

٨- ملائمة المكان لإنشاء المحمية ، ويشتمل هذا العنصر:-

أ- على درجة عزل المكان عن المؤثرات الخارجية المدمرة للبيئة .

ب-درجة قبول المكان سياسياً واجتماعياً ودعمه من السلطات المحلية والقومية .

ج- إمكانية متابعة الأنشطة التعليمية والسياحية والترفيهية .

د- مدى توافق الاستخدام الحالي والمستقبلي للمحمية .

هـ-سهولة إدارة المكان والتنسيق مع الجهات والأجهزة الحكومية والمعنية بهذا الشأن[١٣] .

أما أنواع المحميات الطبيعية فإنها تقسم من حيث الموقع إلى نوعين هما :-

أولا :- محميات بحرية : وهي التي تشمل النطاقات المائية البحرية ومكوناتها الفطرية والبيئية وقد تشغل ضمناً جانباً من اليابس المتاخم لشاطئ النطاق المائي .

ثانيا :-محميات برية : وهي التي تشمل نطاق اليابس وما به من كائنات تراثية وبيئات فطرية وأماكن أثرية وموروثات حضارية .

كما تقسم المحميات الطبيعية حسب طبيعتها والهدف من إنشائها إلى احد عشر نوعاً هي :-

١- المحميات الطبيعية ذات الطابع العلمي المختص .

٢- المحميات الوطنية الطبيعية .

٣- الأثر القومي الطبيعي .

٤- محمية المعزل الطبيعي .

٥- محمية المناظر الطبيعية .

٦- محمية الموارد التقليدية .

٧- محمية الحياة التقليدية .

٨- محمية الموارد متعددة الإغراض .

٩- محمية المحيط الحيوي .

١٠- محمية التراث القومي .

١١- محمية المناطق الرطبة[١٤] .

ثالثا :-موقف القوانين العقابية الخاصة من المحميات الطبيعية :

لقد انقسمت القوانين العقابية الخاصة في معالجتها للمحميات الطبيعة إلى ثلاثة اتجاهات هي :-

أ- الاتجاه الأول :- وفيه يخصص المشرع بموجب هذا الاتجاه قانون خاص يتناول المحميات الطبيعية بشكل مفصل من حيث تعريفها وكيفية إنشائها وتحديد الجهة المختصة بإدارتها والواجبات الملقاة على عاتق هذه الجهة القيام بها وتبيان ماهية الأفعال التي يحظر القيام بها داخل المحميات الطبيعية والاستثناءات الواردة عليها والجزاءات الجنائية التي تفرض بحق مرتكبي هذه الأفعال المحظورة وقد اخذ بهذا الاتجاه على سبيل المثال لا الحصر قانون استعمال الريف والمحميات الطبيعية الانكليزي لسنة ١٩٤٩[١٥].

ب- الاتجاه الثاني :-وفيه يتناول المشرع المحميات الطبيعية ضمن قانون حماية البيئة حيث يخصص فصلاً كاملاً له ضمن هذا القانون وقد اخذ بهذا الاتجاه قانون حماية البيئة لجنوب أفريقيا رقم (٧٣) لسنة (١٩٨٩) المعدل ، حيث خصص المشرع الفصل الثالث من هذا القانون للمحميات الطبيعية[١٦] .

ج- الاتجاه الثالث :- ويتمثل هذا الاتجاه بعدم تخصيص قانون خاص بالمحميات الطبيعية أو تخصيص فصل ضمن قانون البيئة ، وإنما هناك تشريعات عقابية خاصة متناثرة هنا وهناك لا تمت بصلة مباشرة بالمحميات الطبيعية ، وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون الليبي ، حيث توجد عدة قوانين ذات علاقة غير مباشرة بالمحميات الطبيعية كقانون الصيد رقم (٢٨) لسنة (١٩٦٨) وقانون حماية الأراضي الزراعية رقم (٣٣) لسنة (١٩٧٠) وقانون حماية الغابات والمراعي رقم (٥) لسنة (١٩٨٢) وقانون حماية الحيوانات والأشجار رقم (٥) لسنة (١٩٨٩)[١٧] .

أما موقف المشرع العراقي من الاتجاهات الثلاث فيبدو انه تبنى الاتجاه الثالث ، حيث لا يوجد قانون خاص بالمحميات الطبيعية في العراق وفقاً للاتجاه الأول ، كما

أن قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (٣) لسنة (١٩٩٧) المعدل لم يتضمن أي فصل يتحدث فيه المشرع عن المحميات الطبيعية وفقاً للاتجاه الثاني ، باستثناء المادة (١٢) من هذا القانون والتي تناولت اختصاصات دائرة حماية وتحسين البيئة ، حيث نصت الفقرة (أولا / ١٩) منها على احد هذه الاختصاصات والتي جاء فيها :-

" تمارس الدائرة ما يأتي :-

١٩- العمل على حماية الطبيعة وإنشاء المحميات البيئية بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة " .

إلا أن المشرع العراقي في هذا القانون لم يتطرق إلى آلية إنشاء المحميات الطبيعية كما لم يحدد الجهات ذات العلاقة التي يمكن لوزارة البيئة التعاون معها من اجل إنشاء وحماية المحميات الطبيعية وماهية الجزاءات الجنائية التي تفرض بحق المعتدين عليها ، وهذا نقص في التشريع العراقي يستدعي من المشرع التدخل أما عن طريق إصدار قانون خاص بالمحميات الطبيعية أو إضافة فصل جديد إلى قانون حماية وتحسين البيئة مخصص للمحميات الطبيعية يتناول فيه آلية إنشاء المحميات الطبيعية وكيفية المحافظة عليها وطرق حمايتها .

ومما يؤيد رأينا في تبني القانون العراقي للاتجاه الثالث هو وجود قوانين عراقية متفرقة ذات صلة غير مباشرة بالمحميات الطبيعية كقانون الغابات رقم (٧٥) لسنة (١٩٥٥) وقانون حماية الحيوانات والطيور البرية رقم (٢١) لسنة (١٩٧٩) وقانون المراعي الطبيعية رقم (٢) لسنة (١٩٨٣) .

المطلب الثاني

التجاوز على المحميات الطبيعية

تسعى جميع الدول التي لديها قوانين خاصة بالمحميات الطبيعية إلى تحديد موقع المحميات الطبيعية فيها بدقة من حيث المكان والمساحة وتاريخ التحديد ، حتى لا يحصل أي تجاوز على ارض أو مياه المحمية الطبيعية .

حيث يتم إعلام مواطني الدولة بهذا الموقع عن طريق نشره في الجريدة الرسمية فيها إضافة إلى صحيفتين واسعتي الانتشار والتداول فيها ، حتى يكون اكبر عدد

ممكن من المواطنين قد علموا بان هذه الأرض أو هذا الجزء من المياه تشكل محمية طبيعية ولا يجوز التجاوز عليها بأس شكل من الأشكال .

فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون السعودي نص على ذلك في المادة (٧) من نظام المناطق المحمية للحياة الفطرية رقم (١٢٨) لسنة (١٩٩٤) المعدل والتي جاء فيها :

" بعد تحديد أي منطقة محمية وفقاً للمواد الثالثة والرابعة والخامسة من هذا النظام يصدر العضو المنتدب قراراً يحدد فيه تاريخ إعلان هذه المنطقة محمية ويعلن هذا القرار بالإذاعة والتلفاز وفي الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين على الأقل تصدر احدهما في اقرب مدينة إلى المنطقة المحمية المعلن عنها كما يعلن القرار لمدة ثلاثين يوماً في مقر الهيئة بالرياض وفي مقر إقامة المنطقة والمحافظة التي تتبعها المنطقة المحمية ويكون القرار نافذاً بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية "[١٨] .

وعلى ضوء ما تقدم نجد أن القضاء المصري قضى في الدعوى المرقمة (٢٠) في ١٩٩٤/١٠/١ بعدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة (١٩٨٦) بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر وذلك بما تضمنه من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات[١٩] .

لقد نصت معظم التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية على هذه الجريمة ، فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون القطري نص عليها استناداً إلى المادة (٧/٤) من قانون حماية الحياة الفطرية رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٢) المشار إليها ، يحظر القيام بأي أعمال أو تصرفات أو أنشطة أو إجراءات من شأنها الأضرار أو التدمير أو الإتلاف أو تدهور البيئة الطبيعية أو المساس بالمستوى الجمالي للمحميات الطبيعية .

ويحظر على وجه الخصوص ما يلي :" .....

٧- إقامة المباني أو المنشآت أو شق الطرق أو تسيير المركبات أو ممارسة أي أنشطة زراعية أو صناعية أو تجارية أو رعوية أو غيرها في المحمية الطبيعية ..... "[٢٠] .

ويلاحظ أن القانون العماني قد أضاف إليها عدم جواز استغلال الثروات الطبيعية أو المعدنية من نفط أو غاز أو حديد أو نحاس أو ذهب .....الخ داخل

المحمية الطبيعية استناداً إلى المادة (٤) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) والتي جاء فيها :

" لا يجوز القيام في المحميات الطبيعية بأي أنشطة تتعلق باستغلال الثروات المعدنية أو الطبيعية أو المائية أو إقامة أي منشآت أو أنشطة للتنمية بها أو اتخاذ أي إجراءات تقرير الحق في ذلك إلا بعد موافقة الوزير "[٢١] .

أن الركن المادي في جريمة التجاوز على المحميات الطبيعية يتحقق عن طريق قيام الجاني سواءً أكان شخصاً طبيعياً ام معنوياً بالتجاوز على ارض أو مياه المحمية الطبيعية أو شق الطرق أو تسيير مركبات بأنواعها فيها أو بناء مصانع متعددة الأغراض فيها أو إقامة مناجم أو مقالع أو حفر آبار لاستغلال الثروات الطبيعية ، أو ممارسة أعمال تجارية فيها من خلال إقامة المعارض والأسواق أو جعلها مناطق للرعي على النحو المخالف لطبيعة المحمية .

في حين أن الركن المعنوي في هذه الجريمة يتمثل بالقصد الجنائي العام ، فالجريمة عمدية ولا يتصور وقوعها بغير هذا الوصف حيث أن الجاني يعلم بخطورة أفعاله الواردة ذكرها في أعلاه ويعلم بالنتيجة المترتبة على ارتكابها ألا وهي الخطر الناتج عن إمكانية إلحاق الضرر بالمحمية الطبيعية ، ولذلك تعد هذه الجريمة من جرائم الخطر لا الضرر ومع ذلك تنصرف إرادته إلى تحقيق هذا الفعل والنتيجة المترتبة عليه .

أما بخصوص الجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة فيلاحظ أن بعض التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية قد فرضت عقوبة مالية وهي الغرامة ضد مرتكب هذه الجريمة مع إزالة أسباب التجاوز على اختلاف أشكاله، كالقانون العماني استناداً إلى المادة (٦ / ب) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) والتي جاء فيها :

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون أخر يعاقب .....

ب- كل من خالف عمداً أحكام المادة (٤) من هذا القانون بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ألف ريال عماني ولا تزيد على (٢٠٠٠٠) عشرين ألف ريال عماني مع إزالة أسباب المخالفة وآثارها على نفقته ، وتزداد الغرامة بنسبة عشرة في المائة يوميا ابتداءً من اليوم الرابع لإخطار المخالف باكتشاف المخالفة " .

أن عقوبة هذه الجريمة تتلاءم مع طبيعة الجريمة ذلك لان اغلب أشكال التجاوزات تتصل بالمال بطريقة أو بأخرى فهي تحدث بمناسبة ممارسة نشاط اقتصادي (صناعي أو تجاري أو زراعي) فتكون الغرامة بالنسبة لها من ضمن العمل حيث يحرم الجاني من الكسب غير المشروع والذي استهدف الحصول عليه من جراء مساسه بالمحمية الطبيعية .

في حين أن البعض الآخر من التشريعات شدد من مقدار الجزاء الجنائي ضد مرتكب هذه الجريمة حيث فرض العقوبة المالية الغرامة إلى جانب العقوبة السالبة للحرية وهي الحبس كالقانون الفلبيني استناداً إلى المادة (٢١) من قانون إقامة وإدارة المحميات الطبيعية رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢) والتي فرضت عقوبة الغرامة التي لا تقل عن (٥٠٠٠) بيسوس ولا تزيد على (٥٠٠,٠٠٠) ألف بيسوس أو الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ستة سنوات ضد مرتكب هذه الجريمة .

ونعتقد أن الاتجاه الثاني هو الاصوب ذلك لأنه يعطي للقاضي الجنائي خيارات اكبر في فرض العقوبة التي تتناسب مع جسامة الفعل المرتكب ومدى خطورة شخصية الجاني .

ونرجو من المشرع العراقي عند إصداره لقانون خاص بالمحميات الطبيعية أن يعالج هذه الجريمة من خلال نقطتين :

الأولى : عندما يتم تعيين محمية طبيعية من قبل وزارة البيئة العراقية يجب أن يتم هذا التعيين والإعلان عنها من خلال بيان ينشر في الجريدة الرسمية للدولة وهي الوقائع العراقية يعين فيه موقع ومساحة وتاريخ عد مكان ما محمية طبيعية .

الثانية : يتم تجريم أي فعل يشكل تجاوزاً على المحميات الطبيعية ونقترح النص الآتي :-

" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أقام مباني أو منشآت أو شق طريق أو تسيير مركبات أو مارس آية أنشطة زراعية أو صناعية أو تجارية في نطاق المحمية الطبيعية . ويتحمل المخالف نفقات الإزالة أو الإصلاح الحاصل في نطاق المحمية الطبيعية " .

المطلب الثالث

انعـــــدام الترخيـــص

تتكون المحميات الطبيعية في الغالب من ثلاثة نطاقات أساسية هي :-

١- منطقـــة لـــب أو وســـط المحميـــة :- وهـــي أكثـــر المنـــاطق حساســـية بالمحميـــة وغالبـــاً مـــا تكـــون فـــي وســـط المحميـــة ، غيـــر أنهـــا قـــد تكـــون فـــي احـــد جوانبهـــا ، وذلـــك حســـب طبيعـــة المكـــان والموقـــع ولـــذلك لا يســـمح فيهـــا بممارســـة أي نـــوع مـــن أنـــواع الأنشـــطة حتـــى لـــو كـــان للبحـــث العلمـــي أو للدراســـة باســـتثناء تعـــرض المحميـــة لظـــروف بيئيـــة قـــد تغير من معالمها أو مكوناتها وحينئذ تجري الأبحاث لمعرفة وتدارك تلك الأسباب.

٢- المنطقـــة الانتقاليـــة :- وهـــي المنطقـــة المحصـــورة بـــين المنطقـــة الحساســـة بالمحميـــة ومحيطهـــا الخـــارجي وهـــي أكثـــر ثباتـــاً إلـــى حـــد مـــا مـــن المنطقـــة الأولـــى لـــذا يســـمح فيهـــا بإجراء بعض الدراسات والبحوث العلمية .

٣- المنطقـــة المحيطـــة :- و تتمثـــل بمحـــيط المحميـــة الخـــارجي ، وتعـــد منطقـــة الاتصـــال بينهـــا وبـــين المنـــاطق المجـــاورة الأخـــرى ولـــذلك يســـمح فـــي أجـــزاء منهـــا أو فـــي معظمهـــا حســـب نوعيـــة وطبيعـــة المحميـــة بممارســـة بعـــض الأنشـــطة المهنيـــة المحـــددة كالصـــيد والرعـــي غيـــر الجـــائرين ولكـــن يجـــب أن تكـــون تحـــت رعايـــة ومتابعـــة القـــائمين علـــى المحمية لمتابعة وتقييم الآثار الناتجة عن ذلك[٢٢] .

وقـــد نصـــت معظـــم التشـــريعات العقابيـــة الخاصـــة بالمحميـــات الطبيعيـــة علـــى ضـــرورة الحصـــول علـــى تـــرخيص قبـــل ممارســـة أي نشـــاط داخـــل المحميـــة الطبيعيـــة مـــع تحديـــد طبيعـــة هـــذا النشـــاط ، فعلـــى ســـبيل المثـــال لا الحصـــر نـــص القـــانون العمـــاني فـــي المـــادة (١٤) مـــن قـــانون المحميـــات الطبيعيـــة وصـــون الأحيـــاء الفطريـــة رقـــم (٦) لســـنة (٢٠٠٣) على ما يأتي :-

" يجب الحصول على تصريح من الوزارة لممارسة الأنشطة الآتية :-

أ- صـــيد أو احتجـــاز أو تربيـــة أو نقـــل أو حيـــازة أي حيـــوان محمـــى أو نتاجـــه داخـــل أو خارج المحمية .

ب- قطع النباتات المحمية باستثناء جني الثمار .

ج- جمـــع عينـــات مـــن الأحيـــاء الفطريـــة الحيـــة أو الميتـــة أو جـــزء منهـــا للأغـــراض العلمية أو البحثية أو الاقتصادية أو التجارية .

د- حيازة آية أحياء فطرية أو نتاجها أو آية مواد جينية منها سواء داخل المحمية أو خارجها "[٢٣] .

والمقصود بالتصريح أو الترخيص ، هو الموافقة التي تصدرها الجهة المختصة وتتضمن السماح بممارسة نشاط معين بعد التأكد من سلامته وعدم إضراره بالمحمية أو مكوناتها .

في ضوء ما تقدم يتضح لنا أن الركن المادي لهذه الجريمة يتكون من أربعة صور الأولى هي صيد حيوانات المحمية الطبيعية وذلك باستخدام آية وسيلة من الوسائل أو الأساليب المعتمدة للامساك بالحيوان أو شل حركته أو قتله أو الشروع في ذلك من دون الحصول على رخصة ، في حين أن الصورة الثانية تتمثل في حيازة أو نقل حيازة لحيوانات المحمية من دون الحصول على رخصة ، بينما الصورة الثالثة تتمثل في قطع أو تحطيب النباتات المزروعة ضمن المحمية من دون ترخيص باستثناء جني الثمار ، في حين أن الصورة الرابعة والأخيرة تتحدث عن جمع عينات من الأحياء الفطرية بهدف الدراسة والبحث العلمي أو لأغراض اقتصادية أو تجارية من دون الحصول على رخصة .

أما الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية ، فيتمثل في توافر القصد الجنائي لدى الجاني ، حيث أن الجاني يعلم بان فعله كان محظوراً ألا وهو الصيد أو القطع أو الحيازة أو النقل أو جمع العينات من دون الحصول على ترخيص من قبل الجهات المختصة ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك إلا وهي الخطر الناتج عن إمكانية إلحاق الضرر بالمحمية الطبيعية ، ولذلك تعد هذه الجريمة من جرائم الخطر لا الضرر .

ومع ذلك تتجه إرادته إلى تحقيق هذا الفعل والنتيجة المترتبة عليه .

وبخصوص الجزاء الجنائي الذي فرضته قوانين المحميات الطبيعية ضد مرتكب هذه الجريمة يلاحظ أنها انقسمت إلى اتجاهين :-

١- <u>الاتجاه الأول :-</u> فرض عقوبة واحدة لكافة الجرائم الماسة بالمحميات الطبيعية بما في ذلك هذه الجريمة من دون التمييز بين جريمة وأخرى وهذا الاتجاه تبناه القانون القطري استناداً إلى المادة (٦) من قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) والتي نصت على ما يأتي :-

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على مائة

ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادتين السابقتين ..... "[٢٤] .

٢- الاتجاه الثاني :- فرض عقوبة خاصة لكل جريمة من الجرائم الماسة بالمحميات الطبيعة وهو ما تبناه القانون العماني الذي فرض عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس وعقوبة مالية وهي الغرامة ضد مرتكب هذه الجريمة استناداً إلى المادة (١٦/د) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) والتي نصت على ما يأتي :- " مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر يعاقب :-

د- كل من خالف عمداً أحكام المادة (١٤) من هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن (٥٠) ريالاً عمانياً ولا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين "[٢٥].

ونذهب إلى تأييد الاتجاه الثاني كونه يفرض لكل جريمة جزاءً جنائياً يتناسب مع جسامتها وخطورتها على المحميات الطبيعية .

ونأمل من المشرع العراقي عند إصداره قانوناً للمحميات الطبيعية أن ينص على هذه الجريمة مقترحين الصياغة التالية :-

" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من مارس الأنشطة التالية من دون الحصول على ترخيص :-

١- صيد أو نقل أو حيازة آية حيوانات أو صخور أو تربة موضوعة في المحميات الطبيعية لأي غرض من الإغراض .

٢- قطع أو نقل النباتات الكائنة بمنطقة المحمية باستثناء جني الثمار " .

المطلب الرابع

تلويث المحميات الطبيعية

تعد هذه الجريمة من اخطر الجرائم تهديداً للمحميات الطبيعية فهي تحدث تغيير في البيئة التي تحيط بالكائنات الحية المتواجدة في المحميات الطبيعية بفعل الإنسان وأنشطته اليومية مما يؤدي إلى ظهور بعض الموارد التي لا تتلاءم مع طبيعة المحمية الطبيعية وحدوث اختلال في التنوع البيولوجي فيها .

فالملوثات البيئية وهي أية مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو ضوضاء أو إشعاعات أو حرارة أو وهيج أو اهتزازات او ما شابهها تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تلوث بيئة المحميات الطبيعية وذلك عن طريق زيادة أو نقصان في المجال الطبيعي أي حدوث اختلال في اتزان الطبيعة لأي من المكونات البيئية داخل المحميات الطبيعية[٢٦] .

لذلك فقد نصت جميع التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية على هذه الجريمة ، فعلى سبيل المثال لا الحصر نص القانون المصري على جريمة تلويث المحميات الطبيعية استناداً إلى المادة (٢) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٠٢) لسنة (١٩٨٣) المعدل والتي جاء فيها :-

" يحظر القيام بأعمال أو تصرفات أو أنشطة أو إجراءات من شأنها تدمير أو إتلاف أو تدهور البيئة الطبيعية أو الإضرار بالحياة النباتية أو البحرية أو النباتات أو المساس بمستواها الجمالي بمنطقة المحمية ويحظر على وجه الخصوص ما يلي :-.....

٦- تلويث تربة أو مياه أو هواء منطقة المحمية بأي شكل من الأشكال ....." [٢٧] .

وتجدر الإشارة إلى أن القانون السعودي نص على هذه الجريمة مع اختلاف في الصياغة القانونية استناداً إلى المادة (١٣) من نظام المناطق المحمية للحياة الفطرية رقم (١٢٨) لسنة (١٩٩٤) والتي جاء فيها :-

" مع عدم الإخلال بما تقضي به النظم الأخرى يعتبر مخالفة لأحكام هذا النظام القيام في المناطق المحمية بأي عمل من الأعمال الآتية : ٥- رمي النفايات والمخلفات بجميع أشكالها "[٢٨] .

ونعتقد أن الصياغة القانونية التي وردت في القانون المصري لهذه الجريمة كانت أكثر توفيقاً من الصياغة التي وردت في القانون السعودي كون الأخير أشار فقط إلى نوع واحد من أنواع التلوث وهو التلوث بالنفايات الصلبة من دون التطرق إلى الأنواع الأخرى للتلوث التي يمكن أن تحصل داخل المحميات الطبيعية كالتلوث المائي أو الهوائي أو الإشعاعي أو السمعي أو البصري .

أن الركن المادي في هذه الجريمة يتكون في الغالب من خمسة صور ، الأولى تتمثل بتلويث هواء المحميات الطبيعية بكميات كبيرة من غاز ثاني اوكسيد الكاربون

أو ثاني اوكسيد الكبريت ، والثانية تتمثل في قيام الجاني بتلويث تربة المحمية الطبيعية عن طريق إلقاء المخلفات والنفايات الصلبة الناتجة عن العمليات الصناعية أو الإنشائية أو المنزلية أو الزراعية في المحمية الطبيعية ، والثالثة تتمثل في قيام الجاني بتلويث مياه المحميات الطبيعية عن طريق طرح كميات كبيرة من العوادم الصناعية والمنزلية فيها ، والرابعة تتمثل في قيام الجاني بالتلويث الإشعاعي عن طريق دفن أو طمر المخلفات أو النفايات المشعة في المحميات الطبيعية ، والصورة الخامسة والأخيرة تتمثل في قيام الجاني بالتلوث الضوضائي عن طريق شق طرق للسيارات داخل المحميات الطبيعية أو جعل المحمية ضمن الخطوط الدولية أو المحلية للرحلات الجوية في البلاد[٢٩] .

في حين أن الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية يتطلب من الجاني توافر القصد الجنائي لديه ، حيث يعلم بخطورة فعله ألا وهو تلويث المحمية الطبيعية بأي صورة من الصور الخمسة الوارد ذكرها سلفاً ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك ألا وهي الخطر الناتج عن إمكانية إحداث خلل في التوازن الطبيعي للكائنات الحية في المحمية الطبيعية بالزيادة أو النقصان ، لذلك تعد هذه الجريمة من جرائم ذات الخطر لا الضرر . ومع ذلك تتجه إرادته إلى تحقيق هذا الفعل والنتيجة المترتبة عليه .

أما الجزاء الجنائي المخصص لجريمة تلويث المحميات الطبيعية فيلاحظ أن بعض التشريعات الخاصة بالمحميات الطبيعية قد فرضت عقوبة مالية فقط بحق مرتكب هذه الجريمة كالقانون العماني والذي فرض عقوبة مالية لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال ولا تزيد على (١٠٠٠٠) عشرة آلاف ريال ضد مرتكب هذه الجريمة استنادا إلى المادة (١٥ / أ) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) .

في حين أن البعض الآخر من التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية فرض عقوبة سالبة للحرية إلى جانب العقوبة المالية ضد مرتكب جريمة تلويث المحميات الطبيعية ، كالقانون المصري ، حيث فرض عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس مدة لا تزيد على سنة مع عقوبة مالية وهي الغرامة التي لا تقل عن (٥٠٠) جنيه ولا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين استنادا إلى المادة (٧) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٠٢) لسنة (١٩٨٣) .

ونعتقد أن الاتجاه الأخير كان هو الاصوب كونه ترك للقاضي الخيار في فرض واحد من ثلاثة أنواع من العقوبات فأما يفرض عقوبة مالية أو عقوبة سالبة للحرية أو كلاهما معاً وذلك بحسب جسامة الضرر الحاصل في المحميات الطبيعية الناتج من جراء تلوثها علماً أن كل من القانونين الوارد ذكرهما سلفاً قد نصا على إلزام الجاني بإصلاح الضرر الحاصل في المحمية الطبيعية مع مصادرة الآلات والأجهزة والأدوات التي استخدمت أو ساهمت في تلويث المحمية .

هذا ونطالب المشرع العراقي عند إصداره قانوناً للمحميات الطبيعية أن ينص على جريمة تلويث المحميات الطبيعية وفقاً للصيغة الآتية :-

" ١- يعاقب بالحبس وبغرامة مالية لا تزيد على (٥٠٠٠,٠٠٠) خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من لوث تربة أو مياه أو هواء منطقة المحمية الطبيعية .

٢-إلزام الجاني بإصلاح الضرر الحاصل من جراء تلويث المحميات الطبيعية مع مصادرة الآلات والأجهزة والأدوات التي استعملت في تلويث المحمية الطبيعية "

المطلب الخامس

تغيير التنوع البيولوجي

يؤثر تغيير التنوع البيولوجي بشكل سلبي على وجود المحمية الطبيعية على المدى البعيد كونه يؤدي إلى إخلال التوازن بين الكائنات الحية والنباتية الموجودة داخل المحمية من حيث زيادة فئات معينة على حساب نقصان الفئات الأخرى ، ولذلك نصت معظم التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية أن لم نقل جميعها على هذه الجريمة ، فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون القطري نص عليها استناداً إلى المادة (٤) من قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) والتي جاء فيها :-

" مع مراعاة أحكام القانون رقم (٤) لسنة (٢٠٠٤) والموسوم بقانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٢) المشار إليها ، يحظر القيام بأي أعمال أو تصرفات أو أنشطة أو إجراءات من شأنها الإضرار أو التدمير أو الإتلاف أو تدهور البيئة الطبيعية أو المساس بالمستوى الجمالي للمحميات الطبيعية . ويحظر على وجه الخصوص ما يلي :-

١- صيد أو نقل أو قتل الكائنات البرية أو البحرية أو القيام بأي أعمال من شأنها القضاء عليها أو الإضرار بها .
٢- اخذ أو نقل أو الإضرار بأي كائنات أو مواد عضوية كالصدفيات والشعاب المرجانية طبيعية وصناعية لأي غرض من الأعراض .
٣- إتلاف أو نقل أو تحطيب النباتات الكائنة في المحمية الطبيعية .
٤- إتلاف أو نقل أو تدمير التكوينات الجيولوجية أو الجغرافية أو المناطق التي تعتبر موطناً لفصائل الحيووان أو النبات أو لتكاثره .
٥- إدخال أي أجناس غريبة إلى المحمية الطبيعية "[٣٠] .

أن الركن المادي في هذه الجريمة يتكون من ثلاث صور ، الأولى هي القيام بأفعال تؤدي إلى تناقص أعداد الحيوانات أو النباتات الموجودة في المحمية الطبيعية وذلك عن طريق قتل حيوانات المحمية أو نقلها إلى خارج المحمية أو صيدها لأغراض المتاجرة بها عن طريق البيع والشراء فيها بالنظر لارتفاع أسعارها بسبب ندرتها على الصعيد العالمي وذات الشيء ينطبق على النبات عن طريق إتلاف النباتات بأنواعها المتواجدة داخل المحمية الطبيعية أو نقلها إلى الخارج أو القيام بعمليات تقطيع لها . في حين أن الصورة الثانية تتمثل في تخريب الوسط البيئي الذي تعيش فيه هذه الحيوانات أو النباتات من خلال القيام بأعمال الإتلاف أو التعرية لأراضي المحمية الطبيعية الأمر الذي يجعل عيش وديمومة حيوانات أو نباتات المحمية صعباً جداً وبالتالي تعرضها إلى الانقراض التدريجي شيئاً فشيئاً ، بينما الصورة الثالثة والأخيرة تتمثل في القيام بإدخال أصناف حيوانات أو نباتات غريبة في المحميات الطبيعية أي دخيلة عليها والتي قد تمتاز بكونها ضارية مفترسة أو سريعة التكاثر أو النمو وهو ما يؤدي إلى إيجاد نوع من التنافس على البقاء والوجود يكون في النهاية لصالح الحيوانات والنباتات الدخيلة على حساب حيوانات ونباتات المحمية وبالتالي تعرض الأخيرة إلى خطر الانقراض التدريجي .

أما الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية فيتطلب توافر القصد الجنائي لدى الجاني ، حيث يعلم إن فعله كان محظوراً ، ألا وهو القتل أو النقل أو الصيد للحيوان والإتلاف والنقل للنباتات أو تخريب الوسط البيئي للمحمية الطبيعية أو إدخال أصناف غريبة بالمحمية الطبيعية ، ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك ألا وهي الخطر الناتج عن إمكانية تغيير التنوع البيولوجي داخل المحمية الطبيعية بزيادة أو نقصان فئات

معينة على حساب أخرى ، ولذلك تعد هذه الجريمة من جرائم الخطر لا الضرر . ومع ذلك تتجه إرادته إلى تحقيق هذا الفعل والنتيجة المترتبة عليه .

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الألماني يكاد ينفرد في تجريمه لهذه الصور الثلاث والخاصة بتغيير التنوع البيولوجي في المحمية الطبيعية والواردة ذكرها في أعلاه ليس فقط في حالة وقوعها بشكل عمدي وإنما حتى وان وقعت عن طريق الخطأ بصورة الإهمال ، مع تخفيف المسؤولية على الجاني في حالة كون الجريمة قد ارتكبت بشكل غير عمدي استناداً إلى المادة (٦٦ / ٤) من قانون حماية الطبيعة لسنة (٢٠٠٢) .

وفيما يخص الجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة نجد أن القوانين العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية فرضت عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس أو عقوبة مالية وهي الغرامة أو كلاهما معاً ، فعلى سبيل المثال نجد أن القانون الفلبيني فرض ضد مرتكب هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ستة سنوات أو العقوبة المالية وهي الغرامة التي لا تقل عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف بيسوس ولا تزيد على (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف بيسوس استنادا إلى المادة (٢١) من قانون إقامة وإدارة وحماية المحميات الطبيعية رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢)[٣١] .

ويلاحظ أن القانون الألماني قد ميز بين من يرتكب هذه الجريمة بشكل عمدي وبين من يرتكبها بصورة غير عمدية عن طريق الإهمال من حيث شدة العقوبة وذلك بفرضه عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات مع الغرامة إذا ما وقعت بشكل عمدي ، والحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر مع الغرامة إذا ما وقعت الجريمة بإهمال استناداً إلى المادة (٦٦) من قانون حماية الطبيعة لسنة (٢٠٠٢) .

هذا ونأمل من المشرع العراقي عند إصداره تشريعا خاصاً بالمحميات الطبيعية أن ينص على جريمة تغيير التنوع البيولوجي وفقاً للصيغة الآتية :-

" ١- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبعة سنوات وبغرامة مالية لا تزيد على (٧٠٠٠,٠٠٠) سبعة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من

أ- صاد أو نقل أو حاز للكائنات حيوانية أو نباتية إلى المحمية الطبيعية

ب- ضرب الوسط البيئي للمحمية الطبيعية .

ت-ادخل أجناس غريبة حيوانية أو نباتية إلى المحمية الطبيعية .

٢- وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تزيد على مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يتسبب بخطئه في إحداث فعل من الأفعال الواردة في الفقرة أولا من هذه المادة " .

المطلب السادس

إعاقة موظفي المحميات الطبيعية

يؤدي موظفو المحميات الطبيعية دوراً رئيسياً في حماية وصيانة وإدامة المحميات الطبيعية من خلال الواجبات الملقاة على عاتقهم بموجب القانون .

وحتى يتمكن هؤلاء الموظفين من أداء واجباتهم على أكمل وجه نجد أن معظم التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية قد نصت على إعطائهم صفة أعضاء الضبط القضائي في البحث والتحري وجمع الأدلة حول وقوع أية جريمة ضد المحمية الطبيعية .

حيث يقوم موظفي المحميات الطبيعية بتحرير محضر ضبط بالمخالفات والجرائم الماسة بالمحميات الطبيعية يدون فيه نوع المخالفة أو الجريمة ومرتكبها وتاريخ ضبطها ومكان وقوعها .

فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون العماني نص على هذه الصلاحية استنادا إلى المادة (٧) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) والتي جاء فيها :-

" يكون للموظفين المختصين بالمحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية الذين يصدر تحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير صفة الضبطية القضائية بالنسبة للمخالفات التي تقع في دوائر اختصاصاتهم وتكون متعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له "[٣٢] .

ويلاحظ أن بعض القوانين الخاصة بالمحميات الطبيعية أعطت لموظفي المحميات سلطة القبض على الأشخاص وتفتيش كافة الأماكن التي يشك بوجود اعتداء فيها على المحميات الطبيعية كالقانون الكندي استنادا إلى المادة (٢/٨) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٣) لسنة (١٩٨٥) المعدل[٣٣] . وهو ما يشكل استثناء على القواعد العامة حيث أن هذه الإجراءات لا تتم أصلا إلا بأمر من قاضي التحقيق إلا في حالة الجرم المشهود .

وان الركن المادي في هذه الجريمة يتحقق عندما يقوم الجاني بعرقلة موظفي المحميات الطبيعية من القيام بواجباتهم الملقاة على عاتقهم وهذه العرقلة قد تكون بنشاط ايجابي من خلال وضع الحواجز أمام موظفي المحميات الطبيعية وبالتالي عدم قيامهم بأعمال التفتيش في الأماكن التي يشتبه فيها بالاستيلاء أو الحيازة أو التهريب لأي حيوان أو نبات ينتمي إلى المحميات الطبيعية أو من خلال عدم تمكنهم من إلقاء القبض على الأشخاص الذين يشتبه بارتكابهم لهذه الجرائم .

وقد تكون العرقلة بنشاط سلبي من خلال عدم تزويد الجهات الرقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية بالمعلومات من قبل أي شخص يثبت معرفته بارتكاب جرائم ضد المحميات الطبيعية .

في حين أن الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية يتطلب توافر القصد الجنائي العام أي أن يعلم الجاني بخطورة أفعاله من حيث كونها تعرقل عمل موظفي المحميات الطبيعية ويعلم بالنتائج المترتبة عليها وهي منعهم من إيقاف الجرائم على المحميات الطبيعية أو الكشف عنها ، مع اتجاه إرادته إلى الفعل والنتيجة المترتبة عليها .

أما الجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة فيلاحظ أن التشريعات العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية قد فرضت ضد مرتكب هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس إلى جانب العقوبة المالية وهي الغرامة كالقانون العماني على سبيل المثال لا الحصر استنادا إلى المادة (١٦/أ) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) والتي جاء فيها :-

" كل من قام بمنع موظفي المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية أو تسبب بعدم مباشرتهم السلطات المخولة لهم بالسجن مدة لا تزيد على شهرين وبغرامة لا تقل عن ٥٠ ريال ولا تزيد على (١٠٠٠) ألف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

وعلى ضوء ما تقدم فإننا نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة إلى قانون المحميات الطبيعية تنص على هذه الجريمة وفقاً للصيغة الآتية :-

" ١- يكون لموظف المحميات الطبيعية صفة عضو ضبط قضائي فيما يخص المخالفات التي تقع في نطاق دوائرهم تنفيذاً لأحكام هذا القانون والتعليمات الصادرة بموجبه .

٣- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تزيد على ثلاثة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من منع أو عرقل موظفي المحميات الطبيعية من القيام بواجباتهم الملقاة عليهم " .

الخاتمة

١-لقد وجدنا أن حماية المحميات الطبيعية يعد جزءً لا يتجزأ من موضوع حماية البيئة كونها تحافظ على أصناف النباتات والحيوانات من خطر الانقراض وبالتالي المحافظة على صحة العمليات البيئية في النظام البيئي والمحافظة على التنوع الوراثي في مجموعات الكائنات الحية التي تتفاعل في إطار النظام البيئي .

٢- تبين أن العراق كانت لديه محميات طبيعية قبل العام ٢٠٠٣ وعددها سبعة محميات إلا أن معظمها تعرض للسلب والنهب وتعمل الحكومة العراقية حالياً على إعادة تأهيلها مع إقامة محميات جديدة إلا أن التخصيصات المالية لا تتناسب بالمطلق مع حجم الأعمال المطلوب انجازها في صيانة وإنشاء هذه المحميات .

٣-لاحظنا على الرغم من إنشاء محميات طبيعية بالعراق في ثمانينات وتسعينات القرن الماضي إلا أن المشرع العراقي لم يوفر أي غطاء تشريعي لها من اجل حمايتها من أية أفعال تشكل اعتداءً عليها باستثناء إشارة صغيرة وردت ضمن قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٣) لسنة (١٩٩٧) المعدل ، وهو ما يعد نقصاً خطيراً في التشريع العراقي ضمن هذا الموضوع يستدعي تدخله أما بإصدار قانون خاص للمحميات الطبيعية أو إجراء تعديل على قانون البيئة وذلك بإضافة فصل إلى قانون البيئة يتناول إنشاء وحماية المحميات الطبيعية .

٤-ظهر لنا من خلال مراجعتنا للقوانين الخاصة بالمحميات الطبيعية لمعظم دول العالم أن هناك خمسة جرائم ماسة بها وهذه الجرائم هي انعدام الترخيص ، والتجاوز على المحميات الطبيعية وتلويث المحميات الطبيعية ، وتغيير التنوع البيولوجي ، وإعاقة موظفي المحميات الطبيعية .

وهي من حيث الركن المادي لها تعد من جرائم ذات الخطر لا الضرر حيث أن المشرع يعاقب على ارتكاب الفعل من دون انتظار حصول النتيجة ، والركن المعنوي فيها يتمثل في توفر القصد الجنائي فهي تعد من الجرائم العمدية .

وقد اشرنا إلى ضرورة النص على تجريم هذه الأفعال في أي قانون خاص بالمحميات الطبيعية أو أي تعديل يجريه المشرع العراقي على قانون البيئة وذلك بإضافة فصل إليه .

الهوامش

(١) د. عيسى دباح ، موسوعة القانون الدولي ، المجلد الرابع ، القانون الدولي في مجال حماية البيئة ، ط١ ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٥٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٥٩ .

(٣) د.مسعود مصطفى الكتاني ، علم السياحة والمتنزهات ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٠ ، ص ٣٨٦ .

(٤) د. محمود صالح العادلي ، موسوعة حماية البيئة ، ج٢ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٦ .

(٥) من القوانين التي نصت على انشاء مجلس او هيئة عليا خاصة بالمحميات الطبيعية القانون العماني استناداً الى المادة (١٢) من قانون المحميات الطبيعية وصون الاحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) ، والقانون الاردني استناداً الى المادة (٣) من نظام المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية لسنة ٢٠٠٥ وقانون روسيا البيضاء استنادا الى المادة (٨) من قانون حماية البيئة رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٢) والقانون الفلبيني استناداً الى المادة (١٠) من قانون حماية المحميات الطبيعية رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢) .

(٦) مقابلة مع كل من السيدين الدكتور مهدي حمدي مهدي المشاور القانوني في وزارة البيئة والاستاذ عماد عبد جاسم مدير الشؤون القانونية في وزارة البيئة بتاريخ ٢٠٠٨/١/٥ .

(٧) مصطفى مختار فودة ، المحميات البحرية في الوطن العربي ، بحث غير منشور ، ص ٣ .

(٨) ان الاتحاد الدولي لصون الطبيعة (IUCN) هو مؤسسة دولية تأسست عام (١٩٤٨) برعاية اليونسكو ومقرها الرئيسي في سويسرا ، وهي المؤسسة البيئية الوحيدة التي تحظى بصفة مراقب في هيئة الامم المتحدة ، تعنى بحماية المصادر الطبيعية في العالم ، والاتحاد يمثل شراكة فريدة من الدول والمؤسسات الحكومية ومؤسسات العمل التطوعي للبيئة .

وتضم عضوية الاتحاد حالياً (٨٢) دولة و (١١٣) مؤسسة حكومية وحوالي (٧٧٥) مؤسسة غير ربحية بالاضافة الى مؤسسات دولية وكذلك يضم الاتحاد شبكة متخصصة من العلماء والخبراء وتعدادها عشرة الاف في مجال المحميات الطبيعية ، الاتصال والتعليم البيئي ، السياسات الاجتماعية والاقتصادية والقانون البيئي . htpp:/www.iucn.org

(٩) د. عبد الفتاح مراد ، موسوعة شرح جرائم قانون العقوبات والتشريعات الجنائية الخاصة ، ج٣ ، شركة الجلال للطباعة ، الإسكندرية ، بلا تاريخ ، ص ٦٧٥ .

(١٠) من القوانين التي أوردت تعريفات مشابهة للتعريف أعلاه كل من القانون العماني استنادا إلى المادة (١) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة ٢٠٠٣ ، والقانون النيبالي استناداً إلى المادة (١) من قانون حماية المحميات الطبيعية لسنة (١٩٧٣) المعدل ، والقانون الجورجي استناداً إلى المادة (١) من قانون المحميات الطبيعية لسنة (١٩٩٦) .

(١١) على سبيل المثال لا الحصر تحتوي كل من مصر وتونس على (٢٣) محمية ولبنان على (٢٠) محمية والجزائر على (١٨) محمية والأردن على (٤) محمية وليبيا وجيبوتي واليمن على محميتين والبحرين على محمية واحدة .

(١٢) د.مسعود مصطفى الكتاني ، علم السياحة والمتنزهات ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ .

(١٣) مصطفى مختار فودة ، العمليات البحرية في الوطن العربي ، المرجع السابق ، ص ٤ .

(١٤) محمد إبراهيم محمد ، المحميات الطبيعية والتنوع البيولوجي في مصر (رؤية حديثة) ، مجلة أسيوط للدراسات البيئية ، العدد ١٩ ، السنة ٢٠٠٠ ، ص ٨٣ .

(١٥) كما اخذ بهذا الاتجاه كل من القانون اللبناني استناداً إلى قانون حماية المناظر والمواقع الطبيعية لسنة (١٩٣٩) المعدل ، والقانون التركي استناداً إلى قانون المحميات الطبيعية رقم (٢٨٧٣) لسنة (١٩٨٣) المعدل ، والقانون الكندي استناداً إلى قانون المحميات الطبيعية رقم (١٣) لسنة (١٩٨٥) المعدل ، والقانون القطري استناداً إلى قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) .

(١٦) كما تبنى هذا الاتجاه كل من القانون الروماني استنادا إلى قانون حماية البيئة رقم (١٣٧) لسنة (١٩٩٥) المعدل ، وقانون روسيا البيضاء استنادا إلى قانون حماية البيئة رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٢) المعدل ، والقانون الأوكراني استنادا إلى قانون حماية البيئة رقم (١٢٤٦) لسنة ١٩٩٥ المعدل ، والقانون الأردني استنادا إلى قانون حماية البيئة رقم (١) لسنة (٢٠٠٣) .

(١٧) كما اخذ بهذا الاتجاه كل من الكويت والمغرب .

د.محمود صالح العادلي ، موسوعة حماية البيئة ، ج٣ ، الحماية الجنائية للبيئة في النظام القانوني الليبي ، المرجع السابق ، ص٨٠ .

(١٨) كما اخذ بهذا الاتجاه كل من القانون النيبالي استناداً إلى المادة (٣) من قانون حماية البيئة البرية والمحميات الطبيعية لسنة (١٩٧٣) المعدل ، وقانون جنوب أفريقيا استناداً إلى المادة (١/١٦) من قانون حماية البيئة رقم (٧٣) لسنة (١٩٨٩) المعدل ، والقانون الأوكراني استناداً إلى المادة (٣٩) من قانون حماية البيئة رقم (١٢٦٤) لسنة (١٩٩٥) ، والقانون العماني استناداً إلى المادة (١٠) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) .

(١٩) د. عبد الفتاح مراد ، موسوعة شرح جرائم قانون العقوبات والتشريعات الجنائية الخاصة ، ج٣ ، المرجع السابق ، ص ٦٧٩ .

(٢٠) كما نص هذه الجريمة كل من القانون المصري استناداً إلى المادة (٢) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٠٢) لسنة (١٩٨٣) ، والقانون الفلبيني استناداً إلى المادة (٢٠) من قانون إقامة وإدارة المحميات الطبيعية رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢) ، والقانون اليمني استناداً إلى المادة (١١/ ٨) من قانون حماية البيئة رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٥) .

(٢١) كما نص على عدم جواز استغلال الثروات الطبيعية داخل المحميات الطبيعية القانون الأردني استناداً إلى المادة (٩) من نظام المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية رقم (٢٩) لسنة (٢٠٠٥) .

(٢٢) مصطفى مختار فودة ، المحميات البحرية في الوطن العربي ، المرجع السابق ، ص ٤ .

(٢٣) من القوانين العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية التي نصت على ضرورة الحصول على ترخيص عند ممارسة الأنشطة داخل المحميات الطبيعية كل من القانون الألماني استناداً إلى المادة (٤٢) من قانون حماية الطبيعة لسنة (٢٠٠٤) ، والقانون القطري استناداً إلى المادة (٥) من قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) ، والقانون الجورجي استناداً إلى المادة (٢٠) من قانون المحميات الطبيعية لسنة (١٩٩٦) المعدل .

(٢٤) كما اخذ بهذا الاتجاه القانون المصري استنادا إلى المادة (٧) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٠٢) لسنة (١٩٨٣) ، والقانون الفلبيني استناداً إلى المادة ((٢١) من قانون إقامة وإدارة المحميات الطبيعية رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢) .

(٢٥) كما اخذ بهذا الاتجاه القانون الألماني استنادا إلى المادة (٦٦) من قانون حماية الطبيعة لسنة (٢٠٠٢).

(٢٦) د. صالح محمد محمود بدر الدين ، الالتزام الدولي لحماية البيئة من التلوث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٠ .

(٢٧) كما نص على هذه الجريمة كل من القانون الكندي استناداً إلى المادة (٨) من قانون المحميات الطبيعية رقم (١٣) لسنة (١٩٨٥) ، والقانون الأوكراني استناداً إلى المادة (٦٨) من قانون حماية البيئة رقم (١٢٦٤) لسنة (١٩٩٥) ، والقانون القطري استناداً إلى المادة (٤) من قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) .

(٢٨) نص على ذات الصياغة القانون العماني استناداً إلى المادة (١٥ / أ) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) .

(٢٩) د. عصام احمد محمد ، الحق في بيئة ملاءمة كأحد حقوق الإنسان ، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة للفترة من ٢٥-٢٨ تشرين الأول ، ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٧٥ .

(٣٠) من القوانين العقابية الخاصة بالمحميات الطبيعية والتي نصت على تجريم تغيير التنوع البيولوجي كل من القانون الألماني استناداً إلى المادة (٦٥) من قانون حماية الطبيعة لسنة (٢٠٠٤) والقانون النيبالي استنادا إلى المادة (٢٥) من قانون حماية المحميات الطبيعية لسنة (١٩٧٣) المعدل ، والقانون الفلبيني استنادا إلى المادة (٢٠) من قانون إقامة وإدارة وحماية المحميات الطبيعية رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢) ، والقانون اليمني استنادا إلى المادة (١١) من قانون حماية البيئة رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٥) .

(٣١) وبذات الاتجاه اخذ كل من القانون النيبالي استناداً إلى المادة (٢٠) من قانون المحميات الطبيعية لسنة (١٩٧٣) المعدل ، والقانون العماني استناداً إلى المادة (١٥/ أ و ب) من قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) .

(٣٢) كما نص على صفة الضبط القضائي لموظفي المحميات الطبيعية كل من القانون السعودي استناداً إلى المادة (٨) من نظام المناطق المحمية للحياة الفطرية رقم (١٢٨) لسنة (١٩٩٤) ، والقانون القطري استنادا إلى المادة (٧) من قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) .

(٣٣) كما نص على صلاحية القبض والتفتيش القانون اليمني استنادا إلى المادة (٧٥) من قانون حماية البيئة رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٥) .

المراجـــع

أ-<u>الكتب</u>

١-د. صالح محمد محمود بدر الدين ، الالتزام الدولي لحماية البيئة من التلوث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٢-د. عبد الفتاح مراد ، موسوعة شرح جرائم قانون العقوبات والتشريعات الجنائية الخاصة ، ج٣ ، شركة الجلال للطباعة ، الإسكندرية ، بلا تاريخ .

٣-د. عيسى دباح ، موسوعة القانون الدولي ، المجلد الرابع ، القانون الدولي في مجال حماية البيئة ، ط١ ، دار الشروق للنشر للتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ .

٤-د. محمود صالح العادلي ، موسوعة حماية البيئة ، ج٢ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .

٥-د. مسعود مصطفى الكتاني ، علم السياحة والمتنزهات ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٠ .

ب-البحوث

١- د. عصام احمد محمد ، الحق في بيئة ملائمة كأحد حقوق الإنسان ، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد للفترة من ٢٥-٢٨ تشرين الأول ، ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

٢- محمد إبراهيم محمد ، المحميات الطبيعية والتنوع البيولوجي في مصر (رؤية حديثة) ، مجلة أسيوط للدراسات البيئية ، العدد ١٩ ، السنة ٢٠٠٠ .

٣- مصطفى مختار فودة ، المحميات البحرية في الوطن العربي ، بحث غير منشور .

ج-المقابلات

١- مقابلة مع كل من السيدين الدكتور مهدي حمدي مهدي المشاور القانوني في وزارة البيئة والأستاذ عماد عبد جاسم مدير الشؤون القانونية في وزارة البيئة بتاريخ ٢٠٠٨/١/٥ .

د- القوانين:

أولا :- القوانين العراقية :-

١- قانون الغابات رقم (٧٥) لسنة (١٩٥٥) المعدل .

٢- قانون حماية الحيوانات والطيور البرية رقم (٢) لسنة (١٩٧٩) .

٣- قانون المراعي الطبيعية رقم (٢) لسنة (١٩٨٣) .

٤- قانون حماية وتحسين البيئة رقم (١٣) لسنة (١٩٩٧) المعدل .

ثانيا :- القوانين العربية :-

١- قانون حماية المناظر والمواقع الطبيعية اللبناني لسنة (١٩٣٩) المعدل .

٢- قانون المحميات الطبيعية المصري رقم (١٠٢) لسنة (١٩٨٣) المعدل .

٣- نظام المناطق المحمية للحياة الفطرية السعودي رقم (١٢٨) لسنة (١٩٩٤) المعدل .

٤- قانون حماية البيئة اليمني رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٥) المعدل .

٥- قانون حماية البيئة الأردني رقم (١) لسنة (٢٠٠٣) المعدل.

٦- نظام المحميات الطبيعية والمتنزهات الوطنية الأردني لسنة (٢٠٠٥) .

٧- قانون المحميات الطبيعية وصون الأحياء الفطرية العماني رقم (٦) لسنة (٢٠٠٣) .

٨- قانون حماية الحياة الفطرية ومواطنها الطبيعية القطري رقم (١٩) لسنة (٢٠٠٤) .

ثالثا :- القوانين الأجنبية

١- قانون استعمال الريف والمحميات الطبيعية الانكليزي لسنة (١٩٤٩) المعدل .

٢- قانون حماية المحميات الطبيعية النيبالي لسنة (١٩٧٣) المعدل .
٣- قانون المحميات الطبيعية التركي رقم (٢٨٧٣) لسنة (١٩٨٣) المعدل .
٤- قانون المحميات الطبيعية الكندي رقم (١٣) لسنة (١٩٨٥) المعدل .
٥- قانون حماية البيئة لجنوب أفريقيا رقم (٧٣) لسنة (١٩٨٩) المعدل .
٦- قانون حماية البيئة لروسيا البيضاء رقم (٢٦) لسنة (١٩٩٢) المعدل .
٧- قانون حماية وإدارة المحميات الطبيعية الفلبيني رقم (٧٥٨٦) لسنة (١٩٩٢) المعدل
٨- قانون حماية البيئة الروماني رقم (١٣٧) لسنة (١٩٩٥) المعدل .
٩- قانون حماية البيئة الأوكراني رقم (١٢٤٦) لسنة (١٩٩٥) المعدل .
١٠- قانون المحميات الطبيعية الجورجي لسنة (١٩٩٦) المعدل.
١١- قانون حماية الطبيعة الألماني لسنة (٢٠٠٤) .

مضار الجوار غير المألوفة
(دراسة تطبيقية)

ا.م.د شروق عباس فاضل
م.د اسماء صبر علوان
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

One was not an object independent of the group because the group is one and indivisible, a person's activity must be surrounded by adequate safeguards to avoid harming others, all activities that are causing harm to others makes the owner liable for damage, whether there was error or not, the neighbor's obligation is not to harm his neighbor with an unusual harm or damage.

There are some obligations that appears in the relationship between neighbors that find their source basis on good neighborliness and ethics, However, the law may raise these obligations to the ranks of legal obligations, that has its limits, and adhere to some conditions.

تمهيد

التعريف بحق الملكية

اولا : مفهوم الملكية

الملكيـــة لغـــة / (ملـــك) المـــرأة تزوجهـــا و (الممـــلوك) العبـــد و (ملّكـــه) الشـــيء (تملكاً) جعله ملكاً له[١].

الملكيـــة اصـــطلاحاً / عـــرّف المشـــرع العراقـــي الملكيـــة فـــي المـــادة (١٠٤٨) مـــن القـــانون المـــدني العراقـــي " الملـــك التـــام مـــن شـــأنه ان يتصـــرف بـــه المالـــك تصـــرفاً مطلقـــاً فيمـــا يملكـــه عينـــاً ومنفعـــةً واســـتغلالاً ، فينتفـــع بـــالعين المملوكـــة وبغلتهـــا وثمارهـــا ونتاجهـــا ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة " .

وقـــد اقتـــبس المشـــرع العراقـــي هـــذا التعريـــف مـــن نـــص المـــادة (١١) مـــن مرشـــد الحيـــران . وقـــد حـــاول المشـــرع التوفيـــق بـــين الفقـــه الاســـلامي والقـــوانين الغربيـــة ولـــم يكتـــب لـــه النجـــاح فـــي كثيـــر مـــن الاحيـــان بســـبب ايـــراد نصـــوص متعارضـــة فـــي المســـائل الواحـــدة لاختلاف طبيعة المصدر وصياغته الفنية[٢] .

ومن اهم الانتقادات التي وجهت لهذا التعريف :

١- ان المشـــرع العراقـــي نقـــل حرفيـــاً نـــص المـــادة (١٠٤٨) مـــن القـــانون المـــدني العراقـــي مـــن المـــادة (١١) مرشـــد الحيـــران متـــأثراً بالفقـــه الحنفـــي وبـــذلك انكـــر الوظيفة الاجتماعية للملكية .

٢- ان المشـــرع هنـــا مـــا زال متمســـكاً بالصـــفة المطلقـــة للملكيـــة وهـــذه الصـــفة قـــد نبـــذتها الكثيـــر مـــن التشـــريعات بســـبب التطـــور الاجتمـــاعي والاقتصـــادي للواقـــع العملي .

٣- نـــص المشـــرع فـــي التعريـــف علـــى عبـــارة (الملـــك التـــام) وقـــد يتصـــور للوهلـــة الاولـــى ان المشـــرع العراقـــي قـــد ميـــز بـــين الملـــك التـــام والملـــك النـــاقص ، ولكنـــه لـــم

يفعل ذلك على الرغم من نقل العبارة (الملك التام) من كتب الفقه الاسلامي التي تميز بينهما[٣] .

٤- اغفل المشرع العراقي في تعريفه بيان طبيعة وماهية حق الملكية حيث اقتصر على ايراد عناصره .

ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف حق الملكية (الملك التام الذي من شأنه ان يتصرف فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة عيناً ومنفعةً واستغلالاً) .

ثانيا / خصائص حق الملكية

١- حق الملكية حق عيني : والحق العيني وفقاً للمادة ٦٧ / فقرة ١ من القانون المدني العراقي : " سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين " .

ويعد حق الملكية اوسع الحقوق العينية الاصلية نطاقاً ، والحقوق العينية اصلية ام تبعية قد وردت في القانون المدني العراقي على سبيل الحصر[٤] .

٢- حق الملكية حق مطلق : وما نعنيه بصفة الاطلاق ان صاحب هذا الحق يمارس حقه دون حاجة الى تدخل احد ، فحق الملكية يمكن الاحتجاج به قبل الكافة ، ذلك ان صفة الاطلاق بهذا المعنى لم تعد تنسجم مع التطورات الاجتماعية الحديثة[٥] .

٣- حق الملكية حق دائم (Perpetuel) : ان الملكية حق دائم بالنسبة الى الشيء المملوك لا بالنسبة لشخص المالك لان حق الملكية يبقى مادام محله باقياً ولا يزول هذا الحق إلا بزوال محله ، لان المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع او الهبة .... الخ ، وقد تنتقل ملكية الشيء بالوفاة الى ورثة المالك . تبعاً لذلك فان حق الملكية حق لا يسقط بعدم الاستعمال ولا يسقط بالتقادم ، كما ان توقيت حق الملكية بمدة معينة غير جائز لان التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية[٦] .

٤- حق الملكية حق مانع (Exclusif) : فلمالك الشيء وحده ان يستأثر بجميع مزاياه ، فهو حق مقصور على المالك دون غيره . وقد حرص المشرع المصري على التأكيد على هذه الصفة في المادة (٨٠٢) من القانون المدني[٧] .اما تعريف المشرع العراقي لحق الملكية والذي استمده من المادة (١١) من مرشد الحيران فلم ترد فيه مثل هذه الصيغة الواضحة

في قصر الملكية على صاحب الحق . ومما لاشك فيه ان للمالك في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ان يستاثر بجميع مزايا الشيء وليس لغير المالك التصرف بالشيء او استعماله او استغلاله دون رضاه . ولكن هذا القول لا يحول دون ان يستفيد الغير من هذا الحق اما بالاتفاق او تبعاً لنص القانون ، فللمالك ان يرتب حقوقاً للغير عن طريق الايجار او الاعارة ، كما له ان يرتب حق منفعة للغير او حق ارتفاق .

٥- حق الملكية حق جامع (Total) : فهو من اقوى واوسع الحقوق العينية لانه يخول صاحبه السلطات الثلاث (استعمال ، استغلال ، تصرف) ويترتب على ذلك نتيجتان :

النتيجة الاولى / ان المالك لا يطلب منه إلا ان يثبت حق ملكيته بكافة طرق الاثبات ، وتبعاً لذلك فمن يدعي ان له حقاً في ملك الغير ان يثبت ذلك ، كما لو كان له حق منفعة او حق رهن ... الخ .

النتيجة الثانية / هناك بعض الحقوق التي تتفرع عن حق الملكية تتسم بسمة التوقيت كحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى ، فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك ولابد من ارتداد هذه السلطات اليه بانقضاء هذه الحقوق .

ثالثا : موقف الشريعة الاسلامية من الملكية الخاصة

اعترفت الشريعة الاسلامية بالملكية بنوعيها (العامة والخاصة) ، إلا انها اقامت الملكية الخاصة على اساس ان الملك لله وحده وما الانسان إلا مستخلف في الارض " انفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه "[٨] . وقد منح سبحانه وتعالى الملكية الخاصة لعباده في اطار ما فرضه من قيود وما رسمه من حدود . إلا ان هذا القول لا يعني اطلاق العنان للمالك في التصرف بملكه كيفما يشاء دون ان يراعي في تصرفه مصلحة المجتمع او مصلحة غيره من الملاك في التصرف باملاكهم . فقد اكد القرآن الكريم على ترسيخ مبدأ التكافل الاجتماعي بين المسلمين وجعل من الاخوة مبدأ جوهرياً يحكم المجتمع ومنه تتفرع بقية المبادئ التي تهدف الى اقامة مجتمع متماسك البنيان ، فالاسلام ديناً وقانوناً غايته حسن التنظيم الاجتماعي والسمو بالنفس البشرية ، وبذلك فان حق الملكية لم يتم تقييده فقط لغرض تحقيق النفع العام بل قدتكون مصلحة الغير اولى بالرعاية في تقييد مصلحة المالك نفسه ،

فيلتزم الجار مثلاً بعدم الاضرار بجاره ضرراً فاحشاً او غير مألوف وقد امرنا جلّ ثناؤه في كتابه الكريم الى الاحسان بالجار ((وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب ..))[٩] ، كما حثنا الرسول الكريم (صلى الله عليه واله) على رعاية الجار وحسن معاملته في احاديثه الشريفة (مازال جبرائيل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه)[١٠] ، قال لقمان " حملتُ الجندل والحديد وكل حملٍ ثقيل فلم احمل شيئاً اثقل من جار السوء "، وعن الامام علي (عليه السلام) " ما تأكدت الحرمة بمثل المصاحبة والمجاورة ، سل الجار قبل الدار " ، " حريم المسجد اربعون ذراعاً والجوار اربعون داراً من اربعة جوانبها "[١١] ، وعن الامام الصادق (عليه السلام) " حسن الجوار يزيد في الرزق " ، " حسن الجوار يعمر الديار ويزيد في الاعمار " ، وعن الإمام الكاظم (عليه السلام) " ليس حسن الجوار كف الاذى ولكن حسن الجوار الصبر على الاذى "[١٢] .

المبحث الاول

التحديد القانوني للمضار غير المألوفة

تعددت الاراء القانونية والفقهية في تحديد (الاضرار غير المألوفة) في اتجاهات شتى ، فمنها ما ذهبت الى ان الضرر غير المألوف هو خروج عن حدود الحق (حق الملكية) لان المالك مقيد بعدم الغلو في استعمال هذا الحق ، والخروج عن حدود الحق حسب هذا الاتجاه هو خطأ ، لانه انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد فيكون عمله غير مشروع في ذاته لانه جاوز حدود مضمون الحق[١٣] ، او مخالفة القيود التي رسمها القانون (كأقامة بناء بغير مراعاة المسافة القانونية ولو بحسن نية) ودون حاجة لاثبات ضرر[١٤] .

واخذت اراء اخرى مسلكاً اخر فعبرت عن هذه الاضرار بانها تحدث نتيجة الاستعمال المشروع للحق ودون صدور خطأ من الجار او انحراف عن السلوك المعتاد .

وذهب اتجاه في تحديد هذه المضار ان الضرر غير المألوف هو استعمال الحق على نحوٍ يضر بالغير[١٥] سواء كانت نية الاضرار القصد الوحيد ام اقترن بقصد ثانوي . فلو ان المالك زرع اشجاراً كثيفة عالية في ارضه لمجرد حجب الضوء

عن جاره حتى لو عادت على الارض بالنفع فتستشف نية الاضرار لديه مادام ان النفع لم يكن مقصوداً في ذاته بل جاء تحققه عارضاً ، اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار[١٦] .

وعبر عنها ايضا بالضرر الفاحش Excessif Dommage الذي يلحق بالغير وينجم عن استعمال الحق ، وهو ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية في تحديد قيود المالك الذي يضر بالجار ، وما جاءت به المادة (١٠٥١)[١٧] من القانون المدني العراقي في تقييد حق المالك في التصرف بملكه .

وقد فسر الضرر الفاحش بانه (ما لا يمكن التحرز منه والمرجع في ذلك العرف والظروف المحيطة) . وعرفته المادة (١١٩٩) من مجلة الاحكام العدلية (هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر بالبناء اي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه) . اما الضرر غير الفاحش فهو الذي يؤدي الى منع او تعطيل المنافع التي لا تعد من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة ومنع دخول الشمس . ما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش[١٨] . وعرفت المادة (٥٩) من مرشد الحيران الضرر الفاحش بانه (ما يكون سبباً لوهن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الاصلية اي المنافع المقصودة من البناء ، اما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش) .

وفي الواقع ان المسألة موضوعية عند التطبيق ، فالقاضي يستنتج من مخنلف الوقائع وبالاستعانة باهل الخبرة ما يعد ضرراً فاحشاً وغير مألوف ، وما لا يعد كذلك ، والعلة واضحة لان التسامح بين الجيران معروف في مجتمعاتنا قبل الاسلام وبعده ، وهو شرط مهم وضروري من شروط الحياة الاجتماعية . والضرر الفاحش غير المألوف هو ما يمنع الجار من الانتفاع بالمنافع الرئيسة لملكه ، وتطبيقاً لهذا التفسير حكمت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صاحب المصنع عما تحدثه آلات المصنع من تشويش على القاطنين في جواره عند استماعهم الى اجهزة الراديو (المذياع) لان الاستماع اليها اصبح من الامور المألوفة والتشويش عليها يمكن الاحتراز منه باستخدام بعض الالات المانعة[١٩] ، فهذه الالات منعت الجوار من الانتفاع بما اعتادوا عليه .

وذهب اخرون الى ان هذه الظروف غير كافية لتقدير الضرر وكونه فاحشاً وغير مالوف او عدم كونه كذلك ، وانما لابد من النظر الى حالة الاضرار الشخصية

(المرض العصبي او النفسي او حالة الشخص وما جبل عليه الجار من حس مرهف) .

وفرق البعض بين (المضار الجسمية والعصبية العادية وغير العادية) لتحديد ظروف الشخص ومدى تاثير هذه المضار عليه فتعد اضراراً فاحشة بالنسبة للشخص غير السليم واضراراً غير فاحشة للشخص السليم[٢٠] .

وقيل ايضا ان الضرر غير المألوف هو ضرر غير مشروع (Prejudice illegal) وهو ما جاءت به المادة (١٢٢ موجبات لبناني) واضافت اليه المادة (١٢٣) الضرر الذي ينشأ عن الاهمال وعدم التبصر . اما المادة (١٢٤ من القانون نفسه) فعبرت عنه بأنه الضرر الذي يجاوز به الشخص حدود حسن النية او الغرض الذي من اجله منح هذا الحق .

اما في القانون الفرنسي فلا وجود لنص يماثل تلك النصوص ، اذ ان الاحكام الخاصة بهذه المضار غير المالوفة من عمل واجتهاد القضاء وليس من صنع المشرع بالرغم من كثرة التطبيقات حول هذا الموضوع .

وفي اعتقادنا ان مصطلح المضار غير المألوفة اوسع نطاقاً وتعبيراً من الضرر الفاحش او الضرر غير المشروع او الضرر الناتج عن عدم التبصر او الناتج عن تجاوز حدود حسن النية وغيرها من المصطلحات ، لانه مصطلح يجمع بين (الضرر النفسي (التوتر – القلق – عدم الاستقرار) والضرر العقلي والضرر في الحواس البشرية فضلا عن الضرر الصحي) . كما ان فكرة الجوار لا يمكن اخضاعها لمقياس ثابت ومحدد فهي فكرة ذات مقياس متغير معيارها غير ثابت ، لان الاشخاص والاشياء تتغير بتغير الظروف المحيطة فاصبح التجاور الجغرافي متاثراً بالحروب والكوارث الطبيعية ، فهذا التعبير يتسع كما سمحت او تغيرت الظروف وما تعد مضاراً غير مالوفة اليوم قد تصبح غير ذلك غداً .

اما مضار الجوار المألوفة Prejudant la norme habitualle فهي ما لا يمكن تجنبها بين الجيران ولابد من استيعابها وتحملها ، ولا يلزم الجار فيها إلا بالتعويض احياناً ، فالضجيج والروائح والابخرة الناتجة عن مصنع كائن في منطقة صناعية يكون ضرراً مألوفاً اما لو اقيم هذا المصنع في منطقة سكنية فان الضرر يتحول الى غير مألوف .

وقد قضت محكمة الزقازيق في مصر بان (ليس للجار حق مطالبة جاره بتعويض ما تلحق زراعته من ضرر بسبب ظلال الاشجار طالما كان الجار غير متعمد من وراء الزراعة الاضرار بجاره وطالما انه قد اتبع الاصول الزراعية الملحوظة قانوناً او عرفاً في الزراعة او الغرس)[٢١] .

المبحث الثاني

الضابط في تحديد المضار غير المألوفة

ان الضابط او المعيار في تحديد المضار غير المألوفة هو ضابط مرن يتسع لما قد يستحدثه التقدم الصناعي والعلمي في المستقبل بحيث يجاوز الحد الاعتيادي والمتعارف عليه ، نتيجة لاختلاف طبيعة العقارات وموقعها من عقارٍ لآخر ، اضافة الى الاعراف السائدة وظرف الزمان والمكان ، والغرض المخصصة له ، كان له الاثر البالغ في تحديد ما يعد ضرراً مألوفاً من عدمه ، وهو ما اقرته التشريعات المدنية[٢٢] واكدته التطبيقات القضائية المختلفة ومنها قضاء محكمة التمييز في العراق في احدى قراراتها بأن (تقدير تحقيق الضرر الفاحش (على حد تعبير المشرع العراقي) من عدمه بسبب اطلال الشبابيك على الجار بواسطة خبير له اطلاع بالحالة الاجتماعية للمدعي وعياله والمنطقة الواقع مسكنه فيها والحالة الموقعية للمسكن ، وللمحكمة في سبيل الوقوف على الضرر الفاحش ان تأخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية)[٢٣] . وقضت المحاكم الاردنية بأنه (على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد الضرر بملك الجار وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر والغرض الذي خصصت له عملاً بالمادة (١٠٢٧) من القانون المدني ، وعلى المحكمة ان تتثبت من العرف الجاري في المدينة الموجود بها العقار موضوع الدعوى اذا كان الضرر الموصوف بتقرير الكشف ضرراً مألوفاً بالمعنى المقصود في المادة (١٠٢٧) من عدمه)[٢٤] .

وتطبيقاً لذلك فان تقدير الضرر (L'évaluation du dommage) يختلف باختلاف طبيعة العقارات ، فهناك من العقارات ما تستوعب طبيعتها تلك الاضرار فيعد ضرراً

مألوفاً ، وهناك عقارات اخرى لا تستوعب طبيعتها تلك الاضرار فتعد اضراراً غير مألوفة (كالعقارات السكنية) ، فلو كانت طبيعة العقار مصنعاً او معملاً او مصبغةً تتعدد فيها الالات والايدي العاملة وتشتد فيها الضوضاء ، فيعد حينئذٍ الضرر الناتج عن هذه الالات والضوضاء ضرراً مألوفاً بالنسبة لهذا النوع من العقارات ، لكنه غير مألوف بالنسبة الى مستشفى او مكان للسكن او مدرسة[٢٥] . فقد قضي في مصر بان (الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ولو لم يخالف نصاً من نصوص القانون واللوائح وذلك متى كان الضرر فاحشاً متجاوزاً الحد المألوف بين الجيران فاذا انشأت الحكومة محطة من محطات المجاري على قطعة من املاكها اقلقت ادارتها راحة السكان في حي مخصص للسكن كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما اصابهم واصاب املاكهم من اضرار)[٢٦] .

وفي فرنسا (قد عانى المالكين السكان من المضار الكبيرة بعد تشييد مطار نيس من اصوات الطيران التي تجاوزت كثيراً الحد المألوف (Bruit in tense) وقد استحصلوا على تعويضات ضخمة لان عقاراتهم هي في الاصل مخصصة للسكن وقد استحدثت الحكومة الفرنسية هذا المطار ضمن تلك المنطقة السكنية متجاوزة الحد المألوف)[٢٧] .

وقضي ايضاً بمسؤولية صاحب المسرح عن الاضرار التي تلحق الجيران نتيجة الضجة الليلية التي تحدث عند انصراف المتفرجين ومسؤولية صاحب بيت للدعارة عما يحدث من مناظر مؤذية لمشاعر الجيران او عما يسببه وجود هذا البيت من نقص في قيمة العقارات السكنية المجاورة . ومسؤولية صاحب مدرسة عما يحدث من ضرر كبير للفندق المجاور نتيجة صخب التلاميذ ، وبمسؤولية ادارة سكة الحديد عن الاضرار التي تحدث نتيجة انتشار الدخان او تطاير الشرارات النارية من قاطراتها[٢٨] .

كما ان الاعراف والعادات ذات تأثير على تقدير كون المضار مألوفة من عدمه، فما تعارف واعتاد الناس عليه من ضجة واصوات ودخان تعد مضاراً مألوفة لهم خاصة في المناطق الشعبية والمزدحمة ، اما اذا لم يتعارف الناس على مثل هذه المضار كما في المناطق الهادئة فيمكن القول بأنها مضار غير مالوفة بالنسبة لهم، وعلى الجار تحمل ما تعارف الناس عليه اذ انه التزام تفرضه قواعد الجوار والاخلاق.

كذلك فان هذه المضار قد تكون مألوفة في وقت او مكانٍ ، وغير مألوفة في وقتٍ او مكانٍ اخر ، فما يعد ضرراً مألوفاً في الريف قد يعد غير مألوف في المدن ،

بالرغم من العدد السكاني الهائل وكثرة العقارات ، وما يعد ضرراً مألوفاً في اوقات الازمات والحروب قد يعد غير مألوف في الاوقات الاعتيادية والطبيعية ، وبالعكس ، وهو ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في العراق في احدى قراراتها حيث ردت دعوى المدعي الذي طالب بالتعويض نتيجة لقيام احدى الدوائر الحكومية بوضع الحواجز الاسمنتية لحماية البناية وارواح الموظفين والمواطنين الاخرين ، الامر الذي ادى الى غلق المنافذ والمداخل المؤدية الى محله المجاور للبناية وبالتالي حرمانه من ممارسة عمله بشكل طبيعي مستندة في ذلك للظروف والاوقات التي يمر بها البلد نتيجة لتزايد العمليات الارهابية[٢٩] .

ثم ان الغرض الذي خصص له العقار (Le but pour lequel le fonds a été désigné) يدخل في تحديد ضابط او معيار الضرر غير المألوف . فقد يكون مألوفاً تحت تأثير ظروف معينة وغير مألوف تحت تأثير ظروف اخرى تمنع مثلاً صاحب العقار من استعمال عقاره على نحو تحقيق الهدف منه او من غرض استغلاله بالنظر لمصلحة العقارات المجاورة[٣٠] . فالعقار (المعد كمستشفى للعلاج يتأثر استغلاله بالضوضاء المتصاعدة من ملك الجار حتى لو عدّ هذا الضرر مألوفاً في تلك المنطقة او لطبيعة الاعراف فيها ، إلا انه بالنسبة لهذه المستشفى يعد ضرراً غير مألوف يجب ازالته او التعويض عنه).

تبعاً لذلك نقول هل ان للظروف الشخصية تأثير على تحديد المضار وكونها مألوفة وعدم كونها كذلك بحيث يجب مراعاة كون العقار معد للعلاج يتأثر قاطنيه (المرضى فيه) باي ضوضاء متأتية من ملك الجار او يتاثر من ابتلى بمرض عصبي بحيث يؤذيه ما لا يؤذي الشخص السليم العادي حتى لو عدت هذه المضار مالوفة في تلك المنطقة ؟

للاجابة عن هذا التساؤل نقول بأن جانباً من الفقه الفرنسي يرى بأن الاعتداد بالظروف الشخصية في تقدير مألوفية المضار من عدمها هو اعتداد لا مبرر له وانما لابد من الرجوع الى الاعتبارات الموضوعية لتقديرها ، وحيث ان الاخذ بظروف كل شخص سيؤدي الى توسيع دائرة المضار غير المألوفة على حساب الاعراف والتقاليد وما يعد من مضار مألوفة لاختلاف مزاج الشخص ونفسيته ووضعه الاجتماعي .

ويرى جانب اخر من الفقه الفرنسي ان الاعتداد بهذه الظروف هنا هو اعتداد مبرر ، فالاصل ان هذه الظروف الشخصية لا وزن لها في هذا الشأن ، إلا ان الحال هو انها ظروف موضوعية متعلقة بالعقار ذاته نتيجة اعداده لاستغلال عادي معين لا لإجل ظروف شخصية استثنائية خاصة بمالك العقار[٣١] ، وهو ما أخذت به محكمة استئناف بيروت في قرار لها[٣٢] ، حيث ان المدعي وهو محامٍ بالاستئناف اقام دعوى ضد شركة تجارية لوضع حد للأصوات المزعجة الناجمة عن مكيفات تبريد تقلق راحته قرب مكتبه وتمنعه من ممارسة مهنة المحاماة لان هذه المهنة تستوجب الكثير من الراحة والطمأنينة، حيث ان التشريع اللبناني يعتمد النظرية الشخصية في تحديد المعيار اللازم لتكييف مألوفية الضرر او عدم مألوفيته ، ويراعي كذلك الاجتهاد الفرنسي الحديث مسألة الاعتبار الشخصي ، اذ انه يسعى لتحديد الضرر وفقاً لامكان الاحتمال لدى كل متضرر على حدة ... فعامل القماش والجلد الذي تتأثر صناعته بالدخان المتصاعد من معمل يقع على مقربة من هذه الصناعة ، كما ان مستثمر عيادة طبية وجريح الحرب ، جميع هؤلاء من حقهم المطالبة بازالة الضرر ، علماً ان اعتبارهم الشخصي هو ابعد من الاعتبار الشخصي العادي .

ويرى جانب ثالث الى عدم الاخذ والاعتداد بهذه الظروف الشخصية قانوناً ، اي ان هناك اعتبارات قانونية توجب عدم الاخذ بها ، إلا ان الخلق والمروءة والتسامح يفرض الاخذ بها احياناً[٣٣] .

وفي الحقيقة ان الضابط في تقدير عدم مألوفية هذه المضار هو ضابط موضوعي عند التطبيق ، فلا بد للقاضي ان يوازن بين المصالح ويأخذ بنظر الاعتبار المعايير المطروحة (طبيعة العقار – الغرض المخصص له – الاعراف – ظرف المكان والزمان – الظروف الشخصية ان استوجب الامر وفقاً لمعيار الشخص المعتاد وما يتحمله من مضار وما لا يتحمله) وبالاستعانة باهل الخبرة في هذا المجال ليستنتج ما يعد ضرراً مالوفاً وما لايعد كذلك ، وهو ما أكدته محكمة التمييز في العراق في هذا الخصوص حيث قضت بأنه (اذا كان مخزن المياه القذرة العائد للمدعى عليه والذي يطلب المدعي ردمه واقعاً في الطريق العام الفاصل بين داري الطرفين فيلزم ادخال البلدية ..... لمعرفة ما اذا كان بالامكان تلافي الضرر دون ردمه بواسطة خبير او اكثر)[٣٤] .

يستنتج مما سبق عرضه ان ضابط المضار غير المألوفة هو ضابط مرن يتماشى مع كل حالة على حدة فيتكيف مع الظروف المختلفة والحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات الحياة تحقيقاً لمبدأ التعاون ، وحسن الجوار ، وتقليلاً للمنازعات التي يمكن ان تحدث في المستقبل بين الجيران .

المبحث الثالث

الاساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

اختلف الفقه القانوني في تحديد الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، بين الخطأ (Faute) و بين التعسف في استعمال الحق (Abus de droit) وبين الخطر في حدوث الضرر (Théorie des ris risques) .

الاساس الاول /

ذهب فريق[٣٥] الى ان اساس المسؤولية هو تعسف المالك او غلوه في استعمال حقه ، فيسأل عن هذا التعسف او الغلو او اساءة استعمال حقه ويعوض عن هذا الضرر .

ويعد المالك متعسفاً في استعماله لحقه اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (الفرع أ من ف٢ المادة ٧ من القانون المدني العراقي)[٣٦] (قصد الاضرار بالغير Intention de ruirei) فلا يبغي تحقيق اي منفعة خاصة وانما يرمي الاضرار بغيره وسواء كان هذا القصد الوحيد ام اقترن به قصد ثانوي . وهو اقدم معايير التعسف واكثرها شيوعاً لكثرة تسخير الافراد حقوقهم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في الاضرار بالغير .

وهذا المعيار هو معيار ذاتي قوامه (نية الاضرار بالغير) لدى صاحب الحق ، ولا يغير من هذا الوصف التعسفي لهذا الاستعمال ما قد يحققه فيما بعد من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق اصلاً . واذا كان اثبات قصد الاضرار بالغير امراً عسيراً فان القضاء كثيراً ما يعمد في استخلاصه على انعدام المصلحة او تفاهتها لدى صاحب الحق على نحو يضر بغيره قرينة على توفر نية الاضرار . فالمالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عالٍ لا يبتغي من وراء ذلك اي منفعة شخصية له وانما

قصد بها ايذاء الجار فانه يعد متعسفاً في استعمال حقه[٣٧] اما اذا اقام هذه المدخنة لنفع يقصده ولكنه وضعها في مكان يلحق الضرر بالجار ، وكان من الممكن ان يتجنب هذا الضرر لو انه اقامها في مكان اخر فانه لا يكون متعسفاً بل انه قد انحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد ، وبالتالي فاننا هنا امام حلقة مغلقة تدور وترجع الى معيار الخطأ .

وفي هذا الخصوص ايضا ذهب بعض الشراح[٣٨] في فرنسا الى وجوب التفريق بين الحرمان من التمتع (La privation d'une jouissance) او الحرمان من الفائدة[٣٩] (La privation d'une avantage) وبين الاعتداء على الحق (La lésion d'une droit) ولا يكون المالك مسؤولاً إلا في الحالة الثانية[٤٠] .

ويفرق Pitant بين الاستعمال العادي لحق الملكية والاستعمال غير العادي (غير المالوف)[٤١] (L éxercice normal ou anormal du droit de propriété) ولم يضع هؤلاء الشراح جميعاً تحديداً للاحوال التي يعد فيها عمل المالك حرماناً من التمتع او من الفائدة او اعتداء على الحق ، او الاحوال التي يكون فيها استعمال حق المالك عادياً او غير عادي[٤٢] ، والدليل على ذلك ان المحاكم الفرنسية قضت في بعض احكامها بان للمالك ان يقيم على ملكه مبانٍ مهما بلغ ارتفاعهاولو حجب عن جاره النور ، وبالعكس قضت في احكام اخرى بأنه ليس للمالك ان ينشئ على ملكه آلات يتصاعد منها الدخان وذلك لحرمان الجار من الهواء النقي الذي له حق فيه . فعلى رأي الشراح الذين نحن بصددهم يعد حجب النور حرماناً من التمتع او من الفائدة ، ويكون الحرمان من الهواء النقي تعدياً ، فلمَ هذا التفريق ؟

ويعد صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه كذلك اذا كانت المصلحة التي يرمي اليها قليلة الاهمية الى ما يصيب الجار من ضرر بسببها (Les intérêts de celui quiq causé prédudice sont moindres par rapport à ceux de la victime) . وهذا ما قضت به المادة (٧/ الفقرة الثانية / الفرع ب من القانون المدني العراقي) فلا يكفي ان تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مصلحة ما ، وان القصد من استعمال الحق تحقيق تلك المصلحة ، لكن ينبغي ان تكون مصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر بسبب الاستعمال[٤٣] .

وفي الحقيقة ان صاحب الحق اما ان يكون غير مبالٍ (Indifférent) بما يصيب الناس من ضرر لقاء منفعة قليلة يستحصلها لنفسه ، او ان يتحايل بأن يخبئ نية الاضرار تحت ستار مصلحة محدودة الاهمية يسعى لها ، وهو في كلتا الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وأساء استعمال حقه

او تعسف فيه فيتحمل المسؤولية ، ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٩٢/ ف٢ من القانون المدني العراقي) : (ومع ذلك ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط)[٤٤]

فالمالك الذي يهدم حائطه انما يستعمل حق ملكيته ولكن اذا كان الهدم دون عذر قوي فان مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك في هدم الحائط ، ومن ثم يعد هدم الحائط تعسفاً في استعمال حق الملكية ، يستوجب قيام المسؤولية[٤٥] .

والمعيار هنا معيار موضوعي لا شخصي قوامه (التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق) وهو امر يقدره قاضي الموضوع حسب الظروف .

ويعد صاحب الحق متعسفاً في استعماله كذلك اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة (او غير شرعية)[٤٦] (Les intérêts illégitimes) (الفرع ج من ف٢ المادة ٧ من القانون المدني العراقي) فلا يكفي ان تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة او نفع له بل يجب ان تكون مشروعة لان الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من اغراض ومصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق لتحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون[٤٧] ، فمن يطلب اخلاء منزله من المستأجر بحجة حاجته للسكن بعد محاولات زيادة الاجرة زيادة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه في ذلك يعد متعسفاً في استعمال حقه ، ومن يتخذ داره ملتقى للمشبوهين او منزلاً للدعارة يعد متعسفاً في استعمال حقه[٤٨] .

ويقول الفقيه الفرنسي Planiol (ان الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف ، فالتعسف في استعمال الحق ليس إلا خروجاً عن الحق ، فالعمل الواحد لا يصلح ان يكون في الوقت نفسه متفقاً مع القانون ومخالفاً له)[٤٩] .

اخيراً فان المعيار هنا هو معيار موضوعي مرن (معيار الشخص المعتاد) فليس من السلوك المألوف لاي شخص عادي ان يسعى تحت ستار (انه يستعمل حقه) الى تحقيق مصلحة غير مشروعة وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في رقابة استعمال الحقوق .

ومع كل ما تقدم فان نظرية التعسف لا يمكن الاعتداد بها كاساس لقيام المسؤولية عن المضار غير المألوفة ، إذ لا تندرج هذه المضار (كما زعم البعض) تحت هذه الصور المطروحة فقد يلحق الجار بجاره ضرراً غير مألوف دون ان يتعمد الاضرار به ، ودون ان يهدف الى تحقيق مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحة المالك فنخرج عن نطاق التعسف في استعمال الحق وهو ما اكده الفقيه (Josserand) " ان المالك الذي يجاوز احد موجبات الجوار لا يكون مرتكباً ما يسمى بسوء استعمال الحق " .

وفي الحقيقة انه ليس هناك ما يمنع المشرع من ان يطبق هذه المعايير السابقة للتعسف او اي معيار اخر في نص خاص يورده في المجال المناسب لتطبيقه متى تحققت حالة او صورة من صور التعسف .

الاساس الثاني /

اقامة المسؤولية على اساس الخطأ (Faute) ، تقوم هذه الفكرة على مساءلة مرتكب الخطأ عن تعويض هذا الضرر الذي يصيب الجار ولو كان يسيراً[٥٠] وقد نصت المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي صراحةً على الخطأ(Faute) :

(Art 1382 : Tout Fait quelconque qui case à autrui un dommage obliage celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer) .

ومنها أيضاً نصوص المواد (٢٠٤) مدني عراقي و (١٦٣) مدني مصري و (١٦٤) مدني سوري و (١٢١) موجبات لبناني حيث أخذت بنظرية الخطأ .

ومن المعلوم ان الخطأ هو إخلال بالتزام فرضه القانون أو هو انحراف عن السلوك المعتاد ، فأي استعمال لحق الملكية يجاوز فيه الحدود التي رسمها القانون لهذا الحق يكوّن خطأً تقصيرياً يوجب المسؤولية . فإذا أدار المالك أو صاحب الحق محلاً مقلقاً للراحة أو مضراً بالصحة في منطقة لا تدار فيها هذه المحلات أو دون مراعاة الشروط القانونية الواجبة (كمحلات الحدادة أو السمكرة ...) فانه يكون قد ارتكب خطأ يسأل عنه . إلا ان المالك أو صاحب الحق قد لا يرتكب خطأ في استعماله لحقه أو لملكه ومع ذلك ينحرف في هذا الاستعمال عن الحد المألوف ويضر بجاره ويكون مسؤولاً عن تعويضٍ هذا الجار عن الضرر ولو كان ضئيلاً ، كمن يشعل النار في ملكه بموجب حرفته إلا ان خطر الحريق تعدى إلى ملك جاره فتنبعث الشرارة إليه ويكون سبباً في إحداث حريق عنده[٥١] أو كمن يقيم في منزله

حفلات راقصة في حي سكني هادئ تحكمه عادات وتقاليد تستنكر ذلك التصرف فانه يكون قد انحرف عن السلوك المعتاد والمألوف فيسأل تجاه جاره عن تعويض الضرر الذي لحقه في إقلاق راحته ومخالفة العادات والتقاليد . وقد دافع الفقيهان الفرنسيان mazeaud . etl . H بجدية عن نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار ويعبران عن ذلك (بأن تجاوز الحد العادي في علاقات الجوار يؤلف الخطأ بالمعنى الذي نصت عليه المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي)[٥٢] .

ومن المعلوم ان تعويض الضرر في المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يكون كاملاً ولو لم يصدر خطأ من المالك بتصرفه ، ولو لم ينحرف عن السلوك المعتاد ، ثم انه لا تعويض عن الضرر إلا إذا كان غير مألوفاً ، وبذلك نبتعد عن الخطأ كأساس لهذه المسؤولية .

الاساس الثالث /

نظرية المخاطر أو الخطر في حدوث الضرر Théorie des risques

ومن القوانين التي طبقت هذا المعيار القانون السويسري حيث اخذ بفكرة الخطر المستحدث nouveaul Risques فكل شخص ملزم وهو يمارس حقه لاسيما في نطاق أشغاله المتعلقة بالاستثمار الصناعي الامتناع عن كل تجاوز على حساب جاره بحيث تترتب المسؤولية على أصحاب المشاريع الذين يترتب على نشاطهم خطراً متزايداً على من حولهم مثل السكك الحديدية والمشاريع الصناعية وتجار المواد القابلة للاشتعال ....الخ[٥٣] ، واخذ بهذه الفكرة أيضا القانون البلجيكي والألماني .

واعتمد الفقيه الفرنسي Josserand [٥٤] معيار الخطر المستحدث في مسألة مضار الجوار حيث يجب التعويض عن الضرر الناتج عن ممارسات تثير الضجيج حتى لو كان هذا التسبب غير معاقب عليه قانوناً انطلاقاً من ان الجار المنتج للضرر يمارس مهنته بصورة طبيعية ومشروعة أو ذات مصلحة عامة ولكنه ساهم في خلق الخطر الشاذ فيكون بالتالي مسؤولاً عن هذا الضرر تجاه الجار الذي لم يساهم في العمل الخطر .

ومن الشراح من رتب المسؤولية على اساس الاثراء بلا سبب ومنهم الفقيه Carbonnier[٥٥] فعلى الجار المثري ان يرد لجاره المفتقر اقل القيمتين (مقدار الاثراء ومقدار الافتقار) .

وذهب الفقيه Pothier الى ان اساس التعويض هو وجود شبه عقد يطلق عليه (شبه عقد الجوار De voisinage auasi contrat) وفي الحقيقة انه لا يمكن افتراض وجود عقد بين الجيران واعتباره مصدراً للالتزام اسوة بالعقد .

وذهب جانب من الفقه المصري في تفسير (ف١من المادة ٨٠٧ من القانون المدني) بان هناك التزام على المالك بان لا يغلو في استعمال حقه ، فأي اخلال لهذا الالتزام يوجب المسؤولية . إلا ان خرق هذا الالتزام لا يشكل خطأ بالمعنى المعروف لان المالك لم ينحرف عن السلوك المعتاد ومع ذلك ألحقَ ضرراً بالجار فمن العدل ان يتحمل نتيجة استعماله لملكه استعمالاً استثنائياً (خروج عن الحد الطبيعي للحق)[٥٦] .

واذا كان من الممكن الاخذ بهذا الاتجاه في القانون المصري إلا انه لا يمكن الاخذ به في القانون الفرنسي لعدم وجود مثل هذا النص ، ثم ان المالك حسب هذا التفسير عندما يخرج عن حدود الحق يعد مخطئاً فتقوم مسؤوليته بالتالي على اساس الخطأ .

وفي الحقيقة ان لكل هذه الاتجاهات والمعايير اسانيدها وحججها ، إلا انه يمكن القول في تحديد الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية في مضار الجوار غير المألوفة ، ان النص القانوني هو الاساس الذي يفرض مثل هذا الالتزام (الالتزام بعدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً كما عبر عنه المشرع العراقي في المادة (١٠٥١) والمشرع المصري في المادة (٨٠٧) او ضرراً غير مألوف) ، وفي الواقع ان المشرع في هذه النصوص استند على فكرة تحمل التبعة لان الشخص هنا لم يرتكب اي فعل مخالف للقانون (الخطأ) ولم يتعسف في استعمال حقه ، وانما يتحمل تبعة نشاطه الذي ألحق ضرراً غير مألوف بجاره فعليه الغرم كما كان له الغنم ، وقد ابرز معالم هذه الفكرة الفقيه Josserand, Sal بحيث ان نشاط الفرد الذي يسبب الضرر للاخرين يجعل من صاحبه مسؤولاً عن هذا الضرر وبدون حاجة الى البحث عن وجود الخطأ او عدم وجوده ولا محل ايضا للبحث عن نية الفاعل بل يبحث عن ذات الفعل فاذا كان الانسان يستطيع ان يجلب بنشاطه ربحاً لنفسه فانه من العدل والانصاف ان يعوض بالمثل الضرر الذي يسببه[٥٧] .

وبالتالي فان النص القانوني الذي يفرض هذا الالتزام مستوحى من فكرة تحمل التبعة وهو اساس موضوعي مبني على اعتبارات (قانونية – اخلاقية – دينية) يجمع ما بين قواعد العدالة والانصاف واحترام الحقوق وقواعد حسن الجوار .

وفي حالة غياب النص القانوني فان قاضي الموضوع يستند في اجتهاده الى هذه المبادئ العليا (العدالة – الانصاف – قواعد الاخلاق – مبادئ حسن النية والالتزام بالتعاون ... الخ) في فرض هذا الالتزام وقيام المسؤولية تبعاً للظروف المحيطة .

المبحث الرابع

شروط قيام المسؤولية

لابد لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ان يصدر من الشخص وهو يستعمل حقه المشروع عملاً غير مألوف ، وهذا من شأنه ان يولد ضرراً للغير المجاور له ، إضافة إلى كون هذا الضرر ناتجاً عن تجاور العقارات .

الشرط الأول / لابد ان يصدر من الشخص عملاً غير مألوف وهو يستعمل حقه ، وقد عبر عنه البعض بالخطأ وقيل (ليس المقصود به المعنى العادي للخطأ لان المالك لم يقصد الإضرار بالجار بل يقوم باتخاذ كافة ما يتطلبه القانون واللوائح ، ومع ذلك يحدث ضرراً غير مألوف ، فالخطأ يأخذ وصفاً خاصاً هنا حسب هذا الرأي يتمثل في غلو المالك في استعمال حقه[٥٨] (المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري) بحيث يجاوز الحد المألوف لاستعمال الحق واجتياز هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله) .

وقد سبق ان قلنا في هذا الخصوص ان الجار يستعمل حقه استعمالاً طبيعياً ومع ذلك قد يضر بجاره ضرراً غير مألوف يستوجب التعويض دون ان يصدر منه إخلال أو ان تكون لديه نية إضرار بالغير ، وبالتالي لا يصدر منه خطأ في استعماله لحقه ، فهو يقصد الحصول على اكبر فائدة ممكنة من ذلك الاستعمال .

وقيل بان على الجار تعويض جاره عن الضرر الذي أصابه بسبب الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية ، فعدم التعويض عنه هو الخطأ الذي يرتب المسؤولية ، وفي النهاية فان هذا الالتزام يقوم على الخطأ حسب هذا التصور .

وفي هذا المجال يمكن القول بان السببية قد توجد ولا يوجد الخطأ إذ إنها انفصلت عن الخطأ واتصلت بالضرر ، وتتحقق المسؤولية لوجود عنصر الضرر[٥٩] فقد كان لنضج الوعي الاجتماعي ، والتطور الاقتصادي والصناعي ، ولتيسير حصول المضرور على التعويض الأثر البالغ في توجيه دفة المسؤولية التقصيرية تجاه العدالة عن طريق تخفيف عبء إثبات خطأ مرتكب الفعل الضار أو استبعاد عنصر الخطأ كركن من اركان المسؤولية التقصيرية وإقامة المسؤولية على عنصر الضرر فقط ، بالتركيز اما على مبدأ تحمل التبعة أو إقامتها على عنصر الخطر في حدوث الضرر ، أي تعويض الشخص عن أي ضرر نتيجة النشاط الخطر[٦٠] .

اخيراً نقول ان الاستعمال الاعتيادي والمألوف للحق لا يولد أي مسؤولية لان القاعدة الأساسية تقضي بان للشخص ان يستعمل ملكه استعمالاً جائزاً واستغلاله والتصرف فيه بجميع التصرفات[٦١] على ان لا يضر بغيره ضرراً يوجب المسؤولية ، إذ ان عليه واجب الحيطة والحذر والتوقع لما قد يحدثه استعماله لحقه من ضرر بالجار ، باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث الضرر [٦٢] ، فعلى سبيل المثال بالنسبة لمولدات الكهرباء المنزلية يجب وضعها في أماكن تمنع وصول الأصوات والروائح والأبخرة المضرة بالصحة للدور المجاورة أو على الأقل الحد من تلك الآثار السيئة (بالصيانة الدائمية لها ووضعها في أكشاك أو صناديق تقلل من الأصوات والاهتزازات الصادرة منها) .

وهذا الاستعمال امر قد يحقق المسؤولية وقد يمنع قيامها إذا عدل الشخص عن ممارسة نشاطه الضار أو تدارك حدوث الضرر ، فعلى الصناعي مثلاً ان يتدارك الأبخرة والدخان المتسرب من مصنعه والذي من شأنه ان يضر بالعقارات المجاورة ، وعلى من يدير محلات التسجيلات الصوتية ان يستخدمها وفقاً للطرق الصحيحة التي لا تسبب الضوضاء المتمثلة بالأصوات العالية التي من شأنها إزعاج السكان .

اما الشرط الثاني / ان يحدث ضرر غير مألوف من جراء الاستعمال ، والضرر هو روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساسي فيها Lessence de la Responsabilite civile

فمن ابرز شروط الدعوى شرط (وجود المصلحة) إذ لا دعوى من غير مصلحة ولا مصلحة إذا لم يكن هناك ضرر قد لحق المدعي ، وما التعويض إلا لإزالة الضرر الذي لحق بالدائن[٦٣] .

فالمسؤولية هنا مرتبطة بحصول ضرر غير اعتيادي (غير مألوف) او ضرر يقلق الراحة (Trouble de voisinage Inquiétude) اذ لا تعويض عن المضار المألوفة ، هذا وان معيار المضار غير المألوفة هو معيار مرن متطور بحيث يستوعب انواع جديدة من المضار التي تجاوز الحد المألوف . وقد عبر المشرع العراقي عن الضرر غير المألوف بالضرر الفاحش متأثراً في ذلك بالفقه الاسلامي في المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي ، وهو مصطلح مقتبس من مجلة الاحكام العدلية وبالخصوص المادة ١١٩٩ ، وقد قضت محكمة التمييز في العراق بان (ما يعتبر ضرراً فاحشاً في الشريعة الاسلامية يمكن اعتباره كذلك في ظل القانون العراقي)[٦٤] .

ومهما كانت التسمية فان هذه المضار يجب ان تكون غير مألوفة وفقاً لمعيار موضوعي يستنتجه القاضي من الظروف المحيطة بالعقار (العرف – الغرض الذي خصص له – طبيعة العقارات – المكان – الزمان) ، وفي هذا الخصوص نصت المادة (٩٠٦) من القانون المدني الالماني على انه (لا يجبر المالك على ان يتحمل في ملكه الغازات والابخرة والروائح والدخان والقتام (الهباب) والحرارة والضوضاء والاهتزاز ونحوها إلا اذا كان الضرر الناشئ عنها قليلاً تافهاً او اذا كانت ناتجة من استعمال العقار استعمالاً عادياً على حسب عرف المكان) .

وقد تعد هذه المضار مألوفة في حالات وظروف وغير مألوفة في حالات وظروف اخرى ، فتحول الجو السكني او الديني الذي تنتشر فيه المنازل السكنية والجوامع الى جو متوتر بالاصوات الصاخبة والنوادي الليلية يجعل المضار في هذا المكان غير مألوفة لانها تتنافى مع اعراف وعادات المنطقة وطبيعة العقارات والغرض الذي خصصت له .

ولابد كذلك في الضرر ان يكون محققاً اي مؤكد الحدوث سواء كان حالاً اي وقع فعلاً او كان مستقبلاً اذا كان وجوده مؤكداً وان تراخى وقوعه الى زمن لاحق ، اذ لا تعويض عن الضرر المحتمل[٦٥] لانه غير محقق الوقوع . ولا بد ان يصيب هذا الضرر حقاً او مصلحة مالية مشروعة للمتضرر . واخيراً لابد ان تكون هذه المضار مستمرة لا مؤقتة بحيث تستمر اثارها ونتائجها على الجار . اما اذا كان الضرر مفاجئاً او حصل وانتهى فلا يدخل ضمن هذا الاطار .

اما الشرط الثالث / فلا بد ان تكون هذه المضار ناتجة عن تجاور العقارات . فالسبب في قيام المسؤولية عن المضار غير المألوفة هو واقعة الجوار بين العقارات

، فاذا انتفت هذه الواقعة انتفت المضار . ولا يعني هذا ضرورة التلاصق بين العقارات المتجاورة حتى تقوم المسؤولية وتنشأ عنها هذه المضار غير المألوفة لان هذه الاخيرة تؤثر على الجار ولو لم يكن ملاصقاً لجاره مسبب الضرر غير المألوف ، فالغازات والابخرة المنبعثة من مصنع قد تؤثر على عدة اشجار مثمرة في عقارات مجاورة للمصنع إلا انها قد لا تكون ملاصقة له . كذلك الاصوات والشرارة الناتجة عن محلات الحدادة والسمكرة تؤثر على العقارات المجاورة وان لم تكن ملاصقة لها ، وما تنتجه المولدات الكهربائية الضخمة من اصوات مزعجة وعالية وابخرة قد تؤثر على العقارات المجاورة إلا انها غير ملاصقة لها ... وهكذا .

اخيراً يقول الفقيه (Ripert) في هذا الخصوص ان واقعة الجوار بين العقارات هي واقعة مادية مستقلة عن شخص المالك واهليته[٦٦] وهو ما اكدته ايضاً مجلة الالتزامات التونسية في الفصل (٩٩و ١٠٠) منها[٦٧] لان الغاية من رفع الدعوى دفع ضرر غير اعتيادي ، وهي مصلحة جدية قانونية تتمثل بـ (الحق في الراحة والصحة) ، اما الصفة فلا يجب ربطها بالمالك باعتبار ان القانون يمنح صفة القيام لكل متضرر (فهو المدعي بالحق او نائبه او خلفه) مهما كانت علاقته بالعقار سواء كان مالكاً ام غير مالك (إلا ان الغالب هو صفة المالك) لازالة افعال ضارة صدرت من (المدعى عليه المسؤول المالك او نائبه او خلفه) ، او اتخاذ الوسائل اللازمة لمنع حدوثها ، على ان يثبت ضرراً محققاً لحق بالعقار او بساكنيه[٦٨] فالقانون يحمي الجار بوصفه متضرراً لا بوصفه مالكاً ، فالضرر يمنح الصفة في القيام لا رسم الملكية ، لان الغاية الاساسية هي حماية الجوار من الاضرار غير المألوفة المؤثرة على صحتهم وراحتهم لا حماية ملكهم ، فالجار مهما كانت صفته (مالك – صاحب حق منفعة – مستأجر ... الخ) يحق له المطالبة بدفع هذه المضار او التعويض عنها . على خلاف المحاولات القديمة التي ربطت مضار الجوار بالملكية فمنحت الحق للمالك فقط .

المبحث الخامس

الجزاء على تحقق المسؤولية

تدور المسؤولية عن المضار غير المألوفة حول الضرر وجوداً وعدماً ، متى تجاوز الحد المألوف بحيث يوجب التعويض .

وبالرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية وبالخصوص مجلة الاحكام العدلية فان الضرر الفاحش يدفع بأي وجه كان (المادة ١٢٠٠) وهوتطبيق لقاعدة (الضرر يزال) و(لا ضرر ولا ضرار) . وقد تستلزم ازالة الضرر الفاحش منع الاستعمال وقد لا تستلزم ذلك[٦٩] ، هذا بالنسبة للضرر الذي يستمر في المستقبل ، اما ما اصاب الجار فعلاً من ضرر بسبب الاستعمال الاعتيادي فلا ضمان على المالك بسببه لانه لا يضمن وهو يستعمل ملكه وان سبب ضرراً للغير إلا اذا تعدى او تعمد احداث الضرر ، لكن لو طلب منه المتضرر دفع الضرر ولم يفعل فيعد مسؤولاً منذ ذلك الحين ، وبالرجوع الى الفقرة الاولى من المادة (١٠١٥) من القانون المدني العراقي فان الضرر الفاحش (وهو ما اتخذه المشرع للتعبير عن الضرر غير المالوف) يزال سواء كان قديماً ام حادثاً وهو المسلك الذي سارت عليه محكمة التمييز حيث قضت في احد قراراتها على انه : (يزال الضرر الناشئ عن بناء غرف ادى الى سد شبابيك الجار)[٧٠] .

وطبقاً للقواعد العامة فان المتضرر في نطاق المضار غير المالوفة اما ان يحكم له بالتنفيذ العيني او كما عبر عنه البعض بالتعويض العيني (Indemnité en nature) او يحكم بالتعويض النقدي Indemnité monétqire ويذهب الدكتور حسن الذنون الى التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني ، فالاول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام والثاني بعد وقوعه .

فالتعويض جزاء الاخلال وهو لايتصور إلا بعد وقوع هذا الاخلال وتحقق المسؤولية[٧١] ، وهو ما يحكم به المنطق .

وقد يجمع بين التنفيذ العيني (غير الكلي او غير الكافي) والتعويض النقدي او التعويض عن التأخير احياناً . والاصل ان يجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً[٧٢] . وعلى مسبب الضرر هنا ازالة ما وقع من اضرار وفي حالة امتناعه عن ذلك ولم يكن ضرورياً ان ينفذ بنفسه جاز للجار المتضرر ان يستاذن المحكمة في ازالة هذه الاضرار على نفقة المدين (مسبب الضرر) متى كان ذلك ممكناً وبدون اذن في حالة الاستعجال على نفقة المدين[٧٣] ويجوز فرض غرامات

تهديدية عن كل يوم او وحدة زمنية لا يقوم فيها بازالة الضرر او الاعمال المفروضة في قرار الحكم(٧٤) .

وتكون ازالة الضرر بمنع حدوثه او انقاصه الى اقل حد مستطاع كهدم الحائط الذي اضرّ بالجار ضرراً غير مألوف او سد المنافذ المؤدية للضرر او للابخرة السامة عن المناطق السكنية او تعديل طريقة الاستغلال في المصنع (من حيث الزمان مثلاً بمنع التشغيل ليلاً او من حيث المكان بتغيير موضع الضرر)(٧٥) . او بناء فاصل يمنع النظر او الاشراف على الجار او تضليل الزجاج مثلاً كذلك وقف الاعمال التي تؤدي الى اقلاق الراحة كاتخاذ قرار بايقاف محركات تكييف الهواء متى تجاوزت الحد المعقول وغير ذلك من الاعمال(٧٦) .

واثر هذا الحكم يكون للحاضر والمستقبل ، اما ما حدث من ضرر في الماضي فيعوض عنه المتضرر تعويضاً نقدياً .

اما لو كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين او ان ازالة الضرر عيناً تتكبده نفقات باهضة لا يقدر عليها المدين ، فيكتفى بالتعويض النقدي (ف٢ م٢٤٦ مدني) اذ ان قاضي الموضوع يوازن بين المصالح ، فلا يمكن مثلاً الحكم بهدم مصنع منتج لتجنب الجار الضرر غير المألوف وانما يكتفى بالتعويض النقدي مع اتخاذ التدابير الممكنة والمستطاعة لتقليل حدوث الاضرار ، حيث اكدت محكمة التمييز في قرار لها على ان (تسرب المياه الى دار الجار يعتبر ضرراً يستوجب التعويض)(٧٧) وما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية عن (تعويض المدعي عن الاضرار التي اصابته نتيجة الاصوات المستمرة والحرارة المتصاعدة من اجهزة التكييف الخارجية التابعة لمؤسسة فيها)(٧٨) . واذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه فلا بد لاستحقاق التعويض اعذاره اي انذاره بأنه متأخر في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ٢٥٦-م٢٥٧-م٢٥٨ مدني) .

واذا استمر الضرر فترة زمنية يجوز الحكم بالتعويض عن كل وحدة زمنية يستمر فيها (كل يوم او اسبوع ....)(٧٩) .

وتقدير التعويض يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الذي يمارس دوراً موضوعياً ويقدر ذلك وفقاً لظروف كل قضية او دعوى على حدة cas par cas ويشمل التعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت طبقاً للقواعد العامة المقررة في

القانون المدني اذ تنص (الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧) على انه : (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع) .

والمراد بالضرر هنا هو الخسارة اما الكسب الفائت فهو جراء حرمانه من منافع الاعيان المقومة بالمال والتي جرده الفعل الضار من الانتفاع منها[٨٠] كمن ينوي بيع عقاره وبسبب كثرة محلات الحدادة والغسل والتشحيم المجاورة لعقاره او القهاوى التي يتجمع فيها عدد من الناس عدل الكثير عن شرائه وقلت قيمة هذا العقار بالنسبة لامثاله في منطقة اخرى .

هذا عن الضرر المادي اما الضرر الادبي فان لاجتهاد المحاكم الفرنسية واللبنانية دوراً كبيراً في الحكم بالتعويض عنه ، واذا كان هذا الضرر الادبي مستمراً فقد يحكم بازالة موقع الضرر غير المالوف[٨١] ومثاله الضرر المنافي للاخلاق والحشمة وخدش الحياء ، كخروج اشخاص من النوادي الليلية وما يعتريهم من تصرفات بتأثير شرب الخمر وما يصدر عنهم من اقوال مخلة بالاداب في اماكن سكنية ، والمناظر غير المألوفة التي تضر بعادات او تقاليد او اخلاق السكان .

وبمقتضى المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي فان المشرع اعطى الحق للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي الذي يصيبه في حريته او عرضه او شرفه او سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي[٨٢] . وفي الحقيقة ان هذه المادة لا تستوعب ما ذكرناه من مضار غير مالوفة فلا يحق للشخص وفقاً لذلك المطالبة باي تعويض عنها لانها لا تمس حريته او عرضه بالذات فهو حق متعلق بشخص الدائن ولا ينتقل للغير إلا اذا حددت قيمته وفقاً للفقرة (٣ من المادة ٢٠٥) ، وان مست واصابت الشعور العام والحياء العام ، ثم ان المشرع في الفقرة (٢/١) من هذه المادة حدد الاشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي ، مع العلم ان الواقع العملي يشهد كثيراً من التصرفات التي تنافي الاخلاق والاداب بحيث تضر بمشاعر الجوار وتمس عاداتهم وتقاليدهم وقد تتفاقم الامور حيث يمتد اثرها الى السمعة والمركز الاجتماعي للجار .

هذا وان دعوى الضرر تسمع حال حصوله ومادام انه مستمر الوقوع ، ومن المعلوم ان واقعة الضرر الذي يلحق بالجار هي واقعة يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات (الشهود – القرائن ....) وعلى الجار المتضرر (الدائن) عبء اثبات هذا

الضرر لانه المدعي به (البينة على من ادعى)[٨٣] وترفع دعوى التعويض عن هذه المضار على الجار المتسبب (المدين بالتعويض) او على نائبه (وكيله او وليه او وصيه او القيم عليه) فاذا حكم بالتعويض النقدي فيتحدد هذا التعويض بمقدار من النقود (ما يعادل الخسارة اللاحقة والربح الفائت) ولا يجوز الحكم بقدر يتجاوز هذين العنصرين (نسبة الضرر)[٨٤] .

وحسناً فعل المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (١٠٥١) حيث اجاز للمالك المهدد بالضرر من جراء اعمال قام بها جاره ان يطلب اتخاذ تدابير احتياطية عاجلة Moyens eréventifs et urgents لاتقاء الضرر او تقليل اثاره في المستقبل على ان يستند الجار (المهدد بالضرر) في طلبه هذا الى اسباب جدية ومعقولة لا مجرد توهم او اعتقاد لاحتمال حصول الضرر والغرض من هذه الاجراءات تقليل دائرة المنازعات التي من المحتمل ان تحصل في المستقبل وتأكيداً لمبدأ التعاون بين الجيران .

اثر الرخصة الادارية :

قد يحصل صاحب المحل المقلق للراحة او المضر بالصحة على رخصة ادارية بادارة محله ، لكن هذه الرخصة لا تمنع الجار من الرجوع عليه بمضار الجوار غير المألوفة ، ويطلب ازالة الضرر او التعويض عنه وهذا ما نصت عليه صراحة (ف٢ / م ٨٠٧ مدني مصري) : " ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " .

ونص المادة (١٠٢٧) مدني اردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ : " على المالك إلا يغلو في استعمال حقه ..... ولا يحول الترخيص الاداري الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق ... " ، وورد هذا الحكم ايضا في المادة (١١٤٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ وغيرها من المواد في التشريعات الاخرى . ولم يرد في القانون المدني العراقي نص صريح يقابل هذه النصوص إلا انه من المعلوم ان المراد من الترخيص الاداري هو ضمان توفر شروط خاصة لمباشرة انواع معينة من الاستغلال ولا يقصد به اباحة الضرر الفاحش او غير المألوف الذي يلحق بالجار وقد سبق وان قلنا انه في حالة غياب النص القانوني يعمل بالقاعدة الاساسية التي تقضي (بأن كل من يضر بغيره يتحمل تبعة

اعماله استناداً الى مبادئ الشريعة الاسلامية وقواعد الانصاف والعدالة والاخلاق تبعاً للظروف المحيطة وعنصر الزمان والمكان) .

وكان القضاء اللبناني سباقاً في هذا المجال حيث قضت محاكم بيروت (قاضي الامور المستعجلة) : " بأن التعهد بعدم اقلاق الراحة لا يعادل الترخيص الذي تعطيه الادارة والذي يبرر الاستثمار في الاماكن التي تحتاج الى ترخيص مسبق "[٨٥]

كما قضت ايضاً : " بأن صاحب المحل المهدد للخطر او المضر بالصحة كمعمل او مصنع قد استحصل من الادارة على ترخيص قانوني ويشغله ضمن الشروط المطلوبة ، ولكن الروائح الكريهة وتصاعد الدخان او الضوضاء تؤدي الى الحاق الضرر بالجوار ولا تعصمه من المسؤولية " .

كذلك استثمار مسرح او سينما او مدرسة بترخيص قانوني ضمن الشروط المطلوبة ولكن الضوضاء الناتجة من رواد تلك الامكنة تضر بالجوار لخروجها عن المألوف حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الامارات العربية في احد قراراتها : " بأن للجار طلب ازالة مضار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف ولو صدر ترخيص من الجهات المختصة ، فقد اقام المدعيان دعوى ضد احدى المؤسسات المرخص لها طلبا فيها انتداب خبير للانتقال الى مقرها في مدينة بالامارات الشمالية لمعاينة المبنى والمعدات والهوائي وموتورات التكييف لتحديد موقعها وبيان الاضرار التي لحقت بهما واشارت الى ان المدعى عليها اقامت مبنى بجوار سكنهما ووضعت مواتير واجهزة تكييف خارجية وهذه المواتير تعمل بصورة دائمية وتحدث ضجيجاً شديداً ومستمراً كما ركبت هوائياً يصدر اشعاعات مضرة ، ثم عدل المدعيان طلبهما الى التعويض النقدي "[٨٦] .

وقضت محكمة التمييز الفرنسية[٨٧] بمسؤولية المالك الذي قام باعمال مضرة بالجار حتى لو كانت هذه الاعمال مرخص بها من الادارة حيث ان المتضرر مقيم بقرب مصنع للزيت وثبت من تقرير الخبراء ان الغبار الكائن في واجهة منزل المدعي يحتوي على بذور من شأنها مهما كانت كميتها ضئيلة ان تحدث انفعالاً عند المدعين الذين اصابهم الازعاج مباشرة .

اما الاسبقية في الاستثمار او التملك فقد اختلف الرأي فيما اذا كان من الجائز للجار الذي استجد على المالك ان يرجع عليه بمضار الجوار غير المألوفة من عدمه . فذهب فريق الى انه ليس للجار المستجد ان يرجع على المالك او صاحب الحق

القديم بهذه المضار او يشكو منها ولو كانت غير مألوفة لانه جار طارئ عالم بما في هذا الجوار من مضار فيكون قد ارتضى به ضمناً .

وهذا الرأي يؤدي الى اضطرار المالك اللاحق من اختيار نوع الاستغلال الذي سلكه من سبقه وإلا كان عليه ان يتحمل اضراره دون الحق في الرجوع عليه (ف٣/م١٠٥١) مدني عراقي وكذلك المادة (١١٤٠) قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

وذهب فريق اخر بأن المالك القديم او صاحب الحق في العقار الذي يكون مصدراً للضرر غير المألوف لجيرانه مهما كان هؤلاء الملاك المستجدين ومهما كان هو من الملاك القدامى فلا يكسب لمجرد قدمه حقاً في ان يعفى من التعويض عما يحدث من ضرر غير مألوف للجيران فتقوم المسؤولية ولو كان حلول الجار لاحقاً لوجوده ولا اثر كذلك لعلم الجار بمضار جيرانه ويقضى للاخير بالتعويض[٨٨] .

ونادى الرأي الثالث بأن المالك القديم يكون مسؤولاً تجاه جاره المستجد او على الاقل يكون هناك خطأ مشترك Faute commune بينه وبين الجار الحديث لانه يتسبب في ضرر غير مألوف للجار ، اما الجار الحديث فلانه جاور المالك وهو على بينة من مضار هذا الجوار. وبالرجوع الى الفقرة الثالثة من المادة ١٠٥١ مدني عراقي التي تنص على انه " اذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء اخر واحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب ان يدفع ضرره بنفسه " وهو نص مقتبس من المادة (١٢٠٧) من مجلة الاحكام العدلية ، وفسرت هذه الفقرة بان على من يتضرر ان يدفع ضرره بنفسه باتخاذ الاحتياطات اللازمة والكفيلة لدفع الضرر عنه وإلا تحمل الضرر فلا يجبر احدهما على دفع الضرر فمن شأن الاسبقية في التملك او الاستثمار ان تعصم من المسؤولية تبعاً لهذا الاتجاه[٨٩]

وفي رأينا ان هذه المضار اذا كانت ظاهرة ولا تخفى عن الجار المستجد اذا بذل عناية الشخص المعتاد في التحقق من وجودها او احتمال حدوثها في المستقبل فان ذلك يفهم منه قبوله بتلك المضار وبالتالي لا يستطيع ان يطالب مستقبلاً بازالتها كونه كان عالماً بها او باستطاعته ان يعلم بها .

اما اذا كانت هذه المضار غير ظاهرة بحيث لا يستطيع ان يعلم بها او تعمد المالك اخفائها او التستر عليها ازاء الجار المستجد فان من حق هذا الاخير الرجوع الى الجار القديم بهذه المضار .

الخاتمــة

في ختام هذا البحث لابد ان نقول ان هناك التزامات تترتب على الجار في علاقته بجيرانه مصدرها حسن الجوار واساسها الاخلاق ، إلا ان القانون قد يرقى بها الى مصاف الالتزامات القانونية ، لها حدود ، وتتقيد ببعض الشروط ، وقد آثرنا تقديم بعض المقترحات المتواضعة حول هذا الموضوع اهمها ما يلي :-

١- احلال مصطلح الضرر غير المألوف عوضاً عن مصطلح الضرر الفاحش الذي ورد ذكره في المادة ١٥٠١ من القانون المدني العراقي ، كونه مصطلح ادق من الضرر الفاحش بحيث يراعى فيه الظروف المحيطة بكل حالة بالاضافة الى انه قد لا يصل الى درجة كبيرة بحيث يكون فاحشاً .

٢- عدم التقيد بالمعنى الحرفي لنص المادة ١٥٠١ مدني عراقي بقصر هذا الالتزام على المالك فقط والذي ورد النص عليه بل يشمل ايضاً كل مستخدم للعقار على وجه الانتفاع باي شكل من الاشكال .

٣- تفسير المادة ٢٠٥ مدني عراقي بشكل يستوعب كل ضرر ادبي غير مألوف يمس الحياء العام او الشعور العام وعدم قصره فقط على من ذكروا في هذه المادة .

٤- نفعيل نص المادة (٤٨) في فقرتها الثالثة[٩٠] والسادسة[٩١] من قانون ادارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤ المعدل ، نظراً لكثرة التجاوزات على صعيد الواقع العملي وذلك بفرض غرامات وعقوبات جزائية على المخالفين .

٥- نظراً للحاجة الملحة والمستمرة لمولدات الكهرباء الضخمة بسبب الظروف التي يمر بها البلد ، لابد من وضع ضوابط ونعليمات بالنسبة لعمل اصحاب هذه المولدات من خلال التزامهم بالصيانة المتجددة والمستمرة ووضع الفلاتر (المصفيات) وبما يضمن حصول الحد الادنى من الضرر الذي قد يتولد عنها .

اخيراً نستشهد بقوله (صلى الله عليه واله)

الهوامش

١- محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ص٦٣٢ .

٢- منذر عبد الحسين الفضل ، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي ، منشورات الجمهورية العراقية ، وزارة الاعلام ، ١٩٧٧ ، ص١١٦ .

٣- الملك التام هو الملك الذي يجتمع فيه للمالك ملكية الرقبة و المنفعة في ذات الوقت ، فيكون للمالك السلطات الثلاث (الاستعمال – الاستغلال – التصرف) .

اما الملك الناقص فهو الملك الذي ينصب على الرقبة وحدها او المنفعة وحدها . الشيخ علي السايس، ملكية الافراد ومنافعها في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٠٣.

٤- المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي .

٥- د.غني حسون طه ، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، حق الملكية ، الجزء الاول ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٧ ، ص٥٢ .

٦- المرجع نفسه ، ص ٥٢ .

٧- تنص المادة ٨٠٢ من القانون المدني المصري على ان " لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

٨- سورة الحديد ، الاية ٧ .

٩- سورة النساء / الاية ٣٦ .

١٠- سليمان بن الاشعث السجستاني ، سنن ابي داود ، ط١ ، ج٢ ، ص٦٣١ .

١١- المجلسي ، البحار ، ج٧٤ ، ص١٥١-١٥٣ نقلا عن المصحف المفسر ، التفسير المعين للواعظين والمتعظين لمحمد هويدي ، ص ٨٤ .

١٢- الكافي ، ج٢ ، ص٦٦٧ ، البحار ، ج٧٧ ، ص٣٢ ، المصحف المفسر ، ص٨٤ .

١٣- د.حسن كيرة ، المدخل الى دراسة القانون ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ٧٦ ، الموجز في احكام القانون المدني / الحقوق العينية الاصلية ، ط٤ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص ٣٩ .

١٤- المستشار عز الدين الدناصوري ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ج١ ، ص١٥٣ . د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط٣ ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، المجلد الاول ، ج٨ ، ص ٧٨ ، ج١ ، ص ٦٩٤، هامش ١ .

١٥- المادة ٢/٧/أ مدني عراقي ، والمادة ١/٥ مدني مصري .

١٦- محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ج١ ، ص ٢٧٥ . د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية / حق الملكية ، ج١ ، ١٩٦٠-١٩٦١ ، ص ٨٦ .

١٧- تقابلها ف٢ المادة ٨٠٧ مدني مصري .

١٨- المادة ١٢٠١ من مجلة الاحكام العدلية . وقد ضربت المواد التي تليها امثلة كثيرة على الضرر الفاحش .

١٩- نقض فرنسي ٢٩/ مايو / ١٩٣٧ .

٢٠- د. صلاح الدين الناهي ، مرجع سابق ، ص ٩٩ .

٢١- قرار في ٢٢/ ١٠ / ١٩٣٣ .

٢٢- على سبيل المثال المادة ١٠٢٧ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة ٢/١١٤٤ (قيود الجوار) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ . وغيرها .

٢٣- قرار رقم ١١٦/ مدنية ثانية / ١٩٧٣ في ١٩ /٣/ ١٩٧٣ ، ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، ٢٠٠٧ .

٢٤- مبدأ رقم ٣٦٨ نشر في الجريدة الرسمية الاردنية رقم ٦/حقوق/١٩٨٦ (نظام المعلومات الوطني / التشريعات الاردنية) .

٢٥- د.السنهوري ، الوسيط ، ٨/ ٦٩٧ ، انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠١ ، ص ٦٧ .

٢٦- استئناف مصر / ١٧/اكتوبر/١٩٤٠ ، المحاماة ٢١ /٣٧٦ / ٨٩١ .

٢٧- نقض فرنسي في ٢٩ /مايو / ١٩٣٧ .

٢٨- دالوز ، ١٠ نوفمبر ، ١٩٤٣ ، قسم القضاء .

٢٩- قرار رقم ٢١٠ / موسعة مدنية في ٢٨/ ٥ / ٢٠٠٧ ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، المحامي علاء التميمي ، ط٢ ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٦ .

٣٠- د. حسن كيرة ، الموجز / الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٤٩ . جاد يوسف خليل ، مضار الجوار غير المألوفة ، ط١ ، دار العدالة ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٣ .

٣١- د. انور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١١ ، العدد ١ ، ص ١٢٠-١٢٩ .

٣٢- في ١٤/تموز / ١٩٦٤ .

٣٣- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز ، ص ٨٩ .

٣٤- قرار ٨٨٦ / حقوقية / ١٩٦٣ في ١٩٦٣/٤/٢١ ، ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٦٩ . وقرار في ١٩/ ٣ / ١٩٧٣ (خبرة) رقم ١١٦/ مدنية ثانية / ١٩٧٦ . والمبدأ رقم ٣٦٨/ حقوق / ١٩٨٥ (القضاء الاردني) ، نظام المعلومات الوطني / التشريعات الاردنية .

٣٥- سالي وجوسران ، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٣٦٠ . د. عبد المنعم البدراوي ، شرح القانون المدني المصري ، الحقوق العينية الاصلية ، ط٢ ، بند ٨١ ، د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، ص ١٣٧ .

٣٦- تقابلها المادة (٥) مدني مصري والمادة (٤- ٥) مدني ليبي و المادة (٦) مدني سوري ، والمادة (٢٢٦) مدني الماني ، والمادة (١٣٥) من قانون الالتزامات البولوني ، والمادة (٢/١٢٩٥) من القانون المدني النمساوي .

٣٧- د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص٧١ . احمد محمد ابراهيم ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالاعمال التحضيرية واحكام القضاء واراء الفقهاء ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٨ .

٣٨- بودري لاكنتزي وشوفو

Baudret et Chauveau, 222, P. 169 .

٣٩- بلو نديل .

٤٠- د. حسن كيرة ، الموجز ، ص ١٤٠ .

41- G. char mont – Les transfornations du droit , P. 208-209 .

٤٢- محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٣٣١ .

٤٣- د.حسن كيرة ، الموجز ، ص ١٤٠ ، د.احمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢١٩ .

٤٤- تقابلها المادة ٢/٨١٨ مدني مصري .

٤٥- د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ص ٨٠ .

٤٦- ولم تنحصر صور التعسف في الشريعة الاسلامية في هذه الصور بل اتسعت لتشمل صوراً اخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق والضرر العام والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق .

٤٧- د. حسن كيرة ، الموجز ، ص ١٤٢ .

٤٨- مازو وتونك ، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، ط٥ ، باريس ، ١٩٥٧ ، ج١ ، ص ٥٧٥ .

٤٩- د. السنهوري ، الوجيز ، ص ٣٦٠-٣٦١ .

٥٠- الدناصوري ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ .

٥١- د. السنهوري ، الوسيط ، ٦٨٩/٨ .

52- Planiol et Ripert- Traité de droit civil- obligations Tom VI P. 641.

٥٣- جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، ١٩٨٤ ، ص ٤١٠ .

54- L'esprit et la relativité des droits.

55- Droit civil P. 195.....Ets.

٥٦- د. السنهوري ، الوسيط ، ٧٠٥/٨ ، محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٢ .

٥٧- جبار صابر طه ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ .

٥٨- الدناصوري ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ ، السنهوري ، الوسيط ، ٨/ فقرة ٥٥١ ، بلاينول وريبير وكاربونيه.

٥٩- السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، ص٨٧٣ .

٦٠- د.عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ١٩٨٠ ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ص ٢٠٠.

٦١- من المبادئ التي قررتها محكمة التمييز الاتحادية في العراق (ان من حق المالك التصرف بملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً ...) برقم ٢٠٦ في ٢٠٠٨/٢/٢١ ، المجموعة المدنية ، علاء التميمي ، ٢٠٠٩ .

٦٢- محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨ .

٦٣- د.حسن الذنون ، شرح القانون المدني العراقي – احكام الالتزام ، ط٢ ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٥٥ .

٦٤- قرار رقم ٨٣٠ / ص / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٥/١٤ .

٦٥- د. عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص٢١٣ ، د. سليمان مرقص ، شرح القانون المدني ، ج٢ ، ص ٣١٣ .

٦٦- فاذا لم يكن المالك اهلاً للتقاضي فترفع الدعوى على وليه او وصيه او القيم عليه كذلك صاحب الحق .

٦٧- منتدى القانون والقضاء ، الفصل ٩٩-١٠٠ من مجلة الالتزامات التونسية .

٦٨- السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، ص٩٢٣ .

٦٩- محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٩ ، ص ١٠٤ ، علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، ط٣ ، ١٩٤٧ ، ص ٨٠ .

٧٠- قرار ١٠٣٢ / حقوقية / ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٧/٤ . ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

٧١- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية / الضرر ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص٢٧٨ .

٧٢- المادة ٢٤٦/ ف١ من القانون المدني العراقي .

٧٣- المادة ٢٥٠ / ف١-ف٢ من القانون المدني العراقي .

٧٤- المادة ٢٥٣ من القانون المدني العراقي ، ينظر د.حسن الذنون ، احكام الالتزام ، ص ١٦-١٨ .

٧٥- د.حسن كيرة ، الموجز ، ص ١٥٣ .

٧٦- قرار ٢٦٢ في ١٩٤٠/٦/٢٦ ، محاكم بيروت .

٧٧- قرار ١١٣٨ / حقوقية / ١٩٦٤ في ١٩٦٤/٩/٣ . ابراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص ٨٦

٧٨- قرار في ٢٠٠٩/٦/١٤ ، موقع دار الخليج – حوادث وقضايا .

٧٩- انور طلبة ، مرجع سابق ، ص ٧٠٩ ، د. حسن الذنون ، احكام الالتزام ، ص ٣٥ .

٨٠- المادة ٢٠٧ / ف٢ من القانون المدني العراقي .
٨١- المادة ١٣٤ موجبات لبناني ، ينظر جاد يوسف ، مرجع سابق ، ص ٤٥٣ .
٨٢- د. حسن الذنون ، احكام الالتزام ، ص ٣٠ .
٨٣- المادة ٨٦ من مجلة الاحكام العدلية .
٨٤- د. حسن الذنون ، المبسوط ، ص ١٧٢ .
٨٥- قرار في ٢٠٠٣/٦/٣٠ ، محاكم بيروت .
٨٦- قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، الامارات ، في ٢٠٠٩/٦/١٤ ، موقع الخليج / حوادث وقضايا .
٨٧- في ٢٢ تشرين الاول ١٩٦٤ ، دالوز وسبراي ، عدد ١٨ ، في ١٢ ايار ١٩٦٥ ، ص٣٤٤ ، نقض فرنسي في ١٩٥٢/٥/٢٨ .
٨٨- د. حسين عامر ، المسؤولية المدنية ، ص ٢٧٢ ، الدناصوري ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ .
٨٩- محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٨٢ ، ص٧٨ .
٩٠- تنص الفقرة ٣ من المادة ٤٨ من قانون ادارة البلديات في خصوص صلاحيات المجلس على انه (تعيين المحلات للاعمال والمصانع التي قد تكون مصدر للخطر او القلق او الازعاج للجيران بسبب ما ينبعث منها من دخان او ابخرة او غازات او اتربة او روائح او صخب او اهتزاز ، ووضع الشروط التي يجب ان تخضع لها هذه الاعمال او المصانع) .
٩١- تنص الفقرة ٦ من المادة ٤٨ من نفس القانون على انه (منع تشييد المباني التي تؤدي الى الاضرار بالاخرين او تشوه الشوارع والمتنزهات العامة وتنظيم ومراقبة او منع انشائها او استعمال اي بناء ...) .

سقوط حق الموكل في انهاء الوكالة بارادته المنفردة

دراسة في التشريع العراقي

د. سعد ربيع عبد الجبار العاني
كلية القانون / جامعة الانبار

Abstract

The research is about the study of the way how to drop the client's right of terminating the proxy which is differ from the origin that the proxy

has no obligatory on any of its parts, we studied the drop of this right by two sections the first section studies the legal rooting of dropping the client's right of terminating the proxy and this will be in the clear proxy and also in the proxy that the client got his right but the others rights still with it or the right of the deputy still with the proxy. While I specified the second section to study the legal acts which the client should perform on the proxy that he lost the right of termination over it, and those acts might cause a harmful to those whose whose right still with the proxy (the supject of the study), then I ended the research with an epilogue showed the results that I got and also the recommendations which I decided to submit it in the Iraqi project to end the shortage in the existed Iraqi legislation.

المقدِّمة

يتميز عقد الوكالة بأهميته الاقتصادية والتجارية، بالإضافة إلى ما يوفره من سهولة في التعامل وذلك عندما لا يستطيع شخص ما إجراء التصرفات القانونية بنفسه فيوكل شخص آخر في هذا التصرف، فهو إذا عقد يقوم على أساس الفقه بشخص الوكيل لذلك فإن عقد الوكالة غير لازم للموكل وغاية هذا الأمر هي الحد من خطورة النتائج السلبية التي يمكن أن تتحقق من تجاوز الوكيل وشططه. هذا بالإضافة إلى أنَّ عقد الوكالة غالباً ما يكون الهدف منه تحقيق الوكيل مصلحة للموكل.

بيد أنَّه قد يستوفي الشخص حقه كاملاً غير منقوص من علاقة قانونية ما، ويقوم بتوكيل شخص آخر لينفذ نيابةً عنه التزاماته الناشئة عن تلك العلاقة القانونية. وبذلك أصبحت الغاية من الوكالة هي ليست تحقيق مصلحة الموكل وإنَّما تحقيق مصلحة الطرف الثاني في تلك العلاقة القانونية، وبناءً عليه يسقط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة أي أن العقد تحول بالنسبة للموكل من عقد غير لازم إلى عقد لازم له إلى حين تنفيذ الموكل ذلك الالتزام. ولعل ذلك ليس بالسبب الوحيد الذي يسقط به حق الموكل في إنهاء الوكالة. فهناك أسباب أخرى سنقوم ببيانها لاحقاً في هذه الدراسة.

وحيث أنَّ الموكل غالباً ما يكون مالكاً للشيء الذي يرد عليه عقد الوكالة وأن سقوط حقه في إنهاء ذلك العقد لا يؤثر على حقه في الملكية لذلك يبقى له الحق في إجراء جميع التصرفات القانونية كالبيع والرهن بل حتى له الحق في أن يقوم بتوكيل وكيل ثانٍ للقيام بذات العمل الذي وكل به الوكيل الأول. هذا الأمر (إباحة التصرفات القانونية للموكل) بحاجة إلى تنظيم قانوني سيما وأنَّ كثيراً من هذه التصرفات تكون ضارة بمن سقط حق الموكل في إنهاء الوكالة لحسابه.

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع فقد وجدنا قصوراً في التنظيم القانوني له في التشريع العراقي بل وهناك غيابٌ تام لموقف القضاء العراقي منه. وبالتالي دفعنا هذا الأمر إلى البحث في سقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة لسد النقص التشريعي وتقديم المقترحات للمشرع العراقي بإضافة نصوص قانونية تبين حق كل شخص في هذا الإطار وتوفير الحماية القانونية لهذا الحق.

وما يضاف إلى الدوافع لاختيار هذا الموضوع هي حجم الإشكالات التي يثيرها وهذا يدعونا إلى إيجاد الحلول القانونية المناسبة لتلك الإشكالات من جُملتها وفاة الموكل أو الوكيل في الوكالة التي سقط حق الأول في إنهائها بإرادته المنفردة، أو فقدان أحدهما الآهلية القانونية، ومنها أيضاً قيام الموكل بتوكيل شخص برهن الشيء موضوع الوكالة المعينة بالبحث فضلاً عن النقص التشريعي لهذا الموضوع والمعالجة القانونية الخاطئة.

وقد واجهتنا جملة من الصعوبات في هذه الدراسة كان في المقام الأول ندرة المراجع العربية غير العراقية، بالإضافة إلى عدم وجود قرارات من القضاء العراقي في هذا الخصوص.

وتناولت هذا البحث وفق خطَّة موجزة اعتمدتها قسمت فيها البحث إلى مبحثين الأول: خصصته للتأصيل القانوني لسقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة وتضمن ثلاثة مطالب، أما المبحث الثاني: فخصصته للبحث في تصرف الموكل في الشيء موضوع الوكالة والأثر القانوني الناتج عن ذلك التصرف، وتضمن في طياته مطلبين اثنين وختمنا البحث بخاتمة بينَّا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها وبعض المقترحات التي ارتأينا توجيهها للمشرع العراقي.

المبحث الأول

التأصيل القانوني لسقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة

عقد الوكالة غير لازم من حيث الأصل لطرفيه التحلل من العقد وإنهائه. وقد اعتبر المشرع العراقي أي اتفاق على خلاف ذلك باطلاً[١]. إلاّ أن هذا الأصل لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، فقد يفرض الواقع نفسه في سلب هذا الحق من الموكل لحماية الغير الحسن النية، بذلك نكون قد خرجنا على هذا الأصل، وقد يكون الخروج عن الأصل استثناء يورده المشرع نفسه في نص صريح أو ضمني، وبناءً على ما تقدَّم سنقسم البحث في التأصيل القانوني لسقوط هذا الحق في ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول للبحث في الوكالة الظاهرة، في حين نبحث في المطلب الثاني الوكالة التي يتعلق بها حق الغير وأخيراً يكون المطلب الثالث للبحث عن أساس هذا السقوط في الوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل الشخصي.

المطلب الأول: الوكالة الظاهرة

الوكالة الظاهرة: هي نظرية صاغها القضاء وتابعها فيه الفقه ليواجه بها الضرورات العملية وليوطد استقرار التعامل ولو خرج في ذلك على المنطق القانوني[٢]، وتتحقق الوكالة الظاهرة عندما تحيط ظروف بالتصرف القانوني توحي بوجود وكالة ويكون من تعاقد لحساب غيره إنَّما تعاقد في حدود هذه الوكالة بحيث لو وجد أي شخص عادي في هذه الظروف التي تم فيها التعاقد لاقتنع بما توحي به ولاعتقد أنَّه الوكيل ويتصرف في حدود سلطته، ولا شك أنَّ من يقدم على التعاقد مع هذا الوكيل الظاهر يكون له عذره إذ لا ينسب أي خطأ إليه كونه قد اتبع سلوك الشخص المعتاد الذي لو وجد في مثل هذه الظروف لأقرَّ بوجود الوكالة[٣]. وهذا ما اصطلح على تسميته بالوكالة الظاهرة. إلا أنَّه لكي تتحقق الوكالة الظاهرة لا بُدَّ أن تتوفر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يعمل الوكيل باسم الموكل لكن دون نيابة:

ويتحقق هذا الشرط في فرضيات عدَّة منها؛ عدم وجود وكالة أصلاً، كما لو سرق شخص مخالصة أعدَّها الدائن وقام السارق بتقديم المخالصة للمدين وقبض الدين (فيكون هذا الوفاء مبرئاً للمدين)[٤] على الرغم من انعدام وكالة السارق[٥].

ويتحقق هذا الشرط أيضاً في حالة بطلان الوكالة، فلو بطل العقد لعدم مشروعية سببه كأن تعطى الوكالة لشراء دار لأجل أن تعد مكاناً للعب القمار أو الدعارة، فيتعاقد الوكيل مع البائع الحسن النية الذي لا يعلم بالسبب الدافع الذي دفع الوكيل للتعاقد معه.

ويتحقق أيضاً إذا انتهت الوكالة ويترك سند الوكالة بيد الوكيل أو أن يتجاوز الوكيل حدود الوكالة، فحسب الفرض الأول يستخدم الوكيل سند الوكالة المنتهية لانتهاء العمل أو عزل الموكل له أو أي سبب آخر، وفي الوقت ذاته يقع الغير المتعاقد مع الوكيل في وهم ويعتقد بأنَّ الوكالة لا تزال باقية، فإنَّ آثار التصرف الذي أبرمه الوكيل تنصرف إلى ذمَّة الموكل ما دام المتعاقد حسن النية. أما الفرض الثاني بأن يتجاوز الوكيل حدود وكالته ولا يستطيع الغير المتعامل مع الوكيل معرفة هذا التجاوز وبالتالي ينصرف أثر التصرف إلى الموكل طالما كان الغير الذي تعامل مع هذا الوكيل حسن النية[٦].

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي[٧] فلم يشر لكل الفرضيات التي ذكرناها أعلاه وإنَّما تطرق إلى مجاوزة الوكيل حدود وكالته أو أن يعمل الشخص دون وكالة، وجعل حكم هاتين الوكالتين موقوف على إجازة الموكل (الأصيل).

الشرط الثاني: أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر حسن النية:

المقصود بحسن النية هو اعتقاد من تعامل مع الوكيل الظاهر بوجود الوكالة ويقع عليه إثبات ذلك[٨]، أما الوكيل فلا عبرة بحسن نيته أو سوءها إلا أنَّ سوء النية بالنسبة للوكيل يظهر في حق الموكل في الرجوع على الوكيل بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفه[٩]، وقد أشار المشرع العراقي في

المادة ٩٤٨ من القانون المدني إلى عدم الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها. وإلى هذا ذهبت محكمة التمييز عندنا في العراق[١٠] في قرارها الذي جاء فيه «إنَّ المميزة قد عزلت وكيلها في بيروت وإنّ تبلغ بالعزل لا ينهض سبباً لعدم صحة عقد الإيجار ذلك أنَّ هذا العزل علاقة بين الوكيل والموكل ولا يحتج به على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل».

الشرط الثالث: أن يقوم مظهر خارجي خادع منسوب إلى الموكل:

حسن نية الغير المتعاقد مع الوكيل يجب أن تكون نتيجة المظهر خارجي مضلل ينسب إلى الموكل ويكون من شأنه أن يجعل الغير معتقداً بوجود الوكالة، ففي حالة بطلان الوكالة لعدم مشروعية السبب يلزم الموكل بتصرف الوكيل[١١]، لأنَّ هذا البطلان نتيجة فعل الموكل والوكيل ولا ذنب للغير فيه، وفي حالة سرقة المخالصة واستيفاء الدين بموجبها يكون الدائن هو الذي تسبب في إيجاد هذا المظهر الخارجي المضلل بالمخالصة التي أعدها ووقعها، وفي حالة العبارة الغامضة للوكالة يكون هو الذي ساهم في إيجاد المظهر المضلل بعبارته التي تحتمل التفسير الذي ذهب إليه الموكل فجاوز حدود وكالته[١٢]، وهكذا الحال في كل مظهر خارجي للموكل يضلل الغير سواء بتقصير من الموكل أو عدمه طالما هو الذي تسبب فيه.

وبعد هذا التوضيح الموجز لشروط الوكالة الظاهرة نطرح سؤالاً في هذا المقام، وهو ما الأثر القانوني للوكالة الظاهرة بعد تحقق شروطها ؟.

في حقيقة الأمر إنَّ الأثر القانوني المترتب للوكالة الظاهرة هو انصراف أثر تصرف الوكيل الظاهر إلى الموكل وقيام مسؤولية الموكل تجاه الغير واعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل في تعامله مع الغير كما لو كانت حقيقية. وإذا كان الوكيل الظاهر حسن النية في تعامله مع الغير أي كان يعتقد أن الوكالة صحيحة مع أنَّها باطلة في الواقع أو اعتقد أنَّه لم يتجاوز حدود وكالته، انتفت مسؤوليته قبل الموكل والغير على السواء، أما إذا كان الوكيل سيء النية بأن كان يعلم أن الموكل عزله أو أنه قد مات أو يعلم ببطلان الوكالة ومع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير فإنَّه يكون بذلك ارتكب خطأ في حق الموكل يستوجب مسؤوليته التقصيرية وجاز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض عن الضرر الذي سببه له من جراء انصراف أثر تصرفه إليه[١٣].

ويتَّضح من كل ما تقدَّم أنَّه إذا ما تحققت شروط الوكالة الظاهرة فإنَّ الموكل لا يكون قادراً على الدفع بعدم سريان تصرف الوكيل الظاهر بحقه وبالتالي لا يستطيع إنهاء تلك الوكالة، وإنَّما يكون ملتزماً بها إلى حين إتمام وتنفيذ التصرف الذي بدء فيه الوكيل الظاهر.

المطلب الثاني: تعلق حق الغير في الوكالة

إنَّ الأصل في عقد الوكالة هو أن تتم لصالح الموكل لذلك أعطاه المشرع الحق في أن يعزل الوكيل في أي وقت شاء لكن قبل انتهاء العمل محل الوكالة، فتنهي الوكالة في هذه الحالة بعزل الوكيل لا بانتهاء العمل القانوني، وإذا كان للموكل أن يعزل الوكيل فله من باب أولى أن يقيد من وكالته، وهذا ما أقرَّته المادة ٩٤٧[١٤] في فقرتها الأولى من القانون المدني، إلا أنَّ المشرع العراقي لم يكتفِ بهذا القدر، وإنَّما ذهب أبعد من ذلك عندما أشار في نهاية الفقرة الأولى من ذات المادة أن لا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك. وما نفهمه من هذا الحكم الذي يورده المشرع العراقي هو أنَّ الأصل في الوكالة أن تكون قابلة للعزل من جهة الموكل أو من جهة الوكيل لأنَّها عقد غير لازم لكل منهما واعتبر هذا الحكم قاعدة آمره، لا يجوز الاتفاق على خلافها فلا يستطيع الطرفان الاتفاق على أن الوكالة غير قابلة للعزل من أي طرفيها وأن أي اتفاق على هذا الشأن يبطل ويصح العقد تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد المشار إليه في المادة ١٣٩ من القانون المدني إلا إذا تبين أن الشق الصحيح لا يتم إلا بوجود الشق الباطل بذلك يبطل عقد الوكالة[١٥].

وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع العراقي على خلاف موقف المشرع الأردني[١٦] الذي لم يعتبر الوكالة قابلة للعزل قاعدة من النظام العام أو قاعدة آمرة وإنَّما اعتبرها قاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين لذلك يجوز الاتفاق على خلافها ومن ثم يمكن أن تكون الوكالة غير قابلة للعزل ليس بنص القانون وإنَّما باتفاق المتعاقدين، فمثلاً يتم الاتفاق على أن ليس للوكيل أن يعزل نفسه أو ليس للموكل بأن يعزل الوكيل بوضع شرط في عقد الوكالة يفيد بذلك[١٧]. إلا أنَّ هذه القاعدة لم يبقها المشرع على إطلاقها وإنَّما أشار إلى حالة لا تكون فيها الوكالة قابلة للعزل بمعنى آخر إنَّ الموكل ليس له الحق في عزل الوكيل وذلك عندما يتعلق في الوكالة حق للغير وهذا ما وضَّحته الفقرة الأولى من المادة ٩٤٧ وهو الحال ذاته في القانون المصري في المادة ٧١٥ وتقابلها المادة ٦٨١ من القانون المدني السوري والمادة ٨١٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

بناءً على ما تقدَّم سنقوم بدراسة هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول لبيان ماهية الوكالة التي يتعلق بها حق الغير في حين نخصص الفرع الثاني لدراسة شروط هذه الوكالة.

الفرع الأول: مفهوم الوكالة التي يتعلق بها حق الغير

الوكالة هو عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، وهذا التعريف نصت عليه المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي وقد أخذ بهذا التعريف القانون المدني الأردني في المادة ٨٣٣ منه، وتعريف المشرع العراقي يقترب كثيراً من تعريف مجلة الأحكام العدلية فقد عرفتها في المادة ١٤٤٩ بقولها: «الوكالة تفويض واحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر ويقال لذلك الواحد موكل ولمن أقام عنه وكيل ولذلك الأمر موكل به».

أما الوكالة التي لا تقبل العزل لتعلق حق الغير بها فلم يرد لها تعريف خاص وإنَّما يمكن أن يستنتج من نصوص المواد القانونية المنظمة لأحكامها حيث نجد أن القاعدة العامة كما ذكرنا يمنح الموكل الحق في عزل وكيله في أي وقت يشاء على أن يكون هذا الوقت مناسباً[١٨]، إلا أنَّه ورد على هذا الحكم استثناء مفاده أنَّ الموكل لا يستطيع عزل وكيله إذا تعلق بالوكالة حق للغير وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة ٩٤٧ في شطرها الأخير بقولها «لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير».

وبناءً على ما تقدَّم فإنَّه إذا ما تعلق في الوكالة حق للغير ليس للموكل عزل الوكيل إلا بموافقة هذا الغير، وإذا قام الموكل بعزل الوكيل أو التقييد من وكالته لا يكون هذا التصرف نافذاً بحق الغير وله أن يرفع دعوى لإبطال ذلك العزل أو التقييد من الوكالة التي تمت دون موافقته[١٩]، وقد جاء في القرار رقم ٢٣٥٨ المؤرخ بـ ١٩٦٦/٤/٢٢ الصادر من محكمة التمييز العراقية أن «الوكالة تنتهي في جميع الأحوال بموت الموكل أو الوكيل أو بخروج أحدهما من الأهلية وذلك بموجب أحكام المادة ٩٤٦ من القانون المدني، أما العزل فيحق للموكل أن يعزل الوكيل وللوكيل أن يعزل نفسه، ولكن إذا كان تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل دون رضاء هذا الغير». إذا الوكالة تبقى قائمة حتى يستوفي الغير حقه وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل مثال ذلك يقوم شخص ببيع عقاره إلى آخر بمبلغ معين يقبضه من المشتري ويوكل شخص آخر للإقرار بالبيع وقبض البدل وتسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري، وقبل أن يُتم الوكيل ما وكل به يقوم الموكل بعزل الوكيل، فهذا العزل لا يكون نفاذاً بحق المشتري وإنما تبقى الوكالة حتى ينفذها الوكيل ويستوفي المشتري حقه[٢٠].

وعلى هذا يتبين مما تقدم أن الموكل قد فقد حقه في إنهاء هذه الوكالة لاستيفائه حقه من عقد البيع بقبضه الثمن وبقاء حق الغير (المشتري) متعلقاً بالوكالة وهو أن يسجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري.

الفرع الثاني: شروط الوكالة التي يتعلق بها حق الغير

حتى تأتي الوكالة التي يتعلق بها حق الغير بثمارها وتكون غير قابلة للعزل لا بد أن تتوافر فيها شروط معينة، وهذه الشروط منها ما وجدناه في النصوص القانونية المنظمة لعقد الوكالة في القانون العراقي، ومنها ما وجدناه في بعض القوانين العربية والتي لم نرَ ضير من الأخذ بها لعدم مخالفة هذه الشروط لمضمون الوكالة المتعلق بها حق الغير ولمبدأ عدم عزل الوكيل، وسنقوم ببحث هذه الشروط على النحو الآتي:

الشرط الأول: إن يكون اتفاق الوكيل والموكل على وكالة خاصة.

الوكالة على نوعين وكالة عامة، ووكالة خاصة، والوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به للوكيل بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني في ذاته[٢١].

فيباح للوكيل بموجب هذه الوكالة العامة التصرف بكافة ما يمكن عمله من قبل الموكل في العقود والمعاملات والأخذ والعطاء وقد نصت المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي على أنه يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه. فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم، ومصدر هذه المادة هي المادة ٨٩٩ من مرشد الحيران. كما نصت المادة ٩٣٢ من القانون المدني على أنه يصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ويصح تقييده بتصرف مخصوص.

أما الوكالة الخاصة فإنَّها تتحد بعمل أو أعمال قانونية معينة ولا يجوز أن تنصرف الوكالة إلى جميع أعمال التصرف دون تحديد لأنواع معينة من هذه الأعمال وإلا كانت هذه الوكالة باطلة ولا تكون للوكيل صفة لمباشرة أي عمل من أعمال التصرف[٢٢].

وفي حقيقة الأمر إن المشرع العراقي لم ينص على هذا الشرط (أن تكون الوكالة خاصة) حتى تكون الوكالة غير قابلة للعزل إذا تعلق حق الغير بها، في حين ذهب المشرع الأردني إلى النص في المادة ١١ من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم ٥١ لسنة ١٩٥٨ على أن تنازل عن حقه في عزل وكيله ينبغي أن يرد في وكالة خاصة ولا يرد في وكالة عامة، فعدم سلب الموكل حقه في عزل الوكيل حتى ولو تعلق حق الغير بها إذا كانت وكالة عامة هو أقرب إلى تحقيق العدالة ذلك لما تمثله الوكالة العامة من خطورة على الذمة المالية للموكل فيما لو أراد الوكيل الإضرار به، وعليه فإذا تعلق حق الغير بتصرف قانوني من بين كل التصرفات القانونية في الوكالة العامة لا يستدعي بالضرورة أن يسقط حق الموكل في عزل الوكيل وبالتالي فإننا نفضل أن نقدم مصلحة الموكل على مصلحة الغير الذي تعلق حقه في الوكالة إذا كانت وكالة عامة، أما إذا كانت الوكالة خاصة بتصرف معين أو مجموعة تصرفات قانونية محددة وتعلق حق الغير بهذا التصرف أو ببعض التصرفات المحددة فتغلب مصلحة الغير على مصلحة الموكل وعدم إعطاء الأخير الحق في عزل الوكيل حتى ينفذها كي يستوفي الغير حقه من تلك الوكالة.

الشرط الثاني: بقاء طرفي الوكالة على قيد الحياة واستمرار تمتعهما بالأهلية القانونية:

نتناول هذا الشرط في نقطتين نبحث في الأولى بقاء الموكل على قيد الحياة واستمرار تمتعه بالأهلية القانونية ونبحث في النقطة الثانية بقاء الوكيل على قيد الحياة واستمرار تمتعه بالأهلية:

١. بقاء الموكل على قيد الحياة واستمرار تمتعه بالأهلية القانونية.

كما هو معلوم أن عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي وبالتالي فإنه ينتهي بوفاة الوكيل أو الموكل، فبالنسبة لوفاة الموكل معناه زوال المصدر الذي يستمد الوكيل منه ولايته والتي بموجبها يتصرف نيابة عنه[٢٣]، وإن كان الموكل شخصاً معنوياً انتهت الوكالة بموته الحكمي أي بحله إلا أن الوكالة قد تبقى للمدة اللازمة لتصفية هذا الشخص المعنوي في حدود أغراض التصفية لسبب استمرار وجود الشخصية المعنوية خلال هذه الفترة[٢٤]، وإذا تعدد الموكلون ومات أحدهم لما انتهت الوكالة إلا بالنسبة لمن مات منهم هذا ما لم تكن الوكالة غير قابلة للتجزئة فتنتهي بالنسبة إلى الموكلين جميعاً[٢٥].

والحال منطبق أيضاً إذا فقد الموكل أهليته القانونية لجنون أو سفه مثلاً، فقد أوجبت المادة ٩٣٠ من القانون المدني العراقي لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به، وعليه لا تصح الوكالة من المجنون مثلاً[٢٦].

ويشترط أيضاً استمرار الأهلية القانونية للموكل طيلة مدة الوكالة، فإن فقد الموكل أهليته سقطت ولايته على العقود فتبطل كل ولاية تستمد منها وبما أن ولاية الوكيل تستمد من ولاية الموكل . كما ذكرنا . فيجب أن تبقى أهلية الأخير لاستمرار ولاية الأول[٢٧].

٢. بقاء الوكيل على قيد الحياة واستمرار تمتعه بالأهلية القانونية.

إذا كان الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة يؤدي إلى انتهائها بوفاة الموكل فإن الأمر ذاته يؤدي إلى انتهائها بموت الوكيل فلا يقوم ورثته مقامه في تنفيذ الوكالة[٢٨] وإذا كان الوكيل شخصاً معنوياً أنقضت الوكالة بحله، وإذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إليه أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين فإن موت أحدهم ينهي الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً[٢٩].

وتنتهي الوكالة أيضاً بفقد الوكيل لأهليته في التصرف بما وكل به فإذا أصيب الوكيل بالجنون مثلاً انتهت الوكالة لأن الوكيل يعمل لحساب موكله وينوب عنه[٣٠].

وبناءً على ما تقدم فإن الوكالة تنتهي بوفاة أحد طرفيها أو فقدانه الأهلية القانونية، لكن السؤال الذي يطرح، ما هو الموقف القانوني إذا توفى أحد طرفي عقد الوكالة أو فقد أهليته وكان قد تعلق في تلك الوكالة حق الغير ؟.

في حقيقة الأمر إن القانون المدني جاء خالياً من حكم خاص لهذه الحالة وإنما نص على حكم عام في المادة ٩٤٦ منه وهو انتهاء الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل أو فقدان أحدهما الأهلية القانونية ولم يبين موقفه من الوكالة في هذه الحالة لو تعلق بها حق الغير، إلا أن الواضح والصريح في الحكم الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه جاء في المادة ١٩٩ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ٩٧١ (تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل أو بخروج أحدهما عن الأهلية حتى لو تعلق بها حق الغير أو بإتمام التصرف القانوني الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة).

ومما تقدم يتضح أنَّ المشرع العراقي قد ذهب إلى انتهاء الوكالة إذا توفى الموكل أو الوكيل أو بفقد أحدهما أهليته حتى لو تعلق بتلك الوكالة حق للغير وهذا الموقف بتقديرنا مجانب للصواب كونه غير محقق للعدالة، فالموت واقعة مادية لا تؤثر على هذه الوكالة لإنها غالباً ما تنتفي فيها مصلحة الموكل باعتباره قد أستوفى حقه ويبقى في ذمته التزام تجاه الغير يتوجب تنفيذه. فإذا ما قلنا بانتهاء هذه الوكالة بوفاة الموكل فإنَّه يدلل على قلب الالتزام في ذمة الموكل إلى حق له وتحليل ذلك هو الآتي؛ في حالة وفاة الموكل سوف تنتقل حقوقه إلى ورثته أما الالتزامات فتبقى متعلقة بالتركة استناداً إلى قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون[٣١]. وبما أن الوكالة التي تعلق بها حق الغير أصبحت التزام في ذمة الموكل فلا تنتقل إلى الورثة، فمن يبيع عقار ويقبض ثمنه ويوكل شخص آخر بالإقرار بالقبض والتسجيل في دائرة التسجيل باسم المشتري وتوفي الموكل سوف ينتقل هذا العقار إلى الورثة دون أن يكون مثقل بحق للمشتري وهو إلزام الوكيل بإتمامه تسجيل العقار باسمه، وبالتالي يكون لهم (الورثة) حق الخيار في إتمام البيع عن طريق قيامهم بتسجيل العقار باسم المشتري أو قيامهم بتوكيل شخص آخر بتنفيذ هذا الالتزام، أو يختارون عدم البيع وبذلك يبقى العقار محل الوكالة في تركة المورث كحق يتقاسمه الورثة.

أما إذا توفي الوكيل في الوكالة المتعلق بها حق الغير فاعتقادنا لا يوجد مبرر لإنهاء تلك الوكالة وإنما يجب تقديم مصلحة الغير الذي تعلق حقه بها، فإذا كان محل الوكالة منقول يقع على وارث الوكيل أو وصية إذا علم بهذه الوكالة وكان كامل الأهلية أن يخطر الموكل بالوفاة وبذلك تبقى الالتزامات الناشئة عن العقد، ولتنفيذ هذه الالتزامات يكفي أن يبذل وارث الوكيل فيها عناية الرجل المعتاد وتقديم حساب عنها للموكل.

أما إذا كان محل الوكالة عقار فمن الممكن ترك تسجيل التصرف لدائرة التسجيل باسم الغير الذي تعلق حقه في الوكالة وذلك بقيام الأخير بإشعار الدائرة المعنية بوجود هذه الوكالة، وبتقديرنا يكون في هذا ضمان أكثر لاستقرار المعاملات إذا كانت هذه الوكالة واجبة التنفيذ في فترة قصيرة كأن تكون سنة واحدة.

وبالإضافة إلى كل ما تقدم فإن الموقف القانوني لمجلة الأحكام العدلية المعمول بها قبل صدور القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ كان متجهاً إلى عدم إنهاء الوكالة التي يتعلق بها حق الغير إذا توفى الموكل كما هو منصوص في المادة ١٥٢٧ منها[٣٢].

وأخيراً نرى أنَّه من الأجدر أن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع الأردني والإقرار ببقاء هذه الوكالة نافذة حتى لو توفي الموكل أو الوكيل إذا تعلق بها حق الغير[٣٣].

لكن ما هو الحكم القانوني إذا توفي الغير الذي تعلق حقه بالوكالة ؟.

لقد جاء القانون المدني خالياً من الإجابة على هذا التساؤل إلا أن قانون التسجيل العقاري أتى بجواب جزئي لهذا السؤال لأن الحكم جاء خاصاً بالحقوق العقارية دون النص على حكم المنقول فقد نصت المادة ٢٠٠ منه على أنه «إذا توفي الغير في الوكالة التي تعلق بها حقه فيتم تسجيل الحقوق العقارية الواردة في الوكالة باسم ورثته الشرعيين مع عدم الإخلال بقواعد انتقال الحقوق للخلف العام». فالحكم كان خاصاً كما ذكرنا بالوكالة التي يكون محلها حقاً عقارياً، ومن المعلوم أن التصرف العقاري لا ينعقد عندنا في العراق إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري[٣٤]. لذلك تسجل الحقوق العقارية في دائرة التسجيل العقاري باسم ورثة الغير الشرعيين.

أما إذا كان عقد الوكالة قد ورد على منقول فبتقديرنا إن وفاة الموكل لا تؤثر على صحة الوكالة فلو كان حق الغير يتعلق بمنقول فإنه يخضع لقواعد نقل ملكية المنقول[٣٥].

أما إذا أصبح الوكيل نفسه هو وارثاً للغير فله أن يوكل عنه من يقوم بالإقرار بقبول التصرف والتسجيل باسمه[٣٦]، كما لو باع شخص عقاره إلى آخر ووكل ابن المشتري للإقرار بالبيع في دائرة التسجيل العقاري وقبل تنفيذ الوكالة توفي الغير (المشتري) ففي هذه الحالة يصبح الوكيل نائباً عن البائع وأصيل عن نفسه باعتباره مشترياً وهذا يُعد إخلالاً بما يوجبه ركن الرضا في العقد من ضرورة اتفاق إرادتين وعدم جواز تعاقد الإنسان مع نفسه[٣٧]، ولما كان لا يجوز حرمان الوكيل من حقوقه الأرثية ولأجل تنفيذ الوكالة بصورة قانونية نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٠ من قانون التسجيل العقاري على وجوب قيام الوكيل الوارث بتوكيل من يقوم عنه بالإقرار وقبول التصرف العقاري ليقوم هو بالإقرار نيابة عنه[٣٨].

الشرط الثالث: عدم موافقة الغير على عزل الوكيل من قبل الموكل:

جاء النص على رضاء الغير بعزل الوكيل في المادة ٩٤٧ الفقرة الأولى منها (١.... لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير)، ولم يضع المشرع المدني شكلاً خاصاً لهذا الرضاء لذلك قد يكون مشافهة أو كتابة أو عن طريق إرسال رسالة مسجلة أو أي طريق آخر يفيد بأن الغير الذي تعلق حقه بالوكالة أجاز للموكل بأن يعزل الوكيل لكن هذا الحكم العام قيد بنص خاص ورد في نص الفقرة الثانية من المادة ١٩٩ من قانون التسجيل العقاري والتي نصها «.. لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقييد إلا برضاء الغير أو ثبوت استلامه البدل ويتحقق ذلك بتصريح تحريري مصدق من جهة رسمية أو أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري».

ونستنتج من هذا النص أن الوكالة مدار البحث إذا كان محلها حق عقاري فيجب أن يأخذ الرضا أحد الأشكال الآتية:

١. لا يكفي رضاء الغير بعزل الوكيل أو تقييد تصرفه في الوكالة التي تتعلق حقوقه بها بإيداع الموكل بدل البيع أو الرهن لدى الكاتب العدل وإشعار دائرة التسجيل العقاري بذلك وإنما الرضاء يعني موافقة

هذا الغير على إجراء الموكل ويتحقق ذلك أما بورود إشعار من الكاتب العدل إلى دائرة التسجيل العقاري يؤيد فيه استلام الغير بدل البيع أو الرهن، أو بتصريح تحريري صادر منه ومصدق من الكاتب العدل أو المحكمة أو جهة رسمية أخرى يؤيد موافقته على عزل الوكيل واستلامه لحقوقه.

٢. حضور هذا الغير الذي تعلق حقه بالوكالة إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة والاعتراف أمام الموظف المختص باستلامه بدل البيع أو الرهن ورضاءه بعزل الوكيل، ويتم تثبيت هذا الإقرار إما على صورة الوكالة المحفوظة في إضبارة العقار إن وجدت أو أن يثبت على ورقة خاصة تحفظ في الإضبارة[٣٩].

أما إذا رغب الوكيل في عزل نفسه فبتقديرنا إن الأحكام السابق بيانها تطبق هنا أيضاً بمعنى آخر إذا ما أراد الوكيل عزل نفسه عن وكالة تعلق بها حق الغير فلا يجوز له اعتزال الوكالة إلا برضاء هذا الغير. أضف إلى ذلك ضرورة أن ينذر الوكيل الغير ويمهله وقتاً كافياً ويتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه وإلا يجبر قضاءً على إكمال التصرف الموكول إليه لصالح هذا الغير.

ويتبين من كل ما تقدم أنَّ الأثر المترتب على الوكالة التي بها حق الغير هو سقوط حق الموكل في إنهائها طبقاً للأحكام والشروط المبحوثة في هذا المطلب.

المطلب الثالث: تعلق حق الوكيل الشخصي في الوكالة

بينا فيما تقدم من هذا المبحث أن المشرع أعتبر عدم لزوم عقد الوكالة قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أنه لم يترك هذه القاعدة على إطلاقها وإنما أورد استثناء عليها هو أن الوكالة تكون لازمة للموكل والوكيل ولا يكون باستطاعة الموكل عزل الأخير إلا بموافقة الغير، إلا أن المشرع لم ينص على عدم إمكانية الموكل عزل الوكيل إذا تعلق بالوكالة حق الوكيل الشخصي، ولبيان هذا الأمر سنقوم بدراسة هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول لمفهوم الوكالة التي تعلق فيها حق الوكيل الشخصي في حين نخصص الثاني لبيان موقف المشرع من هذه الوكالة.

الفرع الأول: مفهوم الوكالة يتعلق بها حق الوكيل الشخصي

الأصل في عقد الوكالة أن يعهد الموكل كما ذكرنا سابقاً للوكيل بالقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه إلا أن هذا الأمر لا يسري على إطلاقه وهذا يعني أنه من الممكن أن تصدر الوكالة لصالح الوكيل إذا كان من شأنها ضمان استيفاء الوكيل لحق له في ذمة الموكل، وقد نظمت بعض القوانين[٤٠] أحكاماً خاصة لهذه الوكالة (التي تعلق بها حق الوكيل الشخصي). فالقانون المدني الأردني مثلاً جعل من شأن الوكالة التي يتعلق بها حق الموكل لا تقبل الإنهاء شرط أن يكون حق الوكيل سابقاً على الوكالة بالإضافة إلى أن لا يكون مستمداً من عقد الوكالة ذاته بحيث تنشأ الوكالة لضمان هذا الحق[٤١].

ومن ذلك يتبين أنَّه لا يتوجب على الوكيل إثبات طبيعة أو ماهية حقه بل يكفي أن يقر الموكل بأن الوكالة صدرت لصالح الوكيل مما يترتب على ذلك عدم جواز استعمال حقه في عزل الوكيل ولا يشترط أيضاً في حق الوكيل أن يستمد من عقد ملزم لجانبين بل قد يكون مستمداً من واقعة الميراث أو أي مصدر آخر للحق. كما لا يشترط أيضاً النص الصريح في متن الوكالة على أنها غير قابلة للعزل لتعلق حق الوكيل بها بل يكفي في ذلك الإشارة الضمنية وثبوت هذا الحق وتعتبر هذه مسألة وقائع يتولى قاضي الموضوع التحقق من توافر ذلك الحق ومشروعيته[٤٢].

ومن هنا فإنَّ ما يترتب على صدور وكالة تعلق فيها حق الوكيل أنه لا يجوز عزله أو تقييد الوكالة دون رخاء من صدرت لصالحه (الوكيل) وبالتالي يكون من حق الوكيل إذا قام الموكل بعزله اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإبطال تصرف الموكل بالعزل أو التقييد.

الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي من الوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل الشخصي.

في بادئ الأمر لم ينص المشرع العراقي على حكم صريح وخاص بالوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل الشخصي على غرار ما فعله في نصه في المادة ٩٤٧ على الوكالة التي يتعلق بها حق الغير وأعتبرها كما بحثناه سابقاً وكالة لا تقبل الإنهاء من الموكل.

إلا أن المشرع العراقي أشار إلى هذه الوكالة بصورة ضمنية نستنتجها من نص المادة ٢٠٠ الفقرة الثانية من قانون التسجيل العقاري وكنا قد بحثنا هذا الموضوع في المطلب الثاني من هذا البحث. فما أورده المشرع العراقي في المادة المذكورة في الفقرة الأولى أنه إذا توفي الغير في الوكالة التي تعلق بها حقه تسجل الحقوق العقارية الواردة في الوكالة باسم ورثته، وفي الفقرة الثانية أشار إلى فرض لو أصبح الوكيل في الحالة المتقدمة وريث الغير فله أن يوكل عنه من يقوم بالإقرار بقبول التصرف والتسجيل باسمه.

وقد قيل في تبرير موقف المشرع بأنَّ الحكم الوارد لم يكن قد تم بإرادة الوكيل وإنما يتم بقوة الشرع وبناءً على واقعة مادية هي موت الغير مورث الوكيل. ومن وقت وفاته تنتهي شخصيته ولا بد من انتقال أموال التركة إلى الوارث فور الموت ودون إرادة الوكيل الوارث[٤٣].

إلا أن ما نراه بتقديرنا أنه بحصول الواقعة المادية وهي وفاة الغير مورث الوكيل، أدت إلى تحول الوكالة من وكالة كانت قد تعلق بها حق الغير إلى وكالة متعلق بها حق الوكيل الشخص لأن الوكيل سيحل محل مورثه وتؤل إليه حقوق سلفه حسب قواعد انتقال أثر العقد إلى الخلف العام[٤٤]، وقد أقرَّ المشرع في هذه الحالة بالوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل الشخصي وإعطاءها الحكم ذاته الذي أعطاه للوكالة التي يتعلق بها حق الغير أي أنها لا تكون قابلة للإنهاء من قبل الموكل لأنَّه أعطى الحق في

المادة ٢٠٠ في فقرتها الثانية من قانون التسجيل العقاري إلى الوكيل أن يوكل عنه من يقوم بالإقرار بقبول التصرف والتسجيل باسمه.

المبحث الثاني

تصرف الموكل بالحق محل الوكالة التي لا تقبل الإنهاء والأثر القانوني الناتج عنه

سقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة على النحو الذي بحثناه لا يعني غل يده ومنعه من إبرام التصرفات القانونية بل يبقى محتفظاً بحقه في إجراء أي تصرف قانوني، بذلك قد يقوم بإجراء بعض التصرفات القانونية والتي من شأنها أن تكون ضارة عن قصد أو من دون قصد بالغير أو الوكيل الذي تعلق حقه بالوكالة، مثل قيام الموكل برهن محل الوكالة التي تعلق فيها حق الغير أو حق الوكيل، وكذلك لو قام الموكل بتوكيل شخص آخر بالتصرف القانوني ذاته محل الوكالة الأولى لكي يقوم به الوكيل الثاني لصالح شخص آخر أو يعلق الموكل حق للوكيل الثاني في الوكالة الثانية.

لذلك سنفرد مطلباً خاصاً لكل من التصرفات المذكورة لأنَّها غالباً ما تكون ضارة بالغير أو الوكيل الذي تعلَّق حقه بالوكالة.

المطلب الأول: رهن الشيء موضوع الوكالة التي لا تقبل الإنهاء على محل الوكالة التي لا تقبل الإنهاء أو صدور حكم بالحجز على المحل ذاته من جهة رسمية.

المالك له أن يتصرف فيما يملك بجميع التصرفات الجائزة[٤٥]، فحتى وجود الوكالة مدار البحث في أضبارة العقار لا يعد مانعاً من التسجيل (إذا كان محل الوكالة حق عقاري) تنطبق عليه أحكام المادة ٩٦ [٤٦] من قانون التسجيل العقاري، كما وأن القانون قد عين طريقة خاصة لنقل ملكية العقار بالبيع وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري[٤٧]، وطريقة لانعقاد التصرفات العقارية الأخرى ومنها الرهن وهي التسجيل في الدائرة ذاتها أيضاً في المادة ٢ و ٣ [٤٨] من قانون التسجيل العقاري، وأيضاً في المواد (١٢٨٦ و ١٣٢٤)[٤٩] من القانون المدني العراقي وعلى هذا فإنَّ الوكالة بالبيع أو الرهن بالصورة التي بحثناها سابقاً لا ترتب أثر عيني إلا بعد تسجيل التصرف المثبت في تلك الوكالة في دائرة التسجيل العقاري.

لذلك يتضح جلياً أن الموكل يبقى له الحق في إجراء التصرفات القانونية على محل الوكالة، وعليه يكون من حقه إبرام عقد رهن تأميني أو حيازي على محل الوكالة إذا كان عقاراً ورهن حيازي إذا كان المحل منقولاً. وهنا لنا وقفة لطرح السؤال عن كيفية حماية الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه في الوكالة ؟.

للإجابة عن هذا السؤال لا بُدَّ من التمييز في المحل الذي تعلق به الحق فيما إذا كان عقاراً أم منقولاً، ولتوضيح ذلك سنفرد فرعاً مستقل لكل فرض فنخصص الأول لبحث عقد الرهن الذي يبرمه الموكل على العقار محل الوكالة، ونخصص الفرع الثاني للبحث في إبرام الوكيل عقد الرهن على المنقول محل الوكالة.

الفرع الأول: رهن العقار موضوع الوكالة التي لا تقبل الإنهاء

إن قيام الموكل بترتيب حق رهن على الشيء الذي أُبرمت الوكالة من أجله لدائنه (دائن الموكل) يعني سد الطريق أمام الوكيل في تنفيذ الوكالة وفي نقل ملكية العقار إذا كان محلها بيع مثلاً، لأن دائرة التسجيل العقاري سترفض القيام بتنفيذ الوكالة بحجة وجود هذا الرهن. فلا يجوز تنفيذ مضمون الوكالة ونقل الملكية إلا بفك الرهن، وهذا يؤدي إلى الإضرار بالغير أو الوكيل الذي تعلق حقه بالوكالة.

لم أجد حلاً قانونياً في القانون المدني ولا في قانون التسجيل العقاري لذلك الأمر يتطلب الرجوع إلى الفقه باعتباره مصدراً من مصادر القانون[٥٠].

ذهب جانب من الفقه[٥١] إلى القول بضرورة التمييز بخصوص تاريخ الرهن بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: إذا كان الرهن قد سجل قبل تاريخ تنظيم الوكالة التي سقط فيها حق الموكل بإنهائها لتعلق حق الغير أو الوكيل بها. فإنَّ هذا التصرف القانوني صحيح ونافذ في مواجهة الوكيل أو الغير. لأن الموكل يملك أهلية التصرف القانوني المشترطة لصحته. أما المرحلة الثانية فهي كون الرهن قد سجل بعد تاريخ تنظيم عقد الوكالة المعنية بالبحث أو بعد تصديقها، فإن هذا الرهن يكون باطلاً لأن الموكل لا يملك أهلية التصرف القانوني التي يشترطها القانون لصحة عقد الرهن، وقد ذهب من قال بهذا الرأي إلى أبعد من ذلك عندما أوجب وضع إشارة على أضبارة العقار الذي يكون محل هذه الوكالة وتفيد هذه الإشارة بأن العقار غير قابل للرهن وغير قابل للحجز عليه وبالتالي فإن هذا الإجراء يؤدي إلى حماية الغير والوكيل من هذه التصرفات هذا بالإضافة إلى عدم وضع الإشارة في دائرة التسجيل العقاري تؤدي إلى عدم استطاعة الموظف المختص في هذه الدائرة العلم بوجود وكالة تعلق بها حق الغير أو حق الوكيل[٥٢].

وبدورنا نتفق مع هذا الرأي من جهة ونختلف معه من جهة أخرى، فنتفق معه في ضرورة التمييز بين الحالتين أو المرحلتين المذكورتين مع الأخذ بالاعتبار أنه إذا تم تسجيل عقد الرهن في الدائرة المختصة قبل تنظيم عقد الوكالة، ففي هذه الحالة يكون الرهن نافذاً في مواجهة الوكيل والغير اللذان تعلق حقهما في الوكالة.

أما إذا تم تسجيل الرهن بعد تنظيم الوكالة فإننا لا نتفق مع القول ببطلان الرهن أو التسجيل أو وضع إشارة على العقار محل الوكالة في دائرة التسجيل العقاري حتى، لأنه من غير الممكن أن يحكم ببطلان الرهن كونه صدر ممن لا يملك حق التصرف فيه، فحق التصرف والاستعمال والاستغلال كما بينا لا يسلب الموكل حتى في وكالة سقط حقه في إنهائها. وبالتالي فإن له الحق في إجراء التصرف القانوني ويكون هذا الأخير تصرفاً صحيحاً لكن نحكم عليه بأنه غير نافذ في مواجهة الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه في هذه الوكالة وذلك بمجرد إثباته الضرر الذي لحقه من هذا التصرف ومن دون الموازنة بين مصلحة الغير ومصلحة الموكل لأنَّ هذه الوكالة أُبرمت لصالح الغير أو الوكيل من حيث الأصل. ويكون نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن التالي في المرتبة ونافذاً في مواجهة الدائن العادي، ونافذاً في مواجهة أي شخص آخر ترتب له حق على العقار محل الوكالة عن طريق الموكل بتاريخ لاحق لتاريخ تنظيم عقد الوكالة.

الفرع الثاني: رهن المنقول موضوع الوكالة التي لا تقبل الإنهاء

للموكل الحق في أن يرتب حق رهن على المنقول محل عقد الوكالة شرط أن يكون هذا الرهن رهناً حيازياً، فالرهن الحيازي يرد على منقول ويرد على عقار، إذ عرفت المادة ١٣٢١ في القانون المدني العراقي عقد الرهن الحيازي بأنه «عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال».

ومن هذا التعريف يتبين أن الرهن الحيازي يرد على أي مال سواء أكان عقاراً أو منقولاً بشرط أن يكون قابلاً للتعامل فيه ومعنى هذا ألا يكون خارجاً عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، وكذلك يشترط فيه أن يكون مما يجوز بيعه في المزاد العلني بشكل مستقل أي أن لا يكون تبعاً أو ملحقاً لمال آخر وأيضاً يجب أن يكون المرهون مملوكاً للراهن أما إذا وقع الرهن على ملك الغير فإنه يعتبر تصرفاً موقوفاً على إجازة المالك الأصلي، ويشترط أيضاً في هذا المال أن يكون معيناً، وأخيراً يشترط فيه أن يكون قابلاً للحيازة لأن الحيازة ركن في عقد الرهن الحيازي بدونها لا ينعقد العقد فإذا كان الشيء مما لا يمكن حيازته استحال رهنه حيازياً، وتطبيقاً لهذه الفكرة لا يصح رهن الأشياء المستقبلية لأنه لا يمكن حيازتها في الحال فهي لم توجد بعد، فإذا رهن مزارع ما ستنتجه أرضه من قطن فالرهن لا ينعقد طالما أن القطن لم يسلم بعد إلى الدائن ويعتبر العقد في هذه الصورة مجرد وعد بالرهن لكنه غير ملزم لأن القول بلزوم الوعد في العقود العينية لا ينسجم مع هذه الفكرة بل إنه إهدار لها[٥٣].

وبناءً على ما تقدم فإن للموكل الحق إذا كان محل الوكالة التي تعلق بها حق للغير أو الوكيل منقولاً، أن يقوم برهن هذا المنقول رهناً حيازياً. كما لو باع الموكل كمية من الحنطة إلى شخص وبعد

قبضه الثمن وكل شخص آخر بأن ينفذ التزام الموكل بتسليم المبيع، وقبل قيام الوكيل بهذا التصرف رتب الموكل حق رهن حيازي على المبيع المذكور لدين عليه لشخص غير المشتري، ولما كان هذا الرهن رهناً حيازياً فإنه يستوجب نقل حيازة الحنطة محل عقد البيع إلى الدائن المرتهن حيازياً، ويلاحظ على هذا الأمر من نقل حيازة المحل المتعلق فيه الحق إلى الدائن المرتهن وما يمنحه الرهن الحيازي للأخير من تقدم على الدائن العادي والدائن المرتهن التالي في المرتبة. إن الضرر سيلحق بالوكيل أو الغير الذي تعلق حقه بالوكالة.

إن القانون العراقي جاء خالياً من نص قانوني يحل هذا الإشكال ويحمي حق الغير أو الوكيل، إلا إننا نرى لا بد من التمييز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: هي إذا كان الرهن الحيازي قد أُبرم قبل تنظيم الوكالة ففي هذه الحالة يكون الرهن نافذاً في مواجهة الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه في الوكالة ولا يكون باستطاعة هذا الغير الطعن بهذا الرهن لأن حقه لم ينشأ بعد.

المرحلة الثانية: وهي إذا كان الرهن قد أُبرم بعد تنظيم الوكالة فإن تصرف الموكل في هذه الحالة يعتبر موقوفاً على إجازة الوكيل أو الغير الذي تعلق حقه بالوكالة لأنه لم يعد مالكاً وإنما الملكية انتقلت إلى الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه بالوكالة وذلك إذا كان المنقول معيناً بالذات لأن المنقول المعين بالذات تنتقل ملكيته إلى المشتري من لحظة إبرام العقد[٥٤]، أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع فمن غير الممكن أن نقول بأن عقد الرهن الذي أبرمه الموكل على محل الوكالة موقوف على إجازة المشتري إلا إذا أفرز الموكل المنقول وبيّنه للموكل قبل أن يقوم برهنه حيازياً[٥٥]، وبالتالي فإن الذي تعلق حقه في الوكالة لا يكون مالكاً إذا لم يفرز الموكل للوكيل ما سيقوم بتسليمه وإنما يكون دائناً له في أن يطالب الموكل بتنفيذ التزامه بنقل الملكية[٥٦].

ومن كل ما تقدم نخلص إلى أن الرهن الحيازي سينفذ في مواجهة من تعلق حقه في الوكالة حتى وإن كان الرهن الحيازي قد وقع بعد تنظيم الوكالة وذلك عندما لم يقم الموكل بفرز المنقول المعين بنوعه إلى الوكيل.

المطلب الثاني: توكيل الموكل شخص ثانٍ للقيام بذات العمل محل عقد الوكالة الأول.

القانون العراقي جاء خالياً من حكم خاص ينظم هذه الحالة التي قد يتعرض فيها حق الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه بالوكالة إلى الضياع. وفي تقديرنا نرى وجوب التمييز بينما إذا كان محل الوكالة عقاراً أم منقولاً[٥٧] فيكون تصرف الموكل في إبرام عقد وكالة ثانٍ موقوفاً إذا كان المحل المتعلق فيه الحق منقولاً معيناً بالذات على إجازة من تعلق حقه فيها، ويكون تصرف الموكل غير نافذ بحق من تعلق حقه

بالوكالة الأولى إذا كان المحل المتعلق فيه الحق عقاراً أو منقولاً معين بالنوع لم يفرز. إلا أنه لا بُد لنا من توضيح الآتي:

قد يقوم الموكل بتوكيل شخص آخر يشاطر الوكيل في الوكالة الأولى في العمل أو التصرف القانوني، وقد يقوم بإبرام عقد وكالة جديد مستقل عن الأول. لذلك سنتناول هاتين الحالتين بالفرعيين الآتيين:

الفرع الأول: قيام الموكل بضم وكيل آخر إلى جانب الوكيل الأول في عقد الوكالة:

نصت المادة [٥٨] ٩٣٨ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على أنه «إذا وكل شخص وكيلين بعقد واحد فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأي كإيفاء الدين أو رد الوديعة أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فإنه يجوز لكل منهما الإنفراد وحده وبشرط انضمام رأي الآخر في الخصومة لا حضوره».

ويتبين من هذا النص انه في حالة تعيين عدة وكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه تبادل الرأي كقبض الدين أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فإنه يجوز لكل منهما أن يعمل منفرداً بشرط انضمام رأي الآخر في الخصومة. ولم يحدد المشرع الأعمال التي لا تحتاج إلى تبادل رأي وإنما اكتفى ببعضها على سبيل المثل ومن ثم تعين الرجوع في ذلك إلى طبيعة كل عمل بشكل مستقل لمعرفة ما يحتاج منها إلى تبادل الرأي وما لا يحتاج إلى ذلك، فالوفاء بالدين مثلاً تصرف يؤدي إلى انقضاء الدين دون أن يرتب آثاراً أخرى مما لا يحتاج معه إلى تبادل الرأي، أما العمل الذي من شأنه ترتيب التزامات متبادلة واستمرار آثار أخرى وما قد يطرأ عليها فإنه يحتاج إلى تبادل الرأي كإبرام عقد إيجار، وبالتالي إذا قام بهذه التصرفات أحد الوكلاء متعسفاً أو منفرداً كان هذا التصرف غير نافذ في حق الموكل ما لم يصدر إجازة لها[٥٩].

وفي تقديرنا إذا قام الموكل بتوكيل شخص آخر وضمه إلى الوكيل الأول في الوكالة الأولى وتفرده في تنفيذ تصرف معين وكان ذو نتيجة سلبية تمس بحق الغير أو الوكيل المتعلق حقه بالوكالة فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً بحق الموكل فحسب بل يجب أن يكون غير نافذ تجاه من تعلق حقه بالوكالة، هذا إذا تبين من ظروف القضية أن تصرف الموكل في توكيل آخر وضمه إلى الوكيل الأول ما كان إلا للإضرار بمن تعلق حقه بالوكالة.

الفرع الثاني: قيام الموكل بإبرام عقد وكالة مستقل عن عقد الوكالة الأول

نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٣٨ من القانون المدني على «فإن وكلهما بعقدين، جاز لكل منهما الإنفراد مطلقاً».

ويتضح من هذا النص أن المشرع أعطى الحق للموكل أن يقوم بإبرام عقد وكالة آخر مستقل عن الأول، وهذا الحق للموكل لم ينشأ المشرع العراقي كما هو الحال في القانون الفرنسي إلتزاماً مناظراً له يسمى بالوكالة الحصرية وهي التي تحصر سلطة مباشرة التصرف القانونية محل الوكالة في الكيل وحده دون سواه. وهكذا يظهر الوكيل الحصري كوسيط إجباري بحيث لا يستطيع الموكل الذي غالباً ما يكون مالكاً توكيل شخص آخر للقيام بالتصرف القانوني محل الوكالة[٦٠] وفي هذه الحالة أن تصور إلحاق الضرر بمن تعلق حقه في الوكالة الأولى والتي يسقط حق الموكل في إنهائها أوسع نطاقاً مما بحثناه في الفرع الأول، لأن إجازة المشرع جاءت لكل وكيل أن يعمل مستقل عن الآخر ودون أخذ رأيه، وهذه الحالة على العكس من الحالة الأولى التي نصَّ عليها المشرع في قيام الموكل بضم وكيل آخر إلى الوكيل الأول التي اشترط بها عدم تفرد كل وكيل عن قرار الآخر إضافة إلى ضرورة عدم إضرار الوكيلين بالموكل.

الخاتمة

يختلف التنظيم القانوني لسقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة من قانون لآخر. فقد كان المشرع الأردني سخياً في تشريعه لنصوص قانونية بتقديرنا غطَّت جميع جوانب الموضوع مدار البحث على الرغم من عدم اتفاقنا معه في بعض المواطن.

بيد أنَّ المشرع العراقي اقتصرت إشارته لسقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة في نصوص لا نستطيع وصفها بالكافية لأنَّها لم تكن شاملة لجميع أسباب سقوط ذلك الحق من جهة ومن جهة ثانية لا تؤمن الحماية الكافية للغير أو الوكيل الذي تعلق بالوكالة سيما وإنَّ الغرض الأساسي لنصوص القانون هو تحقيق العدل. وبناءً عليه وبعد الانتهاء من هذه الدراسة يمكننا ملاحظة الآتي:

أولاً: اعتبر المشرع العراقي أنَّ عقد الوكالة عقد غير لازم وذلك في المادة ٩٨٤ وأن أي أتفاق على خلاف ذلك يعد اتفاقاً باطلاً، ودلالة ذلك أنَّ المشرع العراقي جعل من نص القانون المصدر الوحيد لسقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة، وذلك على عكس ما ذهب إليه المشرع الأردني عندما نص على إمكانية أن يكون الاتفاق مصدراً لسقوط الحق المذكور. إلا أنَّ هذه القاعدة الآمرة (عدم جواز الاتفاق على جعل الوكالة لازمة) لم يتركها المشرع على إطلاقها فقد وجدنا لها استثناءين، أولهما: هو ما تدفع به الضرورة العملية للخروج على هذه القاعدة لحماية الغير الحسن النية المتعامل مع الوكيل الظاهر وهذا ما بحثناه في الوكالة الظاهرة باعتبارها تأصيلاً لأساس سقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة. وثانيهما هو نص المشرع الصريح في المادة ٩٤٧ الفقرة الأولى على أنَّ حق الموكل في إنهاء الوكالة يسقط إذا تعلق بها حق الغير. في حين أغفل المشرع إلحاق حكم الوكالة التي يتعلق بها

حق الوكيل الشخصي بحكم الحالة المذكورة، هذا بالإضافة إلى أنَّه لم يبين شروط العمل بسقوط الحق الموكل في إنهاء الوكالة إذا تعلق بها حق الغير سواء عدم رضاء الأخير وبقاء الموكل على قيد الحياة.

ثانياً: لا يعني سقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة أن يسلب من حقه في إجراء التصرفات القانونية على الشيء موضوع الوكالة والذي يتعلق به الحق ذلك باعتباره مالكاً، ولم ينص المشرع العراقي على تقييد الموكل بتصرف قانوني معين بل لم ينص على سبلاً لحماية الغير الذي تعلق حقه بالوكالة من التصرفات التي يجريها الموكل الضارة بذلك الغير.

ثالثاً: استناداً إلى ما تقدَّم نرى أن الدعوة إلى المشرع العراقي للأخذ بالاقتراحات التي سنوردها على النحو الآتي:

١. تشريع نص قانوني يجعل من الوكالة التي يتعلق بها حق الوكيل الشخصي وكالة لا تقبل الإنهاء بإرادة الموكل المنفردة وذلك على غرار النص الصريح بالنسبة للوكالة التي يتعلق بها حق الغير سيما وإن المشرع العراقي كان قد تبنى هذا الحكم ضمناً وذلك بنصه في المادة (٢٠٠) من قانون التسجيل العقاري على أن يسجل العقار باسم الوكيل إذا أصبح وارثاً للغير الذي تعلق حقه بالوكالة شرط أن يوكل شخص آخر للإقرار والقبول على النحو الذي بيناه في البحث.

٢. سد النقص التشريعي فيما يتعلق بشروط سقوط حق الموكل في إنهاء الوكالة وذلك بالنص على ضرورة أن تكون الوكالة وكالة خاصة لا وكالة عامة حتى لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالموكل. بالإضافة إلى تعديل نص المادة (١٩٩) من قانون التسجيل العقاري التي تقضي بانتهاء عقد الوكالة بوفاة الموكل حتى وإن كان قد تعلَّق بها حق الغير. فبتقديرنا إن في ذلك مجافاة للعدالة، لأن موت الموكل ليس له تأثير على الموضوع مدار البحث فالموكل كان قد استوفى حقه من تلك الوكالة وبقي حق الغير أو الوكيل متعلقاً فيها. والحكم ينسحب أيضاً لحالة موت الوكيل أو فقدان أحدهما الآهلية القانونية وذلك على النحو الذي فصلناه في هذا البحث.

٣. تشريع نص قانوني لحماية الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه بالوكالة من تصرفات الموكل القانونية المباحة له والضارة بهم. وقد قمنا ببحث أنموذجين للتصرفات التي قد تكون ضارة بمن تعلق حقه بالوكالة وهما، رهن الشيء الذي تعلق به الحق من قبل الموكل وقيام الأخير بتوكيل شخص ثانٍ للقيام بذات العمل المكلف به الوكيل الأول ومن صور هذه الحماية عدم نفاذ رهن العقار الذي يجريه الموكل على الشيء موضوع الوكالة والمنقول المعين بالذات والمنقول المعين بالنوع والذي تم إفرازه، غير نافذ في مواجهة الغير أو الوكيل الذي تعلق حقه بالوكالة. وكذلك الحال في التصرفات التي يجريها الوكيل الثاني الذي وكله الموكل للقيام بذات العمل المكلف به الوكيل الأول باعتبارها غير نافذة في مواجهة من تعلق حقه بالوكالة إذا كان من شان تلك التصرفات أن تضر بهم.

المراجع

١. د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي، الطبعة الأولى، مجلة النشر العربي، الكويت، ١٩٩٩م.

٢. د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م.

٣. المستشار أنور طلبه، المطول في شرح القانون المدني، ج١٠، الطبعة الثانية، الاسكندرية، ٢٠٠٦م.

٤. د. سعيد مبارك، و د. طه الملا حويش، و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع، الإيجار، المقاولة، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢ – ١٩٩٣.

٥. د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، بغداد، ١٩٥٦.

٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد ١، مصادر الالتزام، لبنان، ٢٠٠٠.

٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد ٧، العقود الواردة على العمل، لبنان، ٢٠٠٠.

٨. د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، بغداد، ٢٠٠٧.

٩. د. عدنان السرحان، العقود المسماة، المقاولة، الوكالة، الكفالة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١.

١٠. غازي أبو عرابي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، دراسات في علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣١، العدد٢، ٢٠٠٤.

١١. د. غني حسون طه، و د. محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج١، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، ١٩٨٢.

١٢. د. غني حسون طه، و د. محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج٢، الحقوق العينية التبعية، بغداد، ١٩٨٢.

١٣. د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.

١٤. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط٢، ١٩٩٥.

١٥. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٨م.

١٦. مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٧٨.

١٧. Marie France, Nicolas Maguin, Le mandant exclusive. D. 1979.

الهوامش

١- ينظر: نص المادة ٩٤٧ في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد٧، لبنان، ٢٠٠٠م ص٦٠١ – ٦٠٢.

٣- د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي، ط١، الكويت، ١٩٩٩م ص٢١٨ – ٢١٩.

٤- نصت المادة ٣٨٤ من القانون المدني العراقي على (إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبة فلا تبرأ ذمّة المدين إلا إذا أقرَّ الدائن هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر).

٥- د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص

٦- د. السنهوري مرجع سابق ص٦١٣.

٧- نصت المادة ٩٤٤ من القانون المدني (إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة أو عمل أحداً دون توكيل أصلاً فإنَّ نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على اجازته).

٨- د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط٢، ١٩٩٥ ص٢٣٢.

٩- د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مرجع سابق ص٢٢٣.

١٠- رقم القرار ٧٥٩، مدنية أولى بتاريخ ١٩٧٨/٦/٤، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٧٨ص٥٩ – ٦٠.

١١- د. إسماعيل عبد النبي، مرجع سابق ص٢٢٣.

١٢- د. السنهوري، مرجع سابق: ٦٠١.

١٣- د. السنهوري، مرجع سابق ص٦١٣ وما بعدها.

١٤- نصت المادة ٩٤٧ من القانون العراقي في الفقرة الأولى منها (للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته وللوكيل أن يعزل نفسه ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك.. الخ).

١٥- للمزيد عن نظرية انتقاص العقد، ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، بغداد، ٢٠٠٧ ص١٥٨ – ١٥٩، ود. عبد المجيد الحكيم.

١٦- ينظر: المادة ٨٦٣ من القانون المدني الأردني.

١٧- بهذا المعنى ينظر: غازي أبو عرابي، الوكالة الغير القابلة للعزل في التشريع الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠٠٤ ص٣٣٧.

١٨- نصت المادة ٩٤٧ من القانون المدني على (... من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول)

١٩- غازي أبو عرابي، مرجع سابق ص٣٣٩.

٢٠- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٨ ص٤١٧.

٢١- د. السنهوري، مرجع سابق ص٤٣٣.

٢٢- المستشار أنور طلبه، المطول في شرح القانون المدني، ج١٠، الطبعة الثانية، الاسكندرية، ٢٠٠٦: ١٤.

٢٣- نصت المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي على أن (تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو خروج أحدهما عن الأهلية القانونية ... الخ).

٢٤- ينظر: المادة ١٦٤/أولاً من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وللمزيد ينظر: د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩ ص٥٨ وما بعدها.

٢٥- د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاولة الوكالة الكفالة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩ ص٢١٤ – ٢١٥.

٢٦- ينظر: نص المادة ٩٣٠ من القانون المدني.

٢٧- غازي أبو عرابي، مرجع سابق ص٣٤٩.

٢٨- ينظر: المادة ٩٣٠ من القانون المدني.

٢٩- د. عدنان السرحان، مرجع سابق ص٢١٦.

٣٠- د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع – الإيجار – المقاولة، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢ – ١٩٩٣ ص٤٠٥.

٣١- للمزيد د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد ١، لبنان ص٥٩٨ وما بعدها، و د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩ ص١٨٤ وما بعدها.

٣٢- نص المادة ١٥٢٧ من مجلة الأحكام العدلية (ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن إذا تعلق بها حق الغير فلا ينعزل).

٣٣- نصت المادة ٨٦٢ من القانون المدني الأردني على أن (الوكالة تنتهي بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير).

٣٤- ينظر: المواد ٢، ٣ من قانون التسجيل العقاري.

٣٥- نصت المادة ٥٣١ من القانون المدني العراقي (إذا كان البيع معيناً بالذات أو كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية البيع إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنقل الملكية إلا بالافراز).

٣٦- نصت المادة ٢٠٠ من قانون التسجيل العقاري على (إذا أصبح الوكيل في الحالة المتقدمة وارثاً للغير فله أن يوكل عنه من يقوم بالإقرار بقبول التصرف والتسجيل باسمه).

٣٧- لم يعالج القانون المدني العراقي موضوع تعاقد الشخص مع نفسه بصورة عامة إلا أنه نص على حالات حصرية منها بيع الأب مال ولده له أو أن يشتري مال ولده وجعل الجد في الحكم كالأب وذلك في المادة ٥٨٨ من القانون المدني، إلا أن المشرع المصري نص في المادة ١٠٨ على أنه (لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل..).

٣٨- مصطفى مجيد، مرجع سابق ص٤٢٣.

٣٩- المرجع نفسه ص٤١٩.

٤٠- نصت المادة ٨٦٣ في القانون المدني الأردني على منع الموكل عن عزل الوكيل في حالتين هما: إذا تعلق بالوكالة حق الغير أو إذا تعلق بالوكالة حق للوكيل الشخصي) وتقابلها المادة ٨١٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

٤١- غازي أبو عرابي، مرجع سابق ص٣٤٠.

٤٢- غازي أبو عرابي، مرجع سابق ص٣٤٠.

٤٣- مصطفى مجيد، مرجع سابق ص٤٢٣.

٤٤- د. السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص٥٩٨ وما بعدها.

٤٥- عرفت المادة ١٠٤٨ من القانون المدني حق الملكية، بأنه (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً و منفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) فالملك التام إذن يخول صاحبه سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال فإذا أبرم الشخص عقد وكالة وسقط حقه في إنهائها لا يعني ذلك أنه فقد أحد هذه السلطات الثلاث. للمزيد من التفصيل ينظر د. غني حسون طه، ومحمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج١، ١٩٨٢ ص٤٦ وما بعدها.

٤٦- بينت المادة ٩٦ موانع التسجيل والتي نصها الآتي: (يراد بموانع التسجيل القيوم القانونية التي تمنع التسجيل سواء تعلقت بالعقار نفسه أو بأصحاب الحقوق العقارية وتشمل ما يأتي: أ. الحجز الواقع على العقار من سلطة قضائية أو رسمية مخولة قانوناً ب. المحجورون لذاتهم أو بقرار من المحكمة. ج. الموانع القانونية الأخرى المثبتة في سجل العقار أو بطاقته التي تمنع إجراء التصرفات إلا إذا زالت تلك الموانع.

٤٧- نصت المادة ٥٠٨ من القانون المدني على (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون.

٤٨- نصت المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري على (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة لثبات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام ونصت المادة (٣) من القانون ذاته (٢. لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

٤٩- نصت المادة ١٢٨٦ من القانون المدني (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله من دائرة التسجيل العقاري..) ونصت المادة ١٣٢٤ على (إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً).

٥٠- انظر المادة (١) من القانون المدني.

٥١- غازي أبو عرابي، مرجع سابق ص٣٤٩ وما بعدها.

٥٢- غازي أبو عرابي، المرجع نفسه ص٣٥٠.

٥٣- د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج٢، ١٩٨٢ص ٤٩٨ – ٥٠٧.

٥٤- ينظر المادة ٥٣١ من القانون المدني العراقي، وللمزيد من التفصيل في كيفية انتقال ملكية المنقول، ينظر: د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، بغداد، ١٩٥٦: ١٢٧ وما بعدها.

٥٥- المادة ٥٣١.

٥٦- بهذا المعنى ينظر: د. عباس الصراف، المرجع السابق ص١٣٢.

٥٧- تقابلها المادة ٧٠٧ الفقرة الثانية من القانون المصري، وقد أضافت المادة هذه حكم المسؤولية بالتضامن بين الوكلاء إذا تعددوا.

٥٨- ينظر: الفرع الأول، والفرع الثاني من المطلب الأول من هذا البحث.

٥٩- أنور طلبه، مرجع سابق ص٨٧.

60-Marie france, Nicolas Maguin, Le mandant exclusive . D. 1979. Chro. 266.

ظاهرة الارتزاق والقانون الدولي

د.هديل صالح الجنابي
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

ان ظاهرة الارتزاق قد زادت في السنوات الاخيره ، او بعاره ادق منذ نهاية القرن الماضي ، وربما مادفع من ذلك الجوع ، والاوبئه ، والعطش ، والنزاعات المسلحه المحليه التي يثيرها الفقر اذ انه يدمر كل سنه تقريبا بقدر مادمرته الحرب العالميه الثانيه خلال سية سنوات من رجال ، ونساء واطفال ، حيث قدر الديموغرافيون التخريب الذي احدثتة الحرب العالميه الثانيه بمايلي :- قتلى ساحة المعركه مابين ١٦- ١٨ مليون رجل وامراءه ، وعشرات الملايين من الجرحى الذين فقدو اطرافهم ، اما قتلى المدنيين فهم بين ٥٠ – ٥٥ مليون ، اما الجرحى المدنيين فقد كانو عدة مئات من الملايين ، كما قدرو الولادات الضائعه

بسبب الحرب مابين ١٢ – ١٣ مليون – علما ان هذه الارقام لا تمثل خسائر الصين حيث لا توجد احصائيات دقيقه خاصه بها – فاذا كان هذا ماخلفته الحرب العالميه الثانيه من دمار فماذا يحصل في عالمنا اليوم ؟

طبقا للارقام التي تنشرها الوكالات المتخصصه التابعه لمنظمة للامم الامتحده فقد بلغ عدد الوفيات عام ٢٠٠١ في ١٢٢ بلدا من بلدان العالم الثالث اكثر بقليل من ٥٨ مليونا بسبب الفقر المدقع الناجم عن التخلف الاقتصادي ، واكثر من مليار شخص مصاب بحالات من العجز الخطير او الدائم بسبب نقص في الدخل ، والغذاء ، والمياة الصالحه ، وعدم الحصول على الدواء مما يعني ان الجوع ، والاوبئه ، والعطش ، والنزاعات المحليه التي يثيرها الفقر يدمر كل سنة تقريبا بقدر ما دمرته الحرب العالمية خلال ستة سنوات من الحرب (١).

علما ان ظاهرة الارتزاق ليست ظاهرة حديثه ففي الماضي اعتمدت دولة قرطاجه على المرتزقه في حروبها مع الرومان ، كما امتازت العصور الوسطى باستخدامهم وحتى في القرن التاسع عشر كان الجيش السويسري يعتمد بشكل اساسي على المرتزقه(٢).

كما ان دور جديد للمرتزقه قد برز في ستينيات القرن الماضي عند ماكانوا يستاجرون للقتال ضد حركات التحرير الوطني لمنع الشعوب من ممارسه حقها في تقرير المصير ، كما شهدت فترة ما بعد الحرب الباردة ظهور فئات جديده من المرتزقه ، وانواعا جديده من الانشطه . ساعدت على تاجيج المنازعات ، وعودة ظهور التيارات القوميه المتطرفه ، ومظاهر عدم التسامح الديني والاثني مما ادى الى انعاش سوق خدمات المرتزقه ، وثمه ظاهره اخرى تثير النقاش الا وهي ظاهرة شركات الامن الخاصه والشركات المساعده العسكريه .

الامر الذي ادى الى البحث في هذى الموضوع اخذين بعين الاعتبار ان العراق اصبح من الدول التي تتواجد فيها مثل هذه الشركات بصورتها المذكوره انفا .

هذا وسنبحث في هذا الموضوع وفق للترتيب التالي :-

١

المبحث الاول

من هو المرتزق ؟

من الامور المهمه في المجال القانوني وضع تعريف لاي فئه او مجموعه من الاشخاص بحيث يتمكن القانون من معرفتهم او بالتالي التعامل معهم ومخاطبتهم ، وهذا الامر ينطبق على المرتزقه ليس فقط من اجل تحديد من يتدرج تحت هذه الفئه ، وانما لتحديد من يخرج عنها ايضا ، علما ان مسالة

وضع تعريف علمي ومتوازن للمرتزق امر غايه في الصعوبه ، حيث انه – اي التعريف – سيطرح مجموعه من الاسئله ، فهل ان مجرد كون الشخص مرتزقا يشكل جريمه ، ام ان هذا الامر يتوقف على نوع النشلط الذي يمارسه ، وهل يمكن ان نتصور ان بعض انشطة المرتزقه مشروعه ، اذا السؤال الاكبر هل يجب حظر الارتزاق كليا ام يجب التركيز على انشطتهم ؟

كل هذه الاسئله سنحاول اجابتها من خلال المطالب التاليه :-

المطلب الاول – تعريف الارتزاق .

لتتعرف الدوله على شخص او فئه المرتزقه لابد من وضع تعريف لهم ليس فقط من اجل معرفة من يتدرج ضمنهم بل ايضا لتحديد من يخرج عنهم ، فهل يعتبر الموتزقه عملهم غير مشروع ام ان عدم المشروعيه ياتي من كونه مرتزق فقط ، وليس بحسب النشاط او العمل الذي يقوم به ، وعليه هل كون الشخص من المرتزقه يعد سلوكه غير مشروع ام يجب ان يقوم بجرائم جنائيه مثل القتل العمد او الاعتداء او اساءة استخدام الاسلحه الناريه ؟

وأول من حاول التصدي لحل هذه الاسئله قانون الحياد حيث ان الماده ٤ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ بشان حقوق وواجبات الدول والاشخاص المحايدين في الحرب البريه تنص على انه (لا يجوز تشكيل فيلق من المقاتلين ، ولا يجوز فتح وكالات للتجنيد على اراضي دوله محايده لمساعة الاطراف المتحاربه)(٣).

وعليه فان الاتفاقيه حرمت حدوث مثل هذه الانشطه في اراضي الدول ، غير انها لا تكون مسؤوله عندما يعبر الافراد الحدود طوعا لعرض خدماتهم على الاطراف المتحاربه ، كما ان ميثاق الامم المتحده ينص في ماده ٤ وذلك في فقرتها الثانيه على مايلي :-

(٢- يمتنع اعضاء المنظمه جميعا في علاقاتهم الدوليه على التهديد باستعمال القوه او استخدامها ضد سلامة الاراضي او الاستقلال السياسي لاية دولة او على اي وجه اخ لا يتفق ومقاصد الامم المتحده)(٤) .

كما ان قرارات الجمعيه العامه للامم المتحده ومجلس الامن اكدت في اكثر من مناسبه على ادانة استخدام المرتزقه ، وعلى الرغم من كون هذه القرارات غير ملزمه لدول الاعضاء الا انهم مطالبين بموجب الماده ٢٥ من الميثاق بالامتثال لقرارات مجلس الامن ، كما ان قرارات الجمعيه العامه ليست ملزمه رسميا لكونها تعتمد بتصويت الدول الاعضاء ، ومن ثم فهي تمثل راي المجتمع الدولي كما يمكن ان تعد دليلا مقنعا على ممارسة تهم في تكوين القانون العرفي ، وقد حصلت هذه الادانه – على سبيل المثال لا الحصر في قراري مجلس الامن ٤٠٥ عام ١٩٧٧ و٤١٩ عام ١٩٧٧، وقرار الجمعيه العامه٣٦/١٠٣

في ٩ كانون الاول ١٩٨١ ، حيث في هذا التاريخ جاء اعلان بشان عدم جواز التدخل بجميع انواعه في الشؤون الداخليه للدول ، كما انه مع مرور الوقت فان قرارات الجمعيه العامه لم تبقى محافظه على تضمنها النصوص السلبيه اي الامتناع عن تنظيم المرتزقه بل ادانت استخدامهم ضد حركات التحرر الوطني بانه عمل اجرامي من خلال اعلام منع الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمره في قرار ٢٤٦٥ (د-٢٣)في ٢٠ كانون الاول ١٩٦٨ ، وقرار الجمعيه العامه ٢٥/٤٠ في ٢٩ تشرن الثاني ١٩٨٥ (٥).

كما ان القانون الدولي للنزاعات المسلحه (القانون الدولي الانساني) وهو مجموعة القوانين التي تنظم السلوك في حالات النزاع المسلح ، والهدف من هذا القانون هو التقليل من معاناة المتضررين ، فهو بالتالي مقسم الى فرعين من حيث نوع القواعد التي يتضمنها الاولى قواعد تتعلق باجراء العمليات و الثانيه قواعد توفر الحمايه لغير المحاربين او المحاربين الذين يتم اسرهم او الذين يسلمون انفسهم ولايسري هذا القانون الا على حالات النزاع المسلح، وهو لم يميز رسميا بين المرتزقه وغيرهم من المقاتلين حتى عام ١٩٧٧ حيث جاء في البرتكول

الاول المعتمد في حزيران ١٩٧٧ فقد حاول من خلال الماده ٤٧ منه ان يعرف المرتزق وتبين بانه لايحق للمرتزق التمتع بالحقوق التي يتمتع بها الافراد النظاميون في القوات المسلحه في حالة اذا ماسروا ، الا انه لايمنع اي دوله من معاملتهم معامله مماثله اذا ما رغبت في ذلك ، ومع ذلك فانه يحق لهم الحصول _اي المرتزقه _ على الحد الادنى من الضمانات للمعامله الانسانيه ، وترد هذه الضمانات في الماده ٧٥ من البرتكول الاضافي الاول المتعلق بالنزاعات الدوليه ، والماده ٤ من البرتكول الاضافي الثاني المتعلق بالنزاعات غير الدوليه ،والماده ٣ المشتركه بين اتفاقيات جنيف الاربعه لعام ١٩٤٩ ، وعليه فقد نصت الماده ٤٧ على مايلي :(..... والمرتزق هو اي شخص :

أ- يجري تجنيده خصيصا ، محليا او في الخارج ليقاتل في نزاع مسلح .

ب- ويشارك فعلا ومباشرة في الاعمال العدائيه .

ج- وتحفزه اساسا للاشتراك في الاعمال العدائيه الرغبه في تحقيق مغنم شخصي ،ويبذل له فعلا من قبل اطراف النزاع او نيابة عنه وعد بتعويض مادي يتجاوز بافراط ما يوعد به المقاتلون ذوو الرتب والوظائف المماثله في القوات المسلحه لذلك الطرف او مايدفع لهم .

د- وليس من رعايا طرف في النزاع ولا متوطنا باقليم يسيطر عليه احد اطراف النزاع.

هـ- ليس عضوا في القوات المسلحه لاحد اطراف النزاع .

و- وليس موفدا في مهمه رسميه من قبل دوله ليست طرفا في النزاع بوصفه عضوا في قواتها المسلحه)(٦).

الا انه يؤخذ على هذه النصوص الوارده في برتكولات اتفاقيات جنيف بانها لاتعالج المسؤليه عن الارتزاق العسكري بالنسبه للذين يشتركون في انشطة المرتزقه او مشروعيتها) ، وذلك بحكم الطبيعه الخاصه لهذه الاتفاقيات ،

الا ان اتفاقية منظمة الوحده الافريقيه للقضاء على ظاهرة المرتزقه في افريقيها فقد حظرت الاتفاقيه كلا من المرتزقه والارتزاق او تصفها بانها جريمه ضد السلم والامن في افريقيا سواء كان من ارتكبها فرد او جماعه او رابطه او دوله او ممثل لها ، هذا وقد جاء التعريف للمرتزق في الماده ١ من الاتفاقيه حيث نصت على ما يلي :-

أ - يجري تجنيده خصيصا ، محليا او في الخارج ليقاتل في نزاع مسلح .

ب- ويشارك فعلا ومباشرة في الاعمال العدائيه .

ج- وتحفزه اساسا للاشتراك في الاعمال العدائيه الرغبه في تحقيق مغنم شخصي ،ويبذل له فعلا من قبل اطراف النزاع او نيابة عنه وعد بتعويض مادي.

د- وليس من رعايا طرف في النزاع ولا متوطنا باقليم يسيطر عليه احد اطراف النزاع.

هـ- ليس عضوا في القوات المسلحه لاحد اطراف النزاع .

و- وليس موفدا في مهمه رسميه من قبل دوله ليست طرفا في النزاع بوصفه عضوا في قواتها المسلحه)(٧).

علما ان هذه الاتفاقيه اصبحت نافذه عام ١٩٨٥ ، كما ان هذه الاتفاقيه اعتبرت ظاهره المرتزقه جريمه محدده تتضمن مجموعه من الالتزامات المتصله بذلك ، كما فرضت على الدول اتخاذ التدابير اللازمه لاستئصال هذه الظاهره ، والتي ياتي في مقدمتها سن تشريعات تجعل من الارتزاق جريمه يعاقب عليها باشد العقوبات ، وتتعهد الدول اما بمقاضات كل من يرتكب هذه الجريمه او بتسليمه ، وبتقديم المساعده المتبادله في سياق اي تحقيقات بخصوص هذه الجريمه ، ويجوز محاكمة الدوله المخله بهذه الاتفاقيه امام محكمه مختصه تابعه لمنظمة الوحده الافريقيه ،كما تجوز معاقبة ممثلي الدول ، الانها تنص على انه يحق لمن يحاكم عن جريمه الارتزاق ان يحصل على كافة الضمانات القضائيه التي تمنحها الدوله عادة لمن يحاكم على اراضيها(٨).

ثم جائت بعد ذلك الاتفاقيه الدوليه لحظر تجنيد المرتزقه وستخدامهم وتمويلهم وتدريبهم ، والتي اعتمدت عام ١٩٨٩ ، بموجب قرار الجمعيه العامه ٣٥ /٤٨ ، واصبحت الاتفاقيه نافذه في ٢٠ تشرين الاول لعام ٢٠٠١ ، وهي وسيلة عمليه لمناهظة الارتزاق الدولي ، ومن اول ماركزت عليه الاتفاقيه الدوليه توضيح دور الدول في حظر هذه الظاهره من حيث ابراز الحاجه الى تشريع على الصعيد الوطني ، وتشجيع المساعده المتبادله والتعاون القضائي في مجال القضاء على ظاهرة الارتزاق ، كما ان الاتفاقيه

قررت الجمع بين عتهجين حيث انها حرمت الارتزاق ، وعاقبت من يشجه هذه الانشطه ، وينظمها او يتقاضون عنها ، وفرضت الاتفاقيه عدد من الاتلتزامات المتعلقه بذلك ، كما ان الماده ١ من الاتفاقيه عرفت المرتزق بالاتي :-

(أ – تحفزه اساسا الى الاشتراك في ذلك لرغبه في تحقيق مغنى شخصي ذي شان ويحدوه الى ذلك وعد بمكافاه ماديه او دفع تلك المكافاه .

ب – لا يكون من رعايا الدوله المستهدفه بذلك الفعل ولا من المقيمين فيها .

ج – ولم توفده دوله في مهمه رسميه .

د – وليس عضوا في القوات المسلحه للدوله التي ينفذ الفعل في اقليمها)(٩)٠

اي ان التفاقيه ابقت على التعريف الوارد الماده ٤٧ من البرتكول الاضافي الاول الملحق باتفاقات جنيف ، لكنها تتوسع ليشمل حالات غير النزاعات المسلحه ، والتي يتم تجنيد المرتزق فيها ليشارك في اعمال عنف مريره بهدف الاطاحه بحكومه او تعويض النظام الدستوري لدولة ما او النيل من سلامتها الاقليميه باي طريقه اخرى ، وكذلك يعتبر مرتكبا لجريمه اي شخص يقوم بتجنيد المرتزقه او استخدامهم او تدريبهم او لمجرد انه حاول القيام بذلك او ان يكون شريكا لشخص يرتكب او يحاول ارتكاب ايا من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيه ، وتعتبر الجريمه مرتكبه حتى عندما لايكون المرتزقه قد اشتركوا في اعمال عدائيه بعد ، حيث بموجب هذه المعاهده تترتب على الدول التزامات ايجابيه فلا تلزم الدول الاطراف بالامتناع عن المشاركه في الانشطه المذكوره فحسب بل يجب ان تتخذ التدابير المناسبه لمنع الاخرين عن ممارسة مثل هذه الانشطه بالاضافه الى تحديد الجرائم ، ووضع اطار قانوني لتسهيل مقاضاة المذنبين على المستوى الوطني اذ انها تكلف الدول بان تكمل من خلال تشريعاتها الوطنيه امكانية الملاحقه القضائيه ، كما يتوجب على الدول الاعضاء التعاون قي مجال تبادل المعلومات ، كما انها –اي الاتفاقيه – نصت على اجراءات لتسوية الخلاف بين الدول الاطراف عن التباينات الناجمه عن تفسير المعاهده .

المطلب الثاني – استخدامات الارتزاق

هنا وقبل الدخول في تفاصيل استخدامات الارتزاق لا بد من الاشارة هتا الى ان هذا الامر سيتم من خلال الاطار القانوني الذي يحكم هذه الظاهره ، او بعباره ادق يحاول تقيدها او استبعادها .

ولكن قبل كل شيئ لابد ان نبين من هو المرتزق مره اخرى ، والفضل في ادخال تعريف المرتزقه في القانون الدولي يعود الى نيجيريا حيث انهم – اي المرتزقه – استخدمو ضدها ابان حربها الاهليه التي وقعت بين ١٩٦٧– ١٩٧٠ ، حيث اقترح مندوبها في المؤتمر الانساني الدولي المنعقد بين ١٩٧٤ –

١٩٧٧ بتقديم اقتراح الى مجموعة العمل في اللجنه الثالثه للمؤتمر ونص هذا الاقتراح على ادخال الماده ٤٢ الى مشروع البرتكول ، وهي توضح القواعد التي يقوم عليها التعريف وهي :-

(١- المرتزق هو شخص غير ملتحق بالقوات المسلحه لاحد الاطراف المتحاربة .

٢- المرتزق يجند من الخارج .

٣- الباعث الذي يدفع المرتزق للاشتراك في القتال هو باعث مادي)(١٠).

وهذه الوثيقه اصبحت الماده ٤٧ من برتكول جنيف الاول ونصت الفقره الثانيه من هذه الماده على التعريف التالي :-

(١- المرتزق هو انسان مدفوع بباعث مادي .

٢- المرتزق قد يتم تجنيده اما محليا واما في الخارج ليقاتل في نزاع مسلح .

٣- المرتزق ليس له صله مع الاطراف ولم يتم ارساله من قبل الدوله التي ينتمي اليها)(١١).

وبناء على ما تقدم سنعالج كلا من الفقرات المذكوره اعلاه ضمن التعريف الذي تضمنته الماده ٤٧. اذا بحسب التعريف يكون الباعث المادي هو الاساس للتطوع والانخراط في جيش اجنبي ، وعليه فان التعريف في فقرته الاولى قد اغفل عاملين اساسيين قد يكون احدهما او كليهما سببا للانخراط في عمل من اعمال الارتزاق وهما العامل الايدلوجي والباعث السياسي ، وعليه فان المرتزق يعملون في ثلاث حالات ، والحالات هي :-

- المنازعات المسلحه الدوليه . والتي تشمل حروب من اجل التحرير الوطني .
- منازعات مسلحه داخليه .
- وحالات لا تحدث فيها منازعات مسلحه .

ويعمل المرتزق في النزاعات الدوليه في القتال لصالح احد الاطراف المتحاربه – وهم ليسو من رعاياها – او لدعم طرف محارب بناء على طلب طرف ثالث ، وكان ذلك يحدث في سياق انهاء الاستعمار ، وكذلك في حالة ان تكون الدول مجزئه حسب الاثنيات وهو مايؤدي الى استمرار الصراع بعد الاستقلال ، كما ان الدول المستعمره تقوم باستخدام المرتزقه في مواجه حركات التحرير الوطني التي تسعى الى تقرير المصير ، بل وحتى عندما يتم الاستقلال كانت هذه الدول تواصل استخدام المرتزقه في دعم الجماعات المسلحه المعارضه للحكومات المستقله حديثا ، وفي تشجيع الانفصال ، وكان من بين مهامهم اعاقة السياده وزعزعة الاستقرار ، واحتلال اجزاء من الاقليم ، والتعاون مع جماعات مسلحه تسعى الى الاطاحه بالحكومات المستقله الشرعيه ، وكثيرا ما استخدموا – اي المرتزقه – بدافع تحقيق اهداف اقتصادية او استيراتيجية مختلفة ، وايا كان السبب فهي اعاقه كبيره لحق الشعوب في تقرير مصيرها بما

يخالف مبادئ القانون الدولي تلك المبادئ القائمه على ادانة العنصريه والسيطره الاستعماريه الاجنبيه(١٢) .

كما انهم يتدخلون في المنازعات الداخليه حيث قد تلجا دوله ثالثه الى انشطة الارتزاق سعيا لتحقيق اهدافها تتمثل في التدخل ، كما قد يستخدم المرتزقه في اثاره وشجيع نزاع مسلح بغرض الاطاحه بحكومه قائمه او للقتال الى جانب جماعات معارصه لاتمثل اراء غالبية السكان اي لا تملك قاعده جماهيريه واسعه ، وبذلك فهي لا تتمتع بمركز حركات التحرر الوطني التي لها الحق في تقرير المصير كما قد استخدمتهم الحكومات التي تتعرض لتهديد من جماعات معارضه ، كما ان هذه الجماعات المعارضه هي الاخرى قد تستخدمهم ، وعليه فان المرتزقه قد اثبتو قدرتهم – ايا كان نوع النزاع او طابعه – على تصعيد الاعمال العدائيه او ادامتها ، بل وفي بعض الاحوال يقوضون السلامه الاقليميه والسياسية للدوله او الدول المعنية وبالتالي حقها في تقرير مصيرها(١٣) .

وقد ينشط الارتزاق في حالات اخرى اي حالات لايوجد فيها نزاع مسلح اذ يتم استخدامهم لاغراض زعزعة الحكومه الدستوريه ، وفي كثير من الاحيان يتم ذلك بدعم من دوله ثالثه ، وذلك لتعزيز مصالحها الشخصيه ، وقد ياخذ هذا النوع من الارتزاق شكل حملة عنف مدبره تمتد لفتره طويله ،او ياتي بشكل عمليه انقلابيه على الحكومه بهدف التخلص منها ، ويمكن ان تشمل حملات العنف اعمال تخريب ، وتدمير للبنى التحتية ، واغتيالات لشخصيات عامه ، وترهيب للسكان ، واي نشاط اخر يؤدي الى تخفيض قدرة الدوله على رفع مستوى مواطنيها ، والحد من قدرتها على التنميه ، كما ان هذه الاساليب قد تؤدي الى ارهاب السكان وبالتالي تحقيق قدرتهم على ممارسه حقوقهم المدنيه والسياسيه ،

وعليه فلا يمكن لاعضاء حركات التحرير الوطني ان يدافعوا عن مشاركتهم في انشطة المرتزقة في دوله ثالثه على اساس ان الفوائد المتوقعه منها ستفيد القضيه الوطنيه فلا يمكن لحجه كهذه ان تبرر استخدام الوسائل غير المشروعه ، كما ان المحاولات الانقلابية التي يقوم بها المرتزقة – حتى الفاشل منها – يكون لها اثرا مدمرا على الهياكل الاساسيه في الدوله واقتصادها ، وكذلك على سلامتها الاقليميه علاوة على ذلك تؤدي الى انخفاض مستوى التنميه ، كما يمكن ان يقوم المرتزق بانشطه اخرى في الحالات التي لا يوجد فيها نزاع بناء على عروض تقدم لهم من مجرمين منظمين ، وبشكل خاص في مجال تجارة السلاح والمخدرات والمتاجرين بالنساء والقاصرين ، والمحرضين هنا لا يكون من ضمن اهدافهم زعزعة استقرار الحكومه او الحكومات في الدول او مجموعة الدول التي ينشط فيها المرتزقه لا ان زيادة الجريمه المظمه عمليا يرفع من مستوى العنف في المجتمع وهذا الامر يؤدي بالتالي الى زعزعة النظام الدستوري داخل الدوله او الدول المعنيه(١٤) .

هذا وقد ظهر في واقع العلاقات الدوليه مايثبت ان المرتزقه قد يعملون احيانا تحقيقا لاهداف سياسيه فعلى سبيل المثال (اعلن المرتزقة الفرنسيون الذين شاركو في عام ١٩٦٠ – ١٩٦٤ ، والذين كانو اعضاء في منظمة الجيش السري الفرنسي التي قامت باعمال ارهابيه خلال حرب الاستقلال الجزائريه بانهم يقاتلون في الكونغو من اجل الدفاع عن الحضاره الاوربيه)(١٥).

كما اعلنت منظمه امريكيه محافظه تحمل اسم John Birch Society انها تستخدم المرتزقه من اجل القضاء على الشيوعيه في امريكا الوسطى . وحين مراقبة المنازعات التي تورط فيها مرتزقة اجانب يتوصل المرء الى نتيجه تؤكد رغبة الجهات التي تجند هؤلاء المرتزقه في تعطيل حق الشعوب في تقرير مصيرها)(١٦).

علما ان هذا الجوانب قد تضمنها تعريف المرتزقة في الماده الاولى من معاهدة الوحده الافريقيه لتحريم المرتزقه .حيث يتم التركيز على الهدف السياسي الذي يسعون اليه وهو اجهاض حق تقرير المصير .

المبحث الثاني

المسؤليه الناجمه عن اعمال الرتزاق

من غير المنطقي ان نجد من يستطيع ان يبرر وجود المرتزقه ، حيث انهم مجموعة من القتله فمنهم من يقاتل بدافع القتل ، والقسم الاخر يهدف بجمع قدر اكبر من المال ، الى ان استشراء هذه الظاهره يحتم علينا التوقف عندها لدراستها حيث ان خصخصة الحرب اصبحت ظاهره واضحه في العالم حيث ان الولايات المتحده الامريكيه وحدها تستثمر في هذا المجال مايزيد سنويا على ٤٠٠ مليون دولار ، تاتي من تشغيل عناصر المرتزقه ، وهم من الجنرالات والكولونيلات المتقاعدين . يكلفون بمهام مختلفه تبدا من جمع المعلومات والاستخبارات خلف خطوط العدو ، وانتهاء بالقيام بالمهام الحربيه شديدة الخطوره.

وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وكمايلي :-

المطلب الاول – الارتزاق في اطار القانون الدولي .

ان ظاهرة الارتزاق انتشرت واتسعت الى الدرجه التي دعت الكثير من الكتاب والخبراء الى الكشف عن عواقب هذه الظاهره حيث حذر الكاتب فيكرز من استشراء ظاهرة خصخصة الحرب وقال (هناك احساس بان هؤلاء المرتزقه حتى وان كانوا يعملون تحت قيادة الولايات المتحده او قيادة دوليه فان

مستوى المساله السياسيه المتوقع – اذا كان هناك حالات قتل غير عمد – سيكون اعلى مقارنة بقوات حكوميه)(١٧).

لاسيما ان هناك من يدعو اليوم خصخصة عمليات حفظ السلام على اعتبار انها البديل الوحيد لمراقبة الالاف الذين يموتون ، لذلك فمن الافظل التعامل مع الظاهره بدلا من تجاهلها ، ويرى انصار هذا الاتجاه ان الحكومات التي تستخدم المرتزقه فمن الواجب اضاعهم لنفس القوانين التي يخضع القوات النظاميه ، الامر الذي يعني ان الحكومه تكون مستبعده لمحاسبتهم في المحاكم في حال قيامها باعمال تشكل خرقا للقوانين التي تحكم حالة الحرب ، الامر الذي يتطلب من الهيئات التشريعيه داخل الدول ان تطور قوانينها في هذا الصدد لاجل تطوير او خلق قانون خاص يحكم كبقية التعامل مع المتعهدين العسكريين الخاصين(١٨) .

كما ان رؤساء الشركات الامنيه يصنفون عملهم بانه امني خدماتي تستعين بهم الحكومات لتقديم هذا النوع من الخدمه حيث يشير اندرو وليامتر من شركة نورث بريدج للخدمات، وهو مظلي سابق حارب في فوكلاند كما انه شارك في عمليات تمتد من الشرق الاوسط الى امريكا اللاتينيه ، حيث قال في حوار مع وكالة رويترز يوم ٩ حزيران ٢٠٠٥ نحن شركه عسكريه مشروعه وتعمل فقط مع حكومات منتخبه ديموقراطيه او وكالات معترف بها ، والسبب في ذلك هو ان حكومات مثل افغانستان والبلقان والعراق تعاني جيوشها الوطنيه من المشاكل ومثقله بالاعباء ، فيمكن لشركتنا ان تقدم ما تحتاجه من مساعدة لحفظ السلام ، كما يمكنهم التعاون حيث بامكان شركته ان تضع كتيبه من ٥٠٠٠ الاف جندي على الارض بكل معداته باي مكان بالعالم خلال ٣ اسابيع فقط(١٩) .

كما انه بعض اصحاب هذه الشركات يحاول التفريق بين ماهو عسكري وما هو شبه عسكري ،كما ان المؤيدين لخصخصة العمليات العسكريه يحاول ان يبين الجانب المادي لعمليات الخصخصه حيث انه يخفض التكاليف الماليه على الدول ، وذلك بعد ان اعلنت وزارة الدفاع الامريكيه توفير على مايزيد عاى ١١مليار دولار مابين الاعوام ١٩٩٧ و ٢٠٠٥ بفضل اعمال خصخصة العمليات العسكريه ، كما انها – اي وزارة الدفاع – اكدت على ان هذه القوات يمكنها الانتشار بشكل اسرع من القوات النظاميه(٢٠).

ولكن يبقى السؤال الاكثر اهميه هل من الجائز استخدام هؤلاء القتله ، علما ان هؤلاء العاملين في الشركات الامنيه – شركات المرتزقه –لاتحكمهم اي قوانين ، ولايتبعون اي تعاليم عسكريه ، وبالتالي فان القانون الذي يردعهم غير موجود ، الامر الذي ادى الى تصاعد القلق العالمي ضد هذه الظاهره ، علما ان الهيئات الدوليه سبق وان حاولت التصدي لهذه الظاهره ولا تزال ، حيث اصدر مجلس الامن قرار يدين المرتزقه لاسقاط حكومات الدول الاعضاء في الامم المتحده عام ١٩٦٦ ، كما جردت المادة ٢٧ من البرتكول الاضافي الاول لسنة ١٩٤٩ الملحق باتفاقية جنيف المرتزقه من حق المطالبه بوضوع العسكري

او بوضع اسير الحرب ، وذلك لتتركهم عرضه للمحاكمات كجناة عاديين في الدول المتضرره ، وفي سنة ١٩٦٨ اقرت الامم المتحده ومنظمة الوحده الافريقيه قوانين ضد المرتزقه جاعله من استخدامهم ضد حركات التحرير الوطني والاستقلال قابلا للعقاب كفعل جنائي ، ومنذ بداية تسعينيات الزمن الماضي اخذت هيئة الامم المتحده تحذر من اخطار تزايد راعداد المرتزقه في العالم فوضعت مشروع معاهدة ينص على مكافحة تجنيد المرتزقه وتمويلهم وتدريبهم ، ولكن مع ان منضمة الامم المتحده تحرم الاستعانه بالمرتزقه ولاكنها فكرت بالاستعانه بهم مع تصاعد اعمال الاباده الجماعيه في رواندا ، الان الامين العام المساعد المكلف بعمليات حفظ السلام –كوفي عنان – اصدر تصريحه الشهير (يوم احتجنا الى جنود مدربين للفصل بين المقاتلين واللاجئين فكرت في احتمال اللجوء الى شركه خاصه ، لاكن العالم ليس مهيا ربما لخصخصة السلام)(٢١).

وبناء على ما تقدم فان القانون الدولي حتى هذه اللحظه لا يحمل المرتزق ولا شركات الارتزاق او ما يسما الشركات الامنيه ولا حتى الدول المستخدمه لهم المسؤوليه الكامله عن الاعمال الصادره عنهم ، وعليه نستطيع القول ان القانون الدولي حتى هذه اللحظه لايقدم نظاما دقيقا لتحميل هذه الشركات او الدول المستخدمه لها المسؤوليه الدوليه عن افعال هؤلاء القتله الماجورين ، على الرغم من صدور اربعة قرارات من مجلس الامن تدين استخدام المرتزقه على المستوى الدولي وهي :-

- القرار رقم ٢٣٩ لعام ١٩٦٧م.
- القرار رقم ٤٠٤ لعام ١٩٧٧م.
- القرار رقم ٤٠٥ لعام ١٩٧٧ .
- القرار رقم ٤١٩ لعام ١٩٧٧.

علما ان القرار رقم ٤٠٥ لعام ١٩٧٧ قد وصف الهجوم على دوله التبت بانه عمل عدواني ، وقد اشير الجدل حول القيمه القانونيه لهذه القرارات على اساس انها صدرت خارج اطار الفصل السابح ، لكن سرعان ما وضحت الامر محمكة العدل الدوليه من خلال رايها الاستشاري في قضية ناميبيا في عام ١٩٧١ ، والذي بموجبه تم اقرار الصفه الالزاميه لهذه القرارات على اساس نظرية الاختصاصات الضمنيه للمنظمات الدوليه عند تغير ميثاق الامم المتحده(٢٢) .

المطلب الثاني:- الارتزاق في اطار القانون الوطني

يرجع تاريخ المرتزقه ، واعمال الارتزاق الى الايام التي سبقت الثوره الفرنسيه ١٧٨٩ ، اذ كانت المطاعم والفنادق عادة ما تعلق لوحات تحمل كتابات مثل يمنع دخول الساقطات والكلاب ،وذلك في اشاره الى المرتزقه ، ذلك ان سلوك المرتزقه وممارساتهم غير المقبوله، وغير المسؤله جعلت منهم عنصرا

مرفوضا من المجتمعات الاوربيه بصوره عامه ، بل ان هناك من يرجع تاريخ ظهورهم الى امبراطور اليونان كوزينوفون الذي جند ١٠ الالاف جندي لمحاربة بلاد فارس مقابل الاموال(٢٣) .

ولكن يثوب القانون الدولي غموض بخصوص مسؤولية المرتزقه عن التجاوزات و الانتهاكات التي يرتكبونها ، وكذلك في مسالة مثولهم امام القضاء في الدول التي ارتكبوا التجاوزات و الانتهاكات على اراضيها ، الامر الذي يثير قلق المنظمات و الهيئات الانسانيه و المؤسسات الحقوقيه بسبب عدم تقديم الشركات الامنيه تقارير الى الحكومات او المنظمات الانسانيه في بلدانهم الاصليه او البلدان التي يعملون فيها ، اذ يكون من الصعب محاكمة المرتزق او عناصر الشركات الامنيه كون مسرح جرائمهم يقع خارج اراضي دولهم التي سجلت شركاتهم فيها ، وعليه فأن محاكم اغلب الدول لاتملك اختصاص خارج حدودها الاقليميه ، علما ان القانون الدولي الانساني اوجب على الدول التي تستقدم مثل هذه الشركات احترام القانون الدولي الانساني على اراضيها و كفالة هذا الاحترام، كما يتوجب على الدول التي انشئت تلك الشركات على اراضيها الضغط على الشركات باتجاه خطر انشطه معينه كالاشتراك المباشر في اعمال عدائيه مالم تكن مدمجه في القوات المسلحه ، وفرض الحصول على تراخيص في الدوله بممارسة انشطتها بالاستناد الى معايير معينه يجب الوفاء بها–كتدريب العاملين في هذه الشركات في مجال القانون الدولي الانساني– كما يمكن فرض الحصول على موافقه او تصريح لكل عقد تبرمه الشركه، وذلك بعد ازدياد الحاجه الملحه الى هذه الشركات في مهام تسند اليهم نذكرمنها امداد القوات المحاربه بالمؤن و السلاح كما جرى في حروب البلقان و افغانستان و العراق ، وخدمات تدريب القوات ،وتقديم المشوره العسكريه لقوات الجيش والشرطه في البلدان التي يعملون فيها، وتقديم الدعم اللوجستي للانتشار العسكري ، وصيانة نظم الاسلحه والمباني و المنشات ، وكذلك حماية الاشخاص ، و تدريب قوات الجيش و الشرطه ، وجمع المعلومات العسكريه و تحليلها ، كما تقوم احيانا بعمليات الاحتجاز و الاستجواب للجناء ،كما انها احيانا تشارك في القتال ، حيث ان التعاون بين الشركات الامنيه و القوات النظاميه قد بدأ منذ الحرب في فيتنام و خصوصا من قبل وكالة المخابرات المركزيه الامريكيه ضمن برنامج سري عرف بأسم العمليات السوداء، اذ كانت قوات المرتزقه ترسل للقيام باعمال تخريب ضد مواقع و شخصيات فيتناميه لاترغب الحكومه الامريكيه بالتورط معها، ثم و سعت الولايات المتحده الامريكيه من استخدامها لهذه الشركات في حروبها الاخيره اما موقف الدول من اعمال الارتزاق ففي بريطانيا هناك قانون قديم صادر عام ١٨١٩ يحرم على البريطانين الالتحاق بجيش اجنبي او سفينه اجنبيه ، ولكن عيوب هذا القانون ظهرت خلال الحرب الاهليه الامريكيه في قضية سفينة الالباما ، ذلك ان هذا القانون لم يمنع تجهيز سفينه انطلاقا من بريطانيا للعمل ضد دوله اخرى ، ومن اجل تحاشي هذا العيب تبنى البرلمان البريطاني في ٩ اب ١٨٧٠ قانون يضم القسم الرابع منه بنود تدين كل مواطن بريطاني ينضم الى جيش

اجنبي في حرب مع دوله صديقه لبريطانيا ، ويعاقب القسم الحادي عشر منه تنظيم عمليه عسكريه انطلاقا من بريطانيا ضد دوله اجنبيه ، ثم شكل البرلمان البريطاني لجنة تحقيق في ١٦ شباط ١٩٧٦ قدمت تقريرا اوضحت فيه بان منع المواطن البريطاني من الالتحاق كمرتزق في الخارج هو تقييد لحريته الشخصيه ، الا ان هذه الحريه يمكن تقييدها في حاله واحده وهي وجود مصلحه عامه بريطانيه ،كما اشارت بان قانون ١٨٧٠ اصبح قديما الامر الذي يدعو لاصدار قانون جديد يبيح هذا الامر للمواطن البريطاني(٢٤).

وفي الولايات المتحده الامريكيه فمن اقدم القوانين التي تمنع المواطنين من الانخراط في جيوش اجنبيه قانون عام ١٧٩٤ ، هذا مقصد تعرض القانون المذكور لجمله من التعديلات ، ومن ابرزها تعديل عام ١٩٣٩ بمشاركة الكثير من المواطنين في كتيبة ابراهام لنكولن خلال الحرب الاهليه الاسبانيه ، حيث عوقب كل مواطن ينخرط في جيشين اجنبي بغرامه ماليه قدرها ١٠٠ دولار امريكي او بعقوبة البحث لمدة ثلاث سنوات او بكلتا العقوبتين ، كما قامت الولايات المتحده الامريكيه بطرد ثلاث قناصل بريطانيين كانوا يسعون لتجنيد المرتزقه في حرب القرم بين الاعوام ١٨٥٤-١٨٥٦ ، كما ان قانون الجنسيه الامريكي يسقط الجنسيه عن كل مواطن ينخرط في جيش اجنبي دون موافقة وزارة الدفاع او الخارجيه الامريكيه (٢٥).

كما يعد القانون الاسترالي الصادر عام ١٩٧٨، والذي يحرم تجنيد الاستراليين كمرتزقه ، كما ان هذا القانون جرم قيام المواطن الاسترالي بالتدريب ، وجمع التبرعات ، وتخزين الذخائر بغية الاشتراك في نزاع مسلح في دوله اجنبيه ، حيث عاقب على الافعال سالفة الذكر بالسجن مدة عشرة سنوات ، كما انه- اي القسم السابع من القانون- يعاقب بالسجن سبع سنوات كل شخص يقوم بتجنيد المرتزقه في استراليا(٢٦).

كما ان الدول الافريقيه ومن خلال منظمة الوحده الافريقيه والتي نصت الماده ٦ منها على تعهد كل دوله افريقيه بمنع مواطنيها و الاشخاص الاجانب من القيام باعمال الارتزاق انطلاقا من اراضيها ، كما انها نصت على اتخاذ الاجراءات القانونيه لمعاقبة المرتزقه اذ لم يسلموا الى الدوله التي استخدموا ضدها ، فانها لم تكتفي بذلك بل ان بعض الدول قامت بسن قوانين داخليه تهدف الى محاربة الارتزاق اذ سنت انغولا في ١٥ اذارعام ١٩٧٧ قانون بهذا الشأن ، وكذلك فعلت بنين في ٣ تشرين الاول عام ١٩٧٨ ، كما نظرت المحاكم الافريقيه في نشاطات المرتزقه وعاقبت عليها ، حيث حكمت محكمة امن الدوله السودانيه على مرتزق الماني في ١٩٧٢ بالسجن عشرين عاما لاشتراكه في القتال بجنوب السودان فيما عرف بقضية شتينا ، وكذلك فعلت محكمه ثوريه انقوليه في ١٩ حزيران عام ١٩٧٦ مع ثلاثة عشر

مرتزق اجنبي شاركوا في الحرب الاهليه ، وحكمت على تسعه منهم بالسجن المؤبد ، والاربعه الاخرين بالاعدام(٢٧) .

كل هذه القوانين الوطنيه التي تحرم الارتزاق تدعونا الى القول بوجود عرف دولي او على الاقل وجود الجانب المادي من هذا العرف الذي يحرم ظاهرة الارتزاق ، ولكن لايزال النقص قائم بالرغم من وجود هذه القوانين الدوليه والوطنيه حيث ان حدود الامسؤوليه غير واضحه ، كما ان اثارها غائبه حتى هذه اللحظه ، وربما السبب في ذلك يكمن في الاشكال الجديده التي بدأ يظهر خلالها الارتزاق.

الخاتمة

من واقع الحال في المجتمع الدولي ، فان معالجة ظاهرة الارتزاق – مع ادانة المجتمع الدولي لانشطة المرتزقه– والجهد المبذول لتحقيق هذا الغرض من خلال صياغة الاتفاقات الدوليه و القوانين الوطنيه ، الا انه ما زال عددا من لمنسائل الاساسيه معلقا ، كما ان ظهور اشكال جديده من الارتزاق قد زاد الوضع تعقيدا ، والتحدي الحقيقي الذي يواجه المجتمع الدولي هو ترجمة الادانه الموجهة الى هذه الظاهره الى تدابير ملموسه من خلال تنفيذ الاتفاقيه الدوليه لمناهضة تجنيد المرتزقه و استخدامهم و تمويلهم و تدريبهم لسنة ١٩٨٩ ، حيث رغم وجود منتقدين لها ، الا انها تمثل وسيله هامه لمحاكمة المجرمين ، ولاقامة قنوات تعاون بين الدول ، حيث انها تجعل من المشاركه في انشطة الارتزاق جريمه ذات ولايه قضائيه عالميه الزاميه ، وعليه فبامكان اية دوله ان تحاكمه اذا لم تقم بتسليمه ،كما يجب التنبه الى دور اعمال الارتزاق في زعزعة الاستقرار السياسي للدول ، والحد من حق الشعوب في تقرير المصير .

قائمة الهوامش والمصادر

١–انظر ٠د٠جان زيغلر – سادة العالم الجدد (العولمه–النهابون المرتزقه الغجر)،مركز دراسات الوحده العربيه،الحمراء بيروت–٢٠٠٤– ص٩٩ .

٢–انظر ٠د٠غسان الجندي–المرتقه والقانون الدولي–المجله المصريه للقانون الدولي–المجلد ٤١ لسنة ١٩٨٥– ص٢٤٧ ٠

٣–انظر حقوق الانسان (تأثيرات انشطه المرتزقه على حق الشعوب في تقرير المصير) صحيفة الوقائع،منشورات الامم المتحده رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٣ ،ص ١٤ ٠

٤–انظر ميثاق الامم المتحده٠

٥–انظر حقوق الانسان– مصدرسابق–ص٣٢ ٠

٦-انظر جمل الرواب – المرتزقه في القانون الدولي – رسالة ماجستير – منتدى الاوراس القانوني/في ١٥ /١١ /٢٠١٠

http: science sjurdique,.ahlamomtada.net/montada f/17/topic 1444.htm

٧- Jose Gomez del prado, mercenaries International law p.6 ١٥/١١/٢٠١٠

http:law-all.net/vb/showthread.php-801

٨-انظر حقوق الانسان-مصدر سابق – ص ٢٠

٩- international concretion against the recruitment .use.finaneing and training of mere enaries.general assembly.4 December 1989. United Nations. P.2.

١٠-انظر جمال الرواب،مصدر سابق.

١١-انظر- اللحقان (البروتوكان)الاضافيان الى اتفاقيات جنيف المعقوده في ١٢ اب اغسطس ١٩٤٩ – جنيف سوسرا- ١٩٧٧ – ص ٣٩ .

١٢- انظر- حقوق الانسان – مصدر سابق – ص ٨ .

١٣-chris top her Kinsey. International law and private military Companies.english documents.swizer land.2.6 juin/2008/p.31.

١٤-انظر. جمال الرواب.مصدر سابق.

١٥-انظر د٠غسان الجندي- مصدر سابق- ص ٢٥٠ ٠

١٦- نفس المصدر السابق- ص ٢٥٣ ٠

١٧-انظر٠باسيل يو سف النيرب،المرتزقه جيوش الظل، ٠٠٠ ،مكتبة العبيكان – الرياض- ٢٠٠٨ ص١٢٦ الطبقه الاولى

١٨-نفس المصدر السابق –ص ١٢٨ ٠

١٩-انظر-جيرمي سكاهيل، بلاكووتر اخظر منظمه سريه في العالم- شركة المطبوعات للتوزيع والنشر- لبنان ص ١١١ ٠

١٩

٢٠نفس المصدر السابق – ص ١٣١ ٠

٢١-انظر – باسيل يوسف النيرب – ص ١٣٤ ٠

٢٢-انظر جمال رواب – مصدر سابق٠

٢٣- انظر – محمد شريف – اللجنه الدوليه للصليب الاحمر و القانون الدولي الانساني العرفي – سوسرا في عالم اليوم ،١٥/١١/٢٠١٠

.icrc.org/ web / ara / sidearm. Neff/ http://www.

Htm/pm sc- fa9-150 908.

٢٤-انظر د ٠غسان الجندي -مصدر سابق ص٢٦٢ -ص ٢٦٤ ٠

٢٥-Jose LG. omez del prado, op.cit, p.22.

٢٦-انظر د.غسان الجندي- مصدر سابق – ص ٢٦٤ ٠

٢٧- نفس المصدر السابق – ص ٢٦٤ ٠

أهمية المُفاوضات في ابرام اتفاق المعلوماتية الاطاري والعقود التطبيقية المنضوية تحته

دراسة تحليلية في المفاوضات العقدية واتفاق الاطارالمعلوماتي والعقود التطبيقية المنضوية تحته

د. طالب محمد جواد عباس

د. اكرم فاضل سعيد القصير

كلية الحقوق / جامعة النهرين

Abstract

The general rules for concluding the contract are not raised all at once, but the legal rules of the contract itself did not raise also all at once, and it was not possible for the jurisprudence to Judge on the contracts of sales, contracts and supplies with unified legal tests and the contract which is not named in the Roman law did not appear in its obligatory form, all at once.

As for the contractual negotiations, it was looked upon even recently, as being a materialistic works in which no legal responsibility is arranged in entering or withdrawing from it. And this is the case in the informatics contracts, it is difficult to imagine the existence of especial legal system

which is specialized by its negotiations and agreements (Preliminary, framework and applicable) and this situation remained to the near time.

But the informatics and the programs of the computer in precise, become controlling on many from the aspects of our contemporary life in its economical cultural and social ranges and which had caused to the existence of new kinds from the laws and all legal obligations arranged on it two parties, and which are called by the contracts of the informatics and which include the provision of the informatics equipments with the programs of its computer operations, this is beside the remaining informatics complementary services included within the informatics tools and this happen in the frame of the sale contracts (as the contracts of selling the equipments and computers) or within the informatics systems contracts and the maintenance contracts.

But, because of the development of the technical systems and its inclusion in the fields of life, the need to the informatics which requires to obtain them the contracting with the supplier to supply for what is received had appeared. And if these contracts are intended on one kind of contracts as the contract of selling the computer or the provision of one program or more to the receiver, or of was intended on one operation as the supply or training or maintenance, the contract is simple and its conclusion requires that the receiver should be bound with the conditions of the foreign supplier and to accept it.

But the large contracts which the notional companies who are receiving the informatics and consisting more than one contract and consisting for more than operation in which the supplier carries out by himself or through the participation with another number of suppliers, so its conclusion requires the negotiations and to arrive in its concern to the

frame work agreement and the applicable contracts with a obligatory characteristic which joined under its scope.

المقدمة

لم تنشأ القواعد العامة لإبرام العقد دفعةً واحدة ولم يكن باستطاعة الفقه أن يحكم على عقود البيع والمقاولة والتجهيز بنصوص قانونية موحدة ولم يظهر العقد غير المسمى في القانون الروماني بمظهره الملزم مرةً واحدة[١].

أما المفاوضات العقدية، فكان ينظر إليها وحتى وقت قريب، بكونها أعمالاً مادية لا يترتب على الدخول فيها أو الانسحاب منها أية مسؤُولية قانونية[٢]. وهكذا هو الحال في عقود المعلوماتية فمن الصعب تصور وجود نظام قانوني خاص يختص بمفاوضاتها واتفاقاتها (المبدئية والإطارية والتطبيقية) واستمر هذا الوضع إلى وقت قريب.

ولكن المعلوماتية وبرامج الحاسوب منها بوجه خاص أصبحت تهيمن على كثير من جوانب حياتنا المعاصرة في أبعادها الاقتصادية والثقافية والاجتماعية وأدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود وسائر الالتزامات القانونية المترتبة على طرفيه[٣] والتي يطلق عليها بعقود المعلوماتية والتي تشمل تزويد المعدات المعلوماتية مع برامج تشغيلها الحاسوبية هذا فضلاً عن بقية الخدمات المعلوماتية المكملة والداخلة ضمن الأدوات المعلوماتية وهذا يحدث في إطار عقود بيع (كعقود بيع المعدات والحاسبات) أو ضمن عقود الأنظمة المعلوماتية وعقود الصيانة.

إلا انه بسبب تطور النظم التكنولوجية وتدخلها في مجالات الحياة ظهرت الحاجة إلى المعلوماتية التي يتطلب الحصول عليها التعاقد مع المجهز لتجهيز المتلقي بها. وإذا انصبت هذه العقود على نوع واحد من العقود كعقد بيع الحاسوب أو التزويد ببرنامج واحد أو أكثر إلى المتلقي أو إذا انصبت على عملية واحدة كالتجهيز أو التدريب أو الصيانة كان العقد بسيطاً ويتطلب انعقاده أن يذعن المتلقي لشروط المجهز الأجنبي ويرضى بها.

ولكن العقود الكبيرة التي تبرمها الشركات الوطنية المتلقية للمعلوماتية والمتضمنة أكثر من عقد والمشتملة على أكثر من عملية يقوم بها المجهز نفسه أو من خلال الاشتراك مع عدد آخر من المجهزين فيحتاج إبرامها إلى مفاوضات والتوصل بشأنها إلى اتفاق إطاري وعقود تطبيقية ذات صفة إلزامية تنضوي تحت نطاقه.

مشكلة البحث وخطته

لا يمكن أن نجمع شتات المعلوماتية ذات الطابع الاستثماري أو الانتاجي في عملية واحدة يضمها عقد واحد ولو كان عقد التجهيز المتعلق بها (صغيراً)، إن جاز لنا استعمال هذا الاصطلاح. فكيف الحال مع إبرام عقد (كبير) للمعلوماتية؟

فهل يحتاج إبرامه إلى مجرد إذعان من المتلقي لشروط المجهز؟ أم يحتاج إلى مفاوضات عقدية سابقة عليه؟ وهل العقد المتمخض من هذه المفاوضات يعدَّ عقداً بسيطاً قابلاً للتنفيذ أم يحتاج إلى عقود تطبيقية تنضوي تحته؟ وهل يجد (الإيجاب) قبولاً مطابقاً له في عناصره الجوهرية ومخالفاً له في عناصره غير الجوهرية؟ وهل من الممكن إبرام العقد من خلال تبادل وثائق عقدية يقوم كل طرف بإعدادها والتوقيع عليها وإرسالها إلى الطرف الآخر الذي يقوم بالتوقيع على وثيقة أخرى مطابقة لعناصر الجوهرية ومخالفة لعناصرها الثانوية (غير الجوهرية) ؟ وهل يلزم العقد المذكور أنفاً القاضي أو المحكم على تفسيره دون اللجوء إلى الوثائق المتبادلة خلال المفاوضات العقدية؟ وهل يعد المتلقي للمعلوماتية مستهلكاً لها أم مهنياً لا يمكن إخضاعه لقانون حماية المستهلك (العراقي) رقم (١) لسنة ٢٠١٠؟ لذا نرى أن الإجابة عن هذه الأسئلة تعتبرُ حلاً لمشكلة البحث التي لم نجد جواباً شافياً بشأنها والتي نهدف لحلها، وهذا ما دفعنا إلى الكتابة في هذا الموضوع.

ومن ثم نرى أن نبحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث أولهما: مبحثُ تمهيدي يهدف إلى توفير مدخل موضوعي لموضوع الدراسة، إذ هناك حاجة لمعرفة غير المتخصص تقنياً حول ماهية المعلوماتية وماهية تطبيقاتها، وثانيهما:دور المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية وثالثهما:الاتفاق النهائي لإبرام عقد المعلوماتية. وذلك على النحو الأتي:

المبحث التمهيدي

ماهية المعلوماتية وما سبب أهميتها ووظائفها

المعلومات[٤] مورد لا يقل ولا ينضب، تتزايد دوما ولا تتناقص بالاستخدام أو تستهلك، وترتبط بالزمان والمكان وتتفاعل مع التطور، وعلى متلقيها ومدى علاقتها بحاجته تتوقف، إلى حد كبير قيمتها. وهي في الحقبة المعاصرة مفتاح للموارد الأخرى، و خدمه تباع وتشترى، ومصدر قوة اقتصادية وسياسية لمن يحسن جمعها وتنسيقها واستخدامها. المعلومات مصطلح واسع يستخدم لعدة معانٍ حسب سياق الحديث، وهو بشكل عام يرتبط بمصطلحات مثل: المعنى، المعرفة، التعليمات، التواصل. ويمكن أن نستعرض الخصائص الأساسية للمعلومات وعلى النحو الآتي[٥]:-

١. خاصية التميع والسيولة، فالمعلومات ذات قدرة هائلة على التشكيل (إعادة الصياغة)، فعلى سبيل المثال يمكن تمثيل المعلومات نفسها في صورة قوائم أو أشكال بيانية أو رسوم متحركة أو أصوات ناطقة.
٢. قابلية نقلها عبر مسارات محددة (الانتقال الموجه) أو بثها على المشاع لمن يرغب في استقبالها.
٣. قابلية الاندماج العالية للعناصر المعلوماتية، فيمكن بسهولة تامة ضم عدة قوائم في قائمة أو تكوين نص جديد من فقرات يتم استخلاصها من نصوص سابقة.
٤. بينما تتسم العناصر المادية بالندرة وهو أساس اقتصادياتها، تتميز المعلومات بالوفرة، لذا يسعى منتجوها إلى وضع القيود على انسيابها لخلق نوع من (الندرة المصطنعة) حتى تصبح المعلومة سلعة(تجارة المعلومات)[٦] تخضع لقوانين العرض والطلب، وهكذا ظهر للمعلومات أغنياؤها وفقراؤها وأباطرتها وخدامها وسماسرتها ولصوصها.
٥. خلافا للموارد المادية التي تنفد مع الاستهلاك، لاتتأثر موارد المعلومات بالاستهلاك بل على العكس فهي عادة ما تنمو مع زيادة استهلاكها لهذا السبب فهناك ارتباط وثيق بين معدل استهلاك المجتمعات للمعلومات وقدرتها على توليد المعارف الجديدة.
٦. سهولة النسخ، حيث يستطيع مستقبل المعلومة نسخ ما يتلقاه من معلومات بوسائل يسيرة للغاية ويشكل ذلك عقبة كبيرة أمام تشريعات الملكية الخاصة للمعلومات.
٧. إمكان استنتاج معلومات صحيحة من معلومات غير صحيحة أو مشوشة، وذلك من خلال تتبع مسارات عدم الاتساق والتعويض عن نقص المعلومات غير المكتملة وتخليصها من الضوضاء.
٨. يشوب معظم المعلومات درجة من عدم اليقين، إذ لا يمكن الحكم إلا على قدر ضئيل منها بأنه قاطع بصفة نهائية.

بدأت المعلومات تتزايد بمتوالية هندسية واسعة وبقفزات بدت الطرق التقليدية عاجزة على جمعها وتنظيمها، لذا ظهرت مساعٍ للتغلب على هذه المشكلة بمسارين رئيسين: تمثل (أولهما) على تحسين وتطوير عملية الفهم لطبيعة المعلومات ومكوناتها وتجميعها وتحليلها بهدف الاستفادة منها بفاعلية. وتبدو (ثانيهما) في ظهور تقنية متقدمة للتحكم في المعلومات وتجميعها ومعالجتها و اختزانها واسترجاعها كالحاسبات والوسائط المتنوعة ووسائط الاتصال، والتي تشكل باندماجها معا، ما يعرف بتقنية المعلومات ((Information Technology(IT) أو المعلوماتية (Informatics)[٧].

إن بيان مبحث ماهية المعلوماتية و ما سبب أهميتها؟ وكيف يتم تصنيفها؟ يستلزم تناوله في مطلبين:

المطلب الأول – ماهية المعلوماتية و ما سبب أهميتها؟

المعلوماتية (تقنية المعلومات) تتعامل مع الحواسيب الإلكترونية وبرمجيات الحاسوب لتحويل وتخزين وحماية ومعالجة المعلومات وأيضا نقل واستعادة المعلومات.لهذا السبب، يدعى غالبا أخصائيو الحواسيب والحوسبة بأخصائية تقنية المعلومات. القسم الذي يهتم بتقنيات التشبيك والبرمجيات في شركة معينة يدعى قسم تقنية المعلومات. من الأسماء التي تطلق على هذا القسم أيضا، مثل : قسم خدمات المعلومات (IS) أو نظم المعلومات الإدارية (MIS)، أو مزود الخدمة المنظمة (Managed Service Provider (MSP).

وبناءً على ما تقدم أصبح ألان بالإمكان تعريف المعلوماتية بأنها: ((مجموعة من الأدوات التي تساعد المستفيد للعمل مع المعلومات ولإنجاز الواجب المتعلق بمعالجتها)) والمعلوماتية في معناها الواسع تعني التعامل الفوري مع المعلومة، وهي علم التعامل المنطقي مع المعلومات باعتبارها ناقلة المعارف الإنسانية، والعلاقة وثيقة بين القانون والمعلوماتية، فالقانون يحدد القواعد التي تحكم أنماط السلوك المختلفة والكثير من أنماط السلوك تتعامل ألان مع المعلوماتية كظاهرة تفرض نفسها على الواقع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والحربي[٨].

أشرنا في تعريفنا أنفاً أن المعلوماتية لها أدوات تعمل بها وهذه يمكن تقسيمها إلى سبع ركائز أساسية[٩] (Seven building blocks) وهي:

١. أجهزة الإدخال والإخراج: لإدخال المعلومات والأوامر والحصول على النتائج (مثل: الفأرة، لوحة المفاتيح، الشاشة، والطابعة).
٢. البرمجيات: هي مجموعة من الإيعازت التي تسيطر على الحاسوب أو على شبكات الاتصالات لإنجاز واجبات محدده كالطباعة والميزانيات المالية والرواتب والاتصالات وغيرها من النظم التشغيلية والتطبيقية.
٣. أجهزة المواصلات الالكترونية[١٠]: وهي أجهزة تعمل على ربط نظام المعلوماتية مع الناس حول العالم وتتضمن (الأقمار الصناعية، مودم، أسلاك ضوئية ومحورية).
٤. أجهزة المعالجات والتي تحوي وحدة المعالجة ألمركزيه والذاكرة الداخلية:وحدة المعالجة المركزية تعمل على تنفيذ البرمجيات لانجاز الواجبات، بينما الذاكرة تعتبر مساحة خزنيه مؤقتة للبرمجيات والمعلومات (البيانات).
٥. المعلومات: التي تتعامل معها مثل النصوص المكتوبة، الصوت، الصور، وحتى الحركة.
٦. أجهزة خزن المعلومات الدائمة: وهي الوسائط التي تعمل عل الخزن ألدائمي للبرمجيات والمعلومات مثل (الأقراص المدمجة، الشريط، والأقراص).

٧. وأخيرا الناس[١١] الذين يهيئون ويتعاملون مع المعلوماتية: عندما يفكر الناس في المعلوماتية، فهم يفكرون في الحاسبة، الطابعة، لوحة المفاتيح، والأقراص التي تعمل على خزن المعلومات، الشاشة، وربما بمودم الهاتف لغرض الاتصال والتي تستعمل في السيطرة على العمليات الانتاجية والخدمية. وعلى الرغم أن كل ما ذكر هي مكونات لنظام المعلوماتية. لكن أنت يجب أن تنظر إلى نفسك والآخرين وتدرك بأن الناس هم المكون المهم ضمن الركائز السبع. حقاً فأن النظام بدونك هو لاشيء، فهي مجرد قطعة معدنية الكترونية، أو قطعة لمعدة الكترونية غالية تشغل مجال من المكان ويغطيها الغبار.

لماذا المعلوماتية مهمة؟

كما نتج عن التحكم البشري في القدرة الميكانيكية وإحلالها بدرجة كبيرة مكان القوة العضلية للإنسان والحيوان ما يسمى (بالثورة الصناعية)، كذلك يقف التحكم في المعلومات من خلال التطوير المتواصل للمعلوماتية كمساعد للقدرات التنظيمية للعقل البشري وراء ثورة كلية شاملة تجتاح العالم ألآن، وهي الثورة المعلوماتية الموسومة أيضاً (بالثورة الصناعية الثالثة)، التي تعزز الإمكانات الفكرية والقدرة المنطقية للإنسان وتنقل الحضارة الإنسانية من عصر الصناعة إلى عصر، أو مجتمع، المعلومات[١٢].

ونستطيع أن نستخلص لأهمية المعلوماتية باستعراض النقاط الاتية[١٣]:-

١. هي في كل مكان تستخدم لإنجاز الأعمال كافة: نظم المعلوماتية تتعامل بمستويات مختلفة من الإعمال البسيطة إلى الإعمال غير القابلة للتصديق مثل (مصرفية[١٤]، مساعدة الطبيب لتشخيص الإمراض وعلاجها، والتصميم).
٢. تساعد المنتج ليكون أكثر إنتاجيه[١٥]: باستخدام نظم المعلوماتية تستطيع أن تحصل على كل المعلومات و الادوات لانجاز الواجبات المطلوبة وبسرعة وكفاءة عالية. فعلى سبيل المثال، برمجيات معالجات النصوص تعمل على تدقيق قواعد المدخلات وتصحيح التهجي اثناء الطباعة، اما برمجيات الجداول الالكترونية (Spreadsheet) فهي نافعة جداً في إنجاز الواجبات المالية والميزانية.
٣. دائمة التغيير ومواضيعها مثيره للغاية:هو نظام هائل في قدراتة الطباعية، وتهيئة الميزانيات، وجدولة المواعيد وأي عمل يريده المستفيد، ويعرض معلومات محدثة عن النشاطات الرياضية والاخبار وحالة الطقس، عندما تنظر إلى ذلك الحاسوب أمامك أطلق العنان لخيالك، فكر بأن نظام معلوماتك هو بوابة إلى الإمكانيات التي أنت أبداً ما رأيت مثلهُ قبل ذلك.
٤. تغني مهنة المستفيد بالخبرات:قدرتك ستستثمر في مهارة الشغل، وتلك المهارة يبحث عنها أرباب الأعمال. تشبة المهارات المتكونة من أستخدام المعلوماتية، بمهارات القراءة، الرياضيات، والاتصال والتي اصبحت المعيار في التوصيف الوظيفي لمن يرغب بالحصول على العمل الجيد.

٥. وأخيرا، المعلوماتية تفتح أمام المستفيد عالماً من الفرص، فهو يستطيع أن يأخذ ذلك التوجة لمقصدين،الأول: إمكانية أن تفتح الكثير من الابواب لك وسيفتح العالم إليك. أدوات المعلوماتية مثل الإنترنت والشبكة العالمية اللذان يجعلان إمكانية التجوال حول العالم الافتراضي، إتّصل مع الناس في جميع أنحاء العالم، إحصل على المعلومات في جميع أنحاء العالم وتعلم ثقافات الشعوب المثيرة والمتنوعة.

المطلب الثاني – المعلوماتية ووظائفها ومُعوقات تنفيذها

أسلفنا أن المعلوماتية (تقنية المعلومات) يمكن أن يطلق عليها بالثورة الصناعية الثالثة ومع هذه الثورة، وما نجم عنها من تحولات اقتصادية واجتماعية تشهد ببزوغ فجر مجتمع المعلومات، وتزايد استخدام الحواسيب كأداة لتخزين ومعالجة واسترجاع المعلومات وكمعاون مهم في عمليات التصميم والتصنيع والتحكم والإدارة، وتطورت تطبيقاته من أداء بعض العمليات الحسابية إلى أداء الخدمات في مجالات عديدة كما أشرنا إليها أنفا. ولكن الذي يحقق كل هذه النشاطات والفعاليات ست وظائف أساسية تقوم بها المعلوماتية وهي على النحو الآتي[١٦]:-

١. عملية جمع (Data Capture) تفاصيل قيود أو سجلات النشاطات عندما يتوقع أن تلك البيانات سوف تكون مفيدة لاحقاً.
٢. عملية تحويل (Processing) وتحليل وحساب وتركيب جميع إشكال البيانات أو المعلومات.
٣. عملية التوليد (Generation) هي تنظيم للمعلومات في أشكال مفيدة، سواء كأعداد، نصوص أم صوت، أم صور.
٤. يُمكّنُ الخزنُ (Storage) الحاسب لإبْقاء البياناتِ والمعلوماتِ للاستعمال التاليِ.
٥. هي عملية استرجاع (Retrieval) المعلومات للانجاز أو للمعالجة الأخرى أو إرسالها إلى مستفيد آخر.
٦. هي عملية نقل (Transmission) معالجة الحاسوب حول شبكة الاتصالات.

تحدثنا أن الغرض من المعلوماتية هو الاستفادة من التقنيات في حل المشاكل المستعصية، وتجعل الناس أكثر فعالية في انجاز أعمالهم المختلفة، كالتعليم والتشخيص الطبي والخدمات التمريضية وتسهيل المعاملات والخدمات المصرفية والحجز الآلي لنقل الأشخاص والبضائع وإدارة المكاتب وقيادة المعارك. هذه المنافع المتعددة والواسعة أوجدت عدداً من الطرق المختلفة الممكن أن يصنف عليها نظام المعلوماتية. وهذا التنوع في التصنيف نابع من الوسائل والأدوات والاختيارات المتاحة لهذا النظام والحاجة لنوع التطبيق المستخدم والمستويات التي تستخدمه أن كانت فنية أو إدارية وطريقة الدعم.

معوقات تنفيذ المعلوماتية

لقد فرضت المعلوماتية عدة تحديات على المؤسسات والشركات العامة والخاصة وكل من يتعامل مع هذه التكنولوجيات الحديثة للمعلومات والاتصالات التي تلعب دوراً في تحقيق التكامل بين المتغيرات الخارجية وبين احتياجات وإمكانيات وقدرات تلك الجهات، وهو ماجعل هذه الأخيرة تعرف عدة مشكلات وصعوبات في هذا المجال والتي يمكن حصرها بخمسة معوقات مع التركيز على المعوق الأخير لانه يرتبط بموضوع بحثنا:

١. **معوقات العمل هي طريقة العمل المتوارثة[١٧]: فكما نعرف ان الزمن ذو قيمة فالناس نتيجة الفجوة التي حدثت تحتاج الى اوقات اضافية للتعرف على هذه التقنية فعندما نتحدث عن التقنية المعلوماتية نتحدث عن جهاز الحاسوب وذلك يتطلب معرفة اولية بالحاسبات فهناك كما هو معروف في العالم أُمَّيتان أُمَّية القراءة والكتابة والامية الثانية هي أُمَّية الحاسبة (الامية التقنية).**
٢. **عدم اكتمال البنية التحتية للمعلوماتية في بعض دول العالم الثالث: على الرغم من الجهود الحثيثة من قبل أدارات المؤسسات لمواكبة التطور التقني فإن البينة التحتية للإتصالات والمعلومات تعد غير مرضية، ويمكن في هذا الصدد الإشارة إلى غياب إكتمال الشبكات المعلوماتية بالإضافة إلى عدم تعميم التطبيقات والبرمجيات بصورة شاملة على كافة النشاطات والمستويات.**
٣. **معوقات تنظيمية وإدارية: إن أهم العراقيل المرتبطة باستخدام التقنيات الحديثة للمعلوماتية تتمثل في انعدام التخطيط والتنسيق والرقابة على الأنشطة المتعلقة باستخدام هذه التقنيات، وذلك كنتيجة لعدم وجود سياسة عامة فنية موحدة على مستوى الدولة في هذا المجال.**
٤. **معوقات بشرية: يعتبر العنصر البشري هو أهم العناصر في أي نظام، إذ بدون هذا العنصر لا يمكن لأي نظام أن يحقق أهدافه المرجوة، فالمعدات والآلات والأجهزة وكل وسائل التقنية الحديثة ما هي إلا عناصر خاملة بدون العنصر البشري، وتعد الفجوة الكبيرة الفاصلة بين العاملين في مجال نظم المعلومات وبين المستفيدين من هذه التكنولوجيا مما يجعل الاتصال والتفاهم بين هاتين الفئتين ضعيفا، ونتيجة لذلك يتم تصميم أنظمة لا تلبي حاجة المستفيدين في معظم الحالات، وهذا يعني هدر المزيد من الوقت والموارد.**
٥. **معوقات تقنية وفنية : تتمثل المعوقات التقنية والفنية في ضعف انتشار تقنية المعلومات(المعلوماتية) ، وتعود أسباب ذلك إلى قلة الوعي العام بما توفره هذه التقنيات من خدمات، بالإضافة إلى أن عدم توفر البنية التحتية المناسبة التي تضمن تقديم تلك الخدمات المعلوماتية بالشكل الجيد والتي تغطي جميع أنحاء الدولة وبتكلفة مناسبة هو أيضا من الأسباب التي تعيق انتشار هذه التقنيات، ويمكن**

إجمال أهم المعوقات التقنية والفنية التي تواجه عملية الاستخدام الأمثل للتقنيات الحديثة في المؤسسات فيما يلي:

أ. صعوبة اختيار الأجهزة المناسبة، نظرا للتعدد الكبير في الأنواع والنظم المختلفة، وعدم وجود أسس واضحة للمفاضلة بينهما، بالإضافة إلى سرعة تطور هذه التجهيزات، ومما يزيد الأمر تعقيدا شدة المنافسة في سوق الحواسيب مما يجعل الاختيار صعبا، وقد تفرض أحيانا بعض الأنواع والأنظمة نفسها في السوق على عكس ما يرغب المستخدم (المتلقي) في الحصول عليه.

ب. السرعة الكبيرة لتطور أجهزة الحواسيب والبرمجيات، مما يؤدي في معظم الحالات إلى تغييرات كبيرة في الأنظمة القائمة، حيث يتطلب ذلك موارد مالية كثيرة وفترة زمنية كبيرة، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إجراء تقييم صحيح أو دراسة حقيقية للجدوى أو غير ذلك من القرارات المهمة.

ج. عدم إتباع الطرق العلمية لتحديد الاحتياجات اللازمة لمختلف وحدات وتجهيزات الالكترونية، وهذا لا يمكن أن يتم إلا عن طريق القيام بدراسة الجدوى من الاحتياجات اللازمة لمختلف النواحي الفنية والاقتصادية والتشغيلية، مما يؤدي في النهاية إلى عدم التطابق بين الإمكانيات المتوفرة والاحتياجات الفعلية.

وقبل أن نختم مبحثنا التمهيدي هذا لابد أن نقول أن المعلومات أصبحت أحد الموارد الاستراتيجية في أي تنظيم، حيث لا يمكن أداء العديد من العمليات الأساسية أو اتخاذ أي قرار دون الاعتماد على المعلومات، كما تعد المعلومات لتلك التنظيمات استثمارا يمكن استغلاله استراتيجيا للحصول على ميزة تنافسية، ولذلك أصبحت تنظر إلى ميدان المعلوماتية كمجال يمكن من خلاله خلق الفرص أو إضافة قيمة لديها، وسوف يتوقف نجاح تلك المؤسسات على نحو أكثر من ذي قبل على فهم طبيعة التغير واستباق التكنولوجيا واستخدامها على نحو يوظف مزاياها.

ويترتب على هذه التقنية الجديده الحاجة ألى وسائل قانونية جديدة في إبرام إتفاق المعلوماتية منه سبق التفاوض على إبرام العقد وضرورة الاتفاق المبدئي على مضمونه والحاجة إلى إبرام اتفاق اطاري للمعلوماتية–موضوع العقد– وضرورة الرجوع إلى الوثائق المتضمنة للصيغة النهائية للعقد المتفق علية بين طرفية واعتماد اداةً لتفسيرهِ أو لتحديد التزامات طرفية وغيرها من الوسائل التي استلزمت المعلوماتية الحاجه اليها.

المبحث الأول

دور المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية

لما كان محل عقد المعلوماتية كثير التفاصيل شديد الغموض والالتباس ولايمكن تحديده او جمعه او وصفه بكلمة واحدة مثل البيع او الايجار التقليدي (لذا يصعب تحديد (الايجاب) الصادر من احد المتعاقدين والموجه إلى المتعاقد الاخركما يصعب تحديد (القبول) المطابق له الصادر من الشخص الموجه هذا الايجاب له). وهذا يعني بالنسبة لإبرامه والتزامات اطرافه لها طبيعة قانونية خاصة.

ويترتب على صعوبة تحديد (المحل) الحاجة الفعلية والعملية الى المفاوضات لابرام عقد المعلوماتية ، لا بل لتحديد حاجة المتعاقد نفسه اليها ولاسيما انه يتفاوض على امور مجهولة بالنسبة اليه وان كان يدرك اهميتها العملية والعلمية ويدرك حاجتهُ اليها، او حاجة مؤُسسته او شركته منها. وغالباً ما يكون المتلقي او المحتاج اليها بحاجة الى اجراء مفاوضات معمقة مع المزود الاجنبي لها لابل بالحقيقة هو بحاجة الى اجراء جولات تفاوضية معمقة معه، في بعض الاحيان، لتحديد أًفضل احتياج له منها بأَفضل شروط يحصل عليها من المزود.

لكن المزود، وعلى الرغم من احتياجه الى دخول السوق المحلية للمتلقي، إلا انه لايرغب في الافصاح عن معلوماته السرية ولا الكشف عن اسراره التجارية او الصناعية كما انه لايرغب في الدخول بمفاوضات متعلقة بعقود التجهيز ، بمعناها الدقيق ، لذا يميل الى فرض شروطه على الطرف الاخر ويجعله بين اختيارين اما الرضوخ الى شروطه التعاقدية او رفض الصفقة جميعاً.

لذلك نرى ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص اولهما: لبيان أهمية المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية ونكرسُ ثانيهما: لبيان الطبيعة القانونية لقطع المفواضات والاستغناء عنها.

المطلب الأول – أهمية المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية

(للمفاوضات دور مزدوج: احدهما يتعلق باتفاق الاطار وثانيهما يتعلق بمحل العقد)

تكمن أَهمية المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقود المعلوماتية خصوصاً الى تحديد العقود التطبيقية التي تنضوي تحت نطاق اتفاق الاطار كعقد التجهيز وعقد التدريب وعقد التوريد وعقد الترخيص وعقد الامتياز التجاري. وشروط هذه العقود وان كان الطرف المجهز لها (اي الطرف الاجنبي) ينفرد بوضعها وفرضها على الطرف المتلقي لها (اي الطرف الوطني) إلاَّ ان تنظيمها بموجب اتفاق بشأنها يدعى اتفاق الاطار فهي مسأَلة تستوجب التفاوض. إذ تكشف المفاوضات عن حاجة المتلقي للمعلوماتية وتحديدها تحديداً دقيقاً ولاسيما ان المتلقي يجهل وقت التفاوض معرفة مستوى التطور التكنولوجي الذي

بلغه الطرف المجهز له لكونه اقل درايةً علمية واقتصادية منه[١٨] ومن أجل تحقيق غاية التفاوض يجب على الطرف المتفاوض ان لايهمل تركيب فريقه التفاوضي ورفده بالعناصر الكفوءَة بما فيها العنصر القانوني الذي لو تم استبعاده لاي سبب من الاسباب فأَن اتفاق الاطار الذي يتوصل اليه الطرفان، مهما بلغ من الدقة، فلا يتلائم كليةً مع ظروف الطرف الذي استبعده من مراحل المفاوضات[١٩].

ولا يخفى على احد أَهمية المفاوضات التي يجريها الطرفان المتعاقدان لتحقيق اهداف المتفاوضين وفق افضل الشروط التي تتلائم مع امكانياتهما المادية والبشرية والعلمية ووفق ما يتناسب مع خبراتهما العلمية والعملية[٢٠]. لذلك نرى ان أَغلب المحدثين يتجهون الى إسباغ العمل القانوني على هذه المفاوضات لانها تعكسُ رغبات المتفاوضين اكثر مما يمكن اعتبارها اعمالاً مادية لا يهتم القانون بتنظيمها[٢١] وذلك لأنها تهدف إلى التوصل إلى إبرام عقد يكون عقداً اطارياً مركباً[٢٢]. يصعبُ معرفة الطرف الذي صدر منه (الايجاب) والطرف الاخر الذي صدر منه (القبول).

ولكن إبرام عقود المعلوماتية البسيطة التي لاتحتاج الى اتفاق اطار يجمع العقود التطبيقية الداخلة فيها ومنها بوجه خاص عقود الاتمتة او المكننة[٢٣] وكذلك إبرام العقود التطبيقية التي تنضوي تحت اتفاق الاطار يتم من خلال فرض المجهز شروطه – غير القابلة للتفاوض – على المتلقي. وهذه الصورة (ومنها بوجه خاص العقود التطبيقية) شبيهة بعقد الاذعان. لابل ان اغلب الشروط التي يفرضها المجهز على المتلقي تعد شروطاً تعسفية بما فيها شروطه التجارية والتسويقية التي تبرم في عقد الترخيص او في عقد الامتياز التجاري[٢٤].

<u>مراحل المفاوضات على تزويد نظم المعلومات[٢٥] (أو الأموال المعلوماتية)[٢٦]</u>

تجتاز مفاوضات نقل التكنولوجيا عموماً والمعرفة المعلوماتية خصوصاً مراحل ثلاث لتصل الى درجة النضوج، وهي:

(١) مرحلة الدخول في المفاوضات.

(٢) مرحلة التوصل الى اتفاق مبدئي.

(٣) مرحلة ابرام العقد النهائي.

وتعد مرحلة الدخول في المفاوضات مرحلة تمهيدية سابقة ومهمة لابرام العقد الاطاري النهائي لنقل نظم المعلومات وذلك لان ابرام العقد يتوقف عليها كليةً. فلو افشى المفاوض عن خطأٍ أو عمد الغاية التي يسعى للوصول اليها لاستكمال منظومته المعلوماتية المجهز بها من قبل مجهز آخر او بقصد استعمالها الخفي لغير الاغراض المتفق عليها او غير المعلن عنها، فأَن المزود قد يتمكن من الاتفاق او التحالف مع نظرائه ومنافسيه من المزودين على توحيد مواقفهم تجاه المفاوض الوطني بقصد الاضرار به

أو فرض شروطه عليه أو اضعاف دوره التفاوضي معه، ولذلك يفضل ان تكون بداية المفوضات محاورات وليست مناقشات. ففي الحوار يحصل البحث عن التنوع في الاراء وعرض الموضوعات المعقدة والجوانب الخفية منها، بينما في المناقشة يتم أَصدار القرارات ولاسيما القرارات المؤُثرة على ابرام العقد النهائي نفسه[٢٧].

وعندما يستكمل المتفاوضون اجراء الدراسات التمهيدية لتحديد محل العقد المزمع ابرامه وذلك مثل تحديد نوع اجهزة الحاسوب وبرامجه وطريقة التشغيل وتحديد العمليات الناتجة منه كترخيص المجهز الاجنبي اختراعه للمتلقي الوطني أو تخويله بتوزيع المعرفة المعلوماتية داخل دولته (دولة المتلقي) أو أن يقوم بمنحه امتياز استعمال علامة المجهز التجارية العائدة له فأَن الغاية من عملية اجراء المفاوضات تكون قد تبلورت وتكون فرصة التوصل الى اتفاق مبدئي قد نضجت. ولاسيما ان التوصل الى اتفاق نهائي ليس بالامر الهين ان لم يكن يسبقهُ اتفاق مبدئي لابل ان الاتفاق المبدئي نفسه ليس بالأمر الهين أيضاً وذلك لأنه غالباً ما تتغير الدراسات التمهيدية وفق احتياجات المتلقي لها وقدرة المزود الاجنبي على تجهيزها ونصبها وتشغيلها جزءاً او كلاً.

ولكن غالباً ما يسبقُ مرحلة الاتفاق المبدئي لجوء كلا الطرفين او احدهما ولاسيما الطرف المتلقي إلى مراكز القرار بغية اجراء دراسات تقوم بها مكاتب استشارية متخصصة بهذا الشأَن للتاكد من صلاحية النظم المعلوماتية من تحقيق الغاية المقصودة[٢٨]. ونلاحظ انه كلما اقترب المتفاوضان من مرحلة التوصل الى اتفاق مبدئي كلما وضح الجانب القانوني في تحديد مسؤولية الفريق المتفاوض عن قطع المفاوضات او الانسحاب المفاجئ منها او فرض الشروط التعسفية على الفريق الاخر غير المتفقة مع مبادئ المفاوضات الاولى وقت الدخول فيها. ويصل المتفاوضان إلى اتفاق مبدئي بعد اطمأنانهم على حسن نواياهم ونضوج افكارهما وتبلور الموضوع الذي يراد ان يكون محلاً للعقد المزمع ابرامه بينهما وذلك مثل توصل الملتزم بنقل التكنولوجيا (او المورد لها) بنقل ما يستحدث عنده من تكنولوجيا الى الطرف المتلقي لها ورغبة الطرف الاخير في الاستفادة منها وكمثل حالة رغبة المتعاقد على تركيب شبكة حاسبات آلية تؤُدي الى توسيع شبكته وتعديلها[٢٩].

ان وجود اتفاق المبدأَ، كما يعبر الدكتور مصطفى محمد الجَّمال بحق عنه، هو رهين بالالتزام بالتفاوض وليس العكس. فلولا الاتفاق على التزام احد الطرفين بالاستمرار بالتفاوض للوصول الى اتفاق مبدئي او على تعديل ما سبق الاتفاق عليه او على العقد البديل لما امكن قيام اتفاق المبدأ[٣٠]. ولاسيما ان محل اتفاق المبدأَ هو السعي الى ابرام العقد المنشود ذاته – وان كان عقداً مركباً او عقداً اطارياً او مزيجاً منهما – وليس التفاوض عليه[٣١].

المطلب الثاني – الطبيعة القانونية لقطع المفاوضات والاستغناء عنها

نقصدُ بالطبيعة القانونية، بصورة عامة، اسباغ حكم القانون الاكثر انطباقاً من غيره من القوانين – عندما تتعدد – على الواقعة بغية اخضاعه لاحكامه ومهما كان نوع هذه الواقعة (جريمة او معاملة او عقد او عمل مشروع او عمل غير مشروع) ومهما كان مصدرها (نصاً شرعياً مقدساً أو نصاً قانونياً وضعياً او اجراءً قضائياً او عملاً ادارياً او حتى مجرد عمل مادي)[٣٢].

ونقصدُ بالطبيعة القانونية لقطع المفاوضات تحديد القانون الاكثر انطباقاً من غيره[٣٣] –كالقانون الذي يحكم المسؤُولية العقدية او المسؤُولية التقصيرية– على واقعة قطع المفاوضات (وهي واقعة مادية) بغية اخضاعها لاحكام القانون الاصلح منهما.

وأياً كانت طبيعة قطع المفاوضات (عقديةً ام تقصرية)[٣٤] فهي لا تنشأ الا بسبب الرغبة في التوصل إلى ابرام عقد يحتاجُ الفريقان قبل ابرامه الى التفاوض بشأنه كاتفاق الاطار على نقل المعلوماتية وتدريب العاملين عليها واعداد برامج الاتمتة وتجهيز (المتلقي) بالخبراء ومحللي النظم[٣٥] ومخططي بحوث العمليات وعلى تسويق المنتجات وتقديم الخدمات وحماية المستهلك الوطني من خلال اطمئنانه على علامة المجهز التجارية وان منح المجهز الاجنبي المتلقي الوطني امتياز استعمالها ووضعهاعلى منتجاته أو تخويله بالتعاقد نيابةً عنه.

والأصل في المفاوضات بموجب إحكام القانون المدني العراقي انها غير ملزمة ولا يترتب على قطعها اية مسؤُولية ما دام المنسحب عنها يستعمل حقاً مباحاً له[٣٦]. فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ماينشأ عن ذاك من ضرر (المادة ٦ مدني عراقيّ). ولاسيما اذا كان هذا الانسحاب قبل التوصل الى اتفاق مبدئي. بينما يعتبر الانسحاب المفاجئ من المفاوضات(بموجب اتفاقيات التجارة وعقود البيوع الدولية وإحكام المحكمين في القضايا التجارية) وخصوصاً بعد التوصل الى اتفاق مبدئي بشأن الاستمرار او التواصل فيها او استئناف السير فيها بعد قطع مفاجئ لها او بشأن تعديل عقد سابق بمثابة الاخلال بالتزام إرادي يستوجب التعويض تحت طائلة المسؤولية العقدية، باعتبار ان للمفاوضات فائدة سلبية في مجال الفصل في النزاع على إبرام العقد المنشود[٣٧].

ولكن العمل بالاستنتاج المذكور انفاً يتعذر تطبيقه على عقود المعلوماتية المحكومة بالقانون العراقي وذلك لأنهُ يتطلب اقرار المشرع له بوجه عام واقراره لمشروعية الاتفاق السلبي ودوره – ولو كان محدوداً – في ابرام العقد او في التوصل الى ابرامه بوجه خاص. وهذا كله من قبيل التمني والتوقع لا الثبوت او التحقق. ومن ثم فأن الطبيعة التعاقدية لوقوع المسؤُولية عن الفريق المنسحب عن المفاوضات – وان كانت اصلح لواقعة قطع المفاوضات – إلا انه يتعذر تطبيقها واعمالها في العراق مما يؤُدي ذلك الى اعمال المسؤُولية التقصيرية على هذه الواقعة باعتبار ان الفريق التفاوضي المنسحب قد أخل بواجب

قانوني مفروض عليه بأَن لايلحق ضرراً بمن تفاوض معه او بحق من اطمأَن عليه وكشف له جانباً من اسراره اعتماداً على مبدأَ حسن النية وافتراض الثقة في الطرف الاخر المتفاوض معه. وهذا هو مدلول المسؤُولية التقصيرية على من قطع المفاوضات والحق ضرراً بالطرف الاخر المتفاوض معه[٣٨].

فالمدعي وهو الطرف المضرور او الذي يدعي الضرر يستند بدعواه على مطالبة المسؤُول بتعويضه عمَّا تكبده من نفقات ما كان ليتكبدها لولا امله في الوصول الى الاتفاق المنشود ولاسيما لو اضاع عليه المسؤُول فرصة التعاقد مع غيره. وهذه هي الفرصة الضائعة. والفرصة الضائعة قد تكون فرصة التعاقد مع الطرف المسؤُول نفسه او قد تكون فرصة التعاقد مع شخص آخر. وفي كلتا الحالتين يتعين ان يكون المتفاوض قد وصل الى حد قريب من ابرام العقد النهائي وذلك قبل ان يقطع احد الطرفين المفاوضات او قد يفرض المجهز الاجنبي شروطاً تعسفية على المتلقي الوطني لا تتفق مع شروطه الاولى كما اشرنا الى ذلك أنفاً[٣٩].

والحقيقة لو أراد المشرع العراقي ان يتدخل، فيجعل مسؤُولية الفريق المنسحب ذات طبيعة عقدية لكان ذلك افضل بالنسبة للمتفاوضين باعتبار ان الاستمرار بالحوار جزء من عملية التفاوض. أما سكوت المشرع العراقي عن تنظيم المفاوضات التجارية بقانون يترتب عليه صعوبة تقرير اي مسؤولية ناشئة بسبب قطعها عملياً. ولكن يمكن ان يثير ذلك من جهةٍ أخرى مسؤُولية العراق الدولية نتيجة الاخلال بالتزاماته الدولية ولاسيما اذا لحقت بالمستثمرين الاجانب اضراراً من جراء قطع هذه المفاوضات إذ أن الدولة العراقية مسؤُولة عن التزاماتها الدولية بموجب المادة (٨) من الدستور العراقيَّ الدائم لسنة ٢٠٠٥ بوجه عام وعن التزاماتها التجارية التي تتخذ شكل مشاريع الاستثمار المجازة في العراق بموجب المادة (١٢) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل بوجه خاص.

ويترتب على اسباغ احدى الطبيعتين (العقدية او التقصيرية) على تحديد نوع المسؤُولية من جراء الانسحاب غير المشروع من المفاوضات ثلاث نتائج:

- النتيجة الاولى: لايحق للمدعي المضرور مطالبة المدعى عليه المسؤُول بالتعويض إلاَّ عن الضرر المادي المباشر المتوقع اذا كانت طبيعة مسؤُوليته عقدية[٤٠] بينما يطالبه المدعي عن التعويض عن الاضرار المادية او المعنوية المباشرة سواء اكانت متوقعة ام غير متوقعة اذا كانت طبيعة مسؤُوليته تقصيرية (المادتين ١٦٩ و ٢٠٧ مدني عراقيَّ).
- النتيجة الثانية: لايحق للمدعي المضرور مطالبة المدعى عليه المسؤُول بالتعويض إلاَّ بعد اعذاره اعذاراً صحيحاً إذا كانت طبيعة مسؤُوليته عقدية، بينما يحقُ للمدعي المضرور مطالبة المدعى عليه المسؤول بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به من جراء قطع المفاوضات دون حاجة الى الاعذار اذا كانت طبيعة مسؤُوليته تقصيرية (المادتين ٢٥٦ و ٢٥٨/ب مدني عراقي).

- **النتيجة الثالثة: يتحمل المدعي عبء اثبات وجود الضرر اذا كانت المسؤُولية الناشئة عن قطع المفاوضات عقدية، بينما يتحمل المدعى عليه هذا العبء اذا كانت المسؤُولية الناشئة عليه من جراء قطعه للمفاوضات تقصيرية.**

الإستغناء عن المفاوضات

لا يدخل المجهز الاجنبي مع الطرف المتلقي المحلي في مفاوضات متعلقة بطبيعة شروطه التي يمليها في عقوده التطبيقية (مثل عقد التجهيز وعقد الصيانة وعقد التدريب وعقد الترخيص وعقد الامتياز ....) التي يبرمها في نطاق اتفاق الاطار. كما لايقبل ان يتفاوض على تقديم خبرته الفنية او اسراره التكنولوجية على نوع واحد من انواع المعلوماتية كانشاء فرن للصمون متكون من خطوط انتاجية كثيرة يكفي لسد حاجة بلد او مدينة صغيرة او كراج لغسل السيارات يدار بصورة مؤُتمتة(متكون من وحدات عديدة ويقدم خدمات كثيرة يعجز عدد كبير من العمال تقديمها) من قبل نظام معلوماتي[٤١] عالي الجودة.

لا بل العكس، نجد ان المجهز الاجنبي يفرض شروطه التعسفية بشأنها[٤٢] على الطرف المتلقي ويترك له خيار التعاقد معه. ويلاحظ بشأن هذه الحالات خمسُ ملاحظات وهي:

- **الملاحظة الأولى: إن إبرام العقد لا يحتاج إلى تفاوض بشأن التكنولوجيا الموردة (وهذه التكنولوجيا تمثل موضوع العقد) (وموضوع العقد هو ما انصب الاداء عليه[٤٣]) بينما تحتاج التزامات الطرفين الى التفاوض على الشحن والنقل والتأمين والتغليف وتحديد القانون واجب التطبيق (وهذه الالتزامات يُشكل بعضها محل الالتزام)[٤٤].**
- **الملاحظة الثانية: يفرض المتعاقد الاجنبي شروطه على الطرف الوطني فيما يتصل بموضوع العقد (اي التكنولوجيا المتعاقد عليها) بينما يتفاوض على تحديد التزاماته وحقوقه تجاه الطرف الاخر.**
- **الملاحظة الثالثة: يصعب تكييف[٤٥] هذا العقد، بحسب ماهو متعارف عليه، بانه عقد اذعان كما يصعب تكييفه بانه عقد مبرم بين طرفين متكافئين وقت ابرامه. وهذا يعني انه يقعُ في منطقة وسطى بين عقود الاذعان من جهة والعقود المبرمة بين طرفين متكافئين من جهةٍ أُخرى[٤٦]. ومع ذلك يتجه فريقاً من الفقه الى تكييف هذا العقد بكونه عقد اذعان وليس بعقد مبرم بين طرفين متكافئين باعتبار ان المتعاقد الضعيف لايمكنه مقاومة الطرف القوي وهذا هو المفهوم الجديد لإبرام عقد الإذعان[٤٧].**

ولنا على الملاحظة الاخيرة وقفة تأَمل خاصة بها. فمزود المعلوماتية غالباً ما لا ينفردُ باحتكاره لها بمفرده دون غيره وذلك لان تعدد مقدمي المعلوماتية يجعل من موضوع العقد الذي يلتزم المجهز بتقديمه الى المتلقي غير محتكر من لدنه احتكاراً فعلياً او قانونياً، وهذا يعني فقدانه لاهم شرط من شروط عقد الاذعان (شرط الاحتكار)، وعلى الرغم من كون المتعاقد غير متمكن من التفاوض مع المجهز (على الاغلب) على موضوع العقد وسائر الالتزامات الجوهرية فيه وانما يفرضها المجهز عليه

فرضاً، ومن ثم فهو يعَّد وفق الاتجاه التقليدي السائد عقداً من عقود المنطقة الوسطى بين العقود التي تبرم بعد مفاوضات وبين عقود الاذعان. ومع ذلك يجب على المحكمة او هيئة التحكيم التي تفصل في هذا الموضوع ان تحدد درجة التكافؤ بين المتعاقدين او خضوع احدهما لمشيئة الاخر فاذا وجدت ان احدهما كان خاضعاً لمشيئة الاخر كان العقد عقد اذعان والا فهو عقد متكافئ بين طرفيه.

ولا يؤُدي إسباغ (الإذعان) إلى العقد التخفيف من شروط العقد إلاَّ اذا رأَت المحكمة او هيئة التحكيم المختصة ضرورة اعمال سلطتها التقديرية في تخفيف بعض الشروط او ان تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة (المادة ٢/١٦٧ مدني عراقي).

- الملاحظة الرابعة: يعتبر المتعاقد مع المجهز الاجنبي مستهلكاً تجاه المزود الأجنبي إذا أذعن لشروطه وابرم عقده معه دون أن يكون له دوراً فيه ومن ثم يشمل بقواعد قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ وان كان شخصاً معنوياً عاماً كالدولة.
- الملاحظة الخامسة: اما اذا انصرفت نية المتلقي الى تجهيز معارف النظام المعلوماتي الى الجمهور وهذه الحالة ليست نادرة التطبيق –مادامت تتم بموافقة المجهز– فيعتبرُ المتلقي، في حدود هذه الحالة، مهنياً وليس مستهلكاً للمعلوماتية ومن ثم يستبعد هذا (المتلقي) من نطاق حماية المستهلك المقررة لهُ بموجب قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ .

المبحث الثاني

الاتفاق النهائي لابرام عقد المعلوماتية

اياً كانت المفاوضات عميقة ومستفيضة فهي لن تنتهي الى تحديد دقيق لمحل العقد وشروطه ولاسيما شروط النصب والتشغيل والتدريب والتجهيز وغيرها. لذا فالعقد المعلوماتي يبرمُ اما نتيجة مخاض عسير، وهذا الفرض يستلزم تكافؤ المتفاوضين أَو ان يسلم احدهما للاخر بشروطه، أي يذعن له ويخضع لإرادته (عقد إذعان) وهذا الفرض يستلزم حاجة احدهما لتكنولوجيا الاخر.

وأياً كانت نتيجة المفاوضات فانها اما ان تنتهي الى ابرام العقد او الى عدم ابرامه. فاذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى ابرامه، فأَن الوثيقة الاخيرة المتضمنة للشروط النهائية المتفاوض عليها، هي بحد ذاتها مشكلة وذلك لانها عاجزة عن حل مشاكل العقد المبرم بينهما[٤٨].

اذاً فالوثيقة النهائية لإبرام العقد لا تحل مشاكل المتعاقدين بصورة نهائية، ولو تفاوض الطرفان بشأَنها، وانما تساهم هذه الوثيقة مع الوثائق المتبادلة خلال المفاوضات في حل بعض او معظم مشاكل المعلوماتية. ومن اهم مشاكل ابرام عقد المعلوماتية المشاكل الثلاث الاتية:

- **المشكلة الاولى: التوقيع على وثيقة العقد المبرم وتبادلها بين المتفاوضين.**
- **المشكلة الثانية: محتوى العقد المبرم وتحديد محله.**
- **المشكلة الثالثة: محدودية العقد عن تحديد التزامات أطرافه بكل دقة وعن تفسير نيتهما المشتركة. وسنفرد لكل واحدة منها مطلباً خاصاً ومستقلاً بها.**

المطلب الأول – التوقيع على وثيقة العقد المبرم وتبادلها بين الطرفين

فاذا تكافئت مراكز المتفاوضين علمياً واقتصادياً وفنياً، فأَن الجهة القانونية لكل متفاوض هي التي تتولى ابرام وثيقة العقد وتقوم بارساله، في بعض الاحوال، موقعاً الى الطرف الاخر لتضعه في موقف حرج من عملية ابرامه ولاسيما اذا كان النظام القانوني الذي يحكمُ هذا العقد متحرراً من قاعدة "mirror image" والذي اعملنا جهدنا في ترجمته ترجمة اكاديمية بـ (التصور المتطابق)[٤٩].

فلو ابرم عقد التزويد بالمعلوماتية سواء اكان اتفاقاً اطارياً ام عقداً تطبيقياً منضوياً تحته في الولايات المتحدة الامريكية وكان قانونها التجاري الموحد هو القانون الحاكم لهذا العقد وكان مزود المعلوماتية امريكياً او اي شخص آخر يخضع لولاية القانون الامريكي من حيث النتيجة واعد وثيقة عقد تزويد المعلوماتية وامضاها (اي وقع عليها) وارسلها الى الطرف الاخر للتوقيع عليها ايضاً فيعتبر هذا ايجاباً صادراً من لدنه يتطابق مع القبول الذي يتخذ شكل وثيقة إبرام عقد أخرى (لا علاقة لها بالوثيقة الاولى الموقعة من الموجب) اذا كانت صادرة من الموجب له وموقعة ايضاً من لدنه ولو تضمنت الوثيقة النهائية تعديلاً غير جوهري على بنود الوثيقة الاولى او ادرج فيها بنداً غير متفاوض عليه او غير متفق عليه بشأَنها بشرط ان يكون كلا الطرفين تاجراً وان لا يمس البند المضاف او المعدل او غير المتفاوض عليه جوهر العقد[٥٠]. ومتى لم يعترض عليها الموجب او متى لم يصدر منه اعتراض باي طريق من الطرق وفي غضون مدة معقولة، وفي هذه الحالة بالذات، تقضي المادة (٢-٢٠٧) (٣) من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية بحتمية انعقاد العقد بينهما، اذ جاء فيها ان العقد المتبادل فيما بينهما: ((ينعقدُ على البنود المتفق عليها بموجب كتابات الطرفين، اضافةً الى البنود التكميلية التي يتم دمجها في العقد وفقاً لاي نص آخر في هذا القانون)).

" ... A in such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under other provisions of this Act."

وكذلك لو ابرم عقد التزويد بالنظم المعلوماتية (اطارياً كان او تطبيقياً) وفق اتفاقية الامم المتحدة بشأَن البيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ (مع ملاحظة ان نطاق انطباقها لا يشمل إلاَّ الحاسبات وملحقاتها

ومختبراتها او كل ما له محل مادي يرد اليه حصراً)[٥١] ، فأن العقد ينعقد ولو انفرد كل طرف متفاوض باعداد وثيقة العقد الخاصة به لا بل ولو ارسلها مشفوعةً بتوقيعه الى الطرف الاخر حتى ولو كانت الوثيقة الاخيرة للعقد الصادرة عن الموجب له والموقعة من قبله مخالفة للوثيقة الاولى المرسلة من (الموجب) إليه مخالفةً غير جوهرية في المسائل المختلف بشأنها (المادة ٢/١٩ و٣ من اتفاقية فينا).

ولدى التمعن في القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية واتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ نجد ان التعبير عن الايجاب والقبول يتم من خلال تبادل وثائق العقد ولاحاجة للاتفاق على صيغة نهائية بشأنها متى ما صدر القبول في الوثيقة الثانية على وجه مطابق لما جاء في الوثيقة الاولى او مخالفاً لها في مسائلها التفصيلية لا الجوهرية دون اعتراض من الموجب.

وهذا يعني ان الرد على الايجاب، بما يخالفه في غير العناصر الجوهرية، متى كان منظماً بقانون أو باتفاقية لا تأَخذ بنظرية التصور المتطابق يمكن ان يعد قبولاً له ينعقدُ به العقد، مادام الموجب لم يعترض على هذا القبول او يرفضه في غضون مدة معقولة يترك تقدير البت فيها الى القضاء عادةً. ولاسيما اذا كان هذا القبول متطابقاً مع العناصر الجوهرية للايجاب ولم يؤُدْ الى احداث تعديلات جوهرية او غير اساسية فيه.

المطلب الثاني – مشكلة محتوى العقد المبرم وتحديد محله

عندما يحل الطرفان مشكلة ابرام العقد من خلال تبادل وثائقه بينهما تظهر مشكلة اخرى هي مشكلة محتوى العقد وتحديد محله. اذ لايمكن للمتعاقدان ان يحددوا بالضبط محل هذا العقد ولاسيما اذا كان المتلقي بحاجة الى اجراء تعديلات فيه تتلائم مع طبيعة مجتمعه كحاجته الى الاتمتة في جانب وحاجته الى تشغيل العمال في جانب آخر. كما لا يمكن للمتفاوضين ان يبرموا عقداً واحداً يجمع بدقة بين كل خصائص عقد الترخيص والامتياز والتشغيل والتدريب في وثيقة واحدة. لذلك يسعى المتفاوضان اذا ما اتفقوا على العناصر الرئيسة في العقد إلى إبرام اتفاق الإطار الذي يمكننا ان نتبنى تعريف الاستاذ الدكتور مصطفى محمد الجَّمال له بانه: ((اتفاق يهدف الى اقامة تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة، تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الاطاري، ويكون هناك دائماً مستويان من الروابط الاتفاقية التي تحكم علاقة الطرفين. مستوى اعلى حاكم يمثله اتفاق الاطار، ومستوى ادنى تمثله كثرة من العقود التي تبرم وتنعقدُ في اطار هذا الاتفاق الحاكم، والتي تعرف في المصطلح القانوني بالعقود التطبيقية))[٥٢].

ويلجأَ المتفاوضون، عقب انتهاء المفاوضات الى ابرام اتفاق اطاري لمواجهة الاحتياجات المستقبلية للمتلقي من الاجهزة والبرامج وسائر عناصر الملكية الفكرية بما فيها عقود الترخيص والامتياز

والوكالة التجارية ان خوله ذلك لان يكون وكيلاً تجارياً في اقليم الدولة التي يعمل فيها ويقوم بتمثيل المزود وتقديم خدماته الى الجمهور مباشرةً من خلاله بشرط ان يستوفي هذا الوكيل الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠ (المادة ٥ منه) ان كان الوكيل عراقياً وكان العراق او جزءاً منه تشكل منطقة عمله التجاري. وبموجب هذه الوكالة يحق للمزود ان يشترط على وكيله التجاري بالا يشتري اي سلعة تكون موضوعاً لهذا العقد إلاَّ من خلال المجهز او احدى شركاته التابعة له او احدى الشركات التي يخصصها المجهز بنفسه للقيام بهذا العمل (اي التزويد بنظم المعلوماتية). وهذا ما يعرفُ بشرط المورد الوحيد[٥٣]. والمشكلة الجوهرية التي تواجه طرفي العقد عند ابرام الاتفاق الإطاري بينهما هي إزدواج الرضاء. فلو احتاج المتلقي الى معدات خاصة يستطيع المجهز ان يقوم بتصنيعها إلاَّ انه قد يرفض تزويده بها إلاَّ بشروط باهضة قد تكون مخالفة لما ورد بشأنها في اتفاق الاطار فقد لايستطيع المتلقي دائماً ان يلزم مجهزه على التنفيذ العيني الجبري ولاسيما اذا اكتنفَ اتفاق الاطاري المبرم بينهما غموض في عباراته –وهذا متوقع حدوثه– او عدم كفاية الشروط الواردة فيه على الزام المجهز بابرام عقد تطبيقي آخر يكون محله تزويد المتلقي بما يحتاجُ اليه او عدم صياغة بنوده صياغة قانونية ملزمة لطرفيه.

وكذلك يجوز للمتلقي ان يتفق مع المزود على ان يقصر تزويده بالنظم المعلوماتية في نطاق الدولة او الاقليم او المحافظة التي يعمل فيها دون غيره من الاشخاص. وهذا ما يعرف بشرط التجهيز الحصري[٥٤] فيحتج المتلقي عليه به. وغالباً ما يكون شرط المورد الوحيد وشرط التجهيز الحصري من الموضوع بحيث لايشكل اتفاق الاطار بينهما مشكلةً عليه. وانما قد تحدث المشاكل في التفاصيل والعمليات الانتاجية والتجارية اكثر مما تحدث في الافكار الاساسية المتفق عليها. والغاية من ازدواج الرضاء في اتفاق الاطار هي بقصد اضفاء قدر كبير من البساطة والمرونة على التزامات طرفيه، ومنها بوجه خاص ابرام العقود التطبيقية المندرجة ضمنه، ولاسيما إذا كان طرفيه يجهلان احتياجاتهما او رغباتهما المستقبلية. لذا نجد من تحقيق الرضاء على الأسس المتفق عليها أو المتوافق بشأنها بين طرفيه على اتفاق الإطار، وان كان في غاية الاهمية بمكان، إلاَّ انه ليس بديلاً عن ضرورة توافر الرضاء (بمعناه الخاص) بشأن كل عقد له صفة تطبيقية على حدة[٥٥]. مالم يكن البند او الشرط المدرج في عقد الاطار من الوضوح مما يجعلُ الرضاء في ابرام العقد التطبيقي اللاحق لابرامه مسألة مفروغ منها باعتبار العقد الاول (اتفاق الاطار) وعداً بالتعاقد والعقد الثاني (الاتفاق اللاحق) حكماً مفروغاً منه. وفي هذه الحالة، حالة وضوح العقد الاول، نكون في حالة وعد بالتعاقد[٥٦] وليس في حالة اتفاق اطار. والوعد بالتعاقد شيئ واتفاق الاطار شيئ اخر تماماً.

وخلاصة ماتقدم نرى ان اتفاق الاطار يتطلب رضاءً مستقلاً لانعقاده كما يتطلب في وقت لاحق على ابرامه تحقق رضاءً جديداً بشأن كل عقد تطبيقي يبرم تنفيذاً له. وهذا هو الرضاء المزدوج في اتفاق الاطار[٥٧] والذي يترتب عليه نتيجة اخرى مهمة مفادها ان العبرة تكون للعقد التطبيقي لا للاتفاق الاطاري عندما لا يتطابق العقدان او عندما يتنافر العقد التطبيقي مع اتفاق الاطار في محله او سببه او احد اوصافه (كالشرط والاجل والتضامن وعدم قابلية محله للانقسام والقانون الواجب التطبيق وتحديد هيئة التحكيم المختصة للفصل في المنازعات الناشئة عنه وغير ذلك)[٥٨].

وغالباً ما يمزج المتعاقدان في الاتفاق الإطاري المبرم بينهما بشأن النظم المعلوماتية عناصر اكثر من عقد واحد وذلك مثل تجهيز المجهز الأجنبي لمعمل السيارات بالإنسان الآلي والحاسبات الألكترونية التي تديره[٥٩] الذي يحتاج إليه مشروعه وتزويده بالبرامج التي يتم الاتفاق عليها بعقد تطبيقي له ولاحق عليه وتدريب عماله خارج اقليم الدولة المجهز اليها بهذه النظم بموجب عقد تطبيقي آخر والترخيص للمتلقي باستغلال براءة الاختراع بموجب عقد ترخيص يبرم بينهما في اطار الاتفاق الإطاري ومنحه امتيازاً باستعمال الاسم التجاري والعلامة التجارية الخاصة بالمجهز ووضعها على بعض أجزاء السيارة التي يأذن المجهز بوضعها فيها بموجب عقد تطبيقي اخر وهكذا. وهذا ما يعرف بالعقد المركب (compound contract).

فعقد التزويد بالمعلوماتية كما قد تتعدد العقود التطبيقية المبرمة بموجبه كذلك قد تتعدد العمليات التي ينصبُ عليها محل هذا العقد. ومثال ذلك عقد الترخيص، وبموجبه يرخص المجهز للمتلقي باستغلال براءة اختراع له ثم يعقبها التزام المرخص بتدريب عمال المتلقي على تشغيل هذا المخترع والاستفادة من تطبيقاته الصناعية المختلفة وتنمية قابلياتهم العقلية وزيادة قدراتهم الذهنية على التعامل مع أجهزة القياس والتحكُم والسيطرة الاجنبية عالية الجودة[٦٠]. وفي هذه الحالة يطبقُ على هذا العقد، وهو عقد مركب من عقود عديدة كعقد الترخيص وعقد التدريب، احكام العقود الداخلة في تكوينه اذ ينطبقُ على بيع الحواسيب والاجهزة والمعدات الحاسوبية ومختبراتها ومعاملها القواعد القانونية المتعلقة بالبيع المنصوص عليها في التقنين المدني العراقيَّ (على فرض الاتفاق على اختياره قانوناً حاكماً لهذا النوع من العقود الدولية) (وهذا اتفاق مشروع بمقتضى مبادئ القانون الدولي الخاص) كما ينطبق على التنازل عن حقوق المؤُلف احكام قانون حماية حق المؤُلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وينطبقُ على عقد الترخيص قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ (للاسباب المذكورة انفاً) وهكذا يحكمُ كل عقد من العقود بالقانون الذي يتلائم معه. فأن تعذر التوفيق بين احكام تلك العقود الداخلة فيه فتطبق عليه أحكام العقد الرئيس في تكوينه وتتبعه بقية العقود الاخرى في الحكم استناداً لقاعدة الاقل يتبع الاكثر[٦١].

المطلب الثالث – محدودية العقد عن تحديد التزامات أطرافه وعن تفسير نيتهما المشتركة

حتى على فرض تمكن الطرفان المتعاقدين من تجاوز العقبات او المشاكل التي تواجههما اثناء ابرام العقد وتحديد محله فأَن هناك مشكلة اخرى، هي ايضاً تعُد مشكلة مهمة، مشكلة صعوبة فصل العقد المتفق عليه كوثيقة نهائية والتي أتخذت شكل (إتفاق أطاري مركب) من سائر الوثائق المتعددة التي تبادلها الطرفين اثناء المفاوضات. ومع ذلك لايكفي هذا العقد لسد احتياجات المحكِّم او القاضي لتحديد مضمونه او لتفسيره وتحديد التزامات أطرافه. فعقد التزويد بالمعلوماتية تعبير واضح وصريح عن تراجع فكرة تجارية العمل أمام رأسماليتهِ. ولعل قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ يُقدم لنا المثال الواضح على هذا التراجع إذ إنهُ يُعالج مجموعة مُتنوعة من الأعمال التجارية والتكنولوجية والصناعية والزراعية[٦٢]. ومايهمنا منها في حدود هذا البحث هي الأعمال التكنولوجية التي تستلزم من القاضي او المُحكم أن يكون مُتحرراً في تفسير الالتزامات التعاقدية المُترتبة عليها من هيمنة الوثيقة العقدية الأخيرة المُتضمنة لأحكامها وقواعدها النهائية بين المُتعاقدين. فالمحكم او القاضي لايتقيد بمضمون الوثيقة النهائية للعقد المبرم بين الطرفين عندما يجدها عاجزةً عن تقديم كل الاجوبة التي يتطلب منه الفصل فيها اثناء نظره الدعوى المقامة بين المتخاصمين. وانما له ان يرجع بحق الى الوثائق المتبادلة بينهما خلال المفاوضات وله ان يقف عند المخاطبات والاتصالات وله ان يطلب منهما بتقديم كل ما تبادلوه من رسائل ووثائق تقليدية او الكترونية ويعتبرها جزءاً من العقد نفسه ومن ثم يقوم بتفسيرها او ربما يقوم بتغليبها على العقد نفسه مالم تستبعد بشرط الاركان الأربعة[٦٣] (entire agreement clause).

واذا لم يدرج المتعاقدان هذا الشرط في عقدهم الذي توصلوا اليه او في الوثيقة العقدية التي اعتبرتها هيئة التحكيم او المحكمة بانها الوثيقة النهائية المتضمنة للعقد النهائي، سرَّتْ عليهم فضلاً عن وثيقة العقد النهائية كل وثيقة اخرى متبادلة بينهما تقليدياً او الكترونياً. وهذا ما يضعف القوة الملزمة للوثيقة الاخيرة للعقد النهائي. والغاية من ادراج شرط الاركان الاربعة هي لاستبعاد دور الوثائق التي تم تبادلها اثناء المفاوضات الجارية على ابرام العقد في تفسيره او في تحديد التزامات طرفيه. ويمكن ان يدرج هذا الشرط باوصاف مختلفة مثل ((يتضمن هذا العقد الاتفاق الكامل والتعديلات المعلنة صراحةً من المجهز والمتلقي والمتعلقة بالمعدات والخدمات التي يجب تزويدها. ويحل هذا العقد محل الاتصالات السابقة بما فيها العروض الشفهية او غيرها))[٦٤]. ويمكن ان يرد بصورة اخرى مثل ((يعترف المستفيد بانه على علم تام بهذا العقد وبملحقاته وكل فقراته المكتوبة او المطبوعة ويصرح بقبوله لكل المحتويات والشروط الواردة فيه، ويقر ايضاً ان الوثائق التي تتضمن هذا الاتفاق الذي تم بين الطرفين تحل محل كل

المقترحات والالتزامات المكتوبة او الشفهية السابقة كما تحل ايضا محل كل الاتصالات الاخرى المتعلقة بهذا العقد[٦٥])).

ومع ذلك لايجرد هذا الشرط على الرغم من اهميته دور المحكم او القاضي من تفسير العقد او تحديد التزامات أطرافه بالرجوع إلى الوثائق المتبادلة بين أطرافه أثناء إجراء المفاوضات بينهما في حالة عدم تمكن هيئة التحكيم او المحكمة من حل الخلاف في تفسيره او في تحديد التزامات طرفيه. وهذا ما ذهبت اليه احدى المحاكم الابتدائية في باريس عندما فسر القضاة العقد بالاعتماد على المراسلات والمخاطبات التي وردت بين الاطراف المتعاقدة على الرغم من ادراج شرط الاركان الاربعة بينهما. وقد حرصت المحكمة المذكورة بهذه المناسبة على تأكيد ان وجود شرط الاركان الاربعة لايؤدي دائما الى حرمان المحكمة من الدور التفسيري الذي تلعبه الوثائق والمخاطبات[٦٦] كما اقرت ايضاً هذا المبدأ ايضاً اللجنة التحكيمية التي انعقدت في موسكو والتي ذكرت بانه على الرغم من وجود شرط الاركان الاربعة الا ان هذا الشرط لايتعارض مع رجوع هيئة التحكيم الى الوثائق المتبادلة قبل ابرام العقد لغرض تفسيره[٦٧].

ولكن اذا اراد المتعاقدان ان يتشددوا على استبعاد اي دور تفسيري للوثائق المتبادلة بينهما قبل ابرام العقد بصورة نهائية فلهم ذلك بشرط ان يقوموا بصياغة شرط الاركان الاربعة بشكل اكثر وضوحاً. ومثال ذلك ان يتفقوا على ادراج الشرط الاتي: ((ولغرض تفسير هذا العقد لايمكن الرجوع والاعتماد على الوثائق التي تم تبادلها خلال فترة المفاوضات[٦٨])).

وهذا النوع من الشروط، قليل التطبيق في مجال ابرام العقود الداخلية والدولية منها. وبموجب هذا النوع من الشروط يمنع صراحةً تفسير العقد او جانب من جوانبه على ضوء أطرافه الوثائق المتبادلة بين طرفيه قبل ابرام العقد بين[٦٩]. واخيراً يمكن اعمال شرط الاركان الاربعة مع الالتزام بتقديم المعلومات التي تتمييز بها عقود المعلوماتية باعتباره اعفاءً – من نوع خاص – من المسؤُولية العقدية وهو من حيث المبدأ اتفاق مشروع إلاَّ اذا ارتكب المتعاقد غشاً او خطأً جسيماً[٧٠].

موقف المشرع العراقي من ابرام عقود المعلوماتية:

لا يمكن لاي شركة مجهزة لنظم المعلوماتية او متلقية لها ان تطمئن على مركزها القانوني اثناء المفاوضات عند ابرام العقد او تفسيره بالاعتماد على احكام القانون العراقيَّ كما لايمكنها ان تحصن تصرفاتها التي قامت بها حسن نية على ضوء احكام التقنيين المدني العراقيَّ الذي اغفل تنظيم المباحثات وتبادل الوثائق التعاقدية واهمل تنظيم الاتفاقات الاطارية والاختلاف فيما بينهما وبوجه خاص تطابق القبول مع الايجاب ولاسيما اذا لم يطابق القبول الايجاب في العناصر غير الجوهرية والتي لم يعترض الموجب عليها في غضون مدة معقولة عليها. ولاتكفي النظم القانونية العراقية القائمة على تقديم المرونة اللازمة للمتعاقدين ولاسيما اذا كانت اتفاقاتهم اطارية مركبة. فليس عيباً أن نعترف بحقيقة نظامنا

القانوني فقواعدهِ القانونية غير ملائمة لتسوية المنازعات التي تثيرها المسائل المختلفة للعقود الدولية بصورة عامة واتفاقيات نقل المعلوماتية بصورة خاصة[٧١] والحقيقة ان النظم التعاقدية في القانون العراقيَّ اغلبها نظم تقليدية صممت من اجل ابرام عقود بسيطة مثل البيع او الايجار او الوكالة او المقاولة او العمل وتستندُ على المواد (٧٧-٨٦) من التقنيين المدني العراقيَّ.

ومع ذلك، ومادام لايوجد اي بديل عن التقنيين المدني العراقي (مع ضرورة مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية التي صادق العراق عليها او التي انضم اليها)، لذا يقتضي ان نطوع قواعده ونحاول اخضاعه الى المتطلبات الحديثة في ابرام العقود ذات الطبيعة الاطارية او التركيبية. ولقد تبين لنا من خلال التعمق بدراسة القانون المدني العراقيَّ، ان الجزاء المترتب على قطع المفاوضات او فرض الشروط التعسفية غير المألوفة والمختلفة عن الشروط الاولى وقت بدء التفاوض يمكن ان تثير المسؤُولية التقصيرية لا العقدية. وهذه المسؤُولية وان كانت انفع للمضرور الا ان فرصة اثباتها او تطويع نصوصها على وقائع المباحثات الثنائية والمفاوضات العقدية يجعلها صعبة عملياً ممّا تجعل المُدعين المضرورين في موقف حرج من اللجوء الى القضاء العراقي وهو قضاء خضوع للنص أكثر ممّا هو قضاء اجتهاد وملائمة لأحكام الواقع الوطني او الدولي الذي نحيا فيهِ. لذا لم نتمكن من الحصول على اي قرار حكم قضائي عراقيَّ بشأَن موضوع بحثنا.

وكذلك نجد ان ابرام العقد في القانون المدني العراقي يتطلب ان يطابق القبول الايجاب مطابقة كاملة في جميع جوانبه. وهذا مانصت عليه المادة (٨٥) من التقنيين المدني العراقيَّ، بقولها: ((واذا اوجب احد المتعاقدين يلزم الانعقاد للعقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب)). مما يعني تبني المشروع لنظرية (التصور المتطابق) المعروفة في القانون الانكلوامريكي والتي تبدو اكثر وضوحاً من نظرية انعقاد العقد على المسائل الجوهرية وان تنافر مضمون (القبول) عن مضمون (الايجاب) في المسائل غير الجوهرية والمعروفة (بنظرية التصور غير المتطابق). ولكن للعمل التجاري خصوصيته فيجب اخضاعه قدر الامكان الى القانون الاكثر مناسبةً له. وهذا يتطلب ادخال نظرية (التصور غير المتطابق) الى القانون العراقيَّ ومن ثم استحداث نظرية خاصة بالالتزامات التجارية لاهميتها في جذب الاستثمارات الاجنبية في الاسواق العراقية. ولبلوغ هذه الغاية يجب الغاء قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الذي عفا عليه الزمن واحلال قانون عصري يحل محله على غرار قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

الخاتمة

لقد تبين لنا من خلال هذا البحث ان عقود المعلوماتية (الكبيرة) ان جاز لنا استخدام مثل هذا الاصطلاح تختزل مراحل صناعية كبيرة وكثيرة التفاصيل بمرحلة واحدة او اكثر وبشكل دقيق جداً. وتقوم الشركات المهنية، وهي غالباً ما تكون شركات معلوماتية، باستغلال هذه التكنولوجيا وتوريدها الى المستهلكين المحليين (طبعاً بموافقة المجهز الاجنبي ورضاه). ومن ثم يستلزم وضع نظام قانوني يتلائم مع هذه الواقعة وينسجم معها بدلاً من تطويع المعلوماتية الى احكام النظام القانوني القائم المتمثل بالتقنين المدني العراقي.

وهذا يستوجب تأسيس نظام قانوني تجاري يعالج المفاوضات واتفاق المبدأ واتفاق الاطار وسائر العقود الاخرى المنضوية تحته ومراجعة فكرة عقد الاذعان وتطويرها بما ينسجم مع الظروف الاقتنصادية الراهنة التي تحول من جعل شخص واحد محتكر لسلعة او خدمة لوحده احتكاراً قانونياً او فعلياً (مادياً) .

والحقيقة ان الاتفاقات التجارية التي يبرمها مجهزوا المعلوماتية مع متلقيها، ولاسيما عندما تكون كثيرة التفاصيل ومتعددة الانواع، تتخذ شكل اتفاق الاطار الذي يتطلب ابرامه جهود كبيرة يبذل فيها المتفاوضون وقتهم ويفصحون عن جزء من خبراتهم ومهاراتهم وما يرون الافصاح عنه من مخترعاتهم ومعلوماتهم السرية، بقصد ابرام الاتفاق الشامل المعروف باتفاق الاطار.

واتفاق الاطار يتكون من مستويين من الاتفاقات . اولهما الاتفاق الشامل الجامع، وهو غالباً ما يصاغ بعبارات عامة، نادراً ماتلزم المجهز الاجنبي وثانيهما العقود التطبيقية المنضوية تحت الاتفاق الاطاري. اذ تجري المفاوضات على المستوى الأول (اتفاق الإطار) بينما يفرض المجهز الاجنبي شروطه على الطرف المتلقي (فرضاً تعسفياً في بعض الاحوال) على المستوى الثاني(العقود التطبيقية المنضوية تحت اتفاق الإطار).

ففي المستوى الاول (الاتفاق الاطاري) يتفاوض الطرفان على تحديد العقود التي سوف يبرمها مع المتلقي والاجهزة والخدمات التي يعد المجهز بتقديمها اليه والتي تعرف بالتزامات المجهز (تجوزاً) مادامت صياغتها تتسم بالعمومية وتتجنب تحديد الالتزام تحديداً دقيقاً. ومع ذلك اذا تضمنت الوثيقة العقدية الموقع عليها او المتفق عليها التزامات محددة على المجهز فتثبت عليه قانوناً وتلزمه اما بابرام العقود التطبيقية المنضوية تحتها او تحمل المسؤولية الناشئة عنها وهي غالباً ما تكون مسؤولية عقدية.

اما على صعيد المستوى الثاني (العقود التطبيقية المنضوية تحت اتفاق الاطار) فينفرد المجهز الاجنبي باعدادها وفرض شروطه على المتلقي الوطني ولاسيما ان المجهز يجد في نفسه الكفاءة والخبرة والتكنولوجيا الحديثة التي يفتقد اليها هذا المتلقي . ومن ثم تكون هذه الشروط مفروضة عليه ولا يقبل المجهز الاجنبي التفاوض بشأنها معه.

وان من يتفحص النظام القانوني العراقيّ فسيجدهُ مصمماَ لمصلحة المجهز الأجنبي وضاراً بالمتلقي الوطني، بسبب عدم اهتمام المشرع بأداء الفقه العراقي ونتاجه، فجاءَ مدافعاً لمتطلبات المجهز الأجنبي من الناحية القانونية ولاسيما عندما حظرَ على الموجب له قبول الايجاب المعروض عليه بعناصره الجوهرية مع تعديل في عناصر الايجاب غير الجوهرية المعروضة عليه. فقد نصت المادة (٨٥) من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: ((اذا اوجب احد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب)). وهذا يعني تمسك المشرع العراقيّ بنظرية (التصوير المتطابق) التي تجعل المفاوض العراقيّ في مركز الطرف الضعيف قانونياً، عندما يتسلم وثيقة الاطار موقعه من قبل المجهز الأجنبي، هذا فضلاً عن ضعفه العلمي والتكنولوجي مما يدفعه اضطراراً إلى الموافقة، ولو على مضض، على قبول هذا العقد بشروطه.

مقترحاتنا:

ولكي يستكمل المشرع العراقي بعض متطلبات حماية الصناعية التكنولوجية وتشجيع رجال الاعمال العراقيين على ابرام الصفقات التجارية عامة والصفقات المعلوماتية خاصة فعليه أن يقوم، بما يأتي:

١. يستحدث نظرية جديدة للالتزامات التجارية لا تأخذ بنظرية التصور المتطابق عند ابرام العقد. وهذا يتطلب إلغاء قانون التجارة (العراقي) رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ (القائم) وتشريع قانون تجاري عصري جديد على غرار قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ يتضمن أحكاماً خاصة بالالتزامات التجارية.
٢. يشرع قانون لحماية متلقي المعلوماتية اما باعتباره مستهلكاً في عقود المعلوماتية (الصغيرة) (اي التي تنصب على محل واحد او عملية تجارية واحدة)، او ان يلزمه بالدخول في مفاوضات جدية مع المجهز الاجنبي على ان يكون احد اطراف الفريق المتفاوض حقوقياً.
٣. يعيد النظر بمفهوم عقد الاذعان، فليس من الضروري ان يكون الطرف القوي (المذعن) (بكسر الميم) هو المحتكر الفعلي او القانوني للسلعة او الخدمة التي يتعاقد بشأنها وانما يمكن ان يكون فضلاً عنه كل من يفرض ارادته على الغير نتيجة تفوقه المهني او العلمي او التكنولوجي.
٤. يستحدث نظام لفض المنازعات بين المجهز والمتلقي. ويفضل ان يكون هذا النظام اتفاقياً (كالتحكيم) الذي يلجأ اليه المتعاقدين عند الخصومة بينهما.
٥. يجيز تقديم التكنولوجيا عامةً والمعلوماتية خاصةً كجزء من راس مال الشركة عند تأسيسها او زيادة راس مالها دون الاضرار بدائني الشركة، وبعد اخذ موافقة سوق العراق للاوراق المالية وسائر مرافق الدولة التي تهتم بالنشاط التجاري كالغرف التجارية ومسجل الشركات وهيئة الاستثمار الوطنية بغية الحفاظ على حقوق دائني الشركة وعدم الحاق الضرر بصغار المساهمين .

٦. يجيز اعتبار المعلوماتية والتقنيات قطاعاً من قطاعات الاستثمار المهمة. وهذا يتطلب تعديل قانون الاستثمار العراقيَّ رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ تعديلاً آخرا واعتبار المادة (٢٢) فقرة (اولآ) واستحداث فقرة جديدة على النحو الآتي:

ثانياً.((يسري هذا القانون على الاستثمارات العائدة للمستثمرين العراقيين والأجانب المجازين وفق إحكام هذا القانون وبوجه خاص في قطاعات الاعمار والاسكان والصناعة والزراعة والتصنيع الزراعي والسياحة والمعلومات والمعلوماتية والتكنولوجيا والاتصالات والاعلام)).

المراجع

أولاً: الكتب

١. جواد كاظم الهنداوي، بحوث في القانون والسياسة ، دون الاشارة الى الطبعة ومكان الطبع وجهة النشر، ٢٠٠٤.

٢. د. السيد مصطفى احمد أبو الخير ، عقود نقل التكنولوجيا، ط١، القاهرة: ايتراك للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.

٣. د.علاء عبدالرزاق السلمي، "تكنولوجيا المعلومات"، جامعة العلوم التطبيقية، كحلون-عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.

٤. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣ (تنفيذ الالتزام)، بغداد: مطبعة الزهراء، ١٣٩١ هـ، ١٩٧١.

٥. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١ (الالتزام في ذاته)، مصر: مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٤.

٦. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، (مصادر الالتزام) ، ط٢، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٦٤.

٧. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد (مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في القفه الاسلامي والقانون المدني العراقي)، ج١، (انعقاد العقد)، بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٧م.

٨. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ (مصادر الالتزام)، بغداد: توزيع المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.

٩. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج٢ (احكام الالتزام)، بغداد: مكتبة السنهوري، بدون سنة طبع.

١٠. المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكومبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني (عقود الكومبيوتر)، ج١ (عقود البرمجيات) (دراسة في الجوانب التعاقدية لبرمجيات الكومبيوتر)، الكويت: دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

١١. فانسان هوزيه، المطول في العقود (بيع السلع الدولي)، باشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية الدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م.
١٢. فريدريك و جيروم بانسييه وكريم غيلاتي، شركات تأمين خدمات الهندسة المعلوماتية (العقود، الاجراء، الاختراعات)، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، (طبع هذا الكتاب بدعم من السفارة الفرنسية في لبنان)، بدون سنة طبع.
١٣. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بغداد: دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
١٤. د. محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
١٥. د. محمد حسين منصور، السؤولية الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.
١٦. محمد طه البشير، د. هاشم الحافظ، القانون الروماني (الاموال والالتزام) بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع.
١٧. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، بغداد: مطبعة شفيق، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦.
١٨. د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
١٩. المعجم العربي الموحد لمصطلحات الحاسبات، عمان–المملكة الأردنية الهاشمية، ١٩٨١.
٢٠. د. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
٢١. د. نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والانترنت، ط٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
٢٢. د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية (دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني) (دراسة موازنة)، ط١، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
٢٣. ويكيبيديا الموسوعة الحرة، www.ar.wikipedia.org

ثانياً: البحوث

١. د. امين دواس، اندماج نماذج البنود في العقد، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الاول، ١٤٢٨هـ ، ٢٠٠٧م .
٢. د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، ١٩٩٣.
٣. المحامي حسام القباني، الانواع الشائعة لعقود المعلوماتية، مقالة الكترونية منشورة على الموقع الاتي: www.alsarab-law.own0.com .

٤. د. سليمان دايح الجميلي، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق جامعة النهرين للفترة من ٣٠ الى ٣١ اذار سنة ٢٠٠٩ والمنشور بمجلة كلية الحقوق المذكورة، العدد الخاص ببحوث المؤتمر.

٥. د.صبري حمد خاطر و أ.د.فائق محمود الشماع، دور الحيازة الشخصية في حماية المعرفة التقنية (بحث القي في المؤتمر العلمي للملكية الفكرية المنعقدة في جامعة اليرموك-كلية القانون-اربد-المملكة الاردنية الهاشمية (١٠-١١)/تموز/٢٠٠٠، منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (٥)، العدد (٧)، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.

٦. د. صدام فيصل المحمدي، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المؤتمر القانوني السنوي لكلية الحقوق بجامعة النهرين المنعقد من ٣٠ الى ٣١ اذار سنة ٢٠٠٩.

٧. د. طالب محمد جواد عباس و م.م. اكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، بحث منشور في مجلة المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق، جامعة النهرين للفترة من ٣٠ الى ٣١ آذار سنة ٢٠٠٩.

٨. د. عبد المطلب الهاشمي، مهارات التفاوض وكيفية اعداد العاملين في مجال العقود، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (١٨)، المجلد (١٠)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

٩. علي محمود الفكيكي، قانون الاستثمار الصناعي الجديد في العراق التطلعات والتحديات، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الثاني لقسم الدراسات الاقتصادية، دراسات في الاقتصاد العراقي، بغداد: بيت الحكمة، ٢٠٠١.

١٠. د. غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية للعقد المركب، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (١٠)، العدد (١٩)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

١١. د. محمد حسين عبد العال، ابرام العقد تطبيقاً لعقد اخر في ظل فكرة اتفاق الاطار، مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الاول، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م.

١٢. د. محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الالكترونية (الخطأ العقدي الالكتروني)، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، دبي- الامارات العربية المتحدة للفترة من ٢٦-٢٨ ابريل سنة ٢٠٠٣، منشور ضمن مقررات المؤتمر، ج ٢، (محور المعاملات المدنية).

١٣. د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد (١)، العدد (٢٠)، السنة (٩)، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

١٤. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني/القسم القانوني-مقاصد التصورات المنطقية والتعريفات القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ٤، العدد ٦، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

١٥. د. هالة مقداد احمد الجليلي ، مشكلات نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز التجاري ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٢)، السنة العاشرة ، العدد (٢٥) ، ١٤٢٦ هـ ، ٢٠٠٥ م.

١٦. كمال بطوش/جامعة منتوري، "المكتبة الجامعية العربية في ظل مجتمع المعلومات حتمية مواكبة ثورة التكنولوجيا الرقمية"، النادي العربي للمعلومات، www.arabcin.net

١٧. د.فايز بن عبدالله الشهري، "التنمية المعلوماتية: كما ينبغي أن نفكر"، Arab Librarians، ٢١-٢-٢٠٠٧، www.arablibrarians.blogspot.com.

١٨. هال إبلسون،" -برنامج المنهج المفتوح- يرفض تجارة الملكية الفكرية وينشر المعرفة عبر الانترنت" ٢٥٠، جامعة بقيادة «معهد ماساشوستس للتكنولوجيا، www.siironline.org.

١٩. د. سلمان العودة، " التفجيرات في العالم الاسلامي اعظم عائق ضد التنمية"، ٢٠٠٨/٩/٢٣، www.islamtoday.net.

٢٠. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بحث منشور ضمن محتويات الموقع الآتي: www.ar.jurispedia.org.

٢١. أ.د.هدى حامد قشقوش،"الإتلاف غير ألعمدي لبرامج وبيانات الحاسب الالكتروني"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة –كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م.

٢٢. أ.د.هشام محمد فريد رستم، "الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح إنشاء آلية عربية موحدة للتدريب، التخصصي"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م.

ثالثاً: الرسائل

١. حسن فضالة موسى حسن التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.

٢. درع حماد عبد ، عقد الامتياز (دراسة في القانون الخاص)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٣).

٣. سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٤١٩ هـ ، ١٩٩٨.

رابعاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل القائم .

٢. قانون الشركات الهندي لسنة ١٩١٣ المطبق في العراق بموجب بيان المحاكم لسنة ١٩١٩ (الملغى).

٣. قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧.

٤. قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل .

٥. قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل .

٦. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وتعديله بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠.
٧. قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠.
٨. قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل.
٩. قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
١٠. القانون المدني المصري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
١١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

خامساً: المصادر الأجنبية

1. Tony Rackham, "Information Technology", British Library Cataloguing in Publication Data, 1997.
2. James A. Senn, "Information Technology in Business", Prentice Hall, 1995.
3. Dr. Charles Ray, Dr Janet Palmer," Office Automation: A systems Approach", South-Western Publishing Co, 1987.
4. Jeffrey A. Hoffer, "Modern Systems Analysis and Design", Benjamin/Cummings Publishing Company Inc,1996.
5. Laudon C Kenneth, "Management Information Systems-Manage the Digital Firm", Prentice Hall, 9th edition 2006.
6. Stephen Haag, Peter Keen, "Information Technology Tomorrow's Advantage Today", McGraw-Hill Companies Inc, 1996.

هوامش البحث

(١) يراجع محمد طه البشير ود.هاشم الحافظ ، القانون الروماني (الاموال والالتزام) ، بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص ص (١٨٨-١٨٩).

(٢) للتفاصيل حول هذا الموضوع يراجع سليمان براك دايح الجميلي ، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ص٥٣٧ وما بعدها.

(٣) د. محمد حسين منصور، المسؤُولية العقدية الالكترونية (الخطأ العقدي الالكتروني) ، بحث مقدم الى المؤُتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية ج٢(محور المعاملات المدنية) ، دبي – الامارات العربية المتحدة المنعقد للفترة من ٢٦-٢٨ ابريل ٢٠٠٣م، ص٢٣٠

(٤) يقصد بالمعلومات: بأنها البيانات التي تمت معالجتها لتحقيق هدف معين أو لاستعمال محدد، لإغراض اتخاذ القرارات، راجع المصدر، المعجم العربي الموحد لمصطلحات الحاسبات،عمان-المملكة الأردنية الهاشمية،

١٩٨١،ص ١٤٩. هناك عدد من المصطلحات والمفاهيم التي يسمعها ويقرأ عنها مثل بنوك المعلومات وشبكات المعلومات ...ويمكن الإشارة إلى ما تعنيه هذه المصطلحات باختصار وكما يلي:بنك المعلومات، عبارة عن كمية وفيرة وخزين من البيانات المأخوذة من مجموعة المصادر والأوعية الناقلة المعلومات والمحفوظة في جهاز أو أجهة التخزين والمعالجة. ويمكن استرجاع هذه البيانات المخزونة والاستفادة منها عند الطلب. شبكة المعلومات: تمثل مجموعة من مراكز المعلومات والمؤسسات التوثيقية والبحثية في مواقع جغرافية متعددة عبر وسائل الاتصال المناسبة والمختلفة كالمحطات الطرفية المتصلة بواسطة الهاتف والموزعة وكمثال الانترنت.

(٥) ويكيبيديا الموسوعة الحرة، www.ar.wikipedia.org.

(٦) تعتبر المعلومات سلعة قيد التداول شأنها شأن باقي الموارد الطبيعية الأخرى، مع تسجيل الاختلاف الذي يميزها كونها لا تفنى بالاستخدام و إنما تزداد نماءً و تطوراً. راجع المصدر، كمال بطوش/جامعة منتوري، "المكتبة الجامعية العربية في ظل مجتمع المعلومات حتمية مواكبة ثورة التكنولوجيا الرقمية"، النادي العربي للمعلومات، www.arabcin.net، تجارة المعلومات والصناعات المرتبطة تجاوزت أرقامها ثلاثة تريليون دولار سنوياً. وهذا كلّه يعني أن الانضمام لنادي المعلومات وعصر المعرفة لم يعد خياراً وأن السباق على المضمار التقني لم يعد "برستيجا" الكترونيّا يقتضيه "اتيكيت "العولمة، فالدلائل كلّها تشير إلى أن الخيار التقني بات (الطريق) الذي منه واليه تتفرّع الدروب الموصلة إلى التنمية الاقتصاديّة والتعليم العصري التحديث الاجتماعي. وما على المراقب إلا أن يتأمل ويقارن تجربة ماليزيا والصين والهند كأمثلة نجاح ناصعة لمن سلك طريق التقنية. ولو نظرنا إلى التجربة الهندية – على سبيل المثال – لوجدنا أنّه على الرغم من أنّ حوالي ٤٠٠ مليون إنسان يعيشون بدخل يوميّ يقل عن دولار واحد إلا أن عائدات صناعة تقنية المعلومات في الهند زادت بمعدل عشرة أضعاف خلال العقد الماضي لتصل إلى نحو ٤٧,٨ مليار دولار بين عامي ٢٠٠٦-- ٢٠٠٧م مع تَوَقُّع تحقيق عائد يتجاوز ٦٠مليار دولار من صناعة تقنية المعلومات وحدها بعد ثلاث سنوات. إن نجاح التجربة الهندية يكمن بشكل أساس في صلابة الإرادة، وكفاءة الإدارة التي خططت ونفذت بالمراهنة على "الإنسان "الذي يعدّ المكون الأساس لهذه الصناعة الذكية ، ويكفي أن نعرف أن عدد المبرمجين المحترفين في الهند تجاوز ٣٤٠,٠٠٠مبرمج عام ٢٠٠٠م ثم ارتفع العدد إلى ما يزيد على مليون ومائتي ألف بنهاية عام ٢٠٠٦م، وتوفر الهند أكثر من ٦٠,٠٠٠ مبرمجا سنويا لمقابلة الطلب العالمي المتزايد، راجع المصدر،د.فايز بن عبدالله الشهري، "التنمية المعلوماتية: كما ينبغي أن نفكر"، Arab Librarians، ٢١-٢-٢٠٠٧، www.arablibrarians.blogspot.com.

(٧) أ.د.هشام محمد فريد رستم،"الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح إنشاء آلية عربية موحدة للتدريب، التخصصي"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة – كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م، ص ص (٤٠١-٤٠٢).

(٨) أ.د.هدى حامد قشقوش،"الإتلاف غير ألعمدي لبرامج وبيانات الحاسب الالكتروني"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة –كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م، ص٨٨٧.

(٩) تتضمن المعلوماتية (تقنية المعلومات) مكونات ثلاثة هي: الحاسبات، شبكة الاتصالات، والمهارة (know–how)، راجع المصدر، James A. Senn, "Information Technology in Business", Prentice Hall, 1995,p14

(١٠)لقد توسع الاستثمار الرأسمالي للمعلوماتية من ١٩% إلى ٣٥% من استثمارات العمل الكلية خلال الفترة من ١٩٨٠ لغاية ٢٠٠٣، وشملت الأجهزة (hardware)، البرمجيات، وأجهزة الاتصالات. كما أن الشركات الأمريكية أنفقت في عام ٢٠٠٥ لوحدها ما يقارب (1,8) تريليون دولار على المعلوماتية والبرمجيات وأجهزة الاتصالات، راجع المصدر، Laudon C Kenneth, "Management Information Systems– Manage the Digital Firm", Prentice Hall, 9th edition 2006, p5(sec 1.1 ch1)

(١١)الناس العنصرَ الأكثر أهميةً في أيّ نظام حاسوب، وبدونهم لَنْ يكون هناك حاجة للحاسباتِ. يصنف الناس المرتبطين بالمعلوماتية إلى المستفيدون(Users) العاديين واختصاصي المعلوماتية (تقنية المعلومات) ويمكن توضيح كل صنف وكما يلي:–

١. المستفيدون: الناس الذين يَستخدمونَ المعلوماتية في وظائفِهم أَو حياتِهم الشخصيةِ يَدْعونِ المستعملين (المستفيدين) (End Users)، وهناك أربعة أنواع وهم:

أ. المستخدمون المباشرون(Hand–on Users). هؤلاء الناسَ الذين يَستعملونَ أنظمةَ الإتصالات أَو الحاسباتَ مباشرة، لأجل إدخال البيانات، عمل معالجة، خزن واسترجاع المعلومات، تحويل التفاصيل، أو إنتاج مخرجات.

ب. المستخدمون الغير المباشرين(Indirect End–Users). هؤلاء الأفرادِ لا يَشتغلونَ مباشرة على حاسوب لكن يَستفيدُ من تقنيةِ المعلومات كمستلمي تقاريرِ، رسائل الكترونية، أو العروض المتعددة الأوساط.

ج. المدراء المستخدمون. هم الناس الذين يكونوا مسئولي الإشراف على النشاطات التي تتضمنها أو التي تكون المعلوماتية لها تأثير فاعل على تلك النشاطات وكأمثلة(مدراء الإدارة، مدراء المصانع، إدارات المستشفيات)، هؤلاء لا يستخدموا أو يتعاملوا مع المعلوماتية بأنفسهم، بل يقوموا بالتأكد بأن العاملون معهم يستخدموا المعلوماتية بشكل واسع وفعال ومؤثر.

د. د. المدراء الأعلى(Senior Managers). يَدْمجُ هؤلاء المدراءِ إمكانيات تقنيةِ المعلومات في منتجات وخدمات المؤسسة وكل عمل يحقق إستراتيجية المنافسة. وهم أيضاً يعملوا على تقييم مؤسساتهم التي تعتمد المعلوماتية ويحددوا المشاكل التي تبرز عندما لا تنفذ الإجراءات المطلوبة بصورة صحيحة.

(١٢)أ.د.هشام محمد فريد رستم، المرجع السابق، ص٤٠٢.

(13) Stephen Haag, Peter Keen, "Information Technology Tomorrow's Advantage Today", McGraw-Hill Companies Inc, 1996, p(5,6,7).

(١٤)تعمل هيئات المصارف الحديثة بالاستفادة من المعلوماتية من خلال استخدام التقنيات التالية:

أ. اعتماد تقنية MICR (جهاز تمييز حروف الحبر المغناطيسي). وهو جهاز يقرأ مجموعه من الرموز ألمعرفه مسبقا والمستخدم في كتابتها الحبر المغناطيسي وتستخدم عادة في الشيكات ألمصرفيه حيث يمثل هذا الرمز رقم الحساب ورقم فرع المصرف.

ب. إرسال رسالة SMS فورية على الهاتف النقال للعميل عند استعمال بطاقته المصرفية على أجهزة الصراف الآلي ATM او على أجهزة نقاط البيعPOS .

ج. نظام مقاصة المدفوعات الآلية ACH – Automated Clearing House سيتيح هذا النظام بإجراء المقاصة الآلية لوسائل الدفع المحلية الاتية:مقاصة الشيكات، مقاصة البطاقات المصرفية ATM ومقاصة البطاقات المصرفية POS وغيرها من أدوات الدفع، بحيث يتم تحويل كل نتائج المقاصات إلى نظام المدفوعات الفورية RTGS لإتمام التسويات.

د. اعتماد البطاقة الذكية.

للتفاصيل أكثر راجع المصدر، www.fananews.com

(١٥)كان للمعلوماتية عامل رئيس في انبعاث نمو الإنتاج في الولايات المتحدة، الذي بدأ في ١٩٩٥ وأستمر حتى اليوم بمعدل متوسط (2,7%)، مقارنة بنسبة (1,4%) للفترة ١٩٧٣ لغاية ١٩٩٥، راجع المصدر السابق،(Laudon C Kenneth, p5(sec 1.1 ch1 .

(١٦) James A. Senn, المرجع السابق.

(١٧)راجع للتفاصيل أكثر، "أتمتة التقارير في وزارة العلوم والتكنولوجيا.. نظام علمي دقيق بأيد عراقية"، مصطفى ابراهيم، www.alsabaah.com.

(١٨)د. صدام فيصل المحمدي، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق في جامعة النهرين للفترة من ٣٠ الى ٣١ اذار سنة ٢٠٠٩، ص٢١٦.

(١٩)يراجع المرحوم د. عبد المطلب الهاشمي ، مهارات التفاوض وكيفية اعداد العاملين في مجال العقود، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (١٨)، المجلد (١٠) ، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص ص(٣٢-٣٣).

(٢٠)د. صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص٢٦٢.

(٢١)ينظر د. السيد مصطفى احمد ابو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، ط١، القاهرة: ايتراك للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧،ص٧٨ ود. صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص٢٦٧. اما الاستاذ الدكتور مصطفى محمد

الجَّمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، بيروت :منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢ ، بند ١٤، ص٣٢ فنراه يميز بوضوح بين الفارق الوظيفي للدعوة إلى التفاوض والإيجاب. فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة مجردة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة أو بقصد استدراج من توجه إليه الدعوة لتقديم عرض محدد للتعاقد أو إيجاب به وليس لها من وظيفة أخرى في تحقيق التعاقد. أما الإيجاب فوظيفته صياغة مشروع محدد المعالم، قابل للتحول إلى اتفاق بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله له. والتعبير عن الإرادة لا يعتبرُ إيجابا إلاَّ أذا كان مستجمعاً للمقومات التي تؤُهله لأداء هذه الوظيفة.

(٢٢)العقد الإطاري هو العقد الجامع لعقود كثيرة يجمعها غرض واحد. فمثلاً عقود البيع والتدريب والصيانة وتوزيع المعرفة المعلوماتية في دولة المتلقي عقود يمكن أن تنضوي تحت عقد المعلوماتية، وهو عقدُ إطاري بالنسبة لها. أما العقد المركب فهو العقد الذي يتكون من مزيج مختلف من العقود الداخلة فيه، فمثلاً أذا تضمن عقد المعلوماتية، أحكاماً خاصة بالبيع والتدريب والصيانة وتوزيع المعرفة المعلوماتية في دولة المتلقي وامتزجت نصوصه بنصوص هذه العقود المختلفة وصار مزيجاً منها، فهو عقدُ مركب. ومن الجائز أن يكون عقد المعلوماتية عقداً إطارياً ومركباً في الوقت نفسه.ولنا على هذا الموضوع شرح مبسوط في إطار هذا البحث.

(٢٣)يقصد بـ(الأتمتة) بأنها: مجموعة الأساليب التي تسمح بإلغاء التدخل البشري في سلسلة من العمليات، قد تكون في الأصل مجرد عمليات مادية أو عمليات ذهنية أو تتألَّف من اتحادهما. وتستعمل (الأتمتة) مثلاً في صناعة السيارات من خلال ((روبوتات)) (إنسان آلي) يُقاد للعمل بواسطة حواسيب متقدمة ومزودة بعدد من عناصر التحسس المختلفة للتأَّكد من صحة العمل المطلوب ودقته. ويختزن الحاسوب في ذاكرته المواقع النسبية لجميع مكونات (الروبوت) ويجبر الحاسوب (الروبوت) على تكرار هذه الحركات في عمليات الإنتاج بتنفيذ البرنامج الذي اختزن.

(٢٤)للتفاصيل يراجع د. هالة مقداد احمد الجليلي، إشكالات نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز التجاري، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ٢، السنة العاشرة، العدد (٢٥)، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص٥٠.

(٢٥)يقصد بنظام المعلومات: هو النظام الذي فيه تتدفق البيانات والمعلومات من شخص واحد أو قسم إلى آخر، المراجع السابق .James A. Senn,p19 ،ويعرف ايضاً: هو النظام الذي يحقق خلق وايصال وخزن واسترجاع المعلومات، راجع المصدر، Dr. Charles Ray, Dr Janet Palmer," Office Automation: A systems Approach", South-Western Publishing Co,1987,p55.

(٢٦)والأموال المعلوماتية تتكون من أموال مادية مثل أجهزة الحاسوب كما تتكون من أموال غير مادية كالبرامج والمعلومات والمُخططات. للتفاصيل يُراجع حسن فضالة موسى حسن التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كُلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، ص٤٣.

(٢٧)المرحوم د.عبد المطلب الهاشمي، المرجع السابق، ص١٢. والحقيقية ان ((عقود المعلوماتية لايجمعها عقد واحد ويمكن النظر اليها من زوايا قانونية مختلفة فتجمع بين طياتها عقود البيع والايجار والمقاولة فتدخل

ضمنها هذه التصرفات القانونية دون ان تختلط فيما بينها)). وهذا مايؤكد الحاجة على التفاوض بشأنها قبلَ اتخاذ أيّ قرار. يُراجع الاستاذ حسن فضالة التميمي، المرجع السابق، ص٤٣.

(٢٨)السيد مصطفى احمد ابو الخير، المرجع السابق، ص٧٩.

(٢٩)د. مصطفى محمد الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٦١)، ص٢٤٤.

(٣٠)المرجع السابق، بند (١٨٤)، ص٢٧٣.

(٣١)المرجع السابق، بند (١٨٦)، ص٢٧٧.

(٣٢)للتفاصيل يراجع د.محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد (٢٠)، المجلد (١)، السنة التاسعة، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، ص١٠٠ ومايليها.

(٣٣)ومن أشهر أمثلته (التحكيم) إذ يتجه الفقه إلى إسباغ طبيعة الاستقلال على (شرط التحكيم التجاري الدولي) عن العقد الذي نشأ منه شرط التحكيم انما يكون صحيحاً ولو ورد في عقد تجهيز باطل أو بيع غير مشروع أو مقاولة تجارية غير صحيحة أو إي عمل تجاري آخر لذا باطل استبعد الفقهاء طبيعة (التبعية) منه. للتفاصيل يراجع د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بغداد: دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، ص٢٠٩ ود.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠، بند (٧٧)، ص١٤٢.

(٣٤)بينما انفرد د. سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ص٨٩ إلى إسباغ نظام قانوني خاص ينطبق على الإخلال بالمفاوضات.

(٣٥)ويقصد بمحللي النظم (محلل النظام): هو الشخص الذي يقوم بجمع الحقائق ويشخص المشاكل ويضع الحلول لها لتطوير النظام، أو هو الشخص الأكثر مسؤولية في الدور التنظيمي لعملية التحليل والتصميم لنظام المعلومات، راجع المصدر، Jeffrey A. Hoffer, "Modern Systems Analysis and Design", Benjamin/Cummings Publishing Company Inc,1996, p8.

(٣٦)يراجع المرحوم د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ (مصادر الالتزام)، بغداد: توزيع المكتبة القانونية، ٢٠٠٧، بند (١٢٠)، ص٧٠.

(٣٧)د. مصطفى الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٨٧)، ص٢٧٩.

(٣٨)يراجع د. عبد المجيد الحكيم، ج١ (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، بند (١٢٠)، ص٧٠.

(٣٩)د. مصطفى محمد الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٦٦)، ص٢٥٠.

(٤٠)أما إذا نشأ الضرر عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم فقد انقسم الكتاب العراقيون والعرب بشأنهِ إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول: يرى بان الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي ارتكبه المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد يخرج عن دائرة المسؤُولية العقدية، ومن ثم تكون مسؤُولية المدعى مسؤُولية تقصيرية عن كل ضرر مادي أو معنوي مباشر متوقعاً كان أم غير متوقع (المادة ٢/٢٥٩ مدني عراقي). يراجع بشأنه المرحومين كل من د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج٢(أحكام الالتزام)، بغداد: مكتبة السنهوري، بدون سنة الطبع، بند(٥٧)، ص٥٨.**
- **الاتجاه الثاني: يرى بأن الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقترفه احد المتعاقدين لا يخرجه عن نطاق المسؤُولية العقدية وإنما يبقيه فيها، إذ تبقى المسؤُولية في هذه الحالة مسؤُولية عقدية ويسأَل المدعى عليه عن تعويض كل ضرر مباشر سواء أكان متوقعاً أم غير متوقع على الرغم من إسباغ المسؤولية العقدية على فاعله. يراجع بشأَن هذا الرأَي د. سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤُولية العقدية، بحث مقدم المؤُتمر القانوني السنوي الأول لكلية الحقوق المنعقد في الفترة من ٣٠ إلى ٣١ آذار سنة ٢٠٠٩ والمنشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد الخاص ببحوث المؤُتمر المذكور ص ص (٧٠-٧١) و ص٧٢منه أيضاً. وكذلك يراجع بشأنه د.سامي بديع منصور، المسؤولية المدنية{في} القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود تقارب أم تباعد، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الذي عقدته كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية بمناسبة مرور مائتي عام على إصدار القانون المدني الفرنسي في بيروت في ٢٢/أذار/٢٠٠٤، ص١٨٠، وبدورنا نعتقد أن حصر المسؤولية في نطاقها (العقدي) أو (التقصيري) أنما هو تمييز شديد بينهما لاتقتضيه الضرورة دائماً ولا سيما أن الاتجاه السائد والرائج هو الخيرة بينهما (مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين).**

(٤١)يقصد بالنظام المعلوماتي: هو مجموعة برامج وأدوات معدة لمعالجة البيانات وإدارتها، وتشمل الحاسبات الآلية. راجع المصدر، نظام مكافحة جرائم المعلوماتية www.ar.jurispedia.org

(٤٢)وفي هذا المعنى كتبت د. هالة مقداد احمد الجليلي، المرجع السابق، ص٨٠ مايأَتي: ((وفي ضوء هذه الحقيقة التي ذكرناها اعلاه وهي حاجة المشروع المتلقي للحصول على هذه المعارف كان لابد من خضوع المتلقي لسيطرة وهيمنة المانح بموجب قيود يفرضها الثاني على الاول هدفها احكام سيطرة المانح على المعرفة الفنية ..... ولكن بعض هذه الشروط كما اتضح لنا من خلال البحث تجاوزت هذا الهدف الى حد الاخلال بالتوازن العقدي بين اطراف عقد الامتياز فجعلت من المتلقي مجرد آلة يحركها المانح دون ان يكون له الحق في الاستقلال بمشروعه او حتى تلبية الحاجات المحلية في الدولة التي يتم فيها استخدام هذه المعارف)).

(٤٣)و (٤٤) ومحل الالتزام هو ما التزم المدين بأدائه، يراجع د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أُصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١١، بغداد: شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بدون سنة طبع، ص ص(٢٢٥-٢٢٦) وكذلك

يراجع بحثه الموسوم : المنطق القانوني /القسم القانوني – مقاصد التصورات المنطقية والتعريفات القانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ٤، العدد٦، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص٢٤.

(٤٥) يقصدُ من (التكييف القانوني) إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة على النزاع. يراجع بشأنها د.محمد سليمان الاحمد، المرجع السابق، ص١١٠.

(٤٦) فقد سبق لنا الاشارة الى هذه المنطقة. يراجع بحثنا الموسوم حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، بحث منشور في المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق جامعة النهرين للفترة من (٣٠) الى (٣١) اذار لسنة ٢٠٠٩، في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد الخاص ببحوث المؤتمر، ص ص (١٩٦-١٩٧).

(٤٧) أ.د. مصطفى محمد الجَّمال المرجع السابق، بند (٦٧)، ص١٠٤، بقوله: ((وفي تقديرنا انه يتعيين الاخذ بهذا المفهوم الجديد في القانون المصري باعتباره المفهوم القادر على تحقيق الحماية التي اراد المشرع توفيرها للطرف الضعيف في عقود الاذعان ..... .وعلى هذا النحو فتعتبر من قبيل عقود الاذعان انواع عديدة من العقود كعقود التأَمين وعقود النقل والعقود المتعلقة بعمليات البنوك، اضافةً الى عقود الاذعان بالمفهوم التقليدي كالعقود مع مؤسسات الماء والكهرباء والهاتف)). وينظر كذلك د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، القاهرة: معهد قانون الاعمال الدولي،١٩٩٣ من ص٧٩ الى ص٨١.

(٤٨) يقول المرحوم عبد الرزاق السنهوري في وسيطه، الجزء الاول، بند (١١١)، ص٢٣٢، بانه: ((ليس من الضروري لابرام العقد ان يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألَة مسألَة)). وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٧٧) من التقنين المدني العراقيَّ بقولها : ((واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل التي يتم الاتفاق عليها فأَن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة)). ولكن المسألَة التي طرحناها في هذا الموضوع هي أَعقد بكثير مما جاء في التقنين المدني، فالمسائل الجوهرية هي نفسها المسائل المختلف عليها او المختلف على تفسيرها ولم يحسم العقد الخلاف فيها او لم يحسم تنظيم وسيلة لتفسيرها. وفي هذه الحالة يخرج القاضي او المحكم عن المألوف في عمله ويساهم، بكل معنى الكلمة ، في صنع العقد او على الاقل في تفسيره بالاعتماد على الوثائق المتبادلة بين الطرفين اثناء المفاوضات او اثناء ابرام العقد بينهما.

(٤٩) والامانة العلمية تقتضي ان نشير بوضوح الى ان هذا المصطلح ((التصور المتطابق)) الذي ترجمناه اصطلاحياً قد تلقيناه من الدكتور أَمين دواس استاذ القانون الخاص المشارك وعميد كلية الحقوق بالجامعة العربية في جنين (فلسطين) في بحثه الموسوم: اندماج نماذج البنود في العقد والمنشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الاول، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص١٣٨ اذ كتب بشأَنه مايأَتي:

((تسود نظام (الكومن لو) قاعدة (mirror image) التي بموجبها لايمكن ان ينعقد العقد، إلاَّ اذا كان القبول مطابقاً تماماً للايجاب، فالرد على الايجاب الذي قصد منه ان يكون قبولاً، لكنه تضمن تعديلاً او بنوداً اضافية تختلف عمَّا تضمنه الايجاب، لايمكن ان يكون قبولاً وانما هو رفض للايجاب يشكل في ذاته ايجاباً جديداً (Counter- Offer) ولانه رفض للايجاب الاصلي فانه يجوز لمن وجه الايجاب [اي للموجب له] ان يقبله بعد ذلك، ولانه يشكل ايجاباً جديداً يجوز للطرف الاول (الموجب) ان يقبله او يرفضه)).

(٥٠) وفي هذا الشأن كتب الدكتور أمين دواس، المرجع السابق،ص١٤٢ بشأنها مايأتي: ((اي ان البنود الاضافية او المختلفة التي تضمنها القبول لاتصيرُ جزءاً من العقد طالما ان احد الطرفين او كليهما ليس تاجراً. ويستثنى من ذلك ان يكون الذي وجه اليه الايجاب، قد قصد تعليق انعقاد العقد على موافقة الموجب على البنود الاضافية او المختلفة عن ايجابه، وفي هذه الحالة يكون رد من وجه اليه الايجاب رفضاً يشكلُ في ذاته ايجاباً جديداً..... غير ان هذا القبول يجب ان يكون صريحاً، خصوصاً ان المحاكم درجت على عدم اعتبار تنفيذ الموجب لالتزامه بمثابة قبول في هذه الحالة)).

(٥١) يراجع فانسان هوزيه، المطول في العقود (بيع السلع الدولي)، باشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاض، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م، بند (٨٣)، ص٩٥ وبند (٨٤)، ص٩٧ اذ يقول: ((وبالمقابل لايبدو ان اتفاقية بيع السلع الدولي يجب ان يعلى، من حيث المبدأ، انها غير قابلة للتطبيق على برامج الحاسوب، حتى ولو كان هناك تفريق يفرض نفسه هنا)) (بند ٨٤، ص٩٧).

(٥٢) د.مصطفى الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٨٩)، ص ص(٢٨١-٢٨٢).

(٥٣) ينظر د. محمد حسين عبد العال، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م، بند (٢٤)، ص٢٥.

(٥٤) المرجع السابق، بند (٢٤)، ص٢٥.

(٥٥) د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، بند (٦٧)، ص٦١.

(٥٦) ولاسيما اذا حدد الطرفان ميعاداً لتنفيذهِ. يراجع د. عبد المجيد الحكيم، ج١(مصادر الالتزام)، المرجع السابق، بند (١٩٥)، ص١١١. السنهوري، الوسيط، ج١، بند (١٣٤)، ص٢٦٩.

(٥٧) د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، بند (٦٩)،ص٦٢.

(٥٨) المرجع السابق، بند (٦٨)، ص٦٢.

(٥٩) د.نعيم مغبغب، "مخاطر المعلوماتية والانترنت"، ط٢ ، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ص(١٦٨-١٦٩).

(٦٠) يُراجع فريديريك وجيروم بانسييه وكريم غيلاتي، شركات تأمين خدمات الهندسة المعلوماتية (العقود، الاجراء، الاختراعات)، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، (طبع هذا الكتاب بدعم من السفارة الفرنسية في لبنان)، بدون سنة طبع، بند (١٤٠)، ٩٧.

(٦١) للتفاصيل يراجع د. غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية للعقد المركب، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (١٠)، العدد (١٩)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص٢١٨.

(٦٢) يُراجع د.محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص٢٩.

(٦٣) والحقيقة العلمية تقتضي ان نشير الى اننا قد استفدنا من بحث الدكتور جواد كاظم الهنداوي الذي يعملُ سفيراً في ديوان وزارة الخارجية وعميداً لمعهدها الدبلوماسي ضمن مؤُلفه الموسوم (بحوث في القانون والسياسة)، دون الاشارة الى طبيعته ومكان وجهة نشره، ٢٠٠٤، ص١١٢ وكذلك استفدنا من جهود الدكتور نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية (دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني) (دراسة موازنة)، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١ (بند ٧٧، ص٨٢) و(بند ٧٨، ص٨٢). واخيراً لقد توقفنا على نتاج المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكومبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني (عقود الكومبيوتر)، ج١(عقود البرمجيات) (دراسة في الجوانب التعاقدية لبرمجيات الكمبيوتر)، الكويت: دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ص٣٩.

(٦٤) يراجع د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، المرجع السابق، بند(٧٧)، ص٨٠.

(٦٥) المرجع السابق.

(٦٦) نقلاً عن د. جواد كاظم الهنداوي، المرجع السابق، ص١٢٦.

(٦٧) المرجع السابق، ص١٢٦.

(٦٨) المرجع السابق، ص١١٩.

(٦٩) المرجع السابق، ص١٢٧.

(٧٠) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص٨٢.

(٧١) د.محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص٦٦.

دور البنك المركزي في مالية الدولة

د.بان صلاح الصالحي
كلية القانون/جامعة بغداد

المقدمة

تتواجد في معظم دول العالم شخصية معنوية تلعب ادوارا و ليس دورا واحدا في الحياة الاقتصادية و المالية لها ،وهذه الشخصية المعنوية هي البنك المركزي ،هذه الآلة الحيوية واعمالها ووسائلها تثير العديد من التساؤلات فمن يقود هذه الالة ومن يحركها وما هو وقودها ؟

كما يعد البحث في البنوك المركزية من المواضيع المهمة وخاصة في وقتنا الحالي الذي لا تكون الدولة منفصلة بسياستها الاقتصادية و المالية عن باقي دول العالم بل بالعكس اضحت كل ازمة تمر في بعض دول العالم تؤثر وبشكل بالغ في جميع تفاصيل حياة الدول الاخرى التي قد تعتقد انها بعيدة عن تلك الازمة ، لذا يبرز دور الاجهزة و الادوات الاقتصادية و المالية لوقاية و حماية و معالجة ايا من التقلبات الاقتصادية المؤثرة في سير الحياة الاقتصادية و المالية ومن اهم هذه الاجهزة و الذي يعد العمود الفقري لاقتصاد الدولة هو البنك المركزي الذي تزداد يوما بعد يوم مسؤولياته وو اجباته ووظائفه في مختلف دول العالم ، اذ يعد الركيزة الاقتصادية و المالية لعمل الحكومة و الاساس الذي تستند عليه بحيث يكمل احدهما الاخر ، لذا تم منحه العديد من الصلاحيات ومده بسلطات واسعة كي يمد هو بدوره ايديه ورقابته على مختلف نواحي البلد الاقتصادية و النقدية سواء من حيث الاصدار النقدي والائتمان و المصارف التجارية و الرقابة على عمليات غسل الاموال ، و العديد العديد من المهام والوظائف التي لا غنى عنها في يومنا الحاضر .

وتدور مشكلة البحث حول الاجابة عن تساؤلات عن دور البنك المركزي ومدى استقلاليته ومدى تأثيره في الجوانب المالية والاقتصادية ومدى امكانياته لتصحيح ومعالجة ايا من التقلبات الاقتصادية عن طريق وظائفه المختلفة .

لذا اصبح من المهم ان نسلط الضوء على هذا الجهاز و اعماله و ادواره و التعرف عليه و على هذه الوظائف وكيفية القيام بها وما هو موقف الاجهزة الاخرى من مصارف تجارية من عمل ووجود البنك المركزي و التزاماتها تجاهها وبالتالي تحقيق الغاية النهائية وهي تحقيق المصلحةالعامة للبلد –مع الاخذ بالاعتبار تجربة العراق في هذا المجال –.

وقد تناولنا الموضوع ضمن مبحثين يتضمن الاول بيان نشاة البنوك المركزية بشكل عام والبنك المركزي العراقي بشكل خاص ومن ثم تطرقنا الى مفهوم و استقلالية البنك المركزي ، اما في المبحث الثاني فقد بحثنا وظائف البنك المركزي الاساسية في عدة مطالب ...

المبحث الاول

البنك المركزي ظهوره وماهيته

ازداد في وقتنا الحالي تداول مصطلح البنك المركزي سواء لدى المختصين بالمسائل المالية والاقتصادية او الممارسين لنشاطات و اعمال تجارية ومالية او لدى العامة ، وذلك نتيجة عوامل وظروف عدة منها تزايد العلاقات و النشاطات الاقتصادية والتبادل التجاري والازمات المالية التي قد تمر على المؤسسات و المصارف التجارية الخاصة او حتى التي تمر بالدولة عموما ، اذ يظهرعندها دور البنوك المركزية في حل الاشكاليات .لذا قد يظهر لنا اهمية بيان ماهية هذا البنك و كيف نشأ ،وهذا ما سوف نحاول التعرض له وتوضيحه في هذا المبحث...

المطلب الاول – نشأة البنوك المركزية

كان الدافع من وراء انشاء البنوك المركزية هو رغبة الحكومات في التدخل في النشاط المصرفي وتنظيم و ادارة عمليات الاصدار النقدي ، التي تتولاها في السابق المصارف التجارية ، لهذا سميت المصارف المركزية في بداية نشاتها بـ(مصارف الاصدار) لانها تولت مهمة الاصدار النقدي وتنظيمه بالحدود و الشروط التي تقررها الحكومة ثم اخذت البنوك المركزية تتولى تدريجيا مهمة الرقابة على النشاط المصرفي وتوجيهه بما يتناسب و اهداف السياسة الاقتصادية للدولة فضلا عن المسؤليات و المهام الاخرى .[١]

وظهر البنك المركزي بادئ ذي بدء في السويد سنة [٢]١٦٦٨ و الذي كان يهدف الى تامين تمويل الدولة مقابل امتياز اصدار النقد واسست بريطانيا ثاني بنك مركزي سنة ١٦٩٤ و الذي اسس بمرسوم ملكي لاجل تمويل خزانة الملك مقابل حق اصدار النقد كذلك .[٣]

ومن ثم اسس نابليون بونابرت مصرف فرنسا المركزي في عام ١٨٠٠ولكن لغايات مختلفة وهي مواجهة الركود الذي ساد فرنسا خلال السنوات الثورية وهكذا تتابعت الدول في انشاء بنوكها المركزية و لاغراض مختلفة منها هولندا في سنة ١٨١٤ ومن ثم النمسا سنة ١٨١٦ ، ثم انشئ بنك بلجيكا الوطني سنة ١٨٥٠ ومن ثم اليابان سنة ١٨٨٢.[٤]

المطلب الثاني – نشاة البنك المركزي العراقي

ولد البنك المركزي في العراق بعد مخاض عسير منذ تاسيس دولة العراق بمفهومها الحديث وتتابع الاحداث والظروف السياسية و الاقتصادية والاستقلال السياسي و المالي التدريجي ،وتتابع اللجان و الهيئات المختلفة في ممارسة الاعمال التخصصية المالية و النقدية و المصرفية .

ففي عام ١٩٣٩ صدر قانون العملة رقم ٢٧ الذي نص على تخويل الحكومة الاشتراك في تاسيس مصرف اهلي وفق شروط معينة ، وكان المقصود بتأسيس هذا المصرف ايجاد مؤسسة حكومية اهلية مشتركة تمنح امتيازا خاصا لاصدار العملة وتقوم بالاضافة الى ذلك بكافة المعاملات التي تقوم بها المصارف التجارية ،وفي عام ١٩٤٧صدر قانون المصرف الوطني العراقي رقم ٤٣ و الذي نص على تاسيس المصرف المركزي ، وبذلك تعد سنة ١٩٤٧ التي اسس فيها المصرف الوطني قانونا نقطة تحول في تاريخ العراق النقدي اذ تحقق للبلاد طموحها في ان ترى لديها مؤسسة للاصدار مقرها في بغداد وصار بالامكان ولاول مرة من الناحية النظرية على الاقل ان يرسم للبلاد سياسة نقدية.(٥)

وفي عام ١٩٥٦عدل قانون المصرف الوطني العراقي وانيطت مهمة رسم السياسة النقدية للبنك المركزي فقد اسندت للمصرف الوطني وظيفتان رئيستان احداهما وظيفته كبنك للاصدار والاخرى كبنك مركزي ،اذ بصدور قانون البنك المركزي العراقي رقم ٧٢لسنة ١٩٥٦وضحت صلاحيات البنك وزيد راسماله من خمسة ملايين دينار الى ١٥ مليون دينار لضمان التوازن بين مركزه المالي وبين واجباته المتسعة بسبب نمو الكيان الاقتصادي و المالي في البلاد كما وان البنك قد باشر في اواخر تلك السنة ادارة حسابات الحكومة و الدوائر شبه الحكومية ومجلس الاعمار وتولي الاعمال المصرفية الخاصة بالحكومة كفتح الاعتمادات.(٦)

وعبر تطور فلسفة الاقتصاد السياسي للنظام الحاكم في العراق ، فقد اتخذت السلطة في العام ١٩٤٦ مبادرة لتوسيع القطاع العام عبر الغاء النشاط الخاص باشكاله المختلفة ، التجاري و الصناعي و المصرفي ،ذلك اثر صدور القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٤ الذي تم بموجبه تاميم المصارف الاهلية و الاجنبية كافة ، وانسجاما مع ميول التملك العام للسلطة في ذلك الوقت فقد نص قانون البنك المركزي العراقي السابق رقم (٦٤) لسنة١٩٧٦على ان ملكية المصارف في العراق تعود للدولة (حصرا) مما يعني تعذر قيام القطاع الخاص بتاسيس مصارف في العراق .(٧)

وفي عام ٢٠٠٣ اصدرت سلطة الائتلاف المؤقتة الامر رقم (٥٦) و الذي كان الغرض منه (انشاء بنكا مركزيا امنا وقويما ومستقلا بغية تحقيق الاغراض التالية :استقرار الاسعار في البلاد و المحافظة على استقرارها وثباتها ، العمل على ايجاد ورعاية نظام مالي يعتمد على السوق وعلى المنافسة ويكون مستقرا ، تعزيز التنمية المستدامة و استدامة العمالة والرفاهية في العراق)، وقدالغى هذا الامر العمل بقانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦المعدل، و احتوى ٧٤ مادة ضمن اربعة عشر قسما مبينا تفصيلات عديدة تتصل بتعريف المصطلحات و الاستقلال و الاهداف و المهام وراس المال و الاحتياطي وصافي الارباح ومجلس الادارة و اللجان و العلاقات مع الحكومة واحتياطي النقد الاجنبي و الاختصاصات النقدية و العملة و الافعال الجنائية ومحكمة الخدمات المالية .

المطلب الثالث – مفهوم البنك المركزي

بالرغم من اطلاق مختلف التسميات على البنك المركزي الا انه عموما يعد شخصية معنوية ونقدية . وواحدا من المصالح العامة التي تتوصل الدولة بواسطتها الى الهيمنة على اتجاهات الحياة الاقتصادية في البلاد .[٨]

ويعد من المؤسسات العامة استنادا على العناصر الاساسية لها وهي ١-الاستقلال القانوني (الشخصية المعنوية)٢-الاستقلال المالي (الذمة المالية المستقلة)٣-الاستقلال الاداري ، مع بقاء قدر من الارتباط العضوي بينه وبين الدولة (باعتبارها الشخص القانوني العام الممثلة للشعب).[٩]

كما ان البنك المركزي كما يشير اليه اسمه يشغل موقعا مركزيا في الهيكل المالي و البنكي الذي هو جزء منه ، وله صفات و خواص مميزة لا تشاركها فيها البنوك التجارية .[١٠]

فهو مؤسسة نقدية قادرة على تحويل الاصول الحقيقية الى اصول نقدية وبالعكس وهو يحتل موقع الصدارة و القمة ويمثل سلطة الرقابة العليا وهو مؤسسة وحيدة ، و هو غالبا مؤسسة عامة ، وهذا يعني ضرورة ملكية الدولة لهذا االبنك وهي ضرورة تمليها اهمية وخطورة الوظائف التي يقوم بها هذا البنك ، فهدف البنك المركزي يجب ان يكون المصلحة العامة .[١١]

اذ في حققية الامر ان البنك المركزي ما هوالا بنك يتعامل في الائتمان شانه في ذلك شان البنوك الاخرى ، ولكنه يختلف عنها من حيث ملكيته و اهدافه و طبيعة العمليات التي يقوم بها ، وبالتالي من حيث طبيعة المتعاملين معه .[١٢]

المطلب الرابع – استقلال البنك المركزي

نادى كثير من الاقتصاديين بضرورة استقلال البنك المركزي من الحكومة نظرا لما ادى اليه خضوعه التام للسلطات الحكومية من افراطها في الاقتراض منه وما ترتب على ذلك من تدهور عملات كثير من الدول خصوصا في الفترة التي انقضت بين الحربين العالميتين ،كما ان البنك المركزي وبالرغم من احتكاره لاصدار العملة ومساهمة الدولة في تبادل المعونة و المشورة ،الاانه لا يجب ان يكون مصلحة حكومية بل يجب ان يظل هيئة مستقلة عن الحكومة و لايمنع استقلاله هذا ان يتعاون مع وزارة المالية ولكنه لايعد فرع من فروع الاداة الحكومية ، من اجل ذلك يجب ان لايعرقل او يعترض نشاطه تدخل حكومي مسيطر .[١٣] ولكن تعبير استقلال البنك المركزي تعبير نسبي ، اذ ان الحكومة لها السلطان المطلق في تعيين العملة القانونية ، وتعديل القوانين الخاصة به ،[١٤] لذا فان استقلال البنك المركزي هو استقلال نسبي يترتب عليه تقليل درجة تدخل الحكومة في تنظيم الاعمال الداخلية للبنك اما سياسته

العامة فلا بد ان توضع بالاتفاق مع الحكومة و لايمكن تصور اي وضع آخر في الظروف الاقتصادية المعاصرة.[١٥]

وقد نص الملحق أ من الامر رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ على الصفة القانونية و استقلال البنك المركزي في المادة رقم (٢) وكالاتي : (١) يعتبر البنك المركزي العراقي والذي تم تاسيسه بموجب قانون البنك المركزي العراقي ، القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ ، بصيغته التي يتم تعديله من وقت الى اخر ، كيان قانوني يتمتع بالاهلية الكاملة للتعاقد و التقاضي و التعرض للمقاضاة و القيام بمهامه التي ينص عليها هذا القانون وغيره من القوانين ، ويجوز للبنك المركزي العراقي في سبيل اضطلاعه بالمهام المنوطة به (أ) ان يقوم بحيازة الممتلكات وادارتها (ب) وان يعين الموظفين ويحدد مهامهم الوظيفية ويقرر مستحقاتهم (ج) وان يحدد ميزانيته ويمولها . ولا يتضمن هذا القانون اي نص يفسر على انه يحول دون الابقاء على صفة البنك المركزي العراقي ككيان قانوني بمقتضى قانون سابق ، كما لا يتضمن هذا القانون اي نص يفسر على انه يتدخل في سلطة البنك المركزي العراقي او حقوقه او واجباته او التزاماته التي نص عليها قانون سابق ، باستثناء ما ورد بشانه نص بذلك في هذا القانون ، (٢) يتمتع البنك المركزي العراقي بالاستقلال فيما يقوم به من مساعي بغية تحقيق اهدافه وتنفيذ مهامه ، ويخضع للمسائلة وفقا لما ينص عليه هذا القانون .و لا يتلقى البنك المركزي العراقي اية تعليمات من اي شخص او جهة بما في ذلك الجهات الحكومية الا فيما ورد فيه نص يقضي بغير ذلك في هذا القانون ، يتم احترام استقلال البنك المركزي العراقي ، ولن يسعى اي شخص او جهة من اجل التاثير على نحو غير ملائم على اي عضو من اعضاء اية هيئة لصنع القرار تابعة للبنك المركزي العراقي فيما يتعلق بالقيام بواجبات وظيفته تجاه البنك ، ولن يقوم اي شخص او جهة بالتدخل في نشاط البنك المركزي العراقي.

فضلا عن احترام هذا الاستقلال و انسجاما مع المادة (٢٦) من القانون اعلاه التي حظرت على البنك المركزي اقراض الحكومة او اي هيئة عامة مملوكة للدولة بشكل مباشر او غير مباشر باستثناء شراء الاوراق الحكومية في اطار عمليات السوق ، فقد بات البنك المركزي مستقلا بادواته ايضا ولم يعد الرافعة المالية لتمويل العجز في الموازنة على غرار ما كان يحدث خلال الحقبتين الماضيتين لسد احتياجات الانفاق العام و بالصورة التي ادت الى ضرب عناصر الاستقرار في الاقتصاد وتدهور النمو و انحراف فرص الاستثمار .[١٦]

وكمحاولة للتاكيدعلى استقلال البنك المركزي صدر قانون خاص يبين اسلوب تعيين محافظ البنك المركزي ، حيث يتم تعيينه باقتراح من رئيس مجلس الوزراء ومصادقة مجلس النواب و ان يكون من ذوي الخبرة في الشؤون الصيرفية او المالية او الاقتصادية ، كما ان نائبا المحافظ يتم تعيينهما باقتراح من

المحافظ و توصية من مجلس الوزراء و موافقة مجلس النواب و ان يكونا من ذوي الخبرة و الاختصاص في الشؤون الصيرفية او المالية او الاقتصادية .[١٧]

ومن الجدير بالذكر انه في عام ٢٠٠٣ صدر امر من سلطة الائتلاف المؤقتة تضمن تدابير لضمان استقلال البنك المركزي العراقي وتم النص فيه على ما يأتي (يخول البنك المركزي صلاحية تحديد وتنفيذ السياسة النقدية وسياسة الائتمان بدون موافقة وزارة المالية ...ولا يبت في مسائل تحديد وتنفيذ السياسة النقدية وسياسة الائتمان سوى اعضاء ادارة البنك المركزي العراقي ،الذين يشغلون وظائف في البنك المركزي العراقي ويعملون فيه بموافقة المدير الاداري للسلطة الائتلافية المؤقتة).[١٨]

المبحث الثاني

وظائف البنك المركزي

يضطلع البنك المركزي بوظائف متعددة تنصب في النهاية لكفالة عدم حدوث اضطراب اقتصادي او سوء توازن في البلاد الذي قد ينجم عن العمليات المالية للدولة ، ويمكن فهم اهمية مسؤولية البنك المركزي في هذا الشأن بصورة جيدة حينما يفكر المرء بالتوسع في الضرائب و الانفاق الحكومي و عمليات الاقتراض التي تقوم بها الحكومة ، لان هذا التوسع قد يولد آثاراتضخمية او انكماشية لاقتصاد البلاد وفي هذه الحالة يبرز دور البنك المركزي بوظائفه ومنها تقديم النصح و الارشاد الى الحكومة وتوجيهها نحو افضل الخطوات لحماية الاقتصاد الوطني من اثار العمليات المالية للدولة .[١٩]

لذا برزت للبنك المركزي وظائف اساسية (اذ له وظائف متشعبة تمس كل الجوانب المالية والاقتصادية المختلفة للدولة) نجملها فيما يلي :

المطلب الاول – اصدار (البنكنوت)العملة ومراقبة الكمية الاجمالية للنقود

البنك المركزي هو السلطة الوحيدة التي تملك حق اصدار اوراق (البنكنوت) كمان له ، بموافقة السلطات الحكومية المختصة ، وبعد الاعلان المناسب ان يسحب من التدوال ايا من الاوراق النقدية ويبطل اعتبارها عملة قانونية عند اتقضاء مدة ذلك الاعلان ، وعلى وجه العموم فان البنك المركزي يتحكم تحكما تاما في الكمية الاجمالية للعملة القانونية المتداولة .[٢٠]

وهذا ما تم تطبيقه في العراق في قانون البنك المركزي العراقي لسنة ٢٠٠٤ في المادة رقم (٣٢) اذ عنونت المادة ب(باصدارالعملة) ونصت الفقرة (ا) منها على ان (يكون للبنك المركزي العراقي وحده دون غيره الحق في اصدار العملة الورقية و المعدنية لغرض تدوالها في العراق .وتعتبر العملة النقدية الصادرة بموجب هذه المادة رهن من المرتبة الاولى يحمل على اصول البنك المركزي العراقي ويقوم البنك المركزي

العراقي باتخاذ الترتيبات اللازمة لاصدار عملته النقدية الورقية و المعدنية لغرض تداولها في العراق ...) وكذلك نصت الفقرة (٢) على ان (تقتصر العملة الرسمية في العراق على العملات النقدية الورقية و المعدنية التي يصدرها البنك المركزي العراقي و التي لم يتم سحبها من التداول).

ونصت الفقرة (٣) من المادة نفسها على انه (ويجوز للبنك المركزي العراقي ان يقوم بموجب (لوائح)[٢١] تنظيمية بالحد من كميات العملات النقدية الورقية و المعدنية التي يجب قبولها بصفتها العملة الرسمية للعراق عند دفع اية التزمات ، ويجوز له ايضا وضع قيود على فئات هذه العملات النقدية والورقية و المعدنية التي يجوز استخدامها لتسديد مبالغ محددة او شرائح من المبالغ).

وتدور الفقرة الرابعة من ذات المادة في نفس الموضوع اذ نصت على ان (يكون البنك المركزي العراقي مسؤلا عن امداد العراق بعملته الورقية و النقدية ويسعى للمحافظة على توفير الكميات الكافية من العملة الورقية او المعدنية في جميع مناطق البلاد وفي كافة الاوقات) .[٢٢]

وفي الحقيقة للبنك المركزي في هذا المجال صلاحيات واسعة ومتعددة تنبع من سيطرتها على جميع العمليات المتعلقة والمرتبطة بالعملة القانونية في البلاد ومنها طبع العملات النقدية الورقية وسك العملات النقدية المعدنية –المعاملة المحاسبية للعملات النقدية الصادرة، واعدام العملات واستبدالها وسحب العملات النقدية الورقية و المعدنية المعيبة و مصادرة اية عملات نقدية ورقية ادخل على مظهرها الخارجي تغييرات في ذلك و التخلص من العملات النقدية المزورة واستبدالها باخرى جديدة بمبالغ مساوية [٢٣].

وقد مارس البنك المركزي العراقي دورا بارزا في السياسة النقدية حيث عانى الاقتصاد العراقي من حالة التضخم المستمر منذ مطلع عقد التسعينات حتى قارب نموه حوالي ٧٧%في شهر اب من العام ٢٠٠٦ نتيجة قصور قطاعات انتاجية واسعة لاسيما في مجال النشاط الزراعي و الصناعي كما تعكسه مستويات البطالة المرتفعة التي قاربت بمختلف اشكالها حوالي ٥٠% من اجمالي قوة العمل ، فاسهمت حالة الاختلال الاقتصادي وضياع فرص الاستقرار الى جعل السياسة النقدية امام المسؤوليات المباشرة للبنك المركزي العراقي في تحقيق اهدافها الرئيسة في خفض التضخم و العمل على تعزيز قيمة الدينار العراقي استنادا الى المبادئ التي جاء بها قانون البنك المركزي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ .[٢٤]

ومن الوسائل التي اعتمدها البنك المذكور هو اداة سعر الصرف لتحقيق الاستقرار في المستوى العام للاسعار من خلال الرفع التدريجي للقيمة الخارجية للدينار العراقي (بجعل سعر الصرف الاسمي للدينار يماثل سعره الحقيقي) . [٢٥]

وكذلك من خلال دعم اسعار الفائدة ، وهكذا ثبتت فاعلية السياسة النقدية في خفض التضخم الاساس من مستوى نمو سنوي بلغ ٣٢% كما كان عليه الحال في شهر كانون الثاني ٢٠٠٧ الى مستوى سنوي بلغ٤، ١٢في شهر حزيران عام ٢٠٠٨.[٢٦]

المطلب الثاني – وظيفة بنك الحكومة

قيام البنك المركزي بوظيفة بنك الحكومة يعد امرا طبيعيا تحتمه الصبغة الرسمية او شبه الرسمية التي يتميز بها عن بقية البنوك ، ولا يختلف اثنان في ضرورة ايداع الحكومة اموالها في البنك المركزي ليس فقط لكونه بنك الدولة الرسمي بل لان الحكومة اذا اودعت تلك الاموال في احد البنوك التجارية يكون في ذلك محاباة لهذا البنك ترجع الى ضخامة الاموال التي تودعها الحكومات في البنوك عادة ،بالاضافة الى قيام البنك المركزي بالاحتفاظ باموال الحكومة فانه يؤدي لها خدمات اخرى عديدة اهمها تقديم الاستشارات المالية والنقدية و الاسهام في وضع السياسة المالية العامة للدولة و العمل على تنفيذها ،كذلك يتولى البنك المركزي باصدار جميع القروض الحكومية ودفع فوائدها وسداد قيمتها نيابة عن الحكومة.[٢٧]

فهذه الوظيفة مشتقة من خصيصتي الوحدة و الملكية العامة للبنك المركزي ،وبالتالي فهو يقبل اذون الخزانة الصادرة عن السلطة التنفيذية ، ويمدها دائما بوسائل الدفع اللازمة لتادية نشاطها ،وينظم حسابات الحكومة والمشروعات العامة ، ويقوم بعمليات التمويل الخارجي ،وتجميع العملات الاجنبية و المدفوعات الخارجية ،فكل امكاناته البشرية والفنية هي لاغراض السلطة التنفيذية واضعة السياسة النقدية لتحقيق اهدافها الاقتصادية .[٢٨]

وهذا ما تم النص عليه ضمن المادة رقم(٤) من الملحق (أ) للامر (٥٦) المعنون(بالمهام) اذ في سبيل تحقيق الاهداف المنصوص عليها في المادة (٣) وفيما ورد ذكره علاوة على ذلك في المادة (٢٧) من الملحق (ا) للامر(٥٦) الخاص باحتياطي النقد الاجنبي اذ نصت على ما يلي (يعقد البنك المركزي العراقي صفقات على الاصول الاجنبية ويقوم بادارة الاحتياطي الرسمي من النقد الاجنبي للدولة وفقا لافضل الممارسات الدولية ولاهداف السياسة النقجية ويجوز للمجلس ان يستثمر مثل هذا الاحتياطي في اي من الاصول الاتية او في جميعها :-

أ-النقد الذهبي الموجود في خزائن البنك المركزي العراقي .

ب-العملات النقدية و المعدنية الاجنبية التي عادة ما تستخدم في تأدية الحسابات الدولية التي يمسكها البنك المركزي العراقي او لحسابه .

ج- الارصدة الدائنة واجبة الدفع عند الطلب او واجبة السداد بعد اجل قصير بالنقد الاجنبي الذي عادة ما يستخدم في تادية الحسابات الدولية التي يحتفظ بها البنك المركزي في حسابات لديه او تلك التي تستثمر عن طريق اتفاقيات اعادة الشراء التي تبرم مع المصارف المركزية الاجنبية او المنظمات المالية الدولية او كبرى المصارف الدولية التي يحددها المجلس .

د- حقوق السحب الخاصة المتوفرة لحساب العراق لدى صندوق النقد الدولي .

هـ- وضع احتياطي العراق لدى صندوق النقد الدولي .

و- اية اوراق مالية لديون قابلة للتداول التي تصدرها او التي تحظى بالثقة الكاملة و اعتماد الحكومات الاجنبية او المصارف المركزية او المؤسسات المالية الدولية و التي يتم دفعها بالعملات الاجنبية التي عادة ما تستخدم في تادية الحسابات الدولية التي يمسكها البنك المركزي العراقي او لحسابه .

المطلب الثالث – وظيفة بنك البنوك

جميع البنوك التجارية ملزمة اما بحكم العرف المصرفي او بقوة القانون بان تحتفظ بجزء من احتياطياتها النقدية على هيئة ودائع لدى البنك المركزي وبالاضافة الى الوظيفة الاساسية لهذه الودائع البنكية في تمكين البنك المركزي من فرض رقابته على حجم الائتمان المصرفي فان لها وظيفة اخرى هامة هي تسوية المديونات المتبادلة بين البنوك التجارية نتيجة لايداع العملاء في بنوكهم شيكات مسحوبة على بنوك اخرى .[٢٩]

واضطلاع البنوك المركزية القديمة بهذه المهمة كان وليد تطور غير مرسوم ، فقد كانت عوامل اليسر و الملائمة هي كل ما حفز البنوك التجارية الى ايداع ما يفيض عن حاجتها من احتياطياتها النقدية لدى بنك الاصدار الرئيسي .[٣٠]

وتتضح وظيفة بنك البنوك من خلال تقديمه للبنوك الاخرى في المجتمع نفس التسهيلات التي تقدم لزبائنها ، اذ يمكنهم من السحب على الرصيد على البنك المركزي ويستكملون ارصدتهم عندما تنخفض من البنك المركزي ، لكن هذا من الممكن ان يكون بواسطة ابقاء موجودات او اصول كافية من تلك الانواع التي من الممكن ان يرهنها لدى البنك المركزي .[٣١]

وهذا ماتم النص عليه في المادة رقم (٢٩) من الملحق رقم (أ) من الامر رقم (٥٦) اذ نصت على ان (يتطلب البنك المركزي العراقي من المصارف ، تنفيذا للسياسة النقدية للعراق وبمقتضى (اللوائح) المنظمة في هذا الشان ، ان تحتفظ باحتياطي في شكل ارصدة نقدية او ودائع لدى البنك المركزي العراقي .ويتم الاحتفاظ بمثل هذا الاحتياطي في حده الادنى المنصوص عليه و الذي يحسب كمتوسط مستويات الاحتياطي في نهاية اليوم خلال الفترات الزمنية التي يحددها البنك المركزي العراقي و التي تتعلق بحجم

ونوع ومواعيد استحقاق ودائع المصارف و الاموال المقترضة وغيرها من الخصوم التي يجوز للبنك المركزي العراقي ان يحددها .كما يجوز للبنك المركزي العراقي في حالة عجز اي مصرف عن الاحتفاظ بالحد الادنى من الاحتياطي المطلوب المنصوص عليه اعلاه ان يفرض نسبة فائدة على سبيل العقوبة يتم تحصيلها على اساس عجز الاحتياطي في هذا المصرف حتى تتم تغطية هذا العجز .[٣٢]

المطلب الرابع – مزاولة البنك المركزي للاعمال المصرفية العادية

على الرغم من ان البنوك المركزية لا تتعامل عادة مع الافراد و الهيئات الخاصة الا ان اغلبيتها تحتفظ لنفسها بحق القيام بقدر محدود من الاعمال المصرفية العادية ،ويرجع ذلك اما الى اسباب تاريخية او الى طبيعة سوق النقد وعدم تخصص مؤسساتها وعدم كفاية البنوك التجارية الموجودة فيها لاداء جميع الخدمات المصرفية اللازمة للبلاد كما يرجع لمجرد رغبة البنك المركزي في ترك الباب مفتوحا لقيامه في بعض الظروف الاستثنائية ببعض العمليات المصرفية العادية التي يزهد في القيام بها في الظروف العادية ،فمثلا ما زال بنك انكلترا يتعامل الى الان مع بعض الاسر البريطانية العريقة التي كانت تتعامل معه منذ ان كان بنكا خاصا ولم يجد البنك من المناسب ان يطلب من عملائه القدامى اغلاق حساباتهم معه .[٣٣]

واصبحت مزاولة البنوك المركزية للاعمال المصرفية العادية مع الافراد و المشروعات مباشرة من اسس قيامها بوظائفها في كثير من البلاد الحديثة العهد بالنظام المصرفي ، وذلك على خلاف ما تنحو اليه التعاليم التقليدية في ادارة البنوك المركزية ، اذ يستطيع البنك المركزي عندئذ ان يعوض بتغيير نطاق عملياته او تعديل اتجاهاتها عن اية اتجاهات غير مرغوب فيها من جانب البنوك التجارية كوسيلة من وسائل الرقابة عليها .[٣٤]

ويظهر دور البنك المركزي في الاقتصاد من خلال فعاليات او عمليات السوق المفتوح وذلك في فترات الكساد عندما تتم تصفية الاملاك بشكل شائع ومنتشر وتاخذ محلها المدخرات و الاكتناز ، حيث يستطيع البنك المركزي على سبيل المثال ان ياخذ السندات على الحساب ويزود او يقدم للاقتصاد وعرض كبير للنقود ، خاصة عندما تبيع البنوك للسندات وغيرها من الاصول و الموجودات .[٣٥]

وهذا ما تم النص عليه في القسم السادس من الملحق أ للامر رقم (٥٦) الخاص بالاختصاصات النقدية وذلك في المادة رقم (٢٨) المعنونة بعمليات السوق المفتوح و التسهيلات القائمة وذلك كالاتي (يجوز للبنك المركزي العراقي في سبيل تحقيق اهدافه ان (أ) يقوم باداء عمليات السوق المفتوح مع المصارف التجارية الحائزة على ترخيص او تصريح من قبل البنك المركزي العراقي بموجب القانون المصرفي ، او مع وسطاء ماليين حاصلين على الترخيص المناسب حسب تقدير البنك المركزي العراقي

وطبقا للقواعد التي يحددها ، كما يجوز له ان (ب) يقدم تسهيلات عامة للمصارف التجارية المرخصة او الحائزة على تصريح من البنك المركزي العراقي بموجب القانون المصرفي وطبقا للقواعد التي نص عليها وحددها البنك المركزي العراقي عن طريق :-

(أ) البيع او الشراء القطعي البسيط غير المشروط (النقدي أو الآجل) او بموجب اتفاقيات اعادة الشراء او اية عقود مالية مشابهة او اوراق مالية لديون صادرة من قبل البنك المركزي العراقي او من قبل الحكومة وتحمل عائد السوق على ان تقتصر عمليات شراء الاوراق المالية للديون الصادرة عن الحكومة على عمليات تجري في السوق المفتوح وفي السوق الثانوي فقط .

(ب) الشراء او البيع البسيط غير المشروط (النقدي او الآجل) للنقد الاجنبي .

(ج) خصم الكمبيالات او السندات الاذنية .

(د) تقديم القروض المؤمنة تامينا كاملا بواسطة رهن يضمن القرض .

(هـ) قبول ودائع من المصارف تدفع عليها فوائد.

وعلى سبيل المثال ما يتم في مزاد العملة الاجنبية للبنك المركزي العراقي من خلال بيع وشراء العملة الاجنبية اذ يتم استخدام هذا المزاد كوسيلة تدخل مناسبة لاستقرار سعر الصرف و السيطرة على التوقعات التضخمية ، وترسيخ الاستقرار .[٣٦]

المطلب الخامس – وظيفة المقرض الاخير و المصدر النهائي للنقود

اذا تاملنا في جميع الوظائف السابقة للبنك المركزي لوجدنا انها جميعا تعطي البنك المركزي حقوقا وسلطات واسعة، اما هذه الوظيفة الاخيرة التي نحن بصددها فانها تضع على البنك المركزي مسؤوليات جسيمة فيما يتعلق بتدعيم الجهاز المصرفي و النظام النقدي بصفة عامة ، و قد كان Walter Bagehotاول من اشار الى ضرورة نهوض البنك المركزي باعباء هذه المسؤولية في مؤلفه الشهير Lombard Streetالذي نشره للمرة الاولى في سنة ١٨٧٣ فقد اوضح الكاتب في هذا المؤلف ان البنك المركزي لابد ان يتحمل مسؤولية تقديم القروض الى البنوك التجارية وبيوت الخصم اذا ما ارغمتها الظروف على ان تلجأ اليه بوصفه المقرض الاخير و المصدر النهائي للنقود ، وقد اضاف Bagehot ان ممارسة هذه الوظيفة هي واجب على البنك المركزي و التزام لا يمكن ان يتحلل منه تحت اي زعم.[٣٧]

وامكانية الاقتراض منه لايعد حقا للبنوك التجارية وانما مجرد ميزة لها ، فليس من الضروري ان يستجيب البنك المركزي لطلبات الائتمان و الاقتراض المقدمة من البنوك التجارية ، فهو يستطيع تفضيل القروض وتوفير الائتمان المرتبط بالاحتياجات الاساسية الضرورية للاقتصاد القومي ، فالمقصود بهذه الوظيفة هو وقوف البنك المركزي مستعدا لمد يد العون للسوق الائتماني في حالات الضيق المالي او

عند الضرورة بوضعه ما يلزم من الاصدة النقدية تحت تصرف البنوك التجارية او غيرها من المؤسسات الائتمانية .[٣٨]

وهذا ماتم النص عليه في المادة رقم (٣٠) من الملحق أ للامر رقم ٥٦ و كالاتي (يجوز للبنك المركزي العراقي _ وبشروط تم النص عليها_، في الظروف الاستثنائية وبموجب الشروط و الاحكام التي يحددها وبموجب القانون المصرفي ، ان يكون المقرض الاخيرلمصرف مرخص او يحمل تصريحا صادر من البنك العراقي ، ويجوز تقديم مثل هذا الدعم في شكل معونات مالية تمنح للمصرف او لمصلحة المصرف لمدة لاتزيد عن ثلاثة اشهر ، ويجوز للبنك المركزي العراقي ان يجدد هذه المد على اساس برنامج يوضح الاجراءات التي يقوم بها المصرف المعني ، ولا يلتزم البنك المركزي بتقديم مثل هذه المساعدات المالية الا اذا (أ) رأى البنك المركزي العراقي ان المصرف مليء و ان الضمانات التي يقدمها مناسبة و ان طلبه للمعونة قائم على حاجته لتحسين السيولة .(ب) واذا كان هذا الدعم ضروري للحفاظ على استقرار النظام المالي ، واذا كان وزير المالية قد اصدر ضمانا كتابيا للبنك المركزي العراقي نيابة عن الحكومة يضمن فيه سدادقيمة القرض.[٣٩]

المطلب السادس – الاشراف والرقابة على المصارف الاخرى الموجودة في الدولة

لمزيد من الرقابة على البنوك التجارية و جعلها محاطة ببعض القيود التي تعد ضمانات سواء للبلد و المواطنين على حد سواء ،وجدت هذه الوظيفة حيث يعد البنك المركزي المشرف و المراقب العام على جميع المصارف المحلية و الاجنبية .

وهذا مانص عليه المشرع العراقي في عدة قنوات ،[٤٠] كما ياتي :

اولا – يكون للبنك المركزي العراقي وحده دون غيره سلطة كافة الاجراءات اللازمة لترخيص وتنظيم عمل المصارف و الاشراف عليها وعلى فروعها من اجل امتثال جميعها لاحكام هذا القانون و القانون المصرفي.

ثانيا – له كذلك سلطة المعاينة خارج مقر البنك وفروعه التابعة له في مواقع عملهم، بالطريقة التي يختارها البنك المركزي العراقي وفي الوقت الذي يختاره .

ثالثا – يكون للبنك المركزي العراقي وحده دون غيره سلطة مطالبة المصارف و الفروع التابعة لها بتقديم كافة المعلومات المتعلقة بشؤون البنك والفروع التابعة له وعملائه التي قد يحتاج اليها البنك المركزي العراقي .

رابعا – وله علاوة على ذلك سلطة القيام بعمل تصحيحي ،وفقا لما ينص عليه هذا القانون و القانون المصرفي ، من اجل تطبيق الهيئات المرخصة و الفروع التابعة لها لتلك القوانين وامتثالها لاي لوائح

تنظيمية او معايير و ارشادات او توجيهات حصيفة ،[٤١] يكون البنك المركزي العراقي قد اصدرها فيما يتعلق بتنفيذه لمثل هذه القوانين .

خامسا – اضافة الى ما سبق لا يكون لاي اجراء تتخذه اي جهة تابعة للحكومة غير البنك المركزي العراقي فيما يتعلق بتنظيم نشاطات الاقراض و الاعتماد الخاصة بالمصارف اي صفة قانونية .

كما لايحق لاي شخص في العراق ممارسة الاعمال المصرفية دون الحصول على ترخيص او تصريح صادر من البنك المركزي العراقي عدا الشخص الذي تم اعفاءه من قبل البنك المركزي ..وتكون للبنك المركزي سلطة دخول مكاتب اي شخص وفحص حساباته ودفاتره ومستنداته وسجلاته الاخرى اذا قرر البنك المركزي العراقي ان هناك اسسا معقولة للشك بان هذا الشخص يمارس انشطة لا تتماشى مع الاحكام السابقة من هذه المادة ويقوم مسؤولو تطبيق هذا القانون فور تلقيهم طلبا من البنك المركزي العراقي وباستخدام القوة عند الضرورة بمساعدة البنك المركزي العراقي على دخول اماكن هذا الشخص وفحص حساباته او دفاتره وسجلاته الاخرى .[٤٢]

اظافة الى ان تاسيس اي مصرف في العراق يتطلب بما في ذلك الفروع الثانوية التي تعود غالب او كامل ملكيتها لمصرف اجنبي او شركة مصرفية قابضة او فرع او مكتب تمثيل لمصرف اجنبي في العراق اصدار ترخيص مصرفي مسبق من البنك المركزي العراقي .[٤٣]

حتى بالنسبة لتغيير الاداريين وموظفي المصرف رفيعي المستوى في المصارف يكون تحت اشراف وموافقة البنك المركزي .[٤٤] وكذلك الدمج و الاتحاد بين المصارف لا يتم الا بموافقة البنك المركزي العراقي.[٤٥]

هذا وينظم البنك المركزي قواعد ممارسة النشاط المصرفي للمصارف .[٤٦] كما تحاط العمليات الاستثمارية للمصارف بقيود يحيطها بها البنك المركزي منها ما يكون محظورا على اي مصرف وبدون موافقة مسبقة من البنك المركزي العراقي ان يستثمر في الاسهم او في سندات مرتبطة باسهم او اي مشروع وبمبلغ يتجاوز ٢% من راس المال و الاحتياطات السليمة للمصرف و الى المدى الذي يسبب فيه تحويل اية اسهم او سندات مرتبطة باسهم الى المصرف في اطار عملياته المصرفية تجاوز حيازاته لمثل هذه الحدود...[٤٧] او تاجير الحصة الزائدة من عقاره الذي يستخدمه لعملياته المصرفية .[٤٨] او ان يكتسب مساهمة في مصرف آخر او مؤسسة مالية او امتلاك اسهم في مصارف اخرى او مؤسسات مالية او امتلاك اوراق مالية او حصصا في شركة مؤسسة خارج العراق الا اذا قدآلت اليه لسداد ديونه .[٤٩] حتى ساعات عمل هذه المصارف وعطلها يتم تحديدها بموافقة البنك المركزي .[٥٠]

وعلى هذه المصارف تزويد البنك المركزي بحسابات و كشوفات مالية او معلومات بخصوص مختلف حساباته و انشطته .[٥١] اظافة الى التقرير السنوي الذي يجب ان يرسل كل مصرف نسخا منه

الى البنك المركزي العراقي في موعد لا يتجاوز ٣٠ يوما بعد توفره و في غضون ٦ اشهر من نهاية السنة المالية للمصرف كاخر موعد .[٥٢]

وكذلك ارسال نسخ من تقرير مراجع الحسابات الى البنك المركزي العراقي في موعد لا يتجاوز ٣٠ يوما من تاريخ اعداده .[٥٣] و الاكثر من ذلك للبنك المركزي العراقي سلطات جزائية بفرض عقوبات وهي غرامات مالية ادارية تصل الى (٥) مليون دينار يوميا في حالة المخالفات الى ان تتوقف المخالفة او يتحقق الامتثال و لاتتجاوز ٥% من مجموع راسماله .[٥٤]

كما للبنك المركزي العراقي سلطة تعيين الاوصياء على المصارف .[٥٥] اضافة الى ان تصفية المصارف تتطلب كذلك موافقة البنك المركزي العراقي .[٥٦]

ومن ضمن الامور التنظيمية و الرقابية التي تم انشاءهالمواكبة التطورات المصرفية والتي تدخل ضمن واجبات البنك المركزي هو استحداث مكتب لمكافحة غسل الاموال و اموال الجريمة و الارهاب .[٥٧]

الخاتمة

لاحظنا ان اغلب دول العالم قد تبنت فكرة البنوك المركزية و اصبحت جزءا لايستغنى عنه من اجزاء النظام النقدي و المالي وتوصلنا الى بعض الاستنتاجات منها :

اولا: تبين لنا ان البنك المركزي يحتل مركز الصدارة في الجهاز المالي و النقدي فهو في قمة هذا الجهاز يوجهه و يقوده و يراقب الاجهزة الاخرى و عملها لمنع الاختلالات الاقتصادية في الدولة او تقليلها الى ادنى حد ممكن .

ثانيا: ان البنك المركزي يتمتع بشخصية قانونية معنوية يتم احاطتها بنوع من الاستقلالية ولكنه ليس بالاستقلال الكامل و انما يعد استقلالا نسبيا ، اذ لا نغفل عن العلاقة المتبادلة ما بين البنك المركزي وما بين الحكومة ، حيث يتم تبادل النصح و الارشاد وتوجيه التعليمات لتسيير النواحي المالية و النقدية للدولة ، فلا يمكن لاحدهما الانفصال الفكري و العملي عن الاخر .

ثالثا :تتولى البنوك المركزية العديد من الوظائف منها الاساسية و منها ما تنبثق من الاخيرة و بالاضافة الى تلك الوظائف الرئيسية هناك خصوصية للظروف الاقتصادية وا لمالية المحيطة بكافة قطاعات الدولة ، لذلك تم مد البنك المركزي بادوات متعددة للقيام بوظائفه على اتم وجه والوقاية من الازمات المالية او معالجتها، منها السياسة النقدية و عمليات الائتمان المختلفة ،ورقابة المصارف التجارية الاخرى وغيرها مما ذكرنا سابقا .

رابعا: لاحظنا ان نشوء البنك المركزي في العراق كان حديثا نسيبا ، وتوالت التشريعات التي كان محورهاالبنك المركزي ،وتعددت الوظائف ا لتي يتولاها اضافة الى الوظائف الرئيسية المتعارف عليها في

اغلب دول العالم اذ ان للظروف السابقة و الحروب ،القت العبء الكبير على البنك المركزي لاعادة الاستقرار النقدي و الاقتصادي في البلاد ، اذ اثرت تلك الظروف بشكل كبير في مالية الدولة وورثت العديد من المشاكل التي حاول ويحاول البنك المركزي العراقي التخفيف من الازمات المتوارثة منها التضخم وانخفاض قيمة العملة الوطنية بالوسائل المشرعة المتاحة له .

خامسا : وبالتاكيد ان كل العمليات التي يقوم بها البنك المركزي لها الاثر البالغ في مالية الدولة بمختلف النواحي فالانفاق الحكومي يتطلب مبالغ نقدية احيانا تكون من مخزونات الدولة اين؟ لدى البنك المركزي ، وقد تحتاج الحكومة الى اصدار نقدي جديد من يصدره ؟ البنك المركزي ، وقد يتطلب الحال احيانا عمليات ائتمانية بقروض مختلفة فمن هو المسؤول عن القروض والاقراض ؟ البنك المركزي ،حتى الواردات اين تصب ؟ في البنك المركزي،الاحتياطي المحلي و الاجنبي .....وهكذا تتعدد الوظائف و آثارها في مالية الدولة الى ادق التفاصيل المتعلقة بحياة مواطني البلد.

التوصيات

اولا: المحافظة على استقلالية البنك المركزي ، ومده بالتشريعات اللازمة لذلك دون تدخلات من مؤسسات الدولة الاخرى كي لاتصدر منه قرارت موجهه ، وبالتالي تحقيق مصلحة البلد بأفضل الوسائل .

ثانيا :بيان دور البنك المركزي وفعالياته بشكل يتصف بالشفافية و الوضوح ، و التعريف باعماله ومهامه للمواطنين كافة .

الهوامش

١. د.ناظم محمد نوري ، النقود و المصارف ، مطبعة دار الكتب للطباعة و النشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨، ص١٤٥.

٢. بالرغم من ان بنك السويد هو اقدم البنوك المركزية ، ومع ذلك يرجع معظم الكتاب تاريخ البنوك المركزية الى انشاء بنك انجلترا عام ١٦٩٤ لما اتفق ما لهذا البنك من اثر هام في تطوير الفن المصرفي المركزي.(د. محمد زكي شافعي ، مقدمة في النقود و البنوك ، الطبعة الرابعة ،مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،١٩٥٨، ص(٢٥٠ ,R.G.Hawtrey ,The art of central banking ,long mans,gree com, London,Newyork,1933,(117).

٣. د.شقيري نوري موسى و اخرون ، المؤسسات المالية المحلية و الدولية ، الطبعة الاولى ، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، عمان الاردن ، ٢٠٠٩، ص ٥٧.

٤. د.شقيري نوري موسى واخرون ، المصدر السابق، ص ٧٦.

٥. سعيد عبود السامرائي ، النظام النقدي و المصرفي في العراق ، الطبعة الاولى، مطبعة دار البصري ، ساعدت وزارة التربية والتعليم على نشره، بغداد،١٩٦٩،(١٠٥-١٠٦).
٦. سعيد عبود السامرائي ، النظام النقدي و المصرفي في العراق ، المصدر السابق ، ص ١٣١.
٧. د. جاسم المناعي ، ملامح السياسة النقدية في العراق ، ص (٢) الانترنت.www .gov-pub-f.pdf
٨. د. محمد زكي شافعي ، مقدمة في النقود و البنوك ، المصدر السابق ، ص(٢٤٨).
٩. حكمت الحارس ، السياسية الضريبية وتطور النظام الضريبي في العراق ،رسالة دكتوراه،دار وهران للطباعة ،١٩٧٣،ص (٤٥٠-٤٥٥)
١٠. J.Marvin Peterson and D.R. Cawthorne ,money and banking ,revised edition, the macmilian company, New York ,1949, p(126).
١١. د. محمد عبد العزيز عجمية ، د. مصطفى رشدي شيحة ، النقود و البنوك و العلاقات الاقتصادية الدولية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٢،ص(١٠٧-١٠٩)
١٢. د. محمد خليل برعي ، مكتبة نهضة الشرق ، جامعة القاهرة ، المطبعة التجارية الحديثة ، ١٩٨٥، ص(١٠٨)
١٣. د.محمد عبد الله العربي ، اصول علم المالية العامة والتشريع المالي ،الجزء الاول ،الطبعة الثانية ،١٩٥٣،ص(٧٦-٧٧).
١٤. حتى ان احد الكتاب يرى زيادة تركيز السلطة فيما يتعلق بالمسائل النقدية في ايدي الحكومة لكي تتماشى مع اهداف السياسة المالية ،على ان يظل البنك المركزي بسلطاته الادارية الهامة كالاشراف على البنوك الاخرى خاصة فيما يتعلق بتنفيذ السياسة المصرفية المرسومة.د.عبد المنعم فوزي،المالية العامة و السياسة المالية،منشاة المعارف ،الاسكندرية ،١٩٦٥،ص(٤٤٨)
١٥. د. محمد مظلوم حمدي، النقود واعمال البنوك و التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ،بلا سنة، ص(٤٢).
١٦. د.جاسم المناعي ، ملامح السياسة النقدية في العراق، الانترنت ، . gov-pub-f.pdf
١٧. المادة (١) بفقرتيها (أوب) من القانون رقم (٦٣) لسنة٢٠٠٧ قانون التعديل الاول لقانون البنك المركزي العراقي الصادر بالامر رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ عن سلطة الائتلاف المؤقتة.
١٨. الامر رقم (١٨) الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة٢٠٠٣ .(ولكن قد تثير العبارة الاخيرة المتعلقة بموافقة المدير الاداري بعض الشكوك حول الاستقلالية الكاملة)
١٩. د. صالح يوسف عجينة ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة دمشق ، بغداد ، ١٩٧١، ص(٢٢٣-٢٢٤).
٢٠. د. محمد مظلوم حمدي ، النقود و اعمال البنوك و التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص (٦٢-٦٣).
٢١. هذه العبارة تستخدم في التشريع المصري وتطلق على القرارات التنظيمية في التشريع العراقي.
٢٢. المادة (٣٢) من الامر رقم ٥٦و ملحقه رقم (أ) الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤.

٢٣. المواد(٣٢،٣٤،٣٥،٣٦) من الملحق (ا) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤.

٢٤. د. مظهر محمد صالح قاسم ، السياسة النقدية للبنك المركزي العراقي ومتطلبات الاستقرارو النمو الاقتصادي ، البنك المركزي العراقي ،٢٠٠٨،ص(١) ، الانترنت.www.mudh-pub2-f.pdf

٢٥. د. مظهر محمد صالح ، المصدر السابق ، ص(٢.(

٢٦. د.مظهر محمد صالح ،المصدر السابق ،ص(٣) .

٢٧. د.محمد مظلوم حمدي ،النقود و اعمال البنوك والتجارة الدولية ، مصدر سابق ،ص(٧٢.(

٢٨. د.محمد عبد العزيز عجمية ،د.مصطفى رشدي شيحة ،النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية، المصدر السابق،ص(١١٦-١١٧) .

٢٩. د.محمد مظلوم ،المصدر السابق ، ص (٧٢. (

٣٠. د.محمد زكي شافعي ، المصدر السابق ، ص(٢٥٩. (

٣١. R.G.Hawtrey ,the art of central banking,lb,p(116).

٣٢. الفقرتين (أ،ب) من المادة رقم(٢٩) من الامر رقم (٥٦. (

٣٣. د.محمد مظلوم ، النقود واعمال البنوك و التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص(٧٣).كما يرى الكاتب وباعتبار ان البنك المركزي هيئة رسمية لا تضع الربح في المقام الاول فمن الافضل الايقوم البنك المركزي باعمال البنوك العادية ، المصدر السابق ، ص(٧٤.(

٣٤. د. محمد زكي شافعي ، مقدمة في النقود والبنوك ، المصدر السابق، ص (٢٧٦.(

٣٥. J.marvin Peterson and D.R.Cawthorne , Money and Banking, lb,p (129).

٣٦. د. جاسم المناعي ، المصدر السابق ، ص(٢٢).

٣٧. د.محمد مظلوم ، المصدر السابق ، ص (٧٤) .فاحتكار البنك المركزي لعملية اصدار النقود يكسبه مكانة خاصة فضلا عن الارباح التي يحققها من هذه العملية ، كما ان تكليف البنوك التجارية بايداع جزء من احتياطياتها النقدية لديه اما بحكم العرف او القانون يجعله بطبيعة الحال في مركز الرقيب على اعمالها ، اما ايداع الحكومة اموالها لديه فيضعه في مركزممتاز بالنسبة لبقية البنوك ، كذلك فانه اذا قام بقدر محدود من اعمال البنوك العادية فانه يفعل ذلك وهو متمتعا بدرجة من الثقة لا يمكن ان ينافسه فيها اي بنك آخر .د.محمد مظلوم ، المصدر السابق، ص(٧٤)

٣٨. د. محمد زكي شافعي ، المصدر السابق ، ص(٢٥٨)

٣٩. المادة رقم (٣٠) من الملحق (أ) للامر (٥٦) لسنة ٢٠٠٤.كما للحكومة اللجوء الى اذونات الخزانة(قروض قصيرة الاجل)لتمويل العجز المؤقت في بنود الايرادات العامة ونفقاتها،فقد تتزايد النفقات الحكومية بصورة مؤقتة عن الايرادات المتحصلة خلال فترات معينة .د.سعيد عبد العزيز ،المالية العامة ،مدخل تحليلي معاصر،الدار الجامعية ،بيروت،٢٠٠٨،ص(٣٣٧).

٤٠. المادة رقم (٤٠) من الملحق (أ) من الامر رقم(٥٦) لسنة ٢٠٠٤.

٤١. وقد يتبادر الى الذهن تساؤل عن ماهية صفة (الحصيفة) وهل يجوز مخالفتها لو لم تكن كذلك؟.
٤٢. المادة (٣) من قانون المصارف الصادر بالامررقم (٤٠) لسلطة الائتلاف المؤقتة وملحقه رقم (أ) لسنة ٢٠٠٤.
٤٣. المادة (٤) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤
٤٤. المادة (١٩) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤
٤٥. المادة (٢٣) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤
٤٦. الباب (٥) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤ .
٤٧. الفقرة (١) من المادة (٣٣) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤ .
٤٨. الفقرة(٢) من المادة (٣٣) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤ .
٤٩. الفقرتان (٤و٥) من المادة (٣٣) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤.
٥٠. المادة (٣٤) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤ .
٥١. الباب (٦) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤ .
٥٢. المادة (٤٥) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤ .
٥٣. الفقرة (٦) من المادة(٤٦) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤.
٥٤. الفقرة(٣) من المادة(٥٦) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤
٥٥. المادة (٦٠) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤
٥٦. الباب (١٣) من قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) من سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة٢٠٠٤.
٥٧. د.جاسم المناعي ، المصدر السابق ،(٢١) .

المصادر

المصادر_العربية

١- حكمت عبدالكريم الحارس ،السياسة الضريبية وتطور النظام الضريبي في العراق ،رسالة دكتوراه ،دار وهران للطباعة ،١٩٧٣.

٢- د. سعيد عبد العزيز ،المالية العامة مدخل تحليلي معاصر،الدار الجامعية، بيروت ،٢٠٠٨ .

٣- سعيد عبود السامرائي ، النظام النقدي و المصرفي في العراق ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار البصري ، ساعدت وزارة التربية و التعليم على نشره ، بغداد ، ١٩٦٩.

٤- د. شقيري نوري موسى و اخرون ، المؤسسات المالية المحلية و الدولية ،الطبعة الاولى ،دار المسيرة للنشر والتوزيع ،عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩.

٥- د. صالح يوسف عجينة ، اقتصاد السوق والبنوك ،الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة دمشق ، بغداد ، ١٩٧١.

٦- د.عبد المنعم فوزي ،المالية العامة والسياسة المالية ،منشاة المعارف ،الاسكندرية،١٩٦٥.

٧- د.محمد عبد الله العربي ،اصول علم المالية العامة والتشريع المالي ،الجزء الاول،الطبعة الثانية،١٩٥٣،

٨- د. محمد خليل برعي ،النقود و البنوك ، مكتبة نهضة الشرق ، جامعة القاهرة ، المطبعة التجارية الحديثة ،١٩٨٥.

٩- د. محمد زكي شافعي ، مقدمة في النقود و البنوك ،الطبعة الرابعة ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ،١٩٥٨.

١٠- د.محمد عبد العزيز عجمية ، د.مصطفى رشدي شيحة ،النقود و البنوك و العلاقات الاقتصادية الدولية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٢.

١١- د.محمد مظلوم حمدي ، النقود و اعمال البنوك و التجارة الدولية ،دار النهضة العربية ، بلا سنة .

١٢- د. ناظم محمد نوري ، النقود و المصارف ، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨.

المصادر الاجنبية

1- J.Marvin Peterson and D.R.Cawthorne , money and banking ,revised edition ,the macmilian company ,New York ,1949.

2-R.G.Hawtrey ,the art of central banking ,longmansgree com , London ,New York , 1933.

مواقع الانترنت

١- د. جاسم المناعي ، ملامح السياسة النقدية في العراق ، www.gov.pub-f.pdf.

٢- د.مظهر محمد صالح ، السياسة النقدية للبنك المركزي العراقي ومتطلبات الاستقرار و النمو الاقتصادي ، البنك المركزي العراقي، ٢٠٠٨، www.mudh-pud2-f.pdf.

التشريعات

١- قانون البنك المركزي الصادر بالامر رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤وملحقه رقم (أ) والصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة.

٢- قانون المصارف الصادر بالامر رقم (٤٠) وملحقه رقم (أ) لسنة ٢٠٠٤ و الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة .

٣- القانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠٠٧ التعديل الاول لقانون المصارف رقم (٥٦)لسنة٢٠٠٤.

٤- امر سلطة الائتلا ف المؤقتة رقم ١٨ لسنة٢٠٠٣.

الحق المكتسب في القانون الإداري

د.زياد خالد المفرجي

مقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد...

فإن فكرة الحقوق فكرة ذات أهمية كبيرة جداً، وقد تفرع منها العديد من الأنواع كالحقوق العينية والمعنوية والشخصية .. ومن هذه الأنواع الحق المكتسب الذي أفردته بالدراسة هنا ، حيث إن مصطلح الحق المكتسب يتناوله القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون المدني والقانون الإداري، وقد اخترت أن يكون مجال بحثي في هذا الحق القانون الإداري، وذلك لما يشكله هذا الحق من أهمية كبيرة في مجال الوظيفة العامة والقرارات التي تصدرها الإدارة محاولة المساس بهذا الحق ؛ لأن الإدارة في حالات كثيرة لا تميز بين المركز القانوني الذي يولد حقاً مكتسباً، وبين المراكز القانونية التي لا تولد حقاً مكتسباً ، ولعدم وجود دراسة أفردت هذا الموضوع بالبحث قمت بالمبادرة لدراسة الحق المكتسب في فرع من فروع القانون العام وهو القانون الإداري ، مبرزاً تطبيقاته في القضائيين الإداريين المصري والعراقي والأردني.

خطة البحث تتكون من خمسة مباحث نتناول في الاول مفهوم الحق المكتسب، اما الثاني فسيخصص لأساس الحق المكتسب، والثالث للعلاقة بين الحق المكتسب وقاعدة عدم رجعية القرارات لإدارية، اما الرابع فسيتناول مصادر الحق المكتسب، واخيرا المطلب الخامس سيخصص لتطبيقات قاعدة الحق المكتسب في القضاء الإداري المصري والعراقي والأردني.

المبحث الأول

مفهوم الحق المكتسبDROIT ACQUIS :

أولاً : تعريف الحق المكتسب بجزئيه (الحق،الكسب) :

لفظة الحق في اللغة ضد الباطل ، الحاء والقاف أصل واحد يدل على إحكام الشيء وصحته[١] وقد يأتي بمعنى العدل ، والمال ، والمُلك[٢].

أما في الاصطلاح القانوني فهو وضع شرعي يجعل للشخص الاختصاص بمنفعة مادية أو معنوية[٣].

أما لفظة المكتسب: الكسب في اللغة: طلب الرزق، وأصله الجمع[٤].وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم في الكثير من الآيات،قال تعالى(إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شراً لكم بل هو خير لكل امرئ منهم مااكتسب من الإثم)[٥] ،وقال سبحانه(لها ماكسبت وعليها مااكتسبت)[٦] وقد عبر سبحانه عن الحسنة بكسبت وعن السيئة باكتسبت لأن معنى كسب دون معنى اكتسب حيث إن كسب الحسنة بالإضافة إلى اكتساب السيئة أمر يسير ومنضبط.[٧]

ثانياً : التعريف الاصطلاحي للحق المكتسب:

اتجه الفقهاء حول مسألة تعريف الحق المكتسب إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى عدم وجود معنى محدد لتعريف الحق المكتسب في أحكام القضاء كالفقيه Planiol، والعميد Ripert.[٨]

الاتجاه الثاني: حاول تحديد تعريف للحق المكتسب فعرفه: هو الذي لا يجوز للقاضي أن يمسه بسوء أو يسلبه صاحبه بحجة تطبيق قانون مستجد.[٩]

يلاحظ على هذا التعريف أنه قد عرف الحق المكتسب بالأثر أو بالنتيجة وهذا ما يجعله تعريفاً معيباً لأن من شروط التعاريف أن تعرف بحقيقتها لا بالآثار التي تترتب عليها فالأثر يكون خارجاً عن مفهوم الشيء المعرّف.

وقد عرفه Merlin بأنه: الحق الذي يدخل في الذمة.[١٠] ويلاحظ على هذا التعريف، أن فيه دور لأنه عرف الحق بالحق، كما إنه غير مانع لأنه يشمل الحقوق التي يكتسبها الشخص من قرارات إدارية معيبة ولم تتحصن بمضي المدة المحددة للطعن، فيحق للإدارة أن تلغي القرارات التي تضمنت حقوقاً للأفراد وبالتالي فهي لا تعد حقاً مكتسباً قبل فوات مدة الطعن في القرارات الإدارية المعيبة.

يمكن تعريف الحق المكتسب في القانون الإداري بأنه: وضع شرعي بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري من الالغاء أو التعديل.

شرح كلمات التعريف:

وضع شرعي:أي المركز القانوني الذي يجعله القانون للشخص.

التحصين:وفق الاصطلاح القانوني هو الحماية القانونية للحق ضد الغائه أوتعديله.

المنفعة: تشمل المنفعة المادية والمعنوية.

الشخص: يشمل الشخص الذي يحمل الوصف الوظيفي والشخص الذي لا يحمل الوصف الوظيفي.

القانون: هو التشريع الذي يصدر من السلطة التشريعية.

القرار الإداري: هو عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لاحدى الجهات الإدارية بالدولة لإحداث تغيير في الأوضاع القانونية القائمة أما بإنشاء مركز قانوني جديد عام أو فردي أو تعديل لمركز قانوني أو الغاء له.[١١]

ثالثاً:مفهوم المركز القانوني

يعرف المركز القانوني بأنه مجموعة الحقوق والالتزامات التي يتمتع أو يتحمل بها شخص معين كالمركز القانوني الذي يشغله الموظف في القانون العام.[١٢] والمراكز القانونية على نوعين:[١٣]

١. المراكز القانونية النظامية، ويطلق عليها بالمراكز القانونية الموضوعية أو التنظيمية للدلالة على عمومية مضمون هذه المراكز، وتتميز بأن مضمونها واحد ومتجانس لجميع الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة لاكتسابها لأن مضمون المراكز القانونية محدد بإجراء قانوني عام كالقوانين والأنظمة، مثالها المركز القانوني الذي يشغله الموظف العام.

٢. مراكز قانونية فردية، يطلق عليها بالمراكز القانونية الشخصية للدلالة على طابعها الشخصي، وبهذا تتميز هذه المراكز بأن مضمونها واحد، ومختلف من شخص لآخر، مثالها المركز القانوني الذي يشغله المتعاقد في العقود الإدارية.

إن الأثر الذي يترتب على هذين النوعين من المراكز، أن المراكز النظامية يجوز تعديل مضمونها؛ لأن هذه المراكز تستمد وجودها من القوانين والأنظمة التي تحدد فحواها، لهذا تؤدي القوانين والأنظمة إلى تعديل مضمون هذه المراكز وسريان هذا التعديل على جميع الأشخاص الذين يشغلون هذه المراكز دون إمكانية الاحتجاج بفكرة الحقوق المكتسبة، بينما لا تتأثر المراكز الشخصية بتعديل القوانين والأنظمة والغائها؛ لأن مضمون هذه المراكز محددة بصورة فردية وليس بإجراءات قانونية عامة كالقوانين والأنظمة؛ لهذا يقال بأن المراكز الشخصية غير قابلة للمساس بها.[١٤]

رابعاً: ارتباط فكرة الحقوق المكتسبة بالمراكز القانونية

من خلال أنواع المراكز القانونية يتبين لنا إن فكرة الحقوق تنشأ عن المراكز القانونية ،لأن المراكز القانونية هي مجموعة من الحقوق والالتزامات، سواء كانت مراكز فردية أم ذاتية فالحق المكتسب قد ينشأ من القرارات التنظيمية أو من القرارات الفردية.[١٥]

المبحث الثاني

أساس الحق المكتسب

هناك عدة أسس يستند إليها في تقرير فكرة الحق المكتسب، وهي:

أولاً مبدأ العدالة:

مبادئ العدالة تقضي بعدم حرمان الشخص من حق اكتسبه في الزمان الماضي.

ثانياً :مبدأ استقرار المراكز القانونية:

يقضي هذا المبدأ بضرورة عدم بقاء المراكز القانونية مهددة إلى ما لا نهاية.[١٦]

ثالثاً: الدساتير والقوانين:

لقد ذهب القضاء الدستوري المصري إلى أن الأثر الرجعي للقوانين إذا امتد إلى إلغاء الحقوق المكتسبة فإن هذا الأثر يتحول إلى أداة لإهدار قوة القوانين السابقة ، فقد ذكرت المحكمة الدستورية في مصر بقولها: "حيث إن الحكم الموضوعي الذي تضمنه هذا النص هو إنهاء خدمة الأساتذة المتفرغين الذين جاوزوا سن السبعين وقت العمل بالقانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ بعد أن كان قد اكتمل مركزهم القانوني كأساتذة متفرغين قبل العمل به. وحيث إن النعي على هذا الحكم الموضوعي بمخالفته للدستور هو نعى صحيح، ذلك أن هذا الحكم قد وقع في حمأة المخالفة الدستورية من وجهين متساندين، الأول: هو أن النطاق الذي يمكن أن يرتد إليه الأثر الرجعى للقانون، هو ذلك الذي يعدل فيه التشريع من مراكز قانونية لم تتكامل حلقاتها، وبالتالي لم تبلغ غايتها النهائية متمثلة في حقوق تم اكتسابها وصار يحتج بها تساندا إلى أحكام قانونية كانت نافذة، إذ في هذا النطاق يبقى المركز القانوني قابلاً للتدخل التشريعي، تدخلاً قد يزيد أو يزيل من آمال يبنى عليها صاحب المركز توقعاته، فإذا تقرر الأثر الرجعى في غير هذا النطاق، وامتد إلى إلغاء حقوق تم اكتسابها فعلاً وصارت لصيقة بأصحابها، وفقاً لأحكام قانونية كفلت حمايتها والاحتجاج بها في مواجهة الكافة، كأثر لنفاذ هذه الأحكام، فإن الأثر الرجعى للقانون يكون بذلك قد تحول إلى أداة لإهدار قوة القوانين السابقة ومكانتها من الاحترام الذي يجب كفالته لها طوال الفترة التي كانت نافذة فيها وهو الأمر الذي يتصادم مع أحكام المادتين (٦٤ و٦٥) من الدستور اللتين تنصان على أن " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة " وأن ((تخضع الدولة للقانون ..)) ،[١٧] ومن خلال ذلك يتبين أن

الأساس القانوني لقاعدة الحق المكتسب يتأكد في هذه المبادئ الدستورية التي قررت أصلاً عاماً ينص على عدم جواز رجعية القوانين؛لأن القول بغير ذلك يعني المساس بالحقوق المكتسبة التي حصل عليها أصحابه في ظل القوانين السابقة.

أما في القانون ،فقد يأتي ويؤكد فكرة عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة، فعلى سبيل المثال قانون وزارة التعليم العالي لسنة ١٩٨٨ نص على وجوب احترام الحقوق المكتسبة بقوله: ((لاتسري أحكام هذا القانون على الحقوق التي اكتسبها أصحابها قبل صدوره ويحتفظون جميعا بمراتبهم العلمية ومناصبهم الإدارية ومرتباتهم وبجميع حقوقهم في الترقية والترفيع أثناء خدمتهم وذلك وفقا للقواعد القانونية والإدارية التي كانت سارية قبل نفاذ هذا القانون)).[١٨]وكذلك الحال في قانون التعديل الأول لقانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ ،فقد ورد بقوله((تعدل رواتب المتقاعدين قبل نفاذ هذا القانون ..دون المساس بحقوقهم المكتسبة)).[١٩]

المبحث الثالث

العلاقة بين الحق المكتسب وقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية

القاعدة العامة أن القوانين لا تسري بأثر رجعي لاتطبق على الوقائع السابقة أو الأحداث التي حصلت قبل نفاذه، وهذا المبدأ مستقر العمل به في الدول القائمة على أساس سيادة القانون حيث تخضع الدولة ومؤسساتها والأفراد للقانون.[٢٠]

مؤدى هذه القاعدة ألا يتضمن القرار الإداري أثراً رجعياً، فإذا صدر قرار يتضمن أثراً رجعياً كان جزاؤه البطلان[٢١].ولكي تكون هناك رجعية، يجب أن يتوافر شرطان:[٢٢]

١. أن يكون ثمة مركز قانوني شخصي قد تكاملت عناصره في ظل وضع قانوني معين، فلا يمكن المساس به إذا ماتغيرت الأوضاع القانونية بعد ذلك، وتلك مسألة يبحثها القضاء في كل حالة على حدة.
٢. أن يراد تضمين القرار آثاراً تمس تلك المراكز الشخصية، والعبرة في هذا الصدد بتأريخ نفاذ القرار، وهو يوم صدوره.

هذه القاعدة من القواعد المسلم بها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ومجلس الدولة المصري، وإن هذه القاعدة تسري على القرارات الإدارية بنوعيها الفردية والتنظيمية.[٢٣]

وقد جاءت الدساتير ونصت على هذا الأصل، فالدستور المصري نص في المادة ٦٤منه بقوله((سيادة القانون أساس الحكم في الدولة))، وكذلك نصت الدساتير العراقية على قاعدة عدم جواز

رجعية القانون، ومنها الدستور الحالي حيث نص بقوله ((ليس للقوانين أثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك ...)).[٢٤]

ويدخل ضمن موضوع عدم رجعية القرارات الإدارية موضوع سحب القرارات الإدارية ، فالإدارة لها الحق دائماً في سحب القرارات الإدارية التي لا ينجم عنها حق مكتسب لأحد الأشخاص دون التقيد بمدة، فقرار السحب هذا ذو أثر رجعي لأنه ينهي القرار السليم من تأريخ صدوره.[٢٥]

من خلال هذا العرض عن قاعدة عدم الرجعية يتبين أن هذه القاعدة تعتبر نتيجة من نتائج الحقوق المكتسبة، فاحترام الحقوق والمراكز القانونية تعد أساساً لقاعدة عدم الرجعية، فالعلاقة بينهما علاقة سبب ونتيجة.

المبحث الرابع

مصادر الحق المكتسب

في هذا المبحث سنتناول مصادر الحق المكتسب، حيث ينشأ الحق المكتسب من مصدرين:

١. القرارات غير المشروعة المتحصنة.

٢. القرارات المشروعة التي ترتب حقوقاً مكتسبة.

المصدرالأول: القرارات غير المشروعة المتحصنة

قد ينشأ الحق المكتسب من خلال القرارات غير المشروعة، وكما هو معلوم فإن القرار غير المشروع يتحصن بمضي المدة المحددة للطعن وهي مدة ستون يوما من تأريخ صدور القرار الإداري المخالف للقانون أو المعيب.

وهذا ماذهبت إليه المحكمة الادارية العليا حيث ذكرت بقولها:"إن انقضاء المدة وهي فترة الستين يوماً لنشر القرار واعلانه يكتسب القرار حصانة تعصمه من أي الغاء أو تعديل ويصبح عندئذ لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار، وكل اخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعتبر أمراً مخالفاً للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله".[٢٦]

والقرارات الإدارية غير المشروعة التي ينشأ عنها الحق المكتسب هي القرارات الإدارية الباطلة دون المنعدمة؛[٢٧] لأن الأخيرة هي قرارات ليس لها وجود قانوني، ومن ثم لاينتج عنها أي أثر قانوني بالرغم من وجودها من الناحية المادية باعتبارها محررات لها مظهر القرارات الإدارية.[٢٨]

وإذا كان من الثابت أن القرار غير المشروع لايولد حقاً كقاعدة عامة إلا إن هناك وجهة نظر أخرى من حيث إن مرور وقت معقول على بقاء القرار المعيب يولد ثقة مشروعة لدى الأفراد في الوضع

المترتب عليه ، ويحوله من حالة واقعية إلى حالة قانونية تولد حقوقاً مشروعة، فيكون ثمة نوع من التقادم المسقط لعيب المشروعية ، أو نوع من التقادم المكسب ببقاء القرار غير المشروع.[٢٩]

والذي يبدو إن نشوء الحق المكتسب من القرارات غير المشروعة ينتج بمجرد مضي المدة المحددة للطعن في تلك القرارات وهي ستون يوماً حيث إن لحظة ولادة الحق المكتسب تبدأ من لحظة انتهاء المدة المقررة للطعن.

إن الحكمة من تحديد هذا الميعاد كون إن القرارات الإدارية المعيبة قد يتولد عنها من الآثار القانونية ما يمس مصالح بعض الأفراد، ومن ثم يجب العمل على استقرار المراكز والأوضاع القانونية بأسرع ما يمكن حتى لا تكون معلقة إلى ما لا نهاية بحجة عدم مشروعية القرارات التي ولدت هذه المراكز، وبالتالي يحق للإدارة مراجعة القرارات التي تصدر عنها إذا كانت مخالفة للقانون خلال الفترة التي يكون فيها من المحتمل الغاء القرار الإداري المخالف للقانون قضائياً لتجاوز السلطة، حيث لا يكون القرار خلال هذه الفترة مستقلاً.[٣٠]

ولكي ينشأ الحق المكتسب من القرار الإداري غير المشروع ينبغي أن يكون المستفيد من المنفعة حسن النية، فإذا انعدم حسن النية لدى المستفيد، وكان هو الذي دفع الإدارة إلى استصدار القرار الإداري المعيب بغشه أو تدليسه، فإنه يكون غير جدير بالحماية تطبيقاً للقاعدة القانونية المستقرة في فقه القانون من أن الغش يفسد كل شيء.[٣١]

المصدر الثاني: القرارات المشروعة

تعتبر القرارات المشروعة من المصادر التي تنشأ الحقوق المكتسبة للأشخاص، فالحقوق المكتسبة في القرارات الإدارية المشروعة تبدأ لحظة ولادتها منذ لحظة صدور القرار الإداري فهي غير خاضعة للسحب والالغاء، فالوصف القانوني الذي يحصل عليه الشخص من القرار الإداري المشروع لا يجوز المساس به لأنه أصبح حقاً مكتسباً.

قد يحصل الغاء للقرار الإداري بعد صدوره بسبب فقدان شرط من الشروط التي بني عليها القرار الإداري وها يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، ومثال ذلك فقد الموظف للجنسية الوطنية.[٣٢]

المبحث الخامس

تطبيقات نظرية الحق المكتسب في القضاء الإداري المصري والعراقي

لقد طبق القضاء الإداري في كل من مصر والعراق نظرية الحق المكتسب ونظمها طبقاً لقواعد القانون الإداري، ورسم حدودها في ظل مبادئه، وفي هذا المبحث سنتناول حدود اتجاه القضاء الإداري حول الحق المكتسب في كل من مصر والعراق.

الفرع الأول:الحق المكتسب في القضاء الإداري المصري

لقد رسم القضاء الإداري المصري قاعدة الحق المكتسب من خلال الوقائع التي عرضت عليه، وكما يأتي:

أولاً:الحق المكتسب المتعلق بأقدمية المدعي:

ذهب القضاء الإداري المصري إلى إن أقدميه المدعي تعتبر من الحقوق المكتسبة التي يتمتع بها الموظف ابتداءً من تأريخ التحاقه بالخدمة، فالقرار الذي يصدر بجعل المدعي في الدرجة السابعة ابتداءً من تأريخ مباشرته في الخدمة ، فإنه يجعل للمدعي حقاً مكتسباً بالترقية إلى الدرجة السادسة ،على الرغم من إن القرار الذي جعل المدعي في الدرجة السابعة جاء متأخراً، وعدم إدراج اسمه ضمن جدول الترقية يجعل القرار معيباً، وقد عد القضاء الإداري قرار الترقية الذي تخطى المدعي ماساً بحق مكتسب وقد جاء من ضمن حيثيات هذا الحكم ((إذا كان الثابت أن القرار المطعون فيه قد صدر بترقية زملاء للمدعى إلى الدرجة السادسة في النسبة المقررة للأقدمية المطلقة ، ثم أعقب ذلك صدور قرار نهائى من اللجنة القضائية بتسوية حالة المدعى – تطبيقاً لقرارات مجلس الوزراء الصادرة في أول يولية و ٢ و ٩ من ديسمبر سنة ١٩٥١ – على أساس إعتباره في الدرجة السابعة من تاريخ إلتحاقه بالخدمة ، و هو تاريخ سابق على حصول المطعون في ترقيتهم على تلك الدرجة ، فإن طلبه إلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تخطيه في الترقية إلى الدرجة السادسة في نسبة الأقدمية المطلقة يكون مستنداً إلى أساس سليم من القانون – و لا يجدى في هذا المقام التحدى بأن القرار المطعون فيه قد صدر قبل صدور قرار اللجنة القضائية بتسوية حالة المدعى ؛ ذلك أن أقدميته تعتبر بإفتراض قانونى راجعة إلى التاريخ الذى عينته قرارات مجلس الوزراء سالفة الذكر كحق مكتسب أو مركز قانونى ذاتى أنشأته في حقه ، لا يتأثر بتراخى الإدارة في إجراء التسوية المفروضة قانوناً بموجب تلك القرارات ، مما إضطر المدعى إلى أن يلجأ إلى اللجنة القضائية فأصدرت قرارها المقرر قانوناً لحقه في الأقدمية منذ التاريخ الفرضى الذى عينته القرارات المذكورة – و لو أن الإدارة فعلت ذلك في حينه لتقررت أقدمية المدعى في الدرجة السابعة قبل صدور القرار المطعون فيه بما يسمح بترقيته للدرجة السادسة في تلك الحركة في نسبة الأقدمية المطلقة – و إذا كانت الإدارة قد تأخرت عن إجراء هذه التسوية إلى أن صدر بها قرار اللجنة القضائية فلا يجوز أن يضار المدعى بذلك و هو لا ذنب له فيه .[٣٣]

ثانياً: الحق المكتسب من قرارات تنظيمية عامة

ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن القرارات التنظيمية العامة يمكن أن تعد مصدراً للحقوق المكتسبة،وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن الحق المكتسب يمكن أن يكون مصدره القرارات التنظيمية العامة، فقد اعتبرت المحكمة إن القرار الصادر عن مجلس الوزراء والمرقم ١ لسنة ١٩٤٧ أريد أن يكون له أثر رجعي على الموظفين، وبالتالي فإنه يعد اعتداءاً على حق مكتسب.

لقد جاء في حيثيات القرار[٣٤] ((إن نصوص القرار الصادر من مجلس الوزراء في ١١ من مايو سنة ١٩٤٧ في ضوء الظروف و الملابسات التي انتهت بإصداره لا تدع مجالا للشك في أنه أريد به أن يكون له أثر رجعى على الموظفين ، الذين و أن كانوا يفيدون من قرار مجلس الوزراء الصادر في ٣٠ من يناير سنة ١٩٤٤ ، الا أنه لما كانت قد تمت تسوية حالاتهم فعلا نظرا إلى أن وزارة المالية لما تراءى لها تغيير أحكام هذا القرار ، أصدر وكيلها قرارا في ٢٦ من مارس سنة ١٩٤٦ بوقف العمل به إلى أن يعرض أمر هذا التعديل على مجلس الوزراء ، على أن قرار مجلس الوزراء وأن صدر بأثر رجعى في هذا الخصوص ، ألا أنه لا يمكن أن يكون من شأنه إهدار الحق الذى كان قد اكتسبه المدعى فعلا في تسوية حالته على مقتضى أحكام قرار مجلس الوزراء الصادر في ٣٠ من يناير سنة ١٩٤٤ ، ذلك لأن المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون الا بقانون ينص على الأثر الرجعى طبقا للأوضاع الدستورية حتى لو كانت تلك الحقوق مستمدة من قرارات تنظيمية عامة تصدرها الإدارة بما لها من سلطة عامة في حدود وظيفتها التنفيذية بمقتضى القوانين ولم تكن تلك الحقوق مستمدة مباشرة من نصوص قوانين ، لأن الأصل طبقا للقانون الطبيعى هو احترام الحقوق المكتسبة فهذا ما تقضى به العدالة الطبيعية ويستلزمه الصالح العام ، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق ، كما لا يتفق والمصلحة العامة أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم ، لذلك كانت الأوضاع الدستورية مؤكدة لذلك الأصل الطبيعي من حيث عدم جواز انعطاف أثر القوانين على الماضي كما يلزم أن يفسر الاستثناء الذي جاءت به تلك المادة في أضيق الحدود بحيث لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة أو بالمراكز القانونية التي تمت سواء أكان اكتسابها بقانون أو بقرار تنظيمي عام إلا بقانون نزولا على حكم الأوضاع الدستورية التي جعلت تقرير الرجعية رهيناً بنص خاص في قانون ، أي جعل هذه الرخصة التشريعية ذات الخطرين من اختصاص السلطة التشريعية وحدها لما يتوافر فيها من ضمانات ، فقرار مجلس الوزراء الصادر في ١١ من مايو سنة ١٩٤٧ فيما قضى به من سريان أحكامه على الحالات التي ما كانت قد تمت تسويتها قبل صدوره في حين أن أربابها كانوا قد اكتسبوا الحق في أن تسوى حالاتهم على مقتضى قرار سنة ١٩٤٤ – أن قرار مجلس الوزراء المشار إليه يكون و الحالة هذه قد جاوز ما تقضى به الأوضاع الدستورية فيما

نصت من عدم تقرير الرجعية إلا بنص خاص في قانون – و بهذه المثابة لا اعتداد بالقرار المذكور في هذا الخصوص بحيث لا يجوز المساس بحق المدعي المكتسب)).

ثالثاً: المساس بالحق المكتسب بصورة غير مباشرة:

ذهب القضاء الإداري المصري في أحد قراراته إلى اعتبار نقل الموظف إلى وزارة أخرى مساساً بحق مكتسب إذا كان النقل لغرض استبعاده من دائرة المستحقين للترقية ؛ لأن ذلك يعد وسيلة مستورة لحرمان صاحب الدور في الترقية من الحصول على حقه في الترقية.[٣٥]

الفرع الثاني:الحق المكتسب في القضاء الإداري العراقي

القضاء الإداري العراقي متمثلاً بمجلس شورى الدولة ومجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري طبق قاعدة الحق المكتسب في الوقائع التي عرضت عليه، ونعرض موقف القضاء الإداري كما يأتي:

أولاً موقف مجلس شورى الدولة:

أخذ مجلس شورى الدولة بنظرية الحق المكتسب، وطبقها في في بعض الوقائع التي عرضت عليه، وكما يأتي:

١. مجلس شورى الدولة طبق قاعدة الحق المكتسب الناجم عن تحصين القرار الإداري بعد مضي المدة المحددة للطعن والبالغة ستون يوماً.

وقائع القضية تتلخص في كون إن المدعي يشغل وظيفة في إحدى الدرجات الخاصة ، وقد أحيل على التقاعد بتأريخ ٢٠٠٤/٦/٧ ، وبعد ذلك التأريخ قامت الأمانة العامة لمجلس الوزراء في ٢٠٠٤/٩/١بالغاء أمر إحالته على التقاعد وتعيينه بوظيفة مستشار في إحدى الوزارات ، وبعد مضي أكثر من تسعة أشهر على مباشرته في وظيفته قامت الوزارة بالغاء قرار إعادة تعيينه المدعي وإحالته على التقاعد بأثر رجعي، هذا الأمر يعني حرمان المدعي من التمتع بالامتيازات التي قررها القانون بالنسبة للمتقاعدين من أصحاب الدرجات الخاصة بحسب الأمر ٩ لسنة ٢٠٠٥ ، حيث إن القرار الإداري الصادر من الوزارة صدر بأثر رجعي ويجعل إحالته على التقاعد بتأريخ سابق للأمر ٩ لسنة ٢٠٠٥ ومس بحق اكتسبه الشخص وأصبح لديه مركز قانوني ثابت.[٣٦]

٢. الحق المكتسب المتعلق بالحق في الترفيع: ذهبت الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة إلى أن الحق في الترفيع يثبت للموظف من تأريخ استحقاقه وليس من تأريخ صدور القرار الإداري به.

وقائع القضية تتلخص في استحقاق إحدى المدرسات للترفيع إلى الدرجة الرابعة في يوم ١٩٨٨/١٠/٨، وقد رفضت الدائرة المختصة طلبها للترفيع لعدم اكمالها الخدمة في المناطق المحددة ، وبعد قيامها باكمال الخدمة في المناطق المحددة بموجب قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل قامت الدائرة بترفيعها اعتباراً من يوم ١٩٩١/٦/١ ، وقد قرر مجلس الانضباط العام تعديل قرار الترفيع بجعله من يوم ١٩٨٨/١٠/٨ وليس من يوم ١٩٩١/٦/١ ، وقد قام مجلس شورى الدولة بتصديق القرار الصادر عن مجلس الانضباط العام وذلك بقوله((...وجد إن المميز عليها- المدعية – كانت مستحقة الترفيع إلى الحد الأدنى للدرجة الرابعة بتأريخ ١٩٨٨/١٠/٨ لأنها أمضت المدة المطلوبة للترفيع إلا إنه لم يتم ترفيعها إلى تلك الدرجة لعدم اكمالها مدة الخدمة في المناطق النائية والبعيدة أو القريبة التي نص عليها قرار مجلس قيادة الثورة ... ولما كانت المميز عليها- المدعية- قد استوفت جميع الشروط المحددة في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ إلا إن ترفيعها قد أوقف إلى حين اكمالها المدة المبينة في قرار مجلس قيادة الثورة المذكور أعلاه، حيث إن المميز عليها- المدعية- أكملت مدة الخدمة المذكورة لذا يكون حقها في الترفيع يبقى قائماً منذ استحقاقها في ١٩٨٨/١٠/٨ولالتزام القرار المميز وجهة النظر القانونية تلك لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية ..)).[٣٧]

ثانياً: موقف مجلس الانضباط العام : ذهب مجلس الانضباط العام في أحد القضايا إلى إن قيام دائرة المدعى عليه بتعديل وصف الإجازة الممنوحة للمدعي من إجازة اعتيادية براتب تام إلى إجازة من دون راتب اعتبرت إن هذا الأمر سيؤدي إلى إجراء تعديلات على أوامر الترفيعات والعلاوات التالية للسنة المذكورة وبالتالي سيمس بالحقوق المكتسبة.وقائع القضية تتلخص في قيام دائرة المدعى عليه بإصدار أمر إداري باعتبار الإجازة الاعتيادية الممنوحة للمدعي خلال سنة ٦٨ والبالغة ٩٢ يوماً إجازة اعتيادية براتب تام لمدة ١٩ يوماً و ٧٣ يوماً بدون راتب ، وقد اعترض المدعى على هذا الأمر الإداري ، وجاء قرار المجلس بقوله : ((وحيث تبين للمجلس .. إن مبدأ استقرار القرارات الإدارية التي تثبت حقوقاً مكتسبة لاصحابها والتي لم تصدر نتيجة لغش أو تلاعب أو إغفال أو تزوير يمكن نسبته إلى المدعي لايبرر المساس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة لاصحابها ولايخول المدعى عليها اجراء التعديلات على المراكز القانونية التي تمتع بها المدعي بعد فترة طويلة من اكتشاف الخطأ.. لذا يرى المجلس إن هذا الإجراء غير صحيح ولاينسجم مع مباديء العدالة ومبدأ الاستقرار القانوني للمعاملات وبناءً على ماتقدم قرر المجلس إلغاء الأمر الإداري المرقم ٧٠٥١ في ١٩٧٧/٣/٧ والآثار المترتبة عليه)).[٣٨]

ونستنبط من هذا القرار إن المساس بالحق المكتسب قد يكون بصورة غير مباشرة أي يترتب بالأثر تبعاً لتعديل وصف أو مركز قانوني ، وهذا مذهب جيد ذهب إليه القضاء الإداري في العراق.

ثالثاً: موقف محكمة القضاء الإداري

ذهبت محكمة القضاء الإداري هي الأخرى إلى الأخذ بنظرية الحق المكتسب ، فقد اعتبرت إن ملكية العقار الموروث تنتقل لحظة الموت والوارث يعد مكتسباً لحق الملكية لحظة الوفاة، ولايجوز المساس بما اكتسبه من حق.

وقائع القضية تتلخص في قيام المدعى عليه مدير التسجيل العقاري بتقدير قيمة العقار الموروث في يوم الكشف وذلك لاستيفاء رسم الإرث ، أقام الوراث الدعوى لدى محكمة القضاء الإداري طالباً الغاء قرار مدير التسجيل العقاري ، فأصدرت المحكمة قرارها بقولها:((... إن ملكية العقار الموروث تنتقل لحظة موت المورث إلى الوارث فيكون قد اكتسب هذا الحق لحظة الوفاة، وما التسجيل في دائرة التسجيل العقاري إلا لغرض تمكينه من التصرف بما جاءه إرثاً من العقارات، وما دام الأمر كذلك فلا يجوز استيفاء رسم عن نقل ملكية العقار الموروث من اسم المورث إلى اسم الوارث في سجل التسجيل العقاري إلا بقد قيمة العقار الموروث لحظة انتقال الملكية بالوفاة ...)).[٣٩]

الفرع الثالث:الحق المكتسب في القضاء الإداري الأردني:

القضاء الإداري الأردني أخذ هو الآخر بنظرية الحق المكتسب ، فقد ذهبت محكمة العدل العليا إلى عدم جواز المساس بالحق المكتسب ، فوقائع القضية تتلخص في قيام الدائرة المدعى عليها بإصدار قرار إداري برقم ٩٨ في ١٩٩٨/٩/٥ يتضمن تعديل أوضاع حاملي بعض التخصصات المهنية ومنها (تخصص دبلوم خامات معدنية)الذي يحمله المدعي، فأصدرت المحكمة قرارها باعتبار هذا التعديل في أوضاع حملة التخصصات المهنية يشكل مساساً بحق مكتسب لحامل التخصص.[٤٠]

كذلك ذهب القضاء الإداري الأردني إلى تطبيق نظرية الحق المكتسب في حالة سحب القرار الإداري أو الغائه ، وقرر عدم جواز سحب أو الغاء القرار الإداري المشروع في أي وقت، أما بالنسبة لالغاء أو سحب القرار الباطل فقد قررت بعدم جواز سحبه أو الغائه إلا خلال مدة الطعن وذلك لكي تستقر المعاملات الادارية ولا تكون عرضة للتبديل أو التغيير مدة طويلة.[٤١] وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها بقيام وزارة التربية والتعليم بتعيين المدعية معلمة في محافظة البلقاء في إحدى المدرسات الثانونية ، وباشرت المدعية في عملها بتأريخ في ١٩٩٩/١١/٣ ، وبعد مضي مدة أكثر من ستة أشهر على مباشرتها قامت الوزارة بالغاء تعيينها بتأريخ ٢٠٠٠/٥/٩ ، وبعد عرض القضية على محكمة العدل العليا قررت الغاء القرار الإداري الصادر عن وزارة التربية والتعليم وذكرت بقولها ((لايجوز سحب أو إلغاء القرار

الإداري الباطل إذا أكسب حقاً للغير إلا في أثناء مدة الطعن بعنى إن القرار الباطل يتحصن من الطعن بعد مضي المدة وهي في هذه الدعوى ستون يوماً عملاً بالمادة ١٢ من قانون محكمة العدل العليا)).[٤٢]

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث توصلت إلى النتائج الآتية

١. الحق المكتسب يرتكز على مبادئ العدالة واستقرار المراكز القانونية ، وكذلك ينص عليه في الدساتير والقوانين.
٢. إن الحق المكتسب في القانون الإداري يأتي عن طريق القرار الإداري المعيب، والقرار الإداري غير المعيب.
٣. المساس بالحق المكتسب إما يكون بصورة مباشرة وإما يكون بصورة غير مباشرة.
٤. لحظة ولادة الحق المكتسب في القرارات المعيبة تبدأ بفوات مدة الطعن البالغة ستون يوماً ، حيث لا يحق للإدارة بعد هذه المدة سحب القرار أو الغاؤه أو تعديله،؛ لأن القرار الإداري يتحصن بعد انتهاء مدة الطعن، أما لحظة ولادة الحق المكتسب في القرارات المشروعة فتبدأ من تأريخ صدورها.
٥. يشترط لاكتساب الحق من القرارات الإدارية المعيبة التي مضى عليها مدة الطعن البالغة ستون يوماً أن يكون المستفيد من المنفعة حسن النية.
٦. القضاء الإداري في مصر والعراق والأردن أخذ بنظرية الحق المكتسب في القرارات الإدارية المشروعة والقرارات الإدارية غير المشروعة .

الهوامش

١. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة :١٥/٢،دار الفكر،١٩٧٩.
٢. المنجد في اللغة والاعلام ، بيروت، دار المشرق،ط ٣٨ ، ٢٠٠٠.
٣. د.عبد الله مصطفى، علم أصول القانون،بغداد،١٩٩٥،ص١٩٥.
٤. محمد محي الدين ، ومحمد عبد الطيف السبكي ، المختار من صحاح اللغة ، القاهرة، مطبعة الاستقامة،ط٣،خالي من سنة الطبع.
٥. سورة النور(١١)
٦. سورة البقرة(٢٨٦)
٧. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم:٧١٦/١ ، دار الفكر.

٨. د.مصطفى كامل ياسين، تنازع القوانين في الزمان، بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية،العدد الخامس،السنة ١٩٥٣،ص١٨٤.

٩. د. عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة ، ط٢٠٠٥،خالي من اسم المطبعة ومكان الطبع.، ص ١٥٧. ،ويعرف الحق المكتسب في القانون الدولي الخاص بأنه الحق الذي يجب أن يحدث آثاره في كل مكان إلا إذا اصطدم بالنظام العام.أما في القانون الدولي العام فطبقاً لمبدأ الحقوق المكتسبة تنتقل المنشآت والمؤسسات العامة إلى الدول المتنازل إليها بما يكون عليها من أعباء تمثل حقوقاً تم اكتسابها في الدول المتنازِلة إذ يتعين على الدول التي تلقت هذه الحقوق احترامها بما لايتعارض مع نظامها العام ، وفي كل الأحوال لايجوز أن تصل الاجراءات التي تتخذ لحماية هذا النظام إلى حد مصادرة هذه الحقوق، ينظر د.حسن الجلبي، القانون الدولي العام، بغداد ، مطبعة شفيق، ١٩٦٤،ص٤٠٦.

١٠. د.مصطفى كامل ياسين، تنازع القوانين في الزمان،مصدر سابق،ص١٨٤.

١١. د.علي محمد بدير،د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، د.مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ١٩٩٣،ص٤١٥.

١٢. د.علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري،١٢/١، ط١، ٢٠٠٤، ود.رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري"دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية،١٩٩٩،ص٣٥٤.

١٣. المصدر السابق ص١٣.

١٤. المصدر السابق، ص١٣.

١٥. د.سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٦٧،ص٥٢٦.

١٦. د.علاء عبد المتعال، مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية، مطبعة كلية علوم بني سويف،٢٠٠٤،ص١٧.

١٧. حكم المحكمة الدستورية في مصر، رقم ١٣١، سنة قضائية ٢٢، في ٧/يوليو/٢٠٠٢.

١٨. ينظر نص المادة ٤٤ من القانون المذكور.

١٩. م٣٠/أولاً/أ من قانون التقاعد الموحد المعدل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٧ ، نشر في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٥٦ في ٢٠٠٧/١٢/٢٧.

٢٠. د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي،دار ئاراس، أربيل،٢٠٠٤ ،ص٢١٦.

٢١. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف،الوجيز في القانون الإداري"دراسة مقارنة" :٢٢٩/٢،دار النهضة العربية.

٢٢. د.سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مصدر سابق، ص٥٢٧.

٢٣. د.سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مصدر سابق، ص٥٢٦-٥٢٧.

٢٤. المادة ٩/١٩ من الدستور.

٢٥. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري"دراسة مقارنة" :٢/٢٣٠ .
٢٦. القرار رقم ٤ في ٧٦/٦/٢٩ ، منشور في مؤلف د.نواف كنعان، القانون الاداري:٢/٣٠٧ ،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،ط١.
٢٧. القرار المنعدم: هو القرار الذي بلغ فيه العيب حداً جسيماً يجرده من صفته الإدارية، ويجعله مجرد عمل مادي لايتمتع بما تتمتع به الأعمال الإدارية من حصانة، ينظر د.سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري، مطبعة الاعتماد،مصر،١٩٥٦،ط٢،ص٣٩٠.
٢٨. د.سامي جمال الدين، أصول القانون الاداري، الاسكندرية،منشأة المعارف،٢٠٠٤،ص٦٣٠.
٢٩. د.شاب توما منصور، القانون الإداري ، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، ١٩٧٠،ص٤١٢.
٣٠. د.سامي جمال الدين، أصول القانون الاداري، مصدر سابق، ص٦٣١-٦٣٢.
٣١. ينظر د.سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري،مصدر سابق، ص٣٩١.
٣٢. د.سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص٦٣٤.
٣٣. حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٩٥ ، السنة القضائية الثالثة ، جلسة الحكم٧ نوفمبر ١٩٥٩، الموسوعة القانونية الألكترونية (أفوكاتو سوفت).
٣٤. رقم الحكم١٠٥٠ ، السنة القضائية السابعة، في ٢١ نوفمبر ١٩٦٥ ،الموسوعة القانونية الألكترونية (أفوكاتو سوفت).
٣٥. الحكم المرقم ١٧١٣، السنة الثالثة،١٩٦٤/٥/٢٢، الموسوعة القانونية الألكترونية (أفوكاتو سوفت).
٣٦. القرار المرقم ٤١/انضباط /تمييز/٢٠٠٦،غير منشور
٣٧. ينظر القرار ١٧/٢٢ انضباط/١٩٢ في ١٩٩٢/٢/١٢، منشور في الموسوعة العدلية، العدد١١،سنة١٩٩٣.
٣٨. ينظر القرار ١٩٧٩/٢١ في ١٩٧٩/١/٣١ ، منشور في مجلة العدالة ، ص ٥٨٥.
٣٩. ينظر القرار ١٠٩/قضاء إداري/١٩٩٣في ١٩٩٤/٣/١٩،منشور في الموسوعة العدلية، العدد١٦،سنة ١٩٩٤.
٤٠. ينظر القرار ٩/٥٦ في ١٩٩٩/١٠/٥ ، منشور في المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، السنة ٣، العدد١٠، ١٩٩٩، ، ص ٣٢٨.
٤١. ينظر القرار ٢٠٠٠/٨٩في ٢٠٠٠/١٠/٣، منشور في المجلة القضائية، المصدر السابق.
٤٢. ينظر القرار ٢٠٠٠/٣٥١ في ٢٠٠٠/١٢/١٣ ، منشور في المجلة القضائية، المعهد القضائي الأردني، السنة ٤، العدد١٢، ٢٠٠٠.

فهرس المصادر

١- الكتب :

١. القرآن الكريم.
٢. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة :١٥/٢،دار الفكر،١٩٧٩.
٣. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم:٧١٦/١ ، دار الفكر.
٤. حسن الجلبي، القانون الدولي العام، بغداد ، مطبعة شفيق، ١٩٦٤.
٥. د.رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري"دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية،١٩٩٩.
٦. د.سامي جمال الدين، أصول القانون الاداري، الاسكندرية،منشأة المعارف،٢٠٠٤،
٧. د.سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٦٧.
٨. د.سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري، مطبعةالاعتماد، مصر،١٩٥٦.
٩. د.شاب توما منصور، القانون الإداري ، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، ١٩٧٠.
١٠. د.عبد الله مصطفى، علم أصول القانون،بغداد،١٩٩٥.
١١. د. عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة ، ط٢٠٠٥،خالي من اسم المطبعة ومكان الطبع.
١٢. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف،الوجيز في القانون الإداري"دراسة مقارنة" :٢٢٩/٢،دار النهضة العربية.
١٣. د.علاء عبد المتعال، مدى جواز الرجعية وحدودها في القرارات الإدارية، مطبعة كلية علوم بني سويف،٢٠٠٤،ص١٧.
١٤. د.علي محمد بدير،د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، د.مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ١٩٩٣.
١٥. د.علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري،١٢/١، ط١، ٢٠٠٤.
١٦. محمد محي الدين ، ومحمد عبد الطيف السبكي ، المختار من صحاح اللغة ، القاهرة، مطبعة الاستقامة،ط٣،خالي من سنة الطبع.
١٧. د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي،دار ئاراس، أربيل،٢٠٠٤ .
١٨. د.مصطفى كامل ياسين، تنازع القوانين في الزمان، بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية،العدد الخامس،السنة ١٩٥٣.
١٩. المنجد في اللغة والاعلام ، بيروت، دار المشرق،ط ٣٨ ، ٢٠٠٠.

٢- فهرس القوانين والأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري

١. حكم المحكمة الدستورية في مصر، رقم ١٣١، سنة قضائية ٢٢، في ٧/يوليو/٢٠٠٢.
٢. حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٩٥ ، السنة القضائية الثالثة ، جلسة الحكم٧ نوفمبر ١٩٥٩،

٣. حكم المحكمة الإدارية العليا ١٠٥٠ ،السنة القضائية السابعة، في ٢١ نوفمبر ١٩٦٥.
٤. حكم المحكمة الإدارية العليا المرقم ١٧١٣، السنة الثالثة،٢٢/٥/١٩٦٤.
٥. القرار المرقم ٤١/انضباط /تمييز/٢٠٠٦،غير منشور.
٦. القرار ١٠٩/قضاء إداري/١٩٩٣في ١٩/٣/١٩٩٤.
٧. القرار ١٧/٢٢ انضباط/١٩٢ في ١٢/٢/١٩٩٢
٨. قرار محكمة العدل العليا ٣٥١/٢٠٠٠ في ١٣/١٢/٢٠٠٠
٩. قرار محكمة العدل العليا ٩/٥٦ في ٥/١٠/١٩٩٩
١٠.قرار محكمة العدل العليا ٨٩/٢٠٠٠في ٣/١٠/٢٠٠٠
١١.قرار مجلس الانضباط العام ٢١/١٩٧٩ في ٣١/١/١٩٧٩
١٢.دستور جمهورية العراق
١٣.قانون التقاعد الموحد المعدل بالقانون رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٧.
١٤.قانون وزارة التعليم العالي لسنة ١٩٨٨.

التظهير التمليكي وأثره في الأوراق التجارية

المدرس ابراهيم علي حمادي الحلبوسي
كلية القانون / جامعة الانبار

المدرس حامد شاكر محمود الطائي
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

Transformational Endorsement is the most important kind in Endoresment; it has an important legal effect on negotiable instruments, especially, a bill of Exchange and cheaque. Obviously, it transfers all the rights and the obligations that all ex-signers undertake to acquire the rights and execute all the obligations, and from this point the importance of Transformational Endorsement is came.

المقدمـــــة

إن التغيـر فـي أوجـه المجتمعـات ومظـاهر الواقـع ومـا افـرز مـن تطـور وتعقـد قـد أصـاب ولاشـك المعـاملات التجاريـة ومـا تتطلـب مـن تسـريع وتسـهيل ومـن ثـم ثقـة متبادلـة بـين إطرافهـا ،وان هـذا قـد أضـفى علـى الأوراق التجاريـة مـن حوالـة وسـند أذنـي وصـك ،أهميـة اسـتثنائية ، بوصـفها وسـائل لا يمكـن الاسـتغناء عنهـا فـي أهـم مجـالات التعامل التجاري اليومي .

ويـالنظر إلـى مـا يحتلـه التظهيـر فـي مجـال الأوراق التجاريـة بوجـه عـام مـن أهميـة كبيـرة ، والـى مـا يـتمخض عنـه مـن نتـائج قانونيـة خطيـرة ، وبـالنظر إلـى مـا يتبـوأ التظهيـر ألتمليكـي (أو الناقـل للملكيـة) بوجـه خـاص مـن مكـان صـدارة فـي هـذه الأهميـة ،فهـو الأكثـر شـيوعا والأكثـر خطـورة فـي التعامـل التجـاري بوصـفه نقـلا للحـق فـي الورقـة التجارية أو تنازلا عنها ، أو بالأصح ،عن جميع الحقوق التي تولدها .

وتقـديرا للنتـائج الخطيـرة التـي تترتـب علـى هـذا النقـل أو التنـازل ومـا تثيـره مـن إشـكالات تسـتلزم البحـث وتحتـاج إلـى بلـورة وتأشـير وتشـخيص ،فقـد رأينـا مـن النـافع إن نتنـاول هـذا الموضـوع بالبحـث ، وآثرنـا معالجتـه فـي ثلاثـة مباحـث ، خصصـنا أولهـا لمفهـوم التظهيـر ألتمليكـي (الناقـل للملكيـة) ، وكرسـنا ثانيهـا لشـروط التظهيـر التمليكـي ، إما المبحث الثالث فقد افردنها للآثار التي تترتب على التظهير التمليكي .

المبحث الأول

مفهوم التظهير

مـن اجـل معالجـة مفهـوم التظهيـر الناقـل للملكيـة مـن أكثـر جوانبـه أهميـة ،وجـدنا مـن الأصـوب إن نبحثـه فـي ثـلاث فقـرات : فقـرة أولـى لتحديـد معنـاه ، وفقـرة ثانيـة لخصائصه ، وفقرة ثالثة لصوره.

أولا: تحديد معنى التظهير التمليكي

إن تحديـد معنـى التظهيـر ألتمليكـي يقتضـي وضـع تعريـف لـه ومـن ثـم تمييـزه ممـا يشتبه به .

فـالتظهير يعنـي مـن حيـث الأصـل التوقيـع علـى ظهـر الورقـة التجاريـة بقصـد نقـل ملكيتهـا إلـى الغيـر وهـذا هـو التظهيـر الناقـل للملكيـة او بقصـد رهنهـا ضـمانا لـدين معـين

وهذا هو التظهير التوثيقي او التأميني او لغرض تفويض الغير بقبض قيمتها وهذا هو التظهير التوكيلي[١] ، والتظهير هو تصرف قانوني يأتي كقاعدة عامة بعد إنشاء الورقة التجارية ليكون الوسيلة الخاصة التي تنقلها من حامل إلى حامل آخر ، والتي تتم بطريق التوقيع على هذه الورقة فهو إذاً وسيلة لتداول الورقة التجارية .

والتظهير التمليكي انما هو في الحقيقة قيام من ظهّر تلك الورقة بتمليكها للمظهر إليه ، ويسمى التظهير التام او التظهير الناقل للملكية وذلك لانتقال الآثار باجمعها الى المظهر إليه ، فهو تصرف أرادي يصدر من شخص هو المستفيد من الورقة ويتمثل في التنازل الكلي عنها لشخص أخر هو المظهر إليه ، و هذا يعني ان التظهير الناقل للملكية هو ما أريد منه نقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه ، وهو لهذا تصرف في الحق من جانب المظهر[٢].

و يجدر بالذكر ان التظهير يعد تظهيرا تمليكياً ما لم يكن قد ورد بصيغة تدل على انه تظهير تأميني او تظهير توكيلي[٣] وعليه فالتظهير هو إجراء قانوني في غاية البساطة ،اذ يتم بوضع بيان يفيد انتقال الحق من المظهر الى المظهر إليه ،كأن يكتب المظهر (ادفعوا لأمر السيد....) أو (أدفعوا لحامله) يوقع ، بل يكفي أن يضع حامل الورقة التجارية توقيعه على ظهرها لكي يتم تنازله عنها لمصلحة المظهر إليه وينتقل الحق فيها إلى هذا الأخير ، فهذا الحامل إذ أراد مثلا ،ان يحصل على مبلغ النقود المعين في الورقة قبل حلول اجل استحقاقها فليس عليه إلا القيام بتظهيرها إلى مصرف ما لم تتم عملية الخصم المصرفية ، وإذا أراد إن يوفي التزاما ما بدفع مبلغ من النقود بتظهير الورقة إلى الدائن .

والأصل ان كل ورقة تجارية يجوز تداولها بالتظهير ،فالمادة (١/٥١) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ قد قضت بتداول الحوالة التجارية بالتظهير، كما قضت المادة (١٣٥) بسريان الإحكام المتعلقة بتظهير الحوالة على السند للأمر،ونصت المادة(١/١٤٧) على إن ((الصك[٤] المشروط دفعه لشخص مسمى ...يكون قابلا للتداول بالتظهير)) بل ان المشرع ذهب الى ابعد من ذلك ،اذ جوز تداول الورقة بطريق التظهير اذ كانت قد أنشئت بمناسبة عملية تجارية وكان محلها أداء مبلغ من النقود او تسليم بضائع ما دامت لأمر الدائن [٥].

والحقيقة ان الورقة التجارية تنقل الحق ، وان الحوالة المدنية تنقل الحق أيضا ولكن بوسيلة مختلفة ففي هذه الأخيرة يكون هنالك عقد بين طرفين والعقد نسبي في أثاره فهو يسري على طرفية دون الغير ومن هنا فان الحوالة لا تنفذ في حق المحال إليه إلا إذ وافق عليها أو أعلنت إليه.

إذن الحق لا ينقل من شخص إلى أخر إلا بموافقة أطراف ثلاث فالمسألة متعلقة بدين عادي يقوم على الاعتبار الشخصي فلا يمكن تغيير الدائن ،او المدين بإرادة منفردة وإنما لابد من استحصال موافقة الأطراف واللجوء إلى إجراءات تتسم بالتعقيد .

اما تظهير الورقة التجارية فهو تصرف يصدر من جانب واحد فيجعل الورقة التجارية ورقة اذنية مبنية على اعتبار مالي ، والحقيقة ان الورقة تنطوي على قابلية للتظهير بحكم القانون سواء كانت اسمية او لأمر ولكن يمكن مع هذا تجريدها من الصفة الاذنية ، ومن هنا فإذا أريد للورقة ان لا تكون قابلية للتظهير تعين ذكر بيان او عبارة " غير قابلة للتظهير "[٦] .

والى جانب الأسلوب البسيط غير المعقد الذي يتسم به التظهير في قانون التجارة والسرعة التي يتم بها وهو ما تقتضيه التجارة وتفتقر إليه حوالة الحق[٧] فأن التظهير أقوى ضماناً من حوالة الحق فهذه إذا كانت بغير عوض لم يضمن المحيل للمحال له شيئاً ، ولذا فليس بمقدور المحال له الذي لم يستوفِ قيمة الورقة من المحال عليه أن يرجع على المحيل ، وهذا على عكس الورقة التجارية ، اذ لو كانت هذه الورقة صكاً مثلا وامتنع المصرف عن صرفه لكان للمحال له ان يرجع بالضمان على المحيل ، اما إذ كانت حوالة الحق بعوض فأن المحيل لا يضمن للمحال له الا وجود الحق وقت نشوء الحوالة ولا يضمن وجوده عند حلول الأجل[٨] ، كما لا يضمن وفاءه ما لم يتفق على ذلك [٩]، ولكن التظهير يجعل المظهر ضامنا للوفاء بالورقة التجارية ما لم يتفق على خلافه[١٠].

ولئن عرّف القانون المدني التمييز بين حوالة حق تقع تبرعاً وأخرى تقع معاوضة او بمقابل ، فان قانون التجارة لا يعرف مثل هذا التمييز ، فالتظهير على وفق ما يفهم من نص المادة (٦) من قانون التجارة النافذ هو عمل تجاري ، والعمل التجاري يقع بمقابل وليس بالمجان ، ولذا فلا يميز في التظهير بين تظهير على سبيل التبرع او تظهير على سبيل المعاوضة [١١] ، ثم ان المحال له في حوالة حق

مدنية لا يكتسب بموجبها من الحقوق تجاه المحال عليه إلا ما يصله من المحيل بوصفه خلفاً له في حقوقه قبل المحال عليه ، وهذا على خلاف التظهير فهو كما تشير المادة (٥٤_أولا) ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الورقة ، وهذا يعني ان التظهير التمليكي ينقل إلى المظهر اليه حقاً مستمداً من هذه الورقة مباشرة.

ولعل مما هو جدير بالاهتمام ان الضمان في الورقة التجارية يتصف بصفة أخرى بالغة الأهمية ترسم خطاً فاصلا بينه وبين حوالة الحق المدنية وهي انه اذا كان من شأن الحق في هذه الأخيرة ان ينتقل بصفاته وشوائبه ودفوعه[١٢] بحيث يكون بوسع المحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحل له بالدفوع التي كانت له قبل المحيل ، وان من شأن تكرار حوالة الحق ان يزيد من دفوع المحال عليه ويضعف من ثم الحوالة ، فأن المدين الصرفي لا يستطيع ان يدفع مطالبة المظهر إليه بالدفوع التي كان يستطيع بها ان يدفع مطالبة المظهر وهي الدفوع الناشئة عن علاقة شخصية بينهما ، فإذا تم تظهير الورقة انتقلت مطهرة من الدفوع فلا يستطيع الشخص ان يدفع تجاه حاملها الآخر بدفوع احد غيره من الموقعين على الورقة وذلك لان ثمة قاعدة يطلق عليها اسم (قاعدة التطهير من الدفوع) تقضي بانتقال الورقة خالية من الدفوع بالنسبة إلى الحامل الحسن النية ، أي ان هذه القاعدة تحول من دون تمسك المدين الصرفي في مواجهة هذا الحامل بما كان يمكن ان يتمسك به من دفوع تجاه حامل اخر [١٣] ولكن بشرط ان يكون حامل الورقة هنا ، او المدعي بالاستناد اليها ، هو حاملا قانونيا وحائز الورقة إنما يعد حاملها القانوني اذا استطاع ان يثبت ان الحق فيها يعود له "هو " بتظهيرات متسلسلة لا يتخللها انقطاع ولا يداخلها شطب فكل تظهير مشطوب يعد معدوما وتقبل التظهيرات غير المنقطعة لإثبات حق الحائز ولو كان آخرها تظهيرا على بياض ، ولكن اذا أعقب التظهير على بياض تظهير آخر كان الموقع على هذا التظهير هو من آل إليه الحق بالحوالة على بياض[١٤] ، كما يشترط للتمسك بقاعدة التطهير من الدفوع ما نوهنا به آنفاً وهو ان يكون الحامل حسن النية ، وهذا يعني ان لا يكون المدعي بموجب الورقة قد حصل عليها بالتظهير قاصداً إلحاق الضرر بالمدعي عليه (المدين الصرفي) فهذا سوء نية وسيئ النية يعامل بنقيض قصده ويرد عليه فعله.

ثانياً :خصائص التظهير التمليكي

ان للتظهير التمليكي ، بل وللتظهير عموماً ، خاصيتين او شريطتين هما انه تصرف بات بحكم القانون أي غير معلق على شرط ، وانه تظهير كلي وليس تظهيراً جزئياً وسنعالج هاتين الخاصيتين تبعا لما يأتي :

١-عدم تعلق التظهير على شرط:

ان التظهير تصرف بات لا يحتمل التعليق على شرط سواء أكان هذا الشرط واقفاً ام فاسخاً ام احتمالياً ام ارادياً محضاً . وقد نص قانون التجارة النافذ[١٥] يجب ان يكون التظهير غير معلق على شرط ، وكل شرط يعلق عليه يعد كأن لم يكن " واذا كان السؤال المتبادر هنا هو : لماذا لا يجوز تعليق التظهير على شرط؟ فأن الجواب هو ان من شأن التعليق على شرط ان يرفع عن التزام المظهر صفة الثبات عند وقوع التظهير ، او بمعنى آخر يجعله التزاماً غير مؤكد وذلك لان الشرط أمر مستقبل قد يقع وقد لا يقع فهو غير محقق الوقوع وان عدم تحققه هو ما يجعل التزام المظهر غير مؤكد لا يطمئن إليه الحامل وان هذا مما يتعارض وما يقتضي قانون الصرف من تحديد لالتزامات المتعاملين ومراكزهم القانونية ، ويضاف إلى ما تقدم أن الحق إذا لم يكن مؤكداً بسبب الشرط تعذر إعادة تظهير الورقة إلى شخص آخر وفقدت هذه الورقة قابليتها للتداول بالتظهير[١٦] ، ومن هنا قرر المشرع ، كما رأينا ان يلغي الشرط ويبقى التظهير صحيحاً.

وقصارى القول ان التظهير الناقل للملكية لا يجوز ان يكون معلقاً على شرط فأن وجد في الورقة بيان بهذا المعنى اعتبر كأن لم يكن وبقي التظهير صحيحاً.

٢. عدم جواز التظهير الجزئي :

ان المشرع قد اشترط ان يكون التظهير كلياً وأبطل التظهير الجزئي[١٧] وهو بهذا قد قرر حكماً يختلف عن حكمه في حالة التظهير المعلق على شرط فهو إذا اشترط عدم تعليق التظهير على شرط فإنما قرر إلغاء هذا الشرط وإبقاء التظهير صحيحاً ،اما اشتراطه الكلية وعدم الجزئية في التظهير فإنما جعل جزاء مخالفته اعتبار التظهير باطلاً ، فإذا كان التظهير جزئياً أبطل هذا التظهير ، وتم النظر الى التصرف كما لو كان حوالة حق لدى توافر شروطها .

والحقيقة ان المشرع قد قرر البطلان جزاء لجزئية التظهير دون تحديد لهذه الجزئية ، ولذا تعين القول بأن الجزئية تتحقق في حالة التظهير الوارد على جزء من قيمة الورقة والاحتفاظ بالجزء المتبقي ،فالتظهير اذا لم يرد على قيمة الورقة باجمعها

كان تظهيراً باطلا ، كما تتحقق في حالة تعدد الأشخاص المستفيدين من الورقة وقيام احدهم بتظهيرها ، فالتظهير هنا باطل ولكنه يعطي الحق للمظهر إليه بالرجوع على المظهر بدعوى حوالة الحق ولكن ليس لهذا المظهر له ان يرجع على الساحب الا بدعوى غير مباشرة ، ويجدر بالتنويه هنا انه اذا تم استيفاء جزء من قيمة الورقة ووقع تظهير على الجزء المتبقي منها فأن مثل هذا التظهير لا يعد تظهيراً جزئياً ، فالتظهير يكون جزئياً إذا أفضى إلى تجزئة الحق الذي تتضمنه الورقة أجزاء متعددة يعود كل منها لشخص معين ويتيح له المطالبة به ، والصحيح ان يكون التظهير تظهيراً كلياً.

ومع ان المشرع لم يحدد تلك الجزئية فأنه حسناً فعل اذ أبطل التظهير الجزئي فلا شك ان من شأن التظهير الجزئي او عدم التنازل الكلي عن الورقة ان يمنع من التخلي عن حيازتها ، وان عدم التخلي هذا سيحول دون تداول الورقة بطريق إعادة التظهير او المطالبة بالحق لدى استحقاقه وذلك لان الورقة ستكون في حيازة من ظهرها تظهيراً جزئياً ، وان المدين الصرفي لا يوفي قيمة الورقة إلا إذا استردها[١٨] .

ثالثاً : صور التظهير

يمكن تقسيم التظهير من حيث الشكل او من حيث ذكر اسم المظهر إليه او عدم ذكره إلى ثلاث صور هي :

التظهير الاسمي ، والتظهير على بياض ، والتظهير للحامل او كما يسمى أحياناً التظهير اللا اسمي[١٩] وسنتولى بحث هذه الصور تباعاً فيما يأتي :

أ- التظهير الاسمي :

وهي صيغة التظهير التي تشتمل على اسم المظهر وتوقيعه (او فقط على توقيعه) المقترن بعبارة تفيد معنى التظهير الناقل للملكية وتتضمن اسم المظهر اليه وذلك كأن تكون " ظهر إلى فلان بن فلان " " أو " ادفعوا لفلان بن فلان " او نحو ذلك من العبارات ذات دلالة والمشابهة والمذيلة بتوقيع المظهر ، ولا فرق هنا بين ان يثبت هذا التظهير على وجه الورقة التجارية او ظهرها او على ظهر ورقة متصلة بها[٢٠] كما لا فرق أن يكتب هذا التظهير بيد المظهر نفسه او بالآلة الكاتبة او بخط الغير ما دام قد ذيل بتوقيع المظهر لا يشترط هنا كتابة (لأمر) او ذكر تاريخ التظهير ، كما لا يشترط ان يرد التظهير باللغة التي حررت بها الورقة[٢٢] .

ب_ التظهير للحامل (أو اللاسمي):

وهي صيغة تتضمن اسم المظهر مع توقيعه " وتوقيعه فقط" مذيلا لعبارة تدل على التظهير وتشير إلى المظهر إليه دون ذكر اسمه وذلك كأن يكتب " ظهرت لحاملها " أو" ادفعوا لحاملها "او ظهرت لمن يتقدم أليكم " او ظهرت لمن يأتيكم بها "او" اظهر او انقل الورقة الى الحامل او من يحملها " بل يمكن ان تتمثل في توقيع المظهر وحده من دون عبارة او ذكر لاسم المظهر اليه .

ولا بد من الإشارة إلى ان المظهر للحامل قد يرد على ظهر الورقة او وجهها بل قد يرد على الورقة المتصلة بها[٢٣].

ج_ التظهير على بياض :

ويقع التظهير على بياض إذا لم ترد أي إشارة إلى اسم المظهر إليه او الحامل وذلك بأن يقتصر التظهير على التوقيع من دون أي عبارة للتظهير ، او أن يأتي في صورة توقيع ويجوز ان يقترن بعبارة تدل على التظهير وتخلو من اسم المظهر إليه وهذا يترك اسمه خالياً ، وهذا التظهير قد يرد على ظهر الورقة او ظهر الورقة المتصلة بها ، كما يمكن فيما نرى ، ان يرد على وجه الورقة او الورقة المتصلة بها وذلك لان التوقيع قد اقترن بعبارة تفيد التظهير ، ومثل هذه العبارة تمنع من انصراف هذا التصرف الى الضمان الذي تقضي به المادة (٨١) من قانون التجارة ، فهي قد قضت بأن الضمان يستفاد من مجرد توقيع الضامن على وجه الحوالة[٢٤]، ولكن مثل هذا الاتجاه يتعارض مع ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التجارة النافذ ونصه "... ويشترط لصحة التظهير في هذه الحالة الأخيرة ان يكون على ظهر الحوالة او على ظهر الورقة المتصلة بها " وهذا يعني بمفهوم المخالفة ان التظهير على بياض يصح وروده على وجه الورقة المتصلة بها إذا تضمن عبارة تفيد معنى التظهير ولم يقتصر على توقيع المظهر . وأياً كان الأمر ، فأنه يمكن للحامل في هذه الحالة الأخيرة من التظهير على بياض ان يدون اسمه في المكان الخالي من اسم المظهر إليه ثم يظهرها إلى شخص آخر ، كما يمكن له ان يدون اسمه الشخصي مباشرة في هذا الفارغ لتظهر الورقة وكان الشخص الذي وقعها على بياض هو الذي ظهرها لصاحب هذا الاسم [٢٥] ، ومثل هذا لا يتصور وقوعه في التظهير للحامل وذلك لان بوسع هذا الحامل ان ينقلها بالمناولة الى حامل اخر .

وحريّ بالذكر ان الفقرة (ثالثاً) من المادة (٥٣) قد نصت على ما يأتي : يعد " التظهير (للحامل) تظهيراً على بياض " وقد ذهب بعض الشراح[٢٦] إلى ان

المقصود من مثل هذا النص هو إتاحة تداول الورقة المظهرة على بياض بالمناولة مثل الورقة المظهرة للحامل ، ولكن هذا الرأي فيما نرى غير دقيق اذ لو كان هذا هو قصد المشرع لما نص في الفقرة (ج) من المادة (٥٤) على انه " يجوز للحامل في التظهير على بياض ان يسلم الحوالة إلى شخص آخر دون ان يملأ البياض ومن دون ان يظهرها " ، والصحيح ان المشرع قد أراد بهذا النص ان يشمل التظهير للحامل بأحكام التظهير على بياض ، لا ان يشمل التظهير على بياض بأحكام التظهير للحامل فيجعل الورقة المظهرة على بياض ممكنة التداول بالمناولة اذا لو كان قد أراد هذا لقال يعد التظهير على بياض تظهيراً للحامل ولما قال يعد التظهير للحامل تظهيراً على بياض[٢٧] .

اذن فأن المشرع قد أراد إخضاع صورتي التظهير هاتين لآثار واحدة ، او بمعنى آخر قد أراد للورقة المظهرة لحاملها ان تنتقل على وفق الأحكام التي تنتقل بها الورقة المظهرة على بياض ، وان تكون للحامل في الحال الأول ذات الحقوق للمظهر إليه على بياض .

والواقع ان التظهير اذا كان على بياض او لحامل الورقة بأن يملأ البياض بتدوين اسمه كمظهر إليه ثم يظهرها إلى شخص آخر يريد نقل ملكيتها إليه ، أو ان يدون اسم هذا الشخص الآخر مباشرة ليصبح التظهير على بياض تظهيراً اسمياً كما له ان يظهرها من جديد على بياض او إلى شخص آخر ، بل له كما اشرنا قبل قليل ان يسلمها إلى الشخص الذي يروم انتقال ملكيتها إليه كما هي دون ان يملأ البياض ودون ان يظهرها [٢٨] .

المبحث الثاني

شروط إنشاء التظهير التمليكي

ان التظهير لا يكون صحيحاً إلا إذا استوفى ما تتطلب القواعد العامة من شروط موضوعية لنشوء الالتزام ، وروعيت فيه الشروط الشكلية التي قضى قانون التجارة بمراعاتها عند إنشاء الورقة ، فتظهير الورقة لا يختلف عن إنشائها من هذا الجانب فهو مثله تصرف قانوني ذو طابع شكلي ، ومن هنا يلزم لصحة التظهير

تـوافر نـوعين مـن الشـروط : شـروط موضـوعية ، وأخـرى شـكلية . وسـنعرض لكـل منهمـا تباعا فيما يأتي:

أولاً: الشروط الموضوعية

ان التظهيـر بوصـفه تصـرفاً ارادياً لا يصـح وينـتج آثـاره القانونيـة الا اذا تـوافرت فيـه الشـروط اللازمـة لصـحة كـل تصـرف قـانوني وهـي الرضـا والمحـل والسـبب ، ولكـن قبـل الخـوض فـي هـذه الشـروط يلـزم ان نبـين علـى وجـه التحديـد معنـى كـل مـن المظهـر والمظهر اليه بوصفهما طرفي التظهير .

أ- المظهر :

وهـو الشـخص الـذي يقـوم بنقـل الحـق الثابـت بالورقـة التجاريـة إلـى الغيـر بمـا يشـير الـى تنازلـه عنهـا وعمـا تنطـوي عليـه مـن حـق ،ولـذا تعـين ان يكـون مالكـاً لهـا ، ومثـل هـذا الشـخص لا صـعوبة فـي تحديـده لـدى أول تظهيـر واقـع علـى الورقـة _ أي حيـث لـم تنتقـل الورقـة قبـل ذلـك أبـدأ- كمـا لا صـعوبة فـي تحديـده إذا كانـت الورقـة قـد انتقلـت بسلسـلة مـن التظهيـرات الاسـمية غيـر المنقطعـة ، فهنـا يكـون اخـر شـخص وصـلت إليـه هـو صـاحب الحـق فيهـا وهـو الـذي يكـون بوسـعه تظهيرهـا مجـددا[٢٩] . ولكـن تحديـد مالـك الورقـة الـذي لـه حـق تظهيرهـا الـى الغيـر يصـبح امـراً فـي غايـة الصـعوبة اذا كـان تظهيـر الورقـة تظهيـراً الـى الحامـل ، أو تظهيـراً علـى بيـاض وذلـك لان انتقالهـا هنـا يـتم بطريـق المناولـة اليدويـة او التسـليم فـإذا ضـاعت مـن الحامـل ووقعـت فـي يـد شـخص غيـره وقـع المحـذور، ولـم يكـن امـام المشـرع إلا الأخـذ بقرينـه بسـيطة (قابلـة لإثبـات العكـس) علـى أسـاس نظريـة الأوضـاع الظـاهرة وهـي إن الظـاهرة وهـي ان حـائز الورقـة مالكهـا (أي حاملهـا القـانوني) [٣٠] الا اذا اثبـت انـه حصـل عليهـا بسـوء نيـة او ارتكـب خطـأ جسـيم للحصـول عليهـا [٣١] ، فالورقـة التجاريـة مـن المنقـولات والحيـازة فـي المنقول سند الملكية [٣٢]

ب- المظهر إليه :

وهـو الشـخص الـذي ينقـل إليـه المظهـر ملكيتـه للورقـة التجاريـة بـالتظهير ، وهـذا يفيـد التنـازل عـن الورقـة والحقـوق الناشـئة عنهـا ، ويشـترط ان يكـون المظهـر إليـه شخصـاً حقيقيـاً طبيعيـاً كـان او معنويـاً، فـالتظهير يقـع بـاطلا اذا صـدر لشـخص وهمـي او غيـر حقيقـي وذلـك مـن مثـل التظهيـر إلـى شـخص معنـوي انتهـت شخصـيته كشـركة

انتهت بالتصفية او مؤسسة من مؤسسات القطاع الاشتراكي صدر قانون بإلغائها قبل التظهير [٣٣] .

ولا يشترط ان يكون المظهر إليه شخصاً واحداً اذ يمكن ان يصدر التظهير لأكثر من شخص بقصد التخيير او التضامن ويعد مع ذلك ، حائزاً ومنتجاً لآثاره القانونية [٣٣] بل ان هذا المظهر إليه قد يكون شخصاً اجنبياً وقد يكون شخصاً ملتزماً بها من قبل كالساحب او المظهر السابق او الضامن او المسحوب عليه ،كما يكون لهذا الملتزم السابق بدوره ، تظهيرها من جديد الى غيره.

ولا يشترط في المظهر إليه ان يكون كامل الأهلية ، فالتظهير لناقص الأهلية صحيح وعلة ذلك ان المظهر إليه لا يضع توقيعه على الورقة ولا يلتزم التزاماً صرفياً بها ولكن اذا كان الغالب ان يكون المظهر إليه اجنبياً عن الورقة التجارية فأن القانون كما قدمنا ، قد أجاز التظهير إلى ساحب الورقة او مظهرها او للمسحوب عليه سواء كان قابلا او غير قابل للورقة، كما أجاز لأي من هؤلاء ان يظهر الورقة من جديد [٣٤] وهذا يعني ان توافر الأهلية التجارية لا يشترط في المظهر إليه الذي ينتفع من الورقة .

وبعد هذه التوطئة ننتقل الى معالجة الشروط الموضوعية للتظهير فيما يأتي :

١. الرضا

ويشترط صدور الرضا من جانب المظهر بإجراء التظهير وموافقة المظهر إليه الصريحة او الضمنية على هذا الجراء ، ونتبين موافقته الضمنية من تسلمه الورقة لأمر من دون أي اعتراض ، ولكن ثمة رأي في الفقه لا يهتم بقبول المظهر إليه كشرط لصحة التظهير والدليل على ذلك كما بينا من قبل ، جواز ان يكون المظهر إليه ناقص الأهلية ، فالأهلية التجارية لا تشترط في المظهر إليه الذي يصدر التظهير لمصلحته [٣٥] ففيما يتعلق بالأهلية يلزم القول ابتداء ان المظهر يكون ضامناً لقبول الورقة ووفاء قيمتها ما لم يشترط خلاف ذلك ، وان الأعمال الخاصة بالأوراق التجارية هي أعمال تجارية، ومن هنا اشترط كمال الأهلية او بالأصح الأهلية اللازمة لممارسة التجارة ، أي ان يكون المظهر بالغاً سن الرشد او مأذوناً له في الاتجار ، فالأهلية ينبغي توافرها لدى المظهر اذا كما ينبغي توافرها لدى الساحب عند إنشاء الورقة، فالتظهير يقع باطلاً اذا صدر من عديم الأهلية او ناقصها ، أما اذا صدر من صغير مميز مأذوناً له في الاتجار صح ذلك بشرط ان يقع التظهير في

حدود الإذن في ممارسة التجارة [٣٦] فالإذن مطلق إذا لم يقتصر على أعمال معينة او يستثني أعمالاً معينة ، اما اذا اقتصر على أعمال معينة فهو إذن مقيد .

وعلى هذا فأن التظهير يكون باطلاً اذا صدر من عديم الأهلية او ناقصها ومن هنا فأن للمظهر ان يتمسك بالبطلان في مواجهة كل حامل للورقة التجارية سواء أكان عالماً بعدم أهلية المظهر ام غير عالم بذلك او بمعنى آخر سواء أكان حسن النية ام سيئها [٣٧] ، أما غير المظهر من الموقعين على الورقة فلا يستطيع التمسك بهذا البطلان ، فمثل هذا الشخص يكون بموجب مبدأ استقلال التوقيعات[٣٨] ملزماً بهذه الورقة التي تكون صحيحة بالنسبة إليه ، وكما يصح التظهير من الحامل يصح تظهيرها ممن ينوب عنه قانوناً كالولي او الوصي او الوكيل الذي تخوله وكالته تظهير الأوراق التجارية ، فإذا قام الوكيل بالتظهير واظهر صفته أي كونه وكيلاً فأن الالتزام لا يترتب في ذمته بل في ذمة الموكل مباشرة، اما اذا وقع الوكيل دون ان يبين صفته فأنه يلتزم شخصياً تجاه الحامل حسن النية[٣٩] .

ويجدر بالإشارة ان المظهر الأجنبي يجب ان يكون كامل الأهلية بموجب قانونه الوطني ،فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى وجب تطبيق هذا القانون ، ولكن اذا كان هذا القانون الأخير قد اعتبره ناقص الأهلية صح التزام الأجنبي بموجب الورقة في حالة كونه قد وضع توقيعه على السند في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية[٤٠] .

ولعل من المناسب ان نبين هنا ان التاجر الذي أشهر إفلاسه لا يكون تظهيره باطلا ولكن مع هذا لا يجوز الاحتجاج به في مواجهة دائني مثل هذا التاجر ،ويصح هذا الحكم كذلك في حالة التظهير الذي أجرى في فترة الريبة الا إذا كان قد اجري وفاء بدين حال[٤١] .

عيوب الرضا : ان رضا المظهر ينبغي ان يكون خاليا من عيوب الرضا تطبيقاً للقواعد العامة والأحق له التمسك بالعيب ومن ثم ببطلان التظهير قبل المظهر إليه مباشرة كما له ان يتمسك بذلك قبل الحامل السيئ النية أي الذي كان على علم بسبب البطلان ، ولكن ليس له فعل تجاه الحامل الحسن النية ، فلاحتجاج بالبطلان هنا ممتنع بحكم قاعدة تظهير الدفوع[٤٢] .

ويبدو مع عمق الاختلاف في هذه المسألة – ان توسع من ظهرّ الورقة بالإكراه ان يتمسك بذلك كدفع موضوعي تجاه الكافة ، ولكن من ظهرها وهو واقع في

غلط أو تغرير مع غبن لم يكن بوسعه ذلك إلا على سبيل الدفع الشخصي او التمسك حصراً تجاه من استعمل معه الطرق الاحتيالية أو اكتسب الورقة إضراراً به[٤٣] ،وهذا يعني انه ليس للمظهر ان يتمسك بعيوب الرضا المتسمة بطابع شخصي كالتغرير مع الغبن او الغلط الا من باب الدفع الشخصي ، او بتعبير آخر ان المظهر لا يحتج بالعيب الا على المظهر إليه الذي يستفيد من التظهير مباشرة، وعلى من اكتسب الورق بقصد الإضرار به ، وانه ليس لهذا المظهر من جانب آخر ان يحتج بذلك على الحاملين الآخرين إلا بالعيوب المتسمة بطابع موضوعي كالإكراه.

٢. المحل :

ان التظهير ، بوصفه تصرفاً ، لا بد ان يكون له محل ، والمحل هنا هو الورقة التجارية وقد غلب التعبير عن هذا المحل بأنه (الحق الثابت في السند) وهذا الحق هو مبلغ الورقة التجارية ، بل ان هذا المبلغ – وهو مبلغ معين من النقود – هو ما يتبادر إلى الذهن كمحل للتظهير [٤٤] والواقع ان المبلغ المعين من النقود هو محل إنشاء الورقة التجارية ، وليس محل التظهير ، فهذا محله الورقة التجارية ذاتها وهي موجودة ومعينة [٤٥] ويشترط في تظهيرها ان لا يكون شرطياً أي غير معلق على شرط ، من أي نوع ، وان لا يكون جزئياً.

فإذا كان التظهير شرطياً صح التظهير وبطل الشرط ، وإذا كان التظهير جزئياً بطل[٤٦] كما يبطل التظهير اذا وقع على ورقة تجارية ناقصة.

وأياً ما كان الأمر فإذا لم يكن محل التظهير ورقة تجارية كان هذا التظهير باطلاً وقد قضت محكمة التمييز في العراق بأن السند الذي يفتقر إلى وصف الورقة التجارية لا يمكن تظهيره حتى لو حددت قيمته بمبلغ معين واذا لم يكن السند تجاري لا يصح تظهيره [٤٧] بل ان الورقة التي تنشأ بمناسبة عملية تجارية ويكون محلها أداء مبلغ من النقود او تسليم بضائع يجوز تداولها بطريق التظهير اذا كانت لأمر الدائن وخير مثال على ذلك شهادات الإيداع في المستودعات العامة [٤٨] ويتصل هذا الأمر بالحوالة (او السفتجة) ، الحوالة الاسمية والاذنية في ان معاً يمكن تظهيرها – علماً ان الحوالة اسمية دائماً فلا وجود لحوالة للحامل – ولكن إذا لم تكن للأمر لم يجز تظهيرها بل ان الحوالة تكون قابلة للتظهير اذا كانت لأمر الدائن وان كان محلها نقودا او بضائع ، اما السند الاذني (او الكمبيالة) فأنها تكون قابلة للتظهير على الدوام وذلك لانطوائها على شرط الأمر ، ولذا لا يمكن جعلها ليست للأمر ، وفيما

يتصل بالصك فأنه يقبل التظهير اذا كان اسميا اذنياً ولا يمكن تظهيره اذا لم يكن كذلك .

٣.السبب:

والسبب يتمثل في الباعث الدافع على التظهير ويكمن في العلاقة القانونية التي تربط المظهر بالمظهر إليه والتي حملت المظهر على إجراء التظهير ، وهي علاقة مديونية يطلق عليها اسم (وصول القيمة) ولها صور مختلفة منها المعاوضة ، وذلك كأن يكون المظهر مديناً للمظهر إليه فيقوم بتظهير الورقة إليه وفاء لدينه ومنها التبرع وذلك كأن يهب المظهر للمظهر اليه المبلغ المذكور في الورقة ، وعموماً فأن التظهير لا بد أن يكون له سبب موجود صحيح ومشروع وإلا وقع باطلاً وأن القانون يفترض وجود السبب ما لم يثبت العكس ، فلكل التزام سبب ولو لم يذكر إلا إذا ثبت خلاف ذلك ، كما أن القانون يفترض في حالة عدم ذكر السبب صراحةَ أن يكون هذا السبب مشروعاً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[٤٩].

فإذا لم يكن للتظهير سبب موجود ومشروع وقع باطلاً ، وهكذا فأن وجود السبب ضروري لوجود التظهير ، ويجدر بالإشارة أن عدم مشروعية وصول القيمة المذكورة في التظهير إنما هو عيب ظاهري ، ومن هنا يمكن الاحتجاج ببطلان التظهير بطلاناً مطلقا في مواجهة الكافة ، أما اذا ثبت ذلك إثباتاً ولم يظهر في عبارات التظهير فأنه ليس بالوسع التمسك به إلاّ في مواجهة المظهر المباشر والحامل الذي حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين[٥٠] .

ويمكن القول بتعبير أخر أن التمسك ببطلان السبب لانعدامه أو لعدم مشروعيته لا يتجاوز علاقة المظهر بالمظهر اليه المباشر ما لم يكن هذا البطلان قد ترتب على عيب ظاهري في الورقة التجارية كما لو ذكر فيها سبب باطل ففي مثل هذه الحالة يمكن التمسك بالبطلان تجاه كل حامل للورقة[٥١] . ولو قام مدين بدين قمار بتظهير ورقة إلى دائنه فقام هذا الأخير بتظهيرها الى شخص يجهل أن سبب التظهير الأول هو دين قمار يمتنع على من ظهرها بدين قمار أن يدفع المطالبة عنه ببطلان السبب وذلك لأن قاعدة تطهير الدفوع تحول دون ذلك[٥٢] .

وإذا اتصل هذا الموضوع بالفوائد ثار السؤال عما اذا كان تاريخ سريانها هو تاريخ التظهير أم تاريخ استحقاق الورقة ؟

وللإجابة نقول لو ظهرت صكاً إلى مصرف معين ليضيفه إلى حسابك لسرت الفوائد من تاريخ استحقاق الصك وليس من تاريخ التظهير فمثل هذا التظهير ليس تظهيراً تمليكياً وذلك لأن المصرف غير مدين لك ومن ثم ليس هناك من سبب للتظهير .

ويمكن القول ، على العموم ، انه اذا انعدم السبب أو كان غير مشروع بطلت الورقة في مواجهة المستفيد المباشر والحامل الذي حصل عليها لإلحاق الضرر بالمدين ، غير أن هذا البطلان لا يمكن التمسك به قبل كل من ظهرت إليه الحوالة فحاملها وهو حسن النية وذلك لأن تظهيرها يجعلها مطهرة من الدفوع الشخصية المبنية على علاقات قامت بين من سبق لهم التوقيع عليها[٥٣] .

ثانياً : الشروط الشكلية

أن التظهير تصرف إرادي شكلي يتم بالكتابة ولا يمكن أن يقع التعبير عنه مشافهة فهو يتم بأجراء مادي يتمثل في الكتابة أو التوقيع على موضع معين هو الورقة أو الورقة المتصلة بها [٥٤]. والتوقيع لا يكون معتبراً إلا إذا كان إمضاء أو بصمة أبهام بصمت أمام شاهدين ، وقد جاء في المادة (٥٣) من قانون التجارة:

" أولاً : يكتب التظهير على الحوالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها ويوقعه المظهر .

ثانياً: يجوز ألا يذكر في التظهير اسم المستفيد ، كما يجوز أن يقتصر على توقيع المظهر (التظهير على بياض) .

ويشترط لصحة التظهير في هذه الحالة الأخيرة أن يكون على ظهر الحوالة أو على ظهر الورقة المتصلة بها . ثالثاً : ..... " وكما ذكرنا من قبل يشترط في الكتابة الثبات ولا يشترط طريقة معينة .

ويشترط لصحة إنشاء التظهير توافر بيانات معينة فضلاً عما قد يكون هناك من بيانات اختبارية وهذا يعني أن كتابة التظهير بوصفها طابعه الشكلي تتشكل من بيانات إلزامية ، وأنها يمكن أن تتضمن بيانات اختبارية .

وتثار مسألة إلغاء التظهير[٥٥] حيث يتم إلغاء التظهير بشطبه أو كتابة عبارة تفيد الإلغاء كعبارة (ملغي) ثم يوقع تحتها[٥٦] ، ولكن إذا بقيت الورقة في حيازة المظهر حتى ميعاد الاستحقاق وتقدم إلى المدين طالباً وفاء الدين وجب على المدين الوفاء للحامل ولا قيمة للتظهير الملغي لأنه حيازة الحامل – الذي ألغي التظهير

للورقة – يفهم منه أنه لم يتنازل عن ملكية الحق الثابت بها ، على أن للمظهر الذي يريد إلغاء تظهيره أن يطلب من المظهر إليه إذا كانت حيازة الورقة قد انتقلت إليه أن يظهر الورقة تظهيرا عكسياً بدلاً من إلغاء تظهيره ، وإذا ترتب على قيام المظهر إليه بتظهير الورقة التزامه التزاماً صرفياً يجعله ضامناً للورقة فأنه يستطيع أن يتلخص من هذا الضمان بوضع شريط عدم الضمان في التظهير العكسي[٥٧] ، وسنعالج فيما يأتي كلاً من البيانات الإلزامية والبيانات الاختيارية .

١ – البيانات الإلزامية :

أن التظهير أما أن يكون باسم شخص معين ، وهذا هو (التظهير الاسمي)، أو(تظهيراً على بياض) أو (تظهير للحامل) وأن البيانات الإلزامية في التظهير الاسمي هي أن يكون هناك توقيع للمظهر مقترن بكتابة عبارة تفيد معنى انتقال الملكية وتتضمن اسم المظهر إليه كأن يذكر (أدفعوا إلى محمد علي) أو (مظهره إلى خالد حسين) وتوقيع المظهر على ان اسم المظهر إليه يجب أن يذكر بصورة واضحة يمكن بها معرفته ، ويكون التظهير التملكي هنا مكتوباً على وجه أو ظهر الحوالة أو وجه أو ظهر الورقة المتصلة بها .

أما البيانات الإلزامية في التظهير على بياض فهي توقيع المظهر فقط أو توقيعه تحت عبارة تفيد معنى انتقال الملكية دون أن يذكر فيها اسم معين وذلك كأن يكتب (أدفعوا) أو (مظهره) وتوقيع المظهر ، والمهم هنا أن تنعدم الإشارة الى المظهر اليه بالمرة .

فإذا اقتصر الأمر على توقيع المظهر فقط دون أي عبارة أخرى فينبغي أن يكون هذا التوقيع على ظهر الورقة المتصلة بها ، وإذا كان هناك توقيع مع عبارة تفيد نقل الملكية من دون إشارة إلى المظهر اليه فيمكن أن يكون التوقيع على الوجه أو الظهر .

أما البيانات الإلزامية في التظهير للحامل (التظهير الاسمي) فهي أن يرد توقيع المظهر مصحوباً بعبارة تفيد معنى الورقة لحاملها كأن يكتب المظهر(أدفعوا للحامل) أو (مظهره للحامل) أو (لحاملها) وتوقيع المظهر ، أي أن عبارة التظهير الناقل للملكية هنا تنطوي على وصف للمظهر اليه من دون ذكر لأسمه ، وهذا التظهير يمكن أن يكون موضعه وجه أو ظهر الورقة التجارية أو الورقة المتصلة بها [٥٨] .

ويتبادر بعد هذا سؤال يقول : هل يعد ذكر اسم المظهر بياناً إلزامياً ؟

وللإجابة نقول : ان المشرع قد أشار الى توقيع المظهر دون اسمه وذلك لأن المظهر هو المستفيد ومن ثم فلا حاجة لذكر اسمه في التظهير ، وثمة سؤال أخر يتبادر وهو : هل يجوز تظهير الصك لحامله ؟

ويجاب على ذلك : بأن هذا الصك ينتقل بالمناولة اليدوية ، فإذا قام شخص بتظهيره فأن هذا التظهير لا يجعل منه صكاً للأمر وإنما يبقى لحامله أي قابلاً للتداول بالمناولة ، وأن هذا التظهير يجعل المظهر مسؤولاً طبقاً لأحكام الرجوع[٥٩] .

٢- البيانات الاختبارية :

ان الورقة التجارية قد تشتمل أحياناً على بيانات يرى المظهر إدراجها تنظيماً لأمر أو أمور لم يعالجها التشريع ، أو تغيراً لحكم مفسر قد جاء به التشريع ولكن بشرط أن لا يكون في ذلك البيان الاختباري مخالفة للنظام العام والآداب العامة وأن لا يؤدي إلى نفي ورود التزام صرفي ثابت في الورقة التجارية أو تغير هذا الالتزام ، وأن لا يأتي مناقضاً لبيان اختباري أخر سبق أن أدرج على الورقة . ويجدر بالإشارة بعد هذا أن البيان الاختباري الذي وضعه المظهر هنا يكون نسبي الأثر فأثره يقتصر على المظهر الذي وضعه ، وهذا على خلاف البيان الاختباري الذي يضعه الساحب إذ أن أثاره تتميز بالعمومية فهي تشمل كل من يتعامل بتلك الورقة ، ومن هذا فأن لا حاجة لوضع بيان كان قد أورده الساحب ، وأن للمظهر أن يضع البيان الاختباري الذي يرى دون ايلاء نظر إلى البيانات الاختيارية التي أوردها المظهرون السابقون .

والحقيقة أن يستعصي على الباحث أن يحصي أو يحصر البيانات الاختيارية ، ولكن هناك بيانات اختياريه قد شاع استعمالها في مجال تظهير الأوراق التجارية ، ويمكن إجمال هذه البيانات فيما يأتي :

أ- بيان وصول القيمة :

وبيان وصول القيمة هو سبب التظهير ، فالتظهير إذا تم وفاء لدين في ذمة المظهر كان هذا الدين عوض التظهير ، ولا شك في أن وصف وصول القيمة له مزايا لا تنكر فهو يسمح للمتعامل بالورقة التجارية بأن يطلع على وجود سبب التظهير ومشروعيته كما يدل على تعبير عن إرادة المظهر بالالتزام قبل كل حامل للورقة بذات الشروط التي التزم بها المنتفع المباشر من التظهير ، الا أن التشريع العراقي لا يستلزم ذلك تماشياً مع الاتجاه الحديث للقواعد العامة التي لاتشترط

الافصاح عن سبب الالتزام ، وتكتفي بافتراض وجوده ومشروعيته ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك [٦٠] .

ب- بيان تاريخ المظهر :

على الرغم من عدم اشتراط القانون العراقي تحديد تاريخ التظهير فأن التطبيق العملي قد جرى على ذكر التاريخ كبيان اختباري اعترافاً لذلك من أهمية خاصة ، فذكر تاريخ التظهير يسمح بمعرفة حالة المظهر وقت وقوع التظهير ، من جهة تمتعه أو عدم تمتعه بالأهلية اللازمة للتظهير وكذلك من جهة خضوعه لنظام الإفلاس ، فمن ظهرّ ورقة وهو عديم الأهلية وقع تصرفه باطلاً ، ومن ظهّرها وهو مفلس لم ينفذ تصرفه هذا في حق دائنيه ، فإذا جاء التظهير خالياً من التاريخ وأصيب أحد المظهرين بعارض من عوارض الأهلية فأنه يكون من المستعصي إثبات وقوع التظهير قبل الإصابة بالعارض ، هذا فضلاً عن أن القانون قد قرر أن " التظهير اللاحق لاحتجاج عدم الوفاء أو الحاصل بعد انقضاء الميعاد القانوني المحدد لعمل هذا الاحتجاج لا ينتج الاَ أثار حوالة الحق "[٦١] ، وهذا يعني أن ذكر تاريخ التظهير في صيغة التظهير سيفصح عما اذا كان قد وقع ضمن المدة المحددة له قانوناَ أم لا بمعنى أخر سيظهر ما اذا كان التظهير قد وقع قبل احتجاج عدم الوفاء أو قبل انقضاء الميعاد القانوني المحدد لعمل هذا الاحتجاج .

وبناءً على هذه الأهمية العملية لبيان تاريخ التظهير وشيوعه فأن المشرع قد خصه بعناية استثنائية لمنع التلاعب فيه فحرّم بموجب المادة (٦١) من قانون التجارة تقديم التظهير[٦٢] ، ولكن إذا كانت هذه المادة قد حرمت التقديم فما هو حكم تأخير تاريخ التظهير ؟ وللإجابة نقول : إن حكم التقديم يصدق كذلك في التأخير فهذا محرم هو الآخر فإذا وقع عدَّ تزويراً وأفقد التظهير قيمته القانونية[٦٣] .

ج- المنع من عمل الاحتجاج :

ان لحامل الورقة عند عدم قبولها أو الامتناع عن وفائها في ميعاد الاستحقاق أن يرجع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها ، وأن الامتناع عن القبول أو الوفاء إنما يثبت باحتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء [٦٤] .

وعلى الرغم من الدور الايجابي الذي يلعبه الاحتجاج إذ أن الرجوع على المظهر عند عدم قبول الورقة أو عدم وفائها يكون مقيداَ بشرط عمل الاحتجاج ، وأنه لا يخلو من السلبيات فهو إجراء رسمي يستوجب نفقات قد لا تتناسب مع مبلغ

الورقة ، كما انه يؤدي إلى طعن بالسمعة المالية لمن يوجه إليه ، ولكن أياً ما كان الأمر فأن مزايا هذا البيان تغطي مثالبه ، ويشترط لوجود هذا البيان أن يذكر في صيغة التظهير بعبارة تدل على منع عمل الاحتجاج ، كأن يقول (بدون احتجاج)[٦٥] . أو الرجوع بلا مصاريف على أنه يجدر بالتنويه أن بيان منع الاحتجاج الصادر من المظهر يتميز بنسبية الأثر أو بمعنى أخر أن أثاره لا تسري الا في علاقة الحامل وهذا على خلاف البيان الصادر من الساحب فأثاره تشمل كل المتعاملين بالورقة التجارية .

د- بيان عدم التظهير :

يجوز للمظهر أن يمنع المظهر إليه من إعادة التظهير متى كان الساحب قد سكت عن مثل هذا البيان ، فإذا كان ساحب الورقة قد منع تظهيرها امتنع هذا التظهير على الكافة ، أما إذا كان هذا الساحب قد سكت عن ذلك فأنه يجوز للمستفيد أن يظهر الورقة ، ولكن المظهر قد يشترط على المظهر إليه عدم القيام بالتظهير مرة أخرى أي عدم إعادة التظهير مجدداً وذلك كأن يورد عبارة في الورقة من مثل (ليست للامر)أو(غير قابل للتظهير) أو ما شابه ذلك من العبارات الدالة على عدم إمكانية التظهير فان فعل ذلك استفاد منه وحده دون غيره من الأشخاص أو بمعنى أخر أن هذه الورقة تبقى مع ذلك قابلة للتظهير ولكن اذا ظهرت لاحقاً فأن المظهر المشترط لا يلزم بالضمان إزاء المظهر إليه المباشر وكل الأشخاص الذين آلت إليهم الورقة بتظهير لاحق أي أنه إذا قام المظهر إليه المباشر بتظهيرها إلى شخص ما فأن هذا الآخر لا تكون له دعوى صرفية في مواجهة المظهر الذي اشترط عدم التظهير ، ولكن يجوز له الرجوع على الساحب والمظهر إليه المباشر بالضمان ، استناداً إلى الأثر النسبي للبيان الذي يشترط المظهر[٦٦] .

وهنا اذا ذكر هذا البيان من قبل الساحب فأنه ينفي الضمان ، أما اذا ذكر البيان من قبل المظهر فأنه لا ينفي الضمان بل يقلصه ، حيث أن المظهر الذي ذكر هذا البيان لا يلتزم إلا باتجاه المظهر إليه المباشر فقط .

هـ- بيان عدم الضمان :

وسيأتي بيانه بالتفصيل في المبحث الثالث عند التعرض له كأثر من آثار التظهير التمليكي ، ولكن لا بدّ هنا من إشارة موجزة سريعة إليه ، وهي أن الأصل يقضي بأن يكون الساحب والمظهر وكل من وقع على الورقة ضامناً لها ، فإذا

رفضها المسحوب عليه يحق للحامل الرجوع على الموقعين عليها ، أما الاستثناء فهو أن القانون قد أجاز للساحب وكذلك للمظهر أن يتخلص من المسؤولية باشتراطه بيان عدم الضمان[٦٧] .

المبحث الثالث

اثار التظهير التمليكي

اذا وقع التظهير الناقل للملكية مستوفياً لأركانه الموضوعية والشكلية قبل عمل احتجاج عدم الوفاء او قبل انتهاء المدة القانونية المحددة لعمل هذا الاحتجاج ترتبت على وقوعه أربعة آثار هي انتقال الحقوق الناشئة عن الورقة إلى المظهر إليه ، وتطهير الحق الثابت بالورقة من الدفوع قبل الحامل الحسن النّية ، والتزام المظهر بضمان الورقة ما لم يشترط غير ذلك ، وإضفاء صفة الحامل الشرعي على المظهر اليه[٦٨] . وسنعالج كل أثر من هذه الآثار تباعاً كل في فقرة مستقلة.

<u>أولاً : انتقال الحقوق الناشئة عن الورقة الى المظهر اليه :</u>

أشارت المادة (٥٤/أولاً) من قانون التجارة إلى ان التظهير ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة كما قضت المادتان (١/١٣٥ و ١٣٧) من هذا القانون بسريان أحكام الحوالة المتعلقة بجملة أمور منها التظهير على السند للأمر والصك، والحقيقة ان التظهير ينقل ملكية الورقة التجارية من المظهر الى المظهر اليه، وبانتقالها تنتقل إليه معها جميع الحقوق الناشئة عنها ، وتكون هذه الحقوق الجديدة للمظهر إليه مستمدة من الورقة ذاتها فهو يكتسبها بمجرد التظهير وبصورة لا علاقة لها بشخص المظهر وعلاقته بالساحب او المسحوب عليه.

وهنا نقول إذا كان ثمة دفوع يمكن الاحتجاج بها تجاه المظهر فانه من غير الممكن الاحتجاج بهذه الدفوع قبل حامل الورقة اذا كان هذا الأخير حسن النية ، فالتظهير ليس حوالة حق ، لينتقل به إلى المحال له ما للمحيل وما للمظهر من حق في ذمة مظهر سابق او ذمة الساحب بل ينتقل به الحق الثابت بالورقة ويمكنه استيفاء هذا الحق ممن ظهر له الورقة وكذلك المظهرين السابقين والساحب والمسحوب عليه والضامنين اي من كل موقع على الورقة وان هذا الحق ينتقل إلى المظهر إليه بمجرد التظهير بقوة القانون ودون حاجة إلى اتخاذ اي إجراء آخر[٦٩] ،

والحقيقة ان حامل الورقة يستمد حقوقه من شكلها أو بتعبير أدق مما هو مدّون فيها ، اذ ان العلاقة هنا تكون مبنية على أساس من الالتزام الصرفي الناشيء من التوقيع على الورقة وينتقل الحق إلى المظهر إليه كما هو وقت التظهير فتنتقل معه جميع توابعه من ضمانات شخصية او عينيه او شروط ان وجدت، ولعل مما يجدر بالإشارة بعد هذا إن الحقوق الثابتة بالورقة تنتقل إلى المظهر إليه من وقت التظهير دون حاجة إلى قبول المدينين بها او حتى إخطارهم(٧٠).

ثانياً : تطهير الحق الثابت بالورقة من الدفوع :

اذا طالب حامل الورقة بدفع قيمتها لدى الاستحقاق فلا يجوز الاحتجاج ضده بالدفوع التي كان بإمكان المدين ان يحتج بها في مواجهة المستفيد او اي شخص آخر من حملة الورقة السابقين ، والدفوع هنا هي التي تنشأ بسبب العلاقات الشخصية بين المدين والموقعين الآخرين فتظهر الورقة إلى حامل جديد لا يتيح الاحتجاج ضده بالدفوع التي كان يمكن الاحتجاج بها ضد المظهر وذلك لكي لا يفاجأ هذا الحامل بدفوع كان بإمكان المدين ان يدفع بها في مواجهة الساحب او حملة الورقة السابقين وهذا هو ميدان قاعدة التطهير الحق من الدفوع (٧١) . فمقتضى هذه القاعدة هو منع الاحتجاج في مواجهة الحامل القانوني للورقة بدفوع المدين الناشئة عن علاقاته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين وهو ما يتميز به التظهير، أما اذا انتقلت الورقة إلى الحامل بطريق حوالة الحق فلا وجود لمثل هذا الحكم وإنما ينتقل الدين الى الحامل بكل ما يشوبه من عيوب ودفوع ، كما لا سريان لهذه القاعدة عند انتقال الورقة بالوصية او الميراث او عندما يكون الحامل قد اراد من الحصول على الورقة الإضرار بالمدين .

ان قاعدة التظهير من الدفوع هي الأساس الذي يقوم عليه تداول الأوراق التجارية والذي يتصل اتصالا وثيقا بقاعدة استقلال التواقيع وذلك لان التوقيع على الورقة يرتب للحامل حقا مجردا مستقلا عن العلاقات التي تربط الموقعين على الورقة فكل موقع على الورقة ساحبا كان او مظهرا ضامنا احتياطيا او مسحوبا عليه قابلا إنما يلتزم بمجرد توقيعه على الورقة التزاما مستقلا عن العلاقات التي أدت إلى إنشائها او تظهيرها ويكون للحامل في مقابل ذلك تجاه كل ملتزم بالورقة حق مباشر ناشئ من الورقة ذاتها ومندمج بها(٧٢) .

شروط قاعدة التطهير من الدفوع :

يخلص الينا مما تقدم ان من الممكن إجمال شروط قاعدة التظهير من الدفوع فيما يأتي :

١. ان يكون المدعي بموجب الورقة التجارية حاملا قانونيا لها ويعد المدعي حاملا قانونيا اذا اثبت له صاحب الحق في الحوالة بموجب سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ويجب ان يكون حاملا قانونيا بموجب التظهير فقط، اما اذا حصل على الورقة او ارث او وصيه فانه يحق لحاملها ان يتمسك بهذه القاعدة ويكون التظهير متتاليا اذا لم تنقطع سلسله التظهيرات فإذا ظهّرها (أ) إلى (ج) ووقّع ثم ظهّرها (ج) إلى (د) ووقّع وظهّرها (د) إلى (هـ) ولم يوقع فهنا تنقطع سلسلة التظهيرات ، غير انه اذا شطب تظهير (د) وقام بتظهيرها الى (و) ووقع فهنا تعاد سلسلة التظهيرات ولايؤثر الشطب عليها .

٢. ان لا يكون المدعي بالورقة قد قصد الإضرار بالمدين الصرفي حين حصوله على الورقة بالتظهير فإذا كان قد قصد ذلك فلا يحق له التمسك بهذه القاعدة وذلك لأنه سيء النية وسوء النية يرد على أهله ومن هنا فان قاعدة التطهير من الدفوع تختص بالحامل الحسن النية دون غيره واذا ظهرت الورقة من جديد الى المستفيد مرة ثانية انقضى الالتزام بالضمان ولم يحق له الرجوع على اي من المظهرين وذلك لأنهم سيحتجون او يدفعون بانه مدين لهم وان كان دائنا لهم بموجب الورقة ، وهذا يعني إرجاعه إلى مركزه الأول لا يحق له الرجوع بالضمان الا على الساحب [٧٣] .

ويبدو ان التشريع العراقي النافذ أكثر تشديدا من التشريعات السابقة له وذلك لأنه اشترط إثبات قصد الإضرار وهذا أمر يصعب ويشق وهو على خلاف التشريعات السابقة التي اشترطت إثبات التواطؤ بين شخصين وهذا أمر أكثر يسرا في الإثبات من قصد الأضرار .

ولاشك ان الغرض من التشديد هو تشجيع تداول الورقة التجارية وايا ما كان الأمر فان هناك دفوعا يطهرها التظهير ودفوعا لا يطهرها التظهير وسنعالج ذلك تبعا فيما يلي :-

<u>الدفوع التي يطهرها التظهير :</u>

ان الدفوع التي لا يمكن الاحتجاج بها ضد الحامل الحسن النية هي دفوع مبنية على أساس من العلاقات الشخصية بين المدين والساحب او احد حملة الورقة السابقين ويمكن حصر هذه الدفوع في أربع طوائف هي[٧٤]:

١. الطائفة الأولى :

وتوصف بالدفوع المبنية على انعدام سبب الالتزام الصرفي او عدم مشروعيته ، فالدفوع المتعلقة بعدم وجود السبب او عدم مشروعيته لا يمكن التمسك بها في مواجهه الحامل القانوني الذي لا يعلم بذلك اي الحامل الحسن النّية فاذا قام (أ) بتظهير ورقة الى (ب) على سبيل الرشوة وظهّرها (ب) إلى (جـ) فهنا لا يكون (جـ) على علم بهذا السبب غير المشروع ، الامر الذي يؤمّن له الحماية القانونية ويمكنه التمسك بقاعدة التطهير من الدفوع من خلال الدفع بعدم مشروعية السبب ولعّل خير الامثلة على ذلك هو التوقيع لايفاء دين قمار ،ودفع قيمة صفقة مواد قد حظر الاتجار بها ، وعلى العموم فاذا لم يستند تظهير الورقة الى سبب موجود او مشروع فان هذا الدفع لا يحتج به الا في مواجهة المنتفع المباشر من هذا التظهير الباطل ولكن اذا تم تظهير الورقة الى شخص اخر حسن النيّة فانه لا يمكن التمسك بهذا الدفع تجاهه وذلك لان الورقة قد طهرت من الدفوع بالتظهير.

٢. الطائفة الثانية :

الدفوع المبنية على عيب من عيوب الرضا ذات الطابع الشخصي كالغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال مع الغبن الفاحش[٧٥]، ففي حالة الغلط مثلاً ، يظهر التظهير الدفع به وذلك كان يعتقد الشخص ملائمة موقع سابق – هو في الحقيقة معسر او متوقف عن الدفع – فهنا لا يستطيع ان يواجه الحامل الحسن النيّة بهذا الدفع لانه لا يعلم بالغلط ولكن يتمسك به ضده اذا كان عالما بهذا العيب .

٣. الطائفة الثالثة:

الدفوع المستمدة من واقعه لاحقة لنشوء الالتزام الصرفي او المبنية على أساس التزام خارج الورقة فمثل هذه الدفوع لا يجوز التمسك بها تجاه حامل الورقة الحسن النيّة ، فإذا كان الساحب قد سحب الورقة التجارية على أساس انها ثمن لبضاعة معينة وأعطاها للمستفيد كبائع ، ثم فسخت العلاقة بين الساحب والمستفيد لسبب من الأسباب ، ففي هذه الحالة يجوز للساحب ان يمتنع عن الوفاء بقيمة الورقة بناءً على فسخ العقد ، ولكن اذا قام المستفيد بتظهير الورقة الى حامل حسن

النيّة فانه لا يجوز للساحب الامتناع عن الوفاء بحجة هذا الدفع لان التظهير قد طهّر الورقة من الدفوع.

٤. الطائفة الرابعة :

الدفوع المتعلقة بصورية احد او بعض البيانات التي تشتمل عليها الورقة التجارية ، وذلك كان يكون هناك حوالة على بياض فيصار إلى تكملتها خلافا للاتفاقات بهذا الخصوص (٧٦).

وحيث ان المادة (١/١٤٧) من تقنيننا المدني قد نصت على انه " اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النيّة ان يتمسكوا بالعقد المستتر" فان هذا يعني ان بوسع من دفع على حوالة ان يحتج قبل حاملها السيئ النيّة ببيان مستتر أخفته الصورية ، ولكنه لا يستطيع الاحتجاج بذلك ضد حامل حسن النيّة او بمعنى آخر ضد حامل يجهل ان البيان المستتر هو البيان الذي أراده الموقعون وان البيان الصوري هو ما ذكرناه في الحوالة .

ويلزم القول أخيراً ان آثار التصرفات القانونية نسبية فهي لا تشمل إلا أطراف هذه التصرفات او بمعنى آخر ان التصرف القانوني لا يمس بأثره من حيث الأصل ، الشخص الاجنبي عنه (٧٧).

وغنيٌ عن البيان ان هذه الدفوع التي يطهرها التظهير بحيث يمتنع على المدين الصرفي التمسك بها قبل الحامل القانوني الحسن النيّة إنما تجمعها فكرة واحدة هي ان للسبب في العلاقات الثنائية او المباشرة أثراً في التظهير (وكذلك في الانشاء) ولكن ليس له مثل ذلك في العلاقات البعيدة.

<u>الدفوع التي لا يطهرها التظهير:</u>

ويطلق على هذه الدفوع اسم الدفوع الموضوعية او المطلقة ، وهي دفوع بالالتزام نفسه وتقع خارج نطاق قاعدة التطهير من الدفوع ولو كان الحامل حسن النيّة وذلك لأنها غير مبنية على علاقات المدين الشخصية بأشخاص الورقة الآخرين . ويمكن إجمالها فيما يأتي :

١. الدفوع المبنية على عيب ظاهري وتكون عند وجود عيب شكلي او عدم استكمال الشكلية المطلوب توافرها في الورقة وتتمثل في نقص احد البيانات الإلزامية او مخالفة هذه البيانات او البيانات الاختيارية للحقيقة ، او في ذكر سبب غير مشروع او في انقطاع سلسلة التظهيرات وما إلى ذلك ، فهذه الدفوع يجوز

التمسك بها لعدم إمكان التظهير هنا ، فتظهير الورقة يستلزم استيفاءها الشرائط القانونية ، وهذا يعني ، في النتيجة انه لا يمكن ان يكون هناك حامل قانوني للورقة [٧٨].

وعلى العموم فان العيوب الشكلية يمكن التمسك بها في مواجهة كل حامل فمن يحمل ورقة معينة لا يستطيع الاحتجاج بجهله وحسن النية ، فالجهل بالقانون لا يعذر .

٢. الدفوع الناشئة من انعدام الأهلية أو نقصها : ان من وقع ورقة تجارية وهو عديم الأهلية او ناقصها يستطيع التمسك في مواجهة الكافة بالدفع المستمد من انعدام أهليته او نقصها ، وذلك لان قواعد الأهلية من النظام العام هذا فضلاً عن المشرع قد قصد حماية ناقص الأهلية او عديمها[٧٩] ، ومن هنا فإذا وقع مثل هذا الشخص ورقة تجارية كان توقيعه باطلاً في مواجهة كل حامل قانوني لها سواء أكان حسن النية ام سيئها ، واذا كان هنالك موقعون عديدون وكان بينهم ناقص أهلية ، فان قاعدة التظهير من الدفوع تستبعد لحماية هذا الشخص وحده ، ويجوز للحامل القانوني من ثم ان يرجع على بقية الموقعين الآخرين .

٣. الدفع الناشئ عن النيابة الكاذبة او تجاوز حدود النيابة ، فإذا وضع شخص توقيعه على ورقة تجارية كنائب عن آخر ولم يكن مفوضاً منه او كان مفوضاً وتجاوز حدود التفويض فانه يلتزم شخصياً بموجب الورقة[٨٠] .

ولا يمكن للحامل القانوني ان يرجع على الأصيل المزعوم ، وانما يرجع على مدعي النيابة ، ويتبين من هذا انه على الرغم من وجود تظهير صحيح وورقة تجارية صحيحة فان قاعدة التظهير تتعطل وان توافرت شروطها تجاه الأصيل المزعوم .

٤. الدفوع القائمة على تزوير التوقيع : فالشخص الذي يزور توقيعه على الورقة التجارية يستطيع التمسك بذلك في مواجهة كل حامل لو كان حسن النية ، فالتظهير لا يطهر الورقة من الدفع بالتزوير لأنه لا يمكن إلزام الشخص دون إرادته ويلاحظ ان هذا الدفع يقتصر التمسك به على الشخص الذي زور توقيعه ، وهذا يعني ان الموقعين الآخرين يلتزمون بالورقة ولا يجوز لهم الدفع بالتزوير لأنه يتصل بهم ثم ان هذا ما يقضي به مبدأ استقلال التواقيع[٨١] .

٥. الدفع الناشئ عن التحريف : ويمكن الاحتجاج بالتحريف او (بالتغيير اللاحق في بيانات الورقة) في مواجهة كل حامل حسن النية ، فاذا وقع التحريف او تغيير البيانات يتعين التفريق في الحكم بين ما قبل التحريف وما بعده ، فمن وقع على الورقة بعد التحريف التزم بما ورد في المتن المحرف ، ومن وقع عليها قبل التحريف التزم بما ورد في المتن الأصلي اي البيانات التي كانت فيها لدى توقيعه عليها ، واستطاع الاحتجاج بذلك قبل حملة اللاحقين[٨٢] .

٦. الدفع بالإكراه : ان الإكراه دفع موضوعي يتعلق بالالتزام ذاته فيمكن الدفع به لبطلان التصرف في مواجهة كل حامل للورقة التجارية سواء كان سيء النية او حسنها ، فالقانون المدني العراقي في المادة (١١٢) منه لا يشترط للتمسك بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة ان يكون الطرف الآخر في العقد عالماً بالإكراه ، ولذا فمن وقع ضحية إكراه جاز له ان يحتج به ضد الحامل وان كان حسن النية[٨٣] ، ولكن اذا لم يكن من الجائز للحامل ان يرجع على المكره فان بإمكانه الرجوع على الاخرين ، ويجدر بالإشارة ان الدفع بالإكراه هو دفع من الدفوع التي لا يطهرها التظهير حسب الرأي الراجح ، وان الغلط الجوهري يعد كذلك حسب رأي بعض الكتاب[٨٤] .

ثالثا / التزام المظهر بالضمان

إذا انتقلت الورقة إلى المظهر إليه فان علاقة المظهر بها لا تنتهي وذلك لأنه يكون بعد التظهير ملتزما أمام المظهر إليه وكل حامل شرعي لها بعده بضمان وفاء المدين الصرفي للدين الثابت في الورقة ويترتب هذا الضمان بمجرد تظهير الورقة ودون حاجة إلى نص فإذا حل ميعاد الاستحقاق وامتنع المدين عن الوفاء كان للمظهر إليه ولكل من انتقلت إليه الورقة بالتظهير ان يرجع على المظهر مطالباً إياه بالوفاء [٨٥] .

وحق المظهر إليه في الرجوع لا يقتصر على من ظهر إليه الورقة بل يشمل المظهرين السابقين تطبيقا لقاعدة تضامن الموقعين على الورقة [٨٦] ، وذلك كلما تداولت الورقة التجارية فانتقلت من ظهر ازداد عدد الضامنين فيها وقويت الثقة بها، وهذا أمر له أهميته من جهة أداء الورقة التجارية لوظيفتها كأداة وفاء تقوم مقام النقود ، والحقيقة ان تظهير يجعل المظهر ملتزما بضمان قبول الورقة من المدين الصرفي الممتنع عن القبول او عن أداء قيمتها[٨٧] ، وهذا يعني ان بوسع الحامل ان

يرجع على هذا المظهر وبقية المظهرين بوصفهم ضامنين لأداء القيمة عند امتناع المدين ولكن الدقة تقتضي هنا ، مع ذلك ، ان نبين ان التزام المظهر بالضمان هو التزام بضمان وفاء الورقة التجارية وليس بأداء قيمتها فهو التزام ذو طبيعة تبعية يفسرها حق التجريد الذي يستطيع المظهر ان يدفع به إذ انه لا يجوز للحامل الشرعي للورقة ان يرجع على المظهر الا بعد الرجوع على المدين الصرفي المضمون وعدم استجابته لطلب الحامل ، ولكن ليس للمظهر أكثر من مطالبة الحامل القانوني بمراجعة المدين الصرفي اولا ، وإلا فانه اذا تم استيفاء الشرائط القانونية لرجوع الحامل التزم المظهر ، مع بقية الملتزمين بموجب الورقة ، التزاماً تضامنياً بضمانها وتنفيذ هذا الالتزام بالضمان ، فالتزام المظهر ذو الطبيعة التبعية هو كذلك التزام ذو طبيعة أصلية ، فالمظهر يضمن الورقة ويستطيع الرجوع على من سبقه في التوقيع عليها لضمانها فهو اذا ما دفع مبلغ الورقة انتقلت إليه من جديد وكان له الحق بالرجوع على المظهرين السابقين لاستيفاء هذا المبلغ وهذا امر يجعل الورقة التجارية محل ثقة واطمئنان ، بل ان الثقة بها تزداد بتداولها من مظهر على آخر ومن ثم بزيادة عدد ضامنيها [٨٨] ، وبهذا يتلف التظهير من حي مدى ضمان المظهر عن مدى ضمان المحيط في حوالة الحق ، فالمحيل كما اشرنا من قبل يضمن وجود الحق المحال به عند الحوالة اذا كانت هذه الحوالة بعوض ولكنه لا يضمن وجود الحق اذا كانت بغير عوض .

ولكن اذا كان من شان ضمان المظهر هذا ان يترتب بمجرد تظهير الورقة ودون حاجة الى النص فانه يمكن الإعفاء منه بالاتفاق مع المظهر اليه كما يمكن تحديده وذلك على التفصيل الاتي :-

١- إعفاء المظهر من الضمان بصورة مطلقة :

أجاز القانون للمظهر ان يشترط إعفاءه من الضمان بشرط يضعه بهذا المعنى في صيغة التظهير وذلك كأن يكتب (دون ضمان) او (دون مسؤولية) او (دون التزام) ، فإذا اشترط مثل هذا الشرط ترتب على ذلك إعفاءه من مسؤولية عدم وفاء المدين الصرفي للدين الثابت بالورقة عند الاستحقاق ، وينتج هذا الشرط أثره تجاه المظهر اليه الذي قام واضع الشرط بتظهير الورقة إليه وكذلك تجاه كافة المظهر إليهم اللاحقين الذين انتقلت إليهم الورقة ، غير انه لا

يستفيد من هذا الشرط إلا المظهر الذي وضعه ، فالمظهرون اللاحقون لا يستفيدون منه[٨٩] .

٢- تحديد الضمان :

ويتم تحديد الضمان بوضع شرط (ليس للأمر) في صيغة التظهير ، فتحديد الضمان يكون بوضع شرط في الظهر يمنع من تظهير الورقة مجدداً ، اي انه شرط لا يعفي المظهر من التزامه بالضمان تجاه المظهر إليه ، ولكن يعفيه من ذلك تجاه المظهر إليهم اللاحقين ، فإذا قام المظهر إليه بتظهير الورقة فإن تظهيره هذا وإن كان مشروعاً ، لا يجعل المظهر الذي وضع الشرط (ليس للأمر) ملتزماً بالضمان تجاه من ظهرت إليهم الورقة مجدداً فهو يكون في حالة من ضمان الوفاء بالدين عند الاستحقاق تجاه المظهر إليهم اللاحقين او بمعنى آخر انه يضمن قبول الورقة ووفائها تجاه من ظهر له هذه الورقة ولا يضمن ذلك تجاه من تؤول اليه بتظهير لاحق[٩٠] .

بيد ان شرط عدم الضمان او تحديده لا يعفي المظهر من ضمان وجود الحق وقت التظهير ولا من ضمان أفعاله الشخصية ، فإذا اتضح مثلاً الحق الثابت في الورقة لم يكن موجوداً وقت التظهير جاز للمظهر اليه الرجوع على المظهر على الرغم من شرط عدم الضمان ومثال ذلك ان يكون توقيع الساحب مزوراً وأن يقوم المستفيد بتظهير الورقة مشترطاً عدم الضمان ، إذ أن تزوير التوقيع دفع لا يطهره التظهير وهذا يعني انه بوسع المظهر اليه ان يرجع على المظهر رغم وجود شرط عدم الضمان [٩١] .

وحيث ان من المتصور تظهير الورقة لشخص كان قد وقع عليها سابقاً فأن السؤال المتبادر هو هل يضمن في مثل هذه الحالة المظهر وجميع الموقعين الوفاء بقيمة الورقة لهذا الحامل الذي قد كان وقّع عليها من قبل؟

الحقيقة ان الحكم يختلف هنا باختلاف حالات ثلاثة هي [٩٢]:

أ- حالة ان يقع تظهير الورقة لمصلحة الساحب : فإذا أمتنع المسحوب عليه من الوفاء في ميعاد الاستحقاق فأن المظهر اليه (الساحب) لا يستطيع الرجوع بالضمان على من ظهّر الورقة اليه ولا على المظهرين السابقين وذلك لأنه هو من سحب الورقة ، وهو ، من ثم ، من يلتزم بالضمان تجاه الكافة ، ولكنه يستطيع مطالبة المسحوب عليه القابل بقيمة هذه الورقة .

أما إذا قام هذا الساحب المظهر إليه بتظهير الورقة مجدداً فأن للحامل أن يرجع على الموقعين السابقين .

ب- حالة ان يقع تظهير الورقة لمصلحة المسحوب علية الذي كان قد قبلها:

فإذا قام هذا المسحوب عليه القابل [وهو المظهر إليه] بتظهير الورقة الى شخص آخر قبل حلول أجلها فان صفتي المظهر والقابل تجتمعان فيه وأن للحامل أن يرجع عليه ، فإذا امتنع عن أداء قيمتها جاز لهذا الحامل أن يرجع على الموقعين السابقين .

أما إذا بقيت الورقة لدى هذا المسحوب عليه القابل حتى يوم الاستحقاق فأنه يصبح دائناً ومديناً في آن معاً ويسقط الدين باتحاد الذمة .

ج- حالة أن يقع تظهير الورقة لمصلحة مظهر سابق : فإن تم تظهير الورقة إلى من كان قد ظهّرها سابقاً فأنه يحرم من الرجوع بالضمان على كل من وقع عليها في المدة الواقعة بين تظهيره الاول وبين انتقالها اليه مجدداً بالتظهير .

ويجدر بالتنويه يعد هذا ان شرط عدم الضمان لا يجوز وروده في الصيغة (السند للأمر) وذلك لأن السند للأمر عبارة عن تعهد بالوفاء وأن لمن التناقص أن يتعهد الشخص بالوفاء ، ثم يلغي هذا التعهد بشرط عدم الضمان ، فإذا وقع مثل هذا الشرط كان عبئاً ولغواً يجل عنه العاقل .

رابعاً : إضفاء صفة الحامل الشرعي للورقة على المظهر اليه :

أشرنا في المبحث الأول من هذا البحث إلى المادة (٥٦) من قانون التجارة فوجدنا الفقرة أولاً منها تنص على أنه " يعد حائز الحوالة حاملها القانوني متى اثبت أنه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان آخرها تظهيراً على بياض ، وتعد التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن . وإذا أعقب التظهير على بياض تظهيراً آخر أعتبر الموقع على هذا التظهير أنه هو الذي آل إليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض " [٩٣] .

وهذا يعني أن التظهيرات المتسلسلة غير المنقطعة تدل على ان حائز الورقة هو حاملها الشرعي ، بل أنها تدل على ذلك حتى لو كان آخرها تظهيراً على بياض ، اما التظهيرات المشطوبة فأنها تعتبر كأن لم تكن وإذا جاء بعده التظهير على بياض

تظهيراً آخر فأن من وقع على هذا التظهير يعد هو الذي آل اليه الحق بالورقة بالتظهير على بياض .

إذاً فتسلسل التظهيرات قرينة على أن الحائز الأخير للورقة هو حاملها الشرعي ، ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات ما يخالفها فإذا اثبت ذلك حرّم الحامل من حماية القانون الصرفي ومن ثم من التزم الموقعين تجاهه [٩٤] .

كما وجدنا أن الفقرة ثانياً من هذه المادة تنص على انه " أذا فقد شخص حوالة اثر حادث ما فلا يلزم الحامل بالتخلي عنها متى اثبت حقه فيها طبقاً للفقرة (أولاً) من هذا المادة ، إلا أذا كان قد حصل عليها بسوء نية او ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً وهذا نص واضح لا يحتاج إلى زيادة وقد اشرنا إليه في ما سبق فلا نعود اليه .

الخاتمة

تبين لنا ان للتظهير في الأوراق التجارية أهمية كبيرة تتجسد في النتائج التي تترتب عليه ، وان هذه الأهمية تكون أكثر جسامة وخطورة عندما يكون التظهير تمليكياً أي ناقلا لملكية الورقة التجارية بما فيها من حقوق ، فالحقيقة ان التظهير التمليكي هو ما أريد منه نقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية و من المظهر إلى المظهر إليه وهو لهذا تصرف في الحق من جانب المظهر ، وان التظهير يعد تمليكياً ما لم يكن قد ورد بصيغة تدل على انه تظهير تأميني او تظهير توكيلي ، والأصل ان كل ورقة تجارية يجوز تداولها بالتظهير ، بل يجوز تداول الورقة بالتظهير إذا كانت قد أنشئت بمناسبة عمل تجاري وكان محلها اداء مبلغ من النقود او تسليم بضائع ما دامت لأمر الدائن .

ولقد وجدنا من المناسب ان نعالج التظهير التمليكي واثره في ثلاث مباحث: خصصنا المبحث الأول لمفهومه ، وجعلنا المبحث الثاني لشروطه وكرسنا المبحث الثالث لآثاره ، وقد حددنا في المبحث الأول معنى التظهير التمليكي ورسمنا خطاً فاصلاً بينه وبين حوالة الحق المدني ، ثم بينا انه تصرف غير معلق على شرط فهو بات بحكم القانون وان كل شرط يعلق عليه التظهير يعد كأن لم يكن ويبقى هذا التظهير صحيحاً ، كما بينا انه لا يجوز تظهير الورقة تظهيراً جزئياً فإذا لم يرد التظهير على قيمة الورقة باجمعها كان تظهيرا باطلا وإذا تعدد الأشخاص

المستفيدون من الورقة وقام احدهم بتظهيرها كان هذا التظهير باطلا ايضا ، ولكن للمظهر اليه الرجوع على المظهر بدعوى حوالة الحق .

ويجدر بالتنويه انه اذا تم استيفاء جزء من قيمة الورقة ووقع تظهير على الجزء المتبقي منها فان التظهير لا يعد جزئياً إذ ان التظهير الجزئي هو ما افضى إلى تجزئة الحق أجزاء متعددة يعود كل منها لشخص معين ، وحسنا فعل المشرع إذ أبطل الجزئية في التظهير وذلك لان من شأن الجزئية ان تحول دون تداول الورقة بطرق اعادة التظهير ، فالورقة ستكون في حيازة المظهر تظهيرا جزئياً، والمدين الصرفي لا يوفي قيمة الورقة الا اذا استردها .

وفي شأن نص القانون على اعتبار التظهير للحامل تظهيراً على بياض، وذهاب بعض الشراح الى ان المشرّع قد قصد بذلك إتاحة تداول الورقة على بياض بالمناولة ، فإننا رأينا ان هذه الوجهة غير دقيقة اذ لو كان هذا هو قصد المشرّع لما جوز للحامل في الظهير على بياض ان يسلم الورقة إلى شخص آخر دون ان يملأ الفراغ أو يظهرها والصحيح ان المشرع قد أراد بذلك ان يشمل التظهير للحامل بإحكام التظهير على بياض لا ان يشمل التظهير على بياض بأحكام التظهير او بمعنى آخر أراد للورقة المظهرة لحاملها ان تنتقل على وفق الأحكام التي تنتقل بها الورقة المظهرة على بياض .

وقد بينا في المبحث الثاني شروط إنشاء التظهير التمليكي ، فالتظهير لا يصح الا اذا استوفى ما تتطلب القواعد العامة من شروط موضوعية لنشوء الالتزام وروعيت فيه الشروط الشكلية التي قضى قانون التجارة بمراعاتها عند إنشاء الورقة وقبل ان نلج موضوع الشروط الشكلية من رضا ومحل وسبب حاولنا ان نحدد معنى كل من المظهر والمظهر اليه بوصفهما طرفي التظهير .

ولدى معالجتنا للرضا تكلمنا في الأهلية وفي عيوب الرضا ومما بيناه في هذا الخصوص ان التظهير يكون باطلا اذا صدر من عديم الأهلية اوناقصها ومن هنا فللمظهر ان يتمسك بالبطلان في مواجهة الحامل سواء اكان سئ النية ام حسنها ، ولكن غير المظهر من الموقعين لا يستطيع التمسك بذلك ، وان المظهر لا يحتج بعيوب الرضا ذات الطابع الشخصي الا على من يستفيد من التظهير مباشرة وعلى من اكتسب الورقة بقصد الاضرار به ، أما الحاملون الآخرون للورقة فليس له ان يحتج عليهم إلا بالعيب ذي الطابع الموضوعي كالإكراه.

وقد تناولنا الشروط الشكلية وبينا ان كتابة التظهير بوصفها طابعه الشكلي تتشكل من بيانات إلزامية ، كما يمكن ان تتضمن بيانات اختيارية ، وقد وقفنا في ذلك على نقاط في غاية الأهمية كما وقفنا على مسائل اكثر أهمية في المبحث الثالث لدى معالجة آثار التظهير التمليكي من انتقال الحقوق الناشئة من الورقة الى المظهر اليه ، وتظهير الحق الثابت في الورقة من الدفوع وهو موضوع ينطوي على امور تشكل اساسا وانعطافات عميقة في القانون الصرفي ، ومن التزام المظهر بضمان الورقة واشتراط الإعفاء من هذا الضمان او تحديده ومن إضفاء صفة الحامل الشرعي على المظهر له وما ينتظم هذا الإضفاء من مسائل جديرة بالبحث .

وفضلا عن جوانب الموضوع المهمة التي وقفنا عليها او بلورناها والأفكار والآراء التي تتبناها والنتائج التي خلصنا إليها في موضع إيرادها من هذا البحث ، فأن ثمة نتائج أخرى يلزم إيرادها هنا وهي :

١- على الرغم من الدور الكبير الذي يلعبه التظهير التمليكي في مجال التعامل التجاري اليومي في ميدان الأوراق التجارية فأن الهوة تكاد تكون كبيرة جداً بين النظرية والتطبيق ، فالرجل المصرفي يحتفظ باحترام وتقدير كبيرين للأحكام المتعلقة بتظهير الأوراق التجارية ، ولكنه يقف في الوقت نفسه مكتوف الأيدي امام التعليمات التي تصدرها الجهات المختصة والتي تأتي مخالفة للقواعد العامة المتعلقة بتظهير الأوراق التجارية ، فهذه التعليمات تمنع مثلا من تظهير الصك الحكومي الصادر من جهة حكومية لصالح جهة حكومية أخرى ، بل انها تمنع في بعض الأحيان من تظهير بعض الصكوك الحكومية التي يكون الافراد الطرف المستفيد فيها[٩٥] .

٢- على الرغم من الحماية التي احاط بها المشرع العراقي الاوراق التجارية[٩٦] للتمكين او التسهيل من اداء وظيفتها كأداة وفاء تقوم مقام النقود ، فأن المصارف تتحفظ كثيرا في موضوع التظهير التمليكي نظرا لكثرة حالات التزوير فيه وبلاخص عند ورود ذلك في الصكوك حيث لا يستطيع الرجل المصرفي ان يدفع عن نفسه المسؤولية الناشئة عن اخلاله بواجبه في صرف هذه الصكوك الا اذا اثبت انه قد بذل في ذلك عناية الرجل المعتاد[٩٧].

ويجدر بالتنويه هنا ان هامش الخسارة المقرر له لا يكفي دائما لإطفاء المبالغ التي تترتب على قيامه – بحسن نية – بصرف صكوك مظهرة تظهيراً

ناقلا للملكية ولا سيما اذا كان محلها كبيرة ، ولهذا تلجأ المصارف الى ابرام عقود التأميم مع شركات التأمين ضد خطر هذه الأوراق وبالأخص في التظهيرات الناقلة للملكية [٩٨] .

٣- ان للتظهير الناقل للملكية دوراً فاعلاً في العمليات المصرفية وبالأخص الحساب الجاري، حيث يتعين تسليم المدفوعات للقابض على سبيل التمليك ليتمكن من قيدها في الحساب ، فهذه المدفوعات لا تكون ديناً على القابض الا عند تملكها ، وتأسيساً على ذلك فأن قيد الأوراق التجارية (المظهرة تظهيراً ناقلاً للملكية) يجري بمجرد تسلم الطرف الآخر للورقة [٩٩].

٤- ان دور التظهير التمليكي يتضاءل في التعامل بالسند للأمر (الكمبيالة) ويبرز بجلاء عندما يكون التعامل بحوالة تجارية أو صك .

واذ نصل أخيراً نهاية المطاف في هذا البحث ، نوصي بعد التوسع في تفسير التعليمات الخاصة بتقيد احكام التظهير في قانون التجارة وذلك لانها وردت على سبيل الاستثناء من القاعدة والاستثناء لا يتوسع به ولا يقاس عليه .

الهوامش

(١) د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية ، ط ٢ شركة التايمس للطبع والنشر – بغداد ١٩٧٨، ص ٩٤.

(٢) د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٨٧، ص ٦٥٨ وكذلك د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٧.

(٣) د. فوزي محمد سامي ، شرح قانون التجارة العراقي الجديد ، في الاوراق التجارية ط٢، مطبعة الزهراء ، بغداد ،١٩٧٤، ص ٨٩.

(٤) استبدل المشرع العراقي كلمة (الشيك) لتحل محلها (الصك) أينما وردت في القانون .

(٥) انظر المادة (١/٨٥) من قانون التجارة النافذ.

(٦) د.جاسم لفتة سلمان العبودي – محاضرات في الاوراق التجارية القيت على طلبة المعهد القضائي عام ٢٠٠١،٢٠٠٢ ، ص ١٢.

(٧) د.حافظ محمد ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ،الاوراق التجارية ، بغداد ،١٩٥٥ ص ١٠٠ وما بعدها ، ود. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الاوراق التجارية ، بغداد،١٩٦٥، ص ١٨٨

وما بعدها ود. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد ١٩٧٣، ص ١٧٣ وما بعدها ود. اكرم يا ملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، دراسة مقارنة للسفتجة والكمبيالة والشيك ، ط ٢ ، بغداد ١٩٧٨، ص ٧٠ ود. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٤٥ وما بعدها .

(٨) انظر المادتين ٣٦٨و ٣٦٩ من تقنينا المدني .

(٩) انظر المادة (٥٥) اولا من قانون التجارة النافذ ونصها " يضمن المظهر قبول الحوالة ووفائها ما لم يشترط غير ذلك "

(١٠) د. جاسم العبودي – المرجع السابق – ص٢٢

(١١) د. جاسم العبودي –المرجع السابق – ص١٦.

(١٢) تنص المادة (٣٦٦) من تقنينا المدني على انه " للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، ان يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده".

(١٣) د. جاسم العبودي – المرجع السابق – ص ١٦.

(١٤) هذا ما جاء في الفقرة الاولى من المادة (٥٦) من قانون التجارة النافذ ، اما الفقرة الثانية فتنص على انه " اذا فقد شخص حيازة حوالة اثر حادث ما ، فلا يلزم الحامل بالتخلي عنها متى اثبت حقه طبقاً للفقرة (اولا) من هذه المادة . الا اذا كان قد حصل عليها بسوء نية او ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأً جسيماً.

(١٥) في المادة (١/٥٢) منه .

(١٦) د. جاسم العبودي – المرجع السابق – ص ١٠

(١٧) نصت الفقرة (ثانيا) من المادة (٥٢) من قانون التجارة على انه " يكون التظهير الجزئي باطلاً "

(١٨) د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع _ المرجع السابق ، ص ١٢٦.

(١٩) د. فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص ٨٤ وكذلك د. لطيف جبر ود. علي الرفيعي ، القانون التجاري – طبعه وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – ٢٠٠٠،ص٧٣.

(٢٠) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ وكذلك د. لطيف جبر ود. علي الرفيعي – المرجع السابق ، ص ٤٧٣ وانظر كذلك المادة ٥٣/ اولا من قانون التجارة النافذ .

(٢١) د. فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص ٨٤.

(٢٢) المرجع نفسه ، ص ٨٥، وكذلك د. لطيف جبر ود. علي الرفيعي ، المرجع السابق ص ٤٧٣.

(٢٣) انظر د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٣٤.

(٢٤) د. جاسم العبودي – المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٢٥) د. فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص٨٦.

(٢٦) انظر د. اكرم ياملكي – المرجع السابق ، ص ١٠٥

(٢٧) وهذا ما قضت به المادة ٥٤/ ثانيا من قانون التجارة النافذ.

(٢٨) د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٥١ –١٥٢.

(٢٩) يجدر بالتنويه ان الشخص اذا اكتسب الورقة التجارية بموجب وصية او هبة عد حائزا شرعيا لها ، اما اذا حاز الورقة بطريق التظهير فانه يكون حاملا قانونيا لها .

(٣٠) انظر المادة ٥٦ من قانون التجارة النافذ ، عند تحديدها لمفهوم الحامل القانوني .

(٣١) المادة (١١٦٣) من تقنيننا المدني.

(٣٢) ومما يتصل بهذا ان ثمة تعليقات صادرة من وزارة المالية بعدم السماح بتظهير بعض الصكوك الحكومية (كصكوك الرواتب وصكوك الفلاحين)

(٣٣) انظر القرار التمييزي ١٠٣٨/مدنية رابعة / ١٩٧٠ في ١٠/١٧/ ١٩٧٠ – النشرة القضائية ، عدد ٤ السنة الأولى ، ص ١١٩.

(٣٤) انظر المواد ٢/٥١ و ٣/١٤٧ من قانون التجارة النافذ .

(٣٥) انظر في ذلك د. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ٢٢.

(٣٦) انظر على سبيل المثال : د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٨٩ ، حيث يذهب إلى ان الاذن ينصب على المال، والواقع ان هذا القول يرتبط بمبدأ بطلان التظهير الجزئي ، فيرى بطلان التظهير الصادر من الصغير المأذون اذا وقع على مبلغ يجاوز المبلغ المأذون فيه .

(٣٧) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص٦ ، وانظر كذلك القرار التمييزي ١٧٤/ حقوقية ثالثة / ٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٣١ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس ، ص ٤٠٤ .

(٣٨) وهو ما نصت به المادة (٧٤) من قانون التجارة النافذ .

(٣٩) تنص المادة (٤٩) من قانون التجارة النافذ على انه : " اولا : من وقع حوالة عن اخر بغير تفويض منه التزم شخصياً بموجب الحوالة . فاذا اوفاها آلت اليه الحقوق التي كانت تؤول إلى من ادعى النيابة عنه ، ثانيا : ويسري هذا الحكم على النائب اذا جاوز حدود نيابته " . وكذلك د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص ١٤١ .

(٤٠) المادة ٤٨ من قانون التجارة النافذ .

(٤١) د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

(٤٢) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٤٣) د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية ، ط٢ ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٢١ .

(٤٤) انظر في هذا الخصوص على سبيل المثال : د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠١ . وكذلك د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٤٥) اذ يشترط في المحل ما يشترط في محل كل التزام قانوني من شروطه ، أي يكون موجوداً ومعيناً وقابلاً للتعامل فيه . ومن هنا لا يصح تداول الورقة التي تحمل عبارة " ليست للامر " فتظهير مثل هذه الورقة يبطل لبطلان المحل .

(٤٦) د.فوزي محمد سامي و د. فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

(٤٧) انظر القرار التمييزي ٦٧٩ / مدنية رابعة / ١٩٧٢ في ١٩٧٢/٩/٢٠ ، النشرة القضائية ، السنة الثالثة ، العدد الثالث ، ص ٩٥ .

(٤٨) انظر المواد : ١٨٥ و ٢٠٧ و ٢٠٨ من قانون التجارة النافذ .

(٤٩) المادة (١٣٢) من تقنيننا المدني .

(٥٠) د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

(٥١) ان العيب الظاهر هذا يتمثل في ذكر السبب غير المشروع في صلب الحوالة وان هذا يتيح التمسك ببطلانها بطلاناً في مواجهة أي شخص . د.جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٥٢) علي حسن يونس ، الاوراق التجارية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٥ .

(٥٣) الدفوع التي يظهرها التظهير فلا يحتج بها على الحامل الحسن النية ، وهي الدفوع المبنية على أساس من العلاقات الشخصية وأجملها في أربع مجموعات هي :

١. عيوب الرضا ذات الطابع الشخصي كأن يقع الشخص في الغلط يعتقد ملائمة الموقع والموقع معسر أو متوقف عن الدفع فهو في مثل هذه الحالة لايستطيع أن يواجه الحامل الحسن النية بهذا الدفع وذلك لأنه لا يعلم بالغلط ولكن اذا كان عالماً بالغلط تمسك بذلك ضده .

٢. الدفوع المبنية على عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته وهي كما في حالة التوقيع لايفاء دين قمار أو دفع قيمة صفقة مواد قد حظر التعامل أو الاتجار فيها .

٣. الدفوع المستمدة من واقعة قد وقعت بعد نشوء الالتزام الصرفي وذلك كالدفع بفسخ العلاقة بين الساحب والمستفيد أو المظهروالمظهر اليه أو بالمقاصة أو اتحاد الذمة .

٤. الدفوع الخاصة بصورية بعض ما اشتملت عليه الورقة من بيانات .

(٥٤) د.فوزي محمد سامي – المرجع السابق ، ص ٩١.

(٥٥) أجازت المادة ١/٥٦ و ١٥٠ من قانون التجارة النافذ الغاء التظهير .

(٥٦) أنظر د. محسن شفيق – المرجع السابق ، ص ١٨٤ .

(٥٧) أنظر المادتين ١/٥٥ و ١/١٤٩ من قانون التجارة النافذ .

(٥٨) د.أكرم ياملكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ وما بعدها ، وكذلك د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع – المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

(٥٩) انظر المادة (١٥٢) من قانون التجارة النافذ .

(٦٠) د.أكرم ياملكي – المرجع السابق ، ص ٧٧ وما بعدها ، وكذلك د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع – المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

(٦١) المادة (٦٠) من قانون التجارة النافذ .

(٦٢) نصت المادة (٦١) من قانون التجارة على تحريم تقديم تاريخ التظهير فاذا حصل اعتبر تزويراَ ولا قيمة لتظهير الورقة اذا كان مشوباَ بالتزوير، المنصوص عليها في المادة (٢٩٥) بدلالة المادة (٢٨٧) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

(٦٣) د. جاسم العبودي – المرجع السابق ، ص ؟ و ١/١٠٣ من قانون التجارة النافذ .

(٦٤) انظر : المادتين (٣/١٠٢و١/١٠٣) من قانون التجارة النافذ .

(٦٥) انظر : المادة (١/١٠٥) من قانون التجارة النافذ .

(٦٦) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

(٦٧) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

(٦٨) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٦٩) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ٨ .

(٧٠) عبد الرزاق عبد الوهاب ، المرجع السابق ، نقلاُ عن ليسكو ورويلو ، نبذة (٢٩١) ، ص ٣١٧ ، و د. علي سليمان العبيدي ، المرجع السابق ، نبذة (٢١١) .

(٧١) انظر المواد (٥٧ و ٤/١٨٥) من قانون التجارة النافذ .

(٧٢) انظر : احمد ابراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص ٢٤ وما يليها ، وعلي سليمان العبيدي ، المرجع السابق ، نبذة(٢١٩) .

(٧٣) د. محمد فوزي سامي ، و د.فائق الشماع ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨-٢٠٩ .

(٧٤) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

(٧٥) انظر المواد (١١٧- ١٢٥) من القانون المدني العراقي .

(٧٦) د. اكرم ياملكي _ المرجع السابق ، ص ١١٦ ، ويلاحظ في هذا الشأن ان المادة (١٠) من قانون جنيف الموحد قد اجازت التمسك بعدم مراعاة هذه الاتفاقات بالنسبة الى الحامل الذي اكتسب الحوالة بسوء نيّة وكذلك بالنسبة الى من ارتكب في اكتسابها خطأً جسيماً . انظر على سبيل المقارنة في هذا الشأن : د.علي العبيدي _ المرجع السابق ، نبذه (٢٤٢) ، ص ٢٤٣ .

(٧٧) د. احمد البسام _ المرجع السابق ، ص ٧٩ود.علي العبيدي _ المرجع السابق ، نبذه (٢٢٢) ص٢٢٧.

(٧٨) انظر القرار التمييزي ٢٥٦/ ث ب /٨٢ في ١٩٨٢/٦/٥ _ مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة ١٩٨٢/١٣ .

(٧٩) انظر المواد : (١/١٥٥) و (١/١٤٩) من قانون التجارة النافذ .

(٨٠) انظر المادة (١/١٠٢) من قانون التجارة النافذ فيما يتصل بالحوالة ، والمادة (١/١٦٩) فيما يتصل بالصك .

(٨١) المادة (٥٥/ اولا) من قانون التجارة النافذ .

(٨٢) انظر المادة (٤٦) من قانون التجارة النافذ والمادة (٢/١١٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٨٣) انظر المادة (٤٩) من قانون التجارة النافذ المقابلة للمادة (٣/١١٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٨٤) انظر المادة (٤٧) من قانون التجارة النافذ والمادة (٣/١١٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٨٥) انظر المادة (١٣١) من قانون التجارة العراقي النافذ والمادة (١٧٨) من التقنين التجارية الفرنسي .

(٨٦) انظر : د. احمد البسام ، المرجع السابق ، ص ١١٣ ، وكذلك د. اكرم ياملكي ، المرجع السابق ، نبذة (١٣٢) ، ص ١١٩ .

(٨٧) انظر تفصيل ذلك : د. احمد البسام ، المرجع السابق ، ص ١١٣ –١١٥ .

(٨٨) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ص ١٧ .

(٨٩) د.علي سلمان العبيدي ، المرجع السابق ، ص ٢١٢ .

(٩٠) انظر المادة (٥٥) بفقرتيها وكذلك د. علي سلمان العبيدي _المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

(٩١) د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص٢١٥ .

(٩٢) د. جاسم العبودي ، المرجع السابق ص ١٥ .

(٩٣) تقابلها المادة (١٢٠) من قانون التجاري الفرنسي .

(٩٤) د. فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ص٩٥_٦٩ .

(٩٥) تعذر علينا الحصول على تعليمات وزارة المالية بهذا الخصوص .

(٩٦) انظر البحث المنشور في مجلة القانون المقارن (جريمة اصدار صك بدون رصيد) العدد ٢٧ لسنة ٢٠٠٠ ص ٧٦ .

(٩٧) انظر القرار التمييزي ٦٤٧/ مدينة ثانية / ١٩٩٧ في ١٩٩٧/٨/١٩(قرار غير منشور).

(٩٨) انظر الفقرة (٣) من وثيقة تأمين البنوك ذات الرقم ٦٦٠/١١٠/٨٠/٩/١ .

(٩٩) انظر د. باسم محمد صالح –القانون التجاري – النظرية العامة – مطبعة جامعة بغاد – ١٩٨٧، ص ص ٣٢٠– ٣٢٢. . وكذلك انظر الفقرات (٦،١٣،١٠،٧) من وثيقة الحساب الجاري .

المراجع

المؤلفات :

١- د. احمد ابرهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ،بغداد ،١٩٦٩.

٢- د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، دراسة مقارنة السفتجة والشيك ، ط٢ ، بغداد ،١٩٨٧.

٣- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، النظرية العامة ، مطبعة جامعة بغداد ١٩٨٧.

٤- د. حافظ محمد إبراهيم ، القانون التجاري العراقي ، الأوراق التجارية بغداد ، ١٩٥٥ .

٥- د. جاسم العبودي ، الاوراق التجارية ، محاضرات القيت على طلبة السنة الثانية في المعهد القضائي ، عام ٢٠٠١_٢٠٠٢.

٦- د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية ، بغداد ١٩٦٥.

٧- د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، التظهير وآثاره في قانون التجارة الجديد ، بغداد ١٩٨٥.

٨- د. علي حسن يونس ، الاوراق التجارية ، القاهرة ، ١٩٥٦.

٩- د. علي سلمان العبيدي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، بغداد١٩٧٣.

١٠- د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ،القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، بغداد - ١٩٨٤.

١١- د. فوزي محمد سامي ، الاوراق التجارية في القانون العراقي ، ١٩٧٤.

١٢- د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط١ القاهرة ، ١٩٥٤.

القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢- قانون التحارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٣- القانون التجاري الفرنسي .

٤- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

النشرات والمجلات :

١- النشرة القضائية .

٢- مجلة القانون المقارن .

تقييد حرية التعاقد في نطاق التصرفات الواردة على الحقوق الفكرية في ظل التطورات التشريعية الحديثة

– دراسة مقارنة –

المدرس حيدر حسن هادي
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

The general principle of the theory of contract , decides that the contracting parties are free to conclude the contract they want , and to fix its conditions, except those against public policy and morality .

These above – mentiond principles are not suitable within the respect of the dispositions upon the authors rights , therefore , these dispositions have been restricted by the special legislations for protecting anther's rights

These restrictions and limitations are :

Writing, nullity of disposition upon a future classification, and following a very restricted interpretations to the dispositions upon financial rights .

المقدمـــة

يقضـــي المبـــدأ العـــام فـــي نظريـــة العقـــد بـــان المتعاقـــدين احـــرار فـــي اختيـــار موضـــوع عقدهما وتحديد شروطه إلا ما خالف النظام العام والاداب العامة[١].

فحريـــة التعاقـــد مضـــمونة بـــنص القـــانون وقـــد اشـــارت اليهـــا التشـــريعات المدنيـــة كافـــة[٢] . غيـــر ان المشـــرع العراقـــي يضـــع قيـــوداً احيانـــاً علـــى حريـــة التعاقـــد حمايـــة للطـــرف الضعيف في العقد او حماية للمصلحة العامة .

فقـــد قيـــد المشـــرع فـــي القـــانون المـــدني حريـــة التعاقـــد فـــي عقـــود الاذعـــان حمايـــة للطـــرف المـــذعن ، وتـــدخل لرفـــع الارهـــاق عـــن المـــدين ، وخـــول القاضـــي تفســـير العقـــد

لمصلحة المدين ، او لمصلحة الطرف المذعن بشرط ان تكون عبارات العقد غامضة او متناقضة ، حيث نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي على ان (يفسر الشك في مصلحة المدين) ، بينما نصت المادة ١٦٧ الفقرة الثالثة فيه على ان (٣- ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً)[٣] .

وقد نجد تقييداً لحرية التعاقد في قوانين اخرى غير ما ذكر في نطاق القانون المدني ، ففي قانون حماية المؤلف تدخل المشرع في مواضع عديدة لحماية المؤلف وتحفيز مواهبه الفكرية ، ورفع اي قيد قد يؤثر في حريته في التفكير والابداع .

ولعل ابرز القيود التي وضعها المشرع هو بطلان التصرف الذي يكون موضوعه حقاً من حقوق المؤلف الادبية حتى لو كان هذا بموافقته الصريحة . وسبب تحريم التصرف فيها يعود الى انها حقوق لصيقة بشخص المؤلف ، وهي ليست إلا امتداداً لشخصية المؤلف في مصنفه ، فالمساس بها يعد مساساً بشخصه ، وهذا المبدأ اعتمدته اغلب التشريعات التي تأثرت بالقانون الفرنسي لحماية الملكية الفكرية واتفاقية برن[٤] ومنها التشريعات العربية .

ان عدم جواز التصرف في حقوق المؤلف المعنوية لا يكفي لحماية المؤلف ضد استغلال مصنفهِ دون رضاه او بطريقة لا تحترم فيها حقوقه المالية ولا تؤثر على حريته في اختيار موضوع انتاجه الفكري المستقبلي .

صحيح انه يجب تشجيع تداول المصنفات الادبية والعلمية بين الجمهور لغرض نشر الوعي الفكري (الادبي والعلمي) ولكن يجب ان لا يكون ذلك على حساب تقييد مواهب المؤلف وحرمانه من الحصول على المقابل المالي المناسب لقاء جهوده الفكرية ولقاء استفادة الغير من انتاجه الادبي او العلمي .

لهذا تدخل المشرع لوضع قيود معينة على التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية استثناءً من مبدأ حرية التعاقد .

وهذا ما سنراه في موضوع بحثنا محاولين ان تشمل الدراسة بعض التشريعات العربية ذات العلاقة بحقوق المؤلف بالمقارنة مع قانون الملكية الفكرية الفرنسي وذلك لتحقيق الفائدة المرجوة من الدراسة .

وفي ضوء ما تقدم سوف نقسم بحثنا إلى أربعة مباحث تتناول في الأول مفهوم الحقوق الفكرية ومعنى القيد بصورة عامة ثم القيود الواردة على حرية التعاقد

، ويخصص الثاني منها لشرط الشكلية في العقود الواردة على حقوق المؤلف المالية ، ويتناول المبحث الثالث عدم جواز التصرف بمصنف مستقبلي للمؤلف ، أما المبحث الرابع فيتناول مبدأ التفسير الضيق للعقود الواردة على الحقوق المالية للمؤلف . وختمنا البحث بخاتمة بينا فيها ابرز النتائج والمقترحات .

المبحث الأول

مفهوم الملكية الفكرية وطبيعتها ومعنى القيد بصورة عامة

أثار مفهوم الملكية الفكرية وطبيعتها القانونية جدلا واسعا بين فقهاء القانون وقيلت آراء ونظريات مختلفة في بيان هذه الطبيعة لذا سنبحث في مفهوم الملكية الفكرية في مطلب أول ثم سنبحث طبيعتها في المطلب الثاني مع بيان معنى القيود الواردة على حرية التصرف في مطلب ثالث .

المطلب الأول – مفهوم الملكية الفكرية

ظهرت الحقوق الفكرية نتيجة للتطور الثقافي والاقتصادي والصناعي ، فهذه الحقوق لا تدرج تحت طائفة الحقوق العينية لأنها ليست سلطة لشخص على شيء مادي ، ولاندرج ضمن الحقوق الشخصية لأنها لا تخول صاحبها مطالبة شخص آخر بأداء عمل أو الامتناع عن عمل .

إذن ما هو المقصود بالحقوق الذهنية أو الفكرية أو ما المقصود بالملكية الفكرية ؟

نصت المادة ٧٠ من القانون المدني العراقي على إن (الأموال المعنوية حقوق ترد على أشياء غير مادية كحقوق المؤلف والمخترع والفنان) ، والحق المعنوي أو الفكري كما يعرف (سلطة مخولة لشخص على شي غير مادي سواء كان هذا الشيء فكرة ابتكرها أم اختراعاً كشفة أم أي مزية معنوية أخرى نتجت عن عمله)[٥] .

والملكية الفكرية قد تقسم إلى فئات مختلفة فقد تكون ملكية أدبية وفنية وهي ما تعرف بحق المؤلف والحقوق المجاورة ، إضافة إلى الملكية الصناعية والتي تدخل في مجال براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية أو قد تكون ملكية تجارية

كالعلامة التجارية والاسم التجاري وإذا كانت الملكية الفكرية هي الملكية التي ترد على أشياء غير مادية أي سلطة لشخص على شيء غير مادي فما هي الطبيعة القانونية لهذه الحقوق ؟ وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الثاني – الطبيعة القانونية للملكية الفكرية

اختلف الفقهاء في تكييف هذه الحقوق فمنهم من وصفها بأنها ملكية أشياء معنوية تشبيهاً لها بالحقوق العينية ، ولكن هذا التكييف تعرض لانتقادات شديدة ، فالحق المعنوي يختلف عن الملكية بأنة يرد على شي غير مادي كما أنة بحكم طبيعته لا يقبل التأبيد والاستئثار فاستغلال الحق المعنوي مالياً يفترض جعل هذا الحق في متناول الناس وتمكينهم من استعماله في حين إن المالك ليستأثر باستعمال الشيء الذي يملكه .

كما إن الحق المعنوي ليس في اغلب صوره حقاً مالياً خالصاً ، فهو يتضمن بالإضافة إلى جانبه المالي المتمثل باستغلال الحق ماليا جانبا معنويا وتبقى الصلة بشخصية صاحبه[٦] وإذا كانت الملكية الفكرية ليست ملكية بالمعنى الدقيق فما هي طبيعتها إذن؟

ذهب غالبية فقهاء القانون إلى إن الحقوق المعنوية ذات طبيعة مزدوجة ، فلصاحب الحق الفكري حقين على نتاجه الذهني ،فالحق الأول هو الحق الأدبي والذي يعبر عن مجموعة المميزات التي تثبت للمؤلف على نتاجه الذهني والتي تخوله السلطة الكاملة على إثاره الفكرية باعتبارها انعكاسا لشخصيته،والحق الأدبي هو حق كل شخص أن يفكر وان ينتج نتاجا ذهنيا أو فكريا بشكل تظهر فيه شخصيته .

إما الحق الثاني فهو الحق المالي والذي يعبر عن الصلة المالية بين الشخص وبين نتاجه ، فمن العدل إعطاء كل صاحب نتاج فكري فرص الاستفادة من هذا النتاج والتصرف في هذه الحقوق سواء كان التصرف معاوضةً أو تبرعا ويتم التصرف عن طريق عقد النشر أو عقد الأداء العلني او بيع المنتج[٧]

والواضح ان هذين الحقين المتقدمين ينتجان عن إبداع الشخص ،إما عن تكييف الإبداع فهو حق ملكية من نوع خاص فهو عملية خلق وتطوير أو تحسن أي مادة او فكرة في جميع جوانب الحياة[٨] .

فعند اتصال شخصية المبدع مع إنتاجه يكون له حق شخصي يتجسد بالحق الأدبي ، كذلك فانه له جانبا ماليا وهو حقه في استغلال عمله والحصول من ورائه على مقابل مالي لقاء جهوده الإبداعية .

إذن الملكية الفكرية هي ملكية من طبيعة خاصة تتضمن جانبين الجانب الأدبي المتمثل بالحق الأدبي وهو حق لصيق بشخصية المفكر ولا يمكن التصرف به ، والجانب المالي وهو الحق في استغلال النتاج الذهني والذي يمكن التصرف فيه ولكن هذا التصرف ليس مطلقا وإنما ترد علية مجموعة من القيود وهو موضوع بحثنا .إذا فما هو معنى القيود.

المطلب الثالث – معنى القيود الواردة على حرية التصرف

يضع القانون قيودا كثيرة على حق الملكية وحرية التصرف ولكن هذه القيود لا نجدها فقط في القانون المدني وحدة ، فعلى سبيل المثال القيود الواردة على كيفية التصرف في نطاق الحقوق الفكرية ترد في قوانين الملكية الفكرية .ومهما يكن من امر فان القيود قد تكون قانونية وقد تكون إرادية ، وإما القيود القانونية والتي ينص عليها القانون فقد تكون مقررة لمصلحة عامة ، فحيث ما يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فأن المصلحة العامة هي التي تقدم وابرز مثال لذلك ،نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستملاك[٩] .

والقيود المقررة لمصلحة خاصة فهي تتقرر حماية لمصلحة خاصة جديرة بالحماية في نظر الشرع ، انطلاقا من فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة وترجيح بعضها على بعض ،وهذا هو موضوع بحثنا فالقيود الواردة على التصرفات في نطاق الحقوق الفكرية هي مقررة لمصلحة المؤلف ، والمشرع عندما يضع هذه القيود يوازن بين مصلحتين خاصتين فيرجح أحداهما على الأخرى لأنها أولى بالرعاية في نظره ، ولايا خذ بالمصلحة الخاصة فقط وإنما للمصلحة العامة دور في ذلك. فالقيود التي تتقرر لمصلحة خاصة تهدف في الوقت نفسه وبطرق غير مباشر لتحقيق المصلحة العامة .

هذه هي القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة وهي موضوع بحثنا لكن ما الفرق بينها وبين القيود الإرادية او ما يسمى (بشرط المنع من التصرف)

اولا : شرط المنع من التصرف:-

إن سلطة التصرف هي من ابرز ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق وهذه السلطة هي التي تعطي للملكية قيمة اقتصادية لأنها الوسيلة التي تكفل تداول الأموال والتصرف فيها ، لهذا السبب لم يجز القانون الفرنسي حبس الأموال عن التداول عن طريق اشتراط عدم التصرف فيها إلا في أحوال استثنائية(١٠) .

وقد سار القضاء المصري على ما انتهى عليه القانون الفرنسي .

أما القانون المدني العراقي فلا نجد فيه نصا يمنع أو يجيز شرط المنع من التصرف وإنما ترك ذلك للقواعد العامة في القانون المدني ، وبمقتضى القواعد العامة كل شرط غير ممنوع قانونا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة هو شرط صحيح يجب احترامه ،وعلى هذا متى كان شرط المنع من التصرف مؤقتا وكان للمتصرف أو المتصرف إليه مصلحة جدية مشروعة يراد حمايتها كان هذا الشرط صحيحا يجب العمل بمقتضاه(١١) .

نخلص مما تقدم بان شرط المنع من التصرف هو من القيود الإرادية التي توضع لمصلحة شخص معين ، اما القيود القانونية المقررة لمصلحة خاصة فهي قيود يضعها القانون في أحوال مختلفة لحماية مصلحة احد الأشخاص إذا كانت مصلحته أولى بالرعاية .

وهذه القيود التي أوردها المشرع في قوانين حق المؤلف لحماية مصلحة المؤلف هي الشكلية في التصرفات الواردة على الحقوق الفكرية وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني والتنازل عن مستقبلي وهذا ما سنبحثه في المبحث الثالث ومبدأ التفسير الضيق للتصرفات الواردة على المصنفات وهذا ما نتناوله في المبحث الرابع .

المبحث الثاني

الشكلية في التصرفات الواردة على الحقوق الفكرية المالية

لا يمكن حصر التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية ، فهي متعددة ومتنوعة ولم تتصد لها التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف بشكل تفصيلي ، بل وضعت القواعد العامة التي تحكمها ، عدا بعض التشريعات التي تناولت عقداً واحداً هو عقد النشر ، مثل قانون الملكية الفكرية الفرنسي ، وان عقد النشر يقتصر على

تنظيم العلاقة بين المؤلف والناشر فقط حيث يتولى الناشر انتاج المصنف او العمل على انتاج نسخ منه وتأمين نشره وتوزيعه[١٢] .

المهم ان اي تصرف يرد على اي حق من حقوق المؤلف المالية يجب ان يكون مكتوباً ولتوضيح ذلك نبحث الموضوع في مطلبين اولهما شرط الكتابة ، والثاني في مضمونها .

المطلب الأول – شرط الكتابة في التصرفات الواردة على الحقوق الفكرية المالية

تشترط التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف الكتابة في اي تصرف يرد على حق من حقوق المؤلف المالية ، فقد نصت المادة الخامسة والثلاثون من قانون حماية المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ على ان (للمؤلف ان ينقل الى الغير حقوق الانتفاع المنصوص عليها في هذا القانون إلا ان نقل احد الحقوق لا يترتب عليه اعطاء الحق في مباشرة حق اخر ويشترط في التصرف ان يكون مكتوباً) ، وقد نصت المادة الثامنة على ان (يتضمن حق المؤلف في الانتفاع من مصنفه ولا يجوز لغيره بدون اذن كتابي من المؤلف او ممن يخلفه ....) . يتبين من هذه النصوص ان المشرع العراقي اعتبر الكتابة شرطاً لصحة التصرف[١٣] .

وجاء في المادة ١٤٩ من القانون المصري (للمؤلف ان ينقل الى الغير كل او بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون ويشترط لانعقاد التصرف ان يكون مكتوباً)[١٤] .

ويرى الاستاذ الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري ان الكتابة تعتبر شرطاً لانعقاد التصرف وركناً في العقد وليس مجرد وسيلة للاثبات[١٥] .

اما المادة ١٣ من قانون حماية حق المؤلف الاردني نصت على ان (للمؤلف ان يتصرف بحقوق الاستغلال المالي لمصنفه ويشترط في هذا التصرف ان يكون مكتوباً)[١٦]واعتبرت المادة ١٦٣ من قانون العقود اللبناني العقد باطلاً اذا لم يكن مكتوباً[١٧] .

وتدل هذه النصوص وغيرها[١٨] لحماية حقوق المؤلف على ان شرط الكتابة في التصرفات الواردة على الحقوق الفكرية يحتمل تفسيرات ثلاثة اما ان تكون ركناً للانعقاد او ان تكون شرطاً لتمام الصحة او انها وسيلة للاثبات فقط :

أولا :- الكتابة ركن في التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية :

قد يقودنا المعنى الظاهر لبعض النصوص لقوانين الدول العربية لحماية حق المؤلف الى اعتبار الكتابة ركن في التصرفات الواردة على حق من الحقوق المالية للمؤلف ، وان غيابها يؤدي الى البطلان ، فالمادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي تنص صراحةً على ان (يشترط في كل تنازل ان يكون كتابةً وإلا يكون باطلاً) وكذلك المادة ١٤٩ من القانون المصري وبنفس المعنى جاءت المادة ١٧ من القانون اللبناني .

الحقيقة ان اقرار بطلان التصرف لغياب الكتابة امر يمكن تجنبه ، صحيح ان الكتابة في قانون حق المؤلف في هذه النصوص جاءت بالاساس لحماية النظام العام الذي يمس المصلحة العامة ، ولكن تدخل المشرع جاء لحماية المؤلف ضد الغير في حال اعتراضه على استغلال مصنفه دون موافقته الصريحة ، وهذا التفسير هو الذي اولاه القضاء الفرنسي العناية عند تفسيره للنص الفرنسي الذي يشترط الكتابة كوسيلة اثبات[١٩] .

لا بل اعترف هذا القضاء ببعض التصرفات التي لم تحرر كتابةً اصلاً في حالات معينة ، مثل قبول المؤلف تحويره مصنفه ، او وجود ظروف خاصة تحول دون تمكنه من تحرير موافقته كتابةً .

ورغم اصرار بعض الفقهاء الفرنسيين على اعتبار الكتابة شرط انعقاد جرت محكمة النقض الفرنسية على ان تقرير الكتابة ليس من النظام العام اي ليست شرط انعقاد بل جاءت لحماية المؤلف ضد استغلال مصنفه دون موافقته . وهذا التفسير ينسجم تماماً مع نص قانون الملكية الفكرية الفرنسي ، اضافة الى ذلك فان المشرع لم يشترط الكتابة في العلاقة بين من تنازل له المؤلف عن حق من حقوقه المالية او بعضها والغير ، بل ترك الامر الى القواعد العامة ، وهذا ما اشار اليه القضاء الفرنسي في معرض تأكيده على ان الكتابة ليسن ركن في العقد[٢٠] .

ثانيا :- الكتابة شرط لتمام صحة التصرف

تنص المادة ١٤٩ من قانون الملكية الفكرية المصري على ان (للمؤلف ان ينقل الى الغير كل او بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون ويشترط لانعقاد التصرف ان يكون مكتوباً ...) ان عدم اقرار المشرع المصري البطلان صراحةً قد يعني ان غياب الكتابة يجعل من التصرف نافذاً ولكن قابل للابطال بارادة المؤلف طبقاً لنظرية البطلان النسبي في القانون المدني المصري[٢١] .

ولكن الحكم بالبطلان النسبي لا يسري إلا اذا كانت ارادة احد المتعاقدين معيبة باحد عيوب الارادة وهي الاكراه والغلط والغبن مع التغرير او لنقص في الاهلية او التصرف بملك الغير .

وهذه القواعد تنطبق على كافة التصرفات القانونية سواء كانت خاصة بحقوق المؤلف او غيرها وسواء كانت مكتوبة او غير مكتوبة ، فالقواعد العامة في القانون المدني المصري لم تشترط الكتابة لحماية ارادة المتعاقدين المعيبة .

نخلص من ذلك الى الكتابة لم تأتِ في قانون حماية حق المؤلف لحماية ارادة المؤلف المعيبة بل جاءت لحمايته ضد من يدعي عليه حقاً من حقوقه المالية.

اضافة الى ذلك فان التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف لم ترتب نتائج متشابهة لما تقضي به نصوص القانون المدني المصري الخاصة بالبطلان النسبي .

وقد يقودنا النص الظاهر للقانون المصري لحماية الملكية الفكرية الى تشبيه الكتابة بشرط القبض في العقود العينية التي يشترط فيها المشرع القبض كالرهن الحيازي والهبة[٢٢] ولكن شرط القبض غير الكتابة ، فالاول يدل على حيازة القابض للشيء حيازة مادية وهذا ما لم يشترط في التصرف الوارد على حق من حقوق المؤلف المالية ، وان الغاية من القبض هي منع الضرر الذي يترتب على غيابه بطلان العقد . واذا اعترفنا بان الكتابة هي ركن في التصرفات الواردة على الحقوق المالية فماذا يجب ان تتضمن ؟ هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الثاني – مضمون الكتابة

تجنباً لتنازل المؤلف عن حقوقه لصالح الغير بشروط سهلة او شروط تعسفية ، حددت بعض التشريعات الخاصة بحماية حقوق المؤلف العناصر التي يجب ان تتضمنها الكتابة ، فقد جاء في نص المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف العراقي (ويشترط لصحة التصرف ان يكون مكتوباً وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل الحق الذي يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه وعلى المؤلف ان يمتنع عن اي عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف به)[٢٣] .

ان العناصر الجوهرية التي يجب ان ترد في التصرف المكتوب هي اربعة : تحديد طريقة استغلال المصنف ، والغاية من استغلاله ، ومدة استغلاله ، واخيراً

المقابل ، واذا لم يكن بمقابل يجب ان ينص عليه صراحة وبوضوح تام ، ولكن ما الاثار التي تترتب على غياب هذه العناصر كلها او بعضها ؟

قد يفهم من نص القانون العراقي او غيره من القوانين العربية المشابهة له ان ذلك يؤدي الى بطلان التصرف ، خاصة وان هذه العناصر من العناصر الجوهرية للعقد ، وعدم ذكرها يؤدي إلى بطلان العقد لعدم تطابق الايجاب والقبول ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني التي تشترط بأنه يجب ان يشتمل العقد على المسائل الجوهرية ، فقد نصت المادة ٨٦ من القانون المدني العراقي (١- يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها ، اما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق بالكتابة) .

وهناك فرق بين عدم الاتفاق عليها وعدم ذكرها كتابة ، ففي الحالة الاولى يؤدي ذلك حتماً الى بطلان العقد طبقاً للقواعد العامة في نظرية العقد ، ولكن هل يؤدي عدم ذكرها كتابة الى البطلان ايضا ؟

لا نعتقد ذلك بل ان غيابها يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل العقد الوارد على استغلال حقوق المؤلف المالية[٢٤] حيث يمكن للقاضي الاستعانة بالخبراء في تحديد طريقة استغلال المصنف او مدة استغلاله او مقدار المقابل الذي يستحقه المؤلف . وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية ان عدم ذكر مدة استغلال المصنف يعني انه لا يجوز استغلاله إلا لمرة واحدة فقط[٢٥] ومقابل ذلك رفضت المحكمة ذاتها تنازل المؤلف عن كل حقوقه لشركة اعلانات اذ يجب التقيد بالغرض من عقد الاعلان إلا اذا كان المصنف معد خصيصاً للاعلانات[٢٦] .

فالتنازل الكلي عن الحقوق يعد متناسباً والغرض المعد من اجله ، وقد تحتم طبيعة المصنف عدم ذكر بعض العناصر الجوهرية ، فاذا كان المصنف ذا طبيعة صناعية فلا حاجة الى ذكر مدة استغلاله لانه يعد ثانوياً بالقياس الى الموضوع الصناعي الاصلي الذي عد المصنف من اجله ، فهو ملحق به فلا يجوز فرض شروط تتعارض واستغلاله . ويعترف بالكتابة ايضا رغم عدم تحديد طريقة استغلال المصنف اذا كانت الطريقة غير معروفة عند التعاقد ، وهذا استثناء ايضاً على تحديد

العناصر الجوهرية للتصرف الوارد على حقوق استغلال المصنف ، وجاء ذلك مراعاة لبعض المصنفات الحديثة التي تنوعت وسائل استغلالها[٢٧] .

ان اعطاء سلطة واسعة للقاضي في تغيير مضمون الكتابة بما يضمن حماية عادلة لحقوق المؤلف هو حل افضل من الحكم على العقد بالبطلان .

اما ما ينص عليه المشرع من تحديد مضمون الكتابة فليس إلا تأكيد على رغبته في ضمان حماية افضل ، وتخويلاً ضمنياً للقاضي بالتدخل في تعديل مضمون الكتابة بما يضمن هذه الحماية . وهذا بالتأكيد تقييد لحرية التعاقد وخروج على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) .

ولكن ما الحكم لو حددت العناصر الجوهرية استغلال مصنف لم ينجزبعد على امل ان يقوم به المؤلف مستقبلاً .

المبحث الثالث

التنازل عن مصنف مستقبلي

جاءت تشريعات حماية حق المؤلف العربية وغير العربية تحرم التعامل بالانتاج الفكري المستقبلي للمؤلف ، فقد نصت المادة ٣٦ من قانون حماية حق المؤلف العراقي على ان (يعتبر باطلاً تصرف المؤلف في مجموع انتاجه الفكري المستقبل)[٢٨] .

ويرجع سبب التحريم هذا الى منع سلب حرية المؤلف الفكرية ، فتعاقده على انتاج مصنف في المستقبل يعد ضرباً من التقييد الفكري له ، فقد لا يتمكن من انجازه او انه ينتج شيئاً غير ما اتفق عليه عند التعاقد اما انه لم يعد مقتنعاً بموضوع المصنف المتفق عليه مسبقاً[٢٩] ، كما ان تحريم التعامل بمصنف لم ينجز بعد يلحق ضرراً جسيماً بمصالح متعددة يفرضها الواقع العملي ، فالمنتج لفلم سينمائي اعدّ له مبلغاً كبيراً قد يكون ضحية امتناع كاتب القصة او السيناريو عن انجاز المصنف الذي اتفق عليه مسبقاً وقد يتعذر على رب العمل الاستفادة مما ينتجه العامل من انتاج فكري في المستقبل رغم التزام العامل بذلك بموجب عقد العمل ، وامام هذا التعارض في المصالح حاول الفقه الفرنسي وضع حلول مناسبة لتغيير النص التشريعي وذلك عن طريق الابتعاد عن التفسير الحرفي للنص .

ولتوضيح ذلك نتناول في المطلب الأول الآراء المختلفة في تفسير النص ثم تطرح الحل المناسب في القوانين العربية الخاصة بحماية حف المؤلف في مطلب ثاني .

المطلب الأول – الاتجاهات المختلفة في إقرار بطلان التصرف الوارد على مصنف مستقبلي

يمكن ان نحصر الآراء المختلفة في الفقه الفرنسي مع موقف القضاء بشأن بطلان التصرف الوارد على إنتاج فكري مستقبلي في فقرتين ، ترى الفقرة الأولى الاتجاه الرافض لبطلان التصرف وفي الثانية الاتجاه الثاني المؤيد لبطلانه .

أولا :- الاتجاه الرافض لبطلان التصرف

يرى أنصار هذا الاتجاه انه إذا فسرنا النص الفرنسي (131) من قانون الملكية الفكرية حرفياً فانه سيؤدي إلى استحالة تطبيق النص إلا في حدود ضيقة لذا يرى الفقيه (Desbois) ان التصرف يعتبر باطلاً اذا لم يذكر عنوان المصنف في التصرف على الأقل .

ويضيف الفقيه (Colombet) في معرض تأييده للاتجاه السابق ان قصد المشرع من هذا النص هو منع تنازل المؤلف عن مصنف مستقبلي لم يدرك اهميته والاثار التي تترتب عليه دون قصد منع تنازله عن مصنفاته المستقبلية بصورة عامة لهذا لا يمنع من تنازل المؤلف عن حقوقه المالية الناشئة عن مصنفه المستقبلي شريطة ان يكون المؤلف قد حدد موضوعه وعنوانه اثناء ابرام العقد ، لانه اذا توصل الى ذلك فيتعمد ذلك انه قد ادرك اهميته والاثار التي سوف تترتب على انتاجه في المستقبل[٣٠] .

نعتقد إن الاتجاه السابق ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني الخاصة بالتعامل بالاموال المستقبلية شريطة ان تحدد هذه الاموال في العقد تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة وإلا حكم عليها بالبطلان فلكي يصبح التصرف الوارد على مصنف مستقبلي صحيحاً يجب تحديد عنوانه وموضوعه اضافة الى تحديد المدة . فقد نصت المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي على ان (١- يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر) .

ثانيا : الاتجاه المؤيد للبطلان

لقد ذهب الفقيه Lucas الى القول بأنه يجب الحكم على التصرف بالبطلان ولكن البطلان النسبي حيث يرى ان نص المادة (1 -131) تقضي ببطلان التصرف الذي يرد على مصنف مستقبلي ، وهذا ما يعارض نص المادة (١١٣٠) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بجواز التعامل في الأموال المستقبلية وحسب اعتقاده فان هذا النص يتعلق بالتنازل عن حقوقه بالنسبة لمصنف يوجد في المستقبل دون ان يتعلق بمصنف مطلوب ومحدد او مصنف يكلف العامل باعداده في المستقبل تحت اشراف وتوجيه رب العمل . وطالما ان البطلان جاء لحماية المؤلف فيجب ان يكون بطلاناً نسبياً اي ان العقد الذي يرد على مصنف مستقبلي ليصبح قابلاً للابطال اذا لم يجزه المؤلف[٣١] .

المبحث الرابع

مبدأ التفسير الضيق للتصرفات الواردة على المصنفات

للقاضي سلطة تقديرية في تفسير العقود للكشف عن الارادة الحقيقية للمتعاقد وعند الشك يجب تفسير العقد لمصلحة المدين ، ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراًبمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً[٣٢] .

ويجب تفسير العقد لمصلحة المؤلف ايضا في العقود الواردة على حقوقه ، وهذا ما اكدته غالبية التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف .

ويتم التفسير عن طريق تدخل القاضي بتحديد الحقوق المتنازل عنها من قبل المؤلف اذا كان التنازل غير محدد بشكل دقيق ، ويعد ذلك خروجاً على مبدأ حرية التعاقد او ما يطلق عليه التفسير الضيق للتصرفات الواردة على المصنفات الادبية والعلمية . وهذا ما سنراه في المطلب الاول ، ونحدد الحالات التي لا تخضع لقاعدة التفسير الضيق في مطلب ثاني .

المطلب الأول – تحديد مبدأ التفسير الضيق

توجد نصوص عدة في قوانين حق المؤلف تشير صراحة او ضمناً الى التفسير الضيق للتصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية منها لا يجوز اعتبار تنازل المؤلف عن نسخة من نسخ المصنف تنازلاً عن حقوقه المادية في نشر المصنف[٣٣]

. فاذا تنازل فنان عن نسخة من شريطه الفني لشخص ما فلا يفسر هنا بأنه تنازل عن حقوقه المادية في انتاج مصنفه او عرضه على الجمهور ، واذا تنازل المؤلف عن حق من حقوقه المادية فان ذلك لا ينسحب على بقية حقوقه ، فاذا تنازل المؤلف عن حقه في عرض المصنف على الجمهور فلا يؤدي ذلك تنازله عن حقه في انتاج مصنفه[٣٤] .

تدل هذه الامثلة المستوحاة من النصوص الخاصة بحماية حق المؤلف على ان حرية التعاقد مقيدة في التصرفات الواردة على المصنفات ، فلا يلتفت القاضي الى ما حدد في العقد اذا كان فيه ما يلحق ضرراً بالمؤلف مقابل تنازله عن حق من حقوقه المالية ، وان كان المشرع قد استثنى بعض الحالات من مبدأ التفسير الضيق للتصرفات الواردة على الحقوق المالية للمؤلف .

المطلب الثاني- الاستثناءات الواردة على مبدأ التفسير الضيق

تقضي طبيعة المصنف احياناً الخروج على مبدأ التفسير الضيق للتصرفات الوارادة على حقوق المؤلف المالية ، ففي نطاق عقود الانتاج السينمائي نجد ان تنازل المؤلف عن المصنف لمنتج سينمائي لغرض انتاج فيلم معين ، يفترض فيه المشرع ان التنازل لمصلحة المنتج يشمل كافة الحقوق المالية للمؤلف[٣٥] ويرجع سبب ذلك الى ان المشرع قد اعتبر المنتج السينمائي هو المؤلف للمصنف السينمائي طبقاً لفكرة المصنف الجماعي في قانون حماية حق المؤلف[٣٦] . فتنتقل كامل الحقوق المالية للمصنفات التي تنازل عنها مؤلفوها لمصلحة المصنف السينمائي مثل الموسيقى التصويرية ، سيناريو الفيلم ، التصوير .. الخ .

ومن الاستثناءات الاخرى تنازل المؤلف عن مصنف يظهر بشكل جديد غير معروف عند ابرام العقد فانه يعتبر تنازلاً كلياً عن حقوقه المالية حتى لو كان التنازل في العقد يشمل حقاً من حقوقه[٣٧] .

ويرجع ذلك لعدم استطاعة المؤلف تقدير الاهمية الاقتصادية للطريقة التي سوف يعرض او ينشر بها مصنفه بعد ابرام العقد ، لذلك يفترض انه قد تنازل عن حقوقه المالية للمصنف الذي يعده العامل اثناء وظيفته او بسببها إلا اذا تم الاتفاق على خلاف ذلك ، ويجب ان لا ينسحب هذا التنازل في اي حال من الاحوال على الحقوق الادبية للمؤلف[٣٨] .

الخاتمــة

ان الغايــة الاساســية مــن تقييــد حريــة التعاقــد فــي نطــاق التصــرفات الــواردة علــى حقــوق المؤلــف الماليــة هــي حمايــة شــخص المؤلــف ومواهبــه ، ولا يمكــن اعتبــار هــذا التقييــد تحيــزاً واضــحاً لصــالح المؤلــف علــى حســاب القواعــد العامــة فــي القــانون المــدني والتــي تقضــي بحريــة التعاقــد ومبــدأ (العقــد شــريعة المتعاقــدين) لان تشــجيع الابــداع الفكــري يســمو فــوق كــل اعتبــار فهــو الركيــزة الاساســية فــي بنــاء مجتمــع متحضــر لــذا نــدعو المشــرع العراقــي الــى ان يكــرس المبــادئ التــي اشــرنا اليهــا فــي معــرض هــذا البحــث وذلك بابرازها في نصوص تشريعية واضحة اولاً .

وجعلهــا مبــادئ عامــة وتنطبــق علــى كــل التصــرفات الــواردة علــى حقــوق المؤلــف المالية ثانياً .

ولا يمكــن تحقــق ذلــك مــالم تــنظم هــذه العقــود فــي تشــريعات خاصــة لحمايــة حقــوق المؤلــف ، ويــتم ذلــك بوضــع المبــادئ العامــة التــي تحكمهــا ، ومــن ثــم يــنظم كــل عقــد بنصوص مستقلة .

الهوامــش

١- انظر : المادة ٧٥ من القانون المدني العراقي .

٢- انظــر : المــادة ١٤٧ مــن القــانون المــدني المصــري و ١٦٣ مــن القــانون المــدني الاردني .

٣- انظر : المادة ٢٤٠ من القانون المدني الاردني .

٤- صدرت اتفاقية برن عام ١٨٨٦ واجريت عليها عدة تعديلات .

٥- انظر:د.ســليمان مرقس/الــواقي فــي شــرح القــانون المــدني /ط٦ القــاهرة /١٩٨٧ ص ٦٣١ .

٦- انظر:محمــد طــه البشــير ود.غنــي حســون طــه /الحقــوق العينيــة الأصــلية والحقــوق العينيــة التبعيــة /الجــزء الأول /مطبعــة وزارة التعلــيم العــالي والبحــث العلمــي /بغــداد ١٩٨٢/ص٩ .

٧- أســتاذينا د.عصــمت عبــد المجيــد بكــر ود.صــبري حمــد خــاطر /الحمايــة القانونيــة للملكيــة الفكرية /ط١/منشورات بيت الحكمة /بغداد ٢٠٠١ ص٨٤ .

٨- استاذنا د.مجيد العنبكي /فكرة الإبداع والقانون /بحث منشور في مجلة القانون المقارن /العدد الثامن عشر /السنة الثانية عشرة /بغداد ١٩٨٦ ص ٣٥٢ .

٩- انظر :محمد طه البشير و د.غني حسون طه /المرجع السابق /ص٦١وما بعدها .

١٠- انظر :محمد طه البشير ود.غني حسون طه/المرجع السابق /ص٨٩.

١١- المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، فقرة ٢١٩ ، ص ٣٨٣ .

١٢- انظر المادة (1- 132) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي .

١٣- انظر : أستاذنا زهير البشير ، الملكية الادبية والفنية (حق المؤلف) مطبعة التعليم العالي ، الموصل ، ١٩٨٩ ، ص ٧٨ . وانظر كذلك استاذنا د. عصمت عبد المحيد بكر ، الحماية القانونية لحقوق المؤلف (دراسة قانونية) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص١٠٨ .

١٤- قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ لحماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

١٥- القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

١٦- المادة ١٧ من قانون حماية الملكية الادبية والفنية اللبناني رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٩ انظر : بهذا الصدد د.محمد خليل يوسف ، حق المؤلف في القانون ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٩ .

١٧- المادة ٢٠ من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف المبرمة في بغداد ١٩٨١ . وانظر المادة (131.L) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والمادة ٩ من التشريع النموذجي العربي ١٩٩٨ .

١٨- انظر :

CODE de La Propriété intellectuelle , 9e édition, DALLOZ ,2009

١٩- انظر :

Pierr Sirnelli , Propriété Littéraire et artistique et Droit voisine , DALLOZ ,1992 , p.197.

٢٠- انظر المادة ١٣٨ من القانون المدني المصري .

٢١- انظر المادة ١٣٢٢ من القانون المدني العراقي .

٢٢- انظر :

A .Lucas ,H .Lucas, Traité de La propriété Littéraire et artistique, Libraire de La courd de Cassation, Paris, 1994, p.408 .

٢٣- انظر المادة (2 – 132) من قانون الملكية الفرنسي . والمادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي .

٢٤- انظر المادة ١٤٩ من القانون المصري . وانظر د. محمد خليل يوسف ، المرجع السابق ، ص ٨٠ . وانظر المادة ١٧ من القانون اللبناني .

٢٥- انظر الفقرة الثانية من المادة ٨٦ من القانون المدني العراقي .

٢٦- انظر :

A .Lucas ,H .Lucas, OP.Cit, P.411 .

وانظر كذلك :

C .Colombet propriété Littéraire et artistique et droit voisins 7 édition DALLOZ ,1994,p.327 .

٢٧- انظر :

A .Lucas ,H .Lucas, OP.Cit, P.408 .

٢٨- انظر المادة ١٤ من قانون حماية حق المؤلف الاردني والمادة ١٥٣ من قانون الملكية المصري والمادة ١٨ من القانون اللبناني .

٢٩- انظر :استاذينا د.عصمت عبد المجيد بكر و د.صبري حمد خاطر ، الحماية القانونية للملكية الفكرية ، منشورات بيت الحكمة، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ١٣٠. وانظر كذلك يسرية عبد الجليل ، الحماية المدنية الجنائية لحق المؤلف وفقاً لقانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٥٦ .

٣٠- انظر :

H.Debois , Droit d 'auteur en France Paris 1950 , 391 .

٣١- انظر :

C .Colombet OP.Cit, P.215 .

٣٢- انظر :

A .Lucas ,H .Lucas, OP.Cit, P.424 .

٣٣- اخذ المشرع العراقي بفكرة العقد غير اللازم في القانون المدني .

٣٤- انظر : المواد ١٦٦ و ١٦٧ الفقرة ٣ من القانون المدني العراقي .

٣٥- انظر المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف العراقي وانظر المادة ١٥ من قانون حق المؤلف الاردني والمادة ١٥٢ من قانون الملكية الفكرية المصري .

٣٦- انظر :

H.Debois , OP.Cit, P.122 .

٣٧- انظر د. محمد حسام محمود لطفي ، المرجع العلمي في الملكية الادبية والفنية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٣١ .

٣٨- انظر : محمد طه بدوي ، المصنفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، ص ٨٦ .

المصادر

أولا :- باللغة العربية

١- استاذنا زهير البشير ، الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) ، الموصل ، مطبعة التعليم العالي ، ١٩٨٩ .

٢- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط٦ ، القاهرة ، ١٩٨٧ .

٣- المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٤- استاذنا د.عصمت عبد المجيد بكر ، الحماية القانونية لحق المؤلف ، دراسة قانونية ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٥ .

٥- استاذينا د.عصمت عبد المجيد بكر و د.صبري حمد خاطر ، الحماية القانونية للملكية الفكرية ، الطبعة الأولى ، بغداد، منشورات بيت الحكمة ، ، ٢٠٠١ .

٦- د. محمد حسام محمود لطفي ، المرجع العلمي في الملكية الادبية والفنية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ١٩٩٢ .

٧- د.محمد خليل يوسف ، حق المؤلف في القانون ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨ .

٨- محمد طه بدوي ، المصنفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

٩- محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية ، الجزء الأول ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢ .

١٠- يسرية عبد الجليل ، الحماية المدنية الجنائية لحق المؤلف وفقاً لقانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

ثانيا / البحوث

١١- اســـتاذنا د.مجيـــد العنبكـــي /فكـــرة الإبـــداع والقـــانون /بحـــث منشـــور فـــي مجلـــة القـــانون المقارن /العدد الثامن عشر /السنة الثانية عشرة /بغداد ١٩٨٦ .

ثالثا / باللغة الفرنسية

1- A .Lucas ,H .Lucas, Traité de La propriété Littéraire et artistique, Libraire de La courd de Cassation, Paris, 1994 .

2- CODE de La Propriété intellectuelle , 9édition, DALLOZ ,2009.

3- C .Colombet propriété Littéraire et artistique et droit voisins 7 édition DALLOZ ,1994.

4- H.Debois , Droit d 'auteur en France Paris 1950 .

5- Pierr Sirnelli , Propriété Littéraire et artistique et Droit voisine , DALLOZ , Paris, 1992.

رابعا / القوانيـن

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- القانون المدني المصري .

٣- القانون المدني الاردني .

٤- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ .

٥- قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ .

٦- قانون حق المؤلف الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

٧- قانون حماية الملكية الادبية والفنية اللبناني رقم ٥٧ لسنة ١٩٩٩ .

خامسا / الوثائق

١- اتفاقية برن لحماية حق المؤلف ١٨٨٦ .

٢- الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف ١٩٨١ .

اثر الحكم الجزائي على التحقيق الإداري

المدرس إياد خلف

م.م. إيمان عبيد كريم

هيئة التعليم التقني/ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Abstract

The subject of this study deals with the effect of criminal judgment on administration investigation , according to the administration projects which face public official if committed mistake in institution and the activity of of criminal judgment by criminal court on that projects if this mistake contained criminal crime is provided in penal law .

This study is divided into third chapters ,the first deals with the concept of administration investigation. The second chapter discusses the relation between administration investigation and criminal investigation and third chapter discusses the effect of criminal judgment on administration investigation.

مقدمة

موضوع الدراسة :

قد يرتكب الموظف العام خطأً إدارياً، وحينئذ قد يخضع لإجراءات التحقيق الإداري، وتفرض عليه السلطة المختصة الجزاء الانضباطي المناسب في حال إدانته، إلا أن هذا الخطأ الإداري، أو المخالفة الإدارية قد تشكل أيضا مخالفة جزائية ينص عليها قانون العقوبات، وفي هذه الحالة تظهر إشكالية العلاقة بين التحقيق الإداري والتحقيق الجزائي.

أهمية الدراسة:

أن موضوع هذه الدراسة ما زال يثير الكثير من المسائل التي تحتاج إلى تأصيل ومناقشة ومحاولة إيجاد حلول لها، وهذا ليس استنتاج من عندنا ولكن المنازعات التي طرحت على القضاء هي التي تؤكد هذا الاستنتاج وتدعمه، مما يدعو الباحث لدراسة هذا الموضوع .

لا شك في أن الموضوع يتعلق بصالح المرفق العام، وإذا كان ثمة وجه جزائي في المخالفة الإدارية ، فإنه ليس من المنطق إبقاء موظف ارتكب جرما يشين سمعته ويضر بسمعة هذا المرفق على رأس عمله في هذا المرفق. وعلاوة على هذا، فإن هذا الموضوع يتعلق بضمانات قانونية وقضائية للموظف المتهم أثناء إحالته للجهة الانضباطية المختصة.

إشكالية الدراسة:

يثير هذا الموضوع إشكاليات وتساؤلات عدة من الناحية النظرية والعملية ، فهل من الممكن في حالة قصور القوانين المنظمة للإجراءات الانضباطية الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية أم لا ؟

ولو افترضنا أن الموظف المتهم قد أحيل إلى القضاء المختص، وحكم هذا القضاء بانعدام الوجود المادي للواقعة التي يحاكم بها الموظف، وأنه لا وجه لإدانته وقرر الحكم ببراءته، فما هو اثر البراءة على وضعه الوظيفي ؟ هذه المسائل وأخرى غيرها هي ما سنحاول مناقشتها في هذا البحث .

خطة البحث :

تقتضي طبيعة هذا الموضوع تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، يتناول الأول مفهوم التحقيق الإداري من حيث تعريفه والأساس القانوني الذي يقوم عليه ، أما المبحث الثاني فيدور حول علاقة التحقيق الإداري بالتحقيق الجزائي من حيث استقلال وتأثير التحقيق الجزائي على التحقيق الإداري ، أما المبحث الأخير فسيخصص لموضوع حجية الحكم الجزائي على التحقيق الإداري.

المبحث الأول

مفهوم التحقيق الإداري

من اجل الإحاطة بمفهوم التحقيق الإداري لا بد لنا من أن نتناول تعريف التحقيق الإداري الذي سنبحثه في مطلب أول ، أما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث الأساس القانوني للتحقيق الإداري.

المطلب الأول – تعريف التحقيق الإداري [١]

التحقيق الإداري لا يمثل في ذاته غاية تتوخاها الإدارة بل هو وسيلة يراد من خلالها تمحيص الحقائق واستجلاء وجه الحق وصولا إلى كشف مواطن الخلل في مؤسسات الدولة لمعالجتها بالاستناد إلى سلطات منحها المشرع ، وإعمالا لمبدأ دوام سير مؤسسات الدولة بانتظام واطراد وسعيا وراء تحقيق المصلحة العامة التي تمثل الغاية المرجوة دائما من كلّ فعل أو امتناع تتخذه الإدارة .[٢]

وقد عُرّف التحقيق الإداري فقها بأنه " إجراء تمهيدي يهدف إلى كشف حقيقة العلاقة بين المتهم والتهمة المنسوبة إليه " .[٣] كما عُرّف بأنه "مجموعة الإجراءات التي تستهدف تحديد المخالفات التأديبية والمسؤولين عنها ويجري التحقيق عادة بعد اكتشاف المخالفة " [٤].

وعند مراجعة القوانين الوظيفية في العراق ، نجد أنها لم تضع تعريفاً محدداً للتحقيق الإداري وهذا منهج يحمد عليه المشرع ، لما لإيراد التعاريف في نصوص جامدة من تقييد للسلطات المختصة في البحث والتقصي لمواطن المخالفة التي قد تقع في مؤسسات الدولة ، الأمر الذي جعل الباب مفتوحاً لاجتهاد الفقه ورجال القضاء .

ورغم أن المشرع العراقي لم يأتِ بتعريف للتحقيق الإداري إلاّ انه جاء بجملة من المعايير والضوابط واجبة الإتباع في شأن تشكيل اللجنة التحقيقية وعمل هذه اللجنة .

ووجدت هذه المعايير من خلال نص المادة العاشرة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل ، إذ تنص الفقرة أولاً من هذه المادة "على الوزير أو رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة والكفاءة على أن يكون احدهم حاصلا على شهادة جامعية أولية في القانون " . وتبين الفقرة ثانياً من المادة نفسها الكيفية التي يتم بها عمل اللجنة. وفي ضوء المادة الأخيرة وبالرجوع إلى التعاريف المذكورة أنفاً نستطيع أن نخلص إلى تعريف للتحقيق الإداري بأنه " مجموعة من الإجراءات المتخذة من قبل اللجنة المختصة طبقاً للشروط والأوضاع المحددة قانونا بهدف البحث عن الأدلة وتقديرها والكشف عن الحقيقة في شان المخالفة الانضباطية لتقرير لزوم معاقبة الموظف العام أو عدم لزومها "

المطلب الثاني – الأساس القانوني للتحقيق الإداري

إن أساس التحقيق الإداري يمكننا أن نجده في مصادر المشروعية الإدارية بوصفها القاعدة العامة ، التي تتمثل بالدستور الذي يمثل قمة الهرم التشريعي في الدولة والتشريع والقرارات التنظيمية .

أولاً. الدستور

يعد الدستور القانون الأعلى في الدولة الذي يسمو على جميع التشريعات الأخرى ، لذلك فإن سلطات الدولة وهيئاتها وإفرادها تلزم باحترام ما نص عليه الدستور وإلا فإن تصرفاتها تكون غير مشروعة [٥] .هذا وعند رجوعنا إلى الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ لم نجد معالجة لمسألة انضباط الموظفين وإجراءاته.

ولكن يبدو أن ما جاء به الدستور من نصوص تخص الحقوق القضائية في القانون الجنائي يمكن أن تسري على الموظف ما كان منها متفقا مع طبيعة العمل الإداري مثال ذلك ما نصت عليه (المادة ١٩ / رابعاً) من الدستور العراقي النافذ التي تنص على " حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة " . كذلك ما نصت عليه المادة (١٩ / سادساً) من الدستور التي تنص على " لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية " . إذ أن هذه النصوص تتسم بالشمولية فيما تقرره من مبادئ وأحكام فهي بذلك تسري على الموظف عند مقاضاته إداريا وبما يشتمل عليه ذلك من إجراءات إدارية التي تتمثل بالتحقيق ، فحق الدفاع مثلا لا بد من كفالته لأي شخص موظف كان أم غير موظف محل اتهام إداري أم جنائي .

ثانيا. القانون :

هو "الوثيقة المدونة التي تقررها السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في ميدان التشريع "[٦]. والتشريع هو الأساس الأول والمباشر للتحقيق الإداري الذي تجب العودة إليه عند التحقيق مع الموظف العام إداريا ، ففي العراق يجب العودة إلى قانون انضباط موظفي الدولة المرقم ١٤ لسنة ١٩٩١ بعدّه التشريع المنظم للإجراءات الانضباطية بشكل عام ومنها التحقيق الإداري. ولكن مما تجدر الإشارة إليه أن القانون السالف الذكر لم يحط بكافة القواعد الخاصة بالتحقيق الإداري [٧] . الأمر الذي يثار معه بهذا الصدد سؤال مهم هو ،هل من الممكن في حالة قصور القوانين المنظمة للإجراءات الانضباطية الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية أم لا ؟

إن التحقيق الإداري بعدّه احد الإجراءات الانضباطية يشترك من حيث الطبيعة الإجرائية مع قانون أصول المحاكمات الجزائية [٨]من جهة ، ومن جهة أخرى ولما يترتب على التحقيق الإداري من احتمال فرض عقوبة الانضباطية على الموظف فان طابع العقاب [٩]في نطاق النظام الانضباطي يشترك مع قانون أصول المحاكمات الجزائية من حيث أن الأخير ينظم إجراءات تبغي كشف الحقيقة ومعاقبة الفاعل لردعه .

ويبدو إمكانية الرجوع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية وذلك للأسباب الآتية:

١. التبرير التشريعي :- لقد نص قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام في المادة (١٥) منه على ((... خامسا:- يراعي مجلس الانضباط العام عند النظر في الطعن أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية وبما يتلاءم وأحكام هذا القانون وتكون جلساته سرية. سادسا :- تمارس الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة اختصاصات محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية ...))

يبدو من نص المادة أعلاه قد أشار المشرع بمفهوم الموافقة على اعتماد قانون أصول المحاكمات الجزائية من قبل لجان التحقيق الإداري ، وذلك لأنه ألزم مجلس الانضباط العام بهذا القانون الذي يمكن أن نقول انه ينظر في الدعوى في مرحلة المحاكمة منها وكذلك الأمر بشان الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة التي تنظرها في مرحلة التمييز. فمن المنطقي أن تلتزم السلطات الإدارية بما جاء في قانون أصول المحاكمات الجزائية عند إجراء التحقيق الإداري.

٢. التبرير الفقهي :- اشتراك قانون انضباط الموظفين وقانون أصول المحاكمات الجزائية في طابع العقاب ، باعتبار أن النتيجة المترتبة على إجراء التحقيق بجانبها السلبي هي في التحقيقين الإداري والجنائي فرض جزائي انضباطي أو جنائي[١٠] .

٣. التبرير العملي (التطبيقي) :- من خلال عملنا الوظيفي وترؤسنا وعضويتنا للعديد من اللجان التحقيقية ، في كثير من الأحيان لا نستطيع حسم التحقيق واتخاذ التوصيات بشأنه إلا من خلال اللجوء إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية بعدّه القانون العام ومثال ذلك إجراءات التفتيش والاستعانة بخبير واستقدام الشهود وغيرها، ما كان منهما متلائما وطبيعة عمل الإدارة .

ثالثا: القرارات التنظيمية:

قد عرفت هذه القرارات بأنها " القرارات التي تتضمن قواعد عامة موضوعية مجردة وتنطبق هذه القرارات على عدد من الأشخاص ليسوا محددين بذواتهم "[١١] .

وتأتي هذه القرارات بمرتبة أدنى من التشريع العادي وتعلو في الوقت ذاته القرارات الإدارية الفردية التي تصدرها الإدارة [١٢] ، فلا تستطيع الأخيرة أن تصدر قرارات فردية تخالف بها القرارات التنظيمية (اللوائح) حتى وان كانت الجهة التي أصدرتها نفسها ، إنما يمكنها ذلك بإصدار قرارات تنظيمية معدلة أو ملغية للقرارات التنظيمية النافذة المراد مخالفتها [١٣] .

والسلطة التنفيذية في العراق ممثلة بمجلس الوزراء هي المختصة بإصدار القرارات التنظيمية ، وقد أكد الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ ذلك في نص المادة ٨٠/ ثالثا من الدستور إذ نص على " يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الآتية :- ... ثالثا إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القانون" .

ويجد التحقيق الإداري أساسه في القرارات التنظيمية التي تنظم الإجراءات الانضباطية أينما وجدت والتي غالبا ما تأتي لتنفيذ أحكام القوانين التي تخص انضباط الموظفين.[١٤]

المبحث الثاني

علاقة التحقيق الإداري بالتحقيق الجزائي

من المقرر تشريعا وقضاء وفقها استقلال الدعوى الانضباطية عن الدعوى الجزائية، ويبدو هذا الاستقلال واضحاً في اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، وهذا الاستقلال مؤكد في كتابات فقهاء القانون سواء في فرنسا أو مصر أو العراق [١٥] ، غير أن هذا الاستقلال لا يعني عدم وجود أية علاقة بين هذين الدعويين. إذ أن غالب الأفعال التي يرتكبها الموظف تعد في نفس الوقت جرائم جنائية. من اجل ذلك سنتناول كل من هذين الأمرين ونحدد لكل واحد منهما مطلب مستقل .

المطلب الأول – استقلال التحقيق الإداري عن التحقيق الجزائي

للتحقيق الإداري خصائص يستقل بها عن التحقيق الجزائي ، وخصائص التحقيق الإداري تنبع من الطبيعة الخاصة للنظام الانضباطي بعدّه تحقيقاً يجري مع موظف عام حصرا. وهذه الخصائص يمكن أن تجمل في النقاط الآتية :-

أولا: موضوع التحقيق الإداري :-

إن الأفعال المكونة للمخالفة الانضباطية التي يجري التحقيق فيها لا تخضع للحصر بينما الجرائم الجزائية التي يجري التحقيق فيها فإنها محدودة على سبيل الحصر وتخضع للتحقيق الجزائي [١٦].

ثانيا : هدف التحقيق الإداري :

إن الهدف من تحريك الإجراءات الانضباطية هو الكشف عن المخالفة الانضباطية ، أما التحقيق الجنائي فان الهدف من إجرائه هو كشف الجريمة الجنائية ، فغاية التحقيق تختلف في كلا القانونين لذلك فان الغاية في الأول تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة أما الثاني فتكون حماية المجتمع وتوفير الأمن والطمأنينة لكل أفراد المجتمع [١٧] .

ثالثا : السلطة المختصة بإجراء التحقيق:

أوضحت المادة العاشرة من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي النافذ الجهة القائمة بالتحقيق والتي تكون على شكل لجنة تحقيقية مؤلفة من ثلاثة أعضاء ، وهذا على خلاف التحقيق الجنائي الابتدائي الذي يقوم به المحقق الفرد سواء كان قاضي تحقيق أم محققاً [١٨] .

رابعا : الصلاحيات

يتمثل استقلال التحقيق الإداري بالصلاحية التي تتمتع بها السلطة الانضباطية، حيث تملك صلاحية تقدير ملاءمة تحريك الإجراءات الانضباطية من عدمها دون أن يكون لتحريك الإجراءات الجزائية أي تأثير على تقديرها الإداري وقرارها الصادر بهذا الصدد. لهذا فإن تحريك الدعوى المتعلقة بالجريمتين الانضباطية والجزائية، لا يترتب عليه أن توقف إحداهما الأخرى، بل إنه يمكن أن تسير كل منهما في طريقها للوصول إلى غايتها المقصودة [١٩] .

ولكن ورغم ما سبق ذكره ، فإن للسلطة الانضباطية أن تقدر ظروف العمل الذي ارتكبه الموظف وملابساته وأن تقرر، من ثم، ما إذا كان من الملائم أن تنتظر حتى يتم الفصل في القضية الجزائية أو أن تتخذ إجراءات التحقيق اللازمة وهذا الأمر متروك لتقديرها وقناعتها .

سادسا : السرعة:

نظرا إلى الطابع الخاص للعمل الإداري وهو السرعة في إتمام الإجراءات إعمالا لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد ، فان التحقيق الإداري مثله مثل كل هذه الإجراءات بل انه أكثر حاجة لان تحسم إجراءاته على وجه السرعة لتعلقه بموظف عام يمثل التحقيق بالنسبة إليه عقبة تعترض حياته

الوظيفية ، فوضعه النفسي قلق في أثناء التحقيق بل أن وضعه المادي قد يتزعزع إن سحبت يده من العمل وما يمثله ذلك من أسباب توجب الإسراع في حسم التحقيق ، وهذا يتم على ارض الواقع بصورة عامة وهو ما يختلف عن إجراءات التحقيق الجنائي التي غالبا ما تستغرق زمنا طويلا لكي تحسم ، نتيجة لغموض الجرائم وتشعبها خاصة الجنايات وبطء الإجراءات الجنائية التي تتطلبها طبيعة العمل الجنائي من أجل الوقوف على حقيقة التهمة [٢٠] .

سابعا : التوصية :

النتيجة التي تتوصل إليها اللجنة التحقيقية في ظل القانون العراقي النافذ تكون على شكل توصيات مسببة ، وليست قرارا إداريا [٢١] ، أما التحقيق الجنائي فان ما يصدر عنه يكون قراراً قد يؤدي إلى حسم القضية إن لم يحلها إلى المحاكم المختصة [٢٢] .

ثامنا : القصور :

إجراءات التحقيق الإداري ينتابها القصور ككل الإجراءات الانضباطية لذلك فإنها تحتاج إلى مصادر مكملة خارج مصادر المشروعية الإدارية وهي قانون الإجراءات الجنائية ، وهذا ما يختلف عن التحقيق الجنائي الذي يعتمد على إجراءات مقننة على وفق نصوص قانونية دون الالتفات إلى أية مصادر تكميلية أخرى [٢٣] .

تاسعا : عبء الإثبات [٢٤]:

المخالفات الانضباطية توصف بأنها (جرائم مستندية) ، فغالبا ما تنصب هذه المخالفات في محل مكتوب وبذلك فان الإدارة تستطيع إثبات صحة ما تدعيه من خلال الوثائق والمستندات التي بحوزتها ، الأمر الذي ينقل عبء الإثبات إلى الطرف الثاني (الموظف) بسهولة ويسر وهذا ما يجري غالبا[٢٥].أما في المجال الجنائي فان على المدعي إثبات صحة ادعائه[٢٦] ، ولعدم توافر الصفة الكتابية في الكثير من الجرائم لذلك فان على جهة التحقيق الجنائي إثبات صحة ما تدعيه من خلال أدلة الإثبات الأخرى (غير الكتابة) وهذا ما يمثل عملية أكثر صعوبة لنقل عبء الإثبات إلى الطرف الثاني (المتهم).

عاشرا : ضمانات الموظف :

ضمانات الموظف أثناء التحقيق الإداري قد لا تكون على نفس مستوى الضمانات التي يكفلها المشرع في النطاق الجنائي ، ففي النظام الرئاسي مثلا يجمع الرئيس الإداري بين يديه سلطتي الاتهام والحكم غالبا ، وهذا ما يمثل إغفالا لضمانة مهمة وهي الحيدة عكس ما عليه الحال في المجال الجنائي الذي يفصل فيه المشرع دائما بين هاتين السلطتين .

المطلب الثاني – تأثير التحقيق الجزائي على التحقيق الإداري

يثور البحث في العلاقة بين الدعوى الانضباطية والدعوى الجزائية عندما تكون المخالفة المنسوبة إلى الموظف تشكل مخالفة انضباطية ، وتنطوي في نفس الوقت على جريمة جزائية الأمر الذي يترتب عليه إمكانية تحريك كلتا الدعويين، الانضباطية والجزائية في آن واحد. فالفعل الواحد يمكن أن يشكل مخالفة انضباطية ، وجريمة جزائية في وقت واحد رغم أن الدعوى الانضباطية مستقلة بطبيعتها وإجراءاتها وأهدافها عن الدعوى الجزائية [٢٧] .

لكن لا بد من الإشارة إلى أن هذا الاستقلال ليس استقلالا تاما، بل انه توجد علاقة وتأثير متبادل بينهما، إلا أن هذا التأثير لا يؤثر إلا في حالة واحدة وهي حالة ما إذا كانت المخالفة الانضباطية التي ارتكبها الموظف العام تشكل في نفس الوقت جرما جنائيا، ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول ما إذا كان يتعين وقف الدعوى الانضباطية إذا ما تم تحريك الدعويين الانضباطية والجزائية في آن واحد عن ذات الوقائع لحين صدور الحكم الجزائي في موضوع الدعوى ؟

عندما يتوحد الفعل، وكذلك الوصف القانوني له وفقا للنظامين الجزائي الانضباطي فإنه في هذه الحالة يجب أن تخضع سلطة الانضباط ، سواء في مباشرتها للإجراءات الانضباطية، أو في تقديرها لعقوبة انضباطية لما يتقرر في الحكم الجنائي.

وتأسيسا على ذلك، فقد حدد المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام لسنة ١٩٩١ العلاقة بين الإجراءات الانضباطية والإجراءات الجزائية عند ارتكاب الموظف مخالفة تنطوي على جريمة جزائية في المادة ٢٤ التي تنص على انه (إذا ظهر للوزير أو رئيس الدائرة أو الموظف المخول من الوزير، أو مجلس الانضباط العام أن في فعل الموظف المحال إلى التحقيق أو في محتويات التهمة جرماً نشأ من وظيفته أو ارتكبه بصفته الرسمية فتجب إحالته إلى المحاكم المختصة).

وعلى الرغم مما يذهب إليه الفقه من استقلال الإجراءات الانضباطية عن الإجراءات الجزائية من حيث تحريك الدعوى المتعلقة بالجريمة ذات الطابع الانضباطي والجزائي، الأمر الذي يترتب عليه أن لا توقف إحداهما الأخرى وفي كل الحالات، بل تسير كل منهما في طريقها للوصول إلى غايتها المقصودة [٢٨].

فإننا نرى ضرورة وقف الإجراءات بالسير في الدعوى الانضباطية ، وذلك تحقيقا للتناسق بين وجهات النظر،ونزولا على ما تفرضه الحجية المقررة للأحكام الجزائية من آثار في هذا الشأن، إن الأخذ بهذه الوجهة من النظر يتفق تماما مع ما سبق ذكره من ضرورة إيقاف الإجراءات الانضباطية في حالة اتخاذ الإجراءات الجزائية المتمثلة في رغبة في منع صدور أحكام وقرارات متناقضة، هذا من ناحية ومن ناحية أخر فأن القضاء الجزائي يملك من وسائل الكشف عن الحقيقة ما لا تملكه السلطة التأديبية ولذا فإن وقف السير في الدعوى الانضباطية يتفق تماما مع مقتضيات العدالة ومبادئها.

وخلاصة الأمر، فإن الوضع القانوني يفيد أن الدعوى الجزائية تؤثر في الإجراءات الانضباطية وأن لها اثر موقف ما لم يكن محل تلك الإجراءات وقائع أخرى مستقلة عن الوقائع الأولى .

وبناءً على ما تقدم انه يجب على سلطة التحقيق الانضباطي إعلام السلطة القضائية بالعمل الذي اقترفه الموظف، إذا ما تبين لها أن الفعل أو الأفعال المنسوبة إليه تنطوي على جريمة جزائية. فقيام جهة الإدارة العامة بهذا العمل يؤدي إلى خلق نوع من التعاون بين سلطة التحقيق الإداري وسلطة التحقيق الجزائي، لاسيما وأنهما يهدفان إلى الوصول إلى أهداف مشتركة تتمثل في اكتشاف الحقيقة وتجنب أي تناقض وتعارض محتمل ضار بسمعة العدالة [٢٩].

وعليه فإنه يتعين على هيئات التحقيق الإداري ضرورة أبلاغ السلطة القضائية بالواقعة أو الوقائع التي يمكن أن تشكل جريمة. كما يجب على السلطة القضائية أن تقوم بإخبار الإدارة التي ينتمي إليها الموظف بخصوص الوقائع التي تنطوي على شق انضباطي وتشكل مخالفة انضباطية، أي انه من المفروض أن يكون هناك تعاون بين السلطات الانضباطية وسلطات القضاء الجزائي.

المبحث الثالث

حجية الحكم الجزائي على التحقيق الإداري

متى توافرت الشروط المطلوبة في الحكم الذي ينهي الدعوى الجزائية ويحوز قوة الأمر المقضي به فلا يصبح بالإمكان إعادة تحريك الإجراءات فيها لا أمام سلطة التحقيق الجنائي أو الإداري ولا أمام المحاكم الجزائية أو الإدارية وهذا ما يسمى بحجية الحكم والقرار الجزائي [٣٠]. ولأجل الوقوف على هذا الأمر سنتناول الموضوع في أربعة مطالب.

المطلب الأول – مفهوم حجية الأحكام الجزائية

الحجية مفهومها في هذا المجال بان الأحكام التي يصدرها القضاة تكون حجة بما فصلت فيه، ذلك انه إذا صدر حكم في قضية فان القانون يعد هذا الحكم عنواناً للحقيقة حتى ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع [٣١].

فالحجية تعني أن الحكم يحوز الاحترام أمام المحكمة التي أصدرته وأمام غيرها من المحاكم أو الجهات الإدارية بحيث إذا أثار احد الخصوم نفس النزاع من جديد وجب الحكم بعدم قبول الدعوى، وكما أن المسألة التي سبق حسمها بالحكم يجب التسليم بها في كل نزاع جديد[٣٢].

فبالنسبة للحكم النهائي تثبت له حجية كاملة إذ لا يجوز الطعن به أما الحكم الابتدائي فتكون له حجية مؤقتة تزول بإلغاء الحكم أو نقضه بالطرق المقررة لكل حكم من طرق الطعن المقررة قانوناً، فإذا كان الحكم قابلاً للطعن به تمييزاً وميز الحكم فعلاً فان الحجية تقف عند التمييز.

إذن لا بد لكل دعوى جزائية أن تنتهي إلى نتيجة تعد الكلمة الفاصلة ويعتد بها على أنها الحقيقة ومهما يكن من أمر فان الحكمة أو المسوغ الذي دفع المشرعون إلى صياغة هذه القاعدة ترجع إلى عدة اعتبارات ومن بين هذه الاعتبارات الاستقرار القانوني الذي معناه ثبات المراكز القانونية ووضوحها وهو من الضرورات الملحة في كل مجتمع منظم وأهمية الاستقرار القانوني هو أن لكل فرد في المجتمع يعنيه حتماً أن يتبين مركزه القانوني ومراكز من يتعامل معهم وعن طريق الاستقرار القانوني تتحقق للمجتمع مصلحته في حسن سير القضاء، فمن ناحية يسمو وقت القضاء على أن يبدد في جدل وطعون لا تنتهي متعلقة بدعوى واحدة أو دعاوي قليلة ومن ناحية أخرى يكفل الاستقرار الاحترام الواجب لإحكام القضاء وحتى لا تبيقى محلاً لطعون لا تنتهي[٣٣].

وان أساس حجية الحكم الجزائي ما نصت عليه المادة (٢٢٧/أ) أصولية التي تنص على ((يكون الحكم الجزائي البات بالادانة او البراءة حجة في ما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها الى فاعلها ووصفها القانوني)) . فقد عدّت الحكم الجزائي البات حجة فيما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانوني، ومن خلال ملاحظة نص المادة السالفة الذكر يستشف بان الحجية معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم بالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً[٣٤]،وان المشرع العراقي قد اشترط أن الأحكام التي تحوز الحجية هي الأحكام الباتة الصادرة بالإدانة أو البراءة وبذلك فان المشرع لا يعطي الحجية للأحكام التي تصدر بصورة ابتدائية، بمعنى انه جعل الأحكام التي تحوز الحجية هي تلك الأحكام غير القابلة للطعن فيها إلا انه جعل الأحكام التي تقبل الطعن غير متمتعة بتلك الحجية رغم أن القانون أعطى الحكم الجزائي قوة قد تصل إلى مرتبة الحجية التي توجب احترام تلك الأحكام التي أصدرتها المحكمة وعدم إجراء أي تعديل فيها ولكنه لم ينص على تلك الحجية صراحة وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٢٥) أصولية بقولها (لا يجوز للمحكمة أن ترجع عن الحكم أو القرار الذي أصدرته أو تغير فيه إلا لتصحيح خطأ مادي...)

إذن فالأحكام الجزائية الباتة دون غيرها هي التي تحوز حجية الأحكام الجزائية وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز في العراق بان (الأحكام التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق...)[٣٥].

وحجية الحكم الجزائي لابد من أن تتوافر فيها جملة شروط والتي بتوافرها تقوم حجية الأمر المقضي أو حجية الحكم الجزائي، وأولى هذه الشروط هو أن يكون الحكم قضائياً، بمعنى أن يكون الحكم

صادراً من جهة قضائية لها ولاية الفصل في الدعوى فإذا لم تكن لها ولاية الفصل فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضي به بخلاف القرار الإداري وهو الذي يصدر من جهة إدارية لا تكون له حجية الأمر المقضي، فيجوز للجهة الإدارية التي أصدرته أو جهة إدارية أعلى منها أن تسحبه[٣٦]. أما الشرط الثاني في اكتساب الحكم الجزائي الحجية هو أن يكون الحكم قطعيا، والمقصود به هو الحكم الذي يفصل في موضوع الخصومة كله أو بعضه، فالمتفق عليه أن الأحكام التي تكون حجة بما فيها ولا يجوز إعادة البحث فيما قررته هي الأحكام القطعية سواء صدرت في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة.أما الشرط الثالث فهو أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم والأسباب الأساسية، أن قوة الأمر المقضي به تثبت لمنطوق الحكم ولأسبابه الجوهرية أي الأسباب التي لا يستقيم الحكم بغيرها لتعلقها بموضوعه ،وعليه نرى من خلال ذلك أن الأحكام الجزائية الصادرة من المحكمة المختصة التي لها ولاية الفصل في النزاع بمجرد النطق بها فإنها تحوز قوة الأمر المقضي به بعد اكتسابها القوة التنفيذية وبالتالي تحوز حجية الحكم الجزائي الذي يمنع طرح النزاع بين الخصوم [٣٧].

وفيما يتعلق بأجزاء الأحكام الجزائية التي تكتسب حجية الشيء المقضي به ، فمن المسلم به أن الحكم الجزائي يتكون من ثلاث أجزاء وهي : المنطوق ،الأسباب ،و الوقائع ، ولكل منها حكمه [٣٨] .

١- المنطوق :وهو الجزء الأخير من الحكم الفاصل في موضوع الدعوى الجزائية الصادرة من المحكمة المختصة ، وهذا الجزء هو من يكتسب حجية الشيء المقضي به بان يكون عنوانا للحقيقة بما جاء به ، سواء ببراءة الموظف ،أو الإفراج عنه ، أو إدانته لأنه القرار الفاصل و الحاسم لموضوع الدعوى .

٢- الأسباب : وهي حيثيات الحكم وأسانيده القانونية والواقعية التي اعتمدت عليها المحكمة لإصدار قرارها الفاصل ، والأصل العام المقرر بان الأسباب لا تكون لها حجية الشيء المقضي به ، إلا إذا ارتبطت ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث تفسره أو تكمله بان يكون المنطوق بدونها وعزلها عنه مبهما وغامضا، والسبب بإعطائها الحجية الحالة الأخيرة بأنها تعد جزءا من منطوق الحكم ، لذا من الطبيعي أن تكون لها نفس قيمة المنطوق باعتبارها دعامة لمنطوق الحكم لا غنى له عنها .

٣- الوقائع :وهي محل الحكم ووقائعه المادية والقانونية ، والأصل العام المقرر بشأنها بان ليس لها حجية الشيء المقضي به ، و استثناء تكون لها ذات الحجية وفقا لما ورد أنفا بشان الأسباب .

يفهم من كل ما أوردناه إن حجية الأحكام الجزائية الصادرة عن المحكمة المختصة ليست مطلقة ، بل أنها مقيدة في المجال الذي تناوله الحكم فقط ، بعدّه أن قاعدة الحجية تعد استثناء من الأصل العام ، وهو استقلال المخالفة الانضباطية عن الجريمة الجزائية ، مما يقتضي تفسيرها تفسيرا ضيقا، ولا يتوسع

فيه ، و بعبارة أخرى فانه يكون للحكم الجزائي الصادر عن المحكمة الجزائية بالبراءة أو الإدانة قوة الشيء المحكوم به ، وفي النطاق الذي قررته المحكمة في تحديد المسؤولية الجزائية فقط .

المطلب الثاني – حجية الحكم الجزائي الصادر بالإدانة

لقد سبق الذكر انه يعد الحكم الجزائي عنوانا للحقيقة فيما قضى به من ناحية إسناد الواقعة المادية وعلى السلطة الانضباطية أن تلتزم به.وهذه الحجية تقيد السلطة الانضباطية في حالة الحكم بالإدانة ، وعليه فان الإدانة الجزائية تعني أن الوقائع التي نسبت للشخص قائمة وثابتة وأنها تشكل جريمة جزائية. ويتحدد نطاق حجيته في ثبوت الواقعة أو الوقائع موضوع الاتهام أو نفيها وصحة أو عدم صحة إسنادها للمتهم . وعليه فانه لا يجوز إنكار ما تضمنه الحكم بشان الوجود المادي للوقائع ونسبتها إلى المتهم إيجابا أو سلبا [٣٩] .

فالحكم الجزائي القاضي بالإدانة يدل دلالة قاطعة على أن الفعل الذي يكون الأساس المشترك عن الجريمتين الجزائية والانضباطية قد وقع فعلا ، وانه قد وقع من المتهم ذاته،و من ثم فانه لا يجوز بأي حال أن تقوم السلطة الانضباطية إثبات عكس ذلك ،وإنما يجب عليها أن تتقيد بما قضى به الحكم الجزائي في هذا الخصوص تأسيسا على ما يتمتع به هذا الحكم من حجية الأمر المقضي به في هذا الشأن [٤٠].

عليه يمكن القول أن الحجية المقررة للحكم الجزائي يتحدد إطار أعمالها في مجال الانضباط بثبوت الوقائع موضوع الاتهام أو نفيها ، وصحة أو عدم صحة إسنادها للمتهم، أي بالتحقق من الوجود المادي للواقعة من عدمه ، ومدى نسبتها إلى المتهم [٤١] .

وقد أكد قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي هذا الأمر في المادة ٢٢٧ منه والتي نصت على ((يكون الحكم الجزائي البات بالإدانة أو البراءة حجة في ما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانوني)).

وعلى ذلك فان صدور الحكم الجزائي بالإدانة ، يكون له حجية الشيء المقضي به في مواجهة الكافة من حيث الوجود المادي للوقائع و نسبتها إلى فاعلها .و من ثم فان اللجنة التحقيقية لا تملك إلا أن تتقيد بها عند بحثها للمسؤولية الانضباطية المترتبة على الفعل ذاته.فالوقائع التي أثبتها الحكم الجزائي تكون ملزمة – من حيث وجودها المادي – للجنة التحقيقية التي لا تملك مناقشة منطوق الحكم الجزائي وأسبابه ، إلا انه يحدث أن تصدر السلطة الانضباطية في بعض الأحيان قرارا بإيقاع عقوبة معينة بحق الموظف استنادا للحكم الجزائي نفسه وليس استنادا للوقائع المادية التي نسبت للموظف، لذا يجب أن يكون الحكم الجزائي قد اكتسب درجة القطعية لكي لا يحدث أي نوع من التعارض أو التناقض في الأحكام.أما في حالة قيام السلطة الانضباطية ببناء قرارها الانضباطي على الإدانة الجزائية ووقائع مادية

أخرى إضافية، فهنا يعد شرط اكتساب الحكم الجزائي للدرجة القطعية شرطا ثانويا ، فليس من الضروري في هذه الحالة اكتساب الحكم الجزائي للدرجة القطعية.

وقد يترتب على الحكم الجزائي بإدانة الموظف فنكون أمام فرضيتين مختلفتين :

ا-الفرضية الأولى :أن يؤدي الحكم الجزائي إلى عزل الموظف من الوظيفة ، و يعد عزل في هذه الحالة عقوبة تبعية للحكم الجزائي [٤٢] وليس عقوبة انضباطية،ويعد القرار الإداري الصادر في الفصل قرارا كاشفا و ليس منشأ، إذ يقتصر أثره القانوني على استخلاص النتيجة التي رتبها القانون على الحكم الجزائي ، و يشترط هنا بالطبع اكتساب الحكم الجزائي الدرجة القطعية.

ب- الفرضية الثانية : فتتمثل في إدانة الموظف جزائيا بجريمة أخرى غير تلك الجرائم المذكورة سابقا ،وهنا تستعيد السلطة الانضباطية حريتها الكاملة في تحريك الإجراءات بحق الموظف ومتابعتها وإيقاع أية عقوبة انضباطية تراها مناسبة لجسامة الأفعال المنسوبة للموظف .

ومن جانب أخر قد يحدث عند صدور الحكم بالإدانة أمران لابد من الوقوف عندهما وهما الأول : إذا صدر الحكم الجزائي بإدانة الموظف عن التهمة المنسوبة إليه مع وقف تنفيذ العقوبة الجزائية ، فان هذا الحكم لا يحوز الحجية أمام الجهات الانضباطية، إذ وقف تنفيذ العقوبة الجزائية يقتصر على هذه العقوبة فقط ، ولا يمتد إلى المساءلة الانضباطية على أن هناك اتجاها في الفقه الإداري يذهب إلى القول بان الحكم الجزائي الصادر بالإدانة ، و المشمول بوقف التنفيذ يمكن أن يقيد السلطة الانضباطية التي عليها أن توقف أي إجراء انضباطي تتخذه بحق الموظف المخالف [٤٣].أما الأمر الثاني هو أن الحكم الجزائي بالإدانة قد يكون مشمول بالعفو العام فما اثر ذلك ؟

إن العفو العام يزيل الجريمة ذاتها ، إذ تعد الجريمة كان لم تكن ،ويعد الجاني كأنه لم يرتكب أي جريمة ،ومع ذلك لا يمتد سريان العفو العام عن الجريمة الجزائية إلى المخالفة الانضباطية إلا بنص خاص ، وإلا فلا يسري في شانها، و ترتيبا على ذلك فان العفو العام عن الجريمة الجزائية لا يمنع من قيام المساءلة الانضباطية عن الفعل نفسه الذي شمله العفو العام، أما إذا كان الجزاء الانضباطي تابعا للعقوبة الجزائية أو مترتبا عليها كأثر تلقائي لها فان قانون العفو العام يمحو الجزاء الانضباطي . وعلى ذلك فان انتهاء علاقة الموظف بالوظيفة بسبب ارتكابه جناية أو جنحة مخلة بالشرف نتيجة صدور الحكم الجزائي القطعي بإدانة هذا الموظف بالجرم المسند إليه ينتهي أثره نتيجة صدور قانون العفو العام عن هذه الجناية أو الجنحة ،إذ يمتد اثر هذا القانون ليمحوا الجزاء الانضباطي التبعي لهذه الجريمة [٤٤].

المطلب الثالث – حجية الحكم الجزائي الصادر بالبراءة

من المقرر انه لا تلازم مطلق بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية الانضباطية ،إذ انه من المتصور أن يبرأ الموظف من المسؤولية الجزائية و يدان انضباطيا إذا كان فعله يشكل مخالفة انضباطية لا تصل إلى مستوى الجريمة الجزائية . إذ أن النظام الانضباطي كما ذكرنا مستقل عن النظام الجزائي، وذلك لاختلاف النظامين في أساسيهما وغايتيهما ونوع الجزاءات التي توقع باسم كل منهما ، ومؤدى هذا الاستقلال والاختلاف بين النظامين استقلال المسؤولية الانضباطية عن المسؤولية الجزائية و إن تولدتا من نفس الفعل، و كما أسلفنا سابقا أن حجية الحكم الجزائي في المجال الانضباطي لا تكون إلا في خصوص ثبوت الواقعة موضوع الاتهام أو نفيها ، وهذا هو المدى الذي تبلغه حجية الحكم الجزائي في المجال الانضباطي، إذ يتحدد نطاق حجيته في ثبوت الواقعة موضوع الاتهام أو نفيها وصحة أو خطأ إسنادها للمتهم ، بالنظر لما للحكم الجزائي من حجية مطلقة لا يجوز إنكارها فيما يثبته بشان الوجود المادي للوقائع ، فالحكم الجزائي القاضي بالبراءة لانتفاء الواقعة أصلا أو لعدم ارتكابها من المتهم بالذات يقيد السلطة الانضباطية، فلا تملك مناقشة هذه الوقائع من جديد ، وإنما يتعين عليها الالتزام بالنتائج التي انتهى إليها القضاء الجزائي من حيث الوجود المادي للوقائع ،والعمل على احترامها، وترتيبا على ذلك، فان على السلطة الانضباطية التقيد بحجية الحكم لجزائي بالبراءة إذا كان سببها عدم وقوع الفعل المادي من الموظف ، أو بانتفاء الوجود المادي للوقائع [٤٥] ، إذ تكون له حجيته النهائية أمامها ، ومن ثم لا تملك اللجنة التحقيقية بعد ذلك أن تقرر وجود المخالفة الانضباطية وان توقع عقوبة انضباطية تبعا لذلك .ولكن نجد ان المشرع العراقي قد وقع في تناقض في هذا الشأن فبعدما نص في المادة ٢٢٧ من القانون المذكور آنفا على حجية الأحكام الجزائية عاد في المادة ٢٣ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام لينص على ((لا تحول براءة الموظف أو الإفراج عنه عن الفعل المحال من أجله إلى المحاكم المختصة دون فرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون)). فمن خلال هذا النص لم يجعل للإحكام الجزائية الصادرة بالبراءة أية حجية أمام السلطات الانضباطية وهذا تناقض كبير لابد أن يرفع.

المطلب الرابع – حجية الحكم الجزائي الصادر بالإفراج

تثار مشكلة حجية أحكام الإفراج الجزائية القائمة على عدم كفاية الأدلة ، أو الشك في صحة الواقعة أو قيامها ، وذلك لاتصالها بالوجود المادي للواقعة ، فالسؤال الذي يثار هو ما مدى تقيد سلطة الانضباط بإحكام الإفراج القائمة على عدم كفاية الأدلة ؟

إن الحكم الجزائي الصادر بالإفراج على عدم كفاية الأدلة ، أو الشك في قيمة الأدلة لا يحول دون مساءلة الموظف انضباطيا ، فالحكم الجزائي الصادر بالإفراج عن الموظف في جريمة الاختلاس لعدم

كفاية الأدلة المقدمة ضده لا يمكن أن يقيد السلطة الانضباطية بعدم مساءلته انضباطيا، وهنا نرى أن الحكم الصادر بالإفراج عن الموظف ، لم يستند إلى عدم صحة الوقائع ، أو عدم حصول الجريمة وإنما يستند على عدم كفاية الأدلة ، فهذا لا يرفع الشبهة عنه نهائيا ولا يحول دون مساءلته انضباطيا وإدانة سلوكه الإداري الخاطئ من اجل هذه التهمة عينها على الرغم من حكم الإفراج ، كما أن الإفراج على الشك في الاتهام لا تمنع من قيام المسؤولية الانضباطية ،وذلك باعتبار أن الحكم الجزائي الصادر بالإفراج ليس على أساس انتفاء التهمة ، بل على أساس عدم كفاية الأدلة ، بحيث لا يمتنع على السلطة الانضباطية البحث في مدى ثبوت التهمة ، لان الإفراج المؤسس على الظن هي براءة غير مؤكدة ، وما دامت المحكمة لم تقطع بانتفاء التهمة فلا تثريب على السلطة الانضباطية إن هي سلكت من الوسائل ما قد يصل بها إلى أن التهمة ثابتة في حق مرتكبها لتحاسبه على هذا الأساس ، وهذا ما تبناه المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة في المادة ٢٣ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام لينص على ((لا تحول براءة الموظف أو الإفراج عنه عن الفعل المحال من أجله إلى المحاكم المختصة دون فرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون)) ، إلا انه و مع ذلك ، فان الإدانة في المجال الانضباطي لا تعني أنها تقوم على الشك وبعيدا عن اليقين ،ومجرد الشبهة دون دليل ، فالإدانة في المجالين الجزائي و الانضباطي يجب أن تبنى على اليقين والجزم وان يقوم دليل قاطع عنها [٤٦] .

وترتيبا على ذلك ، فانه ينبغي التسليم بحجية الحكم الجزائي الصادر بالإفراج تأسيسا على عدم كفاية الأدلة في المجال الانضباطي على أن ذلك لا يمنع من مساءلة الموظف عن وضع نفسه موضع الشبهات ، بما ينعكس على مركزه الوظيفي باعتباره مسلكا يشكل مخالفة انضباطية أخرى تختلف عن تلك التي يراه الحكم الجزائي منها ، لعدم كفاية الأدلة ، أو الشك.

الخاتمة

أولا : النتائج

يتضح من مجمل ما ورد في هذا البحث من دراسة موضوع اثر الحكم الجزائي على التحقيق الإداري النتائج التالية :-

١. إن التحقيق الإداري مجموعة من الإجراءات المتخذة من قبل اللجنة المختصة طبقاً للشروط والأوضاع المحددة قانونا بهدف البحث عن الأدلة وتقديرها والكشف عن الحقيقة في شان المخالفة الانضباطية لتقرير لزوم معاقبة الموظف العام أو عدم لزومها.
٢. قانون أصول المحاكمات الجزائية يمثل القاعدة العامة التي يصار إليها في حال قصور إجراءات التحقيق الإداري وهو ما يؤيده واقع عمل اللجان التحقيقية وقضاء مجلس الانضباط العام بالاستناد

إلى مبدأ قانوني مفاده أن النص الخاص إذا لم ينظم حالة معينة فانه يصار إلى النص العام ، ولكن هذا الرجوع لا يتسم بالشمولية والعموم .

٣. نصوص قانون انضباط موظفي الدولة ينتابها الإرباك ، أغفلت النص على أحكام مهمة تضمنها القانون الملغي منها مثلا النص على اللجوء إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية في شأن ضبط الشاهد وإحضاره .

٤. أن الدعوى الجزائية تؤثر في الإجراءات الانضباطية وأن لها اثر موقف ما لم يكن محل تلك الإجراءات وقائع أخرى مستقلة عن الوقائع الأولى .

٥. إن صدور الحكم الجزائي بالإدانة ، يكون له حجية الشيء المقضي به في مواجهة الكافة من حيث الوجود المادي للوقائع و نسبتها إلى فاعلها .و من ثم فان اللجنة التحقيقية لا تملك إلا أن تتقيد بها عند بحثها للمسؤولية الانضباطية المترتبة على الفعل ذاته.

٦. إن المشرع العراقي قد وقع في تناقض في المادة ٢٣ من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام على ((لا تحول براءة الموظف أو الإفراج عنه عن الفعل المحال من أجله إلى المحاكم المختصة دون فرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون)). إذ لم يجعل للإحكام الجزائية الصادرة بالبراءة أية حجية أمام السلطات الانضباطية بعد أن نص على حجيتها في المادة ٢٢٧ أصولية.

ثانيا : التوصيات

اشتملت الدراسة على عدد من التوصيات وذلك على النحو التالي :-

١. وجوب النص في الدستور على المبادئ الأساسية التي تحكم بالموظف العام في الدولة.

٢. النص صراحة على اللجوء إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية في حال عدم وجود نص في قانون انضباط موظفي الدولة يعالج تلك المسائل

٣. إعادة صياغة نص المادة ٢٣ من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي النافذ وعلى الشكل الآتي : ((أولا :- يكون للحكم الجزائي الصادر بالبراءة أو الإدانة ، حجية الشيء المقضي به أمام الجهات الإدارية.

ثانيا:- لا يحول الإفراج عن الموظف عن الفعل المحال من أجله إلى المحاكم المختصة دون فرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون)) .

٤. النص صراحة على أن الدعوى الجزائية توقف الإجراءات الانضباطية ما لم يكن محل تلك الإجراءات وقائع أخرى مستقلة عن الوقائع الأولى.

الهوامش

١. أصل كلمة تحقيق في اللغة هي " حقّق" وحققه أي " أكّده " و " المحقق " يقال كلام محقّق : محكم منظم ، ثوب محقّق : محكم النسيج " و " أحقّ " الأمر : " أوجبه وصيّره حقاً لا يشك فيه . يقال : "أحقّ عليه القضاء " إذا أوجبه . تحقّق الخبر : ثبت . ينظر: جبران مسعود ، معجم الرائد (لغوي عصري)، ط٢ ،دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٣٧٠.

٢. د. مغاوري محمد شاهين ، المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ، دار الهنا للطباعة، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٢٥٧ .

٣. د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، الفنية للطباعة والنشر ، ١٩٨٥ ، ص ٥٧١.

٤. د. مغاوري محمد شاهين ، المصدر السابق ، ص ٢٥٧.

٥. د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مطبعة جامعة دهوك ، دهوك ، ٢٠١٠ ،ص ١٥.

٦. د. محسن خليل ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري ، مطبعة الكاتب المصري للطباعة والنشر ، دون سنة طبع ، ص ٢٥.

٧. لقد عالج المشرع العراقي في القانون الملغي المرقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ هذا الأمر حيث أحال إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية في بعض نصوصه بشان بعض المسائل التحقيقية كما هو في نص المادة (٣٨) التي تحيل فيما يتعلق باستماع القضية أمام لجنة الانضباط من تحليف للشهود وإجبارهم على الحضور ، والمادة ٣٩ بشأن التكليف بالحضور

٨. د. ماهر عبد الهادي ، الشرعية الإجرائية في التأديب ، دار غريب للطباعة ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٨٦ ، ص١٠٥ .

٩. د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء التأديب ، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٢٤٠ .

١٠. وفي ذلك يقول الأستاذ حامد مصطفى (إن نظام تأديب الموظفين في العراق إنما هو نظام قضائي يقرب من نظام العقوبات العام فهناك تهمة وتحقيق وقرار صادر من هيئة لها سلطة قضاء) القضاء الإداري في العراق ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، ع (١) ، س(٣) ، سنة ١٩٦١ ، ص٥٧ .

١١. د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القرار الإداري ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، ١٩٩١ ، ص ١٥٢.

١٢. د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٣ . ص ٤٧.

١٣. د. مازن ليلو راضي ، المرجع السابق ، ص ١٧.

١٤. إن المشرع يضع في القانون المبادئ والأطر العامة لتنظيم الحالة التي يصدر لتنظيمها ويترك للنظام والتعليمات التي تصدرها الإدارة أمر معالجة التفاصيل والجزئيات الكثيرة . ينظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، المصدر السابق ، ص ١٥٣.

١٥. د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ،المرجع السابق ،ص ٣٥١.
١٦. د. مغاوري محمد شاهين ، المصدر السابق ، ص ٢٥٧.
١٧. د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، ط٣ ، مطبعة جامعة دهوك ، ٢٠١٠، ص ١٥٧ .
١٨. م (٥٢ / أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .
١٩. د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ،المرجع السابق ،ص ٣٥٢.
٢٠. د. حسين حمودة المهدوي ، شرح أحكام الوظيفة العامة ، طبعة أولى ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان ، طرابلس ، ليبيا ، ١٩٨٦ ، ص٢٨٧ وما بعدها .
٢١. المادة العاشرة (ف٢) من قانون الانضباط العراقي النافذ التي تقول (.. مع توصياتها المسببة . (...
٢٢. م ١٣٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .
٢٣. د. سليمان محمد الطماوي ، المصدر السابق ، ص ٥٤٧ .
٢٤. عبء الإثبات يقع على المدعي سواء كانت الإدارة أو غيرها ، د. احمد كمال الدين موسى ، نظرية الإثبات في القانون الإداري ، مؤسسة دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص٥٨٩ وما بعدها .
٢٥. د. احمد كمال الدين موسى ، طبيعة المرافعات الإدارية ومصادرها ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، عدد ١ ، يونيه ١٩٧٧ ، ص١٨ .
٢٦. على أساس أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته فلا يقع عليه عبء إثبات براءته المفترضة بل على من يدعي العكس إثبات صحة ادعائه ، للمزيد من التفصيل انظر : د. محمد محي الدين عوض، قانون الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، ع١ ،١٩٦٧ ، ص٣٧ ، ص٣٩٥ .
٢٧. د.محمد عصفور، التأديب والعقاب في علاقات العمل ، القاهرة ١٩٧٢، ص ١٦٥.
٢٨. د.عبد القادرالشيخلي،القانون التأديبي وعلاقته بالقانونين الإداري والجنائي،دار الفرقان، عمان،١٩٨٣، ص٣٩.
٢٩. د.علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان ٢٠٠٣، ص ٥٠٤.
٣٠. الأستاذ عبد الأمير العكيلي،د. سليم إبراهيم حربة،أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية،مطابع التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٢.ص١١٢.
٣١. د. عبد الحميد الشواربي د. عبد الحميد الشواربي- حجية الأحكام المدنية والجزائية- في ضوء القضاء والفقه- منشأة المعارف- الإسكندرية- ١٩٨٦.ص١١ .
٣٢. د. ادوار غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني،مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.ص٣٩.

٣٣. الأستاذ عبد الأمير العكيلي،د. سليم إبراهيم حربة،المرجع السابق،ص١١٤.
٣٤. د. ادوار غالي الذهبي- المرجع السابق- ص٩٨.
٣٥. قرار محكمة التمييز في العراق رقم٢٠٢/ادارية اولى/١٩٨٢ -١٩٨٣ في ١٩٨٣/١/٢٦ عن علي محمد الكرباسي- الموسوعة القانونية- مطبعة العمال- ١٩٩٠- ص٥٦.
٣٦. د. عبد الحميد الشواربي- المرجع السابق- ص١٩.
٣٧. د.احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ،ج ٢ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٨٠ ،ص ٥٠٢ وما بعدها.
٣٨. د.حسن صادق المرصفاوي ، أصول الإجراءات الجنائية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٤ . ٧٥٧ و ما بعدها .
٣٩. د. عثمان العبودي ، مهارات التحقيق الإداري، لم يذكر مكان الطبع ، ٢٠٠٨، ص ١١٨.
٤٠. لقد قضى مجلس الانضباط العام بقراره المرقم (٦٣ /جزائية /٢٠٠٦)في (٢٣/ ٨/ ٢٠٠٦) بأنه (أن الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم المكتسبة درجة البتات ملزمة وواجبة التنفيذ بما فصلت به من حقوق). وفي ذات الاتجاه قراره المرقم (٦٤ / جزائية / ٢٠٠٦)في ٣٠ / ٨ / ٢٠٠٦ قرار غير منشور.
٤١. علي خطار شنطاوي ، الوجيز في القانون الإداري ، مصدر سابق ، ٥٥٧ – و ما بعدها .
٤٢. المادة ٩٦ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١لسنة ١٩٦٩ النافذ.
٤٣. د.محمود محمود مصطفى ،شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط ١١، القاهرة ،جامعة القاهرة ، ١٩٧٦، ص ١٤٧ .
٤٤. لقد قضى مجلس الانضباط العام بقراره المرقم (٥/ جزائية / ٢٠٠٤)في ٢٦/ ٩ / ٢٠٠٤ بان (وحيث ان العفو المشمول به المعترض كان عفوا عاما شاملا ونهائيا ترتب عليه انقضاء الدعوى و محو حكم الإدانة و سقوط جميع العقوبات الأصلية و التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية و عليه قرر المجلس و بالاتفاق إلغاء الأمر الوزاري الصادر عن وزارة العدل برقم ٣٤٨ في ١٩٩٩/٣/٢٢ المتضمن عزل المعترض من الوظيفة و إعادته إلى الوظيفة) قرار غير منشور.
٤٥. يراجع نص المادة ٢٢٧ أصولية سالفة الذكر
٤٦. د. عثمان العبودي ،المصدر السابق ، ص١٢١ .

المصادر

أولا: الكتب

١. جبران مسعود ، معجم الرائد (لغوي عصري)، ط٢ ،دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٧.

٢. د. مغاوري محمد شاهين ، المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ، دار الهنا للطباعة، القاهرة ، ١٩٧٤.
٣. د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، الفنية للطباعة والنشر ، ١٩٨٥.
٤. د. مازن ليلو راضي ، القضاء الإداري ، مطبعة جامعة دهوك ، دهوك ، ٢٠١٠.
٥. د. محسن خليل ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري ، مطبعة الكاتب المصري للطباعة والنشر ، دون سنة طبع.
٦. د. ماهر عبد الهادي ، الشرعية الإجرائية في التأديب ، دار غريب للطباعة ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٨٦.
٧. د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، قضاء التأديب ، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧.
٨. د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القرار الإداري ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، ١٩٩١.
٩. د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٣.
١٠. د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، ط٣ ، مطبعة جامعة دهوك ، ٢٠١٠.
١١. د. حسين حمودة المهدوي ، شرح أحكام الوظيفة العامة ، طبعة أولى ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان ، طرابلس ، ليبيا ، ١٩٨٦.
١٢. د. احمد كمال الدين موسى ، نظرية الإثبات في القانون الاداري ، مؤسسة دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٧.
١٣. د.محمد عصفور، التأديب والعقاب في علاقات العمل ، القاهرة ١٩٧٢.
١٤. د.عبد القادر الشيخلي،القانون التأديبي وعلاقته بالقانونين الإداري والجنائي،دار الفرقان، عمان،١٩٨٣.
١٥. د.علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان ٢٠٠٣.
١٦. الأستاذ عبد الأمير العكيلي،د. سليم إبراهيم حربة،أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية،مطابع التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٢.
١٧. د. عبد الحميد الشواربي د. عبد الحميد الشواربي- حجية الأحكام المدنية والجزائية- في ضوء القضاء والفقه- منشأة المعارف- الإسكندرية- ١٩٨٦.
١٨. د. ادوار غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني،مكتبة النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٩. علي محمد الكرباسي- الموسوعة القانونية- مطبعة العمال- ١٩٩٠.
٢٠. د.احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ،ج ٢ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٨٠.
٢١. د.حسن صادق المرصفاوي ، أصول الإجراءات الجنائية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٦٤.

٢٢. د. عثمان العبودي ، مهارات التحقيق الإداري، لم يذكر مكان الطبع ، ٢٠٠٨.
٢٣. د.محمود محمود مصطفى ،شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط ١١، القاهرة ،جامعة القاهرة ، ١٩٧٦.

ثانيا :البحوث

١. د. محمد محي الدين عوض، قانون الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، ع١ ،١٩٦٧ .
٢. حامد مصطفى ،القضاء الإداري في العراق ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، ع (١) ، س(٣) ، سنة ١٩٦١.
٣. د. احمد كمال الدين موسى ، طبيعة المرافعات الإدارية ومصادرها ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، عدد ١ ، يونيه ١٩٧٧.

ثالثا : التشريعات

١. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
٢. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل
٣. قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١
٤. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١لسنة ١٩٦٩ المعدل
٥. قانون انضباط موظفي الدولة الملغي المرقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦

أثار الشخصية المعنوية للشركة

م.م. شوقي ناصر
كلية القانون/ ألجامعة المستنصرية

مقدمة

ان فكرة الشخصية المعنوية ذات اهمية كبيرة من خلالها امكن اعتبار مجموعة من الاشخاص وحدة واحدة تعامل من الناحية القانونية على هذا الاساس ولو لم يكن اعتبارها كذلك لكان التعامل من الحرج ما فيه ، اذ يقتضي الامر في هذه لحالة تدخل جميع الاشخاص المكونين للمجموعة في كل صغيرة وكبيرة ، فنحن بحاجة اليه في كل تصرف قانوني يخصها ولو حدث ما يستوجب مقاضاتها لوجب الامر مقاضاتهم جميعا وهكذا

فشركات الاشخاص حين يكون للاعتبار اشخاص للشريك والثقة المتبادلة بين الشركاء المقام الاول اذ ان وفاة الشريك او الحجز عليه او اشهار افلاسه يكون له اثر واضح على الشركة ، كذلك يلاحظ هذا الاعتبار عند نقل ملكية الحصة حيث لا يكون ذلك الا بقوة معينة ، ومنها موافقة الهيئة العامة للشركة بالاجماع (١) كما ان الغلط في شخص الشريك يؤدي الى بطلان الشركة كما هو الحال بالنسبة لشركة التضامن والشركة البسيطة وشركة المشروع الفردي (٢)

ان اعتبار مجموعات الاشخاص كانها وحدة قائمة بذاتها تحمل خصائص الشخصية الطبيعية ذلل لنا الكثير من العقبات هذا عن مجموعات الاشخاص ، اما مجموعات الاموال فان منحها الشخصية المعنوية لم يكن باقل فائدة من منحها للمجموعات الاولى ، اذ بفضلها ايضا امكن فصل المال العام المرصد من ذمة الفرد الطبيعي وبالتالي حبسه على الغرض الذي نوى لخدمته حتى بعد وفاته لان المال الرصد يدخل ضمن تركته ،فشركات الاموال تقوم على النقيض من الاول ، على اساس قيامها على الاعتبار المالي اي ما يقدمه كل مساهم من مال دون الاهتمام بشخص ومدى علاقته بباقي المساهمين فالقاعدة في هذه الشركات ان وفاة المساهم او الحجز عليه او انتهاء افلاسه لا يؤدي الى انقضاء الشركة حيث يتضائل فيه الاعتبار الشخصي الى حد بعيد بينما يغلب عليها الاعتبار المالي (٣)كما هو الحال بالنسبة لشركات المساهمة والشركة المحدودة ، والشركة محدودة المسؤولية المستحدثة بالامر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ .

وهكذا تتجلى لنا اهمية الشخص المعنوي فهو ضورة لا محيص عنها ولمعرفة الاثار المترتبة عليها توجب تقسيم البحث الى مبحثين الاول مفهوم الشخصية المعنوية للشركة وبدؤها وانتهائها والثاني الاثار المترتبة على اكتساب الشركة الشخصية المعنوية .

المبحث الاول

مفهوم الشخصية المعنوية للشركة وبدؤها وانتهائها

لقد كثرت التعريفات الخاصة بالشخص المعنوي او الشخصية المعنوية فيعرفها جانب فقهي على انها مجموعة من الاشخاص او الاقوال ترمي الى تحقيق هدف معينبواسطة اداءات خاصة وتمنح الشخصية المعنوية بالقدر اللازم لادراك هذا الهدف (٤) بينما يعرفها آخر بانها وجود معنوي لا يدرك ولا يمكن ادراكه بالحس وانما يتمتع بالشخصية القانونية لتمكنه من تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات لذا يطلق عليه شخص معنوي او شخص اعتباري(٥) ، لذا فان الشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، فهي اذن وصف قانوني يقصد به كل من كان صالحا لاكتساب

الحقوق وتحمل الالتزامات وهذه الشخصية تثبت للشخص الطبيعي (الانسان) يمكن ان تثبت للشخص المعنوي او الاعتباري (الشركة) .

فالشخص المعنوي سيكون عبارة عن مجموعة من الاموال او جماعات من الاشخاص تنشا من اجل تحقيق غرض معين فيعترف بها القانون بالشخصية القانونية وبوجود قانوني مستقل عن الاعضاء المكونين لها لكي تكون قادرة على الدخول كطرف في العلاقة القانونية كصاحب حق اومتعلق بالتزام .

ان الاعتراف للشركة بشخصية معنوية يمكنها من القيام باعمال ومروعات بعيدة المدى ولاجال طويلة تفوق اجال الشخص الطبيعي مهما طال عمره وتتجاوز امكانات الانسان مهما علا قدره او امتد ثراؤه .

فعناصر الشخص المعنوي ستكون :-

١- ان الشخص المعنوي يتكون من مجموعة اموال او اشخاص .
٢- انه يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن المجموعة المكونة له ، وبناء على نص القانون.
٣- ان يكون قيام لشخص المعنوي لتحقيق هدف اجتماعي يتحدد في قانون نشاته .

و لم تظهر فكرة الشخصية المعنوية للشركة في القانون الروماني فلم يكن للشركة وجود متميز عن وجود مؤسيها ولم يكن امام الغير سوى التعامل مع اشخاص هؤلاء الشركاء ، ولذا كان هؤلاء يسالون بصفة شخصية عن الديون التي تنشا بسبب الاستغلال المشترك (٦) لكن هذه الفكرة ظهرت بفعل بعض الاعراف التجارية التي اضفت الشخصية المعنوية على الشركة (٧)

هذا وتقرر المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي الشخصية المعنوية للشركة شانه في ذلك شأن باقي التشريعات بان نصت الفقرة السادسة منها على انها ((الاشخاص المعنوية هي الشركات التجارية والمدنية الا ما استثني منها بنص خاص)) بينما اكد قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ ذلك بالنص على انه ((تكتسب الشركة الشخصيةالمعنوية وفق احكام هذا القانون)) .

اما بالنسبة لبدء الشخصية المعنوية وانتهائها :-

فالقاعدة ان الشخصية المعنوية للشركة تبدأ من تاريخصدور شهادة تاسيسها حيث نصت المادة ٢٢ من قانون الشركات على ذلك بنصها على انه ((تكتسب الشركة الشخصية المعنوية من تاريخ شهادة تاسيسها ، وتعتبر الشهادة اثباتاً على شخصيتها المعنوية))(٨)

بينما تكتسب الشركة البسيطة الشخصية المعنوية من تاريخ ايداع نسخة من عقدها لدى المسجل (٩) .

وتبقى الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية طيلة وجودها ، ولا يترتب علىانقضاء الشركة باحد اسباب الانقضاء المحددة قانونا (١٠) وجوب انقضاء الشخصية المعنوية للشركة وانما بمقتضى المادة

١٦٤ من قانون الشركات فان الشركة تحتفظ بشخصيتها المعنوية طيلة مدة التصفية على ان يذكر انها تحت التصفية حيثما يرد اسمها ، وبقاء الشخصية المعنوية للشركة خلال مدة التصفية هو امر تتطلبه ضرورة الوفاء بالتزاماتها واستيفاء ديونها لدى الغير ولكن استمرار الشخصية المعنوية طيلة فترة التصفية يقترن بشرطين اولهما ان يذكر ان هذه الشركة تحت التصفية حيثما يرد ذلك ، وذلك بقصد حماية الغير الذي يتعامل في ظل هذه الاوضاع وثانيهما ان تمتنع الشركة عن الدخول في اية التزامات جديدة من شانها زيادة التزاماتها السابقة وقد اشارت المادة ١٦٣ من القانون الى ذلك حيث نصت بوجوب ((توقف الشركة فور تبلغها بقرار التصفية ، عن احداث اي تغيير في عضويتها او عن ترتيب اي التزام جديد ، ويستمر نشاطها بالقدر اللازم لايفاء التزاماتها وفق ما تقتضيه اعمال التصفية)).

ولا يجوز للمصفي ان يبدأ اعمالا جديدة الا اذا كانت لازمة لاتمام اعمال سابقة فاذا قام المصفي باعمال جديدة لا تقتضيها التصفية كان مسؤولا في جميع امواله عن هذه الاعمال (١١)

ولا تنقضي الشخصية المعنوية للشركة الا بعد صدور قرار من مسجل الشركات بشطب اسم الشركة من سجلاته (١٢) .

والاصل انه لايجوز لاي دائن حق المطالبة باي دين او حق على الشركة فور صدور قرار الشطب ، الا انه واستثناء من من هذا الاصل فقد اجازت المادة ١٧٩ لاي دائن لم ستوفي حقه ولم يكن المصفي على علم بذلك الحق مطالبة اعضاء الشركة بما آل اليهم كل حسب اسهمه او حصته خلال ثلاث سنوات من تاريخ الشطب ويسقط حقه في المطالبة بعد ذلك .

كذلك يجب ان نبين بانه على المصفى وبمقتضى المادة ١٨٠ من قانون الشركات الاحتفاظ بسجلات الشركة خلال مدة خمس سنوات من تاريخ شطب اسمها .

المبحث الثاني

الاثار المترتبة على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية

يترتب على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية الاثار القانونية التالية :

المطلب الاول : الاهلية القانونية للشركة

تتمتع الشركة كشخص معنوي باهلية قانونية في حدود الغرض الذي انشأت من اجله ، اذا تنص الفقرة ثانيا من المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي على انه (يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق الا ما كان ملازما بصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون كما تنص الفقرة رابعا من

المادة ذاتها على انه: (وله اهلية الاداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون) .

و يتضح مما تقدم ان للشركة شخصية قانونية وتتمتع باهلية اداء مع مراعاة القيود التي يفرضها عقد الشركة او القانون فللشركة الحق في انشاء الحقوق والالتزامات ولها ان تتعامل مع الغير ومباشرة كافة التصرفات القانونية الجائزة ن كالبيع او الرهن او الاقتراض وشراء الاموال وغيرها . لكن اهلية الاداء التي تتمتع بها الشركة وخلافا لاهلية الاداء التي يتمتع بها الشخص الطبيعي مقيدة بقيود معينة هي نصوص القانون وعقد الشركة فلا يجوز للشركة ان تتمتع بالحقوق الملازمة للشخص الطبيعي وهي ما يطلق عليها الحقوق الشخصية فهي بهذا المعنى كما يرى البعض اهلية وجوب ناقصة بالقياس الى الشخص الطبيعي(١٣) .

يضاف الى ما تقدم فان عقد الشركة قد يورد بعض القيود التي تحد من اهليتها فعقد الشركة يحدد اغراضها فلا يجوز لها ممارسة أي اعمال خارج هذه الاغراض ولا يجوز لها ممارسة التصرفات التي تتعارض مع هذه الاغراض (١٤)، فلا يجوز لشركة تأسست من اجل صناعة المنسوجات ان تمارس نشاطات تتعلق بحفر الابار والتنقيب عن النفط وبذلك فان للشركة ان تكتسب الاموال وان تتصرف فيها ولها ان تتعامل مع الغير فتصبح دائة ومدينة ولها قبول الهبة غير المقترنة بشروط تتنافى مع غرض الشركة ولها ان توهب بشرط لا ان لا تكون تلك الهبة ذات اهمية بحيث تؤثر على راسمالها (١٥).

غير ان الشخص المعنوي (الشركة) لا يمكنه التعبير عن ارادته كالشخص الطبيعي لذا فان الشخص المعنوي يمارس اهليته القانونية من خلال اشخاص طبيعيين نيابة عنه كمدير الشركة ورئيس مجلس الادارة او المدير المفوض او الوكلاء فهؤلاء الاشخاص يمارس التصرفات القانونية بسم الشركة ولحسابها حيث يتولون تمثيل الشركة اما الغير كحضور هؤلاء امام القضاء لمتثيل الشركة بصفة مدعي او مدعي عليه على انه يشترط في تلك التصرفات ان تكون في حدود الصلاحيات المخولة له فان تجاوزوها اصبحوا مسؤولين مسؤولية شخصية عنها(١٦).

و يمكن ان تسال الشركة مسؤولية تعاقدية وغير تعاقدية وفقا لاحكام المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية لتعويض الاضرار الناشئة عن اخطاء مستخدميها بل يمكن ان تسال جنائيا وفي حدود ما يتناسب وشخصيتها الاعتبارية كالحكم بالغرامة دون اغفال المسؤولية الشخصية لمرتكب الجريمة (١٧).

المطلب الثاني : ذمة مالية مستقلة

الذمة المالية هي مجموعة ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية وبمجرد اعتبار الشركة شخصا معنويا يكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم جميع الشركاء المكونين لها اذ تقرر المادة

٤٨ من القانون المادي بفقرتها الثالثة ذلك بالقول (يكون لكل شخص معنوي ذمة مالية مستقلة) أي ان حقوق والتزامات الشركة تكون مستقلة عن حقوق والتزامات الشركاء مما يرتب الاثار الاتية :
اولا – ان التصرفات المالية الصادرة عن ممثلي الشركة وفي حدود اختصاصاتهم تنصرف آثارها مباشرة الى ذمة الشركة دون ذممهم المالية .

ثانيا – ان الحصص المقدمة من قبل الشركاء تعتبر ملكا للشركة فالحصة المقدمة من قبل الشريك تنتقل ملكيتها الى الشركة فيكون له حق التصرف فيها وبالمقابل لا يكون للشركاء قبل الشركة الا الحق في قبض الارباح ان وجدت واقتسام اموال الشركة عند التصفية وهما من الحقوق الشخصية أي الدين وهو مجرد حق دائنية بين الشريك المقدم للحصة والشركة ويكون ذا طبيعة منقولة بغض النظر عن نوع الحصة المقدمة من قبل الشريك حتى لو كانت حصة عينية متمثلة بعقار(١٨) .

ثالثا– اموال الشركة ضمان لدائنيها :ليس بمقدور دائني الشركة الحج عليها اعتمادا على ان للشريك المدين حصة في راس المال ويختلف الامر في شركات الاموال عنه في شركات الاشخاص لانه في الاولى يجوز الحجز على الاسهم وعرضها للبيع لان راس المال يظل ثابتا وما يتبدل هو المالك للاسهم ولا اهمية لتبدل الشركات في هذه الشركات لانها مغفلة . اما شركات الاشخاص حيث يبرز الاعتبار الشخصي فلا يجوز الحجز على حصة الشريك لان الحجز معناه ان يتبعه البيع في الغالب وهو يؤدي الى ان يحل شخص محل اخر في ملكية وفي ذلك تغيير لعقد الشركة ويمكن ان يكون سببا في انحلالها . (١٩) وفي هذا الصدد خصت المادة ٧٢ قانون الشركات العراقي على انه ((اولا – يجوز حجز الاسهم المملوكة للقطاع الخاص في الشركة المساهمة والمحدودة تامينا واستيفاء الدين على مالكها على ان يؤشر قرار الحجز الصادر عن جهة مختصة ن ثانيا – لايجوز حجز الحصص في الشركة التضامنية والمشروع الفردي والشركة البسيطة الا لدين ممتاز ، ويجوز حجز ارباحها المتحققة .

رابعاً : لايجوز وقوع المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء اذ تفريعا على مبدأ استقلال الذمة المالية فانه لايجوز وقوع المقاصة بين ما للشركة او عليها من ديون وبين الديون التي للشركاء او عليهم حيث ان المقاصة تفترض اتحاد ذمة الدائن والمدين في شخص واحد ،و لااتحاد بين ذمة الشركة وذمم الشركاء فلو كانت الشركة دائنة لشخص اجنبي ، واصبح هذا الشخص دائنا لاحد الشركاء ، لا تجري المقاصة بين الينين ، لان المقاصة تقع عندما يوجد شخصان كلاهما دائن ومدين للاخر في وقت واحد ، فيسقط اقل الدينين من الطرفين اما بالاتفاق او بقوة القانون (٢٠). وبالمقابل فان مديني الشركاء

الشخصيين لا يستطيعون التمسك بالمقاصة قبل دائنيهم من الشركاء واستنادا الى ما لهم من ديون في ذمة الشركة (٢١) .

خامساً : ان اشهار افلاس الشركة لا يؤدي الى اشهار افلاس الشركاء ان توقف الشركة عن دفع ديونها يستلزم اشهار افلاسها مما ترتب عليه انقضاؤها وهو من الاسباب العامة لانقضاء الشركات جميعا أي سواء اكانت من شركات الاموال او الاشخاص ، وافلاس الشركة يعتبر سبباً من اسباب انقضائها لانه دليل على عدم قدرتها على مواجهة التزاماتها (٢٢).

وكقاعدة عامة فان افلاس الشركة لا يستتبعه افلاس الشركاء والعكس صحيح أي ليس بالضرورة ان يستتبع افلاس الشركاء افلاس الشركة لان كل من الشركاء والشركة شخصيته المستقلة وذمته المالية اذ تنص المادة ٣٣ من قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بل انه ((لايسأل المساهم عن ديون الشركة الا بمقدار القيمة الاسمية للاسهم يملكها)) غير ان هذا ان كان صحيحا بالنسبة لشركات الاموال فان الامر يختلف بالنسبة لشركات الاشخاص حيث يكون كل شريك مسؤول مسؤولية شخصية وغير محددة عن ديون الشركة حيث ان اشهار افلاس الشركة يستدعي حتما اشهار افلاس الشركاء اذ تنص المادة ٣٧ على انه ((اذا اعسرت الشركة اعتبر كل شريك فيها معسراً)) بيد انه ينبغي ان يلاحظ ان اموال الشركاء في هذه الحالة لا تضم الى ذمة الشركة لتضفي في تفليسه واحدة ، بل تتعدد التفليسات بتعدد الشركاء المتضامنين وتعتبر كل تفليسة مستقلة عن تفليسة الشركاء (٢٣).

المطلب الثالث : جنسية الشركة

ان الجنسية رابطة قانونية سياسية تفيد اندماج الفرد في عنصر المكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة (٢٤) بينما يعرفها جانب من الفقه بانها المعيار الذي يتم بمقتضاه التوزيع القانوني للافراد في المجتمع الدولي والذي يحدد حصة كل دولة من الافراد الذين يكونون ركن الشعب فيها (٢٥).

اما محكمة العدل الدولية فقد عرفت الجنسية لسنة ١٩٤٥ في قضية Nottebogm بانهـــا (علاقة قانونية تقوم اساسها على رابطة اصلية وعلى تضامن فعلي في المعيشة والمصالح والمشاعر) هذا فيما يتعلق بالشخص الطبيعي وهو الاسنان لان الجنسية تقوم على اسس حق الدم وحق الاقليم والاقليم – من الاسباب الموجبة لكسب الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي- اذ تقوم على روابط روحية وعاطفية تصل بين شخص ودولة يشعر عندها بالانتماء والانتماء الى ثقافتها وتقاليدها ، وهو العنصر المعنوي في الجنسية الذي يربط بين الشخص الطبيعي والدولة .

اما الشخص المعنوي فهو مجاز خلقها القانون من مجموعة ماديات عجز عن ان يودعه روحا تؤهله للشعور والحب ومن هنا ينكر بعض الفقهاء ان يكون الشخص الاعتباري جنسية ، ويقولون انم ما يصل بين هذا والدولة هو مجرد تبعة سياسية تبرر اخضاعه لقانونها وشمولها له بحماية دبلوماسية ومع ذلك فان العمل جرى على استعمال مصطلح الجنسية بالنسبة للشركات للدلالة على الارتباط القانوني للشركة بدولة معينة وليس بمعنى الانتماء بمفهومه الضيق بالنسبة للشخص الطبيعي لدولة معينة (٢٦) .

ولكن ما هو المعيار الذي بمقتضاه يتم منح الجنسية للشركة او بعبارة اخرى كيف يتم تحديد جنسية الشركة ، لذا سنعمد الى طرح ابرز تلك المعايير مع بيان موقف المشرع العراقي.

اولا : معيار المركز الرئيسي لادارة الشركة

ويقصد بمركز ادارة الشركة الرئيسي المكان الذي تباشر به الشركة نشاطاتها القانونية والادارية وتوجد فيه الهيئات الاساسية للشركة كمجلس الادارة والهيئة العامة حيث تصدر منه الاوامر والتوصيات والقرارات العامة للشركة وبمقتضى هذا المعيار فان جنسية الشركة هي جنسية المكان الذي يوجد فيه مركز ادارتها الرئيسي ولكن الامر ليس بهذه السهولة فماذا لو تعددت المراكز الرئيسية للشركة في دول عدة ، فيحنذاك جنسية أي دولة سيتم منحها لتلك الشركة (٢٧).

ثانيا :- معيار مركز نشاط الشركة

أي ان تجديد جنسية الشركة يرتبط بمكان نشاط الشركة ، فالشركة تاخذ جنسية الدولة التي تحل على اراضيها على اعتبار ان هذا المكان هو الذي تتجمع فيه المصالح الحقيقة للشركة ولكن هذا المعيار معيب ايضاً لا سيما حين تعدد مراكز الاستغلال و النشاط للشركة(٢٨)

ثالثا – معيار مكان التاسيس

وبموجب هذا المعيار فانم الشركة تكتسب جنسية الدولةالتي تاسست الشركة وفقا لقوانينها على اعتبار ان الشركة شخص بحاجة الى ولادة الشركة هي شهادة تاسيسها .

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فلقد اخذ بمعيار مكان التاسيس اذ نصت المادة (٢٣)من قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ على انه ((تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق احكام هذا القانون عراقية)) .

المطلب الرابع : اسم الشركة

يكون لكل شركة اسم تعرف هذه الشركة به وايضا لتكون متميزة عن غيرها من الشركات الاخرى .

اذ تنص المادة الثالثة عشر بفقرتها الاولى على انه ((اسم الشركة ونوعها ويضاف الى اسم الشركة كلمة ((مختلطة)) اذا كانت شركة من القطاع المختلط ويضاف لاسمها كذلك اية عناصر اخرى مقبولة)) (٢٩)

كذلك نصت المادة ٢٣ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه ((يجب ان يدل الاسم التجاري على نوعها ، وان يحتوي في الاصل على اسم احد الشركاء ان كانت شركة تضامنية او بسيطة او مشروعا فرديا))

وبذلك فان اسم الشركة يجب ان يتضمن نوعها لكي يعلم من يتعامل مع الشركة طبيعة الشركة التي يتعامل معها وفيما اذا كانت من شركات الاشخاص اوشركات الاموال فان كانت من شركات الاشخاص توجد اضافة اسم الشركاء او بعضهم لاسم الشركة (٣٠)

كذلك فان اسم الشركة يجب ان لا يكون لغاية احتيالية او غير قانونية كذلك يجب ان لا يكون مطابقا لاسم سبق وان سجل باسم شركة اخرى او مشابها له الى درجة قد يؤدي الى اللبس او الغش (٣١)

المطلب الخامس : موطن الشركة

لقد عرف القانـــون المدني العراقـــي الموطــن بانه ((المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ....)(٣٢) ولقد اقر للشركة بموطن مستقل هو المكان الذي يوجد فيه مركز ادارتها (٣٣) ويقصد به المكان الذي يوجد فيه نشاط الشركة الاداري والقانوني حيث يتم فيه تصريف شؤون الشركة (٣٤) وتحديد مركز الادارة ويجب ان يتم في عقد الشركة وعلى الشركة اشعار المسجل بكل تغيير يطرأ على هذا العنوان خلال مدة مدة سبعة ايام من حصول التغيير (٣٥) .

اما بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها امال في العراق يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي الذي فيه ادارة اعمالها في العراق (٣٦) لحماية حق المواطنين في مقاضاة هذه الشركات . وبذلك فان تحديد موطن الشركة طبقا للقانون العراقي يرتكز على معيار مزدوج هو مركز الادارة كقاعدة عامة ومركز النشاط اذا كانت الشركة اجنبية وتمارس نشاطها الفعلي في العراق

وتتضح لنا اهمية الشركة فيما او اتخذ كمعيار لتحديد جنسية الشركة كما مر سابقا ، كذلك فان لتحديد موطن الشركة اهمية كبيرة بالنسبة للشركة او الغير الذي يتعامل معها ، اذ يحدد الموطن الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات المتعلقة بالشركة و النظر في شهر افلاسها كما تعلن اليها فيه

جميع الاوراق القانونية اذ تنص المادة (٣٨) بفقرتها الاولى من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه ((تقام الدعوى في المسائل المتعلقة بالاشخاص المعنوية القائمة او التي في دور التصفية بالمحكمة التي يقع في دائرتها مركز ادارتها الرئيسي في حين نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٩) على انه ((تقام دعوى الافلاس والدعاوى الناشئة عنه في محكمة متجر المفلس واذا تعددت متاجره فتقام الدعوى في محكمة المحل الذي اتخذه مركزا رئيسيا لاعماله التجارية)) .

الخاتمة

لقد تبين لنا خلال البحث بأن الشخصية المعنوية قد تكون مجموعة من الاشخاص او الاموال تهدف الى تحقيق غرض معين يعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض فالشركة تكتسب الشخصية القانونية حكما أي بنص القانون وفي نفس الوقت يعتبر ضمنا بأنها ليست شخصا طبيعيا وانما يمنحها المشرع تلك الصفة القانونية الاعتبارية لكي تتمكن من ان تمارس تمارس حقا او تلزم بواجب بعبارة اخرى فان الشركة تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان ضمن الحدود التي يقررها القانون فلها اهلية اداء في الحدود التي يبينها عقد انشائها من خلال ممثل يعبر عن ارادتها كمدير الشركة او رئيس مجلس الادارة او اعضاء مجلس الادارة او الوكلاء كذلك لها لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم جميع الشركاء او المكونين لها وتكون لها اسم تعرف الشركة به ويميزها عن غيرها من الشركات الاخرى وايضا موطن خاص بها هو المكان الذي يوجد فه مركز ادارتها اما بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها اعمال في العراق يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه ادارة اعمالها في العراق .

الهوامش

١- الدكتور احمد ابراهيم البسام ، القانون التجاري ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص ٢٢٤

٢- الدكتور باسم محمد صالح ، الدكتور عدنان احمد ولي ، القانون ، الشركات التجارية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٦ ، ص ٥٥

٣- الدكتور باسم محمد صالح / الدكتور عدنان احمد ولي ، مصدر سابق ، ص١١٣.

٤- الدكتور شمس الدين الوكيل ، مباديء القانون ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص٣٣٩ .

٥- الدكتور جعفر محمد الفضلي ، محاضرات ملقاة على طلبة المرحلة الرابعة ، كلية القانون ، جامعة الموصل للسنة الدراسية ١٩٩٨-١٩٩٩ .

٦- الدكتور محمود مختار احمد بريري ن الشخصية المعنوية للشركة التجارية ، دار الفكر العربي ن القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص٩.

٧- الدكتور محمود مختار احمد بريري ن مصدر سابق ذكره ، ص ٢٣.

٨- تطابق المادة ٢٢ من قانون الشركات العراقي السابق رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣

٩- انظر المادة ١٨٣ من قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ والتي تطابق المادة ١٧٦ من الشركات العراقي السابق رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ .

١٠-الانقضاء وهو زوال الشركة كشخص قانوني وهو يتحقق بتوافر سبب من اسباب الانقضاء المبينة في المادة ١٤٧ من قانون الشركات التي نصت على ان تنقضي الشركة باحد الاسباب الاتية وفق احكام هذا القانون :-

اولاً – عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تاسيسها دور عذر مشروع .

ثانياً – توقف الشركة عن مباشرة نشاطها مدة متصلة تزيد على سنة دون عذر مشروع .

ثالثاً – انجاز الشركة للمشروع الذي تاسست لتنفيذه واستحالة تنفيذه .

رابعاً – اندماج الشركة او تحولها وفق احكام هذا القانون .

خامساً فقدان الشركة (٧٥%) من رأس مالها الاسمي وعدم اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في الفقرة البند ثانياً من المادة ٧٦ من القانون .

سادسا – قرار الهيئة العامة للشركة بتصفيتها .

١١-الدكتور احمد محمد محرز ، الوسيط في الشركات التجارية ، منشاة المعارف ن الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ ، ص٢٠٦ .

١٢-انظر المادة ١٧٧ من قانون العراقي.

١٣-الدكتور احمد ابراهيم البسام ، مصدر سابق ذكره ، ص٢١٢ .

١٤- الدكتور احمد ابراهيم البسام ن مصدر سابق ذكره ، ص٢١٣

١٥-الدكتور باسم محمد صالح / الدكتور عدنان احمد ولي ن مصدر سابق ذكره ، ص٤٧ .

١٦-الدكتور اكرم يا ملكي ، القانون التجاري ، الشركات ن عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٨، ٤٣.

١٧-الدكتور عبد الحي حجازي ، المدخل للعلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي ، ١٩٧٢ ، ص٥٠٦ وما بعدها .

١٨-الدكتورة سمعية القليوبي ، الشركات التجارية ن دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ ، ص١١٦.

١٩-الدكتور عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة ،١٩٩٧ ، ص١٩٢ .

٢٠-انظر المادة ٤٠٩ من القانون المدني العراقي .

٢١-الدكتور احمد البسام ، مصدر سابق ذكره ، ص٢١١.

٢٢-الدكتورة سميعة العكيوبي ، مصدر سابق ذكره نص١٤٥ .

٢٣-الدكتور باسم محمد صالح / الدكتور عدنان احمد ولي ، مصدر سابق ذكره ، ص٤٦ .

٢٤-الدكتور ممدوح عبد الكريم ، القانون الخاص ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ط٢ ، ١٩٩٧ ، ص٣١.

٢٥-فؤاد عبد المنعم رياض ، مباديء القانون الخاص في القانون اللبناني والمصري ، ط ٢ ، بيروت ،١٩٦٩ / ص ٤١ .

٢٦-الدكتور هشام خالد ،جنسية الشركة ن دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٧ وما بعدها

٢٧-الدكتور هشام خالد ، المصدر السابق ، ص١٥٨ .

٢٨-الدكتور هشام خالد ، مصدر سابق ، ١٣٦.

٢٩-بينما كان نص هذه الفقرة قبل التؤيل بالشكل الاتي ((للشركة ان تتخذ اسما لها يكون مستمدا من نشاطها ويذكر فيه نوعها اضافة الى كلمة مختلطة ان كانت مختلطة او احد اعضائها ان كانت تضامنية او مشروعا فرديا ويجوز اضافة تسمية مقبولة ان كانت مساهمة او محدودة)) . والملاحظ على ان المادة ١٣ المعدلة بالامر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ افتقارها للوضوح التام في تحديد قواعد الاسم التجاري على عكس المادة ١٣ المعدلة من خلال :

١- انها لم تذكر القاعدة العامة في تحديد الاسم النجاري للشركة في ضرورة كون اسمها مشتق من طبيعة نشاط الشركة .

٢- اغفلت النص على وجوب ان يكون الاسم التجاري للشركة التضامنية والمشروع الفردي مشتقا من الاسم الشخصي لاحد الشركاء .

٣-عدم تضمين قانون الشركات لقاعدة معينة بشان الاسم التجاري للشركة محددة المسؤولية التي جاء بها هذا التعديل .

٣٠-انظر الدكتور عزيز العكيلي ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٩٤

٣١-انظر الدكتور عزيز العكيلي ن مصدر سابق ذكره ، ص١٩٥ .

٣٢-انظر المادة (٤٨) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي .

٣٣-انظر الفقرة السادسة من المادة الثامن والابيعين من القانون المدني .

٣٤-انظر الدكتور باسم محمد صالح ،والدكتور عدنان احمد ولي ، مصدر سابق ذكره ، ص ٥٠

٣٥-انظر المادة ٢٠٠ من قانون الشركات النافذ .

٣٦-راجع المادة (٤٨) بفقرتها الاساسية من القانون المدني العراقي .

المصادر

١- الدكتور احمد ابراهيم البسام ، القانون التجاري ، بغداد ، ١٩٦١ .

٢- الدكتور باسم محمد صالح ، الدكتور عدنان احمد ولي ، القانون ، الشركات التجارية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٦ .
٣- الدكتور شمس الدين الوكيل ، مباديء القانون ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٨ .
٤- الدكتور جعفر محمد الفضلي ، محاضرات ملقاة على طلبة المرحلة الرابعة ، كلية القانون ، جامعة الموصل للسنة الدراسية ١٩٩٨-١٩٩٩ .
٥- الدكتور محمود مختار احمد بريري ، الشخصية المعنوية للشركة التجارية ، دار الفكر العربي ن القاهرة ، ١٩٨٥ .
٦- الدكتور احمد محمد محرز ، الوسيط في الشركات التجارية ، منشاة المعارف ن الاسنكدرية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ .
٧- الدكتور اكرم يا ملكي ، القانون التجاري ، الشركات ،عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٨
٨- الدكتور عبد الحي حجازي ، المدخل للعلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي ، ١٩٧٢.
٩- الدكتورة سمعية القليوبي ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ .
١٠- الدكتور عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة ،١٩٩٧ .
١١- الدكتور ممدوح عبد الكريم ، القانون الخاص ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ط٢ ، ١٩٩٧.
١٢- فؤاد عبد المنعم رياض ، مباديء القانون الخاص في القانون اللبناني والمصري ، ط ٢ ، بيروت ،١٩٦٩ .
١٣- الدكتور هشام خالد ،جنسية الشركة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .

التشريعات والقوانين :-

١- قانون الشركات العراقي السابق رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣.
٢- قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .
٣- قانون المرافعات المدنية رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٤- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
٥- القانون المدني العراقي رقم ٤٩ لسنة ١٩٥١ .

اثر انعدام الأهلية على الشركة التضامنية

م.م . أكرم محمد حسين
كلية القانون – جامعة بغداد

Abstract

The personal, solidarity and unlimited responsibility of the partner, stipulates that the person must have the full legal capacity, to be qualified to establish or to be a participate in the partnership; therefore, there is no place for incompetent.

The research also discusses the issue of losing the capacity of the partner after his participation, or his death and the transferring of his share to the incompetent heir, which would affect on the partnership.

المقدمة

تقوم شركات الأشخاص عموما على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء ، وتعد الشركة التضامنية النموذج الأمثل لهذه الشركات كونها لا تنهض من حيث الأساس إلا بين عدد قليل من الأشخاص تجمعهم معرفة شخصية مسبقة ويثق كل منهم بالأخر ، يقومون بممارسة النشاط التجاري على شكل شركة.

إن شخصية الشريك المتضامن لا يقتصر دورها على تأسيس هذه الشركة وإنما يمتد دورها طيلة حياتها ، وبانعدام الاعتبار الشخصي هذا تنهار الشركة ويتحتم انقضاؤها.

وعلى هذا الأساس فان مسؤولية الشريك المتضامن عن ديون الشركة تكون مسؤولية شخصية وغير محدودة ، إذ يعد كل شريك كأنما يمارس النشاط التجاري بنفسه تحت مظلة الشركة وبالتالي يكتسب الجميع صفة التاجر، وعليه يجب أن تتوفر في الشريك الأهلية اللازمة لممارسة لتجارة ، فليس للقاصر أن يؤسس مع غيره مثل هذا النوع من الشركات إذ إن من شان وجود الشريك القاصر أن يعرض أمواله للضياع .

مشكلة البحث

ولكن قد يشترك في هذه الشركة شخص كامل الأهلية ، إلا انه يفقد أهليته بعد الاشتراك ، كما لو أصيب بعارض من عوارض الأهلية من سفه أو عته أو جنون فيصبح قاصرا ، الأمر الذي يجعلنا نسأل عن مدى تأثير فقد أهلية الشريك على الشركة؟ ، وهل يصح أن يبقى محتفظا بصفة الشريك المتضامن؟، وماهي الحلول الواجبة الإتباع في هذه الحالة ؟ وما هو موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من هذه المسألة؟

وفي ذات الإطار تثور مشكلة أخرى وهي مشكلة وفاة احد الشركاء المتضامنين. فهل تنتقل حصته إلى ورثته ويصبحون شركاء متضامنين ؟ وإذا فرضنا انتقال الحصة إلى الورثة ، ما الحكم إن كان احد هولاء الورثة قاصرا ؟ هل يصبح القاصر شريكا متضامنا ويكتسب صفة التاجر ؟!.

منهج البحث

إن انعدام الأهلية قد يكون بسبب عارض يصيب الشريك أثناء قيام الشركة ، عند وفاة الشريك وانتقال حصته إلى وارث عديم الأهلية ، وسنستخدم مصطلح القاصر للدلالة على هاتين الحالتين معا ، وذلك لان مصطلح القاصر وحسب المادة (٣/ثانيا) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨لسنة ١٩٨٠،يستخدم للدلالة على الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الأهلية أو فاقدها(المحجور عليه)والغائب والمفقود.

خطة البحث

وسنحاول في بحثنا هذا بيان اثر انعدام أهلية الشريك على الشركة التضامنية ، من خلال بيان أهم الآثار المترتبة على اكتساب الشخص لصفة الشريك المتضامن ،ومدى أمكانية أن يتحمل القاصر هذه الآثار،في ظل هذه الآثار وسنقسم البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول الآثار المترتبة على اشتراك الشخص في الشركة التضامنية، ونبحث في الثاني مسألة قصور الشريك المتضامن.

المبحث الأول

الآثار المترتبة على اكتساب صفة الشريك المتضامن

سبق وان ذكرنا إن الشركة التضامنية تؤسس ابتداء بين مجموعة من الأشخاص تربطهم رابطة معينة ، فهي قائمة على الاعتبار الشخصي ، فما يتمتع به الشخص من سمعة تجارية تحدد مدى أهمية ائتمانه عند التعامل ، تكون عنصرا جوهريا في عقد الشركة،١ هذا أدى إلى أن يكون الشريك المتضامن مسؤلا مع بقية الشركاء عن التزامات الشركة مسؤولية تضامنية وغير محدودة ، فضلا عن اكتسابه صفة التاجر.

وسنوضح الآثار المترتبة على اكتساب صفة الشريك المتضامن، في مطلبين نخصص الأول لبحث اكتساب الشريك المتضامن وصف التاجر،ونبحث في الثاني مسؤولية الشريك عن التزامات الشركة.

المطلب الأول – اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر

لما كان الشريك هو الذي يتحمل مع بقية الشركاء المخاطر الناشئة عن الشركة بوصفها مشروعا تجاريا وتكون ذمته المالية ضامنة لوفاء التزامات الشركة وما تنتهي إليه من تحقيق ربح أو خسارة، فمن الطبيعي أن يكتسب الشريك المتضامن وصف التاجر.

واكتساب الشريك لصفة التاجر هو أمر نصت عليه صراحة العديد من القوانين العربية ، منها مانصت عليه المادة (٢٧) من قانون الشركات الإماراتي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤ بقولها((يعتبر كل شريك في شركة التضامن تاجرا...))، وكذلك مانصت عليه المادة (٩/ج) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، التي تنص ((ج- يكتسب الشريك في شركة التضامن صفة التاجر ، ويعتبر ممارسا لإعمال التجارة باسم الشركة .)) ٢.

ومن الملاحظ أن قانون الشركات العراقي النافذ ، لم يتضمن نصا مماثلا لما ذكر آنفا ، إذ لا يوجد نصا يفيد اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر ، ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه العراقي بحق إلى القول باكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر ، من خلال استنتاج ذلك من بعض النصوص كنص المادة (٣٦) ، والتي تنص ((إذا عسرت الشركة اعتبر كل شريك فيه معسرا))، أضف إلى ذلك إن المسؤولية التضامنية للشريك عن التزامات الشركة بجميع ذمته المالية وتحمله المخاطر الناجمة عن خسارة الشركة ، كل ذلك يؤدي بنا بالضرورة إلى القول باكتسابه صفة التاجر. ٣

في حين ذهب رأي آخر إلى خلاف ماتقدم ، إذ أنكر اكتساب الشركاء المتضامنين لصفة التاجر بمجرد اشتراكهم فيها ، استنادا إلى استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمة الشركاء.٤

وعليه يجب أن يتمتع الشريك المتضامن بالأهلية اللازمة لممارسة التجارة، وقد نصت بعض القوانين على هذا الشرط صراحة، ٥ والأهلية في القانون العراقي هي تمام الثامنة عشر من العمر. ٦

ولكن ما مدى قدرة القاصر المأذون له بالتجارة على تأسيس الشركة التضامنية أو الاشتراك فيها؟.

هناك من يرى وجوب أن يتمتع الشخص بكامل الأهلية لكي يستطيع أن يؤسس أو يشترك في أي شركة، سواء كانت مسؤولية الشريك فيها شخصية وتضامنية ، أو تلك التي تكون فيها مسؤولية الشريك محدودة بحدود ما يقدمه من حصص أو أسهم ، وبالتالي لايمكن للقاصر المأذون أن يكون طرفا في عقد أي شركة.٧

في حين يذهب رأي آخر إلى التمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال ، ويرى إمكانية اشتراك القاصر المأذون في شركات الأموال لان مسؤوليته تتحدد بمقدار ما يقدمه من حصة ، إلا انه لا يجوز له أن يدخل كمؤسس في هذه الشركات كون مسؤولية المؤسس تكون غير محدودة .٨

أما بالنسبة لشركات الأشخاص ومنها الشركة التضامنية ، فقد انقسم أصحاب هذا الرأي إلى اتجاهين بصددها، ويرى الاتجاه الأول بإمكانية دخول القاصر المأذون كشريك متى كان الإذن الممنوح له مطلقا ،٩

في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى خلاف ذلك استنادا إلى إن المادة ٩٨ من القانون المدني العراقي ، تسمح بمنح الإذن للقاصر تجربة له بجزء من أمواله ، فلا يمكن أن تؤدي التجربة إلى ضياع أمواله مطلقا١٠، وهناك من يرى أن الإذن مطلقا كان أم مقيدا يجب أن يقتصر على جزء من أموال القاصر ،كما يجب أن يكون خضوعه للإعسار بحدود الأموال الداخلة بالإذن ١١.

والحق إن منح الإذن للقاصر هو لغرض تجربته والوقوف على مدى رشده ، فيجب أن لا تؤدي التجربة إلى إلحاق الضرر بالقاصر ، وخصوصا أن الاشتراك في شركات الأشخاص فيه خطورة على أموال القاصر كون مسؤولية الشريك تكون شخصية وغير محدودة ، كما أن الاشتراك فيها يكسب الشخص صفة التاجر ،وهي صفة لا يصح أن تمنح إلا لمن كان كامل الأهلية، وإذا قيل أن الغرض من منح الإذن هو على سبيل التجربة ، فلماذا لا تكون التجربة في الشركات التي ليس فيها خطر على أموال القاصر ونعني بها الاشتراك في شركات الأموال كمساهم لا كمؤسس.

أضف إلى ذلك إن السماح للقاصر بالدخول في هذه الشركات يتنافى مع اتجاه المشرع العراقي ، في توفير الحماية لحقوق القاصر والمحافظة على أمواله ، حيث تم فرض الكثير من القيود على سلطة الأولياء والأوصياء بموجب قانون رعاية القاصرين١٢.

المطلب الثاني – نطاق مسؤولية الشريك المتضامن

من خلال قراءة نصوص قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل ، يتضح لنا أن الشريك المتضامن يسأل عن التزامات الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية وغير محدودة ١٣.

ومفاد المسؤولية الشخصية للشريك هي أن يسأل عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية ،إذ تكون جميع أمواله ضامنة لوفاء ديون الشركة،ولا تقتصر على مقدار ما يقدمه من حصة في الشركة بل تمتد لتشمل ذمته المالية بكاملها ، لا بل أن لدائني الشركة مزاحمة الدائنين الشخصيين للشريك نفسه١٤.

كما يسأل بالتضامن مع بقية الشركاء عن التزامات الشركة، والتضامن هنا مقرر بنص القانون وبالتالي يقع الاتفاق على إعفاء احد الشركاء منه باطلا١٥، هذا وأن قبول الشخص بالظهور كشريك في الشركة التضامنية، وارتضاءه أن يظهر اسمه في اسم الشركة ، يسأل عن ديون الشركة بصفه شخصية وبالتضامن مع الشركاء الآخرين١٦.

إن المسؤولية التضامنية في مجال الشركة التضامنية لها شقان ، الأول التضامن بين الشركاء أنفسهم ، والثاني التضامن بين الشركاء والشركة ، ويراد بالأول أو مايعرف بالتضامن السلبي،إن جميع الشركاء الذين كانوا أعضاء في الشركة وقت نشوء الالتزام مسؤوليين بالتضامن تجاه دائني الشركة ، فكل

شريك يعد مسؤولا تجاه دائني الشركة عن كل الدين، فإذا أوفى احد الشركاء المتضامنين بدين الشركة جاز له الرجوع على بقية الشركاء كل بقدر حصته في الدين،التي تتحدد بمقدار ما يملكه من حصته في الشركة، فان رجع الشريك الذي أوفى الدين كله على بقية الشركاء وكان احدهم معسرا ، تحمل تبعة الإعسار سائر الشركاء.١٧

أما الثاني فهو التضامن القائم بين الشركاء وبين الشركة، وقد اختلف الفقه حول التضامن الذي يجمع بين الشركاء والشركة ،فهناك من يرى أن مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة باعتبارهم كفلاء متضامنين وبالتالي فأن للدائن الخيار إن شاء طالب الشركة أو طالب الشريك ،١٨ في حين يذهب رأي آخر إلى رفض اعتبار الشريك بمثابة الكفيل المتضامن بالنسبة لدائني الشركة وإنما هو بمثابة الشريك.١٩

وبالعودة إلى قانون الشركات العراقي ، نجد أن المادة (٣٧/أولا) تعطي لدائني الشركة مقاضاتها أو مقاضاة أي شريك كان عضوا فيها وقت نشوء الالتزام ،إلا انه لايجوز التنفيذ على أموال الشريك قبل إنذار الشركة،وقد اخذ بهذا الحكم أيضا قانون الشركات الإماراتي وذلك في المادة (٣١) منه.٢٠

وعلى خلاف ماتقدم نجد أن الجانب الآخر من التشريعات المقارنة،قد اشترط على دائن الشركة أن يلاحق الشركة بأموالها أولا لاستيفاء دينه،ولا يحق له الرجوع على أي من الشركاء المتضامنين إلا بعد ثبوت عدم كفاية تلك الأموال لتسديد دينه أو بعد فسخ عقد الشركة،حيث اخذ بالحل المتقدم كل من قانون الشركات الأردني(المادة ٢٧)، وقانون الشركات السوري (المادة ٢/٣٣)،وقانون الشركات اليمني (المادة ٢/٣١).

المبحث الثاني

الشريك القاصر في الشركة التضامنية

إن مسألة وجود شريك قاصر في الشركة التضامنية أمر يمكن تصوره فقط بعد تأسيس الشركة، وذلك لان تكوين شركة تضامنية يقتصر على كاملي الأهلية كما رأينا،أما القاصر فلا يحق له ابتدءا أن يؤسس شركة تضامنية.٢١

وقصور أهلية الشريك قد يحدث في حالة فقد احد الشركاء المتضامنين لأهليته لإصابته بعارض من عوارض الأهلية، وقد يحدث أيضا في حالة انتقال حصة الشريك المتضامن إلى شخص ناقص الأهلية عن طريق الإرث ،غير إن انتقال حصة الشريك المتضامن إلى الغير يختلف باختلاف القوانين ،والأصل فيه المنع ، أي عدم جواز انتقال حصة الشريك المتضامن إلى الغير.

وعليه فإننا سنبحث هذا الموضوع على ثلاثة مطالب نتناول في الأول منها، ضوابط انتقال حصة الشريك المتضامن، ونبحث في الثاني، فقد أهلية الشريك المتضامن نفسه، أما المطلب الثالث فنخصصه لبحث أيلولة حصة الشريك لقاصر عن طريق الإرث.

المطلب الأول – ضوابط انتقال حصة الشريك المتضامن

سبق البيان أن الشركة التضامنية تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء، وان هذه الصفة تمس طبيعة الشركة ومصلحة الشركاء على حد سواء، كونهم ارتضوا من البداية الالتزام بالشركة على أساس هذا الاعتبار، وبالتالي لايمكن لأي شريك أن يتنازل عن حصته لشخص من خارج الشركة دون موافقة بقية الشركاء.

وما تقدم هو ما أخذت به معظم القوانين، ومنها مانصت عليه المادة (٦٩) من قانون الشركات العراقي بقولها((في الشركة التضامنية للشريك نقل ملكية حصته أو جزء منها إلى شريك آخر، ولا يجوز نقلها إلى الغير إلا بموافقة الهيئة العامة ، وفي كل الأحوال يتم تعديل عقد الشركة.)) .٢٢

ويفهم من هذا النص أن للشريك أن يتنازل عن حصته إلى شريك آخر دون أي قيود،٢٣ إلا انه يمتنع عليه إن يتنازل إلى الغير إلا بموافق الهيئة العامة للشركة بالإجماع ، ويجب تعديل عقد الشركة في جميع الأحوال.

إلا إن قاعدة عدم جواز انتقال حصة الشريك المتضامن ليست من النظام العام ، وعليه فان للشركاء أن يضمنوا عقد الشركة ، آلية لانتقال حصة الشريك ضمن ضوابط وشروط محددة ، ولكن ليس لهم أن يضمنوا العقد مايفيد انتقال حصة الشريك دون أي قيود ، أو أن يشترطوا موافقة أغلبية الشركاء بدل الإجماع،٢٤ وهذا ما اخذ به كل من قانون الشركات الإماراتي في المادة (٢٩) ، التي تنص ((لا يجوز التنازل عن الحصص في شركة التضامن إلا بموافقة جميع الشركاء أو بمراعاة القيود الواردة في عقد الشركة)) ، وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٩/أ) من قانون الشركات الأردني بقولها ((أ . يجوز ضم الشريك أو أكثر إلى شركة التضامن بموافقة جميع الشركاء فيها إلا إذا نص عقد الشركة على غير ذلك..)).

في حين هناك من يرى إمكانية النص في عقد الشركة على حق الشريك في التنازل عن حصته إلى الغير ، بتوفر أغلبية معينة بدل الإجماع ، مادام الشركاء قد ارتضوا هذا العقد ، إذ لابد من التخفيف من التشدد في انتقال حصة الشريك ، وإذا أمكن القول إن هذه الشركة تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة ، فان ماتقدم يمكن أن يتوافر في شخص آخر غير الشريك الذي يروم التنازل عن حصته ، ٢٥

وجدير بالإشارة إن الفقه قد حاول إيجاد حل معين للتخفيف من التشدد في انتقال حصة الشريك المتضامن ، عن طريق مايسمى بعقد الرديف ، والذي بموجبه يتنازل الشريك عن الحقوق والمنافع المتصلة بحصته في الشركة إلى الغير، وهذا العقد لايؤدي إلى خروج الشريك من الشركة ، وإنما يبقى مسؤولا عن التزامات الشركة مع بقية الشركاء ، وكذلك فان هذا الغير لا يتحمل أي مسؤولية عن ديون الشركة وما تنتهي إليه من ربح أو خسارة ، بل يعد كدائن شخصي للشريك المتنازل عن الحقوق والمنافع المتولدة عن الحصة.٢٦

المطلب الثاني – فقد الشريك المتضامن لأهليته

لقد عالجت المادة (٧٠/ثالثا) من قانون الشركات العراقي ، موضوع فقد الشريك المتضامن لأهليته، وقضت بتصفية حصة الشريك القاصر في الشركة ، حيث يقدر نصيبه بحسب قيمته وقت صدور الحكم بالحجر عليه ، وأجاز استمرار الشركة بين الشركاء الباقين على أن يعدل عقد الشركة.٢٧

في حين نجد أن القوانين المختلفة قد نظمت مسألة فقدان أهلية الشريك المتضامن، واعتبرته سببا من الأسباب الخاصة لانحلال الشركة،وأجازت في الوقت ذاته لبقية الشركاء أن يقرروا بالإجماع الاستمرار في الشركة بمعزل عن الشريك الذي فقد أهليته، شريطة أن لايؤثر هذا الاستمرار على الحد الأدنى المقرر لعدد الشركاء الواجب توفره في هذا النوع من الشركات،وان يعدل عقد الشركة، ومثال ماتقدم مانصت عليه المادة (٤٥) من قانون الشركات اليمني بقولها ((٢- كما تنحل لأحد الأسباب التالية :...د.فقد احد الشركاء الأهلية العامة.، ٣- يجوز لبقية الشركاء أن يقرروا بإجماع الآراء استمرار الشركة فيما بينهم..)) ٢٨.

ويبرر جانب من الفقه انحلال الشركة التضامنية في حالة فقدان الشريك لأهليته ، على انه مضيعة للثقة بالشركة ، ويضع الشريك فاقد الأهلية أمام استحالة قانونية لتنفيذ التزاماته بموجب عقد الشركة ، وبالتالي تنقضي الشركة في حالة الحجر على الشريك بسبب العته أو السفه أو الجنون ، أو بسبب عقوبة سالبة للحرية. ٢٩

وجدير بالإشارة إلى أن قانون الشركات العراقي، لم يتضمن أي نص يشير إلى الأسباب الخاصة لانحلال الشركة التضامنية، وهي تلك الأسباب المتعلقة بالاعتبار الشخصي للشريك، كإعساره، أو الحجر عليه بسبب فقدانه الأهلية لسفه أو عته أو جنون ، بخلاف القوانين آنفة الذكر. ٣٠

ويبرر جانب من الفقه مسلك المشرع العراقي هذا ، بأنه – أي المشرع- لم يعد ينظر إلى أسباب انحلال الشركة المتعلقة بالاعتبار الشخصي ، من العوامل التي تؤدي إلى انحلال الشركة التضامنية ،

كون الأخيرة ((ليست سوى وحدة اقتصادية تغلب في تكوينها صفة العلاقة القانونية ،وترتبط هذه الصفة بخطط التنمية والتخطيط الاقتصادي الشامل للقطر)).٣١

ونعرب عند تأييدنا لمنحى المشرع العراقي في عدم إجازة استمرار الشركة مع الشريك القاصر (المحجور عليه) ، لما لذلك من دور في حماية أموال القاصر ، وعدم تعريضها للضياع ، ولو إن عدم معالجة المشرع للأسباب الخاصة لانحلال الشركة التضامنية نرى فيه نقصا كبيرا ، كون هذه الشركة تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء ، وان هذا الاعتبار قد يتوفر بالنسبة لأحد الشركاء في الأقل في الشريك فاقد الأهلية ، وبالتالي سوف يفقد عقد الشركة عنصرا جوهريا في التعاقد بالنسبة لهذا الشريك ، وهذا الأمر ينطبق حتما بالنسبة للمتعاملين مع الشركة ،٣٢ ومن المستحسن لو أن المشرع قرر انحلال الشركة كقاعدة عامة ، في حال توفرت أي من أسباب الانحلال الخاصة ومنها طبعا فقد الشريك لأهليته(الحجر عليه) ، وأعطى في الوقت ذاته لبقية الشركاء الحق في الاستمرار في الشركة إن قرروا ذلك ، بمعزل عن الشريك الذي توفر فيه السبب الخاص للانحلال.

المطلب الثالث – انتقال حصة الشريك المتضامن إلى قاصر عن طريق الإرث

لقد عالج المشرع العراقي مسألة وفاة احد الشركاء المتضامنين في المادة (٧٠/أولا)، ووضع قاعدة مفادها إن الشركة تستمر مع ورثة الشريك المتوفى ، بشرط موافقة بقية الشركاء ، وعدم معارضة الوارث أو من يمثله قانونا إن كان قاصرا ،وان لايحول دون ذلك وجود مانع قانوني كان يكون الوارث موظفا ، أو أن يؤدي دخول جميع الورثة في الشركة إلى زيادة عدد الشركاء عن الحد الأعلى لعدد الشركاء المسموح به والبالغ (٢٥) شريك ،٣٣ فأن لم تتوفر هذه الشروط فان الشركة تستمر مع بقية الشركاء ، ولا يكون للورثة إلا نصيب مورثهم وقت وفاته.

مما تقدم نلاحظ إن قانون الشركات العراقي ، أجاز استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى وان كانوا قصرا وبالتالي فان الشريك الجديد (القاصر) يكتسب صفة الشريك المتضامن، في حين نجد إن التشريعات المقارنة قد اعتبرت موت الشريك سببا لانحلال الشركة، مالم يتم الاتفاق بين الشركاء على استمرارها فيما بينهم.

أما بالنسبة لمصير حصة الشريك المتوفى، فبعض القوانين أقرت استمرار الشركة مع الورثة ، ويصبحون شركاء كل بقدر نصيبه في حصة مورثه ، وتكون له صفة الشريك الموصي لا المتضامن ، سواء كان كامل الأهلية أم كان قاصرا،٣٤ وبذلك تتحول الشركة من شركة تضامنية إلى شركة توصية،٣٥ أما البعض الآخر من القوانين فقد أجاز استمرار الشركة مع الورثة، إذ يكتسب الورثة كاملي الأهلية صفة الشركاء المتضامنين ، إما الورثة من القاصرين ، فهولاء لا يدخلون الشركة بصفة شركاء متضامنين ،

وإنما بصفة شركاء موصين ، وبذلك تكون مسؤوليتهم محدودة ، وبعبارة أخرى أنهم يسألون عن التزامات الشركة وديونها بمقدار ما يمتلكونه من حصة فقط.٣٦

نستنتج مما تقدم إن المشرع العراقي قد أجاز استمرار الشركة التضامنية بصفة شريك متضامن ، في حين إن التشريعات المقارنة ، لم تسمح بان تستمر الشركة مع القاصر باعتباره شريك متضامن،فأما أن يتحول القاصر إلى شريك موصي ، أو أن يحسب له نصيب مورثه في أموال الشركة وبالتالي يخرج منها.

ونرى إن المشرع العراقي لم يكن موفقا في قبول استمرار الشركة مع القاصر،لما ينطوي على هذا الاستمرار من خطر على أموال القاصر ،وبالتالي إلحاق الضرر به بدلا من حمايته، فضلا عن إضعاف لائتمان الشركة وإفقادها أهم خصيصة تتمتع بها وهو الاعتبار الشخصي، وحتى لو فرضنا جدلا باستمرار الشركة مع القاصر ، فان هذا الاستمرار يكون من خلال الممثل القانوني (الولي،الوصي،أو القيم) فان هذا الوضع يؤدي إلى إرباك عمل الشركة ، كون الصلاحيات المنوحة لممثل القاصر في إدارة الأموال قد حصرها المشرع في أضيق نطاق، إذ لايملك القيام بالكثير من التصرفات التي تقتضيها إدارة حصة القاصر في الشركة ،فضلا عن التصرفات التي قد يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة دائرة رعاية القاصرين،٣٧ إذن كيف له أن يمثل القاصر في هذه الشركة،؟ وهل يرجع إلى دائرة رعاية القاصرين في كل قرار يروم اتخاذه داخل الهيئة العامة للشركة؟!.

ومن جانب آخر فان إدارة هذه الشركة تتم من قبل الهيئة العامة التي تتألف من جميع الشركاء،والمدير المفوض الذي يعين من قبل الهيئة العامة للشركة (المادة١٢١/ شركات عراقي) ، وهذين الجهازين يتمتعان بصلاحيات كثيرة لإدارة الشركة ، وان هذه الصلاحيات_التي لايملك نظيرها ممثل القاصر_ حتما سوف تمس بطريقة أو أخرى حصة القاصر في الشركة، فهل من العدل أو المنطق أن يمنع المشرع ممثل القاصر الذي هو في الغالب من أقارب القاصر أو تم اختياره من قبل المحكمة،٣٨ من ممارسة الكثير من التصرفات لإدارة أموال القاصر ، في حين يسمح ولو بطريقة غير مباشرة لإدارة الشركة بالتصرف في أموال القاصر ألا يعد مثل هذا الأمر تناقضا.وكان حري بالمشرع أن يقرر عدم استمرار الشركة مع القاصر الذي انتقلت إليه حصة في شركة تضامنية عن طريق الإرث ، إذ تحسب حصة الشريك المتوفى من وقت الوفاة وتدفع للقاصر بمقدار نصيبه في الإرث، ولا ضير من استمرار الشركة مع الورثة كاملي الأهلية.

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا نخلص إلى النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها:

أولا: النتائج

١- إن الاشتراك في الشركة التضامنية ، يتطلب أن يتمتع الشخص بالأهلية الكاملة، كون مسؤولية الشريك المتضامن تتجاوز حدود مايملكه من حصة ، وقد نصت بعض القوانين على هذا الشرط صراحة ، ويترتب على هذا الشرط أن ناقص الأهلية لايستطيع الدخول في هذا النوع من الشركات لاكمؤسس ولا كشريك.

٢- لم يأخذ قانون الشركات العراقي النافذ – على خلاف القوانين المقارنة- بالأسباب الخاصة لانحلال الشركة التضامنية ، بالرغم من قيام الأخيرة على الاعتبار الشخصي للشركاء ، وان هذه الأسباب متى توفر احدها من شانه التأثير على ائتمان الشركة والاعتبار الشخصي فيها، ويؤدي فقدان أهلية الشريك المتضامن في القانون العراقي إلى انقضاء الشركة بالنسبة للشريك فاقد الأهلية، واستمرارها بين ماتبقى من شركاء ، في حين اعتبرت القوانين المقارنة فقد الأهلية سببا خاصا من أسباب انحلال الشركة ، إلا إذا قرر بقية الشركاء الاستمرار بمعزل عن الشريك الذي توفر فيه سبب الانحلال.

٣- لم ينظم المشرع العراقي شركة التوصية، على خلاف القوانين المقارنة ،بالرغم من أهميتها في كونها تمثل حلاً بالنسبة لناقصي الأهلية ، وتساعد في تحديد مسؤولية الشريك القاصر بحدود مايملكه من حصة، ومن ثم عدم تعريض أمواله بمجموعها إلى خطر الضياع، ولا نرى وجود مبرر لعدم الأخذ بهذا النوع من الشركات.

٤- أجاز المشرع العراقي استمرار الشركة التضامنية ،مع ورثة الشريك المتوفى،بصفة شركاء متضامنين ، وان كان فيهم من هو ناقص الأهلية ،وبالرغم ما لبقاء القاصر في هذه الشركة من خطر على أمواله ، ولم نجد نظيرا لهذا الحكم في القوانين المقارنة، التي حتى لو قبلت استمرار الشركة مع القاصر،إلا انه تثبت لهذا الأخير صفة الشريك الموصي لا المتضامن.

٥- إن قانون الشركات العراقي يكون قد ناقض نفسه ، عندما قرر انقضاء الشركة التضامنية بالنسبة للشريك فاقد الأهلية ، وفي الوقت ذاته أجاز استمرارها مع الوريث القاصر للشريك المتوفى ، ولا ندري ما المبرر لذلك ، فالشريك في كلا الحالتين هو شخص قاصر، هل أراد المحافظة على أموال الشريك القاصر وائتمان الشركة في الحالة الأولى ، ولم يرد ذلك في الحالة الثانية ؟! هل فضل المحافظة على استمرارية الشركة على حساب مصالح الضعفاء ناقصي الأهلية،بالرغم من وجود وسائل أخرى للمحافظة على الاستمرارية؟!

٦- لقد خرج قانون الشركات العراقي، على الحماية التشريعية المقررة لناقصي الأهلية ، وفي مقدمتها قانون رعاية القاصرين ، الذي تضمن الكثير من الأحكام المقررة للمحافظة على أموال القاصر ،فضلا عن فرض الكثير من القيود على سلطات الممثل القانوني القاصر وحصرها في أضيق حدود، بالرغم من إن ممثل القاصر قد تربطه بالقاصر صلة قرابة وثيقة،وان في إجازة استمرر الشركة مع القاصر

بصفة شريك متضامن ، عن طريق ممثله القانوني ، فيه خطر على أموال القاصر ، وإضعاف لائتمان الشركة ، فضلا عن بطئ وإرباك لعملها ، بسبب عدم امتلاك ممثل القاصر للصلاحيات اللازمة لإدارة حصة القاصر في الشركة. فهو لايملك القرار في الكثير من الأمور التي حددها قانون رعاية القاصرين.

ثانيا : التوصيات

١- تنظيم الأسباب الخاصة لانحلال الشركات التضامنية ، وهي تلك الأسباب التي توثر في الاعتبار الشخصي بالنسبة لأي من الشركاء، وأبرزها الحجر على الشريك بسبب فقد أهليته ، أو إعساره ، أو وفاته ، أو انسحاب احد الشركاء ، مع إعطاء الحق بالنسبة لبقية الشركاء في الاستمرار في الشركة إن قرروا ذلك.

٢- الأخذ بشركة التوصية وتنظيمها بنصوص خاصة ، فهي تمثل حلاً لناقصي الأهلية ، فضلا عن كونها وحدة اقتصادية يمكنها المساهمة في دعم الاقتصاد الوطني.

٣- عدم السماح لورثة المتوفى ناقصي الأهلية ، بالاستمرار في هذا النوع من الشركات بصفة شركاء متضامنين ، فإما أن يستمروا فيها على يكونوا شركاء موصين – إن تم الأخذ بشركة التوصية – أو أن يتم إخراجهم من الشركة بعد دفع نصيبهم من حصة مورثهم إليهم.

الهوامش

١- انظر، د. جليل حسن بشات ،الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ،جامعة بغداد ، العدد الأول والثاني، ١٩٩٨، ص ١٥١.

٢- انظر مانصت عليه المادة (١/٢٩) من قانون الشركات اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧، بقولها ((كل شريك في شركة التضامن يعتبر كأنه يمارس التجارة بنفسه تحت عنوان الشركة ، ويكتسب صفة التاجر))، وانظر كذلك المادة (٢/٢٩) من قانون الشركات السوري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٨ ،التي تنص ((٢- يكتسب الشريك في شركة التضامن التجارية صفة التاجر ويعتبر كأنه يتعاطى التجارة بنفسه تحت عنوان الشركة.)).

٣- انظر، د. باسم محمد صالح، د.عدنان احمد ولي ، القانون التجاري،الشركات التجارية، بيت الحكمة ، بغداد،١٩٨٩، ص٦٤، وانظر كذلك ، أستاذنا، د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، بغداد،٢٠٠٦، ص ١٠٢.

٤- د، عدنان احمد ولي ، مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العدد ٢١لسنة١٩٨٩،ص٣٣٧.

٥- انظر المادة (٤/٢٩) من قانون الشركات السوري، وكذلك المادة (٩/ب) من قانون الشركات الأردني.

٦- انظر المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة١٩٥١. وانظر كذلك المادة (٣/أ) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٧- د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، القاهرة ،١٩٧٨ ، ص,٤١

٨- انظر، د. باسم محمد صالح، د.عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص٢٢، وانظر كذلك ، د. لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص ٢٤، وانظر كذلك، د. سمير الشرقاوي ،الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص٢٩.

٩- انظر ، د. أكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة العاني ، بغداد ،١٩٧٢، ص٥٤، وانظر ، د. لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص ٢٤، وانظر كذلك، د.سمير الشرقاوي ، المصدر السابق، ص٢٩.

١٠- انظر، د. باسم محمد صالح، د.عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص٢٢.

١١- د. عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص,٣٤٥

١٢- انظر المواد (٤١، ٤٢، ٤٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠,

١٣- انظر المادتين (٣٥، ٣٧) من قانون الشركات العراقي.

١٤- انظر ،احمد محمد محرز،الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة والنشر ، القاهرة ،٢٠٠٠، ص,٢٩٧

١٥- انظر ، د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،ج٢،أحكام الالتزام، بغداد،١٩٨٠،ص٢٠٩، وكذلك المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل.

١٦- د. لطيف جبر كوماني ، المصدر السابق ،ص١٠٢، جدير بالإشارة إلى أن المادة (١٣) من قانون الشركات العراقي المعدلة بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٦٤) لسنة٢٠٠٤، كانت تنص قبل التعديل على ضرورة أن يتضمن العقد الذي يعده المؤسسون، اسم الشركة المستمد من نشاطها واسم احد أعضائها في الأقل إن كانت تضامنية.

١٧- د. لطيف جبر كوماني، المصدر السابق ، ص ٢١٣، وانظر كذلك، د. الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الشركات التجارية ،الجزء الثاني، ،الطبعة الأولى، منشورات عويدات ، بيروت – باريس،١٩٨٢،ص ٦٦، وانظر كذلك المادة (٣٣٤) من القانون المدني العراقي.

١٨- د. احمد محمد محرز ، المصدر السابق ، ص٢٩٧، وانظر كذلك ، الياس ناصيف ، المصدر السابق، ص٦٥، وانظر كذلك المادة (١٠٣١) من القانون المدني العراقي.

١٩- د.باسم محمد صالح ،د. عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص,٦٥

٢٠- تنص المادة (٣١) من قانون الشركات الإماراتي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤على ((لايجوز التنفيذ على أموال الشريك بسبب التزامات الشركة إلا بعد الحصول على سند تنفيذي ضد الشركة واعذارها بالوفاء..)

٢١- يقصد بالقاصر الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود ،انظر المادة (٣/ ثانيا) من قانون رعاية القاصرين رقم(٧٨) لسنة ١٩٨٠ ، لمزيد من التفاصيل راجع ، د. عصمت عبد المجيد بكر، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين، بغداد ،١٩٨٩، ص٢٣وما بعدها،

٢٢- تقابل هذه المادة ماورد في المادة (٢٩) من قانون الشركات الإماراتي ، وكذلك المادة (١/٢٩) من قانون الشركات الأردني ، وأيضا المادة (٣٥) من قانون الشركات اليمني، وكذلك المادة (١/٣٨) من قانون الشركات السوري.

٢٣- وهناك من يرى ضرورة موافقة بقية الشركاء، إلا انه يكتفى بالأغلبية التي يحددها عقد الشركة ولا يشترط الإجماع، انظر، د. أبو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص٢٠٧، في حين هناك من يرى انه لا يجوز للشريك أن يتنازل عن حصته أو جزء منها سواء لشريك آخر أو للغير على حد سواء ، كون اعتزال الشريك بتخليه عن حصته، من شانه أن يضعف ائتمان الشركة ، انظر،د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٦٥.

٢٤- انظر، د. باسم محمد صالح، د.عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص٥٩، وانظر كذلك ، د. أبو زيد رضوان، المصدر السابق، ص ٢٠٨، وانظر كذلك، د.سمير الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص٧٢.

٢٥- انظر، د. لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص١٠٥، وانظر عكس ذلك، د. باسم محمد صالح، د.عدنان احمد ولي ، المصدر نفسه ، ص٥٩ ، وكذلك د. احمد محمد محرز، المصدر السابق، ص٣٠٣.

٢٦- د. أكرم ياملكي، المصدر السابق ، ص٥٢ ، وانظر كذلك ،د. لطيف جبر كوماني، المصدر السابق، ص١٠٦، وانظر كذلك، د. أبو زيد رضوان، المصدر السابق، ص٢٠٨، وانظر أيضا المادة (٢٩) من قانون الشركات الإماراتي، وكذلك المادة (٣٨) من قانون الشركات السوري.

٢٧- انظر المادة (٧٠/ثالثا) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل .

٢٨- انظر كذلك المادة (٢٨٣) من قانون الشركات الإماراتي، والمادة (٣٢/و) من قانون الشركات الأردني، والمادة (٣٩) من قانون الشركات السوري.

٢٩- انظر، د.أبو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦، وانظر كذلك ، د.الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص ٦٥ ، هذا وقد اختلف الفقه في مدى إمكانية شمول المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية بقانون رعاية القاصرين، بين من يرى خضوعه لهذا القانون ، ذلك لان المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين أشارت إلى المحجور ، والمحكوم عليه يكون محجورا مدة تنفيذ العقوبة ، بينما يرى جانب آخر عدم شموله بقانون رعاية القاصرين كون الأخير لم ينص صراحة على سريان أحكامه على المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية ، وإنما يبقى خاضعا لنص المادة (٩٧/عقوبات) ، حول هذه الآراء ، يراجع ، د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق،ص٢٥ وما بعدها.

٣٠- وقد عالج قانون الشركات العراقي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغى، فقد أهلية الشريك المتضامن ضمن الأسباب الخاصة الانحلال الشركة التضامنية وذلك في المادة (٢/٢١٤) منه، في حين لم يتطرق قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة١٩٨٣ الملغى لذكر هذه الأسباب.

٣١- انظر، د. باسم محمد صالح، د.عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص٨٧ وما بعدها.

٣٢- انظر ، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق،ص٢٦، وانظر كذلك، د. جليل حسن بشات ، المصدر السابق ، ص١٤٩، ١٥٧، وبما إن عقد الشركة هو من طائفة العقود المستمرة التنفيذ ، فان الاعتبار الشخصي يجب أن يتوفر ابتداء وبقاء.

٣٣- انظر أستاذنا ، د. لطيف جبر كوماني ، المصدر السابق ، ص,١٠٩

٣٤- انظر المادة (٢/٤٣) من قانون الشركات اليمني، وانظر كذلك المادة (٢/٤٠) من قانون الشركات السوري.

٣٥- شركة التوصية ، هي عبارة عن شركة تتكون من نوعين من الشركاء، الشركاء المتضامنون ، وتكون مسؤوليتهم عن ديون الشركة ، مسؤولية شخصية وتضامنية ، ويحق لهم فقط أن يقوموا بإدارة الشركة ، والنوع الثاني من الشركاء هم الشركاء الموصون ، وهؤلاء تكون مسؤوليتهم محدودة بمقدار مساهمتهم في رأسمال الشركة، ولم يأخذ بهذا النوع من الشركات قانون الشركات العراقي النافذ وكذلك القانون الذي سبقه ، في حين اخذ بها قانون الشركات العراقي الملغى رقم (٣١) لسنة ١٩٥٧ وذلك في المادة (١٩) منه.

٣٦- انظر المادة (٢٨٣) من قانون الشركات الإماراتي، والمادة (٣٠) من قانون الشركات الأردني.

٣٧- انظر المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين.

٣٨- ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة ،(المادة ٢٧من قانون رعاية القاصرين)،في حين أن الوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة، على أن تقدم الأم على غيرها (المادة ٣٤من قانون رعاية القاصرين)، أما القيم فهو النائب عن المحجور أو الغائب أو المفقود تنصبه المحكمة، انظر ،د.عصمت عبد المجيد ، المصدر السابق ،ص١٥٢ومابعدها، وانظر كذلك المواد (٢٧ ،٣٤، ٨٨) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل.

المصادر

أولا:الكتب:

١- د.أبو زيد رضوان،الشركات التجارية في القانون الكويتي،الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، القاهرة،١٩٧٨.

٢- د.احمد محمد محرز، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣- د. أكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، ج٢، ط٢، مطبعة العاني ، بغداد ،١٩٧٢.

٤- د. الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة،الشركات التجارية ،الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات عويدات ،بيروت –باريس،١٩٨٢.

٥- د.باسم محمد صالح ،د. عدنان احمد ولي ، القانون التجاري،الشركات التجارية، بيت الحكمة ، بغداد،١٩٨٩.

٦- د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،أحكام الالتزام ،الجزء الثاني، بغداد،١٩٨٠.

٧- د.عصمت عبد المجيد بكر،الأحكام القانونية لرعاية القاصرين،بغداد ،١٩٨٩.
٨- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، دراسة قانونية مقارنة، بغداد ٢٠٠٦.
٩- د. سمير الشرقاوي،الشركات التجارية في القانون المصري،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.

ثانيا:البحوث:

١- د. جليل حسن بشات ،الاعتبار الشخصي وأثره في انعقاد وتنفيذ العقد،مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ،جامعة بغداد ، العدد الأول والثاني، ١٩٩٨.
٢- د، عدنان احمد ولي ،مفهوم التاجر في ظل قانون التجارة العراقي في مجلة القانون المقارن، العدد ٢١،لسنة١٩٨٩.

ثالثا: القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢- قانون الشركات العراقي رقم (٣١) لسنة١٩٥٧ الملغى .
٣- قانون رعاية القاصرين رقم(٧٨) لسنة ١٩٨٠.
٤- قانون الشركات العراقي رقم (٣٦) لسنة١٩٨٣ الملغى.
٥- قانون الشركات الإماراتي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤.
٦- قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.
٧- قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة١٩٩٧.
٨- قانون الشركات اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.
٩_ قانون الشركات السوري رقم(٣) لسنة ٢٠٠٨.

طبيعة مقدمات الدساتير والزاميتها
(دراسة مقارنة)

م.م. إيمان قاسم هاني
كلية القانون – الجامعة المستنصرية

Abstract

The constitution preface occupy great importance in the constitution and this importance comes from the importance of the constitution as it considers part of the constitution itself .

And in spite of the connection of the preface to the constitution and its expression to goals and the principles which were written by legislators, but this did not prevent the jorispondent from differing about the legal principle of the basis, in that some legislators denied the obligatory nature of the constitution basing on that, the contents of the constitution are general basis express the doctoring and the philosophical trends of the legislator in that these general principles are not the core or part of the constitution, in time most of the legislators oppose this thinking and consider the preface part of the constitution having the same obligatory value which the constitution document enjoy .

From this point comes the importance of this research

المقدمة

اختلاف الفقهاء حول طبيعة ما تتضمنه الدساتير من مبادئ، مفادها أن الدساتير في الوقت الحاضر أصبحت تتضمن مبادئ سياسية واجتماعية واقتصادية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون ذات طبيعة دستورية وما هي إلا توجهات ومثل عليا تعبر عن آراء ومعتقدات سياسية. وما بين مؤكد لدستورية هذه المبادئ ورافض لها، نجد أن هذا الخلاف طال مقدمة الدستور أو مستهلة، حيث أن هذه المقدمة في نظر البعض هي من قبيل ما ذكر من مبادئ سياسية واجتماعية واقتصادية، ولذا فهي ليست بجزء من الدستور ولا تتمتع بسموه. ومن ثم ليس هناك قابلية الاحتجاج بها قبل هيئات السلطة العامة. من هنا كان مصدر الخلاف، هل المقدمة التي يستهل بها الدستور هي جزء منه أم لا؟ هل ما تتضمنه من مبادئ وأفكار يمكن أن يشكل قواعد دستورية شأنها شأن بقية ما يحتويه الدستور وينظمه أم لا؟

أن الإجابة على هذا السؤال تتوقف عليها إلزامية ما تتضمنه مقدمة الدستور، فان اعتبرت هذه المبادئ جزءاً لا يتجزء من الدستور فنكون والحالة هذه بصدد قواعد ملزمة يمكن أن يحتج الفرد بها قبل هيئات السلطة، متمسكا بما تضمنته هذه المبادئ من حقوق له وواجبات تقع على عاتق الدولة، وبعكس ذلك لن يكون بمقدور الفرد أن يتمسك بما جاء بها من حقوق له، أو بصورة عامة ما جاء فيها من مبادئ وأفكار.

وعلى أساس ما تقدم أرتاينا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مضمون المقدمات، ونخصص المبحث الثاني لدراسة مدى إلزامية هذه المقدمات، وذلك على التوالي.

المبحث الأول

مضمون المقدمات

قبل الدخول في صلب الموضوع لابد من الإشارة إلى أنه ليست ثمة مصطلح واحد استخدم للدلالة على ذلك الجزء من الدستور الذي يسبق تسلسل مواده وفصوله، ولعل المصطلح الأكثر شيوعاً هو (المقدمة): والمقدمة من الكتاب فصل يعقد في أوله، ومقدمة الجيش تعني أوله، والمصطلح الثاني هو (التصدير)، ومعنى صدر كل شيء أوله وصدر كتابه تصديراً جعل له صدراً.

أما الديباجة فتعني فاتحة الكتاب، والتدبيج هو النقش والزينة، أما التمهيد فهو من مهد الأمور سواها وأصلحها وسهلها[١].

ومن ثم يمكن القول أن موضوع البحث هو ذلك الجزء من الدستور الذي يسبق تسلسل أحكام الدستور المنتظمة في أطار فصول ومواد متعاقبة والذي يأتي في الدستور أو الذي يفتتح به الدستور ممهداً لأحكامه.

أن ما تتضمنه هذه المقدمات يختلف من دستور لآخر، فما بين مقدمة تتضمن إعلانا للحقوق وأهدافا ومبادئ محددة إلى أخرى لا تفصح الكثير عن نية وهدف واضعي الدستور ولا تعدو أن تكون فرضا شكليا يستهل به واضعوا الدساتير وثيقتهم.

أن محاولة لتحليل مضامين هذه المقدمات هي الوسيلة للتعرف على طبيعتها أو ماهيتها وما نشأت عليه هذه المقدمات.

وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول نماذج من مقدمات الدساتير ونخصص المطلب الثاني لبيان طبيعة هذه المقدمات وأهميتها.

المطلب الأول – نماذج من مقدمات الدساتير

لم تنتهج دساتير الدول نهجا واحدا في عرض مقدماتها فبين مقدمات تتضمن إعلانا للحقوق وأهدافا ومبادئ محددة إلى أخرى لا تفصح الكثير عن نية وهدف واضعي الدستور، ولا تعدوا أن تكون سوى فرضا شكليا يستهل به واضعوا الدستور وثيقتهم.

لذا فان تقسيم مضامين هذه المقدمات سيتم على أساس مقدمات تتضمن إعلانا للحقوق، وأخرى لا تتضمن مثل تلك الإعلانات، وسنتناول ذلك في فرعين وعلى التوالي.

الفرع الأول – مقدمات الدساتير المتضمنة إعلانا للحقوق

لعل من أبرز المقدمات المتضمنة إعلانا للحقوق أن لم تكن أبرزها على الإطلاق هي مقدمات الدساتير الفرنسية الصادرة منذ عام ١٧٩١ أثر الثورة الفرنسية، حيث ألحق إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ بمعظم الدساتير التي تعاقبت حتى دستور ١٩٥٨[٢].

وعلى الرغم من أن تجربة الإعلانات لم تكن وليدة فرنسا، إلا أنها انتقلت إليها وترسخت أكثر من أي تجربة أخرى. فهذه الإعلانات ولدت في أمريكا الشمالية، ولعل أولها هو إعلان ولاية فيرجينيا في ١٢ حزيران سنة ١٧٧٦، وأما الدستور الفدرالي فلم يسبق بإعلان للحقوق أنما استعيض عنه بالتعديلات العشرة التي أدخلت عليه عام ١٧٩١ واعتبر كجزء منه، ولقد انتقلت عملية إعلانات الحقوق إلى فرنسا إذ أن كل الدساتير الثورية توجت بإعلانات الحقوق وكذلك دستور سنة ١٨٤٨. ولكن دستور ١٨٧٥ لم يتضمن إعلانا للحقوق مما يمكن اعتباره تراجع إلى الوراء، إلا أن العرف أتبع ثانية في دستور ١٩٤٦ حيث أشير في مقدمته إلى الإعلان بشكل رسمي والى المبادئ الأساسية المعترف بها بقوانين الجمهورية وقد احتفظ دستور ١٩٥٨ بهذه المقدمة[٣].

ويتضمن الإعلان الفرنسي مقدمة وسبعة عشرة مادة تنطوي على تعداد للحقوق الطبيعية للإنسان، والتي تعد المحافظة عليها غاية يستهدفها كل مجتمع سياسي، والحقوق الطبيعية التي يتضمنها الإعلان هي المساواة، إذ أعلنت المادة الأولى منه ((يولد الناس ويعيشون أحراراً متساوين في الحقوق)) وكذلك ما قررته المادة الثانية من الحقوق وهي الحرية، الملكية، الأمن ومقاومة الطغيان. وأن ذكر الملكية باعتبارها أحد الحقوق الأساسية أمر له دلالته، فالإعلان من صنع الطبقة الوسطى في جوهره، ولعل ذلك ما يفسر رفض الاقتراح بإكمال إعلان الحقوق بإعلان الواجبات[٤].

فضلا على ذلك فان الإعلان يتضمن مبدأين أساسيين للتنظيم السياسي هما مبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات.

وإذا كانت هناك محاولات لإثبات أن الإعلان الفرنسي هو صورة للإعلانات الأمريكية التي سبقته إلى الوجود، إلا أن أوجه الشبه بين الإعلان الفرنسي والإعلانات الأمريكية يمكن رده إلى وحده المصدر الذي استقى منه واضعي الإعلانات أفكارهم إلا وهي نظرية العقد الاجتماعي والقانون الطبيعي[٥]. ويمكن القول أن مضمونه قد تفاوتت في تحديده تيارات مختلفة من الأفكار حددت الاتجاه السياسي للقرن الثامن عشر[٦].

وأخيراً يمكن القول أنه، إذا كان التقليد الفرنسي قد جرى على الإشارة أو الإحالة إلى إعلانات الحقوق، فان هذه الظاهرة لا تلاحظ في دساتير دول أخرى، ويمكن أن يعزى ذلك إلى أن واضعي الدساتير أصبحوا حريصين على أن يضمنوا النصوص المتعلقة بالحقوق في صلب الدستور.

الفرع الثاني – مقدمات الدساتير التي لا تتضمن إعلانا للحقوق

لم يلاحظ من خلال البحث في مقدمات الدساتير، مقدمات تتضمن إعلانا للحقوق بالمفهوم الفرنسي الذي درجت عليه الدساتير الفرنسية، بل أصبحت وكأنها قاعدة معمولا بها، وأن كانت ثمة قواعد ثابتة في عملية صنع الدساتير هو أن تدرج الحقوق في أبواب أو فصول خاصة بها في صلب الدستور لا في مقدمته(٧).

أذن أن لم تتولى المقدمة تعدادا للحقوق فماذا تتضمن؟ لقد ذهب واضعوا الدساتير إلى مذاهب شتى في تضمين هذا الجزء من الدستور وتحميله في بعض الأحيان من الحشو والعبارات والخطب البليغة أكثر مما تتحمله وثيقة تصدر لأغراض محددة، بعض هذه المقدمات وبعبارات مختصرة لا تعدو بضعة أسطر قد تتضمن أهدافا مهمة عمل واضعوا الدستور على تضمينها، ومثال على ذلك مقدمة دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام ١٧٨٧ إذ تنص على ((نحن شعب الولايات المتحدة لكي نؤلف اتحادا أكثر تكاملا، ولكي نقيم العدالة ونضمن الاستقرار الداخلي، ونضع أسس الدفاع المشترك ونزيد من الرفاهية العامة ونصون نعمة الحرية لأنفسنا ولذريتنا من بعدنا نضع ونقيم هذا الدستور للولايات المتحدة الأمريكية)).

فكل عبارة من عبارات هذه المقدمة يمكن أن توضح هدفا سعى الدستور إلى ضمانه وتنظيمه، فحين ترد الإشارة إلى (تأليفه اتحادا أكثر تكاملاً) فان ذلك يعكس إرادة واضعي الدستور في تجاوز مساوئ الاتحاد الكونفدرالي الذي كان يجمع بين الولايات، حيث كانت الأخيرة أبعد ما تكون عن كونها اتحادا كاملاً بل هي جامعة صداقة بين الولايات(٨).

وعندما تنص على أن (نحن شعب الولايات المتحدة، لكي... نقيم العدالة) فأنها تفسر من بعض دراسي الدستور بأن الأخير ضمن نظاما للقوانين والمحاكم كفيلا بحماية الأمريكيين من أي نوع من أنواع الظلم والاضطهاد.

أما ضمان الاستقرار الداخلي فيفسر بإعطاء الحكومة الوطنية من قبل الولايات القدرة على تسوية الخلافات والمنازعات، وإذا حدث أي نوع من أنواع التمرد فان للحكومة السلطة لكي تتدخل وتعمل على تطبيق قوانين البلاد وحماية أرواح وممتلكات المواطنين(٩).

والنص على (وضع أسس الدفاع المشترك...) فقد كان الأساس لتخويل الحكومة الفدرالية سلطة اتخاذ ما يلزم من إجراءات في مختلف الظروف لمواجهة حاجة البلاد إلى جيش وأسطول يستطيعان حمايتها ضد أي هجوم أجنبي، ولذا فقد أعطى الكونجرس صلاحية مطلقة لإنشاء قوات برية وبحرية وإدامتها وقد أكدت على ذلك (م١ ف١٢، ١٣).

أما فيما يتعلق بعبارة (ونزيد من الرفاهية العامة) فقد أراد واضعوا الدستور من الحكومة أن تعمل على زيادة الرفاهية العامة ولكنهم أجبروها على القيام بتنفيذ المشروعات التي ينتفع منها كل فرد في البلاد. والملاحظ أن الدستور قد ترجم ذلك عندما حصر صلاحية فرض الضرائب والرسوم وجمعها بالكونجرس من أجل دفع الديون والأنفاق على الدفاع المشترك والرفاهية العامة، وذلك في المادة ١ ف١.

وهكذا يلاحظ أن ما جاء في مقدمة الدستور الأمريكي على الرغم من قصرها وإيجازها قد انعكس واضحا في نصوص الدستور ذاته معبرا عن إرادة واضعي الدستور أنفسهم. ولكن ماذا عن دساتير أخرى؟ هل استطاع واضعوها أن يلخصوا أهدافهم في كلمات مختصرة وبضعة أسطر مفيدة كما فعل واضعوا الدستور الأمريكي؟ هذا ما لا يمكن الجزم به أطلاقا.

فبالنسبة لمقدمات الدساتير العراقية، وأولها القانون الأساسي الصادر عام ١٩٢٥، يلاحظ أن هذا الدستور استهل بمقدمة صيغت بشكل مواد أربع، المادة الأولى محددة لا تحتمل أي تأويل، ولا تتضمن أية عبارات بليغة أو خطب يمكن حملها على محمل التزيين، كما أن هذه المواد لم تكن منفصلة عن تسلسل مواد الدستور الأخرى، وهي واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو تأويل، ما عدا نص المادة (٢) المتعلقة بالملك والسلطة التشريعية وكيفية اختيارها.

أن نظرة سريعة بين مقدمة دستور العراق لعام ١٩٢٥ ودستور أية دولة أخرى حازت دستورها بعد استقلال تلقي الضوء على افتقاد الدستور إلى مقدمة، إذ لم يكن يعبر عن منهج فكري اعتنقه واضعوه ولم يكن تكريسا لخيارات ورؤى مستقبلية للحكام آنذاك، بل هو تضمينا لمصالح خارجية وجدت ضمانها الأول في معاهدة غير متكافئة جاء الدستور ظلا باهتا لها ومقننا لبنودها وفقاً لمصالح الطرف الأقوى في هذه المعاهدة[١٠].

ومن ثم يمكن القول بان الدساتير سواء أكانت ممنوحة أم مقترحة أو مفروضة من قبل ملك أم ثمرة مناقشات الجمعية التأسيسية، أم أقرها الشعب فأنها تحمل في الغالب طابع الأزمة السياسية التي انبثقت عنها[١١]، وهذا ما ينطبق تماماً على ظروف إصدار الدستور الأول وكذلك الدساتير التي أعقبته، فيلاحظ أن دستور ١٩٥٨ الذي جاء في إعقاب الثورة استهل بديباجة تضمنت الإحالة إلى البيان الأول للثورة الذي تضمن سقوط النظام الملكي وقيام الجمهورية العراقية، كما أنها لم تتضمن سوى تأكيد المفاهيم التي أوردها البيان الأول، وتضمنت أيضاً تأكيد الحكام الجدد ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم

عندما بينت أن الهدف من إعلان الدستور هو تثبيت قواعد الحكم وتنظيم الحقوق والواجبات لجميع المواطنين[١٢].

كذلك حاولت أن تبين أن القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ قد انهار منذ قيام الثورة في ١٤ تموز ١٩٥٨.

أن هذه المقدمة التي لم يعنونها واضعوا الدستور لا تكاد تختلف عن البيان السياسي الذي سبق إصدار الدستور وليس فيها من الالتزامات القانونية والسياسية ما جاء على سبيل الوضوح والتحديد، إلا أنها من جهة أخرى لم تترك مصير القانون الأساسي العراقي دون تحديد، فأعلنت سقوطه مع تعديلاته في حينه أنهت أي خلاف فقهي يمكن أن يثار حول مصير الدستور السابق.

فيما يتعلق بدستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤، فلقد استهل بمقدمة هي اقرب إلى بيان إعلان الدستور منها إلى مقدمة لاسيما أن واضع الدستور لم يعط عنوانا لها، وقد تضمنت مجموعة من الأهداف التي من أجلها سن هذا الدستور.

أما بالنسبة إلى دستوري ١٩٦٨، ١٩٧٠ فلم يتضمنا أية مقدمة بل سبقا ببيان لإعلان الدستور.

والملاحظ هنا أن بعض الدساتير لم تتضمن مقدمة بل سبقت ببيان لإعلانها، ويثار التساؤل هنا، هل يمكن اعتبارها مقدمة للدستور ومن ثم تأت في حكم هذه الأخيرة، من حيث طبيعتها وإلزامها أم تعتبر وثيقة مستقلة؟

أن الرأي الذي استقر عليه الفقه هنا، أن بيان إعلان الدستور لا يعد بمثابة مقدمة للدستور بل هو عبارة عن وثيقة مستقلة، ومن ثم يمكن الإشارة إليها كوثيقة منفصلة عن الدستور[١٣].

أما دستور العراق لعام ٢٠٠٥ فأنه تضمن مقدمة نصت على كثير من الأهداف والمبادئ التي عمل المشرع على تجسيدها في مواد الدستور ومن هذه المبادئ بناء دولة قانون وانتهاج سبل التداول السلمي للسلطة، والتوزيع العادل للثروة وتحقيق العدل والمساواة ونبذ سياسة العدوان، نزع فتيل الإرهاب، الاهتمام بحقوق المرأة والطفل والشيخ، إشاعة ثقافة التنوع، كما ذكر فيها أن نظام الحكم في العراق نظام جمهوري اتحادي ديمقراطي تعددي، وأن هذا الدستور هو دستور دائم.

وخلاصة ما تقدم، أنه لا يمكن القول بوجود ثوابت معينة لما يمكن أن تتضمنه مقدمة الدستور، فقد يسرف واضع الدستور في تحميلها لمبادئ وشعارات قد تكون صعبة التحقيق مثالية الأبعاد، وقد يكون مقتصدا واضحا محددا يميل إلى الدقة في تقديمه لما قننه من نصوص دستورية.

المطلب الثاني – طبيعة المقدمات وأهميتها

تحتل مقدمات الدساتير أهمية كبيرة من الناحية القانونية والسياسية والمعنوية نظراً لما تحتويه من مثل ومبادئ وأهداف حرص واضعوا الدستور على أن يضمونها في مقدمته.

واحتواء هذه المقدمات على الأهداف والمبادئ المهمة التي يرسمها واضعوا الدستور، لم يمنع الفقهاء من الخلاف حول طبيعة ما تتضمنه هذه المقدمات، لذلك ظهرت اتجاهات متعددة تبين طبيعة هذه المقدمات.

وعلى أساس ما تقدم سنتولى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول للبحث في طبيعة مقدمات الدساتير والفرع الثاني لدراسة أهمية هذه المقدمات وذلك على التوالي.

الفرع الأول – طبيعة المقدمات

على الرغم من أن مقدمة الدستور تأتي مرتبطة به ومعبرة عن الأهداف والمبادئ التي يرسمها واضعوه، إلا أن ذلك لم يمنع من الاختلاف حول طبيعة ما ورد فيها من مبادئ وقواعد، فقد انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات وهي:-

أولاً: إنكار الطبيعة القانونية للمقدمة:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن المبادئ المتضمنة في مقدمة الدساتير ما هي ألا مجرد عرض وإعلان لمبادئ مذهبية فلسفية، ولا يمكن اعتبارها والحالة هذه قواعد قانونية ملزمة[١٤]. ويستند هذا الرأي إلى أن المقدمة قد وضعت خارج الدستور فلم تدخل ضمن أرقام المواد التي احتواها الدستور فهي ليست سوى عرضا لبعض الأهداف السياسية ولكنها لا تضع أي التزام محدد على عاتق المشرع ولا تقيد حرية الحكام في العمل والتصرف[١٥].

ومن الذين ينكرون الطبيعة القانونية للمقدمة الفقيه أسمان ويشاركه في ذلك الفقيه لافرييير حيث ذهبوا إلى أن واضعي تلك الوثائق لم يقصدوا بها ألا مجرد الإعلان عن مبادئهم الفلسفية، أي أن ما تتضمنه ليس سوى بيان قواعد أو حقائق نظرية مجردة ليس لها فائدة من الناحية القانونية الوضعية، ونحن إذا رجعنا، كما يقول الفقيه كاريه دي مالبرج إلى واضعي الإعلانات نجد أنهم أنفسهم لم يكونوا يقصدون بها إلا أن تكون مجرد إعلان عن مبادئ لا إعلان عن حقوق، بعبارة أخرى أن ذلك الإعلان لا ينص على قواعد قانونية قابلة للتطبيق بواسطة المحاكم فهو لا يمكن المواطن من أن يطالب أمام القضاء بحق معين مبين حدوده ومداه[١٦].

ومن ثم فان أصحاب الرأي المنكر للطبيعة القانونية للمقدمات يحصر أثرها في دائرة القواعد الأدبية والمبادئ الفلسفية لأجل توجيه السياسة ورسم خطوطها العامة.

ثانياً: الإقرار بالطبيعة القانونية للمقدمات:

يرد أصحاب هذا الاتجاه إلى أن المنكرين للصفة القانونية لمقدمات الدساتير يتجاهلون طبيعة عمل الجمعيات التأسيسية، وهم يذهبون إلى ما ذهب إليه العميد دوكي عندما قال (أن مجتمعا من العلماء يمكن أن يضع مبادئ عامة في الفقه أو الفلسفة ولكن الجمعية الوطنية لا تضع سوى القوانين). فالجمعية التأسيسية إذ تضع نصوصا ما في صلب الدستور أو في مقدمته فأنها بذلك لا تضع مؤلفا فقهيا وأن إعلان الحقوق الصادر من السلطة التأسيسية سواء في شكل مقدمة للدستور أو شكل إعلان للحقوق له قوة قانونية[١٧].

ويذهب المؤيدون لهذا الرأي إلى أن مقدمة الدستور جزء لا يتجزء منه، وقد جاء بها كما جاء بالنصوص المتعلقة بتنظيم السلطات على حد سواء.

ومن ثم يمكن القول أن المقدمة وصلب الدستور لهما نفس القوة القانونية باعتبارهما تعبيرا عن إرادة واحدة صادرة في وثيقة واحدة[١].

وقد اتجه غالبية الفقه الفرنسي إلى الإقرار بالحجية القانونية الملزمة للمبادئ الواردة في المقدمة وأن كانوا قد اختلفوا في تحديد مرتبتها، وأن الإقرار بقانونية القواعد المتضمنة في مقدمات الدساتير يؤدي إلى تطبيقها والتزام السلطات العامة باحترامها بمجرد صدورها. وأن تدارك البعض هذا القول باشتراطهم أن تكون هذه المبادئ قد اتخذت طابع القواعد الموضوعية المحددة، أما إذا كانت هذه المبادئ مجرد تعبير عن أهداف المجتمع الفلسفية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية فلا يتصور تطبيقها من وقت صدورها لأنها غير محددة، إلا أنه على الرغم من ذلك يتعين على السلطات الحاكمة الالتزام بها، فلا تصدر هذه التشريعات على خلاف تلك المبادئ[١٩].

ثالثاً: التفرقة بين الأحكام الوضعية والمبادئ التوجيهية:

يبني أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على أن مقدمات الدساتير تتضمن نوعين من القواعد مختلفي الطبيعة، النوع الأول يأتي في صيغة قواعد قانونية قابلة للتطبيق المباشر، وهي بذلك نصوص محددة تنتمي بمظهرها وجوهرها إلى أحكام القانون الوضعي[٢٠]، وهذا يرتب نتائج مهمة في تحديد قيمة ومرتبة هذه النصوص ومن أمثلتها المادة العاشرة من إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ التي تعلن حرية الرأي والعقيدة بشرط عدم المساس بالنظام العام، وكذلك المادة السابعة عشر من هذا الإعلان التي تقضي بان الملكية الفردية حق مصون مقدس. أما النوع الثاني من النصوص فهي عبارة عن أصول علمية فلسفية توضح أهداف النظام الواجب سيادته في الدولة، فهي عبارة عن مبادئ توضح معالم وأهداف المجتمع وتوجه منهاج النظام فيه[٢١].

ومن الأمثلة على ذلك إعلان حق العمل لكل مواطن والحق في المعونة في حالة الشيخوخة والمرض والعجز عن العمل أو البطالة. ويرى أصحاب هذا الرأي أن مثل هذه القواعد توضح للمشرع

مستقبلاً معالم نشاطه، بان يعمل على احترامها وألا يصدر تشريعا يخالف في أحكامه مبادئ هذه القواعد وألا عد مثل هذا التشريع غير دستوري[٢٢].

ويتحتم على المحاكم أن تمتنع عن تطبيق مثل هذا التشريع، كما أن اللوائح والقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية تكون محلا للإلغاء أمام مجلس الدولة أن هي خرجت – فيما تقرره عن دائرة هذه النصوص التوجيهية من حيث مضمونها ومعناها وروحها – لا بل أن على الأفراد أن يراعوها في اتفاقاتهم وعقودهم ولا يخالفوها[٢٣].

ونتساءل هنا: إذا كانت النصوص التوجيهية ملزمة أيضاً وبحسب أنصار هذا الرأي للمشرع وللهيئة التنفيذية وللقضاء وللأفراد أذن ما الحد الفاصل بينها وبين النصوص ذات الطبيعة القانونية التي تحتويها المقدمة؟

فهناك الكثير من هذه النصوص التي لا تتضمن أمكانية تطبيقها ولاسيما إذا كان المشرع الدستوري لم يترجمها في صلب الدستور، فكيف يمكن للأفراد الاحتجاج بها قبل هيئات السلطة المختلفة وبالشكل الذي يذهب إليه أنصار هذا الرأي، فعلى سبيل المثال نص الدستور اليمني لعام ١٩٧٠ – الملغى – في مقدمته على ((أننا بهذه الوثيقة الدستورية نتضامن مع كل الدول التي تؤمن بحق الإنسان وحريته وتنشد الحق والعدل والسلام...)) فإذا اعتبر هذا مبدأ توجيهيا، ووفق لهذا الرأي ملزما فهل سيكون فرضا واقعيا لو أن مواطنا يمنيا أقام دعوى بحجة أن بلاده لم تتضامن مع دولة تعرضت لكارثة طبيعية مثلا، بل هل بالإمكان أن يعترض الأفراد على اتفاق عقدته السلطة في بلادهم مع دولة لا يعتقد أنها تؤمن بحقوق الإنسان وحرياته؟

وبذلك يمكن القول أن التمييز بين النوعين من الأحكام التي تتضمنها المقدمة أمر لا يجانب الصحة، وإذا كانت القواعد من النوع الأول ملزمة فأن النوع الثاني من القواعد لا تضع على البرلمان (ومن باب أولى باقي الهيئات) التزاما بمثل التحديد السابق لأن أعمال هذا النوع يترك للبرلمان سلطة تقديرية واسعة في اختيار الطرق الفنية الأكثر صلاحية، وهو يلتزم سياسيا بتحقيق هذه الأهداف، إلا أنه ليس هنالك ثمة وسيلة قانونية لإجباره على ذلك، كذلك فان الأفراد نظراً لعدم تحديد هذه النصوص فأنهم لا يستطيعون أن يحتجوا بما قرر لهم من مراكز قبل الحكام إلا بعد أن يتدخل البرلمان بشكل طوعي ويصدر القانون المطلوب[٢٤].

وفي الختام يمكن القول أن غالبية الفقهاء يؤيدون الطبيعة القانونية لمقدمات الدساتير مع بعض الاختلاف، فهناك من يرفعها إلى مصاف النصوص الدستورية، وهناك من يذهب إلى التمييز بين نوعين من المبادئ الواردة في مقدمة الدساتير، الأول القواعد القانونية الملزمة والثاني الذي ليس له صفة قانونية ملزمة أنما من قبيل المبادئ التوجيهية العامة.

الفرع الثاني – أهمية المقدمات

تحتل مقدمة الدستور أهمية كبيرة من الناحية السياسية والمعنوية، نظر لما تحتويه من مثل ومبادئ وأهداف حرص واضعوا الدستور على أن يضمونها في مقدمته، فللمقدمة في نظر البعض قيمة معنوية كبيرة، فهي تعبر عن مدى أيمان الشعب والحكومة بالمثل الديمقراطية ومدى أيمان السلطة بالإرادة الشعبية، كما أنها تكتسب أهمية سياسية بتعبيرها عن أهداف النظام السياسي الذي وضعه الدستور وتعد برنامجا عاما تعمل السلطات العامة على تنفيذه(٢٥).

إذ أن المبادئ التوجيهية الواردة فيها وان لم ترتب مراكز قانونية يستطيع الأفراد الاحتجاج بها إلا أن السلطات العامة ملتزمة سياسيا بالعمل على تحقيقها مع تمتعها بسلطة تقديرية واسعة.

ويذهب البعض إلى القول أن السلطات السياسية عليها أن تلتزم بما جاء في مقدمة الدستور من مبادئ(٢٦)، حيث قضت وثيقة إعلان دستور ١٩٧١ المصري أن كرامة الفرد انعكاس طبيعي لكرامة الوطن وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته – تكون مكانة الوطن وقدرته وهيبته – التزامت السلطات السياسية ألا توافق على كل ما يهدر كرامة الفرد أو يفنيها في المجموعة أو في السلطة.

وأخيراً يمكن القول أن الكلام عن مقدمة الدستور وهي جزء منه، لا ينفصل عن الكلام عن أهمية الدستور، فان كان للجزء أهمية خاصة به، فهي أهمية يستمدها من الكل الذي ينتمي إليه.

المبحث الثاني

مدى إلزامية المقدمات

توصلنا في المبحث السابق إلى أن المقدمات تتضمن مبادئ قانونية محددة وليس مجرد فلسفات أو أفكر مثالية فحسب، إلا أن هذه المبادئ كونها لم تدخل ضمن تسلسل مواد الدستور من الناحية الشكلية ولم تصاغ غالباً على شكل مواد محددة، ولكونها تأتي مع أهداف ومبادئ تصاغ بشكل عام ومجرد تعبر عن أمال واضعي الدستور، فقد أثيرت مسألة الزاميتها القانونية في سلم التدرج القانوني إذ حتى الذين اتفقوا على قانونية المقدمات اختلفوا في كونها جزء من الدستور لها قيمة ودرجة إلزامية.

وعلى أساس ذلك سوف نتولى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول للبحث في المرتبة القانونية لمقدمات الدساتير، ونخصص المطلب الثاني للبحث في موقع المقدمة من القوانين التنظيمية، وذلك على التوالي.

المطلب الأول – المرتبة القانونية لمقدمات الدساتير

لقد اختلف الفقهاء حول المرتبة القانونية لمقدمات الدساتير في سلم التدرج القانوني، فظهرت عدة اتجاهات، اتجاه يرى أن لمقدمات الدساتير قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها، واتجاه ثاني ذهب إلى أنها دون القواعد الدستورية مرتبة بحيث تساوي قواعد القانون العادي، وذهب اتجاه ثالث – وربما يكون منطقيا فيما ذهب إليه – إلى أن للمقدمة ذات القيمة التي تحتلها نصوص الدستور الأخرى. وعلى أساس ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول فيها هذه الاتجاهات وعلى التوالي.

الفرع الأول – المقدمة أعلى من الدستور

يذهب هذا الرأي إلى أن المبادئ الواردة في المقدمات تمتلك قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها، استناداً إلى أنها تعبير عن الإرادة العليا للأمة وتتضمن المبادئ الأساسية الدستورية المستقرة في الضمير الإنساني العالمي والتي احترامها وأعمالها بدون حاجة إلى النص الصريح عليها في إعلان أو مقدمة دستورية. فهي تعتبر الأسس والتوجيهات التي بنيت عليها نصوص الدستور وصيغت على ضوئها وفي حدودها[٢٧]. وهي تسمى دستور الدساتير ومن ثم تكون المبادئ والقواعد المشتملة عليها مقدمات الدساتير ملزمة للسلطة التأسيسية ذاتها التي تتولى وضع الدستور، فضلاً عن السلطات العامة المؤسسة وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية[٢٨].

وقد كان ممن دافعوا عن هذا الرأي الفقيه الدستوري سيس والفقيه ديبون.

ولاقى هذا الرأي معارضة شديدة أساسها عدم وجود قانون أعلى من الدستور، فالقوانين من حيث قوتها اثنان، الأولى القوانين الدستورية والثانية القوانين العادية ولا يمكن القول بوجود مجموعة أخرى من القوانين، ومن ثم لا يمكن القول أيضاً أن مقدمة الدستور وهي جزءا منه تعلو عليه لاحتوائها على هذه المبادئ.

الفرع الثاني – المقدمة لها قيمة النصوص الدستورية

يذهب هذا الرأي إلى أن المبادئ الواردة في مقدمات الدساتير لها ذات القيمة القانونية التي لنصوص الدستور، فالسلطة التأسيسية مثلا عند وضع الدستور عبرت عن إرادتها في أشكال مختلفة، الشكل الأول هو المبادئ والمثل والأهداف وضمنتها مقدمة الدستور، والشكل الثاني القواعد القانونية المحددة التي تعالج على وجه الدقة حقوقا والتزامات واختصاصات، ومن هنا فان المقدمة وصلب الدستور لهما نفس القوة القانونية باعتبارهما تعبيرا عن إرادة واحدة وصادرة في وثيقة واحدة، وعلى ذلك فمقدمة الدستور واجبة الاحترام من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية شأنها شأن النصوص الواردة في صلب الدستور[٢٩].

ويرى د. محمد كامل ليلة أن الغالبية العظمى من الفقهاء تذهب إلى الاعتراف للمقدمات الدستورية بقوة وقيمة تعادل تماما القوة والقيمة التي تتمتع بهما نصوص الدستور[٣٠].

الفرع الثالث – المقدمة في منزلة القوانين العادية

ويعطي أصحاب هذا الرأي لمقدمات الدساتير قوة القوانين العادية، وسندهم في ذلك هو أن السلطة التأسيسية لو كانت تريد منح هذه الحقوق نفس الحصانة التي تتمتع بها النصوص الدستورية لأوردتها في صلب الدستور.

ويترتب على ذلك من الناحية العملية أن المشرع العادي (البرلمان) يمكن أن يعدل النصوص الواردة في مقدمات الدساتير حسب ما يتراءى له ووفقا لما يمليه الصالح العام، أما السلطة التنفيذية فيتعين عليها احترام ما ورد في مقدمات الدساتير ويعتبر خروجها عليه إهدار لمبدأ الشرعية[٣١].

أما بالنسبة إلى الذين يفرقون بين الأحكام القانونية في مقدمة الدستور والنصوص التوجيهية، فان الأولى تتمتع بالصفة الدستورية حيث أنها نصوص تتصف بالتحديد ومن ثم يكون على المشرع الالتزام بها فور صدورها ويستطيع الأفراد أن يحتجوا بما ترتبه من مراكز قانونية لهم.

أما النصوص التوجيهية والتي هي بمثابة أهداف للنظام السياسي الذي وضع الدستور أو برنامجا يعمل البرلمان على تنفيذه، فالملاحظ أن هذه النصوص لا تقرر للأفراد مركزاً قانونيا بالقوة السابقة نفسها، وأعمالها يترك للبرلمان سلطة تقديرية واسعة في اختيار الطرق الفنية الأكثر صلاحية وأن يلتزم من الناحية السياسية بتحقيق هذه الأهداف، إلا أنه ليس هناك وسيلة قانونية لإجباره على ذلك[٣٢].

وهنا لنا الحق في التساءل ما هي الوسائل القانونية التي تمكن من أجبار المشرع على الالتزام بأحكام الدستور؟ (عدا الرقابة على دستورية القوانين والتي كثيرا ما يشكك في فعاليتها). كما يجب إلا ننسى أن قواعد الدستور وأن كانت في معظمها قواعد قانونية إلا أنها ذات مدلول سياسي ومن ثم فان الالتزام بها لا يمكن أن يكون التزام قانوني محض بل هو التزام سياسي، ومن ثم فان التعويل على ذلك لا يمكن أن ينفي الصفة الدستورية عن نصوص المقدمة ولاسيما بالنسبة للقضاء عاديا كان أم إدارياً، إذ ينبغي عليه احترام نصوص المقدمة كلها، فكل قانون يصدر منتهكا هذه النصوص يجب أن يعد قانونا غير دستوري وكل لائحة تصدرها السلطة التنفيذية وكل قرار إداري فردي يجب أن يعد باطلا إذا ما خالف الحقوق المستمدة من مقدمة الدستور.

ومن ثم ففي حالة عدم وجود هيئة متخصصة بالرقابة على الدستورية فان المحاكم هي التي ستتولى هذه المهمة وتمتنع عن تطبيق قانون مخالف لمقدمة الدستور، وكذلك الحال بالنسبة إلى اللوائح الإدارية التي قد تصدر مخالفة لمقدمة الدستور، فان إلغاءها يغدو أمرا حتميا[٣٣].

المطلب الثاني – موقع المقدمة من القوانين التنظيمية

أن البحث في مقدمة الدساتير يقتضي البحث في القوانين التنظيمية للتعرف على موقع المقدمة بالنسبة إلى هذه القوانين، وذلك لسببين أولهما أن هذا النوع من القوانين يشكل مصدرا من مصادر القاعدة الدستورية، وثانيهما أن هذه القوانين غالباً ما تصدر بإجراءات تختلف عن إجراءات القوانين العادية وتعالج موضوعات لها طبيعة مختلفة عما تعالجه القوانين العادية.

والملاحظة المراد أثباتها هنا أن هذه القوانين يطلق عليها أحياناً بالقوانين الأساسية، ويكاد يجمع الكتاب المصريون الذين عالجوا موضوع هذه القوانين على تسميتها بالأساسية، إلا أنه يفضل استخدام المصطلح الثاني (القوانين التنظيمية) لما قيل من أرجحية هذه التسمية[٣٤].

وعلى أساس ما تقدم سوف نقسم هذا المطلوب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول ماهية القوانين التنظيمية ونخصص الفرع الثاني لبحث طبيعة ومرتبة القوانين التنظيمية بين مصادر القاعدة الدستورية، وذلك على التوالي.

الفرع الأول – ماهية القوانين التنظيمية

القوانين التنظيمية كما يعرفها الأستاذ هوريو هي تلك التي جعلها الدستور كذلك ويقول عنها أيضاً أنها لا تتميز من حيث الشكل فحسب بل أنها تهدف إلى توضيح تنظيم وسير عمل السلطات العامة عن طريق تطوير المبادئ أو القواعد المعلنة في الدستور[٣٥].

وللتعرف على ماهية هذه القوانين يمكن القول أنها تنقسم إلى فئتين سنتناولهما كالآتي:

أولاً: القوانين التنظيمية الصادرة تلقائيا من السلطة التشريعية:-

ويقصد بها القوانين التنظيمية التي لا ينص عليها في الدستور، بل تصدر من السلطة التشريعية من تلقاء نفسها دون أن يتطلب المشرع الدستوري مثل هذا التنظيم ومن ثم فان تسميتها بالتنظيمية كان نظراً لأهميتها، وهذه القوانين إذا ما صدرت من السلطة التشريعية من تلقاء نفسها فتكون لتبيان كيفية تطبيق النص الدستوري، إذ تبادر السلطة التشريعية إلى إصدار قانون يعالج مسألة دستورية والتزامها بإصدار هذا القانون لن يكون تطبيقاً لنص دستوري بل أساسه مقتضى وظيفة السلطة التشريعية[٣٦].

ومن الأمثلة على ذلك، في فرنسا قانون انتخاب مجلس النواب الصادر في ٢ آب ١٨٧٥، وقانون انتخاب مجلس الشيوخ الصادر في ٣٠ تشرين الثاني ١٨٧٥. أما مصر فيمكن أن يذكر القانون رقم ٨١ لعام ١٩٦٩ الخاص بإنشاء المحكمة العليا التي تتولى الفصل في دستورية القوانين، وكذلك القانون رقم

٤٠ لعام ١٩٧٧ المتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية لان دستور ١٩٧١ لم يكن قد نص على نظام الأحزاب السياسية[٣٧].

ثانياً: القوانين التنظيمية الصادرة بناءاً على تكليف من المشرع الدستوري:

يصدر هذا النوع من القوانين التنظيمية من المشرع العادي إذا ما أحالت إليه الوثيقة الدستورية في العديد من الموضوعات المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة[٣٨].

ومن أوضح الأمثلة على ذلك ما جاء في الدستور الفرنسي الحالي، حيث أحال المشرع الدستوري إلى السلطة التشريعية في المادة (٢٥) إصدار قانون تنظيمي لتنظيم البرلمان[٣٩]، وكذلك المادة (٦٣) التي أحالت إليه إصدار قانون بتنظيم اختصاصات المجلس الدستوري الصادر في ٧ تشرين الثاني لعام ١٩٥٨ المعدل عام ١٩٥٩.

والملاحظ أن الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ قد أسرف في استعمال هذه الفئة الجديدة من القواعد، حيث اعتمد ١٩ مرة على القوانين التنظيمية[٤٠].

أما في الدول العربية فالملاحظ أن الدساتير المغربية (١٩٦٢، ١٩٧٠، ١٩٧٢) تبدو متأثرة بالدستور الفرنسي، حيث استخدمت اصطلاح القوانين التنظيمية التي ميزت بين إجراءات إصدارها وتلك اللازمة لإصدار القوانين العادية. وقد حددت هذه الدساتير مجالات القوانين التنظيمية في أربع مسائل هي: تحديد قواعد سير مجلس الوصاية، تحديد أعضاء المحكمة العليا، تحديد تركيب (تشكيل) المجلس الأعلى للإنعاش الوطني والتخطيط، تحديد قواعد تنظيم الغرفة الدستورية وقواعد سيرها، بالإضافة إلى مسألتين أضافهما دستور ١٩٧٢ هما بيان المهام والوظائف التي تتنافى والعضوية بالغرفة الدستورية، وتقرير اختصاصات أخرى للغرفة غير التي يقررها لها الدستور[٤١].

أما بقية الدساتير العربية فالملاحظ أنها أحالت في كثير من المسائل ذات الطبيعة الدستورية إلى قوانين عادية تصدر من السلطة التشريعية، إلا أن هذه الدساتير بخلاف الدساتير المغربية لم تعط وصفا خاصا لمثل هذه القوانين، وإنما أطلقت عليها لفظ القانون مجردا، ومن الأمثلة عليها في مصر ما نص عليه الدستور الحالي الصادر في ١٩٧١ حيث تضمن النص في المادتين (٨٧، ٨٨) على تشكيل مجلس الشعب وأعطى القانون الحق في تحديد عدد الأعضاء المنتخبين على إلا يقل عن (٣٥٠) عضواً، وفي تحديد شروط العضوية وطريقة الانتخاب وأحكامه وإجراءات الاستفتاء وأمام هذين النصين يعتبر القانون رقم (٣٨) بصدد مجلس الشعب هو القانون المنظم لتكوين مجلس الشعب، وكيفية الترشيح لعضويته، وشروط العضوية، كما يعتبر القانون رقم (٧٣) لعام ١٩٥٦ الخاص بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، هو القانون المنظم لأحكام الانتخاب والاستفتاء.

الفرع الثاني – طبيعة ومرتبة القوانين التنظيمية بين مصادر القاعدة الدستورية[٤٢]

مما لا شك فيه أن إضفاء صفة القانون على هذه القواعد يزيل كل مجال للنقاش حول طبيعتها (ليس كما المقدمة) ولكن كونها تتمتع بهذه الصفة لا تمنع من البحث في كونها ذات طبيعة دستورية أم أنها مجرد قواعد قانون عادية صادرة من المشرع العادي، وأن تحديد ذلك يتوقف عليه تحديد مرتبتها في كونها تأخذ منزلة القواعد الدستورية أم أنها أدنى، أي في منزلة القواعد القانونية العادية أم في مرتبة وسطى وهذا ما نحاول بحثه.

أولاً: طبيعة ومرتبة القوانين التنظيمية في ظل المعايير التقليدية:

أن هناك معيارين لتحديد القواعد الدستورية هما المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي، أولهما يعتمد الإجراءات الشكلية المتبعة في إصدار القاعدة القانونية، فمتى كانت مختلفة عن إجراءات القانون العادي من جهة إصدارها وإجراءاتها فأنها دستورية وبعكسه فهي قاعدة من قواعد القانون العادي. وهذا الأمر إذا طبقناه على القوانين التنظيمية فيتوجب علينا التمييز بين كون الدستور الذي صدرت في ظله مرنا أم جامدا.

فإذا كان الدستور مرنا يستطيع البرلمان أن يعالج موضوعا من الموضوعات ذات الصلة بنظام الحكم أو تشكيل الهيئات العامة في الدولة حتى وأن جاء بأحكام تخالف أحكام الدستور، إذ يعد ذلك تعديلا لأحكام الوثيقة الدستورية ما دام لا حقا لها وما دامت الوثيقة لا تتطلب إجراءات معينة لتعديل قواعدها، ومن ثم فإذا كان الدستور مرنا فبإمكان البرلمان أن يصدر قانونا تنظيميا يعدل فيه أحكام الدستور، حيث يصبح الاثنان بنفس القوة والدرجة[٤٣].

أما إذا كان الدستور جامدا فيفترض في إصداره وتعديله إجراءات معقدة تختلف عما تفترضه القوانين العادية، فهنا لا يمكن للبرلمان أن يصدر قوانين تنظيمية مخالفة لما جاء في الدستور، إذ أن الدستور الصادر من هيئة خاصة هي الهيئة التأسيسية هو أعلى وأكثر قوة من قوة النصوص التي تنظمها القوانين التنظيمية الصادرة عن البرلمان، ومن ثم فان القوانين التنظيمية هنا تأخذ طبيعة ومرتبة القوانين العادية. وهذه هي القاعدة العامة السائدة بالنسبة إلى القوانين التنظيمية الصادرة في مصر ولبنان، إلا أنه من الممكن أن نلاحظ بعض الاستثناءات، فإذا اشترط الدستور أن يعدل القانون التنظيمي بنفس الطريقة المقررة لتعديل الدستور، فأنه سيكون بنفس طبيعة ومرتبة الدستور نفسه[٤٤].

ويرفض د. منذر الشاوي الاعتبارات الشكلية فيذهب إلى القول بان (... الاعتبارات الشكلية لا تأثير لها على تحديد طبيعة القوانين التنظيمية)[٤٥].

إلا أنه وفقاً للمعيار الموضوعي فأن المسألة تبدو مختلفة، إذ أن القواعد الدستورية وفقاً لهذا المعيار هي التي تعمل على تنظيم هيئات الدولة العليا، ومن ثم فهي قواعد دستورية أيا كان مكان

وجودها وأيا كانت إجراءات إصدارها وتعديلها، وإذا أخذنا أمثلة على ذلك لاحظنا أن قوانين مثل القانون رقم ٧٣ لعام ١٩٥٦ في ظل دستور ١٩٥٦ المصري الخاص بتنظيم الحقوق السياسية والمتضمن أحكام الانتخاب والاستفتاء، وفي ظل دستور ١٩٧١ النافذ القانون رقم ٣٨ لعام ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب.

كل هذه القوانين يمكن القول أنها تتمتع بالطبيعة الدستورية لأنها تعالج موضوعات تتعلق بهيئات السلطة العليا، وبعكسه فان القانون لن يعد تنظيميا كالقانون الذي ينظم مجلس الدولة الذي نص عليه الدستور الفرنسي (دستور ١٩٥٨) لعام ١٩٤٨ لأنه ينظم القضاء الإداري في فرنسا.

ثانياً: طبيعة ومرتبة القوانين التنظيمية في ظل المعيار الحديث:

قاعدة المعيار الحديث تتضمن الاستناد إلى من توجه إليه القاعدة، فان وجهت إلى المحكومين أو الوكلاء فهي قاعدة قانونية اعتيادية، وطبقاً لذلك فان القانون التنظيمي المتعلق بوضع القضاة في فرنسا والذي نصت عليه المادة ٦٤ من دستور ١٩٥٨ هو قانون عادي، وكذلك القانون المنظم للأحزاب وفقا للمادة ١٤ من دستور ١٩٦٢ المغربي. ووفقاً لهذا المعيار أيضاً يلاحظ عدم إسباغ الصفة الدستورية على القوانين التنظيمية المنظمة للانتخاب، بل يعتبرها قوانين اعتيادية ذات صفة سياسية لأنها توجه إلى المحكومين والوكلاء، وباعتبار أن قوانين الانتخاب لا تنظم مباشرة طريقة ممارسة السلطة في الدولة أنما تتولى تنظيم نشاطات تؤثر على طريقة القبض على السلطة وأن تمتعها بالصفة السياسية هو بمقدار هذا التأثير، ومن ثم فان قواعد الانتخاب ليست سياسية بطبيعتها، إذ أنها لا توجه مباشرة إلى الحكام وإنما يكون لتطبيقها تأثيراً على السلطة بقدر ما يتعلق هذا التطبيق بإحدى طرق التمييز بين الحكام والمحكومين[٤٦].

ووفقاً لهذا المعيار لن تكون القوانين التنظيمية ذات طبيعة دستورية ما لم تكن موجهة إلى الحكام، إذ ستكون آنذاك قواعد دستورية تكميلية لأنها تكمل ما جاء في الدستور[٤٧]. ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٤٧ من دستور ١٩٥٨ الفرنسي ((يصوت البرلمان على مشاريع القوانين المالية وفقا للإجراءات التي يحددها قانون تنظيمي...)) ففي ظل هذا القانون سيتم توضيح ممارسة السلطة في الأمور المالية.

ولكن ما موقع مقدمة الدستور من هذه القوانين التنظيمية والتي تعتبر مصدراً من مصادر القانون الدستوري؟

نلاحظ أن ثمة فروق بين مقدمة الدستور والقوانين التنظيمية، أولها أن المقدمة تصدر من المشرع الدستوري وهي جزء من الدستور، بينما تصدر القوانين التنظيمية من البرلمان. وثانيها أن مقدمة الدستور غالباً ما تأتي بمبادئ وتوجهات تعبر عما يؤمن به واضعوا الدستور من مثل وأهداف وتعالج

موضوعات غير محددة أصلا، في حين أن القانون التنظيمي هو مجموعة من القواعد القانونية الواضحة والمحددة التي تعالج موضوعا محددا أشار إليه الدستور على الأغلب.

والأمر الثالث أن البحث عن الصفة الدستورية لمقدمة الدستور يكاد أن ينتهي إلى اتفاق بأنها جزء من الدستور، أما البحث عن دستورية القوانين التنظيمية فلابد أن يستند إلى موضوع هذه القوانين أي لا نستطيع القول أن جميع القوانين التنظيمية أو التي تعد كذلك لها صفة دستورية.

الخاتمة

وهكذا تكون دراستنا لموضوع مقدمات الدساتير قد انتهى، لم يبق في ختامها إلا بيان النتائج التي توصلنا إليها، ومنها أن اختلاف الفقهاء حول دستورية ما يتضمنه الدستور من مبادئ طال حتى مقدمة الدستور حيث ذهب البعض إلى القول أن مقدمة الدستور هي ليست ذات قيمة دستورية باعتبار أنها غالباً ما تتضمن من المبادئ الاجتماعية والاقتصادية، وأنها لا تعد من صلب الدستور، وهذا الفريق كما ثبت – في البحث – يستند إلى ان ما تتضمنه المقدمة مت هو إلا توجهات ومبادئ عامة تعبر عن اتجاهات عقائدية أو فلسفية لواضعي الدستور.

هذا أن صح بالنسبة إلى بعض المقدمات فأنه لا يصح بالنسبة إلى جميعها. إلا أن انتفاء الصفة الدستورية عن المقدمة أمر غير متفق عليه، إذ عارض البعض هذا المبدأ، وأمن بدستورية المقدمة واعتبرها جزء من الدستور، له ذات القيمة والإلزامية التي تتمتع بها الوثيقة الدستورية.

وهنا نؤكد هذا الرأي وندعمه، إذ لا يمكن أن تجزء الشيء نفسه إلى أجزاء ونقول بطبيعة مختلفة لكل جزء فيه، فالمقدمة تأتي مع بقية الأجزاء وهي لا تنفصل عنها.

وإذا كانت حجة البعض أن المقدمة لا تتضمن سوى مبادئ وتوجهات عامة وأفكار فلسفية، فهذه الحجة يمكن الرد عليها بالقول أن كثير من المبادئ القانونية كانت في الأصل مبادئ وأفكار فلسفية ولدت في عقول المفكرين وانتقلت إلى ارض الواقع وصارت مطلبا ينادي به، ثم أصبحت مبادئ قانونية ودستورية تسطر في وثائق، كمبدأ سيادة القانون أو مبدأ الشعب مصدر السلطة وغيرها من المبادئ.

وعن موقع المقدمة بالنسبة للقوانين التنظيمية فان هناك فروق كثيرة بينهما، فالمقدمة تصدر عن المشرع الدستوري وهي جزء من الدستور كما أنها تعبر عن أهداف واضعي الدستور وتعالج موضوعات غير محددة أصلاً وعن الصفة الدستورية فقد استقر الرأي على أنها تعد جزء من الدستور.

أما القوانين التنظيمية فأنها تصدر عن البرلمان وتعالج مواضيع محددة يشير إليها الدستور على الأغلب، والبحث في دستوريتها يعتمد على الموضوع الذي تعالجه، فلا يمكن القول أن جميع القوانين التنظيمية أو التي تعد كذلك، لها صفة دستورية.

الهوامش

١. محمد أبو بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بلا سنة طبع، ص٥٢٥، ٣٥٨، ٦٣٨.

2. Dorothy Pickles, The Fifth French Republic Methuen and Coltd, II new Fetter lane, London, 1971, P. 9.

٣. اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج١، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٤، ص١٧٧-١٧٨.

٤. موريس دوفرجيه، دساتير فرنسا، ترجمة أحمد حسيب عباس، مراجعة د. سيد صبري، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، بلا سنة نشر، ص٤٢.

٥. اندريه هوريو، مصدر سابق، ص١٧٩.

٦. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٨، ص١٥٩.

7. John Berigham, Constitutional Language, London, P. 93.

٨. بروس فندلاي وايستر فندلاي، الدستور الأمريكي، ترجمة لجنة دائرة المعارف العامة، دار الكرنك للنشر والطبع والتوزيع، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٤.

٩. بروس فندلاي وايستر فندلاي، مصدر سابق، ص١٦.

١٠. د. نوري لطيف د. علي غالب، القانون الدستوري، ط١، بغداد، ١٩٧٦، ص٩٨.

١١. جاك دونديو دوفاير، الدولة، ترجمة سموحي فوق العادة، ط٢، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٢، ص٢٢.

١٢. تنظر الوقائع العراقية، العدد ٢، السنة الأولى، ١٩٥٨، ص٢.

١٣. جاك دونديو دوفاير، مصدر سابق، ص٢٢.

١٤. د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩، ص١١٢.

١٥. د. مصطفى أبو زيد فهمي، مصدر سابق، ص١٦٢.

١٦. عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٣، ٤) السنة الثامنة، كلية الحقوق، الإسكندرية، ١٩٥٨- ١٩٥٩، ص٤٤-٤٥.

١٧. د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦، ص١٩٦.

١٨. د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية)، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٦٦.

١٩. د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص٣٥.

٢٠. د. محسن خليل، مصدر سابق، ص١١٩.

٢١. د. محسن خليل، مصدر سابق، ص١١٩.

٢٢. د. محسن خليل، مصدر سابق، ص١١٨.

٢٣. د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٣، ص٥١٩.

٢٤. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، مصدر سابق، ص١٦٦.

٢٥. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، مصدر سابق، ص١٦٧.

٢٦. د. محمود حلمي، دستورنا الجديد ما اقر وما أضاف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣، ص١٧.

٢٧. د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص٢٥. وكذلك د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (دراسة مقارنة)، دار وهدان للطباعة والنشر، ١٩٧٥، ص٢٧.

٢٨. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مصدر سابق، ص٢٧، د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٧٦، ص٩١.

٢٩. د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص٦٥-٦٦.

٣٠. د. محمد كامل ليلة، مصدر سابق، ص٥١٩.

٣١. د. محمود محمد حافظ، مدر سابق، ص٢٦، د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص٦٦.

٣٢. د. محمد كامل ليلة، مصدر سابق، ص١٦٦.

٣٣. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، مصدر سابق، ص١٦٧.

٣٤. يذهب د. منذر الشاوي إلى أن ((قد يظهر أن مصطلح القوانين التنظيمية غير موفق لأن كل قانون ينظم في الواقع شيئا ما، إلا أن هذه الترجمة العربية للمصطلح الفرنسي تفرض لسببين فهي أولاً مستعملة في بعض الدساتير العربية كالدستورين اللذين صدرا في المغرب عام ١٩٦٢ وعام ١٩٧٠ وأن المصطلح الفرنسي يفرضها ثانياً، لأنه كما يظهر مشتق من فعل نظم بحيث أن الصفة تنظيمي قد اشتقت من هذا الفعل)). ينظر د. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص١٥٢، الهامش رقم (١).

٣٥. اندريه هوريو، مصدر سابق، ج٢، ص٤٨٢.

٣٦. د. عبد الغني بسيوني، المبادئ العامة للقانون الدستوري، الدار الجامعية، ١٩٨٥، ص٤٨.

٣٧. د. شمس مرغني علي، القانون الدستوري، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٨، ص١٣٤.

٣٨. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص٢٢٠.

٣٩. تطبيقا لها صدر القانون التنظيمي رقم ١١٠٠ في ١٧ تشرين الثاني لعام ١٩٥٨ بتحديد وظائف السلطة التشريعية.

٤٠. اندريه هوريو، مصدر سابق، ج٢، ص٤٨٢.

٤١. د. رمزي الشاعر، مصدر سابق، ص٢٢١.

٤٢. على الرغم من اعتبار القوانين التنظيمية مصدرا من مصادر المشروعية، إلا أن البعض لا يعتبرها كذلك إذ تحصر مصادر المشروعية بالدستور والتشريع العادي ثم اللوائح التنظيمية. ينظر د. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة (النظام الانكليزي، النظام الفرنسي، النظام السوفيتي)، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٤.

٤٣. د. رمزي الشاعر، مصدر سابق، ص٢٢٧.

٤٤. مثال ذلك القانون الخاص بتوارث الأمارة في الكويت، حيث اشترط المشرع أن يعدل بنفس طريقة تعديل الدستور. د. عبد الغني بسيوني، مصدر سابق، ص٥٢.

٤٥. د. منذر الشاوي، مصدر سابق، ص١٥٣-١٥٤.

٤٦. د. منذر الشاوي، مصدر سابق، ص١٥٣-١٥٤.

٤٧. المصدر نفسه، ص١٥٤.

المصادر

أولاً: اللغة العربية:

أ. الكتب:

١. اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج١، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٤.

٢. بروس فندلاي وايستر فندلاي، الدستور الأمريكي، ترجمة لجنة دائرة المعارف العامة، دار الكرنك للنشر والطبع والتوزيع، القاهرة، ١٩٦٤.

٣. جاك دونديو دوفاير، الدولة، ترجمة سموحي فوق العادة، ط٢، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٢.

٤. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

٥. د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري (مبدأ المشروعية)، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

٦. د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

٧. د. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة (النظام الانكليزي، النظام الفرنسي، النظام السوفيتي)، ط١، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤.

٨. د. عبد الغني بسيوني، المبادئ العامة للقانون الدستوري، الدار الجامعية، ١٩٨٥.

٩. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٧٦.

١٠. د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩.

١١. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة (دراسة مقارنة)، دار وهدان للطباعة والنشر، ١٩٧٥.

١٢. د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٣.

١٣. د. محمود حلمي، دستورنا الجديد ما أقر وما أضاف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣.
١٤. د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
١٥. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٨.
١٦. د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦.
١٧. موريس دوفرجيه، دساتير فرنسا، ترجمة احمد حسيب عباس، مراجعة د. سيد صبري، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، بلا سنة طبع.
١٨. د. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١.
١٩. د. نوري لطيف د. علي غالب، القانون الدستوري، ط١، بغداد، ١٩٧٦.

ب. القواميس:

٢٠. محمد أبو بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بلا سنة طبع.

ج. البحوث:

٢١. د. عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العد ٣، ٤، السنة الثامنة، كلية الحقوق، الإسكندرية، ١٩٥٨-١٩٥٩.

د. الدساتير:

٢٢. دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧.
٢٣. دستور فرنسا النافذ لعام ١٩٥٨.
٢٤. دستور اليمن الملغى لعام ١٩٧٠.
٢٥. دستور مصر النافذ لعام ١٩٧١.
٢٦. القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.
٢٧. دستور العراق لعام ١٩٥٨.
٢٨. دستور العراق لعام ١٩٦٤.
٢٩. دستور جمهورية العراق النافذ لعام ٢٠٠٥.

ثانياً: اللغة الأجنبية:

30. Dorothy Pickles, The Fifth French Republic Methuen and Coltd, II New Fetter lane, London, 1971.
31. John Berigham, Constitutional Language, London.

مسؤولية الادارة الناشئة عن مخالفة التزامها بتنفيذ احكام القضاء الاداري

م.م. ازهار هاشم احمد
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمـــــة

تعد الرقابة القضائية الضمانة الحقيقية لحقوق الافراد وحرياتهم بمقتضاها يلجأ الافراد إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة لالغاء او تعديل او تعويض على الإجراءات التي اتخذتها الادارة والمخالفة بها القواعد القانونية المقررة ، والادارة يقع على عاتقها التزام هو القيام بتنفيذ الاحكام القضائية سواء كانت تلك الاحكام صادرة لصالح الادارة ام الافراد ، الا ان الواقع العملي يشير إلى وجود مساس بسلطة القضاء من جانب الادارة او السلطة التنفيذية ، فغالباً ما تتوزع الادارة بحجج مختلفة لتتهرب من تنفيذ الاحكام الصادرة ضدها ، ولما كان خضوع الادارة للاحكام ينبغي ان يكون تلقائياً ومن دون اللجوء إلى الاكراه فاذا امتنعت الادارة عن تنفيذ الاحكام هل تنعدم طرائق تنفيذ الاحكام وتظل معطلة ؟ وهل تنعدم كل وسيلة لمواجهة تعنت الادارة وبالنتيجة عدم تنفيذ القانون؟

الاجابة على ذلك تتوقف على وجود نص او نصوص عقابية يمكن للقضاء الحكم بمقتضاها على من يمتنع عن تنفيذ الاحكام القضائية ولا يمتثل لها .

لذا تحاول دساتير دول العالم التأكيد على مبدأ استقلال القضاء وتسعى التشريعات إلى جانب تلك الدساتير لتوفير الضمانات الكافية لتعين القضاء على اداء مهمته السامية احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات من جهة وحفاظاً على حقوق الافراد من جهة أخرى . لاسيما بان القيمة القانونية لاي التزام تتحدد بقدر الجزاء الذي يحمي هذا الالتزام والذي يمكن توقيعه عند مخالفته . وبعدم وجود جزاء يترتب عند امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهتها لا يمكن القول بان الرقابة القضائية رقابة حقيقية وفعالة ، وتمثل قيداً حقيقياً على نشاط الادارة وانطلاقاً من ضرورة تحقيق ذلك تتبع الدول وسائل عديدة لتوفير الضمانات الكافية لتنفيذ الاحكام القضائية وان كانت تلك الوسائل قد تختلف من دولة إلى أخرى ، فلابد من

الوقوف على موقف بعض الدول لاسيما فرنسا ومصر (مهد القضاء الاداري) من تقرير تلك الوسائل للاستدلال بها وايجاد الوسائل الاكثر فاعلية لضمان تنفيذ الادارة للاحكام في العراق .

ونظرا لما تقدم ارتأينا ان يكون البحث في موضوع مسؤولية الادارة الناشئة عن مخالفةالتزامها بتنفيذ احكام القضاء الاداري وذلك في مبحثين وفق الخطة التالية:

المبحث الأول / التزام الادارة بتنفيذ احكام القضاء الاداري

المبحث الثاني / المسؤولية المترتبة عند امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية

المبحث الأول

التزام الادارة بتنفيذ احكام القضاء الاداري

ان مهمة القضاء الاداري هي النظر في المنازعات الادارية التي تتعلق بصحة الاوامر والقرارات التي تصدر عن الادارة او تلك التي تتعلق بتحديد وتقرير حقوق او مراكز قانونية . والاحكام القضائية الصادرة في الدعاوى التي تكون الادارة طرفاً فيها تفرض على الادارة واجب الالتزام بتنفيذها . وسنتطرق في هذا المبحث إلى سلطة القاضي الاداري في مواجهة الادارة لبيان انواع الاحكام القضائية الصادرة تجاه اعمالها مع بيان الاساس القانوني لالزام الادارة بتنفيذها ثم الاشارة الى اسباب امتناع الادارة عن تنفيذ تلك الاحكام في ثلاث مطالب على التوالي .

المطلب الأول – سلطة القاضي الاداري في مواجهة الادارة

تعد الرقابة القضائية على اعمال الادارة اكثر فاعلية من انواع الرقابة الأخرى لما يتمتع به القضاء من حياد واستقلال وعدم رضوخه للاعتبارات السياسية او الشخصية ، الامر الذي يؤدي إلى موضوعية وعدالة هذه الرقابة[١] .

وتمارس الرقابة القضائية في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد من قبل القضاء العادي اما في الدول التي تاخذ بنظام الفضاء المزدوج فيمارسها القضاء الاداري .

والعراق قد اصبح من الدول التي تاخذ بنظام القضاء المزدوج بعد تأسيس محكمة القضاء الاداري بموجب (م /٧ثانيا/أ) من قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩[٢] وبينت المادة ذاتها اختصاص المحكمة بالنظر

في صحة الاوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة التي لم يعين القانون مرجعاً للطعن فيها بناءا على طعن يوجه من قبل المعني بالقرار[٣] .

وقد سلك المشرع الدستوري العراق مسلكاً يحمد عليه عندما الغى الاستثناءات التي ترد على اختصاص محكمة القضاء الاداري في المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على ان : " يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن "[٤] وبذلك يجوز الطعن في القرارات الادارية كافة بغض النظر عن الهيئة التي اصدرتها او صفة الشخص الذي اصدرها بعد ان كان المشرع يورد الكثير من الاستثناءات التي تشكل بمجملها قيوداً على اختصاص تلك المحكمة وتخضع قرارات المحكمة للتمييز امام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بموجب م٧/ثالثا إلا ان هناك تحول قد حدث بعد صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا حيث اصبحت هذه المحكمة تنظر تمييزيا في قرارات محكمة القضاء الاداري بدلا من مجلس شورى الدولة[٥] .

وتقضي محكمة القضاء الاداري كسائر المحاكم الادارية عند ممارستها الرقابة القضائية على اعمال الادارة بما يأتي :-

اولا/ رد الدعوى اذا لم تستوفي الشروط الواجب توافرها في اقامة الدعوى[٦] .

ثانيا / الغاء القرار اذا كان معيب باحد عيوب المشروعية[٧] او تعديل القرار وذلك بالغاء جزء منه اذا كان بالامكان تجزئته والغاء الجزء غير المشروع وتنحصر من حيث الاصل سلطة القاضي الاداري باصدارحكم الالغاء من عدمه دون ان يحل القاضي محل الادارة لاصدار قرارات ادارية مشروعة محل القرارات المعيبة ، او لاصدار اوامر صريحة إلى الادارة للقيام بعمل معين او الامتناع عن عمل[٨] .

ثالثا / يتمتع القضاء الاداري بصلاحية الحكم بالتعويض اذا كان من شان القرار الاداري غير المشروع والمحكوم بالغائه إلحاق ضرر بالمعني بالقرار بناء على طلبه[٩] ، و من الجدير بالذكر ان طلب التعويض لا يقبل من المدعي إلا اذا قدمه بصورة تبعية لطلب الغاء القرار الاداري ، وخلال المدة التي يجوز فيها الطعن بالقرار وإلا يكون طلب التعويض من اختصاص القضاء العادي فيكون لصاحب المصلحة مراجعة القضاء العادي للحكم بالتعويض اذا حكم بعدم مشروعية القرار الاداري[١٠] اما اذا كان القرار مشروع لاتسأل الادارة عن نتائجه مهما بلغته درجة الضرر المترتب على القرار لانتفاء ركن الخطأ[١١] .

واستنادا إلى ذلك فان الاحكام القضائية الصادرة في مواجهة الادارة هي (احكام الالغاء والتعويض اذا كان له مقتضى ، او رد شيء معين واعادة الحال إلى ماكان عليه) . والادارة

ملزمة بتنفيذ حكم الالغاء والحكم بالتعويض تنفيذاً فعلياً من خلال اعادة الحال إلى ماكان عليه ، فقد يقتضي الحكم بالغاء قرار اداري قيام الادارة بالغاء قرارات ادارية اصدرتها الادارة استناداً إلى القرار الملغي ويقع على عاتق الادارة تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهتها دون تباطؤ او تراخي ، وان لا تتحايل على تنفيذ الاحكام القضائية باصدارها قرار اداري سلبي او ايجابي تقصد من وراءه التهرب من التنفيذ او المماطلة[١٢] .

المطلب الثاني – الاساس القانوني لالتزام الادارة بتنفيذ الاحكام القضائية

من المبادئ المستقر عليها في فقه القانون العام عدم خضوع الادارة لطرق التنفيذ الجبري لان الاحكام القضائية الصادرة في الدعاوى التي تكون الادارة طرفاً فيها تأخذ دائماً اشكال الاحكام المقررة والتي لا يحتاج تنفيذها اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري مثل الاحكام القضائية التي يستلزم لتنفيذها اصدار قرار اداري يترتب عليه سحب القرار المحكوم بالغاءه ، والاحكام التي لايحتاج تنفيذها سوى بعض الإجراءات الادارية التنفيذية[١٣] . وهذا يثير التساؤل عن الاساس القانوني لالتزام الادارة بتنفيذ الاحكام القضائية واثارة مسؤوليتها عند عدم التنفيذ ؟

فيمكن ارجاع الاساس القانوني لالتزام الادارة بتنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضدها إلى مصدر الالتزام الأساسي وهو القانون والى المبدأ الدستوري القاضي بحجية احكام القضاء وقوة الشيء المقضي به .

اولا / اساس التزام الادارة بالتنفيذ هو القانون

الدولة القانونية تعني خضوع جميع السلطات العامة في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية للقانون والرضوخ لاحكامه[١٤] ، والاحكام القضائية عند اكتسابها الدرجة القطعية تكتسب قوة القانون .

والادارة باعتبارها احدى سلطات الدولة يتعين عليها كغيرها من السلطات المبادرة إلى تنفيذ ما يصدر ضدها من احكام حائزة لقوة الشيء المقضي به فاذا ما امتنعت دون وجه حق عن تنفيذها في وقت مناسب او تعمدت تعطيل هذا التنفيذ اعتبر ذلك بمثابة قرار اداري سلبي مخالف للقانون يوجب مسؤولية الادارة[١٥] .

ثانيا/ مبدأ احترام حجية احكام القضاء وقوة الشيء المقضي به

يتجه بعض الفقه إلى اعتبار مبدأ حجية احكام القضاء وقوة الشيء المقضي به اساس التزام الادارة بتنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهتها وحجية الاحكام تقضي ان تكون حجة فيما قررته وقضت به وعلى هذا الاساس يكون لمبدأ حجية الاحكام القضائية اثران ، اثر

ايجابي واثر سلبي ، يتمثل الاثر الايجابي في احترام ما قرره الحكم فمن حق من صدر الحكم لصالحه ان يتمسك بما قرره الحكم ، اما الاثر السلبي فيعني ان ما قضي به نهائياً فلا يجوز اعادة رفع نفس الدعوى التي صدر فيها الحكم من جديد ، إلا انه يمكن الطعن في الحكم الصادر اذا كان طريق الطعن لازال مفتوحاً[١٦] .

والقاعدة العامة بالنسبة لحجية احكام القضاء هي حجية نسبية اي تقتصر حجية الحكم على عناصر الدعوى كالحكم بالتعويض الا انه استثناءً من هذه القاعدة يتمتع الحكم الصادر بالغاء القرار الاداري غير المشروع بحجية مطلقة . بحيث يترتب على الحكم بالغائه زوال القرار بالنسبة للكافة من صدر القرار لمصلحته او ضده ، من استفاد ومن تضرر من الغاءه ، من كان طرف في الدعوى ومن لم يكن[١٧] .

وعدم تنفيذ الادارة لحكم قضائي صادر في مواجهتها هو مخالفة لحجية الشيء المقضي به يوجب اثارة مسؤولية الادارة ، فحجية احكام القضاء هي من المبادئ الدستورية التي يجب احترامها ومراعاتها لارتباطها بمبدأ سيادة القانون وانطوائها على احترام القانون ذاته[١٨] .

المطلب الثالث – اسباب امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية

تستخدم الادارة دائما جميع الوسائل القانونية لتنفيذ الاحكام القضائية الصادرة لصالحه[١٩] الا انها غالبا ما تتذرع باسباب واهية للمماطلة والامتناع عن تنفيذ الاحكام الصادرة في مواجهتها ، وتتخذ مخالفة الادارة لالتزامها بتنفيذ الاحكام صور متعددة اثرنا الاشارة اليها اولا في هذا المطلب قبل بيان اسباب امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية .

اولا / صور امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام

يتخذ امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية صور متعددة منها[٢٠] :

١- امتناع الادارة صراحة عن تنفيذ الحكم بكامله مثلا امتناعها عن اعادة الموظف المفصول الى عمله على الرغم من ان القضاء قد اصدر حكم بالغاء قرار الفصل .

٢- التنفيذ الناقص او الجزئي فقد تعمد الادارة إلى تنفيذ القرار بشكل مبتور كاعادة الموظف المفصول الى وظيفة اخرى بينما كان يجب عليها اعادته الى وظيفته السابقة .

٣- وقد تخالف الادارة التزامها بتنفيذ الاحكام عن طريق اصدار تشريع او لائحة بقصد تصحيح القرار الاداري الملغي ولكن بطريقة اخرى .

٤- كما يعد التأخير في تنفيذ الحكم القضائي صورة من صور امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية فمن المفترض ان يتم التنفيذ خلال فترة زمنية معقولة .

ثانيا / اسباب امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام

لا يمكن انكار بان هناك احوال لا تمتنع فيها الادارة عن التنفيذ اراديا بل نتيجة ظروف خارجة عن ارادتها منها :

١- حالة القوة القاهرة كصدور قانون ما قد يمنع الادارة عن التنفيذ او استحالة اعادة الحال الى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي اذا كان الحكم بالالغاء يقضي باعادة الحال الى ما كان عليه بالاضافة الى ذلك عدم وجود تخصيص مالي قد بمنع الادارة من تنفيذ حكم التعويض .

٢- تعرض الموظف المسؤول عن تنفيذ الاحكام القضائية للاكراه بغية حمله على الامتناع عن تنفيذ الحكم[٢١] .

٣- غموض او عدم وضوح منطوق الحكم المراد تنفيذه قد يؤدي الى تأخر الادارة في تنفيذه[٢٢] .

ومع ذلك قد تستند الادارة بمخالفتها للاحكام القضائية الى اسباب واهية لتبرير مخالفتها وهذه الاسباب قد لا تجد ما يسوغها على ارض الواقع والقانون ، كما انها لاتعد كافية لاهدار مبدأ حجية الشيء المقضي به ، ومن تلك الاسباب الاستناد الى المصلحة العامة وهذا بالتاكيد ادعاء غير مبرر لان الاحكام القضائية ومنها تلك الصادرة في مواجهة الادارة تصدر لتصويب تصرفات الادارة تحقيقا للمصلحة العامة ، وقد تستند الادارة الى فكرة الامن العام والنظام العام للامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية وهذه الحجة لايمكن التسليم بها ايضا لان حجية الشيء المقضي به اصل من الاصول القانونية الضرورية لحماية واستقرار الحقوق والروابط الاجتماعية وتقضي بها الطمأنينة العامة واذا كان تنفيذ الحكم يؤدي الى اخلال خطير بالصالح كتعطيل سير مرفق عام مثلاً فان القضاء ذاته يرجح المصلحة العامة على الخاصة[٢٣] مقابل تعويض لصاحب الشأن . وهذا ما استقر عليه القضاء في فرنسا ومصر فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر في حكم لها بالقول (ولئن القرار الاداري لا يجوز في الاصل ان يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي وإلا كان مخالفاً للقانون إلا انه اذا كان يترتب على تنفيذه فوراً اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه ، كحدوث فتنة او تعطيل سير المرافق العامة فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص ولكن بمراعاة ان تقدر الضرورة بقدرها وان يعوض صاحب الشأن ان كان لذلك وجه)[٢٤] .

ويرى البعض[٢٥] ان الاسباب الحقيقية التي تكمن وراء امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهتها قد تكون دوافع شخصية اذا كان تنفيذ الحكم منوطاً بموظف هو

في حقيقته خصم للمحكوم لصالحه او غير متعاطف معه ، كما قد تكون الدوافع سياسية وراء الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية لاسيما اذا كانت الاحكام ماسة بالحزب او النظام السياسي الذي ينتمي اليه المسؤول عن تنفيذ الاحكام القضائية .

وايـاً كانت الاسباب التي تدعو الادارة للامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية يجب ان لا تكون مدعاة لاعفاء الادارة من التزامها بالتنفيذ تعزيزا لمبدأ المشروعية من جهة ومن ثم حفاظاً على حقوق وحريات الافراد من جهة أخرى .

المبحث الثاني

المسؤولية المترتبة عند امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية

قبل التطرق للاثر المترتب عند امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية في العراق ارتأينا التطرق للجزاء الذي ترتبه التشريعات المقارنة لغرض الاستفادة منها للوصول الى وسائل اكثر فاعلية لضمان تنفيذ الادارة لاحكام القضاء الاداري في العراق .

المطلب الاول – جزاء مخالفة الادارة للالتزام بتنفيذ الاحكام القضائية في التشريعات المقارنة

اذا تحايلت الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية وخاصة احكام القضاء الاداري ، بحيث تتهرب من تنفيذها فان قراراتها بهذا الخصوص تكون معيبة باساءة استعمال السلطة[٢٦] وتعرض الادارة نفسها لجزاءات عدة تتمثل باثارة مسؤوليتها الجزائية والمدنية واحيانا التأديبية بالاضافة إلى تعرضها لفرض غرامات تهديدية سنبينها تباعاً:

اولا/ المسؤولية الجزائية

قد يضع المشرع نصاً او نصوص في قانون العقوبات لضمان تنفيذ الاحكام القضائية اذ ان وجود مثل هذه النصوص يشكل رادعاً للادارة عن الامتناع عن تنفيذ الاحكام ، هذا من جانب ، ومن جانب اخر اذا ظلت الادارة مصرة على رفضها الانصياع لما جاء في الحكم فبامكان من صدر الحكم لمصلحته الطلب إلى القضاء المختص تطبيق حكم القانون بحقها والزامها بتنفيذ الحكم ، ومن الامثلة على التشريعات التي نصت على تجريم عمل الادارة او الموظف الذي يعيق تنفيذ حكم قضائي التشريع المصري حيث نصت المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري على انه : " ١- يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الاوامر الصادرة من الحكومة او احكام القوانين واللوائح او تأخير

تحصيل الاموال والرسوم او وقف تنفيذ حكم او امر صادر من المحكمة او اية جهة مختصة ، ٢- يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم او امر مما ذكر بعد مضي ثمانية ايام من انذاره على يد محضر اذا كان تنفيذ الحكم او الامر داخلاً في اختصاص الموظف "[٢٧] ، فامتناع الموظف عن القيام بتنفيذ حكم قضائي متى ما كان التنفيذ يقع ضمن اختصاصه يؤدي طبقا للنص المذكور إلى تحريك المسؤولية الجزائية .

ثانيا/ المسؤولية التأديبية

يعد التأديب من الوسائل الرادعة عن الخروج على احكام القانون ومن الضمانات المؤكدة التي ترغم الموظف على احترام واجبات وظيفته ومسؤولياتها[٢٨] ، فكل موظف يخالف الواجبات المنصوص عليها في القانون تترتب عليه مسؤولية تأديبية التي تقوم بتوافر ركنين مادي يتحقق بارتكاب مخالفة وذلك بالخروج على مقتضيات الواجب الوظيفي وركن معنوي يتحقق باقتران الفعل المكون للمخالفة بارادة آثمة ايجاباً اوسلباً[٢٩] .

فعند امتناع الموظف عن تنفيذ الاحكام القضائية متى ما كان التنفيذ يدخل ضمن احتصاصه تتحقق الارادة الآثمة بلا شك لان التزام الموظف بتنفيذ حكم قضائي اذا كان التنفيذ يقع ضمن اختصاصه هو من اهم واجباته الوظيفية وليس من حقه الامتناع عن القيام بها بدون وجه حق وإلا عد ذلك فعلاً ينطوي على اهمال واضح وعدم مراعاة الدقة والحرص على اداء واجباته التي يفرضها القانون فيكون تصرفه خطأ[٣٠] يوجب مساءلته تأديباً ، وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري في المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري السابق ذكرها اذ ينص بالاضافة إلى عقوبة الحبس إلى عقوبة العزل التي تعتبر من اشد الجزاءات التأديبية التي يمكن ان توقع على الموظف .

ثالثا/ المسؤولية المدنية

اتجه القضاء في مصر إلى اثارة المسؤولية المدنية للادارة الممتنعة عن تنفيذ الاحكام القضائية إلى جانب المسؤولية الجنائية والتأديبية متى ما توفرت عناصرها ومقوماتها[٣١] حيث قضت المحكمة الادارية العليا بان امتناع الجهات الادارية عن تنفيذ الاحكام القضائية في وقت مناسب او تعمدها تأخير التنفيذ يعد قراراً ادارياً سلبياً مخالفاً للقانون يوجب لاصحاب الشان الحق في التعويض عما لحقهم من ضرر ولا يقتصر التعويض على الضرر المادي بل يشمل كذلك الضرر المعنوي او الادبي[٣٢] .

وقد ذهب القضاء الاداري في مصر إلى الاخذ بفكرة الخطأ الشخصي ومسؤولية الموظف الشخصية اذا ما امتنع او عرقل عملية تنفيذ حكم قضائي . فجاء في حكم المحكمة الادارية العليا : " ..... اذا تبين ان الموظف لم يعمل للصالح العام او كان مدفوعاً بعوامل شخصية او كان خطأه جسيماً بحيث يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات فان الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً ويسأل عنه الموظف في ماله الخاص "[٣٣] .

اما في فرنسا فعلى الرغم من ان المشرع لم يورد نص في قانون العقوبات الفرنسي لمعاقبة الموظف الذي يمتنع او يعطل تنفيذ حكم قضائي[٣٤] ، إلا انها سبقت التشريعات الأخرى في ايجاد وسائل كافية لاجبار الادارة على تنفيذ الاحكام فاصدرت عدة قوانين منها القانون الصادر في ١٦ / يوليو/ ١٩٨٠ والقانون الصادر في ٨/فبراير/١٩٩٥ منحت بموجبها القاضي الاداري سلطة اصدار الاوامر الى الادارة من اجل ضمان تنفيذ الاحكام مع سلطته في فرض الغرامات التهديدية ، كما منحت قاضي الالغاء الحق بالغاء اي قرار يتضمن امتناع عن تنفيذ الشيء المقضي به او رفض تنفيذه ، فضلا عن اعطاء الحق لمن صدر الحكم لصالحه في الحصول على تعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة عدم التنفيذ .[٣٥] .

وقد صدرت عدة منشورات دورية في فرنسا إلى جانب هذه القوانين تحث على احترام الشيء المقضي به في الاحكام القضائية ومن هذه المنشورات مثلاً المنشور الصادر بتاريخ ٢٣/ثيوليو/١٩٨٧ وكذلك المنشور الصادر بتاريخ ١٣/ اكتوبر/ ١٩٨٨[٣٦] .

كما اجاز قانون رقم ٣٠ حزيران لسنة ٢٠٠٠ لقاضي الامور المستعجلة ان يصدر اوامر للادارة حماية لحقوق الافراد التي وقع عليها اعتداء من جانب الادارة عند ممارستها لاختصاصاتها وذلك قبل الفصل في الموضوع وقبل ان ترفع دعوى الالغاء[٣٧] .

المطلب الثاني – الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ الادارة للاحكام في العراق ومدى كفايته

لم يغفل المشرع العراقي شأنه شأن باقي التشريعات العربية والعالمية عن تجريم فعل الادارة بالامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية واثارة مسؤوليتها الجزائية حيث نصت المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على ما يلي :- "

١- يعاقب بالحبس والغرامة او باحدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة استغل وظيفته في وقف او تعطيل تنفيذ الاوامر الصادرة من الحكومة او احكام القوانين والانظمة او اي حكم او امر صادر عن احدى المحاكم او اية سلطة عامة مختصة ،او في تأخير تحصيل الاموال او الرسوم ونحوها المقررة قانوناً .

٢- يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف او مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم او امر صادر من احدى المحاكم او من اية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية ايام من انذاره رسمياً بالتنفيذ متى ما كان تنفيذ الحكم او الامر داخلاً في اختصاصه "[٣٨] .

تقييم الموقف في العراق من تنفيذ احكام القضاء الاداري

المشرع العراقي قد أحسن صنعاً بتجريمه عمل الادارة الذي يسيء إلى عملية تنفيذ حكم قضائي لما في ذلك من مساس بمبدأ حجية الشيء المقضي به الذي هو اصل من الاصول القانونية الواجب احترامها ، لكن يؤخذ على النص السابق بأنه لا يشكل رادع كافي وحقيقي لحمل الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة في مواجهتها للاسباب التالية :

١- اعطاء الاختصاص بتوقيع العقوبة على الادارة او الموظف الممتنع عن تنفيذ الاحكام القضائية للقضاء الجزائي ، وهذا يتطلب اجراءات تقاضي جديدة ودعوى جديدة الامر الذي يجعل من صدر الحكم لمصلحته يتكبد الكثير من الوقت والجهد فضلاً على انه يضيع عليه الكثير من الامتيازات التي كان سيحققها تنفيذ الحكم من جانب الادارة لاسيما اذا كانت المصلحة التي توخاها اصدار الحكم القضائي تستدعي تنفيذ الحكم فوراً او في وقت اقل مما تتطلبه اجراءات التقاضي .

فضلا عن صعوبة توجيه الخصومة الى الموظف الممتنع فعلا عن تنفيذ الحكم القضائي لتداخل نشاطه اليومي الوظيفي بنشاط عموم المرفق الذي يعمل فيه مما يجعل تحديد الممتنع الحقيقي امراً عسيراً . سيما وانه في كثير من الاحيان يمكن ان ينسب الامتناع الى قرار المرفق بعمومه او يتصل بنشاطه مما يجعل تطبيق النص العقابي مستحيلاً لانه الخطأ المرفقي ينسحب الى عموم المرفق الاداري وهو شخص معنوي لا يمكن ولا يتصور ان يقع تحت طائلة العقاب السالب للحرية .

٢- تستطيع الادارة او الموظف الممتنع عن تنفيذ الاحكام القضائية التحصن خلف الفقرة (ب) من المادة ١٣٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي تستوجب استحصال اذن الوزير لاحالة الموظف إلى المحكمة عند ارتكابه جريمة اثناء تأدية وظيفته الرسمية او بسببها[٣٩] .

وبهذا نهج المشرع العراقي نهج اللبناني[٤٠] فيما يتعلق بمسؤولية الموظف الجزائية ففرق بين حالتين :

الأولى / حالة الموظف الذي يرتكب جريمة بمعزل عن وظيفته اي الجرم الذي يرتكبه الموظف كأي فرد اخر وهو لايمت بأي صلة إلى الوظيفة التي يشغلها في هذه الحالة يلاحق الموظف كأي فرد اخر دون الحصول على موافقة مرجعه الاداري او اي جهة أخرى .

ثانيا / حالة الموظف الذي يرتكب جريمة اثناء تأدية وظيفته او بسببها في هذه الحالة لا يجوز ملاحقته الا بعد استحصال موافقة الوزير المختص وهذا يجعل من العقوبة المقررة في المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات العراقي السالفة الذكر حبر على ورق لا تنال حظها في التطبيق اذا ما رفض الوزير المختص اعطاء الاذن باحالة الموظف او المسؤول الممتنع عن تنفيذ الاحكام القضائية .

ثالثا / يتمثل الجزاء الذي يترتب عند امتناعالادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية في العراق باثارة المسؤولية الجزائية دون المسؤولية التأديبية . وهذا نقص تشريعي ينبغي على المشرع العراقي تلافيه لاسيما بان دور المسؤولية التأديبية لايقل عن دور المسؤولية الجائية بشأن ضمان تنفيذ الاحكام القضائية ، كما لايوجد اتجاه ينكر امكانية منح القضاء الاداري سلطة فرض الغرامات التهديدية .

وقد كشف الواقع العملي عن قصور تلك التشريعات العراقية في بلوغ غايتها لايجاد وسائل فعالة لاجبار الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية وهذا ما دفع الادارة الى عدم المبالاة والتهرب من تنفيذ العشرات من الاحكام القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به نذكر منها (امتناع دائرة التسجيل العقاري عن تنفيذ قرار اللجنة القضائية الاولى فرع هيئة النزاعات الملكية العقارية / الكرخ الثانية والمكتسب الدرجة القطعية في ٢٠٠٧/٤/١٧ والقاضي بالزام المدعي عليه السيد وزير المالية / اضافة لوظيفته باعادة ملكية العقار رقم ٤٨٨ /٢٢٨ كرادة مريم ارضا وبناءا الى مالكه الاصلي المدعي (م.ح.أ) وتسجيله باسمه في سجلات التسجيل العقاري وتسليمه خالياً من الشواغل وابطال قيد التسجيل العقاري باسم المدعي عليه / اضافة لوظيفته .....)[٤١] .

الخاتمة

القضاء هو الملجأ الذي يأوي اليه الافراد لرد الاعتداء والحيف الذي يقع عليهم من دون حاجة للاستئذان او التصريح برفع الدعوى ، إلا ان الفائدة المرجوة من القضاء لا تنتهي بمجرد اثبات ان للمدعي حقاً فيما يدعيه وانما بحصوله فعلاً على ذلك الحق ، ولما كانت الادارة تتمتع بحكم وظيفتها بامتيازات خطيرة قد تهدد عند ممارستها حقوق الافراد وحرياتهم ، بل قد يصل

تهديدها إلى الاعتداء على اختصاص السلطة القضائية نفسها والاستهانة باحكامها لاسيما عند امتناعها عن تنفيذ الاحكام القضائية ، واذا ما سمح للادارة بالاستهانة باحكام القضاء والتنصل منها يصبح القضاء مجرد دعاية وهمية للديمقراطية لا يحمل وراءه اية ضمانة حقيقة لحقوق الافراد . لذلك تسعى التشريعات بشكل مستمر في سبيل الوصول إلى جزاءات فعالة يمكن ايقاعها على الادارة عند امتناعها عن تنفيذ الاحكام الصادرة في مواجهتها ، وعلى العكس من ذلك بقيت التشريعات العراقية قاصرة على ايجاد وسائل كافية لحمل الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية ، فعلى الرغم من تجريم المشرع العراقي فعل الادارة او الموظف الممتنع عن تنفيذ الاحكام القضائية ، إلا ان العقوبة المقررة في المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات العراقي غير كافية لاجبار الادارة على التنفيذ للاسباب التي ذكرناها . ولضمان قيام الادارة بتنفيذ الاحكام القضائية نهيب بالمشرع العراقي الاخذ بالمقترحات التالية واصدار التشريعات اللازمة بشأنها :-

١- الغاء القيد الوارد في المادة ١٣٦ /ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والمتمثل بضرورة الحصول على اذن من الوزير لاحالة الموظف إلى المحكمة عند ارتكابه جريمة اثناء تأدية وظيفته الرسمية او بسببها لكي لا يكون توقيع العقوبة على الموظف المسؤول عن تنفيذ الاحكام عند امتناعه عن التنفيذ متوقف على ارادة مرجعه الاداري .

٢- اصدار التشريعات اللازمة لمنح القضاء الاداري سلطة اصدار الاوامر إلى الادارة من اجل ضمان تنفيذ احكامه ، مع منحه سلطة فرض الغرامات التهديدية .

٣- اعطاء الحق لمن صدر الحكم لصالحه في الحصول على تعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة عدم تنفيذ الحكم على ان يدفعه الموظف المسؤول عن تنفيذ الحكم وفق الضوابط الادارية من ماله الخاص .

٤- تفعيل دور رقابة الرأي العام على الحكومة ، وان كانت هذه الوسيلة لا وجود لها إلا في بلد ديمقراطي تكون الكلمة الأولى والاخيرة فيه للشعب .

الهوامش

١- د.انور احمد رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، الكتاب الأول ، المشروعية والرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٨١ .

٢- نصت المادة ٧/ثانيا/أ على ان : " تشكل محكمة القضاء الاداري في مجلس شورى الدولة ويجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الاداري في مراكز المناطق الاستئنافية ببيان يصدره وزير العدل بناءا على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شورى الدولة وينشر في الجريدة الرسمية " .

٣- نصت المادة ٧/ثانيا/د على ان : " تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في صحة القرارات والاوامر الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع الطعن فيها ...".

٤- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥

٥- م ٤ /ثالثا من قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

٦- يشترط لقبول دعوى الالغاء توافر شروط موضوعية تتعلق بمحل الطعن والذي يجب ان ينصب على قرار اداري ،ورفع الدعوى من قبل صاحب مصلحة شخصية ومباشرة والى جانب هذه الشروط توجد شروط شكلية تتمثل بضرورة الالتجاء الى التظلم الاداري قبل اقامة الدعوى في الحالات التي يكون فيها التظلم وجوبيا اضافة الى ضرورة اقامة الدعوى في المواعيد المقررة قانونا لامجال لبحث هذه الشروط في هذا البحث لمزيد من التفاصيل حولها راجع د.عبد العزيز عبد المنعم – شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة – منشاة المعارف الاسكندرية –٢٠٠٥– ص ١٣ وما بعدها

٧- د. ماهر صالح علاوي الجبوري – الوسيط في القانون الاداري –٢٠٠٩– ص ٤٠٢ .

٨-د.عبد الغني بسيوني – القضاء الاداري ومجلس شورى الدولة اللبنانية الدار الجامعية –١٩٩٩– ص ٦١٨ .

٩- يرى البعض اساس نظام الطعن هو وجود ضرر راجع د. احمد محمد حشيش – اساس الوظيفة القضائية – دار النهضة العربية القاهرة – ١٩٩٩– ص ١٣٩ .

١٠-علي سعد عمران– القضاء الاداري العراقي والمقارن – الناشر مكتبة السنهوري بغداد ٢٠١١– ص ١٣٨– ١٣٩

١١- د. احمد محمود جمعة – منازعات التعويض في مجال القانون العام – منشأة المعارف بالاسكندرية – ٢٠٠٥ – ص ٤٩ .

١٢-د.عبد الغني بسيوني المصدر السابق – ص ٦٣١– ٦٣٢.

١٣-د.عبد الرؤوف هاشم بسيوني – اشكالات التنفيذ في احكام القضاء الاداري دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٨– ص ١٤.

١٤-د.محمد علي جواد – القضاء الاداري – المصدر بدون سنة ومكان نشر ص ٤٥

١٥-د. احمد محمود جمعة – المصدر السابق ص ٦٤

١٦-د.جورجي شفيق ساري – الاختصاص باشكالات التنفيذ ونفاذ احكام مجلس الدولة في مصر بين القضاء العادي والقضاء الاداري دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٣ ص ٧١-٧٢.
١٧-د. احمد محمود جمعة – المصدر السابق – ص ١٠٣
١٨-د.جورجي شفيق ساري المصدر السابق – ص ٧٥
١٩-د.عبد الرؤوف هاشم – المصدر السابق –ص٧
٢٠-د.عبد الغني بسيوني – المصدر السابق ص ٦٣٣ وما بعدها .
٢١-د.مازن ليلو راضي – وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري- بحث منشور في مجلة الحقوق مجلة فصلية تصدر عن كلية القانون / الجامعة المستنصرية – العددان الحادي والثاني عشر لسنة ٢٠١٠ – ص ٧-٨.
٢٢-عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٦٣٩ .
٢٣-د.فاروق عبد البر دورمجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات ج ٣ المجلد الاول ،بدون مكان نشر ١٩٩٨ – ص ١٤٤-١٤٥
٢٤-الحكم الصادر من المحكمة بجلسة ١٠ يناير ١٩٥٩ في القضية رقم ٧٢٤ لسنة ٣ قضائية – اشار له د. عبد الغني بسيوني – ص ٦٤٠ .
٢٥-د.فاروق عبد البر – المصدر السابق – ص ١٤٦.
٢٦-قانون العقوبات المصري – دار الفكر العربي – مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر – رقم الايداع ٣٢٥٢ /١٩٧٦م – ص ٥٩ .
٢٧-د.عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٥٨٦ .
٢٨-فوزي حبيش – المصدر السابق ص -٢٥٠ .
٢٩-جلال احمد الادغم – دار الكتب القانونية – مصر دار شتات للنشر والبرامجيات مصر – ٢٠٠٩ – ص ٤٧
٣٠-يعرف الخطأ بأنه القيام بعمل محظور او عدم القيام بواجب – انظر.د فوزي حبيش المصدر السابق – ص ٢٥١
٣١-تقوم المسؤولية المدنية عند توافر عناصرها الثلاثة الخطأ والسبب والعلاقة بينهما
٣٢-انظر حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٤٧٤ لسنة ١٢ قضائية ت بجلسته (١٩٦٨/٥/٢٥)اشار له د.احمد محمود المصدر السابق – ص ٦٤.
٣٣-حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٥٩/٦/٦- اشار له د. احمد محمود – المصدر السابق – ص ١٠٥
٣٤-اسراء محمد حسن – حجية حكم الالغاء وعدم التزام الادارة بتنفيذه – رسالة مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد – ١٩٩٦- ص ١٤٩ .

٣٥-د.جورجي شفيق – المصدر السابق – هامش رقم (١)صفحة ٧٦.

٣٦-د.جورجي شفيق – المصدر نفسه – هامش ص ٧٧.

٣٧-علي سعد عمران – القضاء الاداري العراقي المقارن – الناشر مكتبة السنهوري – بغداد ٢٠١١- هامش –ح- ص ٢٣٦.

٣٨-قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته – الطبعة السادسة ٢٠٠٢- ص ١٠٨ .

٣٩-نصت م ١٣٦ على ما يلي ((فيما عداالمخالفات المعاقب عليها بموجب قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ امعدل والبيانات الصادرة بموجبه لاتجوز احالة المتهم على المحاكمة في جريمة ارتكبت اثناء تأدية وظيفته الرسمية او بسببها الا بأذن من الوزير التابع له....))

صباح صادق جعفر – قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ١٩٩٩ ص ٥٦

٤٠-فوزي حبيش – الوظيفة العامة وادارة شؤون الموظفين ط ٤ – المنشورات الحقوقية – ٢٠٠٨ – ص٢٧٤- ٢٧٥.

٤١- قرارات اللجنة القضائية الاولى فرع هيئة حل النزاعات الملكية العقارية / الكرخ الثانية قرار رقم ٤٩٤٦٣٦ في ٢٠٠٥/٧/٦ ، والقرار رقم ٤٩٤٦٣٦ في ٢٠٠٥/٢/١٩ المصدقين بقراري الهيئة التميزية ٤٢٢٩- تمييز – ٢٠٠٥ في ٢٠٠٧/١/٢٧ و ١٨٦٩- تمييز – ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٤/٦ . قرار منشور على الموقع الالكتروني :www.iraqja.org

المصادر

اولا- الكتب

١- د. احمد محمد حشيش – اساس الوظيفة القضائية – دار النهضة العربية القاهرة – ١٩٩٩

٢- د.احمد محمود جمعة – منازعات التعويض في مجال القانون العام – منشأة المعارف بالاسكندرية – ٢٠٠٥

٣- د.انور احمد رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، الكتاب الأول ، المشروعية والرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧

٤- جلال احمد الادغم – دار الكتب القانونية – مصر دار شتات للنشر والبرامجيات مصر – ٢٠٠٩ –

٥- د.جورجي شفيق ساري – الاختصاص باشكالات التنفيذ ونفاذ احكام مجلس الدولة في مصر بين القضاء العادي والقضاء الاداري دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٣

٦- د.عبد الرؤوف هاشم بسيوني – اشكالات التنفيذ في احكام القضاء الاداري دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٨-

٧- د.عبد العزيز عبد المنعم – شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة – منشاة المعارف الاسكندرية -٢٠٠٥

٨- د.عبد الغني بسيوني – القضاء الاداري ومجلس شورى الدولة اللبنانية الدار الجامعية -١٩٩٩-

٩- علي سعد عمران – القضاء الاداري العراقي المقارن – الناشر مكتبة السنهوري – بغداد ٢٠١١

١٠- د.فاروق عبد البر دورمجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات ج ٣ المجلد الاول ،بدون مكان نشر ١٩٩٨

١١- فوزي حبيش – الوظيفة العامة وادارة شؤون الموظفين ط ٤ – المنشورات الحقوقية – ٢٠٠٨ –

١٢- د. ماهر صالح علاوي الجبوري – الوسيط في القانون الاداري -٢٠٠٩-

١٣- د.محمد علي جواد – القضاء الاداري – المصدر بدون سنة ومكان نشر

ثانيا- الرسائل والبحوث

١- اسراء محمد حسن – حجية حكم الالغاء وعدم التزام الادارة بتنفيذه – رسالة مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد – ١٩٩٦

٢- د.مازن ليلو راضي – وسائل تنفيذ حكم القضاء الاداري- بحث منشور في مجلة الحقوق مجلة فصلية تصدر عن كلية القانون / الجامعة المستنصرية – العددان الحادي والثاني عشر لسنة ٢٠١٠

ثالثا- الدساتير والقوانين

١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥

٢- قانون العقوبات المصري – دار الفكر العربي – مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر – رقم الايداع ٣٢٥٢ /١٩٧٦م

٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته – الطبعة السادسة ٢٠٠٢

٤- – قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل

٥- قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل

٦- قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون تعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩

٧- قانون المحكمة الاتحادية العراقية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥

رابعا- المواقع المنشورة على شبكة الانترنت- www.iraqja.org

ضمانات المتهم في مرحلة إلقاء القبض

(دراسة مقارنة)

م.م. حيدر غازي فيصل الربيعي
كلية القانون– الجامعة المستنصرية

المقدمة

مما لاشك فيه أن من الاعتداءات على الحرية الشخصية والكرامة الإنسانية هو أن يقبض على شخص ويحبس دون ما ذنب ارتكبه أو بناءً على تهمة قد تكون صادقة أو قد تكون كاذبة، وقد نص الدستور العراقي المؤقت الصادر عام ١٩٧٠ الملغى على أن الحرية الشخصية مصونة ضمن حدود القانون وكما نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٥) منه على أن "لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها الا وفقا للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة" لذلك وضع المشرع الضمانات الكافية لصيانة هذه الحرية بان فرض العقوبات ضد من يرتكب شيئا من ذلك تجاه الغير دون سبب ولم يجز القبض أو الحبس الا في أحوال خاصة مراعاة للمصلحة العامة، وقد بين القانون تلك الأحوال وحددها وبين الموظفين الذين يملكون ذلك وسلطة كل منهم وقد أخذت القوانين العقابية بمبدأ معاقبة كل من يعتدي على الحرية الشخصية بالقبض أو التوقيف أو التعذيب بغير الصور والحالات المعينة بالقانون، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي من اجل ضمان الحريات الشخصية في المواد (٣٢٢ و٣٢٣ و٣٢٤و ٣٢٥ و٣٢٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ. أما الأحوال التي يجوز فيها القبض مراعاة للمصلحة العامة فقد بينها المشرع وحددها أيضاً في قانون أصول المحاكمات الجزائية وهي وان كانت أسباباً يستحق معها تضحية بالحرية الشخصية إلا أن المشرع منع الموظفين المختصين من تجاوزها بدون سبب مشروع فهو لم يجز القبض على أي شخص الا بمقتضى أمر صادر من محكمة مختصة أو حاكم أو في الأحوال التي يجيز القانون فيها لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات، إن يقبض على كل متهم بجناية أو جنحة بالمادة (١٠٢) بأربع حالات: الأولى إذا كانت الجريمة مشهودة، والثانية إذا كان المتهم قد هرب بعد القبض عليه قانونا، والثالثة إذا كان قد حكم عليه غيابيا بعقوبة مقيدة للحرية والرابعة، إذا وجد في محل عام من هو في حالة سكر بين واختلال واحدث شغباً أو كان فاقداً صوابه. أما الاستثناءات التي اوجب القانون فيها على كل فرد من أفراد الشرطة أو عضو من أعضاء الضبط القضائي، أن يقبض على الأشخاص فقد حددتها المادة (١٠٣) من قانون

الأصول الجزائية بأربع حالات أيضاً، الأولى: إذا صدر على الشخص أمر بالقبض من سلطة مختصة، والثانية: أن يكون حاملا سلاحا ظاهراً أو مخبأ خلافاً للقانون، والثالثة: أن يظن لأسباب معقولة انه ارتكب جناية أو جنحة عمدية ولم يكن له محل أقامة معين، أما الرابعة فكل من تعرض لأحد أعضاء الضبط القضائي أو أي مكلف بخدمة عامة في أثناء أداء واجبه. وعلى كل من قبض على شخص وفق الأحوال المتقدمة أن يحضره إلى اقرب مركز للشرطة أو يسلمه إلى حد أعضاء الضبط القضائي الذي عليه أن يسلمه بدوره إلى مركز الشرطة. وإذا تبين للمسؤول في مركز الشرطة أن أمرا بالقبض سبق صدوره على الشخص المذكور فعليه أن يحضره أمام من صدر الأمر، أما إذا تبين انه ارتكب جريمة، فعليه اتخاذ الإجراءات القانونية بشأنه، وألا فإخلاء سبيله حالا.

أهمية البحث:

الحرية الفردية تعني حق الفرد في أن يعيش أمناً من الاعتداء على نفسه أو ماله أو شرفه، ضامناً عدم القبض عليه أو توقيفه أو معاقبته الا وفق القانون قادراً على التصرف في شؤونه الخاصة على أن لا يكون في تصرفه عدوان على حقوق الغير مع ضمان حقه في الذهاب والإياب والانتقال داخل البلاد وخارجها[١]. لذلك كان للحرية الفردية قدسية خاصة جعلتها تسمو لتصبح من ضمن المبادئ الدستورية، حيث تنص الفقرة (٢) من المادة (٢٢) من الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ (الملغى) على انه (لا يجوز القبض على احد أو توقيفه أو حبسه أو تفتيشه الا وفق أحكام القانون) كما تنص المادة (١/٢٠) منه على انه (المتهم برئ حتى تثبت أدانته في محاكمة قانونية). وأكدت على ذلك أيضاً المادة (١٩/خامسا) من الدستور العراقي الجديد لعام (٢٠٠٥) بقولها (المتهم برئ حتى تثبت أدانته في محاكمة قانونية عادلة ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج، عنه الا إذا أظهرت أدلة جديدة).

وتضمن قانون العقوبات العراقي النافذ لعام ١٩٦٩ المعدل نصوصاً تعاقب على الاعتداء على الحرية الشخصية في المواد (٤٢١- ٤٢٧) ولا بد من القول أن هذه القاعدة مقررة أصلاً في الشريعة الإسلامية التي سبقت كل التشريعات الوضعية في هذا المجال بأفتراض البراءة كأصل عام وذلك في قوله تعالى (أن الظن لا يغني من الحق شيئا)[٢] أما فيما يتعلق بكرامة الإنسان والمحافظة عليها من أي سوء فقد أكدت عليها الفقرة (١) من المادة (٢٢) من الدستور العراقي (الملغى) لعام ١٩٧٠ والتي تنص على انه (كرامة الإنسان مصونة، وتحرم ممارسة أي نوع من أنواع التعذيب الجسدي أو النفسي). وأشار الدستور العراقي الجديد إلى ذلك أيضاً فنص في المادة (٣٧/أ) على أنه (حرية الإنسان وكرامته مصونة) ونصت كذلك الفقرة (ج) من المادة نفسها بقولها (يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية، ولا عبرة بأي اعتراف انتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وفقاً للقانون).

تقسيم البحث:

للإحاطة بموضوع ضمانات المتهم في مرحلة إلقاء القبض من جوانبه المختلفة، سوف أتناول دراسته في ثلاثة مباحث، المبحث الأول، ابحث فيه ماهية القبض وأغراضه وهذا المبحث يتجزءا إلى مطلبين الأول لدراسة ماهية القبض، والثاني لدراسة أغراض القبض. أما المبحث الثاني، فسوف أدرس فيه حالات القبض، وهذا المبحث يتجزأ إلى ثلاثة مطالب أدرس فيه حالات القبض الوجوبي كما حددتها المادة (١٠٣) من قانون الأصول الجزائية، والمطلب الثاني ادرس فيه حالات القبض الجوازي كما حددتها المادة (١٠٢) من قانون الأصول الجزائية، والمطلب الثالث ادرس فيه الأحوال الخاصة في القبض، أما المبحث الثالث سوف أبحث فيه حقوق الأفراد ممن يتم القبض عليهم. وتنتهي الدراسة بخاتمة تتضمن أهم نتائج البحث والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية القبض وأغراضه

يتميز القبض عن إجراءات تقييد الحرية التي يمارسها مأمور الضبط القضائي، كما ويتسم بخصائص تختلف في تكييفها القانوني وأغراضها عن تلك التي يتعرض لها الأفراد من إجراءات حجز الحرية بصورة عامة. وهذا ما سنعالجه على ضوء المحاولات الفقهية والقضائية لبيان ماهية هذا الإجراء، خصائصه وأغراضه. ولذلك سوف ندرس في هذا المبحث ماهية القبض وأغراضه في مطلبين، في الأول ندرس ماهية القبض أما المطلب الثاني فسوف ندرس فيه أغراض القبض.

المطلب الأول: ماهية القبض

القبض إجراء خطير يتضمن المساس بالحريات الفردية، تلك التي كفلتها كافة التشريعات وأحاطتها بسياج متين من الضمانات. وبينت الحالات التي يمكن ان يتم بمناسبتها، كما وحددت الجهات التي لها أن تمارسه. وقد اتفقت النظم المختلفة على استعمال هذا الاصطلاح القانوني[٣] باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية[٤].

تعريف القبض:

لم تتضمن التشريعات العربية من تعريف للقبض، واقتصرت على بيان الجهات المخولة بمباشرته والأمر به وتحديد الحالات التي يباشر بمناسبتها، كما أوردت بعض الإجراءات المعاصرة واللاحقة لهذا الإجراء، كواجبات أو سلطات للجهة القائمة بمباشرته. وقد حاول الفقه والقضاء وضع تعريف متضمن لعناصر هذا الإجراء الجوهرية. فقد عرفته محكمة النقض المصرية[٥] بأنه "مجموعة احتياجات وقتية صرفة للتحقق من شخصية المتهم وأجراء التحقيق الأولي وهي احتياجات متعلقة بحجز المتهمين ووضعهم في

أي مكان لمدة بضع ساعات كافية لجمع الاستدلالات التي يمكن أن يستنتج منها لزوم الحبس الاحتياطي وصحته قانونا". وبعدها[٦] وقد عرفته ايضاً بأنه "امساك المقبوض عليه من جسمه وتقييد حركته من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية محددة". وهذا هو التعريف الذي أورده الفقيه "هيلي" في مطولة[٧] ويؤخذ عليه أنه لم يظهر سوى الجانب المادي لإجراء القبض دون الجانب القانوني. بالإضافة إلى انه يقرر مبدأ مخالفًا لما استقرت عليه التشريعات في القانون المقارن فيما يتعلق بتحديد فترة احتجاز المقبوض عليه. وقد عرفه البعض[٨] بأنه "اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتقييد حرية المقبوض عليه ووضعه تحت تصرف الجهة المخولة بإلقاء القبض عليه لفترة زمنية مؤقتة تستهدف منعه من الفرار تمهيدا لاستجوابه من الجهات المختصة" وقد عرفه البعض الأخر بأنه "حرمان الشخص من حرية التجوال فترة من الوقت طالت أو قصرت وارغامه على البقاء في مكان معين أو الانتقال أليه لسماع أقواله في جريمة مسندة أليه"[٩]. وقد أبرز هذا التعريف عنصر الإكراه الذي يتصف به إجراء القبض دون العناصر الجوهرية الأخرى وأضاف إليه عنصر أخذ الأقوال الذي لا يدخل ضمن عناصره...الخ بل يمكن أن يكون إجراء لاحقا. وقد أبرز الدكتور رؤوف عبيد[١٠] في تعريفه للقبض عنصر المنع من الهرب وهو غرض جوهري من أغراض القبض، إلا أن التعريف الذي جاء به لم يكن شاملاً لكافة العناصر وخاصة فيما يتعلق بطبيعة الإجراء القانوني وعنصر الإكراه المميز لإجراء القبض، حيث عرف القبض بأنه "حجز الشخص لفترة من الوقت لمنعه من الهرب تمهيداً لسماع أقواله من الجهة المختصة". وقد عرفه انكاما[١١] في رسالته عن الشرطة وتطبيق القانون والأوامر في غانا بأنه "الحرمان من الحرية في بعض جوانبها القانونية" وهو التعريف الذي ورد في قاموس القانون الانكليزي[١٢]. ويؤخذ عليه انه شامل لكل إجراءات الحرمان من الحرية حتى الحبس. ولعل التعريف الذي جاء به المؤتمر الدولي الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين[١٣] للقبض قد تضمن جميع العناصر الجوهرية المميزة لهذا الأجراء والمبينة لطبيعته القانونية فقد عرفه المؤتمر بأنه "إجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى الجنائية، يتضمن اخذ شخص بالإكراه تحت الحراسة لفترة زمنية وجيزة، بسند من سلطة قانونية وبهدف إحضاره أمام السلطة المختصة لتأمر باستمرار وضعه تحت الحراسة أو أطلاق سراحه".

خصائص القبض:

يمكن استخلاص الخصائص المميزة لإجراء القبض على ضوء التعريفات السابقة وما استقر عليه تنظيم هذا الإجراء في القانون المقارن بخاصتين متلازمتين:

اولاً: لا يكون القبض إلا تنفيذاً لقرار صادر عن جهة التحقيق الأصلية أو الاستثنائية او المحكمة المختصة فقد استقر القانون الفرنسي والقوانين العربية التي أخذت عنه أن إجراء القبض لا يكون إلا بالاستناد لأمر صادر عن جهة التحقيق الأصلية كقاعدة عامة، ولسلطة التحقيق تقدير توافر الأسباب

الداعية لإصدار أمر القبض وضوابطه القانونية، تحت رقابة محكمة الموضوع[١٤]. يضع القانون الانجلو أمريكي قيدا إجرائياً على سلطات البوليس في القبض على الأشخاص، نظرا لما لهذا الإجراء من أهمية ومساس خطيرين بالحرية الشخصية. فالأصل أن لا يمارس، الا بعد رفع القيد الإجرائي المتمثل في الأمر به من جهات محددة. ويرد على هذه القاعدة استثناء فيما يتعلق بالسلطة الذاتية في القبض على الأشخاص والتي خولتها التشريعات المختلفة لمأمور الضبط القضائي بسلطة مستمدة من القانون مباشرة[١٥]. فقد أمدت القوانين المختلفة مأمور الضبط القضائي بسلطة تقديرية[١٦] لتقدير أحد أمرين:

الأول: هل سيبحث في طلب أمر بالقبض من الجهات المختصة بإصداره، وهل لديه الأسباب الموجبة والمقنعة لأصدار مثل هذا الأمر.

والثاني: هل سيمارس قبضاً ذاتياً على المتهم الحاضر، وهل تقديره لتوافر المعايير القانونية لمباشرة الأجراء المقنع في المجالين العملي والقانوني لمباشرة القبض على المتهم الحاضر أو أصدار أمر بضبط وإحضار المتهم الغائب.

وبهذا فان الاختيار الثاني ينطوي تحت الأستثناء الوارد على القاعدة العامة حيث يقدر مأمور الضبط القضائي بذلك وقوع الجريمة، ومدى صلة المتهم بها، وتوافر الحدود القانونية لتقدير مباشرة الإجراء. ولا يغير من طبيعة هذا الاستثناء استشارة مأمور الضبط القضائي لجهة التحقيق الأصلية عن واقعة أو دليل ومدى تسويغها لمباشرة سلطاته الذاتية، إذا لم تأخذ الاستشارة صيغة طلب إصدار أمر بالقبض[١٧].

ثانياً: يتضمن إجراء تقييداً لحرية متهم بالإكراه، واستعمال القوة اذا اقتضى الأمر:

يشكل تقييد حرية المقبوض عليه وحرمانه من الحركة أو التنقل كما يشاء، المضمون الجوهري لإجراء القبض. ولا عبرة لمدة سلب الحرية، فقد لا يستمر القبض المدة التي حددتها القوانين المختلفة، وقد تتحقق أغراضه خلال فترة وجيزة ويتساوى من حيث المدة مع إجراء الاستيقاف، أنما يتميز إجراء القبض عن الاستيقاف في أنه مقصوداً لذاته بينما الاستيقاف ليس مقصوداً لذاته بل لإزالة أسباب الريبة والشك[١٨]. ومن حيث المبدأ لا يكون محلاً للقبض سوى الشخص الطبيعي اما الشخص المعنوي فلا يتصور تنفيذ هذا الإجراء بحقه، لأنه ومع تقرير مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية فلا يطبق عليه من الإجراءات والعقوبات الا ما يتلاءم مع طبيعته، ولن تكون إجراءات تقييد الحرية أو سلبها من الإجراءات أو العقوبات الممكن القيام بها أو الحكم بها[١٩]. ويتميز الشخص الطبيعي محل القبض عن غيره من الأشخاص ممن تتقيد حريتهم بإجراءات مشابهة في أن القبض لا يقع إلا على شخص يمكن أن يكون محلاً للاتهام وفرض عقوبة سلب الحرية عليه، وهذا ما يميز القبض عن إجراءات التحفظ على الشهود أو دعوة ولي الحدث لحضور محاكمته أمام محكمة الأحداث أو استيقاف الأشخاص لإزالة أسباب الريبة قبل

أن يتقرر ترجيح اتهامهم والقبض بهذه الصفة. ولقد حظيت إجراءات القبض على المتهمين بعناية المشرع في القانون المقارن حيث أمدت القائمين بتنفيذه بسلطة استعمال القوة لمباشرة الإجراء وتأكيده. والإكراه سمة إجراءات التحقيق عامة، فلا تتم برضا الأشخاص. وفي مجال القبض لا يوجد أمام المقبوض عليه سوى الانصياع ومرافقة البوليس إلى المكان المخصص لسلب الحرية قانوناً، فإذا تم هذا الانصياع ومرافقة البوليس إلى المكان المخصص سواء بالموافقة الصريحة أو الإيماء أو التجاوب مع ما يطلبه منه البوليس، اخذ المتهم صفة المقبوض عليه، وبغير ذلك فلا يكون هنالك قبض، الا بإمساك المقبوض عليه بما يتضمن ضبط جسمه بأية وسيلة تتطلبها الحالة[٢٠]. ولتحديد لحظة أتمام الإجراء بكافة عناصره أهمية قصوى في مجال السلطات المترتبة على الهرب بعد القبض لان من القوانين ما خول البوليس سلطة استعمال السلاح على محاولة الهرب[٢١] ومنها ما اعتبر من الهرب بعد القبض جريمة. وقد حاول البعض ان يميز بين القبض الذي يتم دون استخدام القوة والقبض الذي يتم باستخدامها حيث وصف الوضع في الحالة الأولى بأنه قبض صوري وفي الحالة الثانية قبض حقيقي[٢٢]، الا أن هذا التقسيم قد وجه أليه نقد عنيف من البعض حيث قال: "يكون القبض تاما إذا تجاوب المقبوض عليه ووضع نفسه بالفعل تحت تصرف البوليس، أو إذا امسك به البوليس ماديا ليضعه رهن الاحتجاز، فلا يوجد قبض صوري وأخر حقيقي فاما أن يكون هنالك قبض أو لا يكون". وهذا هو الاتجاه الذي اخذ به القانون الغاني[٢٣] في مجال تنفيذ القبض حيث نص على أنه "لرجل البوليس أو من يقوم مقامه أن يمسك بجسم المقبوض عليه، الا إذا وجدت موافقة متضمنة الاستجابة للوضع تحت الحراسة بالفعل أو الكلام" وقد اعتبر القضاء الانكليزي[٢٤] من أمساك البوليس لجسم المقبوض عليه إجراء بديلا لعدم الإذعان أي أن الأصل أن يتم القبض على المتهم بالكلام ومن ثم بالإمساك بجسمه عند عدم الإذعان، حيث تقرر في إحدى القضايا "القبض على شخص أطرش لا يستطيع القراءة، أو شخص لا يعرف اللغة الانكليزية، بالإمساك بجسمه يعتبر عملا مشروعاً إذا بذل البوليس كل ما في وسعه لإفهامه بالإشارة. وليس للمقبوض عليه أن يدفع بعد ذلك بعدم علمه بالإجراء أو عدم فهمه له". وقد كانت أحدى المحاكم[٢٥] قد أشارت إلى هذه النقطة في قضية أقدم فيها رجل البوليس على إبلاغ سائق سيارة بان لديه أمراً بالقبض عليه، ولم يعتبر من فرار السائق بعد ذلك هرباً بعد القبض حيث قضت بان "القبض لم يتم، ومغادرة السائق لا تعتبر فراراً من قبض قانوني بعد إبلاغه من قبل البوليس بأن هنالك أمراً بالقبض عليه".

المطلب الثاني: أغراض القبض

لم تبين التشريعات أغراضاً محددة للقبض، ويمكن من الإجراءات اللاحقة للقبض ومن طبيعته تقييد الحرية والجبرية التي يتصف بها القبض، استخلاص أغراض القبض وهي:

أولاً: ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء:

أن الغاية من الدعوى الجنائية هي أعمال النصوص الجنائية على الوقائع والأعمال المنطبقة عليها والتي توصف بأنها جزاء لجريمة وإيقاع لعقوبة تمثل سلطة الدولة في العقاب على مستحقيها، ولما كان تنفيذ العقوبة لا يتم الا على شخص موجود، فأن ضمان إحضار ذلك الشخص أمام القضاء المختص ليقول كلمته فيه هو الضمان الأكيد لتأكيد سلطة الدولة في العقاب خاصة في الحالات التي تكون العقوبة متضمنة لسلب الحرية. والقيود التي فرضتها التشريعات عامة لإجراء القبض سواء بأمر صادر من جهة قضائية، أم من مأموري الضبط القضائي مباشرة، قيود منيعة تؤكد نسبياً ضرورة السير في إجراءات الدعوى الجنائية ضد المقبوض عليه، بل وتنبئ مسبقاً عن احتمالات أدانته، وبعقوبة سالبة للحرية، فأمر القبض الذي تصدره الجهة القضائية المختصة لا يصدر إلا إذا كان مستنداً إلى دلائل قوية تشد أزر تلك السلطات للسير في إجراءات الدعوى الجنائية، والدلائل الكافية وحالات التلبس التي يقرر تواجدها مأمور الضبط القضائي ويقبض تلقائياً بموجبها تنبئ بذاتها عن وقوع الجريمة ونسبتها بدلائل مادية كما في حالة التلبس ودلائل ذهنية[٢٦].

وحيث أن الاتجاه العام في التشريع المقارن هو عدم إجازة القبض إلا إذا كان الجرم معاقباً عليه بعقوبة سالبة للحرية، كان من الضروري أيجاد أسس قوية تضمن تواجد المتهم أمام القضاء في المحاكمة وذلك بإجازة القبض في أحوال محددة. وقد تكون المدة التي يقضيها المقبوض عليه محتجزاً بهذه الصفة غير كافية لإصدار قرار الحكم في الجريمة التي قبض عليه من أجلها، إلا أن هذه المدة المؤقتة تضع الأسس للإجراءات اللاحقة على القبض والتي بدورها تشكل الضمان اللاحق للمثول أمام المحكمة كما هو الحال في الحبس الاحتياطي أو تخلية السبيل بموجب كفالة تضمن حضوره. ولم تقف التشريعات عند حد العقوبة السالبة للحرية في وضعها لقيود القبض، بل تعدت ذلك وخاصة في الأحوال التي يمارس فيها مأمور الضبط القضائي القبض دون أمر، إلى اشتراط جسامة معينة في الجريمة التي يقبض من أجلها.

وتحدد العقوبة بجسامة الجريمة واحتمالات الهرب متوقعة بنسبة أكثر من غيرها[٢٧] وقد كان هذا الغرض في ضمان إحضار المقبوض عليه أمام المحكمة كغرض هام من أغراض القبض، مدار اهتمام لجنة مراجعة القانون الجنائي الانكليزي حينما ردت اقتراحاً بتأجيل القبض في حالات معينة طلباً لأمر القبض بقولها "للتأخير في إجراء القبض مخاطر جسيمة لا يمكن إغفالها وفي مقدمة هذه المخاطر عدم ضمان مثول المتهمين أمام المحاكم"[٢٨]وقد يكون تأثير هذا الغرض من أغراض القبض غير مباشر في اغلب الأحوال في القانون الفرنسي وبعض القوانين العربية، حيث يعمل مأمور الضبط القضائي على توديع المقبوض عليه ليمثل أمام جهة التحقيق. ولكنه بهذا الإجراء يضع الأسس الأولية لضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء في مرحلة لاحقة. ويبدو أثره المباشر في الأحوال التي تجيز فيها القوانين

لمأمور الضبط القضائي سلطة تحريك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي مباشرة كما هو الحال في القانون الانكليزي والقانون الأردني والسوري[٢٩].

ثانيا: المحافظة على أدلة الاتهام والحصول على أدلة جديدة

غالباً ما يحاول الجاني إخفاء جسم الجريمة أو معالمها وأدواتها، وقد يخفي هذه الأدوات أو الأدلة في ملابسه، وقد تكون أثارها ومعالمها ظاهرة أو مخفية في جسمه، أو على ملابسه من الداخل أو الخارج. وربما يكون جسم الجريمة وأدلتها قائمة وشاهدة عليها في مسرح الجريمة أو في أي مكان أخر اختاره الجاني لإخفاء معالم جريمته، وكما تكون الأدلة مادية، تكون بشهادة الشهود الذين شاهدوا الواقعة الإجرامية، ويمكن أن يكون من أقوال الجاني دلالة كاملة على مكان وجود الأدلة، ويمكن أن يحصل الاعتراف نتيجة للندم أو الفخر. ويحقق إجراء القبض بما يعاصره من إجراءات أو من الإجراءات اللاحقة الأمور التالية:

١. الحصول على أدلة جديدة نتيجة تفتيش المقبوض عليه أو معاينته.
٢. ضمان سلامة الأدلة في مسرح الجريمة والأمكنة التي يمكن ان يكون الجاني قد أخفاها فيها.
٣. سلامة حيدة الشهود ومنع التأثير عليهم من قبل الجاني.
٤. استجواب المقبوض عليه بما قد يؤدي إلى اعترافه والدلالة على أدلة الجريمة أو أمكنة وجودها.

أ. الحصول على أدلة أثبات نتيجة معاينة المقبوض عليه:

لقد خولت غالبية القوانين مأمور الضبط القضائي سلطة تفتيش المقبوض عليه[٣٠] والغرض من هذا الإجراء هو الحصول على مزيد من الأدلة التي تؤيد الاتهام[٣١] إلى جانب وقاية مأمور الضبط لئلا يكون ضحية اعتداء بأي أسلحة أو أدوات عدوانية يخفيها الجاني، وليس لتقوية أو أيجاد الدلائل الكافية التي تبرر القبض، فالقبض قامت أسبابه قبل إجرائه. وقد لا يتوقف الضبط على أوراق أو وثائق تقدم كأدلة مباشرة ضد المقبوض عليه في الاتهام، فمن المحتمل أن يمتد غالى اثار المقاومة الظاهرة على جسمه فقد تضبط أثار الدماء (دماء الضحية) على ملابس أو جسم المقبوض عليه بالإضافة إلى ما يعلق من الآثار المادية على ملابس الجاني الداخلية من اثار وخاصة في القضايا الجنسية، فتفتيش المقبوض عليه عن الأدلة والآثار يحقق احد أغراض القبض المهمة في الإثبات الجنائي[٣٢].

ب. ضمان سلامة الأدلة من العبث والإتلاف:

يتضمن إجراء القبض حجز المقبوض عليه فترة زمنية يتمكن خلالها مأمور الضبط القضائي والمحقق من ضبط أدلة الجريمة، ورفع اثارها قبل أن تنالها يد الجاني بالعبث والاتلاف والتلفيق[٣٣]. فإذا ما أتيحت الفرصة للجاني فانه سيتخلص من جميع الاثار والأدلة التي تساعد في اتخاذ الإجراءات الجنائية

ضده. وهكذا فان القبض عليه وتقييد حريته يمنعه من اتلاف الأدلة في مسرح الجريمة أو أي مكان أخر يحتمل وجود الأدلة فيه، ويمنع من تلفيق أدلة أو قرائن من شانها أن تضلل رجال الضبط القضائي.

ج. سلامة حيدة الشهود ومنع التأثير عليهم:

يضمن القبض على الجاني عدم تأثيره على الشهود[٣٤]، ويضمن صحة الوقائع التي أدلوا بها قبل أن يقعوا تحت تأثيره في تلفيق الوقائع خاصة ما إذا كان الجاني ذا سطوة ونفوذ من شأنها أن تخيف الشهود وتمنعهم من الإدلاء بالحقيقة أو الأحجام عن سرد ما شاهدوه أو سمعوه.

د. استجواب المقبوض عليه:

لقد ذكرنا في السابق أن جانباً من الفقه قد أورد الاستجواب كفاية أولية أو وحيدة للقبض، وهو ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية حيث قرنته بأيقاع الحبس الاحتياطي كإجراء لاحق، ومن المعروف أن الحبس الاحتياطي لا يكون الا بعد استجواب واخذ أقوال المقبوض عليه. فقد ينجم عن سماع أقوال المتهم المقبوض عليه من مأمور الضبط أو استجوابه من قبل الجهات المختصة عن اعتراف منه بارتكاب الجريمة ودلالة على الأدلة وجسم الجريمة والظروف التي تمت خلالها، تلك التي ستصاغ وتقوم أدلة ضده في الاتهام. ومن الممكن أن يقدم من الأدلة والاثباتات ما يقنع مأمور الضبط القضائي ويعمل على إخلاء سبيله[٣٥] دون حاجة إلى توديعه للجهات المختصة من أجل استجوابه. من ذلك يتبين أن القبض يحقق إمكانية أخذ الأقوال أو الاستجواب، الذي يترتب عليه الإجراءات اللاحقة، من إخلاء السبيل أو كفالة، أو حبس احتياطي، حسب مقتضيات الواقعة الجرمية، وبالنظر لما ينجم عنه الاستجواب من أدلة اتهام جديدة.

هـ. حماية المقبوض عليه ومنع ارتكاب الجرائم:

أشارت بعض الاراء الفقهية[٣٦] إلى أن هدف القبض وما يستتبعه من إجراءات سالبة للحرية كالحبس الاحتياطي- هو الحرص على المقبوض عليه نفس وحمايته من أذى واعتداء المجنى عليه أو ذويه، وكما أشارت أراء فقهيه أخرى إلى أن الغاية من القبض هو منع المقبوض عليه من الاستمرار في ارتكاب جريمته أو العودة إلى اقترافها ثانية[٣٧].

المبحث الثاني

حالات القبض

نصت المادة (٩٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه (لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه الا بمقتضى أمر صادر من قاضي أو محكمة أو في الأحوال التي يجيز فيها القانون

ذلك). يتبين من النص المذكور أعلاه أن أمر القبض يصدر من قاضي التحقيق أو من محكمة جزائية وهناك أحوال أخرى يجوز فيها القبض ولو لم يكن هناك أمر من قاضي، ومن هذه الأحوال ما نصت عليه المادة (١٠٢) من الأصول الجزائية حيث أعطت الحق لكل شخص ولو بغير أمر من السلطة المختصة أن يقبض على أي متهم بجناية أو جنحة وتوجد بالإضافة إلى الحالات المذكورة في المادتين (١٠٢) و(١٠٣) من الأصول الجزائية حالات خاصة في القبض، وسوف نخصص لبحث حالات القبض المذكورة أنفاً مطلباً مستقلاً وكما يلي:

المطلب الأول: حالات القبض الوجوبي

لقد أشارت المادة (١٠٣) من قانون الأصول الجزائية العراقي إلى حالات القبض الوجوبي حيث نصت على "كل فرد من أفراد الشرطة أو عضو الضبط القضائي أن يقبض على أي من الأشخاص الاتية ولو لم يصدر أمر بالقبض عليهم وهم:

١. كل شخص صدر أمر بالقبض عليه عن سلطة مختصة.
٢. من كان حاملا سلاحا ظاهراً أو مخبئاً خلافاً لأحكام القانون.
٣. كل شخص ظن لأسباب معقولة انه ارتكب أو جنحة عمدية ولم يكن له محل القامة معين.
٤. كل من تعرض لأحد أعضاء الضبط القضائي أو أي مكلف بخدمة عامة في أداء واجبه.

هذه المادة واضحة في إنها أوجبت على المكلف بالقبض سواء أكان من أفراد الشرطة أو من بين أعضاء الضبط القضائي أن يقبض على الشخص الذي صدر أمر بالقبض عليه وأن يقبض على أي شخص في أحوال أخرى لم يصدر أمر بالقبض عليه كمن يكون حاملاً سلاحاً غير مجاز بحمله أو ممنوع حيازته كالأسلحة الحربية وان يجرده من سلاحه وإذا اشتبه بأي شخص ارتكب جناية أو جنحة كما في حالة دوريات الشرطة وخصوصاً في الليل إذا وجدت شخصا بين الدور في حالات يحاول فيها أن يبعد نفسه عن الشرطة أو الاختفاء فلها في هذه الحالة أن تستوقفه وإذا كان حاملاً أمتعة أن تستفسر منه عن مصدرها وكذلك اوجب القانون على أفراد الشرطة القبض على أي شخص تعرض للموظف عند قيامه بواجبه. وسوف نبحث عن كل حالة من الحالات المذكورة بشكل موجز في فقرة مستقلة وكما يلي:

١. كل شخص صدر أمر بالقبض عليه عن سلطة مختصة:

أن صدور أمر ألقاء القبض على متهم بارتكاب جريمة جنائية[٣٨]، يوجب على أفراد الشرطة وأعضاء الضبط القضائي تنفيذه متى ما استوفى هذا الأمر شروطه القانونية من حيث البيانات الواجب توفرها فيه أو من حيث الجهة المخولة بإصداره.

٢. من كان حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخبئاً خلافاً لأحكام القانون:

أن حمل السلاح بلا أجازة كان من جرائم الجنايات عند الاحتلال البريطاني للعراق وكانت الحكومة تحارب عادة حمل السلاح بلا أجازة فتعاقب مرتكب هذه الجريمة عقوبة صارمة، كما أن حمل السلاح ظاهراً أو مخبئاً قد يؤدي إلى ارتكاب جرائم عمدية أو غير عمدية لذلك ادخل هذا الفعل المخالف للقانون ضمن الجرائم التي اوجب فيها القانون على أفراد الشرطة وأعضاء الضبط القضائي القبض على مرتكبيها وقد عدل نظام حمل الأسلحة واعتبرت الجريمة مخالفة ففقدت أهميتها لهذا لا تجد من يقبض عليه ألان لهذا الغرض إلا نادراً[٣٩].

٣. كل شخص ظن لأسباب معقولة انه ارتكب جناية أو جنحة عمدية ولم يكن له محل اقامة معين[٤٠]:

إذا تظاهر لأفراد الشرطة أو عضو الضبط القضائي بأن شخصاً قد ارتكب جريمة جناية أو جنحة عمدية ولم يكن له محل أقامة معين فيجب إلقاء القبض عليه [م١٠٣/ ٣] غير انه يشترط لصحة هذا الإجراء توافر الشروط الآتية:

أ. أن تكون الجريمة المتهم بأرتكابها المقبوض عليه هي من نوع الجناية أو الجنحة العمدية.

ب. أن يكون عضو الضبط القضائي، وقبل إلقاء القبض على الشخص، قد بنى عقيدته بتوافر الأدلة التي تنصرف إلى اتهام المقبوض عليه على أسباب معقولة بمعنى أن تتوافر قرائن تدل على اتهام المقبوض عليه بارتكاب الجريمة. ولا يستوجب لتوافر هذه الحالة أن يوجد المتهم متلبساً بالجريمة، بل يكفي ان توجد ثمة دلائل كافية على اتهامه. وتقدير تلك الدلائل وكفايتها يكون بداءة لعضو الضبط القضائي إلا أن تقديره، بهذا الشأن يخضع لسلطة التحقيق تحت أشراف محكمة الموضوع[٤١]. وبهذا قضي بأنه [إذا استظهر الحكم إن الطاعن شوهد في منتصف الليل يحمل شيئاً وما أن رأى سيارة البوليس تهدئ من سرعتها حتى قفل راجعاً يعدو، وانه خلع حذاءه ليسهل له الجري فقد توافرت بذلك الدلائل الكافية التي تبرر القبض عليه طبقا للقانون][٤٢]. ولا يعتبر من قبيل توافر الدلائل الكافية على الاتهام وصول بلاغ لعضو الضبط القضائي عن ارتكاب المتهم الجريمة، بل يتطلب القيام بتحريات عما اشتمل عليه البلاغ. فإذا أسفرت التحريات عن توافر دلائل قوية على صحة ما ورد في البلاغ، فعندئذ يسوغ له أن يقبض على المتهم ويفتشه[٤٣] كما لا يكفي لتوافر هذه القرائن مجرد ما يبدو على الفرد من حيرة وارتباك. ولهذا فقد قضى بأن مجرد كون الطاعن من عائلة المتهمين المطلوب القبض عليهم في جناية قتل وارتباكه لما رأى رجال الشرطة وجرية عندما نادى عليه الضابط- على فرض صحة ما يقوله الشهود في هذا الشأن- أن جاز معه للضابط استيقافه فأنه لا يعتبر دلائل كافية على اتهامه في جناية تبرر القبض عليه وتفتيشه[٤٤].

ج. أن يثبت بأن ليس للمقبوض عليه محل إقامة دائم:

أن أصل هذا النص هو المادة (٦/٢٤) من قانون أصول المحاكمات البغدادي (الملغى) التي ذكرت بأنه [لكل ضابط بوليس أن يلقي القبض على كل شخص ظن لأسباب معقولة انه ارتكب آية جريمة أخرى

وانه ليس له محل أقامة معين أو انه ذكر أسمه وعنوانه على غير حقيقتهما أو انه من المحتمل فراره من يد العدالة] والمقصود بذلك النص كما هو ظاهر أن المقبوض عليه يعجز عن أعطاء تفصيل مقنع عن نفسه ما يدل عن مظاهر تبرر القبض عليه.

٤- كل من تعرض لأحد أعضاء الضبط القضائي أو أي مكلف بخدمة عامة في أداء واجبه:

يعتبر فعل التصدي للمكلف بخدمة عامة ومنعه من تأدية واجبه من الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين [م٢٣٠/ ع] كما يوجب على عضو الضبط القضائي إلقاء القبض على هذا المتهم بارتكاب هذه الجريمة [المادة ١٠٣/ ٤].

المطلب الثاني: حالات القبض الجوازي

لقد أشارت المادة (١٠٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ إلى حالات القبض الجوازي وأعطت الحق لكل شخص ولو بغير أمر من السلطة المختصة أن يقبض على أي متهم بجناية أو جنحة وهذه الحالات هي:

١. أذا كانت الجريمة مشهودة أي متلبس بها.
٢. إذا كان قد فر بعد القبض عليه قانونا.
٣. إذا كان قد حكم عليه غيابياً بعقوبة مقيدة للحرية [أي سالبة لها].
٤. لكل شخص ولو بغير أمر من السلطة المختصة أن يقبض على كل من وجد في محل عام في سكر بين واختلال واحدث شغباً أو كان فاقدا صوابه.

وسوف نبحث عن كل حالة من الحالات المذكورة أعلاه في فقرة مستقلة وكما يلي:

١. حالة الجريمة المشهودة:

لقد نصت المادة [١/ب] من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على أنه "وتكون الجريمة المشهودة إذا شوهدت حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهه يسيرة أو إذا تبع المجنى عليه مرتكبها اثر وقوعها أو تبعه الجمهور مع الصياح أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت به في ذلك الوقت أثار أو علامات تدل على ذلك". يتبين من النص الوارد أعلاه أن المشرع العراقي قد حصر الجرم المشهود في أربع حالات وهي:

أ. حالة الجرم الذي يقترف حاليا.
ب. حالة الجرم الذي يضبط عند نهايته.
ج. حالة إذا تبع المجني عليه مرتكبها اثر وقوعها أو تبعه الجمهور مع الصياح.

د. حالة ما يضبط مع الفاعل أشياء أو أسلحة أو أدوات أو أوراق يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها شرط أن يحصل ذلك في وقت قريب من الفعل ألجرمي وسوف نتطرق لبحث الحالات المذكورة أعلاه بشكل موجز وكما يلي:

أ. حالة الجرم الذي يقترف حاليا[٤٥]:

وهي تعني الجرم المشهود بحد ذاته وهي لا تثير آية صعوبات: فالمجرم يضبط حال اقتراف الفعل الجرمي، أي أثناء ذلك الاقتراف، من قبل المعتدى عليه أو الشهود أو القوة العاملة، فتطبق عليه عندئذ القواعد التي ترعى الجرم المشهود.

ب. حالة الجرم الذي يضبط عند نهايته[٤٦]:

في هذه الحالة يكون الجرم قد اقترف وانتهى أمره عند وصول المدعى العام أو المحقق أي انه يشاهد عند نهايته. كأن يكتشف هذا الفعل في مكان الجريمة بعد برهة يسيرة من الزمن على وقوع الفعل. أو انه يكون قد ترك مكان الجريمة للتوه عندما يكتشف هذا الفعل ألجرمي. هنا ليس من الضروري ان يظهر هذا الفاعل بشكل علني بالاستناد إلى الآثار المادية التي تركها، أو عن طريق الشهود الذين كانوا ما يزالون في مكان الحادث. فبمعزل عن هذه الآثار، وعن أقوال هؤلاء الشهود، قد يستدل عليه صراحة بشكل من الأشكال كأقوال المعتدى عليه مثلا. ولم يحدد القانون آية مهلة لهذه الواقعة ولكن يفترض أن يتم ذلك بعد وقت قصير من اقتراف الفعل ألجرمي كما جاء في النص [بعد برهة يسيرة من وقوعها...] بحيث يكون هيجان الناس ما زال قائماً واثأر الجرم ما تزال ظاهرة وملموسة، وان رجال الضابطة العدلية الذين اخبروا بالأمر حضروا بأسرع وقت ممكن من أجل الوصول إلى مكان وقوع الجريمة.

ج. حالة إذا تبع المجنى عليه مرتكبها اثر وقوعها أو تبعه الجمهور مع الصياح[٤٧]:

هذه الحالة هي الملحقة بالجرم المشهود. وتفرض أن يتبع المجنى عليه مرتكبها اثر وقوعها أو أن يلحق بالفاعل بناء على صراخ الناس وهذا يعني أن المجنى عليه يتبع الجاني على اثر وقوع الجريمة مباشرة أي يجري خلفه مشيراً أليه بيده مما يدل على انه فاعل الجريمة. أما عبارة ان يتبعه الجمهور مع الصياح فهذا لا يعني بالضرورة أن هؤلاء يلحقون بصورة مادية بالجاني الذي ارتكب الفعل. بل أن ما يفرضه القانون هوان صراخ الناس هو الذي يشير إلى احد الأشخاص على انه فاعل الجريمة الحاصلة، تسهيلاً للقبض عليه. وصراخ الناس هو الذي يصدر عنهم بشكل قوي ودقيق، كالقول مثلا (حرامي، حرامي) وليس الشائعات العامة التي هي عبارة عن تمتمات صماء تنتشر بصورة غامضة ولا ما هو مشهور عموماً.

د. حالة ما يضبط مع الفاعل أشياء أو أسلحة أو أدوات أو أوراق يستدل منها على انه فاعل أو شريك فيها شرط ان يحصل ذلك في وقت قريب من الفعل الجرمي[٤٨]:

هذه الحالة هي أيضاً ملحقة بالجرم المشهود. وتكمن في كون الشخص يحمل معه أشياء أو أسلحة أو أوراقاً يستدل منها على انه فاعل الجرم غير ان هذه الواقعة ليست كافية بحد ذاتها، بل يتوجب أن يتم الضبط في وقت قريب من وقوع الجرم، الذي ما يزال موضوع بحث من قبل الضابطة العدلية وفي الوقت نفسه كنتيجة لهذا البحث، ما يعزز أثبات جرميه الشخص المعني المفترضة.

٢- إذا كان قد فر بعد القبض عليه قانونا:

وتعني هذه الحالة أن القانون قد أجاز لجمهور الناس القبض على المتهم المقبوض عليه إذا تمكن بطريقة من الطرق من الإفلات والهرب وعندها جاز لمن كان حاضرا بتعقبه والقبض عليه ثانية وتسليمه لمن كان مخولاً قانوناً بالقبض عليه أو تسليمه إلى مركز الشرطة[٤٩] وهذه الحالة أنما هي تقرير لحالة غريزية في البشر أذ أن المشاهد أن الناس تتعقب بلا شعور المجرم الذي يهرب من يد الموظف المختص ولا تتركه حتى تعيد القبض عليه وقد يتعرض البعض لأخطار جسيمة في سبيل تطمين هذه الغريزة وقد أقرها واضع القانون للناس,[٥٠]

٣- حالة صدور حكم غيابي بحق الشخص:

من صدر بيان بإجرامه بناءً على حكم غيابي بعقوبة مقيدة للحرية لاتهامه بارتكاب جريمة جناية أو جنحة فانه يكون لعضو الضبط القضائي وكذلك لأحد أفراد الناس ألقاء القبض عليه[٥١]. أما إذا كانت العقوبة الإعدام فالقبض عليه جائز من باب أولى[٥٢] وإذا كان الحكم الغيابي بالغرامة فليس من حق أي شخص القبض على المحكوم عليه بموجب هذه الفقرة.

٤- لكل شخص ولو بغير أمر من السلطة المختصة أن يقبض على كل من وجد في محل عام في حالة سكر بين واختلال واحدثا شغبا أو كان فاقداً صوابه:

ان هذه الفقرة تجيز لأي شخص أن يقبض على السكران الذي يحدث شغباً أو يقلق راحة الناس ويهذي بقوله إلى أخر أمثال هذه التصرفات ولا تطبق على مجرد الشارب الذي لم يفقد صوابه ولا تبدر منه تصرفات مؤذية للغير. وشرط هذه الفقرة من المادة (١٠٢/ ب) أن يحدث السكران الشغب في محل عام وليس في المحلات الخاصة كالبيوت. والمقصود بالمحل العام هو الشارع العام أو الطريق العام ويشمل المحلات التي يباح للجمهور الدخول فيها وكذلك النوادي التي هي محلات عامة أعدت لغرض خاص[٥٣].

المطلب الثالث: أحوال خاصة في القبض[٥٤]

بالأضافة إلى حالات القبض الوجوبي التي أشارت أليها المادة (١٠٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ وحالات القبض الجوازي التي أشارت أليها المادة (١٠٢) من نفس القانون، توجد

هناك أحوال خاصة للقبض على الأشخاص الذين يتميزون بصفة خاصة أو بحصانة من نوع ما. وهؤلاء الأشخاص هم:

١. سابقاً لا يجوز القبض على عضو المجلس الوطني أثناء انعقاده أو في عطلة رسمية للمجلس بدون اذن وموافقة مجلس قيادة الثورة (المنحل) ما عدا حالات التلبس بجناية. حسب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (١٩٦) والمؤرخ في ١٩٨٥/٢/١٠ والقرار المرقم (٢٣٨) والمؤرخ في ١٩٨٥/٢/١٨ المعدل لقانون المجلس الوطني رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٠ الملغى وحالياً وحسب نص المادة (٣٤) من قانون أدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية فأنه لا يجوز ألقاء القبض على عضو الجمعية الوطنية خلال انعقاد جلساتها الا إذا كان هذا العضو متهماً بجريمة ووافقت الجمعية الوطنية على رفع الحصانة عنه أو إذا ضبط هذا العضو متلبسا بالجرم المشهود في جناية.

٢. لا يجوز أثناء انعقاد المجلس التشريعي لمنطقة كردستان ألقاء القبض على أحد أعضائه الا في التلبس بجناية [قانون المجلس التشريعي لمنطقة كردستان رقم (١٦) لسنة ١٩٧٤]. الملغى.

٣. لا يجوز احتجاز أو ألقاء القبض أو توقيف الضابط أو إجراء التحقيق معه أو محاكمته من قبل سلطة غير عسكرية الا بموافقة القائد العام للقوات المسلحة. أو نائبه أو من يخوله نائب القائد العام للقوات المسلحة. ولا يجوز احتجاز أو توقيف الضابط في قوى الأمن الداخلي من قبل غير سلطاتها إلا بموافقة القائد العام للقوات المسلحة أو وزير الداخلية أو من يخوله الوزير[٥٥].

٤. لا يجوز القبض على القاضي أو عضو الادعاء العام في غير الجنايات المشهودة إلا بموافقة وزير العدل[٥٦].

وعليه وبالنتيجة فعلى كل من قبض على شخص بغير أمر من السلطات المختصة طبقا للمادتين (١٠٢) و(١٠٣) من قانون الأصول الجزائية العراقي أن يحضره إلى مركز الشرطة أو يسلمه إلى أحد أعضاء الضبط القضائي ليسلمه إلى مركز الشرطة فإذا تبين للمسؤول في المركز أن أمراً بالقبض كان قد صدر على المقبوض عليه فعليه أن يحضره أمام من أصدره وإلا فيجري التحقيق عن السبب الذي أدى إلى القبض عليه وذلك بأن يدون أقوال الشخص الذي قبض عليه ويسأله عن سبب القبض فإذا ظهر ما يستوجب اتخاذ الإجراءات القانونية ضده فيتخذها ويرسله للفحص الطبي لبيان درجة سكره أو يحقق في الذي نسب أليه وإذا تبين له انه لم يرتكب ما يستوجب اتخاذ إجراءات قانونية ضده فعليه أخلاء سبيله حالاً[٥٧]. هذا وفي حالة مقاومة حالة المطلوب القبض عليه المتهم بالجريمة أو حاول الهرب فقد أجازت المادة (١٠٨) من قانون الأصول الجزائية لمن كان مأذوناً بالقبض عليه أن يستعمل القوة المناسبة للحيلولة دون هربه حيث يحق له استعمال السلاح بالقدر اللازم على أن لا يؤدي ذلك إلى موته ما لم يكن

متهماً بجريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد ففي هذه الحالة يجوز أطلاق الرصاص عليه ولا يهم أن مات أم بقي على قيد الحياة[٥٨].

هذا وبأمكان رجل الشرطة أو عضو الضبط القضائي المكلف بالقبض على المتهم أن يطلب معاونة أي شخص في سبيل القبض عليه وعلى أن يكون هذا الشخص قادراً على أبداء المساعدة إذا وجد أن ذلك يسهل القبض على المتهم دون حاجة لاستعمال السلاح [م١٠٤/ أصول جزائية]. هذا وقد أجاز قانون واجبات رجل الشرطة في مكافحة الجريمة رقم (١٧٦) لسنة ١٩٨٠ لرجل الشرطة استعمال القوة بالقدر اللازم لغرض القبض على متهم صدر أمر بالقبض عليه وحاول المقاومة أو الهرب وأجاز له استعمال السلاح الناري بالقدر اللازم في حالة مطاردة مجرم أو متهم مسلح أو للقبض على المجرم أو المتهم بجريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد إذا قاوم عند القبض عليه أو حاول الهرب[٥٩]. هذا وفي كل الأحوال عند القبض على المتهم يقتضي عدم إيذائه بعد أن امسك به وقيدت حركته بل يقتضي أخذه وتسليمه لمركز الشرطة وإذا قبض على شخص بدون أمر من سلطة مختصة وفي غير الأحوال التي يجيزها القانون فأن القائم بالقبض يعاقب وفق المادة (٤٢١/ عقوبات)، ذلك أن الحرية الشخصية مصونة بموجب الدستور وقد نصت المادة (٢٢) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ الملغى بان [كرامة الإنسان مصونة وتحرم ممارسة أي نوع من أنواع التعذيب الجسدي أو النفسي.. ولا يجوز القبض على أحد أو توقيفه أو حبسه أو تفتيشه الا وفق أحكام القانون الخ] وقد أجاز القانون القبض على الأشخاص بالمادة (٩٢) من الأصول الجزائية.. وان يشتمل أمر القبض على أسم الشخص المطلوب وهويته ومهنته والجريمة المسندة إليه والمادة المنطبقة عليها وتاريخ الأمر وتوقيع من أصدره ويختم بختم المحكمة وينص فيه على تكليف أعضاء الضبط القضائي والشرطة بالقبض عليه وإرغامه على الحضور[٦٠]. ويكون أمر القبض نافذاً في جميع أنحاء البلاد ويظل سارياً حتى يتم تنفيذه أو يلغى ممن أصدره أو من سلطة مخولة قانونا بإلغائه. ويجب اطلاع الشخص المطلوب على أمر القبض عليه وإذا نفذ الأمر عليه فيجب احضاره أمام من أصدره[٦١]. هذا وللقاضي الذي أصدر أمراً بالقبض أن يدون فيه وجوب أطلاق سراح المقبوض عليه إذا قدم تعهداً كتابيا بالحضور في الوقت المعين مقترناً بكفالة يعينها القاضي أي يحدد مقدارها أو بإيداع مبلغ من المال يعين مقداره القاضي ومتى ما قدم المقبوض عليه الكفالة المطلوبة أو التعهد الشخصي المقترن بمبلغ من المال يستوجب عندئذ أطلاق سراحه[٦٢].

المبحث الثالث

حقوق الأفراد ممن يتم القبض عليهم

هناك مجموعة من الحقوق، اعترفت بها بعض التشريعات ونظمتها بنسب متفاوتة، بينما استظهرها الفقه وأوصت بها المؤتمرات الدولية، كحقوق ثابتة ومعترف بها للمقبوض عليه، منها ما هو لصيق بحق الدفاع، ومنها ما تتطلبه ظروف سلب الحرية المؤقت، ومنها ما يسهل مهمة مأمور الضبط القضائي في تنفيذ واجباته. وتلقي حقوق الأفراد ممن يتم القبض عليهم عدة واجبات على مأمور الضبط القضائي يجب التقيد بها تحت طائلة المسؤولية التأديبية كإخلال لواجب وظيفي مع أنها حق للفرد عند ما ينص عليها القانون. وعليه سوف نتحدث عن حقوق الأفراد المقبوض عليهم وهي كما يلي:

١- حق الفرد في أن يعلم بأسباب القبض عليه:

نصت الفقرة الثانية من المادة (٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن "لكل شخص الحق لأن يعلم أسباب القبض عليه عند إجراء القبض، وله الحق في أن يعلم التهمة المسندة أليه بالسرعة الممكنة" كما تنص المادة (١٩١) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن في الدول العربية الصادرة عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية على "حق كل شخص مقبوض عليه في إبلاغه فوراً بالاتهام الموجه أليه" كما أكدت المادة (٢/٥) من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠ بإحاطة المتهم المقبوض عليه علما بالتهمة الموجهة أليه بلغة يفهمها. وقد نصت المادة (٢/٩) من الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على أن "لكل فرد يوقف، يبلغ عند توقيفه بأسباب هذا التوقيف ويتلقى أشعاراً، في اقصر أمد، بالاتهام الموجه اليه" والحق في الأخبار عن أسباب القبض والتهمة المنسوبة للمقبوض عليه، حق معترف به في قوانين كثير من الدول لارتباطه الوثيق بحق الدفاع الذي أصبح مستقراً في الضمير الإنساني العالمي، وان اختلفت هذه القوانين في بيانها لوقت أخبار المقبوض عليه مما يحقق علمه. ففي السفادور[٦٣] للمقبوض عليه الحق في أن يعلم ماهية الأعمال التي اشتبه بها وقت القبض عليه، وإذا تم القبض تنفيذاً لأمر مكتوب صادر من جهة مختصة قانونا بإصداره وجب أن يبلغ المقبوض عليه محتويات الأمر الذي يتضمن أسباب القبض والتهمة المسندة للمقبوض عليه ويجب أن يتم الأخبار في قانون ألمانيا الاتحادية عند بداية الاستجواب من قبل البوليس حيث لا يتوقف الأخبار عن العمل أو الأعمال التي سببت القبض فحسب، بل يتعدى ذلك إلى تكييف هذه الأعمال القانوني- والفصل الجزائي والنص القانوني المنطبق عليها ولا يوجد نص في القانون الانكليزي يلزم البوليس بأخبار المقبوض عليه عن أسباب القبض إلا أن قواعد القضاة تضمنت هذا الواجب، فقد جاء في تعميم وزارة الداخلية رقم (٣١) لسنة (١٩٦٤) أن قواعد القضاة لا ترقى إلى مستوى القانون، ولا ترقى لأن تؤثر على المبادئ القانونية الملزمة الا أنها تعتبر دليلاً عملياً وقانونياً لممارسات رجال البوليس. وحول واجب الأخبار في قواعد القضاة نص الملحق (أ) فقرة (د) من التعميم المذكور على انه "عندما تتوافر الأدلة المعقولة لدى رجل البوليس في نسبة الجريمة إلى شخص معين يجب على رجل

البوليس أن يخبر ذلك الشخص بالتهمة المنسوبة اليه وان يخبره بأن أجراءات جنائية ستتخذ بحقه". ولا يقتصر هذا الواجب على حالات القبض بدون أمر بل أن رجل البوليس مكلف بأخبار المتهم عن أسباب القبض عليه، ومستند الصلاحية التي ينفذ بموجبه والذي خوله سلطة التنفيذ بموجب أمر القبض. وهذا الإجراء إجراء أولي ميداني يقوم به رجل البوليس، ويتبعه أخبار لاحق أيضاً في مركز البوليس. بعد موافقة الضابط الأعلى على تكييف التهمة المنسوبة للمتهم، حيث يسلم المتهم وثيقة مكتوبة تسمى صحيفة المتهمة، تتضمن وقائع الفعل بلغة بسيطة يمكن للمتهم أن يفهمها، وإذا لم تكن الجريمة من جرائم القانون العام، أي من الجرائم المقننة يتم اقتباس المادة القانونية ووضعها في صحيفة الاتهام على اعتبار أنها التهمة[٦٤] وقد نص قانون اجراءات ما قبل المحاكمة الأمريكي على حق المقبوض عليه في أن يعلم بالأسباب التي أدت للقبض. واعتبر ذلك واجباً على رجل البوليس أو مطبق القانون مجري القبض[٦٥]. وفي فرنسا خول قانون الإجراءات الجنائية مأمور الضبط القضائي سلطة التحفظ على المشتبه به بمقتضى المواد (٦٣- ٦٤- ٦٥- ٧٧- ٧٨ -١٥٤) ويؤخذ من هذه النصوص وجوب أخبار المتحفظ عليه عن أسباب الاشتباه به، ومن باب أولى تطبيق هذه الضمانة في حالة القبض على المتهمين.

وقد نص القانون المصري على ضرورة أبلاغ المتهم بالأسباب التي أدت للقبض عليه ومع أنه لم يحدد فترة زمنية للإبلاغ، الا أن المستفاد من نص المادة (١٣٩/ ١) في عبارتي (فورا) و(على وجه السرعة)، يوحي بان يتم الأبلاغ في أسرع وقت ممكن، مع خضوع تقدير الوقت وتناسبه لرقابة محكمة الموضوع[٦٦]. أما بقية التشريعات العربية لم تتضمن نصاً يوجب أبلاغ المتهم بأسباب القبض عليه وان كانت تتضمن نصوصاً توجب بيان التهمة المنسوبة إلى المتهم في مذكرات القبض كما في المادة (١٣٦) من قانون المسطرة المغربي والمادتين (١١٦، ١١٧) من قانون أصول المحاكمات الأردني والمادة (١٠٨) من قانون أصول المحاكمات السوري والمادة (٩٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إذ نصت على أن (يشتمل الأمر بالقبض على اسم المتهم ولقبه وهويته.. ونوع الجريمة المسندة أليه ومادة القانون المنطبقة عليها) وأن أبلاغ المتهم بأسباب القبض لا يعني أحاطته علما بالتكييف القانوني للجريمة بل يكفي أحاطته علماً بمضمون الواقعة أو الوقائع المسندة أليه عموما[٦٧] كما في المادة (١٢٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

٢- تسبيب أمر القبض:

يمكن القول أن كلاً من نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٩) من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية يعتبر سنداً لهذا الضابط في قواعد الشرعة الدولية حيث جرى نصيهما على النحو التالي:

١. ((لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه.
٢. يتوجب أبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه كما يتوجب أبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه أليه)). ويجد ضابط التسبيب لأمر القبض أساسه الدستوري في نص المادة (٧١) من الدستور المصر ي، حيث أورد الدستور في صدر هذه المادة ما يدل على ذلك من ناحية، وما يعد تنفيذاً لقواعد الشرعة الدولية من ناحية أخرى، وذلك بقوله (يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فوراً..) ويمثل هذا النص بحالته هذه ضمانه دستورية قوية للحماية الجنائية لحقوق الإنسان، يؤدي تخلف الالتزام بها في الأمر الصادر بالقبض أو بالاعتقال إلى بطلان هذا الأمر وما يترتب عليه. وقد ورد النص على هذا الضابط أيضا في المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري الذي يعتبر ترديداً وتأكيداً لما نصت عليه المادة (٧١) من الدستور بصدد هذا الضابط حيث نصت المادة (١٣٩) على أن (يبلغ فوراً كل من يقبض عليه أو يحبس احتياطيا بأسباب القبض عليه أو حسبه).

نستخلص من النصوص المتقدمة في أن الأمان الشخصي وعدم جواز التوقيف أو الاعتقال تعسفاً لا يتحققان إلا إذا التزم مصدر الأمر بتسبيبه حتى يعرف هو أسباب الأمر الذي يصدره ومدى توافرها وكفايتها، ويعرف الصادر ضده القرار ماله وما عليه بمجرد أطلاعه عليه لدى تنفيذ الأمر في مواجهته، فيتحقق بذلك الأمان الشخصي له[٦٨]. ويمكن القول بأن الالتزام بتسبيب أمر القبض يحد من خطورته على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من ناحية، ويقيد مصدر الأمر من الأفراط في إصداره من ناحية ثانية، ويجعل الرقابة القضائية على شرعيته واجبة وفعالة من ناحية ثالثة. أما عن كون التسبيب يحد أمر القبض أو أمر الاعتقال على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية فذلك لأن التسبيب يعني توافر أسباب حقيقية معلنة، وتم اكتشافها تدل على ارتكاب الشخص المأمور بالقبض عليه لفعل أو أفعال تمثل جريمة أو جرائم حالة وعلى خطورة إجرامية ينبغي الوقاية منها، ومن ثم يكون الأمر في هذه الحالة إجراء لازماً من إجراءات التحقيق، ولا يمثل انتهاكاً لحقوق الإنسان[٦٩] وأما عن كونه يقيد مصدر الأمر من الإفراط فيه دون مبرر فذلك لأن عدم التسبيب يجعله متسرعاً في أصداره، دون تمحيص لأسبابه وتدقيق في مدى توافر دلائل كافية على علاقة المطلوب القبض عليه أو اعتقاله بما أرتكب من جرائم، أو على اشتراكه فيما يعكر صفو الأمن والاستقرار في المجتمع[٧٠] أما عن كون التسبيب يجعل الرقابة القضائية على شرعية الأمر الصادر بالقبض واجبة وفعالة فذلك لأن التظلم منه سوف ينصب على مدى صحة أسباب الآمر وسلامة سندها غالى المقبوض عليه، فيتعين بذلك على القضاء إضفاء رقابته على شرعيتها، ويحقق دفاع المتظلم فيقبل تظلمه موضوعا ويبطل الأمر، أو يرد عليه ويؤيد الأمر وما يترتب عليه[٧١]. وبناءً على

ما تقدم ذكره يعد التسبيب لأمر القبض من أغلى الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المتهم وهذا الحق هو الإرادة لفعالية الحقوق الأخرى التي تحمي الحقوق الفردية، فضلا عن أن التسبيب يكشف عن عدل القاضي ومدى ابتعاده في القرار الذي أصدره عن تحكم الرأي وشبهة الاستبداد. فهو كاشف لدور القضاة بما قاموا عليه الحجة في القرار وكذلك التدقيق والإمعان بالنظر في القضية المعروضة أمامهم[٧٢]. وتسبيب أمر القبض لم يورد له نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. ونرى أن القبض اشد اعتداء على حرية المتهم لذا كان من الأولى بالمشرع أن ينص صراحة على وجود تسبيب وعلى الرغم من عدم النص صراحة على تسبيب أمر القبض في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إلا انه يمكن ملاحظته في نصوص المواد (٩٧ و٩٩) من القانون المذكور أعلاه، حيث يفهم من سياق المادة (٩٧) أن القاضي عندما يصدر أمراً بالقبض على المتهم من الجرائم التي من المفروض أصدار ورقة التكليف بالحضور فيها هو إما جهالة محل أقامته أو الخوف من هروبه أو تأثيره على سير التحقيق. ويفهم من نص المادة (٩٩) أن خطورة الجاني وجسامة جريمته المرتكبة هي السبب في إصدار آمر القبض عليه[٧٣].

٣- حق المقبوض عليه في الاتصال بأهله:

استقر هذا الحق في النظام الانكليزي مقترناً تاريخياً بقوانين إحضار جسم السجين المتعاقبة، واستند حديثاً إلى قواعد القضاة، ولقد بلغ التشدد فيه لمصلحة المقبوض عليه بحيث أصبح من واجب البوليس أن يهيئ وسائل الاتصال الهاتفي للمقبوض عليه إذا رغب، أو أن يهيئ له وسائل الكتابة اللازمة[٧٤]. وقد اختلطت الإشارة إلى هذا الحق في قواعد القضاة مع حق الاتصال بمحام[٧٥]. وجرى تقنين هذا الحق في قانون اجراءات ما قبل المحاكمة الأمريكي لسنة ١٩٧٥، حيث تضمنت المادة (٨/١٢٠) وجوب تحذير المقبوض عليه عند إجراء القبض (بأنه سيجري نقله إلى مركز البوليس بالسرعة الممكنة وأنه بنفس السرعة سيتمكن من الاتصال بأهله وأقاربه) ولعل حق المتهم في الصمت عند الاستجواب، قد نشأ في القانون الأمريكي منذ لحظة القبض ليكون حقا للمقبوض عليه ضماناً لعدم محاولة الدفاع عن نفسه خلال فترة نقله إلى مركز البوليس وحتى لا يكون ذلك انتقاصاً لحقه في الصمت، وما قد ينجم عن ذلك من تجريم لنفسه في معرض الدفاع. وهذا ما نص عليه قانون اجراءات ما قبل المحاكمة وأوجب على رجل البوليس التقيد به فور القبض على أي شخص[٧٦]. بينما لاقى تقرير حق المشتبه بهم بالصمت، اهتمام المشرع اليوناني فتأكيداً لمنع مأمور الضبط القضائي أو النيابة العامة من أجبار المشتبه به على الاعتراف أو الخروج عن صمته، نص على حظر ضم الأقوال التي يدلي بها المشتبه به إلى مأمور الضبط القضائي أو النيابة العامة إلى ملف الدعوى لئلا تتأثر بهذه الأقوال هيئات الحكم وتأكيداً لمبدأ عدم تجريم الشخص لنفسه[٧٧].

٤- حق المقبوض عليه بأن ينبه لحقوقه:

لقد بينا فيما تقدم أن معظم تلك الحقوق التي يتمتع بها المتهم عند القبض عليه تتفرع عن حق الدفاع وأنها ليست نتائج خالصة للقبض وان كانت مرتبطة به ارتباطاً وثيقاً أو مبنية عليه، كما هو الحال بحق الاتصال بمحام أو حق الصمت، إلا أن حق المقبوض عليه بمعرفة الأسباب التي أدت للقبض عليه وحقه في الاتصال بأقاربه وأهله ذات نفع متبادل، فقد تسهل تنفيذ مهمة مأمور الضبط القضائي وتباعد من فرص هرب المتهم أو فرص مقاومة مأمور الضبط القضائي[٧٨]. هنالك حق جوهري أشار أليه القانون الألماني كحق لصيق بشخص المقبوض عليه ومتعلق بإجراء القبض ذاته. إذ ألزم رجل البوليس مجري القبض أن ينبه المقبوض عليه بأن له الحق الكامل في الطعن في قرار القبض وأن الطرق لذلك ميسرة[٧٩].

أن هذه الحقوق التي يتمتع بها المتهم المقبوض عليه هي حقوق إجرائية تتعلق بالتمهيد لتمكين المقبوض عليه من الدفاع عن نفسه، وأحاطته بما يلزمه لتحقيق هذه الغاية[٨٠]، وهنالك حقوق عامة لجميع مسلوبي الحرية سواء لفترة وجيزة أو لفترات أطول، وسواء أكان سلب الحرية نتيجة قبض أو استيقاف أو تنفيذاً لعقوبة جزائية سالبة الحرية، تلك الحقوق التي نصت عليها المادة العاشرة من الميثاق العالمي (يجب أن يعامل جميع مسلوبي الحرية بإنسانية واحترام للكرامة الذاتية للإنسان) كما أشارت تلك المادة إلى ضرورة وضع الأشخاص المقبوض عليهم في أماكن منفصلة عن المحكومين وان يتلقوا معاملة تتفق مع كونهم لم يدانوا بجريمة جنائية.

الخاتمة

لقد كان دأبنا خلال دراستنا المقارنة، لضمانات الحرية الفردية للمتهم في مرحلة ألقاء القبض ان نعقد المقارنات بين الأنظمة والقوانين المختلفة، على وفق أسس موضوعية ولذلك لا تكون هذه الخاتمة تلخيصاً لما سبق وعرضناه، بل سنقتصر فيها على بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا أليها، والتنسيق بينها بحيث تشكل خطة متكاملة لبعض جوان الضمانات اللازمة للحرية الفردية للمتهم في مرحلة ألقاء القبض ومن اجل أقامة توازن حقيقي بين مقتضيات توفير ضمانات كافية لحرية المتهم الفردية في مرحلة ألقاء القبض عليه، وبين حماية الحريات الشخصية وعدم انتهاك الكرامة الإنسانية، ومن اجل سرعة السير في إجراءات الدعوى الجنائية، سوف نشير إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولا: النتائج:

١. أن إجراء القبض لا يكون إلا بموجب قرار صادر عن جهة خصها القانون بإصداره حيث يتضمن أمر القبض الصادر عن جهة التحقيق الأصلية أو الأمر بضبط المتهم وإحضاره فحوى هذا القرار

كما هو الحال في الحالات التي يتم فيها القبض على المتهم الحاضر بموجب سلطة مأمور الضبط القضائي الذاتية. وبذلك تتضح طبيعة هذا الإجراء في كونه إجراء من إجراءات التحقيق القضائي وليس عملاً مادياً أو تنفيذاً مجرداً.

٢. عند بحثنا لأستجواب المقبوض عليه كغرض من أغراض القبض تبين لنا أن القبض يحقق أمكانية أخذ الأقوال الذي يترتب عليه الإجراءات اللاحقة، من أخلاء السبيل، أو كفالة، أو توقيف حسب مقتضيات الواقعة الجرمية وبالنظر لما يسفر عنه الاستجواب من أدلة اتهام جديدة.

٣. عند بحثنا لحالات التلبس بالجريمة ومنها حالة مشاهدة أدلة الجريمة عقب ارتكابها بوقت قريب قد تبين لنا بالنسبة للفترة الزمنية الفاصلة بين وقوع الجريمة وضبط المتهم ومعه الأدوات أو (عليه) الآثار والعلامات فقد أشار أليها القانون العراقي (بوقت قريب) كما هو الحال في القانون المصري في حين أن القانون الفرنسي قد أشار أليها (بالوقت القريب جدا) وهذه الفترة الزمنية حددها القانون الأردني بأربع وعشرين ساعة من وقوع الجريمة وحيث أن عدم تحديد الفترة الزمنية والإشارة أليها بالوقت القريب أو الوقت القريب جدا قد يفتح المجال أمام القضاء ليتوسع في تقرير هذه المدة ومدها لفترات طويلة.

٤. لم تبين النصوص في معظم القوانين (القانون العراقي والمصري والفرنسي والأردني) أي تحديد للمكان الذي يضبط فيه الجاني عند تلبسه بالجريمة والضرورة الواقعية تتطلب التحديد المكاني على ضوء المتغيرات الحضارية في وسائل النقل وسرعة الحركة.

ثانيا: التوصيات

١. لقد خلت التشريعات العربية ومنها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي من تعريف القبض لذلك اقترح أيراد نص يشير إلى تعريف القبض بحيث يكون جامعاً لعناصره الأساسية كما هو الحال في التشريعات التي أوردت نصوصاً صريحة في تعريف القبض.

٢. لقد خلت التشريعات العربية من أيراد نص يوجب أبلاغ المتهم بأسباب القبض عليه وان كانت تتضمن نصوصاً توجب بيان التهمة المنسوبة إلى المتهم في مذكرات القبض ولذلك اقترح أدراج نص يوجب بأخبار المقبوض عليه عن الأسباب الحقيقية التي أدت إلى القبض عليه وعلى أن يترك لمأمور الضبط القضائي سلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب لتنفيذ هذا الالتزام، لتلافي ما يمكن أن يقع فيه من محاذير مقاومة أو هرب قبل السيطرة التامة على المتهم بتقييد حريته.

٣. وفي مجال التلبس بالجريمة أوصي بتصدي المشرع لمعالجة الأمور التالية:

أ. عدم التوسع في تفسير حالات التلبس الاعتباري، إذ يجب أن يتأكد مأمور الضبط القضائي من وقوع الجريمة أولاً ومن ثم ربط الآثار الجريمة أو الأدوات بتلك الجريمة.

ب. أن يتم تحديد فترة زمنية للقول بتوافر حالة التلبس على أساس من وقوع الجريمة وليس من وقت اكتشافها.

ج. استبعاد جرائم المساكن من أحكام التلبس وعدم ترتيب أثار التلبس إلا أذا انطبقت الواقعة على أي من حالاته.

الهوامش

(١) انظر: د. عبد الحكيم حسن- الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام (دراسة مقارنة)- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٧٤، ص١٠١.

(٢) سورة يونس: الآية ٣٦.

(٣) عرف في التشريعات العربية باصطلاح القبض على الأشخاص وعبر عنه القانون الانجلو أمريكي بكلمة (Arrest) وفي القانون الفرنسي (L'arrestation).

(٤) انظر:

Wayne: R: Lafave "Arrest: the dicision to take a suspect into custody" the American Barfoundation" 1965, P.. 4.

(٥) انظر: محكمة النقض المصرية، نقض ١٩١٢/٦/١٥ المجموعة الرسمية، س١٣، ص٢٠٧.

(٦) انظر: محكمة النقض المصرية، نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ مجموعة الأحكام، س١٠، رقم (١٠٥)، ص٤٨٢.

(٧) انظر:

Fausten Helie "Traite de Linstruction criminall" paris 1866 T:4: No. 1941, P. 595.

(٨) انظر: د. سامي النصراوي- دراسة في أصول المحاكمات الجزائية- ج١- في الدعوى العمومية والدعوى المدنية والتحري والتحقيق والإحالة- مطبعة دار السلام- بغداد- ١٩٧٦- ص٣٣٤.

(٩) انظر: د. عوض محمد- الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية- ج١- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- بدون سنة طبع- ص٢٢٥.

(١٠) انظر: د. رؤوف عبيد- المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية- ج١- ط٢- ١٩٧٢- ص٢٨٧.

(١١) انظر:

Silvester Kwdwo Anakama :the Police and Maintaining of law and orders in Chana" P. 57.

(١٢) انظر:

Dictionary of English law W.J. Byrne 1923, P. 69.

(١٣) انظر: وقائع وأعمال المؤتمر الدولي الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في جنيف عام ١٩٧٥.

(١٤) انظر: د. محمد عودة الجبور- الاختصاص القضائي لمأمور الضبط- دراسة مقارنة- الدار العربية للموسوعات- الطبعة الأولى- ١٩٨٦- ص٢٩٩.

(١٥) انظر: المادة (١٠٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والمادة (٣٤) من قانون الإجراءات المصري، والمادة (٩٩) من قانون الأصول الأردني.

(١٦) انظر:

Ruth Finnegam "Criminal Justice, 1978, P. 56.

(١٧) انظر:

Ruth Finnegam "Criminal Justice" 1978, P. 66.

(١٨) انظر: د. رميسيس بهنام- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً- ج١- ١٩٧٧، ص١٧٩.

(١٩) لا يكون الشخص المعنوي متهما ما لم يقرر قانون العقوبات صلاحيته استثناءً لأسناد الجريمة أليه وتحرك الدعوى الجنائية في هذه الحالة على ممثل الشخص المعنوي بصفته لا بشخصه. انظر: د. احمد فتحي سرور- الوسيط في الإجراءات الجنائية- الجزء الأول- ١٩٧٩- ص١٧٤.

(٢٠) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣٠٢.

(٢١) انظر: المادة (٩) من قانون الأمن العام الاردني رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥.

(٢٢) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣٠٣.

(٢٣) انظر: S.K. Anakama, op. cit. P.31.

(٢٤) انظر:

Wheatly V. Lodge (1971), Digest" 1971- 1975" Par 1550.

(٢٥) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣٠٤.

(٢٦) انظر" د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣٠٥.

(٢٧) انظر: احمد نشأت- شرح قانون تحقيق الجنايات- ١٩٢٥/ ١٩٢٦، ص١٧٠، وهذا ما تضمنته الاتفاقية الاوربية في ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٠ (مادة- ٢).

(٢٨) انظر:

Denys C. Holl and Police powers nd the citizen at current legal problems 1967, Vol. 20, P. 111.

[٢٩] انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص١٩١.

[٣٠] قضت محكمة النقض المصرية انه يجوز أن يقوم مأمور الضبط بتفتيش المقبوض عليه مهما كان سبب القبض أو الغرض منه. نقض١٩٥٦/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض، س٧، ص١٢١٧ طعن رقم (٨٨٦) سنة

[٣١] انظر: د. محمود محمود مصطفى- شرح قانون الإجراءات الجنائية- ط٣- ١٩٧٦- فقرة ١٧٠- عدلي عبد الباقي- شرح قانون الإجراءات الجنائية- الجزء الأول- ١٩٥١- ص٣٢٤.

[٣٢] وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية، نقض ١٩٤٢/٤/١٣ مجموعة القواعد القانونية، ج٥ رقم ٣٨٢ ص٦٤٤، ان ترك المقبوض عليه بلا تفتيش قد يؤدي الى انعدام الفائدة من القبض عليه".

[٣٣] انظر: جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- طبعة بيروت- الجزء الرابع- ص٥٣٣.

[٣٤] انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣٠٨.

[٣٥] انظر: المادة (١٠٠) من قانون الأمن العام الأردني رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥، والمادة (٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

[٣٦] انظر: الأستاذ صلاح يوسف اغا: نظرة حول بعض الضمانات الحديثة المتاحة للفرد في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي- المحامون (سوريا- دمشق- سنة (٣٧)- سنة ١٩٧٢- ص٢٩٥.

[٣٧] انظر:

Deys c. Holland op. cit, P. 108.

[٣٨] انظر: د. سامي النصراوي- المرجع السابق- ص٣٤٠.

[٣٩] انظر: عبد الجليل برتو- أصول المحاكمات الجزائية- مجموعة المحاضرات التي القاها على طلاب الصف الثالث من كلية الحقوق- مطبعة العاني- بغداد، الطبعة الثالثة- ١٩٥٤- ص٤٧.

[٤٠] انظر: د. سامي النصراوي- المرجع السابق- ص٣٤٠.

[٤١] انظر: نقض (٢٣) من نوفمبر سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س١٠ ج٣، القضية (١٣٨٢)، رقم (١٩١)، ص٩٣٠.

[٤٢] انظر: نقض (٢٩) من ديسمبر سنة ١٩٥٨، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س٩ ج٣، القضية (١٣٤٧)، رقم (٢٧٢)، ص١١٢٢.

[٤٣] انظر: احمد محمد ابراهيم- قانون الإجراءات الجنائية سنة -١٩٦٥ ص٩٦. د. سامي النصراوي- المرجع السابق- ص٣٤١، وللمزيد من التفصيل حول معيار الدلائل الكافية أو السبب المعقول، انظر في ذلك د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٢٧٣- ص٢٨٣.

[٤٤] انظر: نقض (٢٧) يناير سنة ١٩٥٩، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س١٠ ج١، القضية (١٧٦٣)، رقم (٢٥)، ص١١٢.

(٤٥) انظر: الياس فارس نموروفادي الياس نمور- الحريات الشخصية وحقوق الإنسان في مواجهة علم الإجرام والملاحقة الجزائية (دراسة مقارنة)- المنشورات الحقوقية- الجزء الثاني- الطبعة الأولى- سنة ٢٠٠٠- ص٧٦٥.

(٤٦) انظر: الياس فارس نمور ود. فادي الياس نمور- المرجع السابق- ص٧٦٦، ود. محمد عودة الجبور، المرجع السابق- ص٢٣٥ وما بعدها.

(٤٧) انظر: الياس فارس نمور، ود. فادي الياس نمور- المرجع السابق- ص٧٦٧.

(٤٨) انظر: الياس فارس نمور ود. فادي الياس نمور- المرجع السابق- ص٧٦٧ وما بعدها. د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٢٣٩- ص٢٤١

(٤٩) انظر: جمال محمد مصطفى (قاضي في محكمة لتمييز، سابقا) شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية- بغداد- العراق- ص٧٢.

(٥٠) انظر: عبد الجليل برتو- المرجع السابق- ص٥١.

(٥١) انظر: د. سامي النصراوي- المرجع السابق- ص٣٣٩.

(٥٢) انظر: جمال محمد مصطفى- المرجع السابق- ص٧٢.

(٥٣) انظر: جمال محمد مصطفى- المرجع السابق- ص٧٣.

(٥٤) انظر: جمال محمد مصطفى- المرجع السابق- ص٧٦ وما بعدها

(٥٥) انظر: قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١٠٤٢) والمؤرخ في ١٩٧٩/٨/١١ المنشور بالوقائع العراقية بعدد (٢٧٢٧) وبتاريخ ١٩٧٩/٨/٢٧ ولا تسري أحكام هذا القرار إذا ارتكب المشمول به جناية مشهودة وذلك حسب الفقرة (٣) من القرار..

(٥٦) انظر: المادة (٦٤) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل والمادة (٦٨) من قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٥٧) انظر: جمال محمد مصطفى- المرجع السابق- ص٧٤.

(٥٨) انظر: عبد الجليل برتو- المرجع السابق- ص٥٢. ود. عباس الحسني- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد- مطبعة الإرشاد- بغداد، المجلد الأول- ص١٩٨. وللمزيد من التفصيل حول استعمال القوة القاتلة عند القبض انظر. د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣٢٢-ص٣٢٥.

(٥٩) انظر: جمال محمد مصطفى- المرجع السابق- ص٧٤ وما بعدها.

(٦٠) انظر: المادة (٩٣) من قانون الأصول الجزائية العراقي.

(٦١) انظر: المادة (٩٤) من قانون الأصول الجزائية العراقي.

(٦٢) انظر: المادة (٩٥) من قانون الأصول الجزائية العراقي.

(٦٣) تقرير السلفادور المقدم للمؤتمر الدولي الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين عام ١٩٧٥.

(٦٤) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣١٣ وما بعدها.

أن أخبار المقبوض عليه بأسباب القبض إجراء ضروري وفيه صيانة لحق الدفاع للمتهم وفي حالة عدم أخباره فان ذلك يعد انتهاكاً لحريته الشخصية وبالتالي انتهاكا للمواثيق الدولية التي حرصت على ضرورة إفهام المتهم بأمر القبض وبأسباب تقييد حريته. حيث لوحظ أن الكثير ممن كانوا ضحية من الشباب الواعد لهذه الإجراءات التعسفية بأسم حالة الطوارئ تاهوا في غياهب السجون بلا أسباب مكتوبة ولا أوراق معروضة ولا جرائم محددة ولا محاكمة منصفة، فلا المسجون ولا السجان يعرف سبب وجوده أو التهمة المنسوبة أليه، ولا عجب أن اضطر غالى تلفيق أية تهمة للسجين الذي طالت لديه أقامته بلا سبب، ليبرر وجوده السابق. للمزيد من ا لتفصيل انظر في ذلك:
المستشار الدكتور خيري احمد الكباش- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية)- منشاة المعارف بالإسكندرية- الطبعة الثانية- ٢٠٠٨- ص٥٦٦.

(٦٥) نصت المادة (١٢٠- ٨) على مطبق القانون مجري القبض "أن يخبر المقبوض عليه عن أسباب القبض بالسرعة الممكنة التي تحكمها ظروف القضية، إلا إذا كانت هذه الأسباب من بين الأدلة".

(٦٦) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣١٥. وادوار غالي الذهبي- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري- الطبعة الأولى- سنة ١٩٨١- ص٣٠٠.

(٦٧) انظر: احمد فاضل عباس الساعدي- حقوق المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي- رسالة ماجستير (دراسة مقارنة)- الجامعة المستنصرية- كلية القانون- ٢٠٠٨- ص١٤٣

(٦٨) انظر: د. خيري احمد الكباش- المرجع السابق- ص٥٥٣.

(٦٩) انظر: د. خيري احمد كباش- المرجع السابق- ص٥٥٦

(٧٠) انظر: د. خيري احمد كباش- المرجع السابق- ص٥٥٦.

(٧١) انظر: د. خيري احمد كباش- المرجع السابق- ص٥٥٧.

(٧٢) انظر: احمد فاضل عباس الساعدي- المرجع السابق- ص١٤١ وما بعدها.

(٧٣) انظر: احمد فاضل عباس الساعدي- المرجع السابق- ص١٤٢.

(٧٤) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣١٦.

(٧٥) وهو ما اوصت به القاعدة (٩٢) من قواعد الحد الأدنى، ولأن من حق الأقارب أن يطلبوا عريضة إحضار جسم السجين، ولهم أن يتولوا تنصيب مدافع عنه

(٧٦) المادة (٨/١٢٠) المشار أليها أعلاه الفقرة الرابعة.

(٧٧) انظر:

Zess'des (Par Jean): Le Role des organs de poursuite dansle process penalendroit hell- nique, Rev. int de dr. pen, 1963.

(٧٨) انظر: د. محمد عودة الجبور- المرجع السابق- ص٣١٧.

(٧٩) وتضمن هذا القانون أن على القاضي عندما يصدر أمراً بالقبض أن يضمن أمر القبض أبلاغ المقبوض عليه بأن له الحق في الطعن في هذا القرار (انظر في ذلك فقرة ٣٥ ص١١ من نشرة الأمم المتحدة رقم A /10158).

(٨٠) انظر: د. محمد عودة الجبور– المرجع السابق– ص٣١٧.

المراجع

أولا: باللغة العربية

أ. القران الكريم: سورة يونس– الآية (٣٦).

ب. الكتب:

١. د. احمد فتحي سرور– الوسيط في الإجراءات الجنائية– الجزء الأول– ١٩٧٩.
٢. احمد نشأت– شرح قانون تحقيق الجنايات– ١٩٢٥.
٣. احمد محمد إبراهيم– قانون الإجراءات الجنائية– ١٩٦٥.
٤. الياس فارس نمور ود. فادي الياس نمور– الحريات الشخصية وحقوق الإنسان في مواجهة علم الإجرام والملاحقة الجزائية (دراسة مقارنة)– المنشورات الحقوقية– الجزء الثاني– الطبعة الأولى– سنة ٢٠٠٠.
٥. جندي عبد الملك– الموسوعة الجنائية– طبعة بيروت– الجزء الرابع.
٦. جمال محمد مصطفى(قاضي في محكمة التمييز سابقا)– شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية– بغداد– العراق.
٧. د. خيري احمد الكباش– الحماية الجنائية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة) في ضوء أحكام التشريعات الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية– منشاة المعارف بالإسكندرية– الطبعة الثانية– سنة ٢٠٠٨.
٨. د. رؤوف عبيد– المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية– الجزء الأول– الطبعة الثانية– سنة ١٩٧٢.
٩. د. رميسيس بهنام– الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً– الجزء الأول– سنة ١٩٧٧,
١٠. د. سامي النصراوي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية– الجزء الأول– في الدعوى العمومية والدعوى المدنية والتحري والتحقيق والإحالة) مطبعة دار السلام– بغداد– سنة ١٩٧٦,
١١. د. عبد الحكيم حسن– الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام (دراسة مقارنة)– دار الفكر العربي– القاهرة– سنة ١٩٧٤,
١٢.د. عوض محمد– الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية الجزء الأول– دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية– بدون سنة طبع.
١٣.عدلي عبد الباقي–شرح قانون الإجراءات الجنائية– الجزء الأول– سنة ١٩٥١,

١٤.عبد الجليل برتو- أصول المحاكمات الجزائية- مجموعة محاضرات التي ألقاها على طلبة الصف الثالث من كلية الحقوق- مطبعة العاني- بغداد- الطبعة الثالثة- سنة ١٩٥٤.

١٥.د. عباس الحسيني- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد- مطبعة الإرشاد- بغداد- المجلد الأول.

١٦.د. محمود محمود مصطفى- شرح قانون الإجراءات الجنائية- الطبعة الثالثة- فقرة (١٧٠)- ١٩٧٦,

١٧.د. محمد عودة الجبور- الاختصاص القضائي لمأمور الضبط (دراسة مقارنة)- الدار العربية للموسوعات- الطبعة الأولى- ١٩٨٦.

التقارير والأبحاث:

١. صلاح يوسف اغا- نظرة حول بعض الضمانات الحديثة المتاحة للفرد في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي- بحث منشور في مجلة المحامون- سوريا- دمشق- سنة (٣٧)- سنة ١٩٧٢.

٢. تقرير السلفادور المقدم للمؤتمر الدولي الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين عام ١٩٧٥.

د- الرسائل الجامعية:

١. احمد فاضل عباس الساعدي- حقوق المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي- رسالة ماجستير- الجامعة المستنصرية- كلية القانون- ٢٠٠٨.

هـ- الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية:

١. الاتفاقية الأوربية المعقودة في ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٠، (م/ ٢).

٢. وقائع وأعمال المؤتمر الدولي الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في جنيف عام ١٩٧٥.

و- النشرات:

نشرة الأمم المتحدة، الفقرة (٣٥) رقم (10/58/A).

ط- القوانين والقرارات:

١. قانون الأمن العام الأردني رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥.

٢. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

٣. قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٤. قانون الادعاء العام العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩.

٥. قانون الإجراءات الجنائية المصري.

٦. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

٧. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١٠٤٢) والمؤرخ في (١٩٧٩/٨/١١) المنشور بالوقائع العراقية بعدد (٢٧٢٧) وبتاريخ ١٩٧٩/٨/٢٧.

ك. المجموعات

١. مجموعة القواعد الرسمية الصادرة عن محكمة النقض المصرية (الدائرة الجنائية).

٢. مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية (الدائرة الجنائية).
٣. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية (الدائرة الجنائية).

ثانيا: باللغة الأجنبية:

1. Silvester Kwadwo anakama (the police and maintaining of law and order in Ghane).
2. Ruth Finnegam (Crimina I Justice, 1978).
3. Denys C. Holland (Police powers and the citizen) atcurrent legal proplems 1967.
4. Wayne R: lafave (arrest: the dicision to take asuspect into custody) the American bar foundation) 1965.
5. Fausten Helie (Traite de Linstruction Criminalle) Paris 1866.
6. Zess'des (Par Jean) Le Role desorganes de pour suite dansle process penal endroit Helle- nigue, Rev. Int. dedr. Pen, 1963.
7. Wheatly V. Lodge (1971) Digest (1971- 1967).
8. Dictionary of English Law: W. J. Byurne 1923.