

انتهاكات الحماية الدولية للأعيان المدنية في العراق

د. هديل صالح – كلية القانون / الجامعة المستنصرية
د. محمد السعدون – كلية القانون / جامعة ذي قار

الملخص

إن قواعد القانون الدولي الإنساني ضَمِنَت حماية للأعيان المدنية أثناء النزاعات المسلحة متوخيةً من ذلك مد نطاق الحماية إلى أقصى حد ممكن، وكان من الطبيعي أن تشمل هذه الحماية الأعيان المدنية في العراق أبان النزاعات المسلحة وعليه فإن هذه الدراسة هي ربط بين قواعد القانون الدولي الإنساني العامة والمجردة والنزاعات المسلحة في العراق آخذين بعين الاعتبار النصوص الدولية والآراء الفقهية، علماً إن الدراسات والإحصاءات الصادرة عن جهات محايدة أكدت إن الأعيان المدنية في العراق كانت عُرضة للهجوم بأسلحة تستهدف إحداث قدر كبير من الدمار وإنه لم يكن يُنظرُ إلى ما هو مدني و ما هو عسكري، حيث إن المدارس والجسور والمتاحف والمكتبات العامة وشبكات المياه والكهرباء كانت أهدافاً للهجمات العسكرية وعن عمد وهو الأمر الذي حاولنا تسليط الضوء عليه من خلال هذه الدراسة المتواضعة.

Abstract

The rules of International Humanitarian Law guarantee protection for civilian facilities and infrastructures during armed conflicts, aiming thereby to extend the scope of protection to the maximum extent possible. It was therefore common sense that such protection would cover the civil facilities and infrastructures in Iraq under armed conflict circumstances. This study is basically aimed at linking between the general and abstract rules of International Humanitarian law and armed conflicts in Iraq, taking into consideration international provisions and jurisprudence opinions. Studies and statistics issued by neutral organizations confirm that civil facilities and infrastructures in Iraq have been subject to attack by weapons bringing about a large amount of damage as such attacks did not establish a distinction between civilian and military targets, especially given that schools, bridges, museums, public libraries, water networks and electricity

grids were direct targets for military assaults, which is what we have tried to highlight through this humble study.

المقدمة

ضمنت قواعد القانون الدولي الإنساني حماية دولية للأعيان المدنية أثناء النزاعات المسلحة متوخية في ذلك مد نطاق هذه الحماية الى اقصى حد يمكن ان تصل آلية ، وشمول ما لم تسفر عنه النصوص او تحدد مضمونه بكونه مدني حتى يثبت العكس .

وهذا بحد ذاته يعكس رغبة جادة في ترسيخ هذه الحماية وتوطيد دعائمها ، وليس ادل على ذلك ان الاتفاقيات الاولى التي ضمننت هذه الحماية توسعت فيها بل يمكن القول ان اسس القانون الدولي الانساني او مرتكزاته هي التمييز بين الاعيان المدنية والأهداف العسكرية ، وشرعية استهداف الاخيرة ، وتجريم استهداف الاولى ، أو حتى مجرد تهديدها خصوصا في ضوء النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية و كذلك اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ ، والبروتوكول الاول لعام ١٩٧٧ .

كان من الطبيعي ، نتيجة النزاعات المسلحة التي حدثت في العراق والتي لا تزال تحدث ان تحظى الاعيان المدنية فيه باهمية متميزة ، نظرا لكثرة النزاعات من جهة وتعدد اطرافها ومحاورها وأوقاتها من جهة اخرى . وان كانت دراسة هذه الحماية قد حظيت بأهمية ما فأن هذه الاهمية لا تتعدى كونها مقالا صحفيا أو رأيا مقتضبا أو احصاء صادر من مؤسسة مختصة ، لايتضمن في احسن الاحوال استقرار قانونيا يؤصل لفحوى القواعد الدولية ويتناول تطبيقها بكل دقائقها على ارض النزاع ، مبرزاً في ذات الوقت التطور الذي رافق عملية الحماية وآفاقها وتعدد النصوص والمواثيق الدولية التي كرسست هذه الحماية ودافعت عنها ، وعليه فأن هذا البحث هو محاولة للربط بين قواعد القانون الدولي الانساني العامة المجردة وبين تطبيقها على النزاعات المسلحة في العراق وان لم يكن الاول في مجال معالجات قواعد القانون الدولي الإنساني للنزاعات المسلحة في العراق وهي معالجة بدأت تتضح ولكنها بحاجة الى تجديد دائم يأخذ بالحسبان النصوص الدولية والآراء الفقهية والقرارات الصادرة من المحاكم الدولية واللجان الدولية ، خصوصا اللجنة الدولية للصليب الاحمر .

ونظرا لحدثة الموضوع ومعاصرته ، فأن من الطبيعي ان يتم الاعتماد على الشبكة الدولية للمعلومات بغية الوقوف على آخر ما استجد رقما وكتابة في هذا الموضوع . وكان من الطبيعي ايضا ولغرض الاحاطة بانتهاكات هذه الحماية ان يقسم هذا البحث الى مطلبين ، يتناول الاول منهما التدمير الواسع النطاق للممتلكات العراقية والاستيلاء عليها ، ويتناول الثاني الهجمات التي اسفرت عن اضرار مادية مفرطة .

حيث عالج المبحث الاول الدكتور محمد السعدون وعالجت المبحث الثاني الدكتورة هديل صالح

المبحث الاول

الحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات العراقية
والاستيلاء عليها بدون ضرورة عسكرية

تضمن قواعد القانون الدولي الانساني حماية دولية فاعلة للأعيان المدنية
اثناء النزاعات المسلحة ، بحيث يعد أي انتهاك لهذه الحماية من قبيل جرائم الحرب
، ولكن الاعيان المدنية العراقية تعرضت لانتهاكات جسيمة سنحاول التعرف عليها

في زمن الحرب قد يبدو ((القصد في التدمير)) غير قابل للتمييز عن الحرب
ذاتها ، لكن ذلك ليس هو الحال دائما ، ففي حين ان الحرب قد تنتج في الاحوال
المحددة ما يسمى بـ (القتل القانوني) الا انها في جميع احوالها محكومة بالقانون
الدولي الانساني ، وغير صحيح ما يقال بان كل شئ مباح فيما يسمى (بالحرب
القانونية) ولكن السؤال هنا ، تحت أي ظرف يعد استخدام القوة (القصد في
التدمير) كما هو معروف في اتفاقية منع جرائم الإبادة الجماعية بشكل عام هناك
ظرفين :

الاول : حين يكون استخدام القوة مفرط وبدون تمييز (الامر الذي يستند تقديره
الى تقدير مستوى القوة اللازم استخدامها لتحقيق الهدف العسكري والدرجة التي
تتم بها مراعاة التمييز الضروري بين الاهداف العسكرية والاهداف المدنية) .

الثاني : حين يؤدي نمط النتائج المترتبة على ذلك التدمير – او يتوقع ان تؤدي -
الى تدمير الجماعة المحددة أما كليا أو قطاعا جوهريا منها .

وفيما يتعلق بالاستخدام المفرط للقوة وبدون تمييز نجد الامثلة في التدمير
الشديد والمخيف الذي أصاب مدن عراقية عديدة حتى بلغت نسبة التدمير في بعض
الاحيان ٧٥ ٪ من المدينة ، يقول النقيب أول بن كلاي : ((لقد اعتدنا تدمير
الحدران والابواب والنوافذ لكن تدمير أبنية مدنية على ارتفاع ثمان طوابق كان
امرا جديدا بالنسبة لنا)) ، هذا بالإضافة إلى الاستخدام غير القانوني للفسفور
الأبيض والنابالم المرادف لـ MK-77 في مدن أخرى ، فأن تلك الأعمال تكشف
عن الرغبة في التدمير .

من ناحية أخرى فأن فكرة (الصدمة والرعب) ، حيث سقطت ٨٠٠ قذيفة فوق
بغداد وحدها في الثمان والأربعين ساعة الأولى من حملة القصف التي استمرت
لثلاثمائة ساعة ، تعلن بشكل واضح عن القصد في الاستخدام المفرط للقوة بهدف
قتل العراقيين كجماعة ، إضافة الى التسبب في أحداث الصدمة والاذى النفسي
الشديد وعلى حد تعبير أحد الباحثين الاستراتيجيين في البنتاغون في حديث له مع
محطة اخبار سي بي أس ((لن يبقى هناك مكان آمن في بغداد)) وذلك ايضا دليل
واضح على وجود القصد الجنائي ، أما عن احترام الالتزام بالتمييز بين الاهداف
العسكرية والمدنية ، مع وجود دراسات موثوق بها تشير الى موت مليون مدني
عراقي منذ عام ٢٠٠٣ ، وهو رقم يرتفع بسرعة ، فأنه يبدو من الواضح ان
استخدام الولايات المتحدة للقوة ، كان مفرطاً وبدون تمييز ، ومن ناحية أخرى فأن
استخدام اليورانيوم المنضب حوالي الف طن منذ عام ٢٠٠٣ بما يساوي عشرة

اضعاف ماتم استخدامه في حرب الخليج عام ١٩٩١ . يوضح بشكل لا لبس فيه ان استخدام القوة كان مفرطاً وبدون تمييز ، حيث ان اليورانيوم المنضب والذي ينتقل عبر الهواء والماء ، يصل عمره النصفى الى ٣٠٧ بليون سنة ويتسبب في العقم والسرطان واللويميا والتشوهات الخلقية لحديثي الولادة ، إضافة الى احداث ضرر دائم في التربة العراقية مما يحولها الى تربة قاحلة وغير صالحة للاستخدام . فالولايات المتحدة لم تهاجم العراقيين الاحياء وحسب وانما ايضا هاجمت اجيال العراق التي لم تولد بعد (i) .

وعلى الرغم من أن نتيجة الحرب كانت شبه محسومة لصالح القوة الاعظم ، فقد خطط لاستخدام قوة تدمير في غاية الشدة ((ترمي الى تحقيق نصر سريع بل إحداث تدمير شامل واسع المدى يشمل الجيش والسلاح والدولة والبنى التحتية وسلامة الانسان ، أذ ان الجيش الامريكي كان قد حدد لنفسه خمسين الف هدف يقصفها في العراق وفي برنامج زمني ثلاثة اهداف يوميا)) (ii) . فقصف الطائرات الامريكية وبمساعدة ومساندة الصواريخ التي تنطلق من المنصات المتواجدة في الخليج وفي الكويت حصرا ، وأصرت على التدمير بقسوة وتعهد وبدون استثناء لأي مبنى ، فبنية البريد مثلا في الباب الشرقي تعرضت لقصف مدمر ثم أعيد القصف عليها مرة ثانية لتدميرها كاملا ومساواتها بالارض (iii) ، كما تم تدمير ٩٥ جسرا وطريقا للمرور السريع (iv) وتعرض جسر الصرافية للقصف الجوي من قبل طائرات التحالف وكذلك الجسر المعلق الذي يعد أول جسر معلق في الشرق الأوسط (v) ، كما تم تدمير ٥٦١١ مؤسسة صحية أي ما يعادل ٦٦ % من المؤسسات الصحية في العراق (vi) ، وكشفت دراسة اجرتها الامم المتحدة ان ٨٤ % من منشآت التعليم العالي قد تعرضت للاضرار والتدمير والنهب منذ بدء الحرب عام ٢٠٠٣ (vii) ، حيث بلغت خسائر قطاع التربية والتعليم جراء القصف الذي تعرض له حوالي ٣،٤ مليار دولار شملت تدمير المدارس والمعاهد والكلية ومراكز البحوث ومعامل انتاج اللوازم المدرسية (الاثاث والقرطاسية) أما عدد المدارس التي طالها تدمير كلي أو جزئي فقد بلغ ٣٨٠٠ مدرسة بحسب المصادر العراقية و١٦ معهدا فنيا و٦ من الجامعات والمراكز العلمية (viii) مع انها منشآت مدنية لا يمكن ان تستخدم لأغراض عسكرية إطلاقا أو أن تتغير صفتها المدنية ، وهي مباني عزلاء كما وصفتها المادة (٨ ب ٥) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية (المباني العزلاء التي لا تكون اهدافا عسكرية بأي وسيلة كانت) (ix) .

وتعرض قطاع الكهرباء ، وهو قطاع محمي بموجب المادة ٥٦ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ ، اذ ان منشآت هذا القطاع تحوي قوة خطرة وبالتالي لا تكون عرضة للهجوم حتى لو كانت اهداف عسكرية (x) . تعرض هذا القطاع في العراق لاضرار كبيرة نجمت عن عمليات القصف الجوي التي شملت المحافظات العراقية منذ حرب ١٩٩١ ، الامر الذي ترتب عليه تدمير اعداد كبيرة من محطات توليد الكهرباء والسدود المائية بما فيها محطات كهرومائية ، وكانت المحطات التالية هي أكثر المحطات تضررا :

- المحطة الكهرومائية لسد الموصل .

- محطة سد دوكان على نهر الزاب الصغير في السليمانية
- محطة سد الرمادي على نهر الفرات
- محطة ناظم شط البصرة
- محطة الرزازة والحسينية والسجلة والهندية في كربلاء

وكانت الحكومة قد قدرت حاجة هذا القطاع بثلاثة مليارات و ٧٥٠ مليون دولار في حين قدرها برنامج النفط مقابل الغذاء قبل الحرب ٦٤٠ مليون دولار فقط ، أما تقديرات الامم المتحدة فأنها تشير الى ان الموالدات المخصصة لتوفير الطاقة في المدن تعاني عجزا خطيرا ستصل نسبته الى ٣٠ % من عدد هذه المنشآت اما حصة المناطق الريفية من هذا العجز فستصل الى ٨٩ % (xi) .

وقد ادى تدمير البنى التحتية الى نقص المياه النظيفة الصالحة للشرب ، وهو انتهاك للمادة ٥٤ من البروتوكول الاضافي الاول الذي نصت فيه الفقرة الثانية على حظر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الاعيان والمواد التي لاغنى عنها لبقاء السكان المدنيين ومثالها مرافق مياه الشرب وشبكاتها (xii) . كما ادى قطع التيار الكهربائي الى صعوبة غلي الماء اضافة الى تدمير منظومات الصرف الصحي وانظمة مياه الشرب مما أدى الى تفاقم المشكلة ، وادى ذلك الى زيادة كبيرة في انتشار الاوبئة ، مثل التهاب الكبد الوبائي وهناك أكثر من ٢٠ % من سكان المدن و ٦٠ % من أهالي الريف من العراقيين لا يستطيعون الوصول الى المياه النقية بسبب تدمير البنى التحتية العراقية ، وطبقا لتقرير (ميداكت) فقد تم (الاضرار باكثر من ١٢ % من المستشفيات العراقية أثناء الحرب اضافة الى تدمير اثنين من اهم المعامل الصحية العامة تدميرا كاملا (xiii) ، ويذكر ان اللجنة الدولية وضعت برنامجا لتطهير المياه يستند الى اعادة تشغيل منشآت معالجة توزيع المياه في كل انحاء العراق وبناء على ذلك تم اعداد برنامج لاعادة توزيع الماء الصالح للشرب في أكياس من البلاستيك ليستوعب كلا منها لترا من الماء لتلبية حاجات المستشفيات والمراكز الصحية وفي بعض المراكز العراقية الواقعة في الشمال والجنوب عملت شاحنات صهريجية على امداد سكان الاحياء المحرومة (xiv) .

أما المنشآت النووية العراقية فقد تعرضت سبع منها لأضرار أو دمرت نتيجة لأعمال النهب وفقدان ملفات علمية وحاويات من هذه المنشآت ، ونقلت صحيفة واشنطن بوست ان المنشآت النووية العراقية اصيبت في أضرار فيما يبدو في بداية شهر نيسان عندما بدأت القوات الامريكية التحرك نحو بغداد ، وقالت الصحيفة نقلا عن شارلز اليون الضابط بالجيش الامريكي ان مخازن كاملة دمرت نتيجة لأعمال النهب والحرائق ، حيث قاد اليون فريق مسح امريكي في منشأة الشخيلي النووية التي تبعد عشرة أميال جنوب شرق بغداد ، قالت الوكالة الدولية للطاقة الذرية انها تشعر بالقلق من مواد مشعة من هذه المواقع ، ربما استخدمت في صناعة ما يسمى بالقنبلة القذرة (xv) . وهذا انتهاك واضح لأحكام المادة ٥٥ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ ، التي حظرت أساليب ووسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها ان تسبب أضرارا بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الامد بالبيئة الطبيعية (xvi) ، كما انه يعد انتهاك للمادة ٥٦ من البروتوكول نفسه والتي حظرت

مهاجمة الاشغال الهندسية أو المنشآت التي تحتوي على قوة خطرة (xvii) ، وهو أيضا انتهاك للمادة (٨ ب ٤) من النظام الاساسي والتي حظرت احداث ضرر واسع النطاق وطويل الاجل وشديد للبيئة والطبيعة (xviii) . وقد قدرت خسائر العراق من جراء حرب ٢٠٠٣ بحدود اربعمائة وعشرين بليون دولار ، فضلا عن الخسائر البشرية . وتمثلت تلك الخسائر في تدمير المنشآت المدنية والمطارات في حين تم تفكيك وبيع وتهريب المرافق الاخرى وبيعها بأثمان بخسة ، وقد استثمرت الادارة الامريكية انهيار مؤسسات الدولة العراقية فاستولت على الاموال العراقية المجمدة التي تجاوز رصيدها ١٧ بليون دولار اضافة الى الرصيد المتراكم من برنامج النفط مقابل الغذاء ، والبالغ ١١ بليون دولار ، وكذلك تم الاستيلاء على الاحتياطات النقدية للدولة العراقية المقدرة بما يزيد عن ٧ بليون دولار (xix) ، وهذا انتهاك واضح لاحكام المادة (٨ أ ٤) والتي حظرت الاستيلاء على الممتلكات دون ان تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفة للقانون وبطريقة عابثة (xx) .

وفي ندوة عقدتها احدى كليات القانون في الولايات المتحدة تحت عنوان (جرائم الحرب الدولية) ، جرت اجراءات شبيهة بالمحاكمة للولايات المتحدة وفق احكام القانون الدولي ، ففي اعقاب حرب ١٩٩١ قامت لجنة دولية باجراء تحقيقات بشأن جرائم الحرب التي ارتكبتها حكومة الولايات المتحدة بحق العراق ، وفي شباط ١٩٩٢ قدمت اللجنة نتائج التحقيق الى محكمة جرائم الحرب الدولية ، وتم تقديم التهم ضد الرئيس بوش الاب شخصا وضد نائبه وان كويل ووزير الخارجية والدفاع ومستشار الامن القومي ومدير وكالة الاستخبارات المركزية وكانت التهم تتركز بصورة رئيسية على ثلاثة انتهاكات من نمط جرائم الحرب التالية : تدمير منشآت ضرورية لحياة المدنيين والانتاج الاقتصادي ، القصف المتعمد لجنود عراقيين عزل واستخدام مفرط للقوة وقتل جنود يطلبون الاستسلام ، وتدمير منشآت بعد وقف اطلاق النار واستخدام أسلحة محظورة يمكن ان تسبب دمارا شاملا وشن حرب على البيئة وحرمان الشعب العراقي بشكل متعمد من الغذاء والدواء (xxi) .

واذا كانت المادة ٤٣ من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧ الخاصة بقوانين واعراف الحرب البرية تنص على : (اذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية الى يد قوة الاحتلال ، يتعين على هذه الاخيرة ، قدر الامكان تحقيق الامن والنظام العام وضمانه ، مع احترام القوانين السارية في البلاد ، الا في الحالات الضرورية القصوى) (xxii) ، واذا كانت المادة ٥٦ من ذات الاتفاقية تنص على : (يجب معاملة ممتلكات البلديات وممتلكات المؤسسات المخصصة للعبادة والاعمال الخيرية والتربوية والمؤسسات الفنية والعلمية كممتلكات خاصة حتى لو لم تكن ملكا للدولة ، ويحظر كل حجز أو تدمير أو إتلاف عمدي لمثل هذه المؤسسات) (xxiii) . فإن الايام القليلة التي تلت حرب ٢٠٠٣ شهدت احراق الوزارات العراقية تحت مرأى ومسمع القوات الامريكية ، وتم تدمير أرشيف الاذاعة والتلفزة العراقية ، والجامعات والمراكز العلمية والمكاتب والمتاحف (xxiv) .

ويذكر ان وكالة الولايات المتحدة للتطوير الدولي قدمت (رؤية للعراق مابعد الصراع) قالت فيه ان الولايات المتحدة ستكافح من اجل ان تبقى البنية التحتية الضرورية جاهزة للعمل بعد الحرب باكبر عدد ممكن من وسائل النقل والماء والانظمة الصحية وخدمات الكهرباء خصوصا في المناطق المدنية ، كما خططت وكالة الولايات المتحدة لاعادة بناء البنى التحتية بشكل كامل وبشكل اكثر تطورا مما كان عليه قبل الحرب وسيطلب هذا الامر استهدافا محدودا للبنى التحتية في كل من :

- ١- الطاقة الكهربائية : ان الضربات ضد شبكة العراق الكهربائية ستكون محدودة على الأرجح ، وان سلاح امواج اللاسلكي والاسلحة الدينامية الاخرى يرجح ان يتم استخدامها لتقليل الدمار .
- ٢- الماء والانظمة الصحية : تستعد الوكالة لنشر مولدات لمعدات الماء الرئيسية ومعدات الانظمة الصحية في حال تعرضت للتعطيل وسيتواجد موظفون من مهندسي الجيش الامريكي ومن شركات مثل (كوتراك) و (مورغانتي) خلال ستين يوما من نهاية الحرب لتشغيل معدات الطرق العشر الرئيسية .
- ٣- المواصلات : من غير المرجح ان يتم تمزيق شبكة المواصلات العراقية كما حدث في عام ١٩٩١ عندما تم تدمير اكثر من ٤٠ طريقا وجسرا ومطارا رئيسيا بسبب ان اطراف المواصلات ضرورية لعمليات التحالف الهجومية واللوجستية .
- ٤- الاتصالات : لقد تم استهداف انواع من معدات الاتصال فعلا (على سبيل المثال) موصلات الامواج القصيرة (الميكروويف) ومبشرات طبقة التريوسفير للطبقة الجوية السفلى والمواصلات المرئية . لقد تم انشاء شبكة التلفزيون العامة منذ عام ١٩٩١ ، ومن غير المرجح ان يتم استخدامها بشكل كامل في المستقبل ومع ذلك فان راديو وتلفزيون العراق سيتم تدميرها مع معدات البث لفسح المجال امام موجات بث الولايات المتحدة المكثفة في العمليات التقنية^(xxv) .

المبحث الثاني

تعتمد شن هجوم يسفر عن خسائر تبعية
ويلحق اضرارا مدنية مفرطة

في قرار سري للبنتاغون وبالتشاور مع الرئيس الامريكي جورج بوش ، جرى الاتفاق على استخدام (اعنف الاسلحة السرية الاستراتيجية) وبعض الاسلحة التي تمت تجربتها لمرحلتين وتحتاج لمرحلة ثالثة لتكتمل دراسة النتائج التقنية لدخولها الخدمة ، وهذه المراحل الثلاث ضمن مراحل قواعد الاختبار لأي سلاح يتم انتاجه حديثا فان البنتاغون يبحث منذ نصف قرن على (مثبت) أو على (فعل ورد فعل) لأسلحته الجديدة سواء من سكان المدن او الغابات أو دول ، وقد استخدم الصاروخ (الصاعقة HBM) وله قوة تدمير عظمى يتوجه من البحر نحو الارض ويطلق خلال ثوان معدودة وهجا كثيفا بقوة (الف مليون واط) ويدمر على الفور

جميع الرادارات الموجودة ، كما لديه القدرة ايضا على إذابة منشآت مدنية بكاملها وإزالتها من الوجود^(xxvi) ، وأفادت القيادة الوسطى من الجيش الامريكي انها استخدمت ١٠٧٨٢ من القذائف العنقودية طبقا للملخص التنفيذي للتقرير عن الذخائر العنقودية المنشور عام ٢٠٠٣ ، حصلت عليه هيومان رايس واتش من (بول وايرمان يو أس أي تودي) وتحتوي القذائف على (١٠٨) مليون قنبلة ، كما استخدمت القوات البريطانية ٧٠ قذيفة تحتوي على (١١٣١٩٠) قنبلة عنقودية ناهيك عن تدمير المنشآت المدنية وشن هجمات عشوائية دون إجراء أي تقدير للاضرار ، ولم يجري أي تحقيق يكشف للعلن عن الاضرار الجانبية أو الاضرار التي لحقت بالبيئة ، وهذه الافعال شكلت أسس وأدلة قانونية للمسؤولية عن الاضرار الناتجة عن الاعمال غير المشروعة كونها الحققت اذى أو خسارة سواء كان اذى شخصيا أو فكريا أو تدمير ممتلكات أو حرمان من وسائل العيش أو ضرر معنوي^(xxvii) . وكانت هيئات دولية قد أشعرت المحكمة الجنائية الدولية بتسليمها مذكرات قضائية شملت انتهاك قوانين الحرب وحقوق الانسان واستخدام القنابل الانشطارية في المناطق المدنية في العراق وقذائف اليورانيوم المنضب وتدمير الهياكل الارتكازية المدنية وكذلك المسؤولية عن مقتل ما بين ١٥ و ١٣٥ ألف شخص واعداد لا حصر لها من الجرحى نتيجة الغارات العسكرية والتي شنت وفق استراتيجية (اصدم وارعب) وتعد هذه الغارات انتهاكا لأحكام النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية التي تدين ((التعمد في إيقاع الاذى الكبير والتدمير الشديد والاستيلاء على الممتلكات والتعمد في الهجوم على المنشآت المدنية وشن الهجوم مع معرفة انه سيسبب فقدان الارواح)) واستندت حيثيات الدعاوى الى اقرار رئيس الوزراء البريطاني (توني بليز) قبل وقوع الحرب أمام البرلمان البريطاني في وقوع ضحايا مدنيين في حال شن الحرب ، بما يعني انه يعلم ان الهجوم سيفتك بأرواح المدنيين أ ويسبب لهم إصابات^(xxviii) .

كما ان هذه الافعال ، في الحقيقة ، تشكل انتهاكا للمادة ٢٣ (الفقرة هـ) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٧ المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية التي حظرت (استخدام الاسلحة والقذائف والمواد التي من شأنها احداث اصابات وآلام لا مبرر لها)^(xxix) ، كما انها خرق واضح للمادة ٥١ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ ، والتي حظرت الهجمات العشوائية وعدت مثل هذه الهجمات بمثابة هجمات عشوائية^(xxx) ، وهي ايضا انتهاك للمادة ٥٧ من ذات البروتوكول والتي اشترطت اتخاذ تدابير وقائية عند التخطيط لاتخاذ قرار بشن أي هجوم يتوقع منه ، بصفة عرضية ، ان يحدث خسائر في ارواح المدنيين أو الحاق الاصابة بهم أو الاضرار بالاعيان المدنية ، أو أن يحدث خلطا من هذه الخسائر أو الاضرار مما يفرط في تجاوز ما ينتظر ان يسفر عنه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة^(xxxi) . وهو انتهاك للمادة الثامنة من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية (ب ، ٢٠) التي حظرت استخدام أسلحة أو قذائف أو أساليب حربية تسبب بطبيعتها أضرار زائدة أو آلاما لا لزوم لها أو أن تكون عشوائية بطبيعتها بالمخالفة للقانون الدولي للنزاعات المسلحة^(xxxii) . وتشير التقارير الى أن القوات الامريكية

وحلفائها قد استخدمت ذخائر اليورانيوم المنضب بما يعادل نحو سبعة قنابل ذرية من نوع القنابل الذرية التي القيت على هيروشيما وناكازاكي مما سبب كارثة بيئية خاصة في جنوب العراق ، أي ما يعادل اضعاف ما استخدم عام ١٩٩١ ، وكانت النتيجة توقف ٨٠% من المصانع عن العمل منذ التسعينات وتدنت العمالة في الصناعة الى ٢٢% من مجمل العمالة في العراق (xxxiii).

ولعل أحدث الادلة وأهمها على التلوث البيئي تلك التي توصل لها الفريق العلمي الذي أوفده الى العراق المركز الطبي لبحاث اليورانيوم وهو مركز علمي دولي مستقل يرأسه العالم الأمريكي أساف أدور أكوفيتش بالتعاون مع الالماني سيغفرت هورست غونتر والعالم العراقي محمد الشخلي والثلاثة متخصصون بالطب الذري والاشعاع الذري ، واجري خلال الفترة من ٢٧/٨/٢٠٠٣ وحتى ١٠/١٠/٢٠٠٣ ، دراسة ميدانية اشعاعية ، هي الاولى من نوعها في المنطقة ، شملت مناطق واسعة من جنوب العراق ووسطه ، كبغداد وضواحيها ، والصويرة والكوت والناصرية والشطرة وكربلاء والنجف والبصرة وام قصر والفاو والزبير وابي الخصيب ، وقد أكدت النتائج الأولية للدراسة التي نشرت تفاصيلها على موقع umRc على شبكة المعلومات الدولية ، وجود تلوث إشعاعي واسع وخطير ، وأشار البروفسور إدوار اكوفيتش الى ان مستويات التلوث الاشعاعي تتراوح ما بين مئات وآلاف المرات عن الحدود المسموح بها ، وعزى ذلك الى استخدام القوات الامريكية والبريطانية لكميات من ذخيرة اليورانيوم المنضب أكثر بكثير مما استخدمته في حرب عام ١٩٩١ ، مقدرا اياها في تقرير خص به مجلة البيئة والتنمية عدد كانون الاول عام ٢٠٠٣ بان الدراسة أظهرت مستويات أشعاع كارثية موضحا ان الاستطلاعات الميدانية والقياسات التي أجراها الفريق العلمي في العراق قد أظهرت :

١- ارتفاع مستوى التلوث الاشعاعي في مناطق شاسعة من اجواء بغداد ومناطق جنوب العراق بزيادة هذا المستوى في بعض المناطق عن ١٠ اضعاف المستوى الطبيعي ، والغريب ان القراءات الاشعاعية كانت عالية في الهواء أكثر من التربة ، ولعل هذا مؤشر على ان الدقائق المشعة التي كان يحملها الغبار والهواء من النوع الدقيق الذي يستحيل استنشاقه وترسبه وبقائه في حويصلات الرئة .

٢- يزيد مستوى الاشعاع في مناطق اختراق اليورانيوم للمدرعات العراقية على ١٣٠ الف مرة على الحد الطبيعي ، ويشكل عامل خطورة كبيرة على من يقترب من الدبابة أو يلمس اجزاؤها ، والغبار المتراكم عليها ، اضافة الى السكان الذين يحتمون قربها ، وقد لوحظ ان الشظايا التي تخلفها تنتشر على رقعة واسعة ولا سيما في منطقة الحقول مما يهدد تلوث المياه والدورات الزراعية والغذائية إضافة الى المياه الجوفية مع تقادم الوقت .

٣- انتشار رقعة التعرض الاشعاعي والسمي لمخلفات اليورانيوم ولا سيما بين الآلاف من العراقيين الذين عمدوا الى رفع محركات الآليات المصابة أو المحترقة ورفع ادواتها لبيعها أو الاستفادة منها ، وقد وجد الفريق ان جميع

الآليات والدروع التي رفعت محركاتها واجزاؤها السليمة بعد تعرضها للقصف والاحتراق مشعة ، ووجد مستوى الإشعاع لدى احد هؤلاء الاشخاص يزيد على ١٠٠٠ عن المستوى الطبيعي وذلك على يديه ووجهه وملابسه إضافة الى ما تعرض له كثير من الاطفال الذين يلهون باللعب ببعض القذائف واجزائها المنشطرة .

٤- هذا وقد شمل التلوث اجزاء الجنود القتلى داخل الدبابات والذين دفنوا قرب هذه الدبابات فوصل مستوى الإشعاع في بدلة احد الجنود الى ٢٠٠٠ مرة اكثر من المستوى الطبيعي .

٥- عمدت القوات الى رفع عدد كبير من الدبابات والآليات المصابة وإخلائها الى مناطق بعيدة وقشط التربة تحت هذه الآليات واستبدالها بتربة جيدة بعد القاء التربة الملوثة في مناطق نائية ولعل هذا الاجراء نابع بحسب البروفسور الشخلي من معرفة هذه القوات بخطورة التلوث الإشعاعي والسمي الذي تسببه مخلفات اليورانيوم بها ، ولكن من دون ان يحذروا الناس من مغبة الاقتراب منها ، كما ان عملية إخلاء الآليات والتربة من دون معالجة موقعية هي عملية توسيع لرقعة التلوث ولا تختلف عن عمليات دفن الحاويات والنفايات الملوثة في أرض الآخرين ، والتي تنتجها بعض الشركات والدول المنتجة للصناعات النووية (xxxiv) .

وفصل البرنامج الاممي الذي اهتم بالالوضاع البيئية في العراق منذ فترة طويلة في تقريره الجديد نوعية التهديدات التي تواجه البيئة والمحيط والبشر في البلد ، حيث تطرق الى تعطيل عمليات صرف المياه الملوثة وهي ظاهرة تمثل خطرا جديا على السكان ومن المخاطر التي عدها خبراء هذا البرنامج ، التدمير الذي لحق بالمنشآت العسكرية والصناعية خلال النزاعات المتعددة التي خاضها العراق من مواد معدنية ثقيلة أو خطيرة في الهواء والتربة والامدادات المائية ، وهو ما يستدعي ((تقييما شاملا لمخاطر التلوث الكيماوي والمستويات التي بلغها التلوث البيئي في هذا البلد)) (xxxv) . وكانت تقارير سابقة صادرة من نفس البرنامج قد اكدت حدوث عمليات تسرب لكميات كبيرة من المواد الكيماوية من المصانع المدمرة الى المياه السطحية والجوفية (xxxvi) .

وقد كانت المدن الكبيرة هي الاخرى هدفا مكثفا لعمليات القصف على المواقع العسكرية داخل المدن والمناطق السكانية الكثيفة ، وهو امر لم يحدث منذ الحرب العالمية الثانية ، لاسيما انه صاحبها اشعال حرائق نفطية حول بغداد والمدن الكبرى ، وتم اشعال حوالي ١٣ بئرا في حقول الرميطة ، وشملت ذخائر محتوية على اليورانيوم المنضب سواء من الطيران أو الدبابات والقصف ، وظهرت حرائق النفط في بغداد والموصل والبصرة وحولها ، الامر الذي عرض الانسان لخطر داهم من مخلفات ومكونات البترول الاضافية الى مواد كيماوية أخرى يصعب تحديدها بالمسح العلمي العادي ، واذا كانت الحرب على العراق قد شهدت انواع من فنون الحرب فأن مسرح العمليات في النهاية هو الذي حدد نوع التدهور البيئي ، وكذلك الاسلحة ، فهي شئ مهم لمواجهة كيف تتم معالجة التلوث في حين تعرضت التربة

الى هرس المزنجرات والمعدات الثقيلة ومضرمة ايكولوجي الصحراء الهش ،
بينما الانفجارات الثقيلة أدت الى تفجيرات غيرت من الطبقة الجيولوجية وجعلت
المياه الجوفية تهرب الى اعماق سحيقة في الارض^(xxxvii).

وفي ذلك انتهاك للفقرة (٢ / ب / ٤) من المادة الثامنة من نظام المحكمة
الجنائية الدولية ، حيث نصت على انه تعد جريمة حرب (تعتمد شن هجوم مع العلم
ان هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الارواح والمعدات أو عن اصابات بين
المدنيين أو عن الحاق أضرار مدنية أو احداث ضرر واسع النطاق وطويل الاجل
وشديد للبيئة الطبيعية ، ويكون أفراطه واضحا بالقياس الى مجمل المكاسب
العسكرية المتوقعة ، الملموسة المباشرة)^(xxxviii) . وهو انتهاك أيضا للمادة الاولى
من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية
اغراض عدائية أخرى المؤرخة في ١٠ ديسمبر ١٩٧٦^(xxxix) ، كما إنه انتهاك
ايضا لاتفاقية حظر وتقييد استعمال اسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة
الضرر او عشوائية الاثر الموقعة في جنيف ١٠ تشرين الاول عام ١٩٨٠ ، والتي
حظرت : ((استخدام اساليب ووسائل حربية يقصد بها أو يتوقع منها ان تلحق
بالبيئة الطبيعية أضرارا واسعة النطاق وطويلة الاجل وشديدة الأثر))^(xl)
فالمعروف علميا وفقها أيضا ان اليورانيوم المنضب إذا كان لا يسبب دمارا شاملا
عند استخدامه ، فإنه يترك أثرا سلبية بعيدة المدى على البيئة التي يستخدم فيها
بعد تغلغله فيها وهذه احدى المشاكل البيئية التي يواجهها العراق والتي تتطلب
عناية خاصة من عدة جوانب^(xli).

إن احدى المعضلات التي يواجهها العراق ، تتمثل في تحول المجتمع الحضري
الى مجتمع ضعيف يقوم على بنية تحتية اضعفت هزيلة إن لم نقل انها منعدمة ،
ويمكن بسهولة تحديد الخسارة التي تعرضت لها البنية التحتية الاقتصادية
والصناعية إلا انها في العراق تمتد الى البنى التحتية التعليمية والصحية والثقافية
والفنية ، التي دمرت أيضا ، وفي ظل محنة المأساة الانسانية الحالية ترك الشعب
العراقي وراءه الاحداث الثقافية والفنية التي جعلت منه اكثر شعوب العالم في
المنطقة فقرا " ، وليس هذا الوضع في الحقيقة تحولا بل تدهورا في نوعية الحياة
السائدة في العراق الآن واصبح على هذا المجتمع الضعيف ان يكتفي بالقيود التي
تفرضها عليه بيئة حضرية مدمرة ، وعلى هذا النحو يطرح اختفاء الحياة الحضرية
تحديا طويل الامد امام جهود بناء الدولة وإحلال الامن المجتمعي في العراق^(xlii) ،
في ضوء التهديد القائم بخسارته بنيته الاساسية للعدالة الاجتماعية والانسجام في
ظل الاضعاف التدريجي لركائز التعليم والخدمات الصحية والاعتناء بالضعفاء
والمحرومين ، كما ان المحن الناجمة عن هذا الوضع باتت المنتشرة لدى مجمل
الفئات العرقية والطائفية والدينية . بيد ان ظاهرة الاخلاء القسري تبقى أسوأ
الجرائم المرتكبة بحق المجتمع العراقي ففي غضون بضعة أعوام قليلة نتجت عن
الصراع الاخير أثارا بعيدة المدى وانقسامات عديدة تهدد على نحو خطير التماسك
الاساسي للمجتمع ووحدته ، بل وقد تتركه في حال يتعذر اصلاحه ، ومن الصعب
جد ان نتوقع المدة الضرورية لإعادة بناء الهياكل الاساسية المتضررة ومرافق

الخدمات وإعادة الانسجام الاجتماعي ، وإذا كان اصلاح الهياكل الاساسية قد يستغرق اعواما أو حتى عقودا فان احياء الانسجام الاجتماعي سيقضي دون شك أجيالا كاملة من الزمن (xliii)

ويذكر ان الدراسة الاستقصائية بشأن صحة الاسرة العراقية التي اجريت بين عامي (٢٠٠٦ - ٢٠٠٧) بالتعاون بين وزارات عراقية مختلفة ومنظمة الصحة العالمية ، باستخدام تصميم مطابق لتصميم الدراسة الاستقصائية عن الظروف المعيشية للعراقيين ، وكانت الدراسة تهدف الى تقدير معدل الوفيات بين كانون الثاني ٢٠٠٢ ضمن مجموع ٩٣٤٥ اسرة شملت ٥٦ شريحة سكانية فريدة في العراق ، وتفيد البيانات التي انتجتها الدراسة بزيادة عدد الوفيات بشكل إجمالي (xliv). كما أكدت دراسة أخرى ان تدابير المسائلة التي اعتمدها الامريكان جاءت اما بعكس النتائج المرجوة منها أو كانت معيبة بقدر لأمل في إصلاحها (xlv)

الخاتمة

أوضحت الدراسات ، خصوصا الدراسات الصادرة من جهات محايدة ، وكذلك التصريحات ان الاعيان المدنية العراقية كانت عرضة للهجوم بأسلحة تستهدف تدميرها تدميرا شاملا بلاميز بين هدف عسكري وآخر مدني ، وتترك وراءها أحداث لا للانسان المعاصر وحسب ، بل المستقبل بما فيه من بشر وبيئة وطبيعة . ليس من هدف في العراق كانت طبيعته المدنية لتحميه من التعرض لهجوم عسكري بل كانت الهجمات تستهدف - وعن عمد - المدارس والجسور والمتاحف والمكاتب العامة والمستشفيات وشبكات المياه وقنوات الصرف الصحي وشبكات الكهرباء وطرق المواصلات ، ولم تكن الهجمات تستهدف إلحاق ضرر يحول دون تحويل الهدف المدني الى عسكري يمكن ان يسهم في العمليات العسكرية بشكل او بآخر ، بل كانت تستهدف تدميره تدميرا شاملا ، ولذلك كانت عملية إعادة الاعمار صعبة وشاقة ومتعثرة .

إن المحاولات التي ساقها البحث لتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني وأركان الجرائم الدولية الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ أثبتت جملة من الاستنتاجات تشير جميعا الى أن القوات الامريكية والقوات المتحالفة معها انتهكت القواعد الدولية التالية :

١- المادة ٢٧ من إتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .

٢- المادة ٥١ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .

٣- المادة ٥٧ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .

٤- المادة ٨ (أ - ٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ وبما يشكل جريمة حرب .

٥- المادة ٨ (ب - ٢٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ وبما يشكل جريمة حرب .

٦- المادة ٨ (ب - ٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨

- وبما يشكل جريمة حرب .
- ٧- المادة ٥٥ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .
- ٨- المادة ٥٦ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .
- ٩- المادة ٤٣ من إتفاقية (لاهاي) المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧
- ١٠- المادة ٥٦ من إتفاقية (لاهاي) المتعلقة بقوانين وأعراف البرية .
- ١١- المادة الأولى من إتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى ١٠ ديسمبر ١٩٧٦ .
- ١٢ - ديباجة إتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر ، جنيف ، ١٠ تشرين الأول ١٩٨٠ .

- (i) - د . أبان دوغلاس ، الولايات المتحدة في العراق جريمة الإبادة الجماعية ، <http://usgenocida.e.org/text/genocide>.
- (ii) - علي عقله عرسان ، الحرب العدوانية على لعراق ومستقبل المنطقة ، العرب والعالم اليوم ، دمشق ، ٢٠٠٥ ، ص: ١٦٩ .
- (iii) - خالد عيسى طه ، المشهد العراقي فرض التخطيط السياسي والاقتصادي الأمريكي على الشعب العراقي
- <http://www.ahhewar.org.debat> .
- (iv) - <http://www.rb-sy.com/rb/showthread>
- (v) - جريدة الزمان الدولية ، العدد ٢٦٦٩ في ١٤ / ٤ / ٢٠٠٧ .
- (vi) - <http://www.rb-sy.com/rb/showthead>
- (vii) - دراسة اممية الغزو الامريكي دمر ٨٤% من منشآت التعليم في العراق
- <http://hdmur.net>
- (viii) - <http://www.aljazeera.net/NR/exeres>
- (ix) - انظر نص المادة (٨) (ب فقرة ٥) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨
- (x) - . انظر نص المادة ٥٦ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .
- (xi) - <http://www.aljazeera.net/NR/exeres>
- (xii) - انظر : نص المادة ٥٤ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .
- (xiii) - محمد الزواوي ، مئتي طفل يموتون يوميا ، مجلة الجزيرة ، العدد ١١٣ ، الثلاثاء ١١ كانون الأول ٢٠٠٥ .
- (xiv) - د. عامر الزماني ، حماية المياه أثناء النزاعات المسلحة ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد ٣٠٨ ، ؟ ، ١٩٩٥ ، ص: ٢٨٨ .
- انظر أيضا : - كارل ماتكي وبورغ غاسر ، نهج محايد ومستقل وغير متحيز - سر قبول اللجنة الدولية للصليب الاحمر في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص: ٥ .
- (xv) - <http://www.alhilalclub.com>
- (xvi) - أنظر نص المادة ٥٥ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .
- (xvii) - انظر : نص المادة ٥٦ من البروتوكول الإضافي الأول لسنة ١٩٧٧ .
- (xviii) - انظر نص المادة ٨ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
- (xix) - محمد صادق اسماعيل ، ستة اعوام على غزو العراق ، أين يقف الاقتصاد العراقي .
- <http://www.pulpit.alwatenvoice.comcomlcontent>.
- (xx) - انظر : نص المادة ٨ الفقرة (أ - ٤) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية .

- (xxi) - فرنسيس أ. بويل ، تدمير النظام العالمي ، مركز الامرات للدراسات الاستراتيجية ، ٢٠٠٤ ، ص : ١٦٨ ، ص : ٢٧ .
- (xxii) - المادة ٤٣ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .
- (xxiii) - المادة ٥٦ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .
- (xxiv) - د. بشير موسى نافع ، خلف حرب التظليل ثمة عراق آخر في طريقه للتبلور ، <http://www.alarabnew.com/a/shaabi/>
- (xxv) - ميتشيل ناتيش ، استهداف البنى التحتية العراقية وعراق ما بعد الحرب ، معهد واشنطن لسياسات الشرق الأدنى ، متابعة سياسية رقم ٧٢٥ في ١٤/٣/٢٠٠٧ .
- www.asharqalarbi.org.uk/center
- (xxvi) - مهند العزاوي ، كي لانترك التاريخ دون بصمة عراقية <http://almansre.com/92/dresat> .
- (xxvii) - رزاق حمد العوادي ، المسؤولية الدولية للتعويض من الاضرار نتيجة الانتهاكات أو العدوان الذي يقوم به أحد اشخاص القانون الدولي وفقا لميثاق الامم المتحدة والقانون الدولي الانساني .
- <http://ahewar.org/debat>
- (xxviii) - سير الدعاوى القضائية ضد الحرب على العراق والارهاب <http://dao.org/arabic>
- (xxix) - انظر المادة ٢٣ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .
- (xxx) - انظر نص المادة ٥١ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
- (xxxi) - انظر نص المادة ٥٧ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
- (xxxii) - انظر نص المادة ٨ (٢-ب - ٢٠) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
- (xxxiii) - غالب ابو مصلح ، اهداف امريكا الاقتصادية من احتلال العراق ، منتدى النهضة .
- <http://www.alnahdah.org/doc/32063> .
- (xxxiv) - كاظم المقدادي ، التلوث الاشعاعي في العراق بؤادر صحوة متأخرة .
- <http://www.mostakballat.com/dever> .
- (xxxv) - كمال الضيف ، اعادة تأهيل البيئة .. جزء اساسي من اعادة الاعمار ،
- <http://www.swissinfo.ch/ara/archive>
- (xxxvi) - نبيل شبيب ، تعجيز الاقتصاد العراقي <http://islamonline.net/serv/et>
- (xxxvii) - العراق يعيش حرب أخرى اسمها الدمار البيئي <http://rb.b7b.com/t3562>
- (xxxviii) - المزيد من التفاصيل واركان هذه الجريمة انظر : - د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الجرائم الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص : ٧٧٠ .
- (xxxix) - انظر نص المادة الاولى من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لاغراض عسكرية أو لأية اغراض عدائية اخرى ، ١٠ ديسمبر ١٩٧٦ .
- (xl) - انظر ديباجة اتفاقية حظر او تقييد استعمال اسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر ، جنيف ، ١ تشرين الاول ، ١٩٨٠ .
- (xli) - استاذنا د.مشكاة المؤمن ، اليورانيوم المنضب جريمة بحق البيئة العراقية ، التنظيم القانوني للبيئة في العالم ، محمد خالد جمال رستم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٢ .
- (xlii) - أ كمال الدين احسان أو غلو ، تقييم المأساة الانسانية في العراق ، مختارات المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٥ .
- (xliii) - نصير احمد السامرائي ، الاثار الانسانية للحروب المتتالية في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٢٦٣ .

- (xliv) - بيث أوزبورن دابونتي ، تقديرات بشأن وفيات المدنيين العراقيين من جراء الحرب ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٢ .
- (xlv) - أريك ستوفر وميراندا سيسون وفونج فام باتريك فينيك ، العدالة المؤجلة المسالة وأعادة البناء الاجتماعي في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ٢٠٠٦ ، ص : ٢٧٩ .

المصادر والمراجع

- ١- د . أبان دوغلاس ، الولايات المتحدة في العراق جريمة الابادة الجماعية ، <http://usgenocida.e.org/text/genocide> .
- ٢- أريك ستوفر وميراندا سيسون وفونج فام باتريك فينيك ، العدالة المؤجلة المسالة وأعادة البناء الاجتماعي في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ .
- ٣- د . بشير موسى نافع ، خلف حرب التظليل ، ثمة عراق آخر في طريقه الى التبلور : <http://www.alarabnew.com/a/shaabi/>
- ٤- بيث أوزبورن دابونتي ، تقديرات بشأن وفيات المدنيين العراقيين من جراء الحرب ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ .
- ٥- د.مشكاة المؤمن ، اليورانيوم المنضب جريمة بحق البيئة العراقية ، التنظيم القانوني للبيئة في العالم ، محمد خالد جمال رستم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، لبنان ، ٢٠٠٦ .
- ٦- خالد عيسى طه ، المشهد العراقي فرض التخطيط السياسي والاقتصادي على الشعب العراقي - <http://www.ahewar.org.debat> :
- ٧- رزاق حمد العوادي ، المسؤولية الدولية للتعويض من الاضرار نتيجة الانتهاكات أو العدوان الذي يقوم به أحد اشخاص القانون الدولي وفقا لميثاق الامم المتحدة والقانون الدولي الانساني .
- ٨- د. عامر الزماني ، حماية المياه أثناء النزاعات المسلحة ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد ، ٣٠٨ ، ١٩٩٥ .
- ٩- علي عقله عرسان ، الحرب العدوانية على لعراق ومستقبل المنطقة ، العرب والعالم اليوم ، دمشق ، ٢٠٠٥ ، ص: ١٦٩ .
- ١٠- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الجرائم الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ .
- ١١- غالب ابو مصلح ، اهداف امريكا الاقتصادية من احتلال العراق ، منتدى النهضة .
- ١٢- فرنسيس أ . بويل ، تدمير النظام العالمي ، مركز الامارات للدراسات الاستراتيجية ، ٢٠٠٤ ، ص : ١٦٨ ، ص : ٢٧
- ١٣- كمال الضيف ، اعادة تأهيل البيئة ، جزء اساسي من اعادة الاعمار : - <http://www.swissinfo.ch/ara/archive>
- ١٤- كمال الدين احسان أوغلو ، تقييم المأساة الانسانية في العراق ، مختارات المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٥ .
- ١٥- د.مشكاة المؤمن ، اليورانيوم المنضب جريمة بحق البيئة العراقية ، التنظيم القانوني للبيئة في العالم ، محمد خالد جمال رستم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٢:
- ١٦- ميتشيل ناتيش ، استهداف البنى التحتية العراقية وعراق ما بعد الحرب ، معهد وشنطن لسياسات الشرق الادنى ، متابعة سياسية رقمية ٧٢٥ في ٢٠٠٧/٣/١٤ .
- ١٧- مهند العزاوي ، كمي لانتـرك التاريخ دون بصمة عراقية : www.asharqalarbi.org.uk/center

١٨ - محمد صادق اسماعيل ، ستة اعوام على غزو العراق ، أين يقف الاقتصاد العراقي :
<http://almansre.com/92/dresat>
<http://www.pulpit.alwatanvoice.comcomlcontent>

المواقع الالكترونية

١ - <http://www.pulpit.alwatanvoice.comcomlcontent>

٢ - <http://almansre.com/92/dresat>

٣ - www.asharqalarbi.org.uk/center

٤ - <http://www.swissinfo.ch/ara/archive>

٥ - <http://www.ahewar.org.debat>

٦ - <http://usgenocida\e.org/text/genocide>

٧ - <http://www.alarabnew.com/a/shaabi>

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية :

١ - اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧

٢ - البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ لاتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب .

٣ - النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .

٤ - اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لاجراض عسكرية أو لأية اغراض عدائية
اخرى ، ١٠ ديسمبر ١٩٧٦ .

مفهوم فكرة اللجوء في القانون الدولي وتطبيقاتها على اللجوء الإنساني

د. علي حميد العبيدي - كلية المأمون الجامعة

الخلاصة

عرفت البشرية منذ القدم ظاهرة اللجوء والبحث عن الملجأ ، واقتترنت هذه الظاهرة بالشعور بالخوف والهروب إلى مكان آمن ، فالتكاثر السكاني والفقر والمجاعة والاضطهاد السياسي والحروب تبقى أسبابا أساسية في تزايد الهجرة واللجوء الإنساني من بلد إلى آخر، ولقد تطور المفهوم القانوني للجوء والملجأ وظهرت عدة إعلانات ومواثيق ومعاهدات دولية وإقليمية لتنظيمه وحمايته . واختلف فقهاء القانون الدولي في تفسير مفهوم حق اللجوء ، واستعمل هذا المبدأ استعمالا مختلفا، وبدأت في خمسينات من القرن العشرين تظهر (القواعد الأوربية) لقانون اللجوء، وأصبح تعريفه التقليدي غير كاف وغير لائق بالآلاف اللاجئين الجدد، وقد أثار الكثير من الفقهاء مسألة حق الفرد في الملجأ (اللجوء الإنساني) كحق من حقوق الإنسان.

وبغية تناول هذا الموضوع في مبحث بالعنوان أعلاه سنتناول مفاهيم وتعريفات اللجوء والملجأ واللاجئ والعلاقة بينهما في القانون الدولي ، ثم نتناول موضوع اللجوء في القانون الدولي وتحديد قواعده وعناصره ، ثم نتطرق إلى موضوع اللجوء الإنساني وما يتعلق به من قواعد وأنظمة قانونية ، ونحاول تطبيق تلك القواعد على حالة اللاجئين العراقيين والفلسطينيين وما يتعلق بهم من مشاكل وصولا إلى استنتاجات حول موضوع فكرة اللجوء وكيفية تسييسها من قبل الدول وحرمان ضحايا القمع والإرهاب من اللجوء، وعلى العكس من ذلك شمول مرتكبي جرائم الحرب والإبادة الجماعية بحق اللجوء.

Abstract

Since old time, people knew the phenomena of refuge and searching for the place of refuge. Undoubtedly, this phenomenon has joined with feeling of afraid and escaping to secure place.

The population increasing, poorness, hunger, political tensions and wars are stayed vital reasons lead to increasing the immigration and humanitarian refuge from country to other. The legal understanding of refuge is developed, so there are many declarations, documents and treaties, either international or territorial, working together to regulate and secure this phenomena.

Jurists of international generally are not agreed all of them upon the definition or interpretation of the concept of the refuge

right as a principle of human rights. So this principle is being used in deferent ways for a long time. But at the beginning of the twentieth century(the European rules) of the refuge law started to appear, and its traditional definition becomes un sufficient and un acceptable for thousands of new refugees. Most of Jurists ensure that the case of the individual right in refuge specially the humanitarian refuge concerned as a right of human rights.

So for dealing with a subject having the above title we will take concepts and definitions of refuge, the place of refuge and the relationship between them in International Law. We will discuss the subject of refuge in international law and mention its rules and its elements, having in conceder the subject of humanitarian refuge, its rules and its legal regulations.

We will too try to compare between this rules in case of Iraqi and Palestinian refugees and there problems in order to make some conclusions about the subject of refugee idea and how some countries using it to prevent the victims of bad sates policy and terrorism from refuge rights. Contrary to that we see persons of war, genocide crimes granted right of refuge. Hopping that we succeed to explain it.

مقدمة

عرفت البشرية منذ القدم ظاهرة اللجوء والبحث عن الملجأ، فقد عرفته الحضارات القديمة مثل الحضارة البابلية والمصرية والإغريقية و الرومانية، كما عرفه عرب الجاهلية تحت مفهوم الاستجارة والإجارة حيث استقر العرف على منح اللاجئ ما يسمى حق الإقراء، وهو الحماية لمدة ثلاثة أيام، ثم جاء الإسلام وأقر مبدأ الاستجارة وطور مفهومه ليصبح مبدأ الأمان الذي من خلاله يتم منح اللاجئ وعائلته وأمواله الأمان لمدة سنة كاملة، واقتترنت هذه الظاهرة بالشعور بالخوف والهروب إلى مكان آمن. فالتكاثر السكاني والفقر والمجاعة والاضطهاد السياسي والحروب تبقى أسبابا أساسية في تزايد الهجرة واللجوء الإنساني من بلد إلى آخر. لقد كانت الحروب والصراعات السياسة الداخلية والخارجية وويلاتها وراء أكبر التدفقات البشرية التي شهدتها ظاهرة اللجوء في العالم ، والتي أفرزت أعداداً هائلة من اللاجئين ومعاناة شديدة، وما زال اللاجئين يتلمسون قسوة تواصلها ومرارة تبعاتها حتى يومنا هذا.

ونتيجة لذلك حاول المعنيون تطوير المفهوم القانوني للجوء والملجأ فظهرت عدة إعلانات ومواثيق ومعاهدات دولية وإقليمية لتنظيمه وحمايته. وعلى المستوى الدولي يمكن اعتبار مطلع القرن العشرين تاريخاً لبداية مشكلة اللجوء المعاصر بسبب الحروب الدولية التي تمت سواء الحرب العالمية الأولى أو ما تبعها من مشاكل حربية بعد ذلك في العالم، لكن البحث عن الحلول المناسبة لحل مشاكل

اللاجئين مسألة ما تزال تشغل اهتمام العقول، وأمام كل التطورات المتعلقة بمسألة اللجوء واللاجئين تتركز معظم الاهتمامات على وضع إستراتيجية شاملة تتضمن :

* التصدي للنزاعات والحروب ومنع نشوبها قدر الإمكان.

* دعم حقوق الإنسان بشكل فعال.

* القضاء على الفقر.

وبغية تناول موضوع مفهوم فكرة اللجوء في القانون الدولي وتطبيقاتها على اللجوء الإنساني سوف نقسم الدراسة إلى أربعة مباحث مختصرة قدر الإمكان، الأول ونتناول فيه اللجوء والملجأ واللاجئ والعلاقة بينهما، وأفردنا مطلباً لموضوع اللجوء السياسي لأهميته، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه مفهوم اللجوء في القانون الدولي وما يتعلق به من مواضيع ذات صلة ،إما المبحث الثالث فسنتناول فيه اللجوء الإنساني والقواعد القانونية ذات العلاقة به، أما المبحث الرابع والأخير فسنعرض فيه موضوع اللاجئين المشاكل والحلول وبعض نماذجهم وصولاً إلى خاتمة، نتمنى أن نكون من خلال عرض الموضوع أن نسهم ولو قليلاً لتعريف المواطن واللاجئ بحقوقه في إطار الأحكام والقواعد القانونية ذات العلاقة .

المبحث الأول

اللجوء والملجأ واللاجئ والعلاقة بينهما

إن نمو الاهتمام بمسألة احترام حقوق الإنسان، إضافة إلى الدور الذي لعبته وما زالت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة لهيئة الأمم المتحدة في كسب عطف ومساعدة دول العالم وشعوبها نحو قضايا اللاجئين أفضى إلى إيلاء تلك الدول نوعاً من الاهتمام بقضايا اللاجئين ومسألة اللجوء، لقد أصبحت مشكلة اللاجئين مصدر قلق كبير للمجتمع الدولي الذي بدا لأسباب إنسانية يتحمل مسؤولية حمايتهم ومد يد المساعدة إليهم⁽¹⁾.

تعد هيئة الأمم المتحدة مرجعاً بالغ الأهمية بالنسبة للأسرة الدولية في متابعة تطور تشريعات قواعد القانون الدولي وصياغة بنوده، ولهذا فهي ساهمت وما زالت في صياغة مجموعة كبيرة من الاتفاقات والأعراف الدولية التي تحمي اللاجئ وتحافظ على حقوق الإنسان. فالحروب التي شهدتها العالم ومنها العالم العربي بشكل خاص ، تتقدمها الحربين العالميتين و الحروب العربية الإسرائيلية وحرب تحرير الجزائر وحروب القرن الأفريقي ويوغسلافيا وحرب الخليج والاحتلال الأمريكي للعراق أفرزت أعداداً هائلة من اللاجئين ومعاناة شديدة، ما زال اللاجئين وعلى الأخص منهم الفلسطينيون يتلمسون قسوة تواصلها ومرارة تبعاتها حتى يومنا هذا، فما هو اللجوء والملجأ ومن هو اللاجئ.

وبغية التعرف على معاني وتعريفات اللجوء والملجأ واللاجئ سنتناول ذلك في شيء من الإيجاز في النقاط التالية.

المطلب الأول - تعريف اللجوء

اللجوء في اللغة العربية كلمة اشتقت من لجأ يلجأ ملجأ ولجوء والتجأ التجأ، واللجوء هو شكل من أشكال الحماية التي تسمح للأفراد على البقاء في

موطن غير موطنهم والتكيف مع وضعهم الجديد ليصبحوا في مركز المقيم الدائم، وظاهرة اللجوء رغم قدمها في التاريخ، إلا أنه من المصطلحات الأكثر اهتماماً في الفقه القانوني والإنساني، وقد أطلق هذا المصطلح في القانون الدولي على الحماية التي تمنحها الدولة فوق أراضيها أو فوق مكان تابع لسلطتها لفرد طلب منها هذه الحماية، والهدف منه هو إنقاذ حياة أشخاص أو حريتهم ويعتبرون أنفسهم مهددين في بلادهم^(٢). فكل شخص هجر موطنه الأصلي أو أبعد عنه بوسائل التخويف والإرهاب أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عنصرية أو مذهبية ولجأ إلى إقليم دولة أخرى طالباً للحماية أو العيش لحرمانه من العودة إلى وطنه الأصلي يسمى لاجئاً في مفهوم القانون الدولي.

يعرف الدكتور سموحي فوق العادة اللجوء ويسميه (الالتجاء) بأنه " لجوء شخص إلى سفارة أجنبية أو حكومة أجنبية أو سفينة حرب أجنبية للاستفادة من حماية تلك الدولة هرباً من عدو احتل بلاده، أو من ملاحقة حكومته، بحيث تتعرض حريته أو سلامته أو حياته للخطر"^(٣).

وتعالج اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية المدنيين وقت الحرب المؤرخة ١٢/٨/١٩٤٩ موضوع حماية المدنيين غير إنها لم تتطرق بشكل واضح إلى مسألة اللجوء ولم تعط تعريفاً له^(٤).

المطلب الثاني - تعريف الملجأ

كلمة الملجأ من المصطلحات الغامضة، ففي العربية تأتي من لجأ أو التجأ، وتعني المكان الذي يلوذ إليه الشخص أو الذي يعتصم به سواء كان مكاناً أو إنساناً، وفي الإنكليزية (Refugee) وتعني المكان الذي يبحث فيه الإنسان عن حمايته وأمنه، وفي الفرنسية (ASILE) وتعني المكان المقدس الذي يأوي إليه الإنسان الهارب. والملجأ هو المعقل والملاذ، أو المكان الذي يحمي به الخائف.

وقد تطور مفهوم الملجأ في القانون الدولي ولم يعد يقصد به المكان الذي يلتجئ أو يلوذ به اللاجئ، بل يقصد بالملجأ أيضاً ((الحماية التي تمنحها الدولة لأحد الأجانب الذي جاء يطلبها في إقليم تلك الدولة أو في مكان آخر يتعلق ببعض أجهزتها الموجودة سواء في الداخل أو في الخارج))^(٥). إن الملجأ الذي تمنحه دولة ما يعد ممارسة لسيادتها، وعلى الدول أن تحترم حق اللجوء الممنوح للأشخاص بما فيهم المكافحون ضد الاستعمار^(٦).

المطلب الثالث- تعريف اللاجئ

أن تعريف اللاجئ وتحديد هويته من القضايا التي خلقت الكثير من التعقيدات والتباينات في الآراء والمواقف الدولية والإقليمية، الأمر الذي دفع إلى صياغة اتفاقات بين الدول أو في إطار مجالس الدول والمنظمات الإقليمية من أجل السعي لبلورة مفهوم عام لتعريف مصطلح اللاجئ، و بالتالي إيجاد حل لمشاكله، ويشكل القانون الدولي مرجعاً أساسياً في تنظيم وضبط التعاملات والعلاقات بين الدول، حيث تعدد مصادره وتتنوع بين اتفاقات وأعراف دولية أو إقليمية.

وقد تضمنت الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ تعريفاً لمصطلح اللاجئ، ينص على أن "كل شخص يوجد نتيجة لأحداث وقعت قبل ١ كانون الثاني سنة ١٩٥١، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض لاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية، ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق بنتيجة مثل تلك الأحداث، ولا يستطيع أو لا يريد بسبب هذا الخوف أن يعود إلى ذلك البلد"^(٧).

وقد سعى خبراء القانون في الأمم المتحدة إلى توسيع تعريف اللاجئ وعدم تقييده بالتحديد الزمني المشار إليه بالاتفاقية المذكورة، حيث إن هذه الاتفاقية رغم صفتها الدولية، فهي اتفاقية خاصة بشعوب أوروبا المتضررة من ويلات الحرب العالمية الثانية، لهذا كان التعريف وفقاً لمفاهيم أوروبية، من أجل إيجاد حل لمشكلة اللاجئين الأوربيين الذين تركوا ديارهم نتيجة الحرب، لذلك تم تجاوز هذا الشرط في البروتوكول الخاص باللاجئين الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٦٧، ليصبح لفظ اللاجئ ينطبق على كل من تتوفر فيه الشروط المذكورة، دون تحديد للفترة الزمنية، ودون إجراء تعديلات أساسية على مضامين التعريف ذاته. ومع ذلك لا يزال التعريف غير مفهوم ولا يستخدم بطريقة ثابتة ومستقرة في اللغة اليومية. فعلى سبيل المثال، غالباً ما تخلط وسائل الإعلام بين اللاجئين وأولئك الذين يهاجرون لأسباب اقتصادية (المهاجرون الاقتصاديون) وبين المجموعات المضطهدة في بلدانها وغير القادرة على مغادرة حدودها الدولية. إن تعريف اللاجئ في اتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكولها لعام ١٩٦٧ يشوبه القصور، ونصوصهما لا تتفق مع حالات اللجوء الأخرى والمعاصرة، بسبب اعتمادهما على الاضطهاد كسبب رئيسي للجوء. وهذا ما دفع الدول الأفريقية ودول أمريكا اللاتينية وبعض الدول الأخرى إلى أن تتوسع في تعريف اللاجئ وتحديد صفته^(٨).

فقد صاغت منظمة الوحدة الأفريقية معاهدة في ١٠ أيلول عام ١٩٦٩، وضعت بموجبها تعريفاً تسترشد به، استندت فيه إلى اتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٥١، ولكنها أضافت إليه ما يتفق مع ظروفها السياسية. وعرفت مصطلح اللاجئ بأنه "١ - يعني كل شخص يتواجد خارج بلاده خوفاً من الاضطهاد بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو بسبب عضوية مجموعة اجتماعية معينة، أو بسبب الرأي السياسي، ويكون غير قادر أو - بسبب مثل هذا الخوف - غير راغب في الاستفادة من حماية تلك الدولة. أو من يكون غير قادر - بسبب عدم حملة لجنسية، وكونه خارج دولة إقامته المعتادة السابقة كنتيجة لمثل هذه الأحداث - أن يعود إليها، ٢ - ينطبق كذلك مصطلح "لاجئ" على كل شخص يجبر على ترك محل إقامته المعتادة بسبب اعتداء خارجي، أو احتلال، أو هيمنة أجنبية، أو أحداث تعكر النظام العام بشكل خطير في كل أو جزء من بلد منشأه أو جنسيته من أجل البحث عن ملجأ في مكان آخر خارج بلد منشأه أو جنسيته"^(٩).

وتعرّف منظمة غوث اللاجئين الفلسطينيين وتشغيلهم «أونروا» اللاجئ

الفلسطيني بأنه «أي شخص كانت فلسطين مقر إقامته الطبيعي خلال الفترة الممتدة من يونيو (حزيران) ١٩٤٦ إلى ١٥ مايو (أيار) ١٩٤٨ وفقد سكنه وسبل عيشه نتيجة نزاع عام ١٩٤٨ ولجأ خلاله إلى واحد من البلدان التي تقدم فيها أونروا خدماتها»^(١٠).

يظهر مما تقدم من تعريفات إن العلاقة بين تلك المصطلحات تكون مترابطة ومتداخلة بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر ، وعندما يتناول الباحث أي منهما ومن أي زاوية لا بد أن يتطرق إلى كل عناصرهما وتفصيلاتهما القانونية والسياسية و الاجتماعية والاقتصادية، غير إن ما يهمننا هنا هو البحث في الجوانب القانونية وما يتعلق بهما.

المطلب الرابع - تعريف اللجوء السياسي

يطلق هذا المصطلح في القانون الدولي على الحماية التي تمنحها الدولة فوق أراضيها أو فوق مكان تابع لسلطتها مثل سفاراتها وقنصلياتها وسفنها وطائراتها الموجودة في الخارج لفرد طلب منها هذه الحماية ، والهدف منه هو إنقاذ حياة أشخاص أو حريتهم. فكل شخص هجر موطنه الأصلي أو أبعد عنه بوسائل التخويف والإرهاب أو الاضطهاد لأسباب سياسية ولجأ إلى إقليم دولة أخرى طالباً للحماية أو العيش لحرمانه من العودة إلى وطنه الأصلي يسمى لاجئاً سياسياً في مفهوم القانون الدولي .

كما قد يقصد باللجوء السياسي قيام دولة ما بمنح حق الإقامة بأمن وسلام في أراضيها لمن توافق على اعتبارهم لاجئين سياسيين^(١١)، وعرف قانون اللاجئين السياسيين في جمهورية العراق رقم ٥١ لسنة ١٩٧١ اللاجئ بأنه : " كل من يلتجئ إلى الجمهورية العراقية لأسباب سياسية أو عسكرية"^(١٢).

ومن هنا نرى أن اللجوء السياسي هو الحماية التي تمنحها دولة ما فوق أراضيها أو فوق أي مكان تابع لسلطتها لفرد طلب منها الحماية. وأما اللاجئ السياسي فهو الشخص الذي طلب تلك الحماية لأسباب معينة.

المبحث الثاني

اللجوء والقانون الدولي

تحتل القواعد القانونية الدولية للاجئين قيمة خاصة بوصفها احد أهم الآليات الأساسية لحماية حقوق الإنسان، ولكن لا يمكننا النظر إليها باعتبارها علاجاً شاملاً لكل القضايا ، لأن تحديد وتعريف أولئك الذين يتمتعون بالحماية العالمية بوصفهم ضحايا لانتهاكات حقوق الإنسان، بعد توفر شروط الهجرة القسرية واللجوء الفعلي فيهم لكي تنطبق عليهم الصفة القانونية للجوء، وما يتعلق ذلك باعتبارات السيادة في مواجهة أي تدخل من المجتمع الدولي. وبغية التعرف على قضايا اللجوء وعلاقته بالقانون الدولي سنتناول أنواع اللجوء وعناصره والقواعد القانونية الدولية التي تحكمه في النقاط التالية.

المطلب الأول - أنواع اللجوء

تطورت قضايا اللجوء مع تطور الحياة وازدياد حاجات الإنسان وتعدد وتنوع وتطور وسائل الإنتاج في المجتمع واختلاف المصالح ونشوب الأزمات والكوارث والحروب والكفاح ضد الاستعمار ، والخوف من الاضطهاد بسبب العرق، أو الدين، أو الجنسية، أو بسبب الرأي السياسي، إلى غير ذلك من الأسباب الأخرى، ومع هذا التعدد والتنوع من الأسباب ظهرت أنواع مختلفة من اللجوء، واللجوء ربما يكون داخل الوطن أو خارجه، واللجوء داخل الوطن هو الذي تمنحه الدولة داخل حدودها، أما اللجوء خارج الوطن فهو، أما لجوء سياسيا أو إنسانيا أو غير ذلك، ويمكن إيجاز تلك الأنواع في أدناه:

١ - اللجوء الإنساني

٢ - اللجوء السياسي

٣ - اللجوء الديني

٤ - اللجوء الإقليمي

٥ - اللجوء البيئي

وقد تناولنا في المبحث الأول تعريف اللجوء السياسي وسنتناول اللجوء الإنساني لاحقا، أما الملجأ الديني فهو اللجوء إلى المعابد والكنائس والأديرة والأماكن المقدسة لغرض طلب الأمن والحماية والشفاعة والغفران، وكان اللجوء الديني من الأنواع المهمة للجوء عند البابليين والفراعنة والإغريق والرومان، وكذلك في الديانات اليهودية والمسيحية والإسلامية، وكان بيت الله الحرام من الأماكن الأكثر أمانا لمن يلتجئ إليه قبل وبعد الرسالة الإسلامية^(١).

أما الملجأ الإقليمي فهو ((الملجأ الذي يتمتع به الشخص استنادا إلى الحرمة المقررة للإقليم الذي يلتجئ إليه))^(٢) ، والملجأ الإقليمي قد لا يوفر الحماية لأشخاصه لإمكانية إنكار توفر شروط اللجوء فيهم، والالتفاف على حق الاعتراف لهم بصفة لاجئ بمقتضى أحكام معاهدة جنيف لعام ١٩٥١ ، لأن ذلك يعتبر شأنا من شؤون ممارسة السيادة الإقليمية التي أقرتها المواثيق الدولية^(٣).

أما اللجوء البيئي فإن المفهوم القانوني له يختلف عن المفهوم القانوني للجوء السياسي وغيره من أنواع اللجوء الذي ينص عليه القانون الدولي. فاللاجئ البيئي هو الذي ينتقل مجبرا من مقر سكناه بفعل التغير المناخي أو التبدل البيئي أو التعديل الجيولوجي إلى مقر آخر لالتهجا فيه، وظهر مفهوم اللاجئ البيئي للمرة الأولى في ١٩٨٥ ضمن تقرير لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة^(٤) ، لكن قوانين اللجوء لا تمنح اللاجئ البيئي وضعاً قانونياً، لعدم تشكيل اللاجئين البيئيين ظاهرة جديدة، خصوصاً وأن هذا لنوع من اللجوء يحدث أحيانا داخل البلد ذاته .

المطلب الثاني - أركان وعناصر اللجوء

يستند مفهوم فكرة اللجوء في القانون لدولي إلى الأركان والعناصر المكونة له والتي تبرز لنا بشكل واضح من خلال تعريف اللجوء الوارد في الاتفاقية

الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، والمفاهيم التي اشرنا إليها في مقدمة هذه الدراسة حول اللجوء والملجأ واللاجئ وهذه الأركان والعناصر هي:

- ١- أن يكون هناك شخص يدعى باللاجئ وهو العنصر الأول من عناصر اللجوء الذي تنطبق عليه شروط اللجوء المذكورة في قوانين اللجوء.
- ٢- أن يتوفر عنصر الحق في طلب اللجوء بمقتضى المواثيق الدولية الخاصة باللجوء.
- ٣- أن يتوفر عنصر الحماية القانونية للاجئ وفقا لقانون اللجوء، و ترتب آثاراً تتعلق به حصراً.
- ٤- أن يمنح اللجوء من قبل شخص من أشخاص القانون الدولي، وعادة تكون دولة لمواجهة تصرفات دولة أخرى تدفع الأشخاص إلى طلب اللجوء.
- ٥- أن يكون اللجوء عنصر مكاني محدد بأنواع اللجوء المختلفة سواء كان سياسياً أو إنسانياً أو دينياً أو إقليمياً أو بيئياً أو غير ذلك، بقصد توفير الحماية لحقوق الإنسان للاجئ، مع العرض ان انواع اللجوء تختلف بعضها عن البعض الآخر تبعاً للجوء ذاته وليس للعنصر المكاني.
- ٦- أن يكون للاجئ حق العودة إلى موطنه الأصلي انطلاقاً من مفهوم الحماية القانونية المؤقتة الممنوحة له.
- ٧- أن تتوفر للاجئ كل عناصر الحق المقررة له بموجب المواثيق الدولية^(٥).

المطلب الثالث - القواعد والمبادئ التي تحكم اللجوء

إن القانون الدولي العام يمنح اللاجئ مركزاً قانونياً يخوله الحصول على الحماية، كما يضمن له مسألة احترام حقوقه استناداً لمبدأ "احترام حقوق الإنسان" بما فيها الحق بالعودة إلى موطنه الأصلي، وعدم طرده إلا وفق شروط وأسباب واضحة، ذلك أن القواعد الدولية التي ترعى حقوق الإنسان، توفر حماية أوسع لمختلف فئات اللاجئين.

إن المركز القانوني للاجئ يستمد مصادره من المعاهدات والاتفاقات الدولية والإقليمية وما جرى عليه العرف الدولي، وهناك أجهزة ووكالات دولية وإقليمية ووطنية تسهر على تأمين الحماية اللازمة لحقوق اللاجئ وتقديم العون له.

وتعزى أسباب اللجوء إلى واحدة من خمس أمور وردت في المادة (١) فقرة أ (٢) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ وهي: العرق، الدين، الجنسية، الانتساب إلى مجموعة اجتماعية معينة أو ذات رأي سياسي. وأي اضطهاد لأسباب أخرى لا يتم اعتمادها.

والعرق هنا يستخدم بالمعنى الواسع ويشمل المجموعات ذات الأصل الواحد أو التي تنحدر بشكل مشترك من جهة واحدة. أما الدين فله معنى واسع أيضاً، ويشمل الانتماء إلى مجموعة تشترك في التقاليد أو المعتقدات، وكذلك ممارسة الشعائر الدينية. وتشمل الجنسية الأفراد المجنسين. إذ إن اضطهاد المجموعات ذات العرق، اللغة، والثقافة الواحدة والقومية أو الأقلية ضمن مجمل الشعب يمكن اعتباره اضطهاداً بسبب الجنسية.

أما عبارة مجموعة اجتماعية معينة فتعني أولئك الناس الذين يشتركون في عادات أو وضع اجتماعي معين . وهذا الصنف غالباً ما يتداخل مع مفهوم المضطهدين للأسباب الأربعة الأخرى . وينطبق هذا على فئات مثل : العائلات الثرية ، أصحاب الأملاك ، أصحاب المهن ، والعسكريون السابقون وغيرهم . وقد يعني مصطلح الرأي السياسي حمل الأفكار التي لا تروق لسلطات الدولة الحاكمة ، بضمنها الآراء الناقدة لسياسات الحكومة وأساليبها . وتشمل آراء الأفراد الذين يخفون رأيهم السياسي ولحين هروبهم من بلادهم لكي يمكنهم التمتع بوضعية اللاجئ إذا استطاعوا إثبات أن آراءهم قد تعرضهم للاضطهاد إذا عادوا لبلادهم.

أن اللجوء السياسي حق كفلته التشريعات الدولية ، وحثت عليه ، ودافعت عنه ، وفي القانون الدولي تكون حماية اللاجئين من مسؤولية الدول ، طبقاً لاتفاقية ١٩٥١م وبرتوكول ١٩٦٧م ، ويرى فقهاء القانون الدولي أن حق حماية اللاجئين ملزم لجميع الدول ، حتى وإن لم تكن أطرافاً في المعاهدات الدولية التي أقرته . ويجب استيفاء الشروط والمعايير الخاصة بوضع طالب اللجوء السياسي ، بحيث يكون اختلال بعض تلك الشروط مانعاً من منحه ذلك الحق .

ومن آثار اللجوء السياسي : التجنس بجنسية بلد اللجوء ، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة والحاجة الملحة ، كما أن من آثار اللجوء السياسي الدخول في الخدمة العسكرية ، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة والحاجة الماسة التي تسوغ ذلك ، ويمنح القانون الدولي اللاجئ السياسي المقيم في بلد أجنبي بعض الحصانات بحيث لا يجوز تسليمه إلى سلطات بلده مهما ألحت في طلبه شرط ألا يقوم بأي نشاط سياسي ، ما لم تسمح له السلطات المحلية بذلك^(١) .

وتحاول الدول أو المنظمات تقرير أو تحديد من هو اللاجئ ، وعادة ما يطلب من اللاجئ بشكل فردي إثبات أن تخوفه من الاضطهاد له ما يبرره ، ويقر القانون الدولي بحق الشخص في طلب اللجوء ، ولكنه لا يجبر الدول على الموافقة ، إلا إن الأمم المتحدة تقوم أحياناً بمنح حماية مؤقتة لدى مواجهتها لموجة هجرة جماعية وعدم قدرة نظامها المعتاد للهجرة على العمل ، وذلك بإدخال المهاجرين إلى أماكن آمنه .

أقرت الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١ والبروتوكول الملحق بها وبقيّة المواثيق الدولية الأخرى ذات الصلة بأن من حقوق اللاجئ ممارسة الشعائر الدينية (م/٤) ، وتطبيق الاتفاقيات دون تمييز من ناحية العرق ، والدين ، والمواطن الأم (م/٣) ، واكتساب الأموال المنقولة وغير المنقولة (م/١٣) ، وحماية الملكية الأدبية ، والصناعية (م/١٤) ، وحق الانتماء للنقابات (م/١٥) ، وحق التعليم (م/٢٢) ، وحرية التنقل ، وإعطاء وثائق للسفر (م/٢٦-٢٨) ، والحقوق الممنوحة بمقتضى تشريعات العمل والضمان الاجتماعي (م/٢٤) ، كما يجب منح كافة اللاجئين أوراق إثبات هوية ووثائق سفر تمكنهم من السفر خارج بلد اللجوء ، ويجب معاملتهم بنفس معاملة مواطني بلد اللجوء ، ولا يحق للدول طرد اللاجئين إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام (م/٣٢) ، وحتى في هذه الحالة لا

يجوز لها أن تطرد اللاجئين لبلد تعد حياته فيها معرضة للخطر، ولا يفوتنا أن نذكر إن منح اللجوء وعدم الرد ألقسري أو الطرد هي من المبادئ المستقرة في الإسلام^(٧).

يختلف حق اللجوء عن حق الحماية في القانون، فالحماية حق من حقوق السيادة، أما الحماية الدولية للاجئين فهي مسؤولية أساسية وإنسانية، كما إن الحماية القانونية للاجئين من قبل الدول والمنظمات الدولية والإقليمية تتطلب ضمان ممارسة حقوقهم المشار إليها آنفاً، إضافة إلى تقديم المساعدة لهم والسعي لإيجاد حلول دائمة لمصيرهم من خلال :

١. العودة الاختيارية للاجئين وإمكانية عودتهم لبيوتهم في أوطانهم عند زوال التهديد لحياتهم وحريتهم.

٢. الاندماج المحلي لهم مع مواطني الدولة المضيفة .

٣. إعادة توطينهم في بلد ثالث.

وعليه يمكن القول إن القواعد والمبادئ التي تحكم قضايا اللجوء بكل أنواعه هي مبدأ عدم إعادة اللاجئين إلى وطنه المضطهد فيه إلا برغبته وبعد زوال أسباب اللجوء، ومبدأ عدم تسليم اللاجئين المطلوبين لأسباب أو جرائم سياسية، وإن اللجوء حالة مؤقتة تتطلب مأوى مؤقت ، ومبدأ منح اللاجئين حقوقاً متساوية مع رعايا دولة الملجأ، وإن اللجوء حالة إنسانية وسلمية لا تترتب عليها أية تبعات قانونية تجاه دولة اللاجئين الأصلية أو بقية الدول إلا بالقدر الذي تقررره قوانين اللجوء ذاته^(٨).

المبحث الثالث

اللجوء الإنساني

إن حق اللجوء الذي تمنحه دولة ما لشخص من دولة أخرى، هو حق تحكمه قوانين وطنية واتفاقيات دولية وفقاً لمبادئ وإحكام القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة، فالأشخاص الذين يخشون الاضطهاد لأسباب عرقية أو دينية أو وطنية أو لمعتقدات سياسية أو اجتماعية يمكن لهم أن يطلبوا حق اللجوء، بينما لا يجوز لشخص آخر المطالبة بحق اللجوء وهو لا يواجه مثل تلك المخاطر، ولكن هناك مخاطر من نوع ثان تمنح أصحابها حق طلب اللجوء الإنساني، مثل الأوضاع المعيشية الطارئة نتيجة لاستفحال الأزمات الاقتصادية، وانعدام فرص العمل فيها، والفقر والمجاعات والأمراض والكوارث الطبيعية، فما هو حق اللجوء الإنساني وما هي المبادئ والأحكام التي تنظمه وما علاقة الأمم المتحدة بها؟

المطلب الأول - تعريف اللجوء الإنساني

لاحظنا مما تقدم إن المبررات السياسية تأتي في مقدمة الأسباب التي توفر الحماية لطالبي اللجوء في البلدان الأخرى، وطبيعي هذا لا يقلل من معنى توفر الأسباب الأخرى للاجئين.. فهناك بلدان تعيش شعوبها في حالة طوارئ معاشية نتيجة لاستفحال الأزمات الاقتصادية، وانعدام فرص العمل فيها. وأمام كل التطورات المتعلقة بمسألة اللجوء واللاجئين تتركز معظم الاهتمامات على وضع إستراتيجية

شاملة لدعم حقوق الإنسان بشكل فعال ومنع الحروب والاضطهاد والقضاء على الفقر والمجاعات والأمراض والكوارث الطبيعية. أن هذه الأسباب وغيرها تجعل العديد من الناس يتركون بلدانهم وهم غير مستهدفين بالاسم، ومن هنا تم استحداث تسمية لجوء من نوع آخر أطلق عليه (اللجوء الإنساني).

إن حق اللجوء مهما كانت تسميته هو حق مضمون ومكفول بموجب قواعد القانون الدولي العام والاتفاقات الدولية ولا يجوز التفريط به كغيره من الحقوق الأخرى التي كفلتها المواثيق الدولية^(١).

إن مشكلة اللاجئين قضية ذات طبيعة إنسانية في المقام الأول، إلا أن جذورها سياسية واقتصادية في الأساس. فحماية اللاجئين وتوفير حياة كريمة لهم من خلال دعم الدول المستضيفة يجب أن يكون في حقيقة الأمر أولوية، أي أجندة إنسانية دولية. ويجب تطوير رؤية إنسانية متكاملة في التعامل مع هذه المشكلة تستند على أسس من المبادئ الراسخة لحقوق الإنسان أو للقانون الدولي الإنساني، وتعزز من فرص القضاء على أسباب اللجوء من أساسها.

المطلب الثاني - حق اللجوء الإنساني والقواعد والمبادئ التي تحكمه

يتمتع اللاجئون جميعاً مهما كانت صفتهم بحقوق الإنسان المقررة في المواثيق الدولية والدساتير الوطنية، ومن هذه الحقوق حقهم في الحماية من كل أشكال التمييز، وحقهم في ممارسة حريتهم الدينية، ومنحهم وثائق الهوية والسفر، وحق العمل والإسكان والتعليم والإغاثة، وغيرها من الحقوق الأخرى.

أشارت المادة (١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى إن الناس جميعاً يولدون أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق، وكان الخليفة العادل عمر بن الخطاب (رضي الله عنه وأرضاه)، قد قال قبل ذلك (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً)، أما المادة ١٤ من الشريعة ذاتها، فقد أعطت لكل فرد الحق في التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد .

من خلال تفحص نصوص المواثيق الدولية والإقليمية لم نجد نصاً يتضمن الإشارة إلى مصطلح اللجوء الإنساني بصورة مجردة لذاتها، مما يعني إن ما ينطبق على اللجوء بشكل عام يمكن تطبيقه على اللجوء الإنساني، كونه حق من الحقوق الذي تكفله قواعد القانون الدولي العام وقواعد القانون الدولي الإنساني.

إن مصطلح اللجوء الإنساني أمسى مصطلحاً دارجاً ومتعارفاً عليه لدى مختلف دول العالم، وتتلقى بعثاتها الدبلوماسية ومكاتب الأمم المتحدة يومياً الكثير من طلبات اللجوء الإنساني، وهناك بعض الدول ومنها الأوروبية بشكل خاص تتضمن قوانينها الداخلية نصوصاً حول كيفية تنظيم موضوعات اللجوء الإنساني، كما إن الأمم المتحدة تسعى إلى المساعدة في هذا الجانب من خلال العمل على تجنب ويلات الحروب واستفحال الأزمات الاقتصادية، وانعدام فرص العمل فيها. والقضاء على الفقر والمجاعات والأمراض والكوارث الطبيعية، وحماية الأشخاص من التشريد القسري ومساعدتهم أثناء تشريدهم وأثناء عودتهم أو إعادة توطينهم وإعادة إدماجهم^(٢).

يظهر مما سبق إن حق اللجوء الإنساني مكفول ومضمون لكل فرد، ويجب تطبيقه دون تمييز من أي نوع سواء بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غيره، أو الأصل القومي أو الإثني أو الاجتماعي أو المركز القانوني أو الاجتماعي أو السن أو العوق أو الملكية أو المولد أو أي معيار آخر مماثل.

إن مبدأ عدم إعادة اللجوء إلى وطنه المضطهد فيه ، ومبدأ عدم تسليم اللجوء المطلوب لأسباب أو جرائم سياسية، وكون اللجوء حالة مؤقتة تتطلب مأوى مؤقت ، ومبدأ منح اللجوء حقوقاً متساوية مع رعايا دولة الملجأ، ومبدأ إن اللجوء حالة إنسانية وسلمية، جميعها أحكاماً يجب تطبيقها على حالات اللجوء الإنساني.

المطلب الثالث- الأمم المتحدة واللجوء الإنساني

تتولى الأمم المتحدة عادة عمليات الإغاثة في حالات الطوارئ ومسؤولية وضع سياسة العمل الإنساني، ودعم القضايا الإنسانية من خلال المساهمة في التوعية الاجتماعية ومعالجة الآثار الإنسانية المترتبة على الجزاءات والكوارث والأزمات ، وتقديم مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين المساعدة إلى الفارين من الحروب أو الاضطهاد أو انتهاكات حقوق الإنسان وهم اللاجئين والمشردون. ويقدم برنامج الأغذية العالمي أكبر منظمة إنسانية في العالم المساعدة الغذائية الطارئة على المستوى العالمي. وتسعى اليونيسيف إلى تلبية احتياجات الأطفال المشردين بتوفير الغذاء والمياه المأمونة والدواء والمأوى. كما تقوم بدور رائد في حماية الأطفال في زمن الحروب وتزويدهم بالخدمات الأساسية.

ويمثل اتفاق الكوارث والتأهب لها أيضاً جزءاً من العمل الإنساني الذي تضطلع به الأمم المتحدة. وعندما تقع الكوارث، يقوم برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بتنسيق أعمال الإغاثة على الصعيد المحلي، مع تعزيز الانتعاش والتنمية. وفي البلدان التي تعيش حالات طوارئ مستمرة أو التي تعاني من آثار الصراعات، تتزايد المساعدة الإنسانية كجزء من مجمل الجهود الرامية إلى بناء السلام، إلى جانب المساعدة الإنمائية والسياسية والمالية.

تعمل منظومات الأمم المتحدة على تلبية نطاق واسع من الاحتياجات الإنسانية، في مجالات منها الزراعة، وخدمات التنسيق والدعم، والانتعاش الاقتصادي والهيكل الأساسية، والتعليم، والمأوى للعوائل المشردة ، والأغذية، والصحة، والأعمال المتعلقة بالألغام، وحماية حقوق الإنسان وترسيخ سيادة القانون، والأمن، وإمدادات المياه ومرافق الصرف الصحي.

وتكفل الأمم المتحدة تنسيق جهود الانتعاش على الصعيد السياسي؛ ودعم الانتقال من الإغاثة الطارئة إلى الانتعاش والأعمار؛ وحث المانحين بسداد الأموال التي تعهدوا بها وكفالة وصولها إلى المجتمعات المحلية التي تحتاج إليها أكثر من غيرها؛ وحشد الدعم للجهود الإقليمية لإنشاء آلية للوقاية من الكوارث وتخفيف آثارها؛ وكفالة إنشاء نظام للإنذار المبكر في المنطقة بطريقة منسقة ومتوائمة.

وتعمل وكالات الأمم المتحدة في مواجهة هذه الكوارث بإمداد الضحايا - ومعظمهم من الأطفال والنساء والمسنين - بالغذاء والمأوى والدواء والدعم السوقي. قد تحدث الكوارث الإنسانية في أي مكان وأي زمان، وسواء نجمت هذه الكوارث عن الفيضانات أو الجفاف أو الزلازل أو الصراعات أو غيرها، فإنها تعني وقوع خسائر في الأرواح وتشريد السكان ، فإن الأمم المتحدة تقوم بتقديم المساعدة الإنسانية والتغلب على المعوقات السوقية والأمنية الهائلة التي تصادفها في الميدان. وتعمل مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان على منع وقوع انتهاكات لحقوق الإنسان إبان الأزمات^(٣).

يظهر مما سبق إن الأمم المتحدة تلعب دورا كبيرا في قضايا اللجوء بشكل عام، ومنه اللجوء الإنساني بشكل خاص، فمكاتب الأمم المتحدة المنتشرة في العالم تتلقى يوميا الكثير من طلبات اللجوء إلى دول العالم وهي تقوم بالتنسيق مع هذه الدول على إيجاد ملجأ لطالبي اللجوء، كم تمد لهم يد العون والمساعدة المادية والمعنوية، وتعد المؤتمرات والندوات والدورات التدريبية حول قضايا اللجوء المختلفة.

المبحث الرابع

اللاجئون المشاكل والحلول

لا شك في أن مسؤولية الدول في حماية اللاجئين تنبع أساسا من عدة مصادر الأول هو العرف الدولي باعتباره مصدرا عاما لقواعد القانون الدولي والذي نصت عليه " المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " ، كذلك العضوية في منظمة الأمم المتحدة، بالإضافة إلى الانضمام إلى معاهدات حقوق الإنسان.، واتفاقية ١٩٥١ الخاصة بوضع اللاجئين وبروتوكول ١٩٦٧، ثم القوانين الوطنية المتعلقة باللاجئين بصورة خاصة أو الأجانب بصورة عامة، إلى جانب الأسباب الإنسانية، وأن من المبادئ الأساسية لحماية للاجئين الملزمة لجميع الدول هو مبدأ عدم الإبعاد ، وإن اللجوء حالة مؤقتة وهو تصرف سلمي إنساني وغير معاد، يتطلب منح اللاجئ الحقوق المقررة له بموجب المعاهدات والأعراف الدولية.

لاحظنا من خلال تناول موضوع اللاجئين والقواعد والمبادئ والمفاهيم المتعلقة به، إن الموضوع يكتسب أبعادا ذات أهمية كبيرة على الصعيدين الدولي والوطني، بسبب تزايد عدد اللاجئين في العالم وتفاقم أزماتهم ومشاكلهم القانونية والإنسانية، وبغية تطبيق مفهوم فكرة اللجوء في لقانون الدولي على موضوعات اللجوء سنتناول باختصار نماذج من اللاجئين العراقيين والفلسطينيين بغية الوصول إلى بعض الحلول والمقترحات في النقاط التالية.

المطلب الأول - اللاجئون العراقيون

فيما تتزايد طلبات اللجوء الإنساني للنازحين من العراق إلى دول العالم، وهي ظاهرة حدثت بسبب الاحتلال الأمريكي للبريطاني في العام ٢٠٠٣ لهذا البلد، يأمل هؤلاء أن ينتهي الصمت والتجاهل الدولي لمعاناتهم منذ سنوات بسبب العنف

والإرهاب، من خلال اتفاقات الدول المانحة برعاية المفوضية العليا التابعة للأمم المتحدة، لوضع حلول لمشكلة اللاجئين العراقيين في الشرق الأوسط وأوروبا. واحتل العراقيون صدارة قائمة طالبي اللجوء في الدول الصناعية حسب تقرير لـ CNN، لأول مرة منذ عام ٢٠٠٢، نظراً للارتفاع غير المسبوق في عدد طالبي اللجوء من العراقيين الفارين من الحرب المستمرة ببلادهم، والتي دخلت عامها السادس.

وأشارت المفوضية العليا لشؤون اللاجئين، التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، ، إن الارتفاع في عدد طالبي اللجوء من العراقيين وخصوصاً في العام ٢٠٠٦، يعتبر "هائلاً"، وقد وصل عدد مقامي طلبات اللجوء من العراقيين في ذلك العام، نحو ٢٢ ألف طلب، وإن هذا العدد يعد قليلاً، بالمقارنة مع عدد اللاجئين العراقيين في الدول المجاورة للعراق، وبحسب بيانات المفوضية العليا لشؤون اللاجئين، يوجد نحو مليوني لاجئ في سوريا والأردن، بينما يوجد نحو ٣ مليون مشرد داخل العراق، منذ بداية الحرب في مارس/ آذار من العام ٢٠٠٣ حتى العام ٢٠٠٧، كما أشارت إحصائيات المفوضية، إلى لجوء أكثر من تسعة آلاف عراقي إلى السويد، و٢٨٠٠ إلى هولندا، و٢١٠٠ إلى ألمانيا، و١٤٠٠ إلى اليونان، خلال عام ٢٠٠٦ فقط .

وحسبما جاء في تقارير المفوضية، فإن طلبات اللجوء التي قدمها العراقيون كانت كبيرة نسبياً، حيث قدم نحو ٩٠٠٠ عراقي طلبات لجوء إلى ٣٦ دولة، الأمر الذي عكس ارتفاع وتيرة العنف في العراق. وسبق أن عقدت المفوضية العليا لشؤون اللاجئين، مؤتمراً وزارياً دولياً بمدينة جنيف، في ١٧ و ١٨ أبريل/ نيسان ٢٠٠٧، لمناقشة قضايا اللاجئين والنازحين العراقيين..

وذكر تقرير لرويتزر إن المفوضية العليا للاجئين في الأمم المتحدة تشكو من "عدم اعتراف مؤسف" حول العالم بالنتائج الإنسانية التي ترتبت عن الاحتلال الأمريكي للعراق عام ٢٠٠٣، وما ترتب على ذلك من آثار كارثية في معاناة المدنيين، وتذكر المفوضية إن الأمم المتحدة تواجه مهمة صعبة جداً في مساعدة بلاد مثل الأردن وسوريا على التعامل مع الإعداد الكبيرة من اللاجئين العراقيين، وعلى المجتمع الدولي أن يتحمل مسؤولياته في هذا المجال وأن يساعد في تأمين الأكل والخدمات الصحية والتربوية لهؤلاء اللاجئين.

أما سورية فتقول إنها استقبلت أكثر من (٢) مليون لاجئ عراقي بينما يشير الأردن إلى إن عدد اللاجئين عنده تخطى المليون. وكانت سورية قد وجهت حتى الآن عدة نداءات للمساعدة في حل مشاكل اللاجئين العراقيين عندها.

يضاف إلى ذلك إن أكثر العراقيين الذين تشردوا أو هجروا من مناطقهم في العراق، هم الآن دون منازل، وغالبيتهم لا يستطيعون العودة إليها لأن أكثرها مدمرة بسبب العنف والأعمال الحربية، وهؤلاء اللاجئين يحتاجون لإعانات فورية ونوعية، وإن الكثير من الأطفال فيهم يحتاجون إلى المساعدة وبخاصة في مجال التربية، والعناية الغذائية والصحية، والبعض يحتاج إلى المتابعة السيكولوجية بسبب ما عانوا من عنف أو مشاهد عنف، كما وإن البعض الآخر يحتاجون إلى

عمل أو وظيفة، والحاجة ملحة إلى دعم الدول التي تستقبل اللاجئين، والتفكير في آلية عمل لاحتواء النتائج الإنسانية التي قد تنتج عن استمرار الأوضاع في العراق.

كما تشير بعض بيانات المفوضية العليا للاجئين إن هناك حوالي ٥،٥ مليون عراقي يوجدون في وضعية إبعاد بينهم ٢،٣ مليون في العراق نفسه و ٢،٢ مليون لاجئ. في سوريا، ومليون لاجئ في الأردن، وفي آخر إحصائيات للأمم المتحدة إن هناك الآن في سوريا قرابة (٣٦٣٤٠) عائلة عراقية، وتلك حركة خروج للعراقيين من بلدهم لم تعرفها المنطقة منذ النزوح الفلسطيني عام ١٩٤٨، ولا سبيل للقضاء على ظاهرة زيادة طلب اللجوء الإنساني من العراقيين إلى دول العالم إلا بالانسحاب العسكري الأمريكي - الانكليزي من أرض العراق^(١). لا شك في إن المسؤولية الدولية تقع على عاتق الاحتلال الأمريكي للعراق في خلق هذه الظاهرة، حيث إن انتهاك ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي العام يستوجب تحمل المسؤولية القانونية بما فيها دفع التعويضات عن الأضرار التي سببها الغزو الأمريكي للعراق واللاجئين العراقيين، كما إن تسييس المعايير والأحكام والقواعد القانونية الخاصة باللجوء وموضوعاته وحرمان ضحايا القمع والإرهاب من اللجوء وفقاً لرغبات وأجندات سياسية وشمول مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية بحق اللجوء، ومنها بشكل خاص موضوعات اللجوء الإنساني، أمر يجب الوقوف عنده وتحديد أساليبه لضمان تطبيق القواعد القانونية الخاصة باللجوء بعيداً عن الأمور الانتقائية والرغبات السياسية، وقد تكون بعضاً من المقترحات والحلول التي سنتطرق إليها في المطلب الثالث من هذا المبحث مفيدة في هذا المجال.

لا شك إن القواعد القانونية ذات الصلة بحق اللجوء تعد من الأمور المهمة في قضايا اللجوء، وقد تضمنتها الكثير من الاتفاقيات والإعلانات الدولية، ومنها تلك المتعلقة بحقوق الإنسان على وجه العموم، وسبق أن تطرقنا بشكل مختصر إلى الاتفاقيات التي لها صلة بموضوع بحثنا ومنها ما يتعلق بحقوق الإنسان، ولا يمكن تناول جميع القواعد القانونية ذات الصلة بحقوق الإنسان وعلاقتها باللجوء، حيث ن هذا الموضوع يحتاج إلى دراسات أوسع من أن تكون بحثاً صغيراً بحجم موضوعنا.

المطلب الثاني - اللاجئون الفلسطينيون

تعد قضية اللاجئين الفلسطينيين المطروحة على المجتمع الدولي من أصعب القضايا، فهي قضية شعب طرد من أرضه بقوة الإرهاب، ليحل مكانه شعب آخر ينفي وجوده، مالكاً هذه الأرض تحت ادعاء سافر "أرض بلا شعب، لشعب بلا أرض". إن قضية اللاجئين الفلسطينيين واحدة من أشد أزمت اللاجئين إبلاماً وحزناً في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، فهي من حيث الكم تبرز بشكل واضح على قائمة الأوضاع الرئيسة والكبرى للاجئين في العالم، ومن حيث الاستمرارية والحساسية السياسية لا يوجد مثيل لها في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية.

كانت نتيجة نكبة فلسطين عام ١٩٤٨ هجرة فلسطينية كبيرة للدول العربية المجاورة جلهم كانوا حالمين بالعودة السريعة أن لم تكن خلال أيام فخلال أسابيع على أبعد تقدير غافلين عن حجم المؤامرة الكبيرة التي كانت تحاك ضدهم عربياً ودولياً، وأدت في النهاية آلي ترسيخ احتلال القسم الأكبر من وطنهم وتحولهم آلي مجرد لاجئين في مختلف أصقاع الأرض.

يعيش البعض من اللاجئين الفلسطينيين في مخيمات وتجمعات ويعانون أوضاعاً إنسانية صعبة للغاية مردها عدة عوامل منها عدم تناسب عدد الساكنين مع مساحة الأرض المقام عليها المخيم، وغياب الرقابة البيئية والصحية التي أدت إلى ضعف بنية الصرف الصحي وإهمال صيانة شبكات المياه وتلوث مياه الشرب وانتشار الأوبئة والأمراض الخطيرة في صفوف سكان المخيمات وبشكل خاص الأطفال، وغياب الخدمات البلدية وانتشار النفايات بين المنازل وامتلاء الطرقات الضيقة بالحفر التي تتجمع فيها المياه الآسنة، وقلة الخدمات الطبية والصحية ومعاونة غالبية اللاجئين من مشاكل العلاج وتأمين المال اللازم لهم مما اضطرهم إلى طلب العون من الجمعيات الأهلية وحتى إلى التسول في بعض الأحيان، في حين يعيش البعض الآخر في الدول المجاورة وبقيّة دول العالم بلا جنسية ويعانون الألم والحسرة والتهميش وعدم الاهتمام^(٢).

المطلب الثالث - الحلول والمقترحات

من خلال ما تقدم يمكن بيان الحلول والمقترحات التالية بشأن موضوع اللجوء:

١. إن حق العودة إلى الديار المكفول بموجب المادة ٣٣ من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، يجب أن يكون هو الأساس في معالجة موضوع اللاجئين، في ظل وجود سلام دائم وأمن واستقرار وصيانة لحقوق الإنسان.
٢. أن تكون لمبادئ القانون الدولي أولوية في وضع حقوق اللاجئين موضع التنفيذ، حيث إن هذا التنفيذ يتوقف على الإرادة السياسية للدول المعنية. وعلى لأسرة الدولية مجتمعة أن تتحمل مسؤوليتها في إعادة حكم القانون الدولي والوطني إلى نصابه وتطبيق المبادئ القانونية، نظراً للحاجة الملحة لإنهاء مأساة اللاجئين وخصوصاً منهم، العراقيين والفلسطينيين، حيث إن ميثاق الأمم المتحدة يفرض على المجتمع الدولي إنقاذ الأجيال والشعوب من الأخطار، ويفرض على الدول الالتزام بالمبادئ القانونية، وتطبيق المعاهدات المنضمة إليها بحسن نية.

٣. توفير الحماية الدولية للاجئين ومنحهم المساعدة الإنسانية الضرورية، وإيجاد حلول دائمة لهم، إما عن طريق إعادتهم طوعياً لأوطانهم الأصلية، حينما تسمح الظروف بذلك، أو بإدماجهم في بلدان اللجوء أو بإعادة توطينهم في بلدان أخرى، وهي من الأمور الأساسية في معالجة قضايا اللجوء بشكل ملائم ومشرف، ويجب إصلاح نظام الحماية دون المساس بالمبادئ الأساسية والثوابت القانونية، وأن يتم ذلك تحت شعار «توفير حماية أفضل لمن هم في

- حاجة ماسة لها» ، كي يتمكنوا من الاستمرار والقدرة على الاستجابة لمتطلبات الجوع بشكل يحفظ مصالح اللاجئين ومصالح الدول المستقبلية لهم.
٤. العمل على منع الجوع إلى الحروب التي كانت وراء أكبر التدفقات البشرية التي شهدتها العالم، تتقدمها الحروب العربية الإسرائيلية وحرب تحرير الجزائر وحروب القرن الأفريقي وحربا الخليج ويوغسلافيا وأفغانستان إلى غير ذلك من الحروب الأخرى.
٥. إن المسؤولية الدولية تقع على عاتق الاحتلال الأمريكي للعراق في خلق ظاهرة طلب الجوع الإنساني للعراقيين ، حيث إن انتهاك ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي العام يستوجب تحمل المسؤولية القانونية بما فيها دفع التعويضات عن الأضرار التي سببها الغزو الأمريكي للعراق واللاجئين العراقيين.
٦. إن تسييس المعايير والأحكام والقواعد القانونية الخاصة بالجوع وموضوعاته وحرمان ضحايا القمع والإرهاب من الجوع وفقا لرغبات وأجندات سياسية وشمول مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية بحق الجوع، ومنها بشكل خاص موضوعات الجوع الإنساني، أمر يجب الوقوف عنده وتحديد أساليبه لضمان تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالجوع بعيدا عن الأمور الانتقائية والرغبات السياسية.
٧. دعم حقوق الإنسان بشكل فعال ، والقضاء على الفقر، والامتثال لقواعد القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني الذي يمثل خطوة متقدمة على طريق خلق مجتمع جميل خال من الويلات والمآسي والأحزان.
٨. الاهتمام جديا بموضوع اللاجئين والعمل على تفادي أسبابه وإدراك حلول أبعاده مبكرا والحد من ظاهرة الجوع ومواجهتها بالخطط الواضحة والإمكانات المطلوبة.
٩. أية حلول ومقترحات أخرى ذات صلة بالموضوع.

الخاتمة

إن الجوع في إبعاده واتجاهاته الداخلية والدولية المختلفة يمثل تحديا هاما وخطيرا للمجتمع الدولي والمنظمات الدولية والإقليمية، فهو يتصل بالجوانب الإنسانية للفرد وما له من حقوق طبيعية وقانونية ، الأمر الذي يستلزم معه الاهتمام جديا بموضوع اللاجئين ، وقد لاحظنا من خلال طرحنا لمفهوم فكرة الجوع في القانون الدولي، إن الاتفاقيات الدولية لم تضع تعريفا محددا لهذه الفكرة

• ولاحظنا من خلال الدراسة إن الجوع له أسبابا مختلفة، وإن العمل على تفادي هذه الأسباب وإدراك حلولها مبكرا يعتبر حالة ضرورية للحد من ظاهرة الجوع ومواجهته بالخطط الواضحة والإمكانات المطلوبة، ولا شك إن التصدي للنزاعات والحروب ومنع نشوبها قدر الإمكان، ودعم حقوق الإنسان بشكل فعال، والقضاء على الفقر، والامتثال لقواعد القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني

يمثل خطوة متقدمة على طريق خلق مجتمع جميل خال من الويلات والمآسي والإحزان.

الهوامش

هوامش المبحث الأول

- (^١) انظر د. الصادق شعبان، الاتفاقات الدولية وغيرها من النصوص المتعلقة بمجالات هامة من حقوق الإنسان، في المجلد الثالث من حقوق الإنسان، إعداد د. محمود شريف بسيوني وآخرون، دار العلم للملايين، بيروت لبنان ١٩٨٩، ص ١٤٤.
- (^٢) الدكتور عبد الوهاب الكيالي وكامل زهيري، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت ١٩٧٤ الطبعة الأولى، ص ٦٨ و ٦٠.
- (^٣) الدكتور سموحي فوق العادة، معجم الدبلوماسية والشؤون الدولية، مكتبة لبنان، بيروت ١٩٧٤، ص ٣٥٦.
- (^٤) انظر نصوص المادتين ٤٤ و ٧٠ من الاتفاقية في كتاب جمعية الهلال الأحمر المصرية، مطابع دار الكاتب العربي بالقاهرة ١٩٧٩، ص ٢٠٢ وما بعدها.
- (^٥) انظر المادة الأولى من قرارات معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة سنة ١٩٥٠، المجلد ٤٣ الجزء ١١/، ص ٣٧٦.
- (^٦) المادة ١ من إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي في القرار ٢٣١٢ (د-٢٢) في ١٤ كانون الأول ١٩٦٧.
- (^٧) انظر نص المادة (١) الفقرة ٢ من الاتفاقية أعلاه المنشورة في د. محمود شريف بسيوني وآخرون، حقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية والإقليمية، دار العلم للملايين بيروت، لبنان ١٩٨٨، ص ٣٤٤.
- (^٨) انظر تفصيلات أكثر عن إجراءات تحديد صفة اللاجئ بمقتضى الوثائق الدولية في وثيقة الأمم المتحدة

GENERAL, /Inf.152/Rev.7,24 July 1987, ARABIC, Original: English.

A/AC.96

- (^٩) انظر نص الفقرتين ٢٠١ و ٢٠٢ من الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا التي دخلت حيز التنفيذ في ٢٠ حزيران/يونيو ١٩٧٤.
- (^{١٠}) سليم تماري، مستقبل اللاجئين الفلسطينيين، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت ١٩٩٦، ص ٨٨.
- (^{١١}) انظر د. عبد الوهاب الكيالي وكامل زهيري، الموسوعة السياسية، المرجع السابق، ص ٤٦٠.
- (^{١٢}) انظر المادة ٣ الفقرة ٣ من القانون المنشور في جريدة الوقائع العراقية ١٩٨٥ في ١٠/٤/١٩٧١.

هوامش المبحث الثاني

- (^١) لتفصيلات أكثر حول الملجأ الديني راجع المضمض خديجة، اللجوء في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، في المجلد الثالث من حقوق الإنسان، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرون، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ١٩٨٩، ص ١١٠ وما بعدها.
- (^٢) انظر د. برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي، دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٣، ص ٧.
- (^٣) انظر المادة ١ من إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي، المرجع السابق.
- (^٤) انظر تقرير برنامج الأمم المتحدة للبيئة ١٩٨٥.
- (^٥) يمكن الاطلاع على الحقوق المقررة للاجئ في الكثير من المواثيق الدولية، ومنها على سبيل المثال لا الحصر الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١.
- (^٦) انظر الدكتور سموحي فوق العادة، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(٧) انظر د. برهان أمر الله ، حق اللجوء السياسي، المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها.
(٨) انظر المضمض خديجة، اللجوء في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.

هوامش المبحث الثالث

- (١) انظر نص المادة ١٤ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في قرار لجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د - ٣) في ١٠ كانون الأول ١٩٤٨ .
(٢) انظر وثيقة الأمم المتحدة E/CN.4/1998/53/Add.2، تقرير ممثل الأمين العام، السيد فرانسيس م. دينغ، المقدم عملاً بقرار لجنة حقوق الإنسان ٣٩/١٩٩٧.
(٣) انظر الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم ١٢ (A/52/12) A/52/360 .

هوامش المبحث الرابع

- (١) للاطلاع على هذه الإحصائيات ، راجع وثائق المفوضية العليا للاجئين منذ العام ٢٠٠٤ وحتى الآن.
(٢) للاطلاع على موضوع اللاجئين الفلسطينيين راجع، : نجوى مصطفى حساوي ، حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية الإسرائيلية، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت ، الطبعة : الأولى/فبراير ٢٠٠٨ .

المصادر

أولا - الكتب

- ١- د. برهان أمر الله ، حق اللجوء السياسي، دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٣ .
- ٢- د. الصادق شعبان ، الاتفاقات الدولية وغيرها من النصوص المتعلقة بمجالات هامة من حقوق الإنسان، في المجلد الثالث من حقوق الإنسان ، إعداد د. محمود شريف بسيوني وآخرون، دار العلم للملايين ، بيروت لبنان ١٩٨٩ .
- ٣- د. محمود شريف بسيوني وآخرون، حقوق الإنسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية والإقليمية، دار العلم للملايين بيروت ، لبنان ١٩٨٨ .
- ٤- د. سموحي فوق العادة، معجم الدبلوماسية والشؤون الدولية، مكتبة لبنان ، بيروت ١٩٧٤ .
- ٥- سليم تماري، مستقبل اللاجئين الفلسطينيين، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت ١٩٩٦ ، ص ٨٨ .
- ٦- د. عبد الوهاب ألكيالي وكامل زهيري، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٧٤ .
- ٧- كتاب جمعية الهلال الأحمر المصرية ، مطابع دار الكاتب العربي بالقاهرة ١٩٧٩ .
- ٨- المضمض خديجة، اللجوء في القانون الدولي والشرعية الإسلامية ، في المجلد الثالث من حقوق الإنسان ، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرون ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ١٩٨٩ .
- ٩- نجوى مصطفى حساوي ، حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية الإسرائيلية، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت ، الطبعة : الأولى/فبراير ٢٠٠٨ .

ثانيا- الوثائق

- الاتفاقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا المؤرخة في ٢٠ حزيران/يونيو ١٩٧٤ .
١٠- إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي في القرار ٢٣١٢ (د - ٢٢) في ١٤/كانون الأول ١٩٦٧ .

-
- ١١- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (قرار لجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د - ٣) في ١٠ كانون الأول ١٩٤٨).
 - ١٢- تقرير برنامج الأمم المتحدة للبيئة ١٩٨٥.
 - ١٣- قانون اللاجئين السياسيين في جمهورية العراق رقم ٥١ لسنة ١٩٧١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ١٩٨٥ في ٤/١٠/١٩٧١.
 - ١٤- قرارات معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة سنة ١٩٥٠ ، المجلد ٤٣ الجزء الحادي عشر.
 - ١٥- وثائق الأمم المتحدة (مختلفة ومتعددة).
 - ١٦- الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم A/52/360 (A/52/12) .
 - ١٧- وثائق المفوضية العليا للاجئين التابعة للأمم المتحدة.

دراسة في قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ ووسائل تشجيع الاستثمار

د. أحمد سلمان شهيب السعداوي - كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

We must recognized first the reality of the deteriorating Iraqi economy and the actual needs for

pumping investments in the light of what this economy suffered for more than a whole generation of Attrition as a result of the massive wars and irresponsible policies, in addition to corruption, but this need must not be a matter of negligence on the rights of Iraq and not controlling tracks of its political, economic and social development in light of the availability of an overwhelming desire to the advancement of the Iraqi economy.

In addition to the great opportunity, represented by the strategic alliance with the largest economic powers in the world, all of this can provide a very large amount of investments in Iraq.

تمهيد

ابتداءً لابد من الاعتراف بحقيقة واقع الاقتصاد العراقي المتردي وحاجته الفعلية في ضخ الاستثمارات في ظل ما تعرض له هذا الاقتصاد على مدى أكثر من جيل كامل من الاستنزاف الهائل نتيجة الحروب والسياسات اللامسؤولة، بالإضافة إلى تفشي الفساد والنهب، بيد أن هذه الحاجة لا تكون مدعاة للتفريط بحقوق العراق وعدم ضبط مسارات أوضاعه السياسية والاقتصادية والاجتماعية في ظل توافر الرغبة العارمة بالنهوض بواقع الاقتصاد العراقي من القوى المؤثرة في الساحة العراقية بالإضافة إلى وجود فرصة كبيرة متمثلة بالتحالف الاستراتيجي مع أكبر القوى الاقتصادية في العالم، من الممكن أن توفر كمية كبيرة جداً من الاستثمارات داخل العراق لاسيما إذا ما نظرنا بعين منصفه إلى حجم الاقتصاد العراقي المتواضع بالقياس إلى اقتصاديات البلدان المتقدمة بل وحتى البلدان المجاورة للعراق الأمر الذي يتطلب تحقيق نهضة واسعة في أقصر فترة زمنية ممكنة ولا يكون ذلك إلا بتأمين انسيابية رؤوس الأموال الأجنبية إلى داخل العراق وهذا الأخير لا يتحقق دون وجود حوافر اقتصادية تشجع المستثمر الأجنبي على الاستثمار في الاقتصاد العراقي دون غيره من البلدان المستقرة سياسياً وأمنياً واقتصادياً.

فالمسألة أولاً مسألة تشجيع للاستثمار داخل منطقة تعتبر بؤرة توتر إلى حدٍ نسبي في منطقة الشرق الأوسط. عليه لابد من بحث الموضوع في ثلاث محاور منها: (مفهوم الاستثمار المباشر وتنظيمه القانوني)، أما الثاني فيدور حول (معوقات الاستثمار في العراق)، والثالث (وسائل تشجيع الاستثمار وموقف المشرع العراقي من دعم الاستثمار)، وعلى الشكل التالي:

المبحث الأول

مفهوم الاستثمار المباشر وتنظيمه القانوني

نبحث الموضوع بشيء من التفصيل في مطلبين منها (المقصود بالاستثمار المباشر)، والثاني (التنظيم القانوني للاستثمار المباشر).
المطلب الأول- المقصود بالاستثمار المباشر

إن الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر هو المال المملوك لأجانب^(١)، سواءً كانت الملكية كاملة أم كانت بنصيب خاص يكفل السيطرة على إدارة المشروع وهو يتم من الناحية العملية بواسطة المشروعات الراغبة في توسيع نشاطها في الخارج وتشمل الاستثمارات الأجنبية الخاصة المباشرة، الفروع الأجنبية للشركة الأصلية والشركات التابعة لها والممتلكات الأجنبية الأخرى التي تمتلكها وتديرها المشروعات المحلية وما يحوزه الأجانب أفراداً أو مجموعات من أنصبة مهمة في مشروعات محلية وما يمتلكه الأجانب من عقارات^(٢)، حيث ينتقل المال المستثمر عبر حدوده الوطنية لإنشاء مشروع اقتصادي أو تشغيله سواءً على سبيل الانفراد أو بمشاركة عناصر وطنية معها والاستثمار المباشر قد يكون عاماً أو خاصاً وهو قد ينشئ مشروعاً جديداً أو يختص بإدارة مشروع أو مرفق موجود فعلاً، يضاف إلى ذلك إن خلق مصادر الانتاج للقطر المضيف للاستثمار هو هدف مباشر في حين أن القطر مصدر رؤوس الأموال النقدية والعينية والفنية إنما يهدف إلى زيادة الانتاجية في سوق موجودة فعلاً أو السعي إلى كسب أسواق جديدة وتحقيق ذلك إما ببيع السلع المصنعة أو بشراء المواد الأولية^(٣).

ويعد الاستثمار في مجال الأوراق المالية من قبل الاستثمار المباشر عندما يقوم الأجنبي بشراء الأوراق المالية الخاصة بشركة ما من أسهم وسندات وذلك بغية السيطرة على المشروع^(٤).

هذا، ويفضل الأجنبي الاستثمار المباشر الذي يتميز بنفوذ مباشر للمستثمر في إدارته مما يمكنه من السيطرة عليه فيجعله مطمئناً بعض الشيء للاستثمار داخل البلد.

كما أن الاستثمار المباشر يتميز بقابليته للتوسع بسهولة عن طريق إعادة استثمار جزء من الأرباح فيه سواءً برغبة المستثمر بالتوسع في الربح أم بتنفيذ مشروع استثماري في البلد المضيف، الذي يوجب إعادة استثمار جزء من الأرباح داخل حدوده كما لو قام المشرع بتحديد نسبة الأرباح القابلة للتحويل إلى الخارج على أن يعاد استثمار المتبقي منها داخل البلد.

ويتميز الاستثمار المباشر بأنه يجلب معه ما يحتاج إليه البلد المضيف من خبرات تنظيمية وإدارية وفنية فضلاً عن تكنولوجيا الآلات الحديثة، ويؤدي أيضاً إلى نمو صادرات البلد المضيف للاستثمار وانخفاض وإراداته^(٥)، بالإضافة إلى امتصاص البطالة من خلال خلق فرص عمل بإعداد كبيرة داخل البلد المضيف للاستثمار ويرفع من درجة كفاءة الأيدي العاملة الوطنية، ويقلل العبء الملقى على عاتق الدولة في ضرورة خلق فرص عمل للعاطلين^(٦).

هذا بالإضافة إلى أن اعتماد مشاريع القطاع الخاص يقلل من فرص اتساع الفساد الإداري بين مؤسسات الدولة في حالة توليها إدارة المرافق العامة بدلاً من

القطاع العام لاسيما الجهاز الإداري في الدول النامية ومنها العراق الذي يتصف الجهاز الإداري فيها بالترهل وتفشي المسحوبية.

وفي مقابل المكاسب التي يحققها الاستثمار المباشر توجد بعض المحاذير من أبرزها إعادة رأس المال والأرباح إلى البلد المصدر للمال المستثمر مما يؤدي إلى خروج النقد الأجنبي بكميات كبيرة الأمر الذي قد يؤدي إلى إحداث اختلال في ميزان مدفوعات البلد المضيف لاسيما إذا ما أتجه الاستثمار إلى المشاريع الانتاجية التي تقوم به حاجة السوق الداخلية المتزايدة الطلب، وهذا ينعكس بالضرورة على الأرباح التي تحققها رؤوس الأموال في هذه المشاريع والتي تزداد بازدياد حجم السوق والطلب^(٧).

نعتقد بأن على المشرع العراقي أن يأخذ مكاسب الاستثمار المباشر ومثالبه بعين الاعتبار فيشرع القواعد القانونية التي تحقق هدف الدولة من الاستثمار المباشر وتسمح للمستثمر الحصول على ربح معقول وتجنبه مساوئ الاستثمار المباشر.

المطلب الثاني - التنظيم القانوني للاستثمار المباشر

لا بد أن يراعي المشرع العراقي جملة من المسائل تتمركز في دائرة الإصلاح القانوني للنظام القانوني للاستثمار من خلال مراعاة جملة مبادئ منها:
أولاً: شفافية القوانين المنظمة للاستثمار واستقرار الأحكام التشريعية له فعدم الوضوح يعني عدم تحديد الهدف من استخدام رؤوس الأموال الأجنبية، إذ لا بد من انسجام الاتجاه الاستثماري للدولة مع المستثمر الأجنبي إذ من المشاكل التي تواجه المشروع الاستثمار تعارضه مع سياسة البلد المضيف لرؤوس الأموال الأجنبية.

ثانياً: إن التعارض بين القوانين المنظمة للعملية الاستثمارية وعدم شمول تشريعات الاستثمار للمسائل كافة التي تعالج وتنظم العملية الاستثمارية كالقوانين المتعلقة بالملكية العقارية والضريبة والموافقات الأمنية وموافقة الجهات المختصة بالآثار والمناطق النفطية، وبشأن ملكية الأراضي وأجازات البناء وغيرها الأمر الذي يرهق المستثمر ويبطئ عملية الاستثمار فلا بد للمشرع من خلق انسجام تشريعي بين كل القوانين التي تمس العملية الاستثمارية من كافة الجهات لتسهيل عمل المستثمر وضمان حقوقه وخلق عنصر الاطمئنان النفسي لديه^(٨).

ثالثاً: تسهيل عملية الحصول على ترخيص الاستثمار وتعمل على توفير الجهد والوقت وتسهل له إجراءات الترخيص وتنفيذ الاستثمار بعيداً عن التعقيدات الإدارية والفساد الإداري.

المبحث الثاني

معوقات الاستثمار في العراق

نبحث الموضوع في شيء من التفصيل في مطلبين، الأول منهما يبحث في (المعوقات القانونية) للاستثمار بينما يناقش الثاني (المعوقات غير القانونية) للاستثمار وعلى النحو الآتي بيانه:
المطلب الأول - المعوقات القانونية

من أبرز معوقات الاستثمار في العراق العراقي الإجراءية الناجمة عن صياغة القوانين والمبنية على أسس غير اقتصادية تتعلق بأولويات نظام الحكم في أواخر القرن العشرين الأمر الذي يربك دخول المستثمر الأجنبي لاستثمار أمواله في الاقتصاد العراقي، ولعل من أبرز المعوقات القانونية عدم اعتراف المشرع العراقي بوسائل الإثبات الالكتروني من سندات وتواقيع وعروض وعطاءات الكترونية وفق قانون الإثبات النافذ رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ والذي هو بأمس الحاجة إلى تعديل يدفع به في طريق الأخذ بوسائل الإثبات الالكترونية وذلك لأن غالبية شركات الاستثمار الأجنبية لاسيما في الدول المتقدمة اقتصادياً تعتمد النظم الالكترونية في تعاملاتها الأمر الذي يمثل عائقاً أمام دخولها للاستثمار في السوق العراقية مما يضطرها للجوء إلى التحكيم للخلاص من تطبيق القانون العراقي الذي تراه بعين عدم الاكتمال أو النقص التشريعي.

إلا أن من العدالة القول بوجود نصوص متناثرة في القوانين العراقية تجيز الأخذ بالمراسلات والمحركات الالكترونية يمكن اعتمادها مثل نص المادة (٦) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ والذي ورد فيه: "تعتمد الهيئة المراسلات الالكترونية إضافة إلى المراسلات الاعتيادية بينها وبين الجهات الرسمية المتعلقة بعمل ونشاط الهيئة من خلال الشبكات المحلية أو الشبكة الدولية وفق ضوابط تحددها الهيئة"^(٩)، إلا إن النص حدد إن المراسلات الالكترونية تكون بين هيئة الاستثمار الوطنية والجهات الرسمية التي لم يشر ما هي إلا أنه لم يشر إلى الشركات الخاصة أو المستثمر الأجنبي بيد أنه يضيف الشرعية على اعتماد المراسلات الالكترونية، وكذلك نص المادة (٦/أولاً) من قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ النافذ والتي ورد فيها: "يتم عقد النقل بمجرد الاتفاق ويجوز إثباته بجميع الطرق"، كذلك نص المادة (١٤٢) من ذات القانون والتي ورد فيها: "رابعاً: يكون توقيع سند الشحن بخط اليد أو بأية طريقة أخرى مقبولة"^(١٠)، ويستشف من النصين المذكورين بأن المشرع أطلق اعتماد وسيلة الإثبات دون قيد سواء كونها (مقبولة) بمعنى إنه أناط الأمر لتقدير القضاء لكون الأمر خاضع لظروف الواقع المتغيرة أي وضع المشرع في اعتباره ولادة وسائل إثبات جديدة مستقبلاً.

إلا إن ما سار عليه نهج القضاء في العراق هو عدم الاعتراف بالوسائل الالكترونية كحجة في الإثبات لاسيما التوقيع الالكتروني، إذ لا يأخذ إلا بالتوقيع الحي الأمر الذي يحول دون شروء الكثير من شركات الاستثمار بالدخول إلى الاقتصاد العراقي نظراً لبطء أو تاخر المعاملات أو صعوبة إجراء المراسلات التقليدية التي قد يؤثر على سرعة أداء شركات الاستثمار وهذه مشكلة في القانون

العراقي الذي ركن جانباً مسائل الإثبات الالكتروني دون أن ينظمها بقانون متكامل لدفع وسائل التعاقد خطوة نحو الأمام.

المطلب الثاني - المعوقات غير القانونية

تتجلى للباحث في واقع الاقتصاد العراقي جملة من معوقات الاستثمار تتمثل بالواقع الأمني والسياسي للبلد والتقلبات الاقتصادية بالإضافة إلى الفكر والثقافة السائدة في البلد لاسيما النظرة العامة للأجنبي المستثمر داخل البلد.

لإنشاء بيئة سليمة لنمو الاستثمار داخل العراق لابد من تحقيق استتباب للأمن والقضاء على التوترات والتهديد المتواصل لسلامة العاملين والمنشآت، إذ أن ذلك يرفع من كلفة التأمين على الأرواح والأموال ويدفع باتجاه هروب الأموال والعقول إلى خارج البلد، بالإضافة إلى تهديد نقل البضائع والأشخاص وبالتالي التأثير المتواصل على قوى العرض والطلب في السلع الأساسية للمستهلك العراقي الأمر الذي يؤثر على تقلبات الأسعار بشكل غير منضبط ولا منسجم مع استقرار الأوضاع الاقتصادية وذات الأمر يتكرر مع موارد الطاقة في البلد كالنفط والغاز والكهرباء المعرضة دائماً إلى الاعتداءات المتكررة بالشكل الذي يعيق بشكل واضح أي محاولة جدية للاستثمار والتنمية ما لم يتم تأمين سلامة وصول موارد الطاقة إلى المؤسسات الاستثمارية لتأمين تشغيلها وضمان استمراريتها في دفع عجلة الاقتصاد.

عليه لابد للدولة العراقية من تحقيق جملة إصلاحات في سبيل دعم الاقتصاد

وهي:

١. تأمين سلامة انتقال الأشخاص والأموال داخل البلد وعبر الحدود دون عارض يمس سلامتها.
٢. تأمين تدفق الطاقة إلى مراكز الاستثمار كالنفط والغاز والكهرباء.
٣. تدعيم أجهزة الدولة بالشكل المهيمن على زمام الأمور دون وجود خطر الانفلات الأمني التي يتهدد رؤوس الأموال المستثمرة داخل البلد لكون المستثمر يبتعد دائماً عن المغامرة برؤوس أمواله في بلدان غير مستقرة.

المبحث الثالث

وسائل تشجيع الاستثمار وموقف المشرع العراقي منها

نتناول الموضوع بالنظر والتحليل في مطلبين، الأول يبحث (وسائل تشجيع لاستثمار)، والثاني (موقف المشرع العراقي من دعم الاستثمار).

المطلب الأول - وسائل تشجيع الاستثمار

لابد أن تعمل الدول المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية على جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال خلق بيئة استثمارية متوازنة وجاذبة لرؤوس الأموال الأجنبية تتضمن عدة عناصر أساسية منها^(١١):

أولاً: رسم صورة جيدة عن الوضع الاقتصادي في العراق، وتشمل الإعلان والدعاية من خلال وسائل الإعلام العامة والمتخصصة والمشاركة في المعارض

واستقبال بعثات الاستثمار من البلدان المصدرة لرؤوس الأموال بالشكل الذي يجعل لدى المستثمرين انطباع أفضل عن واقع البلد المضيف للاستثمار.

ثانياً: الدعوة المباشرة للمستثمرين بالاستثمار داخل البلد المضيف من خلال الحملات البريدية المباشرة وبعثات الاستثمار المتخصصة بصناعة معينة أو قطاع محدد أو الندوات الإعلامية، لكن الأسلوب الأكثر فائدة هو العروض المحددة والموجهة لشركات محددة.

ثالثاً: تقديم الخدمات للمستثمرين وتشمل أساليب تقديم المشورة لهم وتسريع خطة إجراءات تقديم الطلبات والحصول على التصاريح وتسهيل أمر امتلاك أو استئجار العقارات والمنقولات والحصول على القروض والمرونة في فرض نسب مرتفعة من ضرورة اعتماد الأيدي العاملة الوطنية وتحرير سعر الفائدة والتحويل الخارجي مع ضمانات بعدم التأميم أو المصادرة غير القانونية وعدم إصدار تشريع بذلك بالإضافة إلى الإعفاءات الضريبية وتقديم خدمات الماء والكهرباء والمواد الأولية وبسعر السوق وبانسيابية عالية^(١٢).

المطلب الثاني - موقف المشرع العراقي من دعم الاستثمار

نروم عرض موقف المشرع العراقي في التعامل مع المستثمر الأجنبي على شكل عدة محاور نعالج فيها اتجاه المشرع ونقيم هذا الاتجاه على الشكل التالي:

أولاً: عالج المشرع العراقي في المادة (٥) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) هيئات الاستثمار الموجودة في المحافظات والأقاليم وجعلها مسؤولة عن رسم خطط وسياسات الاستثمار ضمن منطقة نفوذها الجغرافي وفي ذلك تشيتت للسياسات الاستثمارية في البلد وكان الأجدر بالمشرع أن يقصر الأمر على هيئة الاستثمار الوطنية الاتحادية أو أن يجعل هيئات الاستثمار الموجودة في الأقاليم والمحافظات فروعاً لها.

ثانياً: أشار المشرع العراقي في الفقرة (ب) من المادة (٧) من قانون الاستثمار النافذ إلى ضرورة استحصال الهيئة لموافقة مجلس الوزراء على منح الإجازة الاستثمارية للمشروع إذا زادت كلفته على الـ (٢٥٠) مليون دولار أمريكي وكان الأجدر هو ترك القرار للهيئة دون حاجة لعرضه على مجلس الوزراء؛ لأن الواقع العملي إن نظر مجلس الوزراء بطلبات هيئة الاستثمار يأخذ وقتاً طويلاً الأمر الذي قد يعرقل إجراءات منح الإجازة إذ من الأفضل أن تتكفل هيئة الاستثمار بالتخطيط واتخاذ القرارات اللازمة بشأن الاستثمار بالاعتماد على خبراتها دون حاجة للرجوع إلى مجلس الوزراء.

ثالثاً: ألزم المشرع العراقي هيئة الاستثمار بضرورة البت بطلبات أجازة الاستثمار خلال (٤٥) يوماً من تاريخ تقديم الطلب وهذا يتناقض مع ما فرضه في الفقرة الأولى من ضرورة استحصال موافقة مجلس الوزراء إذ أن موافقة هذا الأخير قد تتأخر على الـ (٤٥) يوماً وفق جدول أولوياته لكونه ينظر بمختلف الأمور الماسة بسلامة البلد وأمنه وكان الأجدر بالمشرع أن يجعل القرار للهيئة في حالة عدم الرد من قبل مجلس الوزراء أو الجهات الأخرى.

رابعاً: أشار المشرع في الفقرة (٦) من المادة (٩) من قانون الاستثمار إلى ضرورة تسهيل تخصيص الأراضي وهذه مبادرة ممتازة لكن المشرع ألزم الهيئة بتحديد المقابل (الأجرة) وهذا محل نظر إذ كان الأفضل ترك الموضوع لقوانين العرض والطلب (السوق) أو لاتفاق الطرفين إذا ما رغب المستثمر أن يستأجر الأرض من مالك وطني بمعنى آخر من القطاع الخاص.

خامساً: في إطار إشارة المشرع لمزايا المستثمر في المادة (١١) من قانون الاستثمار أشار إلى تحديد مدة الأيجار أو المساطحة بحد أعلى (٥٠) سنة قابلة للتجديد بموافقة الهيئة دون أن يحدد الضوابط التي تعتمدها الهيئة للموافقة أو الرفض بالإضافة إلى محدودية المدة، فمدة الخمسين سنة غير كافية أو قد لا تنسجم مع رغبة المستثمر إيداع مبالغ ضخمة من الأموال في استثمارات لاسيما إذا ما بلغت الاستثمارات المليارات من الدولارات فعندها مدة الـ (٥٠) سنة قد لا تبدو كافية بل وربما هي من محددات الاستثمار.

سادساً: لم يشر المشرع العراقي في المادة (١٢) من قانون الاستثمار إلى نسبة حجم الأيدي العاملة العراقية وترك الأمر عاماً دون تحديد وإن الأجدر أن يحدد نسبة كحد أدنى للعاملين العراقيين في المشروع كان لا تقل عن الـ (٥٠%)، أو الـ (٧٥%) بما في ذلك الملاكات الهندسية والفنية وعلى كافة مراحل ومراتب المشروع.

سابعاً: إن الإعفاءات الضريبية والإعفاء من الرسوم من أهم عوامل دعم الاستثمار والجاذبة له ولما كان الاقتصاد العراقي بأمر الحاجة للاستثمارات في الوقت الراهن كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يحدد فترة إعفاء ضريبي تزيد على الـ (١٠) سنوات كأن تكون (٢٠) سنة مع خصوصية كبيرة للسنوات القليلة المقبلة (٢٠١٠-٢٠٢٠) باعتبارها ميزة تنافسية لجذب الاستثمارات من البلدان المجاورة.

التوصيات:

نخلص من كل ما تقدم إلى جملة توصيات تؤكد ضرورة خلق المناخ الاستثماري والمتمثلة بما يأتي:

١. توحيد مرجعية المستثمر القانونية بأن يرتبط بحل كل إشكالياته القانونية المتعلقة بالاستثمار بجهة واحدة وهي هيئة الاستثمار التي إذا ما منحته الترخيص فإن هذا الترخيص يغني المستثمر عن مراجعة أي دائرة حكومية أخرى.

٢. توحيد سياسات الاستثمار في العراق عموماً وربطها بهيئة الاستثمار الوطنية الاتحادية المركزية.

٣. تكون الهيئة هي صاحبة القرار بمنح التراخيص بالاعتماد على مجلس استشاري من الخبراء والمختصين دون حاجة للرجوع إلى دوائر حكومية ويكون قرار الهيئة نافذ على جميع دوائر الدولة بلا استثناء.
٤. جواز تملك الأراضي من قبل المستثمر الأجنبي وعدم تحديده بالإيجار فقط ولمدة محددة لأن ذلك قيد بالغ الخطورة على الاستثمار لاسيما في المشاريع العملاقة كالمطارات والفنادق الفخمة والمدن السياحية وغيرها. ويمكن أن يلزم المستثمر بضرورة عدم استخدام الأراضي الوطنية لغرض تغيير الطبيعة الديموغرافية للسكان والتقييد بالأغراض الاستثمارية حصراً وإلا يعرض في نفسه المسألة القانونية.
٥. ضرورة أن تكون هناك نسبة من الأيدي العاملة في المشروع وطنية وفي جميع مراحل ومستويات الإدارة في المشروع وفي مراكز اتخاذ القرار والكوادر الهندسية وتكون النسبة تزيد على النصف (٥٠%) أو (٧٥%).
٦. زيادة الإعفاء الضريبي للمشروع بالإضافة إلى الإعفاء من الرسوم ولمدد طويلة لغرض جذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات مع منح إعفاءات ضريبية استثنائية للصناعات الدوائية والمؤسسات الصحية والصياحية نظراً لحاجة العراق الماسة لها.
٧. تأمين تدفق الطاقة كالكهرباء، والنفط، والغاز إلى مراكز الاستثمار لضمان ديمومتها ونموها.
٨. تأمين سلامة وانسيابية انتقال الأشخاص والأموال داخل البلد وعبر الحدود الدولية.
٩. تنظيم المعاملات الالكترونية والاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات وإنشاء جهة (هيئة) وطنية مسؤولة عن تصديق وصحة الرموز الالكترونية والتوقيع والمراسلات الالكترونية.
١٠. إنشاء (مركز وطني للمعلومات) لغرض توثيق وتنظيم كافة البيانات والمعلومات والدراسات الاقتصادية والتسويقية وتقديم خدمة معلوماتية للمستثمر والحكومة لتسهيل عملية رسم الخطط الاقتصادية وتحديد مسارات الاستثمار في العراق.

الهوامش

- (١) والمراد بالأجنبي هو كل من لا يملك الجنسية الوطنية (العراقية).
- (٢) أنظر: د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة بالنمو، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٦.
- (٣) أنظر: الاستثمار الأجنبي المباشر والمشاريع المشتركة في ضوء التجربة العربية، دراسة للأمانة العامة لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية، مجلة الاقتصاد العربي، العدد (٤)، لسنة (٥)، ١٩٨١، ص ١١ وما بعدها.
- (٤) أنظر: د. صلاح عبد الحسن، وهناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي المسوغات والأخطار، منشورات بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٨، ص ٨.
- (٥) أنظر: د. محمد العمادي، التنمية الاقتصادية والتخطيط، المطبعة العلمية، دمشق، ١٩٧١، ص ٣٨٥.

- (٦) مصطفى صبري، الاستثمارات العربية المشتركة في المملكة، الغرفة التجارية بجدة، بحث مقدم إلى ندوة الاستثمار الأجنبي الخاص في المملكة، وزارة الخارجية، الرياض، ١٤١٨ هـ، ص ١٤٠. وأنظر: إبراهيم بن سلمه، الاستثمار الأجنبي الخاص في المملكة "تجربة سابك"، بحث مقدم إلى ندوة الاستثمار الأجنبي الخاص في المملكة، وزارة الخارجية، الرياض، ١٤١٨ هـ، ص ٢٨.
- (٧) فايز محمد علي، الشركات الرأسمالية الاحتكارية والسيطرة على اقتصاديات البلدان النامية، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٧٩، ص ٦٠-٦٥. وأنظر: د. فرج عزت، د. إيهاب نديم، الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية الاقتصادية في العالم، بحث مقدم إلى مؤتمر اقتصاديات الدول الإسلامية، جامعة الأزهر، ١٤٢٠ هـ، ص ٢٩٠.
- (٨) أنظر: يتضح من النظر إلى جملة القوانين العراقية النافذة وعدم وجود انسجام تشريعي بين القوانين العراقية لاسيما ما منحه قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وباقي القوانين الماسة بصميم نشاط المستثمر وهذا باد للعيان في كل من:
١. قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ وتعديلاته.
 ٢. قانون ضريبة العقار رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
 ٣. قانون ضريبة العرصات رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٢ وتعديلاته.
 ٤. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.
 ٥. قانون تملك العرصات رقم (٣) لسنة ١٩٦٠.
 ٧. قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته.
 ٨. قانون توزيع الأرباح في الشركات رقم (١٠١) لسنة ١٩٦٤ وتعديلاته.
- (٩) أنظر قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ وتعديلاته.
- (١٠) أنظر قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ النافذ وتعديلاته.
- (١١) أنظر: الاونكتاد الترويج للاستثمار والتدابير المقترحة، البند ٤، جنيف، ٢٤-٢٦ أيلول ١٩٩٧، ص ٥-٧.
- (١٢) أنظر: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تجارب الترويج للاستثمار، نشرة ضمان الاستثمار، الكويت، الصفاة، العدد ٧٣، تشرين الثاني ١٩٩٣، ص ٥.

المراجع

أولاً: الكتب والبحوث:

١. إبراهيم بن سلمه، الاستثمار الأجنبي الخاص "تجربة سابك"، بحث مقدم إلى ندوة الاستثمار الأجنبي الخاص في المملكة، وزارة الخارجية، الرياض، ١٤١٨ هـ.
٢. مصطفى صبري، الاستثمارات العربية المشتركة في المملكة، غرفة التجارة بجدة، بحث مقدم إلى ندوة الاستثمار الأجنبي الخاص في المملكة، وزارة الخارجية، الرياض، ١٤١٨ هـ.
٣. د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة بالنمو، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٢.
٤. الاستثمار الأجنبي المباشر والمشاريع المشتركة في ضوء التجربة العربية- دراسة للأمانة العامة لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية، مجلة الاقتصاد العربي، العدد (٤)، لسنة (٥)، ١٩٨١.
٥. د. صلاح عبد الحسن، وهناء عبد الغفار السامرائي- الاستثمار الأجنبي المسوغات والأخطار، منشورات بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٨.
٦. د. محمد العمادي، التنمية الاقتصادية والتخطيط، المطبعة العلمية، دمشق، ١٩٧١.
٧. (الأونكتاد)، الترويج للاستثمار والتدابير المقترحة، البند (٤)، جنيف (٢٤-٢٦)، أيلول، ١٩٩٧.
٨. المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تجارب الترويج للاستثمار، نشرة ضمان الاستثمار، الكويت، الصفاة، العدد (٧٣)، تشرين الثاني، ١٩٩٣.
٩. فايز محمد علي، الشركات الرأسمالية الاحتكارية والسيطرة على اقتصاديات البلدان النامية دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٧٩.
١٠. د. فرج عزت، د. إيهاب نديم، الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية الاقتصادية في العالم، بحث مقدم إلى مؤتمر اقتصاديات الدول الإسلامية، جامعة الأزهر، ١٤٢٠ هـ.

١١. المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تجارب الترويج للاستثمار، نشرة ضمان الاستثمار، الكويت، الصفاة، العدد (٧٣)، تشرين الثاني، ١٩٩٣.

ثانياً: القوانين العراقية:

١٢. قانون ضريبة العقار رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ النافذ.
١٣. قانون تمليك العرصات رقم (٣) لسنة ١٩٦٠ النافذ.
١٤. قانون ضريبة العرصات رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٢ النافذ.
١٥. قانون توزيع الأرباح في الشركات رقم (١٠١) لسنة ١٩٦٤ النافذ.
١٦. قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ النافذ.
١٧. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ.
١٨. قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ.
١٩. قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ النافذ.
٢٠. قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ النافذ.
٢١. قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

الشرف أساس التمييز ضد المرأة دراسة (وفق المادة ٤٠٩ من قانون العقوبات العراقي)

د. نوال طارق إبراهيم عبد الرزاق - كلية الإدارة والاقتصاد / جامعة بغداد

المقدمة

من مظاهر التمييز بين المرأة والرجل جريمة القتل بزعم حماية الشرف والتي تعتبر من أكثر أشكال التمييز ضد المرأة خطورة وأقصاها عنفا لأنها تتعلق بالمرأة فقط دون الرجل حيث أن إقامة المرأة علاقة برجل خارج إطار العلاقة الزوجية يعتبر أخلاقا بالشرف في حين لا يعتبر الرجل مخلا بالشرف إذا أقدم على الفعل نفسه ، فيظهر وفق ذلك التمييز الواضح في هذه الجريمة ، وحيث أن الأسرة هي عمود المجتمعات وأساسها فإنها تحاط بسياسات حماية وخط دفاع اسمه الشرف خاصة في المجتمعات الشرقية الأكثر محافظة ، من هنا فإن الأسرة التي تصاب في شرفها تنهار بالكامل لان الشرف هو قوامها ولان المساس به يسبب له عزلة اجتماعية بسبب اعتياد المجتمعات توسيع دائرة الاتهام للأسرة المطعون في شرفها لتشمل الإخوة والأخوات والأب والام وحتى الأقارب ولهذا يسارع بعضهم إلى التخلص من هذا العار كما يعتقدون بالقتل .

فهذه الجريمة تعد خرقا للعدالة الجنائية وشرخا في التشريع الجنائي ما استوجب بحثها كما أنها انعكاس ليس فقط لتقاليد وعادات موروثة سيئة بل إنها انعكاس لتقصير المجتمع ابتداء من الأسرة حتى أعلى مستوياته . ففي الوقت الذي يعاقب حتى الموت احد شقي العلاقة (المرأة) ويخفف العقوبة عن الشق الثاني (الرجل) علما أن الرجل والمرأة أقدمتا على الفعل نفسه وفق إرادة كل منهما ولا تعتبر العشيرة أو العائلة التي أقدمت على قتل إحدى بناتها أو نساها أنها تمارس فعلا إجراميا ولا ينظر للرجل الذي نفذ عملية القتل هذه على أنه مجرم لا من وجهة نظر المجتمع ولا من وجهة نظر أفراد العشيرة ولا من وجهة نظر القانون بل على العكس ينظر إليه على أنه رجل شريف (مسح عار أسرته) وأعاد لها مكانتها في المجتمع ويقدم القانون أكبر حماية لمرتكب عملية القتل من خلال الأحكام المخففة التي يحكم بها عليه .

ففي هذه الجريمة يكمن التناقض بين الشرف والجريمة ، حيث أن الشرف قيمة معنوية لا يمكن أن يكون دافعا لارتكاب جريمة ، خاصة إزهاق الروح في حين أن

الجريمة لا يمكن أن تضافي على مرتكبها صفة الشرف لان الشرف لا يؤخذ من الاستسلام لدوافع الإجرام وغرائزه وإنما من مقاومة هذه الدوافع والتغلب عليها .
فمفاهيم الشرف والخيانة والحلال والحرام تسير اجتماعيا في اتجاه واحد فقط من الذكورية إلى الانوثة والعكس غير صحيح ، فإذا كانت الجريمة المرتكبة بحق المرأة بزعم حماية الشرف تعد انعكاسا للتقاليد غير الحضارية في المجتمع فمن المؤسف أيضا أن نجد بان التشريع الجنائي جاء مكرسا لهذه العادات والتقاليد ضمن قوانينه في حين كان عليه أن يمارس دورا رئيسيا في إضعاف وتحجيم مثل تلك القيم وإرساء كل ما هو سليم وصالح للتطبيق في المجتمع بما يزيل كل أشكال التمييز بين المرأة والرجل لأنهما أساس المجتمع .

لذا وجب علينا في هذا البحث الإحاطة بالموضوع من كافة جوانبه القانونية من خلال بحث المادة ٤٠٩ من قانون العقوبات العراقي مع عدم إغفال الجانب الفلسفي لهذه الجريمة كما يستوجب بنا الإشارة إلى موقف الشريعة الإسلامية من هذه الجريمة وفق الخطة التالية:

المبحث الأول // الأساس الفلسفي لجريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف
المبحث الثاني // الأحكام القانونية لجريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف

Abstract

From appearance. Figures. Of Reorganization Between woman and man there is crime killing or assassination under allegation protection the Honor. And which consider or classify more dangerous figures violent . Recognized against the woman and it may Happened death . for woman not for man. We can under stand when two parts (woman. Man) decided to make Relation ship bat without marriage. It seem like terrible and horrible thing. It consider shameless for woman But its not for man. And its Immoral criminal for woman and also shameless thing for woman but its not for man. It seem this thing (Illegality Relation ship) allowed for man . But its not allowed for woman . And it is crime must punish the woman who commit this crime. So there are big difference we can see it and feel it in this crime Big Recognize ion against woman. And we must understand that thing name is Honor if mean Big value and imp portent thing Especially in Eastern community .

And These Eastern community Rejected and Refused Any kind of Relationship Between two parts (man – woman) without marriage. And its big dangerous there for all

Eastern families make (fence) social (defensive – line) for keeping the thing more important is Honor. And we can see the Eastern Community more conservatism for this point we can understand or Imagination if some thing happened for Eastern family and may be caused asocial isolation for the family (members of the family and its such Accusation . and this Accusation Extend and include the other Relatives. So some members of their families Accelerated . To Refused this shameless and dishonor thing by killing . under what they Believed so this crime its seem a Break of Justice and also in criminal enactment and that is Required for Searching and it seem confliction not just Bad Habits only But its consider confliction of default of community Beginning from the family to High level. In the sometime that punish By death penalty especially woman we see moderate for man. Despite the Both (woman. Man) made Illegality Relationship. Of course under wishes of Both man-woman. But on tribal community who committed crime by killing , or assassin nate one of Their Daughters . or women. And the justify that's she was made or committed criminal work . and there for she must punish by death penalty . But from anther Hand it not look for man who kill his wife or Daughter he criminal or murder despite from community or from members of tribe and even law. But look for murder like Hero and Honor And noble man. Because He did a good job by erase the shameless family) and keep the Reputation for His family in the community and even the law provide for murder biggest protection by moderate adjudication.

In this kind of this crime we can see Clearly difference Between Honor , And crime the Honor contain value moral its not Became abettor for commit crime. Especially excite = or execution spirit of Daughter or woman . and committal it not mean a adjective Honor. Honor it mean Resistance a Bad factors that's push to commit this kind of crime and over come.

**So under standing means of Honor. Treason legal and Illegal
it looks more in one social direction only from males to
females**

المبحث الأول

الأساس الفلسفي لجريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف

أن جريمة قتل المرأة محور البحث هي تجسيد لمفاهيم اجتماعية خاطئة يرى البعض ضرورة الاستناد عليها على أساس أن الشرف مرتبط بالمرأة فقط دون الرجل وهذا ما يؤدي إلى عدم وضوح مفهوم حق الشخص في شرفه وكرامته والذي ارتبط وفق التجريم الخاص بقتل المرأة مما استدعى بنا البحث في حق الإنسان في الشرف والذي هو حق مرتبط بالمرأة والرجل على حد سواء . عليه سوف نبين في هذا المبحث

المطلب الأول : الرؤية الاجتماعية للجريمة

أن جريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف لها علاقة بشرف العائلة حيث أن المجتمعات العربية تشكل وحدة اجتماعية واحدة يشتركون معا بانجازاتها وإخفاقاتها بأفراحها وأحزانها بشرفها وعارها، فمفهوم القتل بزعم حماية الشرف يبدو كأنه متأصل في الثقافة والوعي الجمعي للمجتمع العربي ، تظهره النظرة الدونية لجسد المرأة وكرامتها ، يظهره اختزال شرف العائلة في جسد المرأة تلك النظرة التي ما زالت مكرسة وكان حركة تحرر المرأة لم تشهد أي تطور عبر تاريخ نضالها الطويل ، وكأننا لسنا في عصر ندعي نحن أبناؤه انه عصر الحرية والديمقراطية وحقوق الإنسان واحترام كينونته وشخصيته وحياته وحقه .

كما تزداد خطورة الأمر حينما يؤيد تلك النظرة عن الفهم المغلوط وغير الحقيقي لقيم الدين ، الذي يستخدمه البعض في التبرير، وفي بعض الأحيان وفي ظل وجود عادات مجتمعية صارمة لا ترحم من لا يقدم على هذه الجريمة ، وسيطرة تقاليد وقيم تمجد مرتكب هذه الجريمة وفي ظل وجود قضاء يقف إلى جانبه ويصدر أحكاما مخففة يتحول الإنسان العادي إلى إنسان عدواني تسيطر عليه مشاعر الغضب والرغبة في الانتقام ويرتكب جريمة قتل يذهب ضحيتها اعز الناس على قلبه أمه أو أخته أو ابنته.

ولذا نجد أن جريمة القتل محور البحث هي تعبير عن الأزمات المتلاحقة والمتتابة في منظومة العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والفكرية للفرد بصفة خاصة وللمجتمع عموما ، وهي بالتالي أسوأ تعبير عن تخلف السلطة الحاكمة والتي هي بحد ذاتها انعكاس طبيعي لواقع حال العلاقات الاجتماعية والمفاهيم السائدة وتدني مستوى الثقافة الأصلية وانكسارها وتراجعها أمام التعاليم الدخيلة والمستوردة من سجلات العادات والتقاليد التي طالما كانت السبب في إبقاء الأمة في ساحة البشر الذين لا يقيمون وزنا لقيمة الإنسان وقدسيتها!

لذا يحق لأي إنسان ان يحظى باحترام كرامته وشرفه الذي يعتز به باعتباره عضوا في المجتمع والذي يرى استحقاقه لهذا الاعتزاز وهذا ما يطلق عليه قانونا

الحق في الشرف والذي جرى العمل على توفير الحماية القانونية الكافية له^١، في حين ان البعض اتجه إلى اعتبار الشرف والاعتبار من المترادفات حيث عرف الشرف وفق التعريف المقرر للاعتبار والعكس صحيح^٢، ومع ذلك فهما ليس كذلك حيث أن للشرف طبيعة شخصية تتعلق بالجانب المعنوي للإنسان وهذا يتطلب الاحترام من قبل أفراد المجتمع ككل في حين إن الاعتبار يتعلق بالجانب الاجتماعي وهذا يتعلق بالمكانة الاجتماعية للشخص كالمكانة الوظيفية مثلاً^٣.

لذا وجب علينا فك الارتباط بين كلمة شرف وكلمة جريمة لأنه لا توجد جريمة تتواءم مع الشرف إذ إن الشرف من مقولات عالم الأخلاق والقيم، والقتل يقع على النقيض تماماً، فجد هنالك من حصر الشرف بالأنثى وهناك من ربطه بالحفاظ على عفتها الجنسية^٤ وحتى يسان هذا الشرف وفق تلك المفاهيم البالية لا بد من قتل المرأة ووفق هذا التصور نرى بان المرأة كائن بغيره لا كائن بذاته إذ تتحدد هويتها بكونها زوجة فلان أو أخت أو بنت فلان حيث ليس لها وجود مستقل مما جعلها إنسانة مهمشة وتحتل موقعا دونيا مقارنة بالرجل ولهذا يرتبط مفهوم الشرف بالمرأة من خلال تصرفها داخل محيط العائلة ولا علاقة لهذا المفهوم بالرجل^٥.

من كل ذلك يتضح بان جريمة القتل محور البحث تنبع من بعض المفاهيم الاجتماعية الخاطئة لمصطلح الشرف وذلك من خلال قصر مفهومه بالمرأة فقط دون الرجل، من ذلك نحن أمام مفهوم أحادي الجانب فمفهوم الشرف اجتماعيا هو حق مطلق يمتلكه الذكور دون الإناث ويرتبط فقط بالحفاظ على الأعضاء الجنسية الأنثوية بينما شرف الرجال لا يتعلق بسلوكهم وإنما يتعلق بسلوك زوجاتهم أو بناتهم أو أمهاتهم، فالرجل الفاسق شريف إذا كانت زوجته لا تخونه مع رجل آخر والرجل منافق شريف طالما ابنته تحافظ على عذريتها والرجل السارق شريف طالما نساء بيته داخل الأقفاس ... وهذا مفهوم ساخر للشرف حيث يهبط بمستوى الشرف ليتخذ له موطناً في جسد المرأة مقابل تغييب كامل لكل المعاني الأخرى السامية للشرف^٦، لذا فالآباء والأخوة يتحملون جزءاً من المسؤولية عن وقوع ابنتهم في الفاحشة، فالواجب هو تحصين البنات والشباب وتربيتهم تربية صحيحة وسد المنافذ التي تؤدي إلى وقوعهم في الفحشاء والمنكر^٧ ولهذا فالحق يقال إن الوقاية خير من العلاج.

من كل ما تقدم نجد أن مفهوم الشرف قد تقلص في مجتمعاتنا ليصبح مرتبطاً بهذا الموضوع وحده دون غيره فأصبح معنى الشرف فيما يتعلق بالمرأة يكاد يكون مقصوراً على العفة الجنسية، والثقافة الذكورية تقرر أن الرجل يصبح مالكا لجسد المرأة في عائلته وإن المساس بعفة وشرف هؤلاء النسوة هو مساس بشرف العائلة ككل^٨، وفي المقابل نجد أن من يتمسكون بهذا المعنى يرفعون شعار ان الرجل لا يعيبه شيء بمعنى انه يستطيع أن يفعل ما يحلو له لأنه لا يوجد ما يثبت قيامه بارتكاب الفاحشة وبعد ذلك كله فإن هذه المفاهيم الخاطئة وهذه السلطة الذكورية في حمى القانون وإقراره !!

المطلب الثاني : العلاقة بين الجريمة والموروث الاجتماعي السائد

جريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف من الجرائم التي أراد المشرع في جانب منها حماية الشرف والذي سوف نوضحه فيما بعد أذ عد هذه الجريمة من الجرائم الأخلاقية أي لها علاقة بالأخلاق وبالمكانة الاعتبارية للفرد بين الأفراد الآخرين في المجتمع ، ولكن السؤال الذي يثار في هذا الجانب هل صحيح أن هذه الجريمة تجسد للمعنى الحقيقي للأخلاق أم هي انعكاس خاطئ للمفاهيم وأعراف فاسدة في المجتمع ؟ ومن ثم جاء المشرع وكرس تلك المفاهيم لذا استوجب بنا بحث الموروث الاجتماعي والمتجسد في الأعراف الاجتماعية السائدة في المجتمع مع عدم إغفال مفهوم الأخلاق والشرف التي استند عليها المشرع لغرض الوصول إلى بيان حقيقة الأمر هذا وكالاتي :

الفرع الأول // الأخلاق والشرف

فالأخلاق اصطلاحاً : هو علم الخير والشر وعلم الإنسان وعلم الواجب والواجبات وقد عرفها ابن صدر الدين الشرواني ١٠٣٦ هـ هو علم الفضائل وكيفية اقتنائها لتتحلى النفس بها وبالرذائل وكيفية توقيها لتتخلّى عنه ومما يشار إليه أن الأخلاق هي روح الإسلام ، ولذا تمثل الأخلاق مجموعة من المبادئ والمثل والقيم التي جبلت عليها الفطرة السليمة للبشر أي الفطرة السوية التي تتجسد بتقوى النفوس وصلاحها ، هذه الفطرة تتحقق من خلالها المعاشية السليمة للأفراد داخل المجتمع والتي تجسد العلة التي من أجلها خلق الله تعالى الإنسان ضمن المجتمع من أجل المصالح المتبادلة بين الإنسان وأخيه الإنسان^{١٠} .

في حين هنالك من يرى في الأخلاق بأنه كل ما يتلاءم أو يتصل بالضمير أو المبادئ العامة للسلوك الحميد أو هو كل ما يحرك الحاسة الأخلاقية أو يمسه^{١١} فالأخلاق هي الصورة المعنوية للإنسان والتي تعكس إمكانياته المادية الايجابية وهي بهذا المعنى تمثل عادات الإنسان لتحقيق المكانة الاعتبارية له أي أن الشرف يمثل الإطار للقيم والمثل العليا بمختلف المفاهيم الاجتماعية والشخصية . والأخلاق هي بمثابة تراجم وأدوات الشرف تظهره للعالم الخارجي لان الشرف يتكون من مجموعة القيم والوصايا المقدسة التي يربى عليها الإنسان منذ ولادته وينضج وينمو معنى الشرف على حد يصبح فيها هو البناء الشخصي المتكامل الإنسان فالصدق والوفاء والمروءة والإيثار وقول الحق والعدل واحترام رأي وحقوق الآخر وقيمه الإنسانية والتسليم بحرية الإنسان ومشئته وقراره في الاختيار هي سمات للشرف الإنساني أما التهافت على جعل الأنثى عنواناً للشرف ما هو إلا استعباد للإنسان الأنثى واغتصاب معنوي لكيانها وتحقيرها لعقلها وعواطفها ومشاعرها .

على أن المرأة في المجتمع التقليدي مسئولة ليس عن انحرافها وحسب بل عن انحراف الرجل أيضاً فهي في نظر التقاليد أصل الغواية والفتنة والشر والتعاسة ولذلك عرف المجتمع جرائم الشرف ضد المرأة ، ففي جميع هذه القضايا يشكل جسد المرأة وعاء شرف العائلة فهي تفسد النظام الاجتماعي إذا أقدمت على الخيانة الزوجية في حين أن بيع جسد المرأة وشراؤه أو مبادلته يكون فقط بقرار من الرجل^{١٢} ، كما أن القتل على خلفية الشرف في نظر هذه المجتمعات هو الحد

الذي ينفذه القاتل متسلحا حسب اعتقاده وأعرافه بتفسيرات لمعنى الرجم حتى الموت وتفسيرات الزنا النمطية السائدة التي لا يخلو بعضها من انعكاسات الرجل المريض نفسيا وفكريا .

فالشريعة الإسلامية في تأكيدها جانب الأخلاق وفي ملاحظتها في تشريع الأحكام لم تكن مسرفة ولا مبالغة في ذلك وإنما كانت تعطي الأخلاق منزلتها وتلفت النظر إلى أهميتها مما يجعل المجتمع يرسى على أسس قوية أذا أن الأخلاق من المعاني الثابتة التي يحتاجها كل إنسان سوي ولا يمكن أن يكون هنالك تصور يقال فيه إن الصدق والوفاء والشرف معان فاسدة لا تليق بالإنسان لذا فإنها معاني لها وقعها في المجتمع .^{١٣}

فالقتل والجريمة فعلا تعاقب عليهما شريعة السماء والتي لا يمكن أن تقرها أي شريعة سماوية لأنهما يتناقضان مع الحياة كجوهر للشريعة ومنطق العفو والغفران والتوبة والرحمة ، فمعنى الشرف يرقى باضطراب مع سمو وارتفاع الخط البياني لوعي الإنسان وقدرته على الاستفادة من المعرفة والعلوم الإنسانية ، لذا فإن جريمة قتل الإنسان وتبريرها بالشرف هي نموذج مستنسخ للعنف المادي والمعنوي اللفظي والمسلح الذي البسه بعض المشرعين ثوب القانون الطبيعي والشرعي عنوة !!

وتقول منظمة العفو الدولية: لا أهمية للتفريق بين امرأة مذنبة بإقامة علاقات غير شرعية وامرأة مشتبه بإقامتها هذه العلاقات أن ما يهين الرجل في شرفه هي نظرة الآخرين ، شبهة الخيانة^{١٤} . ولذا فالقول أن شرف الإنسان يقابل حرمة وصيانة عرضة هو قول يجافي الصواب لان الأخيرة هذه (العرض) هي إحدى جوانب الشرف ولا يتمثل بها الشرف لوحدها فقط كما أنها لا تقتصر على الأنثى فقط بل تشمل الذكور أيضا وللحفاظ على هذه الدعامات الأساسية في المجتمع يجب العمل بكل الوسائل ابتداء من الأسرة صعودا إلى أعلى المستويات بالقيام كل منهما بالدور الموكل له القيام به فالأسرة عليها مسئولية التربية الصحيحة حيث لابد من جهد حثيث يبذله الفرد لتربية نفسه ونسله وصيانة حرثه وان الإخلال بهذا إنما يستدعي محاسبة الفرد المقصر باعتباره المسئول عن تربية ورعاية الطرف الآخر الذي اخل بهذه الدعامات كما أن هذا الأخير من جانبه مقصر بحكم ما يمل عليه العرف الاجتماعي والواجب الأخلاقي من خلال الابتعاد عن الفعل المجافي للأخلاق ومن ناحية ثانية فهو ضحية بحكم القصور في تعليمه ونصحه وبذل كل العناية والاهتمام لإبعاده عن مكان ومصادر الانحراف .

لهذا فإن جريمة قتل المرأة محور البحث هي نتاج لتراكم موروثة العادات والأعراف التي لا يمكن تضمينها في قائمة المؤسسات الثقافية للإنسان بقدر ما هي استجابة لضغوط الأنا الذكورية السلطوية الساعية أبدا للحفاظ على ذاتها في خضم الصراع مع الآخر والحفاظ على التفوق الذي اكتسبه البشر الذكور وحافظوا عليه باستخدامهم أساليب العنف الدموي لإخضاع البشر الإناث أولا^{١٥} ، فالجريمة لا يمكن في حال من الأحوال أن تكون ثقافة عصرنا وإلا فانا سنقر بالجهل والكراهية

والأحقاد والتميز العنصري كعناصر ثقافية في زمن ثورة تقنيات الاتصال التي أوصلت تعميم الثورة العلمية والفكرية الإنسانية إلى كل بيت في المدينة .
ويمكن القول وفق ما تقدم أن قتل المرأة بزعم حماية الشرف تستند إلى حد كبير على الأعراف والتقاليد الموروثة السابقة والتي تعتبر عادات فاسدة وغير متوافقة لما جاءت به الشريعة الإسلامية حيث تم إبطاله من قبل المشرع الإسلامي لتعارضها مع قواعد الحق والعدالة ، والأدهى من ذلك أن يأتي المشرع الوضعي ويقر تلك الأعراف ويجسدها في نصوصه والتي تعتبر منافية لما جاءت به الشريعة الغراء حي أن أقرار المشرع الوضعي لهذه القواعد يجعله مستسلما للتقاليد غير الحضارية حتى أصبحت قوة تفرض نفسها على الاتجاهات التشريعية السائدة في المجتمع.

الفرع الثاني // الأعراف الاجتماعية

العرف : عبارة عن عادة أو تقليد تواتر أفراد المجتمع ككل على العمل به بشكل عام ومطرد بحيث تولد اعتقاد بضرورة الالتزام به مما ترتب على مخالفته رد فعل اجتماعي تجاه المخالف يتمثل بالاستهجان والاحتقار له^{١٦} ، ومن الملاحظ ان هذا العرف قد يتحول إلى قاعدة قانونية إذ ما اعترف به المشرع ونظمه بشكل نصوص قانونية قد تكون صحيحة عند موافقتها للنصوص الشرعية وتكون فاسدة في حالة عدم موافقتها هذه ، لعل جريمة قتل المرأة وخاصة جرائم الشرف إحدى أوجه ممارسة السلوك البدوي الذي فرض نفسه حتى على نصوص المادة القانونية المعاصرة التي استندت إلى فقه البدو الصحراوي وتراثهم الذي لم يكن يوما في جانب المرأة والإنسانية المثلى ولذلك لم يوفق هذا القانون في أمصارنا العربية في أنصاف المرأة او في ترقيتها إنسانيا أو إعطائها شيئا من حقوقها المتعارف بها قرآنيا وإسلاميا ، يبدو أن انكشاف نمط سلوكنا الأسري عموما وفيما يخص المرأة خصوصا قد ألزما بكشف اللثام والمصارحة بموقف يعيدنا إلى النصاب الاممي العادل إذ إن انتشار جرائم القتل هذه في مجتمعاتنا يرجع إلى التطبيق السيئ والخاطئ لإحكام الإسلام وتعاليمه من قبل المجتمع الإسلامي الذي تركزت في عقله وسلوكه موروثة تنتمي إلى القبلية الجاهلية ومنها الموروث الذي يجعل من الذكورية معيارا للحق والصواب .

وتعتبر عادة قتل المرأة بزعم حماية الشرف عادة قبلية قديمة متوارثة منذ القدم وما تزال الكثير من المجتمعات العربية ذات الامتدادات القبلية والعشائرية تدين بهذه العادة وتمارسها كأسلوب يهدف إلى المحافظة على سمعة العشيرة او العائلة ومكانتها في المجتمع ، فهذه الظاهرة هي إحدى إفرازات الثقافة التي حملها البدو الإعراب إلى كافة الأمصار التي ابتليت بفكرهم وسلوكهم وأصبح وضع المرأة المتردي جراء ذلك واحد من أهم السمات التي تطبع وجه تلك الثقافة والمجتمعات . ومن الواجب علينا الإشارة إلى أن الأصل التاريخي للنصوص الخاصة بقتل المرأة بزعم حماية الشرف ذات جذور غربية وقد تم تعديلها وتغييرها في موطنها الأصلي فيما نجد أن مشرعنا العربي الإسلامي تمسك بها في تشريعاته وغلفها بنوع من

القدسية وهذا يتناقض مع ما جاءت به شريعتنا الإسلامية من أحكام حضارية راقية.

المبحث الثاني

الأحكام القانونية لجريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف
سوف نبحث في هذا المبحث الأحكام التي تضمنتها هذه الجريمة من خلال بيان النص القانوني وما ينتاب هذا النص من إشكالات تستوجب بنا الخوض في بحثها حتى يتسنى لنا الإحاطة الكاملة بهذه الجريمة. لذا سوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب أتناول في أولهما شروط تطبيق العذر المخفف إما ثانيهما فسأبحث فيه تحليل النص القانوني، في حين أن المطلب الثالث سأتناول فيه موقف الشريعة الإسلامية من الجريمة :

المطلب الأول :- شروط تطبيق العذر المخفف

نظم المشرع العراقي أحكام هذه الجريمة وفق المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ والتي نصت على انه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فأجا زوجته أو احد محارمه في حالة التلبس بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال أو قتل احدهما أو اعتدى عليهما أو على احدهما اعتداءً أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة ، ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة)).

من خلال بحثنا لهذه الجريمة نجد أن المشرع العراقي قد جاء بعذر قانوني مخفف للجرائم التي نظمها وفق هذه المادة ونصت على شروط معينة ينبغي توافرها لتطبيق هذا العذر على الرغم من أن هذه الجريمة كغيرها من الجرائم ينبغي فيها توافر الأركان الخاصة بها غير أن تعدد النماذج التي جاءت بها وبالتالي تعدد الجرائم التي تنطوي تحتها جعل لها كيان خاص بها يختلف عن النموذج القانوني للجرائم الأخرى مما ينبغي أن يتوافر لكل جريمة من الجرائم التي نصت عليها أركانها القانونية الخاصة بها والتي تختلف فيما بينها باختلاف الجرائم ذاتها هذا من جهة ومن جهة أخرى نلاحظ أن هذه المادة قد جاءت بعذر قانوني مخفف للجرائم التي تضمنتها ونصت على توافر شروط خاصة لتطبيقه مما استلزم بنا بحث هذه الشروط :

أولاً : صفة مرتكب الجريمة

يشترط لتطبيق العذر في هذه الجريمة أن يكون الجاني زوجاً للمرأة الزانية أو أن يكون احد محارمها والمرجع في تعريف هذا الزواج والعلاقة المحرمية هو قانون الأحوال الشخصية ، والمقرر في هذا القانون الذي يستمد إحكامه من الشريعة الإسلامية أن الزوجية تكتسب بالعقد الصحيح النافذ وتظل قائمة ما بقي العقد وتنتهي بالطلاق البائن دون الرجعي حيث أن العذر يظل قائماً خلال مدة الطلاق الرجعي لحين انتهاء العدة^٧ بخلاف الطلاق البائن فهو يزيل الملك في البيونة الصغرى ويزيل الملك والحل في الكبرى^٨ ، ولا يمكن للزوج بعده أن يتمتع بالعذر

في حالة القتل وعلى هذا فان العذر قاصر على الزوج دون غيره فلا يعذر أقارب الزوج أو أصدقائه الذين يقتلون زوجته لسوء سلوكها ومفاجأتها بالفعل وينتقم لصديقهم حيث أن العذر في هذه الحالة لا يسري عليهم لانتفاء العلة من تقريره^{١٩}، كذلك وفق هذه المادة لا تعذر الزوجة أو القريبة الأنثى من قتل الزوج أو احد محارمها لسلوكها السيئ مع أنهما في الحقيقة متساويان في الغيرة والشعور ، حيث من هذا يبرز التمييز ضد المرأة حيث الفعل الشائن الذي يجلبه الشخص لعائلته يشمل الرجل والمرأة وهذه من المأخذ الآخرة على قصور هذه المادة في تحقيق المساواة بين المرأة والرجل ، كما يلاحظ أيضا بان المجني عليها يمكن أن تكون إحدى المحارم ، والمحارم هي كل من حرم زواجها من الرجل شرعا وهذه الحرمة على قسمين مؤبدة ومؤقتة والذي يهمننا في مجال بحثنا هي الحرمة المؤبدة التي تكون على نوعين أما حرمة نسبية (القرابة) أو حرمة سببية (المصاهرة أو الرضاعة) فالبعض ذهب إلى أن صلة القربى هي صلة محدودة بالمحرمية والحرمة هنا هي حرمة النسب^{٢٠}، فالمحرمات بالنسب (القرابة) سبع ذكرها القران الكريم^{٢١} ، فالأولى تشمل الأمهات، البنات، الأخوات، العمات ، والخالات، بنات الأخ ، بنات الأخت ، أما الثانية فتتمثل بزواج الأب ، وزوجات الأبناء ، وأمهات النساء ، وبنات الزوجات ، وفي الحقيقة النص قاصر على الإجابة أي المحرمات مشمولة بهذا النص لان الصيغة وردت بصورة مطلقة مما يعد من المشكلات التي يثيرها النص والتي يلزم بحثها .

ثانيا : مفاجأة الزوجة أو إحدى المحارم متلبسة بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها ، من تحليل هذا الشرط يلاحظ بأنه يتكون من عنصرين هما :

١- عنصر التلبس بالزنا أو الوجود في فراش واحد.

٢- عنصر المفاجأة .

١- عنصر التلبس بالزنا أو الوجود في فراش واحد

لا بد لنا ونحن نبحث في هذا الشرط أن نبين أولا المقصود بالزنا حتى يمكننا تطبيق هذا العذر الخاص بهذه الجريمة حيث أن القانون الوضعي لم يعرف الزنا ولكن حدد بصيغ مختلفة فعرف بأنه " ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص مع امرأة أو رجل برضاه حال قيام الزوجية فعلا أو حكما " ^{٢٢} والقانون ينظر إلى الزنا على انه خيانة العلاقة الزوجية بشرط وجود عقد صحيح قائم فعلا وحكما .

حيث يلاحظ ان الشخص اذا كان غير متزوج فلا يعتبر زانيا في نظر القانون في حين ان لفظ الزنا في الشريعة الإسلامية يشمل أفعال الوطء المحرم من الفرج أو الشرج وسواء ارتكبت من قبل متزوجة أم من غير المتزوجين وما الفرق بينهما ألا في الحد لكل حالة .

وبهذا يلاحظ أن المشرع العراقي قد استعار مصطلح الزنا من أحكام الشريعة الإسلامية للدلالة على منح هذا العذر المخفف وفق نص المادة (٤٠٩) موضوع البحث ولكن لم يكن مشرعا العراقي في أخذه هذا موقفا كما انه لم يكن موفقا كذلك في استعارته لهذا المصطلح (الزنا) في إطار تجريم الخيانة الزوجية وفق أحكام المادة (٣٧٧) من نفس القانون ولها يلاحظ ان مشرعا العراقي كان

متناقضا في نصوص القانون فتارة حصر معنى الزنا بالمتزوجين^{٢٣} وتارة أخرى شمل في لفظ الزنا أفعال الفاحشة التي ترتكبها المتزوجات أو غير المتزوجات^{٢٤}. أما معنى التلبس بالزنا فيقصد به: التلبس هو مشاهدة المجرم وقت ارتكاب الجريمة أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة أو إذا تبعه المجني عليه أو العامة بالصياح عقب وقوعها، أما معنى التلبس بالزنا أن تكون المرأة وشريكها في حالة تقطع بحصول الزنا ولا تدع مجالا للشك في أن الفعل قد ارتكب.

حيث قد يفهم معنى التلبس بأنه لزوم وقوع الفعل الفاحش وقت المفاجأة وهذا يعني أن تضبط الزوجة التي وقع عليها الفعل وهي متلبسة بالزنا، ولكن بما أن حكمة العذر المخفف للزوج أو أحد المحارم هو عنصر الاستفزاز الذي اثر على أرائته التي دفعته لارتكاب فعل القتل أو الإيذاء المنصوص عليها في هذه المادة، حيث أن التلبس هذا لا يشترط في إن تفاجأ المرأة وعشيقها معا في حالة التلبس بالزنا ولكن يكفي أن يكون في وضع ينذر بوقوع الزنا أو في سبيل وقوعه حالا أي لا مجال للشك في أنها قد ارتكبت هذا الفعل^{٢٥} وتفاجأ الزوج أو المحرم بهذا الوضع فيستفيد هذا الشخص من العذر الممنوح له بموجب هذه المادة أما إذا اطلع هذا الشخص فجأة عن طريق قراءته رسالة عثر عليها في حقيبة زوجته أو إحدى محارمه وبين فيها ارتكابها فعل الفحشاء وقتلها نتيجة ثورة الغضب هذه فلا يستفيد من هذا العذر وتعتبر جريمة قتل عادية.

كما لا بد من بيان معنى الوجود في الفراش الواحد: فلا يقصد بالفراش الواحد في هذه المادة السرير الواحد فقط بل كل خلوة مربية مع العشيق في أي مكان كان على الأرض، على الأريكة، أو في السيارة أو أي مكان آخر بشرط أن يتوافر لدى الشريك صفة العشيق أي صفة الرجل الذي له علاقات جنسية غير مشروعة مع المرأة إذا ضبطت في حالة لا تدع مجالا للشك بأنها عشيقة، كما لو شاهد الزوج زوجته لا يسترها سوى قميص النوم ووجد عندها شخصا متخفيا تحت السرير وخالعا حذائه^{٢٦}، لذا لا يشترط في الفراش الواحد أن يتم فيه رؤية الشريكين في وضع الزنا لان هذه الحالة مشمولة بالأولى أعلاه.

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض القوانين^{٢٧} قد أشارت ضمن نصوصها إلى الحالة المريبة والتي تستوعب حالات أخرى قد تكون تافهة نسبة إلى حالات الوجود في الفراش الواحد في حين نلاحظ أن المشرع العراقي في هذه المادة محور البحث ساوى بين حالة التلبس بالزنا وحالة الوجود في فراش واحد ومفاجأة الزوج أو المحرم لهذه الحالة.

٢- عنصر المفاجأة

العنصر الثاني من الشرط الأول هو المفاجأة حيث يقصد به أن يباغت الزوج أو القريب قرابة ذات حرمة - بمشهد الزنا وبدون هذه المفاجأة (المباغته) لا يتوفر الاستفزاز المطلوب ووفق هذه المادة فينبغي أن يقع القتل على اثر هذه المفاجأة بالحالة الشاذة غير الطبيعية التي يصطدم بها الرجل (الزوج أو المحرم) ، حيث يلاحظ أن المشرع العراقي قد استعمل كلمة (فأجا) والمقصود بها أن يتفاجأ الزوج أو المحرم بسوء سلوك زوجته أو محارمه وهو لا يتوقع ذلك مطلقا

كما يشمل أيضا الحالة التي يشك الزوج فيها أو المحرم بهذا السلوك ألا انه لم يصل إلى حالة اليقين المطلوب فيراقب زوجته أو محرمه مثلا ويضبطها مع شريكها بالفحشاء^{٢٨}.

وعلى ذلك فإذا كان الزوج أو المحرم على علم بخيانة زوجته أو احد محارمه فلا يكون والحالة هذه مشمولاً بالعذر القانوني المخفف ، حيث أن هذه الحالة تختلف عن حالة ما إذا كان الزوج أو المحرم غير متأكد من الخيانة أي يشك في سلوك المرأة فيقرر الوقوف على حقيقة الأمر ويختبئ في البيت أو يتبعها إلى أن يضبطها مع عشيقها سواء بحالة التلبس أو بوجودها في فراش واحد ويقتلها^{٢٩} ، ففي هذه الحالة يتوفر عنصر الاستفزاز ويستفاد هذا الرجل (سواء الزوج أو المحرم) من العذر الممنوح وفق هذه المادة .

ثالثا _ أن يقع الاعتداء في الحال

من شروط تطبيق العذر القانوني وفق هذه المادة لابد من وقوع القتل أو الاعتداء حال التلبس بالزنا أو الوجود في الفراش الواحد ، أي أن الفاعل قد ارتكب الفعل تحت تأثير الاضطراب والانفعال التي انتابته مما أقدم على الفعل تحت تأثير ثورة الغضب والاستفزاز مما استوجب تطبيق العذر المخفف في هذه الحالة كما انه يستفاد من تطبيق هذا العذر طالما أن حالة الاضطراب قد استمرت إلى حين ارتكاب الفعل والتي سببت إهدار لكرامته من جراء الفعل الذي اقترفته هذه المرأة الزانية كالزمن الذي يستغرقه الشخص في البحث عن السلاح أو الدهشة أو الذهول اللذين أصابه حال المفاجأة هذه ، أما إذا تراخى وقوعها إلى ما بعد استرداد الجاني لهدوئه فيكون الفعل انتقاما .

السؤال الذي يمكن أن يطرح // ماذا لو فاجأت الزوجة زوجها بحالة التلبس بالزنا مع امرأة أخرى وقتلته؟ حسب هذه المادة لا تستفاد الزوجة في هذه الحالة مع العلم أن الزوجة لا تقل شعورا بالثورة والغضب والغيرة والانفعال عن الزوج الذي يفاجأ زوجته وهي في وضع مماثل ولذلك فمن العدل كلمة حق أن يقال يجب أن يكونا الاثنين على صعيد واحد من المساواة أمام القانون في هذا الصدد . من هذا نلاحظ إذ توفرت الشروط السابقة ذكرها توافر العذر المخفف الممنوح وفق هذه المادة واستفاد الزوج أو المحرم من هذا العذر حيث يلاحظ بان العذر الوارد في هذه المادة عذر مخفف خاص^{٣٠} كما انه عذر شخصي وبالتالي لا يسري ألا إذا توافرت الصفة المنصوص عليها في المادة محور البحث .

المطلب الثاني :- تحليل النص القانوني :

والذي سوف نقسمه إلى فرعين أولهما - الإشكالات التي يثيرها نص الجريمة و ثانيهما - حكمة تجريم نص الجريمة

لا بد لنا ونحن في بيان معالجة الجريمة محور البحث لابد لنا من الإشارة إلى كل ما يتعلق بالعذر الممنوح وفق هذا النص من إشكاليات في الفرع الأول من هذا المطلب كما أن حكمة التجريم فسوف تبحث في فرعه الثاني وكالاتي :

الفرع الأول: _ الإشكاليات التي يثيرها نص الجريمة

من ملاحظتنا لنص المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي تبين لنا ان هنالك جملة من الإشكاليات تواجه تطبيق العذر الممنوح وفق هذه المادة مما استوجب بنا بحث أهمها ليتسنى لنا معالجتها والمناداة بتغييرها وفقا لما تفرضه السياسة الجنائية المعاصرة من مساواة وسد الثغرات التي تنتاب النص والوقوف على كل ما يستدعي التدخل التشريعي المطلوب .

أولاً:- نطاق تطبيق العذر – صور الجرائم المشمولة به

من أهم إشكاليات العذر المخفف ، نطاق تطبيقه وصور الجرائم المشمولة به ، إذ من خلال ما تم بحثه من شروط تطبيق العذر المخفف وفق المادة محور البحث ، تبين لنا أن الزوج والمحرّم هما من يطبق بحقهما العذر الممنوح وفق هذه المادة ولا تثور لدينا أي إشكالية فيما يتعلق بالزوج غير أن المحرم وفق النص المشار إليه يحاط بغموض وإشكالية وذلك لورودها بشكل مطلق دون تحديد لنوع الحرمة المستوجبة للتطبيق حيث أن ورودها بالشكل المطلق هذا يعني سريانها على جميع أنواعها سواء حرمة أبدية أو مؤقتة ، نسبية أو سببية لذا يستدعي تحديدها تحيدا واضحا كما فعلت بعض القوانين^{٣١} ، كما ان الإشكالية الأخرى التي يثيرها النص هو عدم استفادة الزوجة أو المرأة من العذر الممنوح وفق هذه المادة وهذا فيه إخلالا لمبدأ العدالة ومبادئ السياسة الاجتماعية السليمة القائمة على المساواة بين المرأة والرجل على حد سواء ، كما لا يفوتنا القول أليس للمرأة أو الزوجة عواطف ومشاعر مثلما هي للرجل ؟

ألا تثور المرأة لكرامتها ولشرفها المهودور وهي ترى شقيقها مثلاً يلاط به أو زوجها يزني مع امرأة أخرى ، أليس للزوجة مشاعر فياضة عندما ترى زوجها في أحضان امرأة أخرى أليس هذا إخلالا لمعنى الشرف أم ينحصر الشرف بالأنثى فقط وليس للشرف مكان في هذه الحالة. هذا إذا كله إخلالا وانتهاكا واضحا للسياسة الجنائية المعاصرة التي تهدف ليس لحماية الرجل فقط وإنما غايتها حماية المرأة أيضا ليخلصها من مبدأ النص الذكوري والسلطة الأبوية المفروضة وفق قيم وتقاليد مكرسة للرجعية الاجتماعية^{٣٢} ، وعليه ينبغي الأخذ والاسترشاد بهذه السياسة الجنائية المعاصرة .

من المآخذ الأخرى التي يمكن إثارتها في هذا البحث صور الجرائم المشمولة وفق نص المادة (٤٠٩) محور البحث حيث تبين أن الجرائم المشمولة وفق هذا النص تشمل القتل العمد والإيذاء المفضي إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة . والسؤال الذي يثار هنا هل يطبق النص أعلاه إذا لم يفضي الاعتداء إلى أي صورة من هذه الصور وإنما أفضى إلى الاعتداء المنصوص عليه وفق المادتين (٤١٢-٤١٣) من قانون العقوبات العراقي .

يرى البعض أن النص يشمل جميع حالات الاعتداء رغم عدم التصريح بذلك على أساس أن المشرع طالما نص على القتل والاعتداء المفضي إلى الموت أو إلى العاهة المستديمة فمن باب أولى شمول الحالات الأدنى بالنص المذكور ، حيث يلاحظ أن الجريمة المنصوص عليها في المادة (٤١٣) الفقرة الأولى والفقرة

الثانية لا تثير إشكالا بهذا الصدد باعتبار ان عقوبتها تقل عن ثلاث سنوات وهي الحد الأقصى لعقوبة الجرائم المنصوص في المادة (٤٠٩) لذا فهي مشمولة بنص هذه المادة ألا أن الأمر يدق بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة والرابعة من المادة (٤١٣) والخاصة بجريمة الإيذاء باستخدام السلاح الناري أو آلة معدة للإيذاء أو مادة محرقة أو أكلة أو ضارة لأن عقوبتها هي الحبس الذي قد يصل إلى خمس سنوات مما يجعلها غير مشمولة بنص المادة (٤٠٩) حيث لا يمكن اللجوء إلى التفسير الواسع أو القياس لأننا أمام حالة تتعلق بعذر وليس حالة تبيح الفعل مما يتطلب تدخلا تشريعيًا من المشرع لمعالجة هكذا وضع وحالة ، لأن الأولى تخضع لمبدأ الشرعية (منح العذر) دون الثانية (إباحة الفعل).

ثانيا :- الأساس القانوني للعذر

من الملاحظ لنص المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي والتي اعتبرت حالة تلبس الزوجة أو إحدى المحارم بالزنا أو الوجود في فراش واحد مع شريكها عذرا مخففا لعقوبة الفاعل والتي تجعل عقوبة القتل العمد وهو جناية عقوبة جنحة ولذلك تسمى جنحة القتل العمد مما اقتضى بيان أسباب تخفيف العقوبة وفق هذه المادة .

فالسؤال المثار هنا ما هو الأساس الذي اعتمد من قبل المشرع في إقراره لهذا العذر ؟

إذ تعد هذه من المشاكل الأخرى في النص ينبغي الوقوف عليها ومعالجتها وذلك لأن بناء العذر على هذا الأساس أو ذاك قد يؤدي إلى شمول الوقائع لحكم هذا النص أو عدم شموله لذا ينبغي علينا مراعاة الدقة في الاستناد إلى الأساس المعتمد في منح العذر وفق هذه المادة حيث يلاحظ أن البعض يرى أن الأساس في منح العذر هو ثورة الغضب التي تنتاب الرجل من هول المفاجأة والمشهد المروع الذي من شأنهما أن يقللان من قوة الإدراك والإرادة لدى الرجل وتلقيان الاضطراب في حكمته وعقله مما يدفعه إلى ارتكاب هذه الجريمة فيكون في لحظتها أنسانا بدائيا يستولي عليه الغضب العارم .

وينتقد هذا الرأي من حيث اعتبار أن الغضب وحده لا يمكن أن يكون سببا مباشرا في المسؤولية وان كان يمكن اعتباره ظرفا مخففا للعقوبة إذا رأت المحكمة لذلك مقتضى القول بخلاف ذلك يؤدي إلى الإقرار بهذا العذر لمعظم الجرائم لكونها ترتكب بسبب ما ينتاب الفاعل من غضب وقت ارتكاب الجريمة .

في حين أن الرأي الآخر يرى بان المشرع في اعتماده لهذا العذر لم يكن ليعطي الزوج حق قتل زوجته أو إحدى محارمه كعقاب لها ولعشيقها بما يوجب دفع حياتها ثمنا لخيانتها بمعنى أن المشرع إنما يفوض الرجل أو المحرم تشريعيًا على حق عقاب الزوجة أو المحرم التي ترتكب الفحشاء^{٣٣}، إلا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به لأنه يتضمن قدرا من تفويض المشرع الرجل حق الانتقام الفردي المباشر بإيقاع العقوبة وهذا فيه عودة إلى العصور البدائية للانتقام الفردي ويتعارض مع مبدأ حق الدولة في العقاب .

في حين يذهب رأي آخر إلى أن أساس منح العذر المخفف يكمن في ثورة الغضب التي أصابت الزوج يصاحبه استفزاز خطير أدى إلى رد فعل عنيفة للجاني فأقدم على ارتكاب الجريمة ضد المجني عليه نتيجة ثورة الغضب العارمة التي على أثرها لم يستطيع السيطرة عليها لهول المفاجأة والاهانة التي إصابتها بفعلها في تلويث شرفه وكرامته مما قلل من إدراكه وحرية اختياره فأقدم على ارتكاب فعل الاعتداء^{٣٤}، وهذا هو موقف كثير من قوانين الدول العربية^{٣٥}، لذا فالغضب لوحد لا يمكن اعتباره عذرا مخففا للعقوبة لأنه لا يؤثر على الإدراك تأثيرا يعتد به في المجال العقلي ولا يعد من إمرضه^{٣٦}، وإنما يضعف من سيطرة الشخص على إرادته فتعدوا إرادة مندفعة هوجاء من شأن ذلك أن ينقص من صلاحيته للمسؤولية الجنائية^{٣٧}.

وعلى أساس ذلك نحن نرجح الرأي الذي يذهب في منح العذر على أساس ثورة الغضب العارمة والتي يحركها الاستفزاز العنيف. والسؤال الذي يمكن إثارته في هذا الصدد ماذا لو ارتكب الزوج أو المحرم جريمته دون أن يصاب بأي استفزاز أو ثورة غضب؟ أي بمعنى آخر أن هذا الشخص كان مسيطر على إرادته في ارتكاب الجريمة موضوع البحث؟ فهل يمكن أن يعتبر ممن هم مشمولين بالعذر المخفف أم لا؟

في هذه الحالة نحن أمام حالتين: -
أولهما :- إذا كان الزوج أو المحرم على علم بسلوك زوجته الشائن أو كان راضيا على ارتكابها أفعال الفحشاء؟

في هذه الحالة نجيب وبثقة كبيرة بأن الشخص الزوج أو المحرم لا يمكن شموله بهذا العذر لانعدام الأساس القانوني والاجتماعي لهذا العذر حيث أن الشخص المعروف بانحلاله الأخلاقي وممارسته أفعال الدعارة باعتبارها مهنة يستزق منها لا يمكن وهذه الحالة أن يتكلم عن عرض يملكه أو شرف يصونه لأنه فاقد هذا الشرف، عليه لا يمكننا القول بتوافر ثورة الغضب والاستفزاز لديه. ولكن الصعوبة تثور في حالة إذا لم يستفز هذا الشخص ولم تثور لديه ثورة الغضب الموجبة لمنحة العذر المخفف رغم عدم علمه بسوء سلوك زوجته أو إحدى محارمه ولم يكن أيضا راضيا عن ذلك؟

هنا في هذه الحالة نقول نعم يستفيد هذا الشخص من العذر الممنوح وفق هذه المادة وذلك لان المشرع العراقي أقام قرينة قانونية في المادة (٤٠٩) ولكنها قرينة يمكن إثبات عكسها عن طريق إثبات علم الجاني بسوء سلوك زوجته أو إحدى محارمه فيمكن وفق ذلك تطبيق العذر وفق الحالة الأولى وفيما عدا الإثبات هذا فتبقى هذه القرينة قائمة ويستفيد المتهم من العذر الممنوح وفق ذلك.

وفي كل ما تقدم نرى بأن المشرع كان قاصرا في منح العذر المخفف للزوج فقط دون الزوجة^{٣٨} وهذا فيه مبالاة للرجل لان لا يوجد علميا ما يثبت بأن مشاعر المرأة اقل درجة في التأثر من الرجل وعليه يستوجب عدم التفرقة ما بين الرجل والمرأة حتى لا يؤدي إلى التمييز ضدها وهذا مما ننادي به في حالة إذا لم تلغى المادة محور البحث.

الفرع الثاني //حكمة تجريم نص الجريمة

قبل الشروع في بيان حكمة التجريم يحسن بنا أن نعرض لتعريف التجريم بشكل يحدد لنا الإطار العام لهذه الدراسة حيث أن التجريم اصطلاحاً هو إضفاء صفة إلا مشروعية الجنائية على ما تراه الجماعة من سلوك يهدد كيانها بالضرر أو الخطر وتقدر جدارته بالعقاب تبعاً لذلك .

عليه فإن حماية المصالح الأساسية التي يتوقف عليها وجود المجتمع واستقراره واستمراره هي الغاية التي يرتبط بها ليس التجريم فحسب بل كافة الأنظمة والشرائع السماوية منها والوضعية فوجود حد أدنى من المصلحة هو المبرر لتدخل المشرع لإصدار تنظيم قانوني أما إذا انتفت تلك المصلحة فينتفي بالتالي المبرر القانوني لإصدار التشريع ٣٩ ، لذا سنتولى في هذا الفرع بيان الحكمة من النص أي بيان المصالح التي يحميها المشرع من تنظيمه لهذه المادة لنرى بعد ذلك التناقض الذي وقع فيه المشرع العراقي عندما قرر حماية مصلحة الحق في الحياة وبعد ذلك عاد وجرّد هذا الحق من الحماية عندما تكلم عن الدفاع الشرعي ، إذا فالمصلحة (حماية القيم والمصالح الاجتماعية) هي مناط التجريم وتدور معه وجوداً وعدمًا ومن ثم فإن ارتباط التجريم بتحقيق هذه المصلحة هو أساس الضرورة ومحورها .لذا سوف أتناول أولاً : المصالح التي يحميها النص وثانياً :علاقة الجريمة بالدفاع الشرعي .

أولاً : المصالح التي يحميها النص

أن تحقيق مصلحة ما هي الغاية التي يسعى لها السلوك الإنساني وهذه المصلحة تتمثل أما في الحصول على فائدة ما أو في دفع الضرر فالمصلحة إذا هي استئثار شخص بقيمة معينة على شكل يكفل له التسلط والاقتضاء ٤٠ ، وعلى ذلك فإن غاية التشريع الجنائي هي تحقيق الحماية الفعالة للقيم والمصالح الأساسية في المجتمع ٤١ .

وعلى هذا يمكن القول أن المصلحة تدور مع التجريم وجوداً وعدمًا حيث أن لها دور في تعيين النموذج القانوني للجريمة ومن خلالها يتم التوصل إلى موضوع الجريمة وذلك بتحديد أركانها ، والمشرع في تجريمه لبعض الأفعال الجرمية إنما يبغى حماية حق أو مصلحة معينة يراها جديرة بالحماية القانونية والمشرع في حمايته للمصالح قد يوزع هذه الحماية بين أكثر من نص قانوني أي أن المصلحة قد تحمي بأكثر من نص لكونها تتحمل أكثر من وجه من أوجه الحماية هذا من جهة من جهة ثانية فإن النص القانوني الواحد قد يحتوي على أكثر من مصلحة قانونية وكل مصلحة من هذه المصالح تختلف عن الأخرى في المضمون ٤٢ ، والسبب في ذلك يعود إلى إن المشرع عندما يجرّم فعلاً بغية حماية مصلحة ما فإنه يتوقع أن يترتب على هذا الفعل نتائج أخرى تمس مصالح أخرى غيرها فيقرر الحماية لهذه الأخيرة أيضاً .

ولذلك تعتبر المصالح الأولى هي الأساسية أما المصالح الأخرى فهي ثانوية أو متفرعة عن النتائج المترتبة على الفعل الإجرامي ٤٣ ،لذا ومن خلال النظر في المادة (٤٠٩) موضوع البحث نجد أن المشرع العراقي قد ابتغى من تنظيمه حماية

أكثر من مصلحة قانونية فالمصلحة الأساسية التي أضفى القانون حمايتها عليها في هذا النص هو الحق في الحياة والدليل على استهدافه حماية هذا الحق هو ورود هذا النص في الفصل الخاص بجرائم القتل كما يلاحظ أن المشرع قد كان هدفه في هذه المادة أيضا حماية الحق في سلامة الجسم وسيره سيرا طبيعيا إذ يلاحظ ورود عبارة (أو اعتدى عليهما -----) وهذا الحق يعتبر أيضا من المصالح الأساسية التي ينبغي المشرع حمايتها في هذا القانون .

إضافة إلى هاتين المصلحتين نلاحظ بان هنالك مصلحة أخرى أضفى المشرع حمايتها عليها وفق هذا النص وهي مصلحة تستشف من خلال النظر إلى عقوبة الفاعل أو احد محارمه بفرض عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات في حين أن العقوبة الأصلية لهذه الجريمة هي السجن المؤبد أو المؤقت المادة(٤٠٥) أو الإعدام المادة (٤٠٦) وكذلك الحال في الاعتداء الذي ينجم عنه الوفاة أو الذي يؤدي إلى عاهة مستديمة حيث إنها تعد من الجنايات ولذلك لا يمكن القول بتقرير عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ٣ سنوات قد أولى حماية لمصلحة أخرى رآها جديرة بالحماية إلا وهي حماية حق الجاني في شرفه واعتباره والتي يمكن أن تتضح من خلال نص الفقرة الأخيرة من المادة محور البحث والتي منعت استعمال حق الدفاع الشرعي ضد القاتل أو المعتدي والذي سوف نبثه في الفقرة التالية .

ثانيا //الدفاع الشرعي وعلاقته بالجريمة

الأصل انه ليس من حق الإنسان أن يقتص لنفسه بنفسه من أعدائه الذين يعتدون عليه ذلك لان مرجع البت في هذا القصاص من اختصاص القضاء ، ولكن يلاحظ أن المشرع اوجد حالات لا يمكن التريث والوقوف أمامها موقف المتفرج لحين تدخل السلطة المختصة ودفعها ومن تلك الحالات حالة الدفاع الشرعي والذي هو عبارة عن قيام الشخص شخصا باستعمال القوة لدفع اعتداء مباشر يهدد النفس أو المال ولا سبيل لردع ذلك ألا باستعمال القوة .

من هذا يتبين لنا بان الدفاع الشرعي حالة واقعية يجد فيها الشخص نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير معرضا لخطر حال غير حق ولا يجد سبيل لدرء ذلك ألا بارتكاب جريمة .٤

من هذا يتبين بأنه حق عندما يقوم الشخص بدرء الخطر الموجه ضده سواء على نفسه أو ماله أو مال الغير وهو أيضا واجب عندما يفرضه القانون عليه في حالة الدفاع عن نفس الغير ويفرض عليه عقاب اذا لم يقوم بهذا الواجب المفروض قانونا والذي قرره المشرع في المادة (٣٧٠/ف٢) والتي تنص على (يعاقبمن امتنع أو توانى بدون عذر مشروع عن إغاثة ...أو المجني عليه في جريمة) .

وبما نحن في مجال بحث نص المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات فالملاحظ أنها قد سلبت حق الدفاع الشرعي من الزوجة أو المحرم أو الشريك وذلك بعدم إجازتها استعمال هذا الحق ضد الزوج أو المحرم الجاني في حالة تلبسهما بارتكاب الفاحشة وهنا يظهر التناقض الذي وقع به مشرعنا العراقي حيث أن الزوج أو

المحرم عندما يقدم على ارتكاب جريمة الاعتداء وفق المادة محور البحث لا يقوم بذلك استعمالا لحق أو أداء لواجب وبالتالي فإن فعله لا يكون سببا من أسباب الإباحة ولا يعتبر مانعا من موانع العقاب لذا فإن فعله الذي ارتكبه يظل جريمة يعاقب عليها القانون وكل ما في الأمر أن الجاني يستفيد من تخفيف العقوبة الواجبة التطبيق على القتل العمد ، وذلك من خلال منحه عذرا قانونيا أساسه عنصر الاستفزاز كما بيناه سابقا وهذا مما يعد إن للفعل طبيعة جرمية وطالما أنه جرم معاقب عليه قانونا فوقوقعه دون حق يسمح لمن وقع عليه الاعتداء (سواء الزوجة أو شريكها) أن يدفعه تخلصا منه وذلك باستعمال حقه في الدفاع الشرعي ، وهذا ما نلاحظه من خلال أن المشرع العراقي عد الدفاع الشرعي حق للأشخاص كافة في المادة (٢٤) ويأتي ويسلب هذا الحق من هؤلاء الأشخاص في المادة (٤٠٩).

ومن المآخذ التي يمكن أن نلاحظها على نص المادة محور البحث والتي تطلبت منا البحث في هذه الإشكالية لقد حمى المشرع في هذه المادة حق الإنسان في حياته وكذلك حقه في سلامة جسمه باعتبارها مصالح أساسية تستوجب حمايتها في مقابل ذلك نرى بان المشرع منع استعمال الوسائل اللازمة لدرء الخطر عليها وذلك بعدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يهدد هذين الحقين ؟ وبما أن المشرع في المادة (٤٠٩) قد قضى بعقوبة الحبس مدة أقصاها ثلاث سنوات تنزل بالزوج ومعنى ذلك أن فعل الزوج أو الشخص المحرم ما زال يحتفظ بالصفة غير المشروعة فهو جريمة وعليه لو ترك الأمر لحكم القواعد العامة بشأن الدفاع الشرعي لكان للمرأة الزانية وشريكها في الزنا حقهما في الدفاع الشرعي عن النفس ضد من يستفيد من هذه المادة باعتبار إنهما يواجهان خطرا حالا من جريمة لكن المشرع حرهما من هذا الحق بمقتضى الجملة الثانية من هذه المادة .

من وجهتنا هذه نجد أن الحماية التي وفرتها هذه المادة حماية ناقصة إذ أن المتمتعين في نصوصها يستنتج بأنها حماية غير مقرررة للزوجة أو المحرم أو الشريك لحماية حقه في الحياة أو سلامة الجسم بقدر ما ينظر على إنها مقرررة لحماية حق الدولة بالعقاب على اعتبار إن العقوبة وفق هذه المادة تنزل بالجاني لا لأنه ارتكب جريمة قتل تستوجب عقابه بل لكونه تجاوز على عمل السلطات العامة وارتكب الفعل المجرم قانونا حيث كان يتعين على الزوج أو المحرم عندما رأى زوجته أو إحدى محارمه في حالة تلبس بارتكاب الفاحشة أن يطلب من القضاء توقيع العقوبة عليها فإن بادر هو بذلك واعتدى عليها فإنه يستحق العقوبة الواردة في هذه المادة وأمام هذه الإشكالية الأخرى التي وقع فيها المشرع وترجيحه اللامعقول لمصلحة على أخرى يمكن للشخص أن يصل إلى نتيجة مفادها بان المشرع يريد أن يقول لولا الخروج على القواعد العامة بشكل واضح وصارخ لجعلت فعل الزوج أو المحرم مباحا ، علما أن بعض القوانين لم تنظم علاقة الجريمة محور البحث بمسألة الدفاع الشرعي كالقانون المصري وهذا ما يعني تطبيق القواعد العامة بهذا الشأن مما يستوجب على مشرعنا ملاحظة ذلك.

المطلب الثالث - موقف الشريعة الإسلامية من الجريمة

اهتم الدين الإسلامي بالأسرة وأحاطها بكل رعاية واهتمام ، كيف لا وهي البنية الأولى في بناء المجتمع وان القانون بتبنيه الشريعة الإسلامية قد ضمن لهذه الأسرة والمجتمع حياة ملئها السعادة والعدل فحياتنا نحن البشر إنما هي قيم وأخلاق مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء حيث أولت اهتماما عظيما بالمرأة فقد شدد لها بإقرار حقوقها الشخصية التي كانت تنوء بحرمانها منها وشدد عليها في حفظ كرامة الأسرة وتربية الجيل كونها الحرث الطيب للنسل الصالح^{٥٤} ، فالملاحظ أن أحكام الشريعة الإسلامية قد شددت على الرجل في رمي المرأة واعتبارها لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون)^{٥٥} ، وعليه فإن شريعتنا الغراء كان اتجاهها بفرض المسؤولية المطلقة على من يقذف المرأة بالزنا بجله ثمانين جلدة وعدم قبول شهادته أبدا وأيضا إلحاق سمة الفسق به إذا لم يأت بأربعة شهود يشهدون بروية فعل الزنا وفق الشروط الشرعية الموجبة للمسائلة فإذا ثبت ذلك وجب الحد على هذه المرأة الزانية وهو مظهر من مظاهر التشدد على المرأة حيث تلزمها الشريعة بضرورة الحفاظ على عفتها وشرفها وشرف أسرته .

ولا شك أن الزنا من كبائر الذنوب ومن الجرائم الاجتماعية الفظيعة يقول الله سبحانه وتعالى (لا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا)^{٥٦} . فالمصلحة التي تحميها عقوبة الزنا هي حفظ النوع الإنساني نقيا طاهرا بحيث ينتسب كل فرد بين أبوين يرعيانه ويقومانه ويقومان بأمره ، ونظرا لخطورة هذه الجريمة على المجتمع فقد قرنتها الشريعة الإسلامية بقتل النفس والكفر^{٥٧} ، أما فيما يتعلق برمي المرأة من قبل زوجها فإن هذا الأخير إذا ما رأى زوجته في حالة تلبس بارتكاب الفاحشة أو ادعى ذلك فإن عليه الإتيان بأربعة شهود ولا يحق له المبادرة بقتلها حتى وإن أتى بهؤلاء الشهود لأن الشريعة الإسلامية لم تسمح لأحد أن يقيم الحد بنفسه بل فسحت المجال أن تتأثر هذه الحدود بالقيم والأخلاق لأننا نحتاج في هذه المسألة إلى أربعة شهود عدل فقط بين الزوج والزوجة - كما هنالك تخصيص له أسبابه فكانت الملاعنة بينهما^{٥٨} أي أن الشريعة الإسلامية أتت بحكم خاص في حالة إذا الزوج لم يأت بأربعة شهود بحيث يدرأ عنه حد القذف وهذا ما تقرره أحكام اللعان التي نظمتها الآيات (٦-٨) من سورة النور حيث يقول تبارك وتعالى في هذه الآيات الكريمات (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء ألا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد رابع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها أن كان من الصادقين) واهم على ما يترتب على أحكام اللعان من آثار هو التفريق بين الزوجين أبدا ونفي نسب ولدهما منه وعدم توارثه منه مع بقاء بعض أحكام الحرمة كعدم زواج الولد من بنت من نفي نسبه وباقي محارمه تحفظا وتحريزا ٥٠ .

ويجب التأكيد على أن الإسلام يعتبر بمثابة أضخم ثورة اجتماعية في تاريخ الأوضاع النسائية حيث لم تكن المرأة في أي ركن من العالم اكبر من كائن حي لا حقوق ولا احترام لأدميتها وإذا بالدين الإسلامي يقلب الأمور رأساً على عقب ويعترف للمرأة بكامل أدميتها ، ومما تجدر الإشارة إليه أن ظاهرة واد البنات والتي تمارس من قبل بعض القبائل في عصر الجاهلية الأول يذهب البعض في تفسيره لهذه الظاهرة تفسيراً أخلاقياً فيعتبر واد البنات وسيلة (لتجنب سبي النساء) يقتضيها مفهوم العرض أو الشرف في حالات الغزو بين القبائل .

ومما تجدر الإشارة إليه أن أحكام اللعان شرعت بين الأزواج فقط ولهذا فإن محارم المرأة من الرجال يكونون في حكم الأجانب في رميهم إياها بالزنا والثابت بالحكم الشرعي أن الرجل إذا قذف بالزنا امرأة أجنبية ولو رآها تزني ما لم يثبت ماراه بأربعة شهود حق عليه حد القذف .

ومن كل ذلك نستنبط من أحكام شريعتنا الإسلامية اتجاهها المتشدد بكل من يرمي امرأة بالزنا وهذا مسلك تفتقر إليه التشريعات المعاصرة التي تكاد تهدر دم المرأة لصالح زوجها أو احد محارمها فالواضح في أحكام شريعتنا هذه التشدد في وجوب توافر أدلة أثبات في ارتكاب واقعة الزنا مع إحاطة المرأة هذه بحماية اكبر مقارنة مع التشريعات المعاصرة التي اعتمدت في ذلك أدلة إثبات اضعف في ارتكاب هذه الجريمة مع حماية اقل حيث تتجه الشريعة الإسلامية نحو أسلوب يتسم بالسمة الإنسانية المتوازنة بين العقل والعاطفة بعيداً عما تقرره التشريعات من أن الإنسان ساعة المفاجأة يكون بدانياً في حين أن الشريعة تدعو أبناء المجتمع في أن يكونوا متماسكين وملتزمين بتعاليم ديننا الإسلامي الذي جاء بأحكام غاية في الدقة والإحكام .

لذا نرى ضرورة أن تعتمد تشريعاتنا الجزائية على الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها وجزئياتها لأنها شريعة عالجت مشاكل المجتمع بأسلوب أكثر رقي وتقدم وهذا لا يعني ندعو تطبيقه بدلاً من نصوص القانون بل نسعى إلى الاعتماد عليها في حياتنا .

الخاتمة

أن جريمة قتل المرأة بزعم حماية الشرف من مظاهر التمييز والعنف ضد المرأة والقائم على أساس أفضلية الرجل على المرأة ، ولهذا نرى أن في هذه المحاباة هدم لمبدأ أساسي ركز عليه في الدستور ألا وهو مبدأ المساواة أمام القانون والتي توجب عدم التفريق بين شخص وآخر ، ولهذا نرى أن جريمة القتل محور البحث ما هي ألا تكريس لعادات وأعراف خاطئة درج المجتمع على سلوكها مما دفعه إلى ارتكاب جريمة تهدر فيها حقوق المرأة وكرامتها ورغم بطلان هذه الأعراف التي نبذتها الشريعة الإسلامية والتي اعتبرت موروثة فاسد يجب مناهضته بما جاءت به التعاليم الإسلامية التي رفضت كل أشكال التمييز والعنف ضد المرأة لأنها نواة المجتمع ومنها الحرث الطيب للنسل الصالح ، لذا ركز

الإسلام على وجوب إعطاء المرأة حقوقها وحفظ كرامتها ومساواتها بالرجل دون تفرقة بينهما .

وقد تبرر جرائم قتل المرأة بزعم حماية الشرف ازدواجية معايير ومراجع القيم الأخلاقية والروحية التي يدعي الفرد في المجتمع انه يحتكم إليها فهو من ناحية يدعي الأيمان بالشرائع السماوية التي اعتبرت قتل النفس التي حرمها الله كقتل الناس جميعا والامتنال بشريعة الله تعالى التي حرمت قتل النفس ألا بالحق ثم نراه يردد على جاهليته من الناحية الأخرى وينقض على هذه المرجعية عندما تصطدم مع سلطان ذكوريته والتي على أساسها نظمت القوانين لإخضاع نصف المجتمع أن لم يكن أكثره وتوظيف قدراته في إطار نظام اجتماعي وسياسي واقتصادي يقوم على ركيزة تفوق جنس الذكر وقوامته والانتقاص من عقل جنس الأنثى والخط من شأنها ، لذا اتضح بان هنالك عوامل تشجع هذه الممارسة وهي

* طبيعة المجتمع الذكوري الذي لا يرى في المرأة سوى جانب الجنس وينظر إليها على أنها سلعة تباع وتشترى وناقصة العقل إضافة إلى ملاحظة ممارسات التمييز الواضحة ضد المرأة في مختلف المجالات .

* دور سياسة الحكومات الحاكمة التي تساند بصورة مباشرة أو غير مباشرة تلك الظواهر المنتهكة لحقوق وإنسانية المرأة وذلك عن طريق عدم وجود أحكام وعقوبات صارخة ضد المجرمين ومرتكبي القتل بدافع الشرف وعدم الالتزام بالمواثيق الدولية المناهضة للعنف والتمييز ضد المرأة .

* التخلف الاجتماعي وتأخر الوعي والعقلانية في سلوك الفرد والمجتمع بشكل عام وتجلياته في ظاهرة جرائم الشرف وغياب عملية التنوير الديني والاجتماعي حيث أن الشريعة الإسلامية جاءت بمبادئ غاية في الدقة والأهمية وبأحكام شاملة لكل جوانب الحياة مما ينبغي الأخذ بها .

* التقاليد والعادات الموروثة من عهود مظلمة سابقة نابعة عن عجز في وعي المرأة ودورها في المجتمع .

حيث أن البحث أمكننا من التوصل إلى:

- رغم تنظيم المشرع لهذه الجريمة وفق نصوص قانونية فانه لم يكن موفقا في ذلك لا من حيث تقرير مدى شمولية هذا العذر اذ نجده قصره على الرجل دون المرأة وهذا قصور ينبغي معالجته ، كما تبين لنا أن النص محور البحث قد شابه غموض سواء من حيث بيان الأساس القانوني للعذر أو من حيث بيان صور الجرائم المشمولة بالنص وهذا قصور ينبغي معالجته أيضا .
- كما أن نص المادة (٤٠٩) تتناقض مع نص المادة (٤٢) من نفس القانون فيما يتعلق بمسألة الدفاع الشرعي حيث قرر المشرع أن الدفاع الشرعي هو حق و نظم شروطه ثم جاء في المادة (٤٠٩) ليسلب هذا الحق من الزوجة أو المحرم أو الشريك دون أساس معقول .
- كما يلاحظ أن المشرع العراقي لم يوفق في معالجة نص المادة المذكورة، حيث عد من وسائل تفويض سلطة الدولة في العقاب لان منح العذر للزوج أو المحرم

فيه نوع من العودة إلى نظام القضاء الخاص وذلك بإقراره للأشخاص بالاقتصاص لأنفسهم وفي ذلك تفويض لسلطة العقاب وظهور المخاطر على مصالح المجتمع .

- أما الشريعة الإسلامية فقد كانت متفوقة في ترتيب أحكامها بالنسبة لهذه الجريمة حيث لم تعتبر جريمة القتل محور البحث عذرا وإنما قررت لها حلا آخر أقل ما يقال عنه انه أنساني وحضاري عندما اعتمدت أحكام اللعان بين الزوجين، وعلى أساس كل ذلك لابد لنا من تقديم بعض التوصيات نأمل أن يكون لها بعض القبول من قبل مشرعنا وهي كالآتي :

التوصيات :-

نوصي المشرع العراقي بما يلي أملين الأخذ به قدر المستطاع:

- ١- نقترح إلغاء نص المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات إلغاء كلياً لما فيه من أخلاقاً واضحاً بحقوق المرأة وتفضيل الرجل عليها وهذا مما يتناقض مع أحكام الدستور.
- ٢- يجب تشديد العقوبة على جرائم الزنا باعتبارها من الجرائم الكبرى التي تستوجب مثل هذا التشديد وذلك لما لهذه الجريمة من آثار خطيرة على بناء المجتمع وحضارته وخاصة إذا ما وقعت برضا الطرفين .
- ٣- وإذا لم يكن إلغاء المادة ممكناً فنقترح تعديلها بما ينسجم والمساواة التي تنادي بها التشريعات ككل وعليه تستفاد المرأة من العذر الممنوح للرجل استناداً للمادة هذه، لان لها حقوقاً مثلما هي للرجل .
- ٤- كذلك نقترح على مشرعنا العراقي أن يبادر إلى تحديد صور الجرائم المشمولة بالنص تحديداً دقيقاً غير قابل للتأويل ، ولابد من الإشارة إلى ضرورة سعي المشرع إلى تحديد نوع المحارم الواردة بالنص مثلما فعلت بعض القوانين العربية.

الهوامش

- ١- انظر د- عبد الفتاح الصيفي / قانون العقوبات - القسم الخاص/- منشأة المعارف /الإسكندرية / ٢٠٠٠ /ص.٤٣١ .
- ٢- انظر د- محمد ناجي ياقوت / الحق في السمعة / منشأة المعارف / ١٩٨٥ /ص ٢٦ .
- ٣- MERLE R. ET VTTU A.,TRAITE DE DROIT CRIMINEL , 4^{xl}- 1982, DROIT PENAL SPECIAL , CUJAS,TOME II , ٤ - انظر -ألاء الجبوري / مساواة المرأة --مفهوم شرف المرأة عند الرجل / بحث منشور على الموقع / <http://www.ahewar.org/debat/show.art> . ٥- للمزيد انظر - منى زغابة / جرائم الشرف في الأردن / بحث منشور في مجلة اتحاد المرأة الأردنية / ١٩٩٨ / بلا / ص ١ .
- ٦- انظر - د- نوال السعداوي / الوجه العاري للمرأة العربية / دار الشرارة للطباعة والنشر / القاهرة / ١٩٧٧ /ص ٣٣ .
- ٧- قتل الشرف - رؤية شرعية / islamonline.net/serviette .
- ٨- للمزيد انظر - عمار فربي / مرة أخرى جرائم الشرف / منشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع [http :www// dctcur.org](http://www.dctcur.org)

- ٩- انظر جورج بوييه شمار / ترجمة سليم الصويص / المسؤولية الجزائية في الآداب الأشورية والبابلية / منشورات وزارة الثقافة والإعلام – دار الرشيد للنشر / ١٩٨١/ص، ٢١٨
- ١٠- للمزيد انظر – د- حليم بركات / المفهوم الأخلاقي في الإسلام / بحث منشور على موقع الانترنت <http://www.balagh.com/>
- ١١- 7th, Brayan A.Garner(ed), Black, s Law Dictionary ed.(St.Paul, Minn., 1999, 4th reprint(2001), p.1025.
- ١٢- للمزيد انظر بحث / جونا بوركي ماتينوني / إعداد ملتقى المرأة للدراسات والتدريب / جنيف / يوليو / ٢٠٠٢ / منشور على موقع الانترنت / www.unhchr.ch
- ١٣- للمزيد انظر د- عبد الكريم زيدان / الشريعة الإسلامية ومكانة المصلحة فيها / ط ١ / مطبعة أنوار دجلة – بغداد / ٢٠٠٢ / ص ١٥ .
- ١٤- انظر رولان بيار بارنغو / الشرف يخفي الجرائم اليومية / منشور على موقع الانترنت <http://www.mondiploar.com/>
- ١٥- بهذا المعنى انظر / جرائم قتل النساء على خلفية ما يسمى (الشرف) معالجة إعلامية وقانونية / منشور على موقع الانترنت / <http://www.hewaraat.com/forum>.
- ١٦- د- حسن كيره / المدخل إلى القانون / منشأة المعارف / الاسكندرية / ١٩٩٣ / ص ٢٧٢
- ١٧- انظر د- عمر السعيد رمضان / شرح قانون العقوبات القسم الخاص / دار النهضة العربية / القاهرة / ١٩٧٧ / ص ٢١٨ .
- ١٨- انظر القرار ١٣٥٠ / ١٤٠٦ / التمييزية / ٧٩ / في ١٩٧٩/٩/٨ / غير منشور / والمتضمن أن العذر المخفف في هذه الحالة لا يستفيد ألا من يضار من سلوك المجني عليها فالمدان (ح) لا يمت بصلة قربي للمجني عليه سوى انه كان زوجها وطلقها وأصبح من الاغيار بالنسبة لها .
- ١٩- د- فخري عبد الرزاق الحديثي / قانون العقوبات / القسم الخاص / ١٩٩٦ / بلا / ص ١٦٩ .
- ٢٠- الآية ٢٣ / من سورة النساء .
- ٢١- د- عبد الخلق النواوي / التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي / المكتبة العصرية بيروت / صيدا / بلا / ص ٢٣ .
- ٢٢- المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي (مما لا توصف أفعال الفحش التي ترتكبها بالزنا)
- ٢٣- كما في نص المادة (٤٠٩) حيث شمل العذر مفاجأة إحدى المحارم من غير المتزوجات أيضا .
- ٢٤- انظر د- ماهر عبد شويش / شرح قانون العقوبات / القسم الخاص / دار الكتب للطباعة والنشر / العراق / ١٩٨٨ / ص ٢٠٩ .
- ٢٥- د- ماهر عبد شويش / شرح قانون العقوبات / القسم الخاص / مرجع سابق / ص ٢١٠ .
- ٢٦- كالمادة (٥٤٨) من قانون العقوبات السوري حيث تمنح العذر المحل للعقوبة إذا فأجا زوجته أو احد أصوله أو فروعه أو أخته في جرم الزنا المشهود أو في صلات جنسية فحشاء مع شخص آخر ومنحته العذر المخفف إذا فأجا زوجته في حالة مريبة مع آخر . والمادة (٣٤٠) من قانون العقوبات الأردني .
- ٢٧- د- محمد زكي أبو عامر و د- علي عبد القادر القهوجي / القانون الجنائي / القسم الخاص / الدار الجامعية / ١٩٨٨ / ص ١٨٩ .
- ٢٨- انظر هناء تيشوري / القتل بدافع الشرف / بحث منشور على موقع الانترنت <http://www.nesasy.org/content../>
- ٢٩- الجدير بالذكر أن الأعدار المخففة للعقوبة حالات نص عليها القانون وهي على نوعين عامة وخاصة الأولى مكانها القسم العام من قانون العقوبات كعذر الباعث الشريف والاستفزاز الخطير (م ١٢٨) أما الأعدار الخاصة فمكانها القسم الخاص من قانون العقوبات وهي تلحق بجريمة معينة كالعذر المنصوص عليه في المادة (٤٠٩) علما أن الأعدار الخاصة قد تبين نطاق التخفيف في المادة نفسها أو لا تبين ذلك ويتعين في هذه الحالة اللجوء إلى الأحكام العامة كما هو الحال بالنسبة إلى نقص الإدراك أو الاختيار لعاهة المادة

- ٣٠- للمزيد انظر د- ضاري خليل محمود / تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة في قانون العقوبات المقارن والشرعية الإسلامية / مطبعة الجاحظ - بغداد / ١٩٩٠ / ص ٣٩.
- ٣١- كالقانون اللبناني في المادة (٥٦٢) والمادة (٥٤٨) من القانون السوري .
- ٣٢- للمزيد انظر د- واثبة السعدي / ملامح السياسة الجنائية الحديثة في التشريع الجزائي العراقي / بحث منشور في مجلة القانون المقارن / عدد ١٥ / لسنة ١٠ / مطبعة مؤسسة الثقافة العالمية / بغداد / ١٩٨٣ / ص ٢٧٥ .
- ٣٣- أشار إليه د- ضاري خليل محمود / المصدر السابق / ص ٤٥.
- ٣٤- ومما يلاحظ أن الغضب حالة طبيعية عند الأشخاص العاديين يصدر عنه السلوك البشري وهو مرض يعكس حالة تأثر النفس الطارئة ومبدأ صدمة تتميز بالمفاجأة والدهشة فيظهر في تعبير يصعب إخفاؤه حيث يعتبر الغضب من صور الانفعال كالخوف والحزن والفرح والخجل حيث أن الغضب كبقية العواطف لا يتبع بالتفكير وان كان هذا الأخير يؤثر عليه فيقلل من حدته دون أن يغير من مجراه للمزيد انظر د- عمر شاهين ود- يحيى الرخاوي / مبادئ الأمراض النفسية / جامعة القاهرة / بلا / ص ٤١.
- ٣٥- كالقانون المصري المادة (٢٣٧) والقانون العراقي المادة (٤٠٩) في حين أن هنالك قوانين جعلت من هذا الأساس عذراً معفياً من العقاب كالقانون اللبناني في المادة (٢٣٧) عقوبات .
- ٣٦- د- حسين توفيق رضا / أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن / أطروحة دكتوراه / القاهرة / ١٩٦٤ / ص ١٤٩ .
- ٣٧- د- محمود نجيب حسني / شرح القانون اللبناني / القسم العام / بيروت / ١٩٦٨ / ص ٧٦١
- ٣٨- كما فعل المشرع الجزائري في المادة (٢٧٩) منه حيث يذهب في عدم تبرير التفرقة من حيث المعاملة والنظرة إلى الفعل الذي يأتيه الزوج أو الزوجة وهو تحت تأثير الاستفزاز أو ثورة الغضب
- ٣٩- د- عادل عازر / مفهوم المصلحة القانونية / المجلة الجنائية القومية / العدد الثالث / نوفمبر / ١٩٧٢ / ص ٣٩٦ .
- ٤٠- د- مجيد حميد العنكي / اثر المصلحة في التشريعات / الكتاب الأول / ٢٠٠١ / بلا / ص ٢٨ .
- ٤١- د- مأمون سلامة / جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغاني / مجلة القانون والاقتصاد / العدد الأول / مارس / ١٩٦٩ / ص ١٣٣ .
- ٤٢- د- جمال إبراهيم الحيدري / دور المصلحة في التجريم / مجموعة محاضرات ألقاها على طلبية الدكتوراه في قسم القانون الجنائي / كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٠٤ .
- ٤٣- انظر مثلاً نصوص المواد (٤/٣٤٢ - ٤/٣٤٣ - ٢/٣٤٣ - ٣/٣٤٣) من قانون العقوبات العراقي
- ٤٤- للمزيد انظر د- ماهر عبد شويش / شرح قانون العقوبات / القسم العام / مطابع جامعة الموصل / ١٩٩٠ .
- ٤٥- د- ضاري خليل محمود / المرجع السابق / ص ٤٩
- ٤٦- سورة النور / الآية (٤) .
- ٤٧- سورة الإسراء الآية (٣٢) .
- ٤٨- راجع ا.د- احمد الكبيسي ود- محمد شلال حبيب / المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي / ط ١ / ١٩٨٩ / بلا / ص ٢٣٤
- ٤٩- للمزيد انظر د- عبد الخالق النواوي / التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي / منشورات المكتبة العصرية / بيروت / ص ٦١ .
- ٥٠- د- ضاري خليل محمود / المرجع السابق / ص ٥٢ .

عقد المشاركة بالانتاج النفطي (النموذج العراقي)

علي حسن عبد الامير – كلية القانون / الجامعة المستنصرية

التمهيد

اتفاق المشاركة هو ذلك الاتفاق الذي يبرم بين الدولة مانحة الامتياز كطرف اول ،مع احدى مؤسساتها الوطنية او مستثمر أجنبي كطرف آخر ،ويحصل بمقتضاه الطرف الأخير على حق امتياز البحث واستغلال الثروات البترولية في مساحة محددة من اقليم الدولة ولمدة زمنية محددة .

يقوم عقد المشاركة بالانتاج على فكرة رئيسية وهي (المخاطرة)فهذه العقود ظهرت أول ما ظهرت في الدول التي لديها مناطق ذات توقعات نفطية ضعيفة وفي المناطق التي لا يتصور وجود كميات نفطية ذات إنتاجية عالية ، لذلك وبدلاً من تكبد الدولة أعباء ومصاريف عمليات المسح والحفر من أجل الوصول الى المكامن النفطية تتعهد الشركة التي ترغب بالمشاركة لتلك الدولة بالقيام بهذه العمليات وبدون مقابل ،حيث يتم الانتظار لحين اكتشاف النفط ليتم الاتفاق بعدها على المصاريف التي تكبدتها هذه الشركات للوصول الى منابع النفطية ،بمعنى آخر ان الدول تسمح الى الشركات النفطية بالبحث والتنقيب في المناطق التي لا تتوقع وجود النفط فيها وبدلاً من ان تتركها بدون استثمار تقوم الشركات النفطية بإجراء العمليات النفطية كافة في هذه المناطق ،فإذا وجدت كميات صالحة للاستثمار تبدأ عندها علاقة جديدة بين الشركات والدولة النفطية تتمثل بعقد المشاركة اما اذا لم تجد الشركات كميات نفطية قابلة للاستثمار فلا مسؤولية لا على الشركة ولا على الدولة ولا تدفع الدولة أي مبلغ لهذه الشركات ، فالشركة تجازف وتضارب

بالأعمال النفطية التي تقوم بها خاصة إذا علمنا ان المناطق التي تقوم الشركات بأعمالها داخلها لا تحتوي على توقعات نفطية ،وكأن كل طرف يستغل الطرف الآخر ، فالدولة تستغل رغبة الشركة بالعمل على أراضيها وحصولها على امتيازات نفطية لديها ، والشركة تستغل حاجة الدولة الى الخبرة في مجال الأعمال النفطية إضافة الى الآلات والأيدي العاملة ...الخ

أن عقود المشاركة بالإنتاج من العقود التي تؤثر سلبا على اقتصاديات الدولة النامية ذات التوقعات النفطية ليس على الأمد القريب وإنما على الأمد البعيد عندما تجد هذه الدول أنها ملزمة بمناصفة منتجاتها النفطية مع الشركات التي تتعاقد معها ، وهذا الأمر لا ينطبق على الدول ذات التوقعات النفطية المعدومة او النادرة ، فمجيئ شركات نفطية تعمل على أراضيها لا يشكل أي ضرر لها وذلك لأنه في حالة عدم اكتشاف أي مكامن نفطية داخلها فلا تكون ملزمة -وحسب طبيعة عقود المشاركة بالإنتاج- اتجاه الشركات العاملة على أراضيها بأي مقابل ، أما إذا استطاعت تلك الشركات الكشف عن المكامن النفطية في تلك الدول فستشارك الأخيرة الشركات العاملة لديها بهذه الثروة النفطية التي لم تضعها بعين الاعتبار وسيكون لهذا تأثير ايجابي كبير على اقتصاديات تلك الدول يمكن الاستفادة منه في تطوير مرافقها المختلفة

Abstract

The Partnership Agreement is that the agreement concluded between the State awarding the first as a party with one of their national institutions exploited foreigners as a party receives another whereby the latter Party on the right of the privilege of research and the exploitation of oil wealth in a specific area of the territory of the state specific timetables based held participation production on the idea of key (risk) these contracts have emerged first appeared in the States that have areas of the expectations of weak oil in the areas that do not think the presence of quantities of oil of high productivity, rather than incurring the burdens of the State and expenses of the operations of the survey, drilling of Order to access to oil reservoirs vows the company, which wished to participate that State to carry out these operations and without compared to where to wait until the discovery of oil to be agreed on the expenses incurred by these companies to reach the springs oil in other words, States allow oil companies to research and prospecting in the areas that did not expect the presence of oil instead of leaving them without investment by oil companies to conduct the oil

operations in all these areas if the quantities of viable investment start a new relationship between companies and the state oil is to hold participate if it did not find companies quantities of oil to be for investment, there is no responsibility, not on the company and the State nor the State to pay the amount of any of these firms company risk and conflicting d'affaires oil by especially as we know that the areas that companies carry out its work within it does not contain the expectations of oil each Party shall take advantage of the other party, the State is taking advantage of the company's wish to work on its territory and access to oil privileges have and the company is taking advantage of the need of the State to experience in the petroleum business in addition to machinery and labour ...etc

That partnership contracts production of the contracts, which negatively impacts on developing country economies with expectations oil is not on the near term, but to the long-term when they find these states that it was bound gender its oil products with companies which contracted by this does not apply to States with expectations bad oil or rare the oil companies operating on its territory does not constitute any damage to it, because in the case of non-discovery of any deposits of oil inside it is not binding - according to the nature of partnership contracts production - the direction of firms operating on its territory any return for either If those companies to disclose oil reservoirs in those States it will be participate recent operating companies have in this oil wealth which has not taken into account this will have a positive impact significantly on the economies of those States could be utilized to the development of various facilities

المقدمة

ازدادت في الآونة الأخيرة الدعوات المعارضة للنظام التقليدي للامتيازات البترولية وزاد التشكيك في جدواها بالنسبة للدولة المنتجة البترول لما تكشف عنها من جوانب جائرة للدول المنتجة للنفط ، لذلك حاول أنصار هذا الاتجاه وبجهود كبيرة لتعديل الامتيازات التقليدية واللجوء إلى عقود أخرى أكثر فائدة للدولة المنتجة ومن هذه العقود ما يعرف بعقود المشاركة بالإنتاج ، حيث أنها تكون على

بعد خطوة واحدة أو اقل من الاستغلال المباشر، فهي أولى الخطوات التي تدخل بها الدولة المنتجة في الامتيازات القائمة للوصول إلى غايتها في استغلال ثرواتها النفطية استغلالا مباشرا ،كما أنها مرحلة جديدة متميزة من مراحل تطور اتفاقات الامتيازات البترولية في البلاد العربية ،وبذلك يعتبر الأخذ بنظام المشاركة ابرز ملامح تعديل الامتيازات السابقة ،وهو أمر اكتسب أهمية كبيرة في الوقت الحاضر

تعتبر مصر أول من اخذ بفكرة المشاركة بالإنتاج من الدول العربية عندما تكونت الشركة الشرقية للبترول من شركتين مصريتين هما الجمعية التعاونية للبترول والهيئة العامة للبترول وشركة أجنبية هي شركة البترول المصرية الدولية التي سجلت في بناء إنشاءاتها مؤسسة أيني الايطالية بالاشتراك مع بعض المساهمين البلجيكي، وذلك لاستغلال حقول بلاعيم في شبه جزيرة سيناء ،ثم تبع هذه السابقة انتشار شركات مساهمة في مصر نفسها وكذلك في إيران ثم في الدول العربية المصدرة للنفط ،لذلك اعتبرت مصر مدخل شركات البترول المستقلة على أسس أكثر عدالة واقرب الى تحقيق روح التكافؤ والسيادة على الثروات الطبيعية .

ان فكرة المشاركة بالإنتاج لم تبرز في ظل عقود الامتياز التقليدية الا نادرا وفي ظروف معينة واقتصر حق الدولة على كسب نسبة معينة من ملكية الأسهم . وعلى الرغم من أن هذا الأمر لا يحمل سوى قيمة ضئيلة لم يكن لها أي تأثير على مصالح الشركات صاحبة الامتياز ، ألا انه مع ذلك كان له قيمة معنوية كبيرة ، إذ يشكل دليل على انه ومنذ أكثر من سبعين عاما قبلت الشركات النفطية الاحتكارية بشكل أساسي فكرة مشاركة الدول بالامتياز في وقت كانت فيه هذه الشركات في أوج قوتها التفاوضية ، إلا انه بدل من محاولة هذه الشركات أنماء هذه الفكرة ، فقد اختارت إلغاؤها والحيلولة دون تحقيقها ،ولعل امتياز دارسي الذي يعود تاريخه إلى عام ١٩٠١ ،يقدم مثالا واضحا وهاما للامتيازات التقليدية الأولى التي أخذت بفكرة المشاركة ،حيث نص على "تتلقى الحكومة الإيرانية أسهما مدفوعة كاملة في الشركة العامة قيمتها (٢٠,٠٠٠) جنيه إسترليني ،وذلك في غضون شهرين من تأسيس هذه الشركة ،وتمثل هذه الأسهم جزءا من ثلاثين من أسهم الشركة التي حدد رأسمالها بـ(٦٠٠,٠٠٠) جنيه إسترليني ، ولكن وبعد حوالي ثلاثين عاما لم يلحظ في امتياز الشركة الانجلو إيرانية سنة ١٩٣٣ الذي حل محل الامتياز السابق أية مشاركة للدولة في ملكية أسهم الشركة العامة ،حيث نصت المادة ١٢ منه "على أصحاب الامتياز أن يطرحوا الأسهم التي قد يصدرونها في المستقبل للاكتتاب في طهران والخارج في الوقت نفسه " وقد بقي هذا النص دون أي مفعول طوال مدة امتياز هذه الشركة التي انتهت بقرار التأمين الصادر ١٩٥١ .

وفي العراق ،يقدم امتياز شركة نفط العراق(عام ١٩٢٥) مثال آخر ، حيث حاول واضعو نصوص هذا الاتفاق أن يدخلوا من شروط معاهدة سان ريمو عام ١٩٢٠ بين بريطانيا و فرنسا على هذا الامتياز ،فنصت المادة ٣٤ منه "عندما تعرض الشركة إصدار من الأسهم على الجمهور تفتح لوائح الاكتتاب في العراق

في نفس الوقت الذي تفتح فيه في أي مكان آخر ، وسوف يكون للعراقيين الأفضلية بما يبلغ ٢٠ % على الأقل من مثل هذا الإصدار".

ومن استقراء ذا النص نلاحظ الضعف الذي يشوبه ، حيث أن لمشاركة العراقيين مشروطة بإصدار الأسهم في المستقبل وزيادة رأس مال الشركة ، على الرغم من أن هذه الخطوة لا يمكن اتخاذها إلا من قبل الشركة (شركة نفط العراق) ذاتها ، وبذلك فإن ما كانت تحتاج إليه هذه الشركة لإيقاف فاعلية هذا النص أو تجنب تنفيذه وبالتالي استبعاد أي مشاركة عراقية في الشركة ، لا يتعدى أن يكون الامتناع عن إصدار مثل هذه السهم وبالتالي ظل هذا النص دون تنفيذ ".

بعد هذه المقدمة سوف نحاول تقسيم هذا البحث الى مبحثين نتناول في المبحث الاول دراسة ماهية عقود المشاركة بالإنتاج من حيث التعريف والأساس والأنواع في حين سوف نخصص المبحث الثاني لدراسة أهم القواعد التي تحكم هذا النمط من العقود .

المبحث الاول

ماهية عقد المشاركة بالإنتاج واصله التاريخي

من الجدير بالذكر ان فكرة المشاركة تم الإشارة إليها في العديد من اتفاقيات الامتياز التي عقدت خلال العقد الرابع من هذا القرن ، وان كانت هذه الاتفاقيات لا تختلف في جوهرها عن الامتيازات التقليدية ، ومن ذلك ما نصت عليه اتفاقية الكويت عام ١٩٤٨ مع شركة امينويل والذي يشمل حقها في المناطق المحايدة ، حيث قضت بمشاركة الدولة إلى الحد الذي يبلغ ١٥ % من أسهم الشركة العاملة وذلك دون مقابل ، فلم يتضمن هذا الاتفاق النص على مشاركة الدولة فيما تعرضه الشركة من أسهم جديدة .

واستمرت الاتفاقيات في تلك الفترة في محاولاتها بصورة مباشرة أو غير مباشرة من اجل القيام بزيادة تدخل الدولة في عملياتها البترولية ، فنصت بعض الاتفاقيات على تعيين مندوب لحضور اجتماعات مجلس إدارة هذه الشركات وان كان في السنتين الأخيرة أصبح تعيين ممثل أو أكثر في مجلس إدارة الشركة البترولية إجراء مقبول تمارسه الدولة المنتجة للنفط بوجه عام ، إلا انه ومع الوقت لم يصبح لهذا التمثيل سوى مج رد إجراء رمزي دون أن يكون للممثل أي حق في اتخاذ أي قرار.

المطلب الأول:- ماهية عقد المشاركة بالإنتاج النفطي

الفرع الاول: تعريف عقد المشاركة بالإنتاج النفطي.

يعرف اتفاق المشاركة بأنه "ذلك الاتفاق الذي يبرم بين الدولة مانهة الامتياز كطرف اول ، مع احدى مؤسساتها الوطنية او مستثمر أجنبي كطرف آخر ، ويحصل بمقتضاه الطرف الأخير على حق امتياز البحث واستغلال الثروات البترولية في مساحة محددة من اقليم الدولة ولمدة زمنية محددة" (١) ، ويتحد هذا العقد مع اتفاق الامتياز البترولي التقليدي في الطبيعة القانونية وما يترتب عليه من آثار ، فهو ليس سوى نمط جديد من أنماط التعاقد ، يسمح بمقتضاه للدولة بالسيطرة

على الثروة النفطية من خلال الرقابة الداخلية على المشروع ويضمن كذلك تدريب الكفاءات الوطنية على أفضل الأساليب ويسهل عمليات التسويق الخارجية ويسهم في زيادة

عائدات الدولة وحصولها على الخبرات الأجنبية ، ويطلق على الشركات صاحبة الامتياز من هذا النوع (International Joint Venture) (المشروع الدولي المشترك) (2) ، ألا انه غالبا ما تكون شركات وطنية من ناحية جنسيتها ومجال نشاطها ولا توصف بالصفة الدولية ألا تجوزا لانتفاء القائمين بالمشروع سواء بصفتهم مساهمين في رأس مال أو في الادارة إلى أكثر من دولة واحدة واستمرارا بالفكرة نقول انه وبموجب هذه الطريقة تقوم الشركة الأجنبية بتوفير رأس (3) المال الاستثماري المتعلق بالحفر والبنى الإنشائية التحتية. يتم إعطاء الشركة الأجنبية الحصة المستخرجة الأولى من النفط لكي يتسنى لها من خلال بيعها استعادة تكاليف رأس المال والتشغيل. يدعى هذا الجزء من النفط "نفط التكلفة cost oil" ويحدد سنويا. وبعد استرجاع كافة التكاليف، يتم اقتسام النفط المتبقي "الربح على شكل نفط Profit oil" بين الدولة والشركة وفق نسب يتفق عليها. تؤخذ الضريبة من حصة الشركة في النفط الربحي، وقد يكون إلى جانب ذلك "ريع royalty" يدفع عن النفط المنتج. تدفع الشركات إلى الحكومة مكافئة عن توقيعها العقد وفي بعض الأحيان عند بدء الإنتاج.

تمتد عقود المشاركة بين ٢٥ - ٤٠ سنة. وفي بعض الأحيان تدخل الحكومة كشريك تجاري في عقد مشترك يجمع الاثنين، الدولة والشركة الأجنبية أو الكونسورتيوم (الاتحاد). بموجب ذلك تدفع الحكومة حصتها في رأس المال المستثمر وتستلم نسبتها في نفط التكلفة والنفط الربحي.

هذا ويرى العديد من خبراء العقود النفطية ومنهم (Daniel Johnston) بعدم وجود فروق جوهرية بين "عقود الامتيازات" و"عقود مشاركة الإنتاج" سوى إظهار سيطرة الدولة. فاتفاقيات مشاركة الإنتاج تعطي الانطباع بملكية الدولة وسيطرتها على مصادرها النفطية، إلا أنها أبقت على جوهر الامتيازات النفطية من حيث العوائد النهائية لصالح الشركات الأجنبية. فالدولة وإن كانت في ظل هذه العقود تبدو المسيطرة على الصناعة النفطية إلا أنها تدار من قبل الشركات الأجنبية وليس للدولة إلا السيادة الوطنية الشكلية.

فعقود المشاركة وكما ذكرنا تقوم أساسا على مبدأ المشاركة في رأس المال وبالتالي في العوائد النفطية أو المشاركة في العوائد فقط. ويدور التفاوض بين الدول النفطية والشركات النفطية الأجنبية على تحديد نسبة العوائد التي تزيد على ٥٠% لصالح الدول المنتجة. وهذه هي العقود التي سادت خلال النصف الثاني من القرن العشرين. (4)

في عام ٢٠٠٤ أصدر المركز الدولي للضريبة والاستثمار International Tax Investment Center "تقريره" "النفط ومستقبل العراق" والذي تضمن من ضمن توصياته بشأن العراق ((ان عقود مشاركة الإنتاج Production Sharing Agreements (PSA) تعتبر النموذج القانوني والمالي المناسب

لتسهيل عملية تطوير وتنمية الصناعة النفطية في المدى البعيد. إن نماذج العقود النفطية الأخرى تعتبر متدنية بالقياس إلى عقود مشاركة الإنتاج))

الفرع الثاني:- الأساس الذي تقوم عليه عقود المشاركة بالإنتاج النفطية

يقوم عقد المشاركة بالإنتاج على فكرة رئيسية وهي (المخاطرة) فهذه العقود ظهرت أول ما ظهرت في الدول التي لديها مناطق ذات توقعات نفطية ضعيفة وفي المناطق التي لا يتصور وجود كميات نفطية ذات إنتاجية عالية ، لذلك وبدلاً من تكبد الدولة أعباء ومصاريف عمليات المسح والحفر من أجل الوصول إلى المكامن النفطية تتعهد الشركة التي ترغب بالمشاركة لتلك الدولة بالقيام بهذه العمليات وبدون مقابل ، حيث يتم الانتظار لحين اكتشاف النفط ليتم الاتفاق بعدها على المصاريف التي تكبدها هذه الشركات للوصول إلى المصانع النفطية ، بمعنى آخر أن الدول تسمح إلى الشركات النفطية بالبحث والتنقيب في المناطق التي لا تتوقع وجود النفط فيها وبدلاً من أن تتركها بدون استثمار تقوم الشركات النفطية بإجراء العمليات النفطية كافة في هذه المناطق ، فإذا وجدت كميات صالحة للاستثمار تبدأ عندها علاقة جديدة بين الشركات والدولة النفطية تتمثل بعقد المشاركة أما إذا لم تجد الشركات كميات نفطية قابلة للاستثمار فلا مسؤولية لا على الشركة ولا على الدولة ولا تدفع الدولة أي مبلغ لهذه الشركات ، فالشركة تجازف وتضارب بالأعمال النفطية التي تقوم بها خاصة إذا علمنا أن المناطق التي تقوم الشركات بأعمالها داخلها لا تحتوي على توقعات نفطية ، وكأن كل طرف يستغل الطرف الآخر ، فالدولة تستغل رغبة الشركة بالعمل على أراضيها وحصولها على امتيازات نفطية لديها ، والشركة تستغل حاجة الدولة إلى الخبرة في مجال الأعمال النفطية إضافة إلى الآلات والأيدي العاملة... الخ

وبفكرة كهذه نصل إلى حقيقة مفادها أن عقود المشاركة بالإنتاج لا يمكن أن يركن إليها في الدول ذات التوقعات النفطية الجيدة أو الممتازة ونأخذ على سبيل المثال التوقعات النفطية الموجودة في العراق ، فالعراق يعتبر من الناحية الجيولوجية جزء من حوض رسوبي كبير يمتد من شمال إفريقيا حتى جبال الهملايا في الهند ، وتحتوي هذه الأراضي على طبقات من الصخور النفطية التي ترسبت بتأثير العوامل الجيولوجية منذ قديم الزمان وقد بينت البعثات الفنية التي زارت العراق أنه يحتوي على كميات نفطية ممتازة . ولذلك لا يمكن تصور عدم وجود توقعات نفطية على أراضيها وأن الاختلاف يقتصر فقط على العمق الذي يجب الوصول إليه لاكتشاف هذه الثروة ، وبالتالي نجد أن الشركات النفطية تتسارع من أجل الحصول على عقود في العراق مهما كانت نسبة المشاركة كون الربح مضمون في الوقت الذي تلجأ به أغلب دول العالم ذات التوقعات النفطية الأقل من العراق تلجأ إلى أشكال أخرى من العقود تحصل بموجبها تلك الدول على خبرة الشركات النفطية في كيفية استغلال المكامن النفطية دون أشراكها في إنتاجه وهذه العقود تعر بعقود الخدمة الفنية .

الفرع الثالث :- أنواع عقود المشاركة بالإنتاج النفطية(5)

١- نموذج التطوير/The Development Model/ تم تطوير هذا النموذج من قبل وزارة النفط العراقية، ويعتمد في الأساس على نموذج عقد مشاركة الإنتاج. تقوم الشركة الأجنبية بتطوير وإدارة الحقل النفطي لفترة زمنية في المعدل ١٢ سنة بعدها يدار من قبل "شركة نفط وطنية" وعندها تقوم الشركة الأجنبية بتوفير الخدمات تحت "عقد الخدمات الفنية" وفي المعدل إلى ١٥ سنة إضافية. خلال هذه الفترة للشركة الوطنية الحق في شراء النفط أما بأسعار السوق السائدة أو بموجب خصم يتم الاتفاق عليه. وتؤدي هذه العقود الثلاث إلى تحديد أرباح الشركات الأجنبية وتعظيم دخل الدولة واستقلاليتها في إدارة المشروع حسب الظروف الوطنية السائدة. هناك شبه اتفاق بين الخبراء النفطيين بأن كلا النوعين (عقد التطوير والمشاركة) يعتبران من "العقود السياسية". فمن الناحية الفنية، توضع الملكية القانونية للاحتياطيات النفطية بيد الدولة إلا أنه في الواقع يتحقق للشركات النفطية نفس النتائج التي يمكنها الحصول عليها من خلال اتفاقيات الامتياز Concession Agreements.

٢. Risk Service Contract/ بموجب هذا النموذج، تقوم الشركة الأجنبية باستثمار رأس المال اللازم. وعند البدء بالإنتاج تعاد التكاليف (من مبيعات النفط) يضاف عليها بصورة عامة، رسوم ثابتة عن كل برميل من النفط المنتج. لذا فالشركة الأجنبية تزيد من أرباحها بزيادة الإنتاج. وتتحمل الشركة الأجنبية مخاطر فشل المشروع (في حالة الاستكشاف). والنموذج مستخدم في الكويت واحتمال الأخذ به في "مشروع الكويت" الذي يتضمن الحقول الشمالية

٣. Buy Back Contract/ تم تطويره في التسعينات من قبل إيران. وجرى تطبيقه على عدد من الاستثمارات الحقلية النفطية. مدة هذا العقد من ٥ - ٧ سنوات من الإنتاج. تسبقها فترة تطوير بين ٢ - ٣ سنوات. وبموجب هذا العقد تصبح شركة النفط الوطنية الحكومية، المشغل والمدير لذلك المشروع وتبقى كافة العوائد المتحققة، وتدفع للشركة الأجنبية رسوم تدفع بالنفط تحتسب كنسبة من رأس المال المستثمر. يكون عائد الشركة الأجنبية في المعدل ١٥ - ٢٤%.

المطلب الثاني :- الأصل التاريخي لعقود المشاركة بالإنتاج النفطية.

على الرغم من أهمية البترول في اقتصاديات الدول إلا أن عقود البترول التي تم توقيعها مع الدول النامية كانت تعكس حالة من عدم تقدير حكومات الدولة المنتجة للبترول قيمة هذه المادة وأهميتها الاقتصادية، فقد كان لفقدان تلك الدول لرؤوس الأموال والخبرة الفنية وغلبة الطابع السياسي (6) على العقد البترولي الأثر الكبير في حرمانها من أهمية هذه المادة وجدواها الاقتصادية، كما أن إبرام عقود الامتياز النفطية في ظل ظروف سياسية لم تعط فيها الدولة مانحة الامتياز القدرة على مناقشة شروط الامتياز (7)، وكان كثيراً ما يتم الضغط على حكومات الدول من أجل الحصول على الامتيازات النفطية، فكانت عقود الامتياز المبرمة في الفترة ما قبل الحرب العالمية الثانية تمتاز باختلال التوازن لصالح الشركات الأجنبية (8)، حيث امتازت هذه العقود بطول مدتها واتساع نطاقها (9)

وفي عام ١٩٥٤ ، كان لرئيس شركة البترول الإيطالية (E.N.I) السيناتور (انريكو ماتى) الدور الرئيسي في إرساء نظام جديد هو نظام المشاركة بالإنتاج النفطي في منطقة الشرق الأوسط . فبعد أن تم إقصاؤه من اتفاق إيران ١٩٥٤ ، ظل مشغولا خلال السنتين اللتين مرتا بعد هذا الاتفاق مخصصا معظم وقته لإيجاد الطرق والوسائل لحل مشكلة الطاقة في إيطاليا ، والتي كانت اعتمادها الكلي في مواردها النفطية على شركات النفط الدولية ، وقد اشتد حماسه عندما وجد موارد مستقلة لبلده باعتباره رئيس شركة البترول الإيطالية (أيني) (10) في الوقت الذي كان الجو فيه معاديا للبريطانيين في الشرق الأوسط بعد حرب السويس عام ١٩٥٦ ، وكذلك الشعور المضاد للامريكين ساعدته على تحقيق إغراضه.

لذلك أمضى خلال الفترة التي تلت أزمة السويس وقتا طويلا في القاهرة وطهران ، وحضر جلسة المجلس الإيراني التي صدر فيها قانون النفط الإيراني عام ١٩٥٧ وهو القانون الذي وضع خطة المشاركة موضع التطبيق ، وقد كانت للمقترحات التي قام بشرحها للإيرانيين الأثر البالغ في هذا القانون ، لذلك تم توقيع أول اتفاق مشاركة بالمعنى أعلاه ما بين شركة (أجيب) الإيطالية وهي فرع من فروع شركة (أيني) وشركة النفط الإيرانية الوطنية ، وصادق البرلمان الإيراني على هذا الاتفاق في (١٩٥٧/٨/٢٤). (11)

و على الرغم من ذلك فهناك خلاف كبير بين الفقهاء في تحديد التاريخ الحقيقي الذي ظهر به هذا النوع من العقود ، فمنهم من أكد أن بداية عمليات الشراكة قد ظهرت بصدور القانون الفنزويلي عام ١٩٤٨ ، والذي كرس مبدأ تقسيم الإرباح الناجمة عن (12) النشاط في مجال البترول بين الشركات الأجنبية والدول المنتجة وبالتساوي ، والبعض الآخر ذهب إلى القول أن مصر هي الرائد في هذا المجال ، وأنها أول من أشارت إلى هذه الفكرة عام ١٩٥٧ ، ولكننا لم نعط هذا الخلاف أهمية (13) مكتفين بالفكرة القائلة أن هذه العقود قد ظهرت في نهايات النصف الأول من القرن الماضي وبدايات النصف الثاني منه .

أما في العراق ، فإنه لم يكن ضد هذه الفكرة بل طالب بتنفيذها طبقا لنصوص الامتيازات التي كانت نافذة في حينها ، إلا أنه مالبت أن اتجه اتجاهها مغايرا بإصدار قرارات التأميم ، ولذلك تلاشت هذه الفكرة وغطت عليها قرارات التأميم التي اتخذها العراق (14).

حيث أنه قبل ذلك لم تكن له السيطرة على الثروات النفطية ، فلم يستفد من العمليات النفطية الجارية على أرضه سوى في قيمة الضريبة المثبتة على تصدير النفط الخام والذي لا يعرف مصيره أو اتجاهه في السوق الدولية وسواء ذهب إلى دولة صديقة أو عدو ، حيث تقوم الشركات الأجنبية (15) بتسويق النفط وتعاقد على النفط العراقي إلى الجهات الأجنبية المختلفة .

الا ان استخدام هذا المط من العقود في الدول المجاورة للعراق كان له الأثر الكبير في رسوخ هذه الفكرة لديه واستخدامها في عقود النفطية من ذلك :-

• عام ١٩٤٦ :- تم توقيع اتفاق مبدئي بين إيران وروسيا (16) عام ١٩٤٦ لإنشاء شركة لإنتاج النفط تحصل إيران على ٤٩ % من صافي الإنتاج ويتعهد

الاتحاد السوفيتي بتوفير رأسمالها وإمدادها بالفنيين والخبراء لقاء حصوله على ٥١% من الإنتاج، وعلى الرغم من معارضة البرلمان الإيراني التصديق على هذه الاتفاقية لاعتبارات سياسية، فإن أثاره كانت كبيرة في المنطقة، حيث بادرت الشركات العاملة هناك لإجراء المفاوضات مع الحكومات المنتجة لتعديل الاتفاقيات الموقعة.

• عام ١٩٤٨ :- نفذ اتفاقية جديدة في المنطقة العربية حصلت بموجبها الكويت التي تعاقبت مع شركة امينويل (جيتي حاليا) عام ١٩٤٨ على ٧,٥ مليون دولار عند توقيع الاتفاقية وإتاوة تبلغ ٢,٥ دولار عن كل طن أو ما يعادل ٣٤ سنت للبرميل الواحد بالإضافة الى ربح قدره ١٥% من صافي الإرباح، كما وقعت السعودية مع شركة نفط البلسفيك اتفاقية حصلت بموجبها على مكافأة قدرها ٩,٥ مليون دولار، وعائد مقداره ٥٥ سنت عن كل برميل، كما حصلت في هذا العام مفاوضات عديدة بين الجماعات مالكة شركة نفط العراق لتعديل اتفاقية الخط الأحمر ورفع القيود التي أدت الى انخفاض مستوى الإنتاج، وفي عام ١٩٤٨ انفق المساهمون على تسوية كافة المنازعات ووقعت اتفاقية جديدة أطلق عليها (اتفاقية العناوين والوثائق اللاحقة) أصبح بمقتضاها لكل مساهم الحق في أن يستلم كمية من النفط بنسبة مساهمته في الشركة وإذا طلب كمية من النفط اكبر من حصته فله الحق بشرائها من الشريك الذي طلب كمية اقل من حصته وبسعر أطلق عليه السعر المتوسط وحسب المعادلة الآتية :

السعر المتوسط = (سعر الكلفة + شلن واحد + السعر السائد في الأسواق العالمية/٢).

وبهذا ساعدت الشركات على القيام بتطوير النفط في العراق وازدادت حقول المنتجة للنفط وتضاعفت طاقة أنابيب النقل، بعد أن كانت شركة نفط العراق تتأثر بالإنتاج قبل عام ١٩٥١، أصبحت الشركات الثلاث تنتج النفط في أماكن امتيازها بالإضافة الى حصتها من الإرباح بمقدار ٢٥%، وبذلك كان نصيب السعودية كحد أدنى ٥٠% من الأرباح الصافية، كما تعاقبت الكويت مع شركة (Japan Petrdeum Trading Company) حصلت الكويت على ١٥% من الأسهم في الشركة كنصيب للحكومة في رأسمالها وبمجرد اكتشاف البترول بكميات صالحة للتسويق(17)

• بعد الحرب العالمية الثانية وضع العراق نصب عينه مجموعة من الأهداف كان لها الشأن الكبير في تطوير الامتيازات التقليدية، وكان أهم هذه الأهداف هو استمرار العملية الإنتاجية/صيانة المنشآت النفطية/حماية مصلحة الدولة(18)، ولتحقيق ذلك تمت دراسة مستفيضة لإحكام الامتيازات النفطية والمشاكل الناجمة عن تطبيقها، كما حددت المواضيع التي ينبغي إن يتم حلها وطالبت الشركات العمالة في العراق إجراء المفاوضات بشأنها (19)، وقد استجابت الشركات لطلب الحكومة العراقية وبدأت بإجراء المفاوضات في ١٠/١/١٩٥٨ وكانت المواضيع التي بحث عنها في هذه المفاوضات :

-حساب كلفة الإنتاج وتحدي حصة الحكومة من الأرباح وشملت العناصر التالية (الإيجار المطلق / انطفاء نفقات التحري والحفر / نفقات الدعاية والتبرعات / فوائد القروض / نفقات تدريب العراقيين / تأسيس مكتب مشترك للإشراف على الصرف / نفقات مكتب لندن) (20)

-استثمار الغاز الطبيعي.

-تخلي الشركة عن الراضي الغير مستثمرة.

-مساهمة العراق بـ (٢٠%) من رأس مال الشركات.

-المدراء عراقيين في مجلس إدارة الشركة .

-زيادة حصة الحكومة من الأرباح.

-تعيين أسعار النفط الخام والتي تتضمن الآتي (طريقة تعيين الأسعار بصورة عامة

/تعيين سعر نفط البصرة بأقل من أسعار النفط الخام المائل في الخليج العربي).

-إلغاء الخصوم من الأسعار المعلنة .

-بناء ناقلات عراقية .

- دفع حصة الحكومة بعملة قابلة للتحويل .

• عام ١٩٥٢ :- توقيع العراق لاتفاقية مناصفة الأرباح بين الحكومة

العراقية وشركات النفط العاملة في العراق في (١٩٥٢/٢/٣) كما أن

أنتاج النفط سجل ارتفاعا كبيرا في تلك الفترة ، حيث بلغت نسبة

الزيادة الى ١١٥% عن العام الذي قبله (21) ، كما حدث تحول جديد

في سياسة الشركات التي بدأت بالاندماج والتعاون مع الاقتصاد

الوطني بشكل ملموس ، فزادت الاستثمارات الملحية ، كما نفذت بعض

المشاريع الاجتماعية للعمال العراقيين .

• عام ١٩٧١ :- في عام ١٩٧١ قررت الأوبك أن تقوم الدول الأعضاء

بخطوات فورية نحو التطبيق الفعلي لمبدأ المشاركة بالإنتاج ، وتم

الاتفاق أخيرا في ١٩٧٢/١٢/٢٠ بين كل من (السعودية / الكويت

/أبو ظبي / قطر) والشركات صاحبة الامتياز على تطبيق مبدأ

المشاركة بالإنتاج. (22)

هذه العوامل إضافة الى عوامل أخرى كثير ساهمت في قيام العراق بالأخذ

بعقود المشاركة سواء كانت مشاركة بالإنتاج أو بالأرباح ، إلا انه ومع ذلك فلم

تكن هذه المحاولات سوى محاولات متفرقة لم تنظم بشكل قانوني كما حدث في

إيران وغيرها.

المبحث الثاني

الإحكام الأساسية لعقود المشاركة بالإنتاج النفطية

المطلب الاول :- الغطاء القانوني لعقود المشاركة بالإنتاج في العراق

وعن الوضع في العراق نقول كانت مطالبة العراق للمشاركة في استثمار النفط بغض النظر عن الوجه الذي يأخذه الاستثمار-سواء كان شركة عامة أو فردية - وسواء طرحت أسهمها للجمهور أم لا ، من جهة أخرى فإن شركة النفط العراقية (I.P.C) وأخواتها، أخذت شكل الشركات الفردية لا تطرح أسهمها للاكتتاب الأمر الذي أدى الى تجميد ما اتفق عليه من امتيازات من الناحية الواقعية ، لذلك فإن المفاوضات التي أجريت في الستينات من القرن الماضي كانت تركز على هذا المبدأ مستندة الى الاعتبارات التالية:

- الاعتبارات السياسية التاريخية /ويستند فيها العراق الى اتفاقية سان ريمو المعقودة عام ١٩٢٠ ، حيث جاء في المادة ١٨ منها "تم الاتفاق بأنه في حالة تكوين شركة نفط خاصة بالشكل المشار إليه ،فانه يسمح للحكومة الوطنية أو المصالح الوطنية الأخرى اذا رغبت في ذلك ،في أن تساهم الى حد ٢٠% كحد أعلى من رأس المال المختص بتلك الشركة.

- من الناحية القانونية /استند العراق في هذه الناحية الى المواد (٣٤/٣٢) من اتفاقية شركة النفط العراقية والمادة الثانية من النظام الداخلي للشركة ، والتي أكدت على مساهمة العراقيين بـ ٢٠% من رأس مال بسعر الإصدار أو السعر الرسمي وان تؤكد انه ستقوم بتخصيص ٢٠% من الإصدارات الأسهم الجديدة للحكومة العراقية.

- من الناحية الاقتصادية / حيث أن مشاركة البلد المنتج في حصص من رأس مال شركة الامتياز له أهمية كبيرة في العوائد التبت تحصل عليه الدول المشتركة كما سنرى ذلك لاحقاً، وهذا الوضع كانت الشركات الاحتكارية تحاول ان تقضي عليه حتى اتفاقية الخط الأحمر(23)

اما عن الغطاء القانوني في الوقت الحاضر ، فالعراق يفتقر الى قانون يختص بهذه المسائل ،وبالرجوع الى نصوص القوانين العراقية لم نجد ما يشير الى هذا النوع من العقود سوى نص واحد موجود في قانون الشركات العامة العراقي رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ والذي نصت المادة ١٥ منه على "للشركة استثمار الفوائض النقدية بالمساهمة في الشركات المساهمة او المشاركة معها في تنفيذ أعمال ذات علاقة بأهداف الشركة داخل العراق واستحصال موافقة مجلس الوزراء اذا كان المشروع خارج العراق " اذا ومن خلال هذا النص يتبين ان المشاركة في العراق غير جائزة الا بالفوائض النقدية دون رأس المال وبعد واستحصال موافقة مجلس الوزراء.

المطلب الثاني - أطراف عقد المشاركة بالإنتاج النفطي ونسب المشاركة

الفرع الاول:- أطراف عقد المشاركة بالإنتاج النفطي.

أن اتفاقات المشاركة من حيث أطرافها تتخذ ثلاث صور رئيسية يكمن من خلالها الاستعانة بأي صورة من هذه الصور:

١- أن يتم أبرام العقد بين الدولة المنتجة للنفط ذاتها وبين الشركة الأجنبية ، على أن يتم تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو إحدى مؤسساتها بحصة في رأس مالها وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية.(24)

٢- أن يتم أبرام عقد الامتياز بين الدولة من ناحية وإحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى (25).

٣- أن يتم أبرام عقد المشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة من جهة والشركة الأجنبية من جهة أخرى (26).

وبالتالي فإن عقود المشاركة تتضمن نوعين من الأحكام ، أولهما يتعلق بعلاقة الدولة بالشركتين المتعاقدين وينظم منح الامتياز وتحديد منطقتيه ومدته وعمليات البحث والتخلي وقاعدة تنمية البترول واستغلاله وحقوق الدولة في الإشراف والرقابة والحقوق المالية والتزامات المستثمر في استخدام وتدريب الموظفين وكيفية استخدام الأجانب وغيرها من الحقوق والالتزامات التي لا مجال لذكرها هنا.

وثاني هذه الأحكام تنظم العلاقة ما بين الشريك الأجنبي والوطني وذلك بتحديد مسؤولية كل منهما في تمويل وإدارة عملية البحث عن البترول واكتشافه وتهيئة كل منها في تمويل وإدارة عمليات البحث عن البترول واكتشافه وتهيئة الحقول والتصرف في البترول المنتج ، وقد تمت هذه العلاقة في بعض الاتفاقيات الى عمليات نقل البترول الخام وتكريره وتسويقه ، وتحدد هذه الأحكام مسؤولية كل منهما .

الفرع الثاني:- نسبة المشاركة

تتوقف نسب المشاركة بين الدول وكقاعدة عامة حسب ظروف كل دولة ومهارتها التفاوضية ، وكان من نتيجة ذلك أن تباينت هذه النسب في الاتفاقات المختلفة (27).

ولم يتضمن قرار الأوبك رقم (٩٠/١٦) في ١٩٦٨ -والخاص بإعلان السياسة بترولية- تحديد نسبة معينة للمشاركة مكتفياً بالنص على حصول الدولة المصدرة للنفط على مشاركة معقولة في الامتيازات القائمة آنذاك ، وتأسيساً على مبدأ تغيير الظروف في الحالات التي تتضمن بها عقود امتياز نسبة معينة من المشاركة ، فإنها تمثل الحد الأدنى للمشاركة التي يجب الحصول عليها (28) .

والأصل أن نسبة المشاركة بين الجانبين تحدد حقوق والتزامات كلا منهما من حيث العائدات والإنفاق فضلاً عن حقوقهما في إدارة المشروع ، وعلى ذلك يعمل كل طرف على أن تكون له النسبة الغالبة في المشروع ليتمتع بإدارته .

من جهة أخرى يسهم تحديد الهدف من المشاركة في تحديد النسبة المئوية لها) ، فإذا كانت المشاركة ترمي الى مجرد زيادة عائدات الدولة (29) ، فإن الحصول على أي نسبة مئوية من الامتياز سوف يكفل تحقيق هذا الهدف (30) ، أما إذا كان الهدف أبعد من ذلك ويتمثل بزيادة نسبة تمثيل الدولة في المشروع ، ففي الغالب تكون نسبة مشاركة الدولة بـ (٥٠%) على الأقل (٣١).

المطلب الثالث - العمليات التي تخضع للمشاركة وعائدات الدولة المضيفة.

الفرع الاول:- العمليات التي تخضع للمشاركة

يثور التساؤل حول أي من العمليات في صناعات البترول المختلفة يتعين خضوعها لمشاركة الدولة ، وما إذا كان من الواجب التوسع في هذه المساهمة لتشمل العمليات التي تقوم بها الشركات صاحبة الامتياز أو الشركات التابعة لها خارج حدود الدولة الإقليمية والتي تعرف بالعمليات المتممة، فإذا كان النفط يمر في طريقه من البئر الى المستهلك بأربعة مراحل رئيسية (إنتاج -نقل -تكرير - تسويق) ، وتتميز مرحلة الإنتاج عن غيرها من المراحل الأخرى بأنها تنحصر دائما في إقليم الدولة المنتجة، بينما تجري المراحل الأخرى غالبا خارج الحدود الإقليمية لتلك الدولة .

من جهة أخرى فإن إعلان سياسة الأوبك عام ١٩٦٨ جاء خاليا من تحديد نوع المشاركة الأكثر ملائمة للدولة ، لذلك انقسمت الآراء حول هذا الموضوع الى اتجاهين :

- الاتجاه الأول/ حصر مشاركة الدولة في عملية الإنتاج (العمليات الإنتاجية) أو ماعداها من العمليات التي تجري داخل إقليم الدولة مانحة الامتياز .
- الاتجاه الثاني /يميل هذا الاتجاه الى حصر مشاركة الدولة في مرحلة الإنتاج والعمليات المتممة لها .

ولكل رأي حججه وأسانيده التي يطرحها بصدد الموضوع ، ونحن بدورنا نقول أن عملية مشاركة الدولة في المراحل الإنتاجية كافة له أهمية في زيادة نسب الإرباح تالي تعود الى الدولة والتي لا تشمل الإرباح المادية فحسب وإنما تساعد الدولة للانتقال الى المرحلة الثانية أو الخطوة الثانية وهي عملية استثمار الطاقة البترولية بنفسها دون الحاجة الى التدخل من قبل أي جهة كانت .

وفي العراق فان التطبيق العملي الحديث اثبت ان المشاركة يمكن ان تتم في أي مرحلة من المراحل التي يمر بها النفط(32) من البئر الى المستهلك أي يمكن تصور أبرام عقود المشاركة بالإنتاج او بالتكرير او الاستهلاك - من جهة أخرى يلتزم الشريك الأجنبي في غالبية اتفاقيات المشاركة بالاتفاق على عمليات البحث وتحمل المخاطر الناتجة عن ذلك ، واستثناءا من ذلك فقد تقضي اتفاقيات المشاركة بتحمل الطرفان هذه المخاطر ، كما حصل في الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا عام ١٩٦٥ والذي قضى بتحمل كلا الطرفين المخاطر ومنذ بداية الإنتاج (33).

وعندما يتحمل الشريك الأجنبي نفقات البحث عن البترول ،فقد أثير التساؤل عن مقدار النفقات التي يتحمل الشريك الأجنبي مكن نفقات في هذه المرحلة ؟ وللإجابة على هذا السؤال اختلفت اتفاقيات المشاركة في تحديد هذه النسبة ،وعلى العموم يمكن ان يقال أن الشريك يمكن أن يتحمل كل النفقات على أن يستردها بعد أنتاج البترول.

من جهة أخرى تختلف اتفاقات البترول في تحديد الوسيلة التي يتم من خلالها قيام الطرف الأجنبي باسترداد هذه النفقات نقدا وعلى الفور ،في حين تقضي اتفاقيات أخرى باستردادها من الشريك الوطني عل أساس إقسطات من حصته من الإنتاج الحقول المكتشفة ،وقد تؤدي الشركة الأجنبية للدولة المانحة التزاماتها

المالية دون أداء حصة الدولة من الإرباح عن المشاركة الى حين استرداد حصة الدولة في نفقات البحث وتعرف هذه الطريقة بالإرباح المحولة.
الفرع الثاني:- عائدات الدولة المضيفة.

يكون النفط والغاز ملكاً لكل من الحكومة والشركات الأجنبية(34) بموجب عقود المشاركة التي يعبر عنها مشروع القانون العراقي بعقود التنقيب والتطوير والانتاج، وذلك من خلال تحديد نسبة كل من الطرفين المتعاقدين.

وتبلغ عائدات الدولة المضيفة من أرباح المشروعات البترولية التي تدار بأسلوب المشاركة المتساوية مثلاً ،حوالي ٥٧% من هذه الأرباح ،حيث أن الدولة المضيفة تحصل على ٥٠% من الإرباح على شكل ضرائب وريع وإيجارات ..الخ ، بالإضافة الى انها ستحصل على نسبة ٢٥% من الإرباح باعتبارها شريكة بالمناصفة في رأس مال المشروع ، حيث أن هذه النسبة تمنح لها بغض النظر على انها تملك البترول ام لا (35)

هذا ويعتبر الريع(36) عائداً مالياً للحكومة في عقود الامتياز والمشاركة تدفعه الشركات المتعاقدة إلى حكومة البلد المتعاقد وذلك مقابل الإرباح العالية التي تحصل عليها تلك الشركات. ولا مجال هنا لمقارنة شركة النفط الوطنية العراقية بالمتعاقدين الأجانب حتى يفرض عليها الريع لصالح الخزينة. حيث يمكن للحكومة المركزية استيفاء حقوق الخزينة من شركة النفط الوطنية العراقية من خلال الضرائب .

أما نسبة الريع المفروض على الشركات الأجنبية فينبغي تحديدها بمعدلات دول اوبك الاكثر فائدة للعراق والتي بلغت ١٦%

الخاتمة

كان لفقدان الدول النامية لرؤوس الأموال والخبرة الفنية وغلبة الطابع السياسي على العقد البترولي الأثر الكبير في حرمان هذه الدول من أهمية هذه المادة وجدواها الاقتصادية، وكان كثيراً ما يتم الضغط على حكومات الدول من أجل الحصول على الامتيازات النفطية ،فكانت عقود الامتياز المبرمة في الفترة ما قبل الحرب العالمية الثانية تمتاز باختلال التوازن لصالح الشركات الأجنبية ،حيث امتازت هذه العقود بطول مدتها واتساع نطاقها .

أن عقود المشاركة بالإنتاج من العقود التي تؤثر سلباً على اقتصاديات الدولة النامية ذات التوقعات النفطية ليس على الأمد القريب وإنما على الأمد البعيد عندما تجد هذه الدول أنها ملزمة بمناصفة منتجاتها النفطية مع الشركات التي تتعاقد معها ، وهذا الأمر لا ينطبق على الدول ذات التوقعات النفطية المعدومة او النادرة ،فمجيئ شركات نفطية تعمل على أراضيها لا يشكل أي ضرر لها وذلك لأنه في حالة عدم اكتشاف أي مكامن نفطية داخلها فلا تكون ملزمة -وحسب طبيعة عقود المشاركة بالإنتاج- اتجاه الشركات العاملة على أراضيها بأي مقابل ، أما اذا استطاعت تلك الشركات الكشف عن المكامن النفطية في تلك الدول فستشارك الأخيرة الشركات العاملة لديها بهذه الثروة النفطية التي لم تضعها بعين الاعتبار

وسيكون لهذا تأثير ايجابي كبير على اقتصاديات تلك الدول يمكن الاستفادة منه في تطوير مرافقها المختلفة.

لذلك ولجميع الأسباب التي أوردناها في هذا البحث يجب الابتعاد قدر المستطاع عن استخدام أسلوب عقد المشاركة بالإنتاج النفطية لكون هذه العقود تقوم أساسا على فكرة المخاطرة التي هي غير موجودة في العراق ونوصي بالاستعاضة عنها بعقود م نوع آخر تسمى عقود الخدمة البترولية التي تقتصر فيها التزامات الشركة المتعاقدة على توفير الخبرة الفنية إلى الدولة صاحبة المكامن النفطية مقابل مبلغ مالي متفق عليه ابتداء ودون أن تكون شريكة في الإنتاج الذي سيكون خالصا للدولة المضيفة.

الهوامش

(1) الدكتورة حفيظة السيد الحداد/العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية /منشورات الحلبي الحقوقية /٢٠٠٣/ص ١٧٥.

(٢) الدكتور احمد عبد الحميد عشوش /النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية /١٩٧٥/دون ذكر لاسم ملتزم الطبع /الرقم التسلسلي للكتاب في جامعة مكتبة جامعة بغداد الثانية /٣٦٠٢٣٠/ص ٣٠٤.

(٣) الدكتور عبد الأمير الانباري /منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط /أساسيات صناعة النفط والغاز /الجزء الثالث / الدراسات القانونية والإدارية /١٩٧٦/ص ٢٤.

(٤) بحث لكمال القيسي/ قانون النفط المقترح والبدائل الاستثمارية/منتدى الفكر العربي /عمان /منشور على شبكة المعلومات ٢٠٠٧ www.hamasana@yahoo.com/

(٥) بحث لحمزة أجواهري /قوانين النفط الجديدة/ منشور على شبكة المعلومات/ www.hjawahri@yahoo.com ، ويكون للشراكة أكثر من ١٥ نوع تختلف بها الامتيازات التي يتمتع بها كل طرف عن الآخر ، إلا أننا اخترنا هذه الأنواع الثلاثة كونها الأكثر انتشارا في الوقت الحاضر.

(٦) الدكتور بشار محمد الأسعد /عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة /منشورات الحلبي الحقوقية /٢٠٠٦/ص ٥٢.

(٧) الدكتور علي خليفة الكواري /إدارة المشروعات العامة في دول الجزيرة العربية المنتجة للنفط /دراسة تحليلية / جامعة الملك سعود /الرياض /١٩٨٢/ص ١٠١.

(٨) عبد العزيز منصور الخطيب /الحساب الاقتصادي الرشيد للسياسة البترولية في العراق /رسالة ماجستير /١٩٧٣/ص ١١.

(٩) نص عقد الامتياز المبرم بين شاه إيران والمليونير البريطاني (William Knoxpavcy) على منح الطرف الأجنبي الحق في البحث عن البترول لمدة ٦٠ عاما مع نقله واستغلاله وتسويقه، للمزيد يراجع الاتفاقيات والامتيازات البترولية في الدول العربية _وزارة النفط العراقية_ ١٩٦٨ ص ٤٥

(١٠) صباح عبد الكاظم شبيب /النظام القانوني لعقد التطوير والإنتاج النفطي في العراق /رسالة ماجستير /جامعة بغداد /٢٠٠٠/ص ٢٣.

(١١) قال انريكو في احد المناسبات " إن الشعوب الإسلامية على حذر من الاستغلال الأجنبي ، ويجب أن تعطي الشركات مقابل نفطها أكثر مما تحصل عليه ، إنني لا انوي أن أقدم لهم قسطا من الإرباح ، بل انوي جعلها شريكة لي في عملية البحث عن البترول.الدكتور محمد ازهر السماك ،النفط العراقي بين السيطرة الأجنبية والسيادة الوطنية ، ١٩٨١، ص ٥٠

(١٢) انظر في هذا ما ذهبت إليه الدكتورة حفيظة السيد حداد /مرجع سابق /ص ١٧٧.

(١٣) ظهرت فكرة الشراكة بصورة متذبذبة في العقود البترولية حتى قبل هذه التواريخ ، إلا أنها لم تواخذ الحيز الذي أخذته في الخمسينات والستينات من القرن الماضي، للمزيد يراجع الموقع الالكتروني

- (١٤) للمزيد راجع:
- الأستاذ صباح عبد الكاظم شبيب /النظام القانوني لعقد التطوير والإنتاج النفطي في العراق /مرجع سابق ص ٢٤.
 - الدكتور محمد أزهر السماك / البترول العراقي بين السيطرة الأجنبية والسيادة الوطنية/ ١٩٨١ / ص ٧١ وما بعدها.
 - (١٥) توجد في العالم سبع شركات نفطية أساسية تعرف باسم (العمالقة الدوليون) أو (الأخوات السبعة) وهذه الشركات هي :
 - شركة استندر أويل أوف نيو جرسي (وهي أقوى الشكات النفطية في العالم).
 - شركة شل /شركة الزيوت البريطانية . /مؤسسة نفط الخليج./ شركة تكساكو. / شركة شيفرون /شركة وموبايل أويل . للمزيد راجع في هذا الصدد مؤلف الدكتور عبد العزيز حسين الصويغ /النفط والسياسة العربية /مركز الخليج للتوثيق والإعلام /السعودية/ ١٩٨١ /الطبعة الأولى/ص ٢١.
 - (١٦) كان الاتحاد السوفيتي (سابقا) من الدول التي ساعدت العراق ووقفت الى جانبه في العديد من المناسبات في تلك الفترة من اجل تطوير سياسته النفطية وابرز ما نتج عن ذلك هو توقيع اتفاقية عام ١٩٦٩ للتعاون الاقتصادي والفني وتطوير صناعة النفط وقد جاء في مقدمة هذه الاتفاقية "ان حكومة الجمهورية العراقية وحكومة اتحاد الجمهوريات السوفيتية وانطلاقا من علاقات الصداقة والتعاون القائمة بين البلدين ورغبة منهما في تنمية علاقات اقتصادية أوسع بين الجمهورية العراقية واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية ... " للمزيد راجع /الاستثمار المباشر للنفط في العراق /وزارة الثقافة والإعلام العراقية / ١٩٧٠ / مطبعة الجمهورية /بغداد /ص ٩
 - (١٧) الأستاذ محمد سلمان الحسن /دراسات في الاقتصاد العراقي /منشورات دار الطليعة /بيروت / ١٩٦٦ /ص ٢٩٦ .
 - (١٨) الدكتور عبد اللطيف الشواف /حول قضية النفط في العراق (مطالعات واستطرادات) منشورات دار المكتبة العصرية /صيدا -بيروت / ١٩٦٦ ص ٧ /الرقم التسلسلي في وزارة النفط العراقية ٩٥٨ .
 - (١٩) كانت شركة نفط العراق والشركات المؤتلفة معها تدار من قبل مكتب رئيسي في لندن ، كما يتولى هذا المكتب إدارة مصالح أخرى التي يمتلكها مساهمو نفط العراق ، كشركة نفط قطر وأبو ظبي ومصفى طرابلس والعديد من المصالح المنتشرة في أنحاء العالم ،حيث كان العراق يتحمل ٤٩ % من نفقات هذا المكتب ، وهي نسبة عالية جدا ما أخذنا بنظر الاعتبار الجهات التي يشرف عليها هذا المكتب ونسبة مشاركة كل جهة ، لذلك اعترضت الحكومة العراقية على ذلك وطالبت بتنزيل جميع النفقات التي لاعلاقة لها بإنتاج النفط العراقي . ،الاتفاقيات والامتيازات البترولية في الدول العربية ،مرجع سابق ،ص ١١٩
 - (٢٠) عبد الوهاب حمدي النجار /سياسة التجارة الخارجية في العراق في فترة مابعد الحرب العالمية الثانية /رسالة ماجستير /اقتصاد / ١٩٦٦ /ص ٤٢٨ .
 - (٢١) حول قضية النفط في العراق /منشورات دار المكتبة العصرية /بيروت -بلا- ص ٨٧.
 - (٢٢) حاولت الشركات الأمريكية الحصول على امتيازات في العراق على الرغم من مشاركتهم في شركة النفط التركية ، وإزاء هذه المحاولات للتوسع الأمريكي أخذت كل من بريطانيا وفرنسا بعد أن شعرت بخطر منافسة الشركات الامريكة لذلك قامت بإجراء العديد من المفاوضات من اجل الحد من هذه المخاطر ، وتم في عام ١٩٢٨ توقيع اتفاقية الباب المفتوح التي وافق عليها الكل وبالإجماع على عدم القيام بأي نشاط انفرادي داخل المنطقة التي تم تأشيرها داخل الشرق الأوسط
 - (٢٣) الدكتور احمد عبد الحميد عشوش /النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية /مرجع سابق /ص ٣٢١ .
 - (٢٤) كما هو الحال في عقد المشاركة الذي ابرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية للبترول وشركة أمريكان وفيليبس عام ١٩٦٤ .
 - (٢٥) كما هو الحال في العقد المبرم بين السعودية وبترولين وشركتي سنكلير وايتي
 - (٢٦) بلغت نسبة المشاركة في اتفاق الكويت وشركة شل عام ١٩٦١ / ٢٠ % ، وبلغت نسبة المشاركة في الاتفاق بين السعودية وشركة أجيبي ١٩٦٧ / ٥٠ % ، في حين بلغت ١٠ % في الاتفاق بين السعودية الشركة اليابانية. للمزيد تراجع العقود اعلاه

- (٢٧) الدكتور احمد عبد الحميد عشوش /النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية /مرجع سابق /ص ٣٢٣.
- (٢٨) منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط / دراسات في صناعة النفط العربية / الكويت /الطبعة الثالثة/ ١٩٨٥ ص ٢٤١/٢٦٧.
- (٢٩) الدكتور عبد العزيز حسن الصويغ /النفط والسياسة العربية /مرجع سابق /ص ٦٣/٦٤/٦٥.
- (٣٠) لدكتور طارق شكر محمود /اقتصاد النفط العراقي /مطبعة الادارة المحلية /بغداد/ ١٩٧٨/ص ٨٣.
- (٣١) هناك اتفاق مبادئ عقد بين شركة غاز الجنوب في العراق والمؤسسة الأردنية لنقل وتسويق النفط من المتصور الشروع بتنفيذه عام ٢٠١٠ وكذلك هناك عقود مشاركة بالإنتاج تم ابرامها بين إقليم كردستان والشركات الأجنبية لتطوير حق طق طق وغيره.
- (٣٢) تم تشكيل هيئة مشتركة تشمل شركتي سونتراك الجزائرية وإيراب الفرنسية وهما شركتان حكوميتان ،وتقوم هذه الشركة بجميع عمليات لابتح والتقيب وإنتاج البترول ،للمزيد راجع احمد عشوش /مرجع سابق /ص ٣٤٨.
- (٣٣) هناك ثلاث أنواع من الملكية للنفط المستخرج:-
الأولى: يكون النفط والغاز للحكومة في حالة قيام الحكومة بواسطة شركاتها العامة باستخراج هاتين المادتين
الثانية: يكون النفط والغاز ملكاً للشركات الأجنبية عن طريق عقود الامتياز التي أبرمت في الثلاثينات والأربعينات من القرن الماضي مقابل عوائد تدفع الى حكومات الدول المنتجة. وهذه العقود لم تعد نافذة ففسي الوقت الحاضر
- الثالثة: يكون النفط والغاز ملكاً لكل من الحكومة والشركات الأجنبية بموجب عقود المشاركة التي يعبر عنها مشروع القانون العراقي بعقود التنقيب والتطوير والإنتاج، وذلك من خلال تحديد نسبة كل من الطرفين المتعاقدين.- المؤسسة الوطنية للتنمية والتطوير -دراسة في مشروع قانون النفط والغاز- بحث منشور على شبكة المعلومات www.jormedia@com
- (٣٤) المؤسسة الوطنية للتنمية والتطوير/دراسة في مشروع قانون النفط والغاز/www.Jormedia@com
- (٣٥) الأستاذ خالد يونس /قانون النفط /بحث منشور على شبكة المعلومات www.almoslim.net/36

المصادر

- (1) الدكتورة حفيظة السيد الحداد/العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية /منشورات الحلبي الحقوقية /٢٠٠٣
- (٢) الدكتور احمد عبد الحميد عشوش /النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية /١٩٧٥.
- (٣) الدكتور عبد الأمير الانباري /منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط /أساسيات صناعة النفط والغاز /الجزء الثالث / الدراسات القانونية والإدارية /١٩٧٦/.
- (٤) بحث لكمال القيسي/ قانون النفط المقترح والبدائل الاستثمارية/منتدى الفكر العربي /عمان /منشور على شبكة المعلومات ٢٠٠٧ /www.hamasana@yahoo.com
- (٥) بحث لحزمة ألجواهري /قوانين النفط الجديدة/ منشور على شبكة المعلومات./www.hjawahri@yahoo.com.
- (٦) الدكتور بشار محمد الأسعد /عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة /منشورات الحلبي الحقوقية /٢٠٠٦/.
- (٧) الدكتور علي خليفة الكواري /إدارة المشروعات العامة في دول الجزيرة العربية المنتجة للنفط /دراسة تحليلية / جامعة الملك سعود /الرياض /١٩٨٢.
- (٨) عبد العزيز منصور الخطيب /الحساب الاقتصادي الرشيد للسياسة البترولية في العراق /رسالة ماجستير /١٩٧٣/.
- (٩) عقد الامتياز المبرم بين شاه إيران والمليونير البريطاني (William Knoxpavcy).

- (١٠) صباح عبد الكاظم شبيب /النظام القانوني لعقد التطوير والإنتاج النفطي في العراق /رسالة ماجستير /جامعة بغداد /٢٠٠٠/.
- (11) الدكتور محمد أزهري السماك / البترول العراقي بين السيطرة الأجنبية والسيادة الوطنية/١٩٨١ / ص ٧١ وما بعدها.
- (12) الدكتور عبد العزيز حسين الصويغ /النفط والسياسة العربية /مركز الخليج للتوثيق والإعلام /السعودية/١٩٨١ /الطبعة الأولى/ص ٢١.
- (13) /الاستثمار المباشر للنفط في العراق /وزارة الثقافة والإعلام العراقية /١٩٧٠/ مطبعة الجمهورية /بغداد /ص ٩
- (14) الأستاذ محمد سلمان الحسن /دراسات في الاقتصاد العراقي /منشورات دار الطليعة /بيروت /١٩٦٦/
- (15) الدكتور عبد اللطيف الشواف /حول قضية النفط في العراق (مطالعات واستطردات) منشورات دار المكتبة العصرية /صيدا -بيروت /١٩٦٦ .
- (16) عبد الوهاب حمدي النجار /سياسة التجارة الخارجية في العراق في فترة مابعد الحرب العالمية الثانية /رسالة ماجستير /اقتصاد /١٩٦٦.
- (17) حول قضية النفط في العراق /منشورات دار المكتبة العصرية /بيروت .
- (18) عقد المشاركة الذي أبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية للبترول وشركة أمريكان وفيليبس عام ١٩٦٤.
- (19) العقد المبرم بين السعودية وبترومين وشركتي سنكلير وإيتي
- (20) منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط / دراسات في صناعة النفط العربية /الكويت /الطبعة الثالثة/١٩٨٥
- (21) لدكتور طارق شكر محمود /اقتصاد النفط العراقي /مطبعة الادارة المحلية /بغداد/١٩٧٨/.
- (22) المؤسسة الوطنية للتنمية والتطوير/دراسة في مشروع قانون النفط والغاز/www.Jormedia@com
- (23) الأستاذ خالد يونس /قانون النفط /بحث منشور على شبكة المعلومات
- (24) www.almoslim.net.
- ٢٥ - الموقع الالكتروني www.alitthad.com
- ٢٦ - الاتفاقيات والامتيازات البترولية في الدول العربية _وزارة النفط العراقية_ ١٩٦٨
- ٢٧ - www.jormedia@com

التنظيم الدستوري والقانوني لإعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق

م.م. مالك منسي الحسيني – الجامعة المستنصرية
م.م. مصدق عادل طالب - جامعة بغداد

Abstract

The power to declare war and the state of emergency occupies a prominent place among the topics of constitutional and international laws, which has led the majority of foreign and Arab constitutions, and international agreements to address them in private articles in them, as extraordinary authorities, which face the state and threatening its existence and continuity as well as affects the human rights and fundamental freedoms.

The importance of this subject rises from Iraqi constitutions which did not behave in the same manner, whether it concerns the party that has the right to exercise or actions to be taken before it was announced, we must assert finally that the majority of scholars did not handle this theme clearly and precisely in line with its importance and gravity.

مقدمة

تحتل سلطة إعلان الحرب وحالة الطوارئ مكاناً بارزاً بين موضوعات القانون الدستوري والقانون الدولي الأمر الذي حدا بغالبية الدساتير الأجنبية والعربية والإتفاقيات الدولية إلى معالجتها بإفراد نص لها في متونها كونها من السلطات الإستثنائية التي تواجه الدولة وتهدد كيانها وديمومتها فضلاً عن أساسها بحقوق الإنسان وحياته الأساسية.

وتتبع أهمية الموضوع من أن الدساتير العراقية لم تسلك مسلكاً واحداً في معالجتها لهذه السلطات سواء بالنسبة للجهة التي لها الحق في ممارستها أم الإجراءات التي يتوجب إتخاذها قبل إعلانها كما أن غالبية الفقهاء لم يعالجوا هذا الموضوع بشكل واضح ودقيق ينسجم مع أهميته وخطورته فضلاً عن وجود العديد من المسائل التي تستوجب الوقوف عليها ومعالجتها لاسيما إذا علمنا أن القوانين التي عالجت هذا الموضوع لم تتفق هي الأخرى على آلية موحدة لمعالجة هذه

السلطات لذا اخترنا عنوان بحثنا الموسوم بـ (التنظيم الدستوري والقانوني لإعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق) ونقسم هذا البحث الى فصلين نخصص الأول منه لدراسة إعلان الحرب في الدساتير العراقية أما الفصل الثاني فسنخصصه لدراسة حالة الطوارئ في الدساتير العراقية ثم سننهي بحثنا بخاتمة تمثل مسك الختام لهذا الموضوع .

الفصل الاول

مفهوم إعلان الحرب في العراق

يشترك القانون الدستوري والقانون الدولي في التطرق لسلطة إعلان الحرب إلا أن الدساتير قد سبقت المعاهدات والإتفاقيات الدولية في معالجة هذه السلطة^١ وقبل التطرق للجهة التي أناط بها الدستور صلاحية إعلان الحرب يقتضينا الحال أن نتطرق لمفهوم إعلان الحرب لغةً وإصطلاحاً لذا سنقسم هذا الفصل الى مبحثين وعلى النحو الآتي :-

المبحث الأول : مفهوم إعلان الحرب

المبحث الثاني : الجهة المختصة بإعلان حالة الحرب

المبحث الأول

مفهوم إعلان الحرب

الْحَرْبُ لُغَةً جمعها حروب والحَرْبُ هي نَقِيضُ السَّلْمِ ، أُنْثَى وَأَصْلُهَا الصَّفَةُ كَأَنَّهَا مُقَاتِلَةٌ حَرْبٌ ، وتصغيرها حُرَيْبٌ بغير هاء ، رواية عن الْعَرَبِ ، لأنها في الأصل مصدر ، ومثّلها ذُرَيْعٌ وفُؤَيْسٌ وفُرَيْسٌ ، أُنْثَى كل ذلك يُصَغَّرُ بغير هاء ، وحُرَيْبٌ: أَحَدُ مَا شَدَّ مِنْ هَذَا الْوِزْنِ وَقَدْ تُذَكَّرُ^٢ ، وقيل الحرب تَوَلَّتْ بِاعتبار المقاتلة وتُذَكَّرُ بِاعتبار القتال^٣ ، فتعني المقاتلة والمنازلة ، تقول "وقعت الحرب بينهم" ، وقد تأتي بمعنى العدو تقول "أنا حربٌ لمن حاربنى" أي عدوّ^٤ .

أما فقهاً فتعرف الحرب بأنها " نزاع مسلح ينشأ بين دولتين أو أكثر لإسباب سياسية أو دينية أو إقتصادية أو إقليمية " ، كما تعرف أيضاً بأنها " جملة أعمال القوة التي تقوم بها دولة ما ، أو جماعة دولية ، لإجبار الخصم على الإنصياع لإرادتها "° .

وتصنف الحروب إلى دفاعية وهجومية^٦ فتعرف الحرب الدفاعية بأنها " الحرب التي تدافع فيها الدولة عن نفسها ضد عدوان خارجي وهي حرب مشروعة تستند على حق الدولة الطبيعي في الدفاع عن النفس وفقاً لقواعد القانون الدولي^٧ " .

أما الحرب الهجومية فلا يوجد تعريف محدد لها ، سوى أنها تعني مواجهة الخصم ، وبالرجوع إلى إتفاقية لاهاي الثالثة لسنة ١٩٠٧ فإنها تشترط لمشروعية العمليات الحربية أن تسبق بإنذار مسبق وغير غامض ، وتطور الأمر إلى أن إنتهى بصدور ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥ والذي حظر اللجوء إلى القوة المسلحة إلا على أساس مبدأ الدفاع عن النفس (مبدأ الدفاع الشرعي) أو من قبل أجهزة الأمم المتحدة على أساس (نظام الأمن الجماعي) ، وعلى هذا الأساس يتضح أن إعلان الحرب الهجومية أصبح غير مشروع دولياً إلا لمواجهة الحالتين المذكورتين^٨ .

أما بصدد مشروعية الحرب الدفاعية فقد أنقسم الفقه الدستوري العربي بشأنها ، فذهب جانب منه إلى القول بمشروعية قيام السلطة التنفيذية بإعلان الحرب الدفاعية دون الحاجة إلى موافقة المجلس النيابي لأن الدفاع عن الوطن أمر لا يحتمل أي إجراءات أو موافقة ويؤدي إلى ضياع الدولة وإنهيارها بالكامل ومؤسساً ذلك على نظرية الضرورة^٩ في حين ذهب جانب آخر إلى اشتراط موافقة مجلس الشعب سواء كانت الحرب هجومية أم دفاعية^{١٠}.

أما الفقه الدستوري العراقي فبالرغم من تسليمه بمشروعية اللجوء إلى الحرب الدفاعية دون الهجومية إلا أنه اشترط ضرورة تقييد استخدام الحرب الدفاعية بوقوع عدوان أو احتمال وقوعه وتقدير ذلك متروك للسلطة التنفيذية^{١١}. أما موقف الدساتير العربية فنلاحظ أنها سلكت إحدى هذين الإتجاهين في معالجتها مشروعية سلطة إعلان الحرب :-

• الإتجاه الأول : إيراد مشروعية سلطة إعلان الحرب بصورة مطلقة دون تفرقة بين نوعي الحرب الهجومية والدفاعية الأمر الذي نستطيع معه القول بضرورة إتباع الإجراءات المنصوص عليها في الدستور فيستوي في ذلك أن تكون الحرب هجومية أو دفاعية^{١٢}.

• أما الإتجاه الثاني : فهو تحريم الحرب الهجومية بنص صريح كما الحال بالنسبة لدستور الكويت^{١٣} وقطر^{١٤} والبحرين^{١٥} والجزائر^{١٦}.

وبالرجوع إلى سلطة إعلان الحرب فلا بد من الإشارة إلى أن الدساتير لم تتفق على استعمال مصطلح موحد للدلالة على هذه السلطة ، فبعض الدساتير أطلقت مصطلح استخدام القوات المسلحة عند الإقتضاء^{١٧} في حين أن هناك دساتير أخرى استعملت مصطلح التعبئة العامة^{١٨} وإشهار الحرب^{١٩}.

أما بالنسبة لقرار إعلان الحرب فقد عُرف بتعريفات عديدة من قبل الفقه فذهب جانب منه إلى تعريفه بأنه (تصريح رسمي تقوم به الدولة نتيجة قرار متخذ بالمجابهة العسكرية ضد دولة أو مجموعة من الدول نتيجة خلاف دولي خطير يتعذر حسمه بالوسائل السلمية)^{٢٠} ، ومن ملاحظتنا على هذا التعريف أنه يؤخذ عليه جملة من الإنتقادات هي :

١. أن التعريف وصف إعلان الحرب بالتصريح السياسي خلافاً للواقع إذ أن إعلان الحرب هو سلطة خص بها الدستور هيئة من هيئات الدولة .

٢. كما أن التعريف المذكور حدد أسباب الحرب وحصرها بالخلاف الدولي الخطير دون أن يحدد ماهية ومضمون قرار إعلان الحرب .

٣. فضلاً عن عدم تفرقه بين نوعي الحرب الهجومية والعدوانية الأمر الذي يدل على عدم إتساقه مع المبادئ المستقرة في ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام ١٩٤٥ الذي حرم شن الحرب الهجومية أو العدوانية ومن باب أولى إعلانها .

لذا ذهب جانب آخر من الفقه الى تعريف قرار إعلان الحرب بأنه (بيان رسمي يصدر عن السلطة المختصة يتضمن الطلب من دولة معينة القيام بعمل أو الإمتناع عنه خلال فترة معينة وبخلافه فأن قواتها المسلحة سوف تتخذ إجراءاتها العسكرية ضدها)^{٢١} .

المبحث الثاني

الجهة المختصة بإعلان حالة الحرب في العراق

من إستقراء نصوص الدساتير الأجنبية والعربية نلاحظ أنها قد توزعت بين أربعة إتجاهات في تحديد السلطة المختصة بإعلان الحرب :-

- الإتجاه الأول : إناطة سلطة إعلان الحرب الى السلطة التشريعية حصراً^{٢٢}.
- الإتجاه الثاني : فهو إناطة سلطة إعلان الحرب إلى السلطة التنفيذية حصراً المتمثلة أما برئيس الدولة أو برئيس مجلس الوزراء^{٢٣}.
- الإتجاه الثالث : فهو إيداع السلطة التنفيذية صلاحية إعلان الحرب مع وجوب إقتران ذلك بموافقة أو علم السلطة التشريعية^{٢٤}.
- الإتجاه الرابع : فتمثل بالسكوت عن صلاحية إعلان الحرب وعدم إيراد نص صريح يعالجها^{٢٥}.

أما بالرجوع إلى الدساتير العراقية المتعاقبة فنجد أنها لم تتخذ مسلكاً واحداً في منح سلطة إعلان الحرب ، فتارة نَجدها تمنح ذلك إلى السلطة التنفيذية وتارة إلى السلطة التشريعية ، إذ أن (ف/٩م/٢٦) من القانون العراقي الأساسي لعام ١٩٢٥ قد أناطت سلطة إعلان الحرب للملك بعد موافقة مجلس الوزراء^{٢٦} أي أنه قد أخذ بمبدأ إيداع سلطة إعلان الحرب إلى السلطة التنفيذية .

يتضح من ذلك أن القانون الأساسي لم يشترط أي إجراءات لإعلان حالة الحرب سوى إستحصال موافقة مجلس الوزراء على ذلك ليتولى الملك إصدار الإرادة الملكية بإعلان الحرب وهذا الإختصاص وأن ورد في الدستور على أساس أنه خاص بالملك ، إلا أنه في الحقيقة يعد أختصاص مشترك بين الملك ومجلس الوزراء فهو صلاحية مُعلقة على موافقة الأخير .

إلا أنه مما يؤخذ على النص المذكور أنه لم يشترط أغلبية معينة للموافقة على إعلان الحرب من قبل مجلس الوزراء فهل هي أغلبية الثلثين أم الأغلبية المطلقة ؟ الأمر الذي نستطيع معه القول بأن الأغلبية المطلقة كافية لغرض إعلان الموافقة .

أما دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ فلم يتطرق إلى الجهة المختصة بإعلان الحرب لذا ذهب جانب من الفقه العراقي إلى إسناد هذه الصلاحية إلى رئيس مجلس الوزراء كونه القائد العام للقوات المسلحة وأن إعلان الحرب يدخل ضمن صلاحيات المنصب الأخير^{٢٧}.

أما دستور ٤ نيسان ١٩٦٣ (قانون المجلس الوطني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٣) فقد أناط سلطة إعلان الحرب إلى المجلس الوطني لقيادة الثورة^{٢٨} وكذلك الحال بالنسبة إلى دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ (قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤) إذ أن (فق-ج/م/٣) منه قد خصت المجلس الوطني لقيادة الثورة بسلطة إعلان الحرب^{٢٩} فيتضح أن إجراءات إعلان الحرب في ظل الدستورين المذكورين هي صلاحية مطلقة للمجلس الوطني لقيادة الثورة ودون أي قيود أو إجراءات يتوجب إتباعها .

أما دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ فقد حصل تغيير جديد في آيدولوجية منح سلطة إعلان الحرب إذ أصبح رئيس الجمهورية هو الذي يعلن حالة الحرب بعد إستحصل موافقة مجلس الوزراء ومجلس الدفاع الوطني^{٣٠}.

أما دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ فقد منح مجلس قيادة الثورة سلطة إعلان الحرب^{٣١}، وقد كرر دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ نفس الحكم المذكور إذ أن (فق-ب/م/٤٣) منه قد منحت مجلس قيادة الثورة بأغلبية عدد أعضائه سلطة إعلان الحرب^{٣٢}.

أما مشروع دستور العراق الدائم لعام ١٩٩٠ فقد منح رئيس الجمهورية سلطة إستخدام القوات المسلحة عند الإقتضاء للدفاع عن الوطن والمصالح الوطنية والقومية العليا^{٣٣} وهو الذي يقدر تلك المصالح وفقاً لتقديره الشخصي.

أما بالنسبة لقانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية الصادر ٢٠٠٤ فقد سكت عن معالجة سلطة إعلان الحرب وأكتفى بالنص على منح رئيس مجلس الرئاسة القيادة التشريعية والإحتفالية للقوات المسلحة العراقية^{٣٤} ومنح مجلس الوزراء تعيين كبار الضباط في القوات المسلحة العراقية من رتبة عميد فما فوق^{٣٥}، ونرى من جانبنا عدم إمكانية ممارسة سلطة إعلان الحرب لا من قبل السلطة التشريعية ولا من قبل مجلس الرئاسة ولا رئيس مجلس الوزراء كون تلك السلطة كانت تدخل ضمن السلطات العسكرية للقوات المتعددة الجنسية.

أما دستور جمهورية العراق الصادر في ٢٨/١٢/٢٠٠٥ فقد أناط (بند ١/ف/٩م/٦١) منه بمجلس النواب سلطة الموافقة على إعلان الحرب بأغلبية ثلثي أعضائه بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء^{٣٦}.

ومما يؤخذ على النص المذكور أنه :-

١. لم يحدد المقصود ما هي أغلبية الثلثين ، فهل هي ثلثي الأعضاء الحاضرين في الجلسة أم ثلثي أعضاء مجلس النواب ككل ؟.

٢. فضلاً عن أن النص المذكور قد ساوى بين الحرب الهجومية والحرب الدفاعية بالرغم من أن الإشتراك المذكور مرجعه النصوص الدستورية كون رئيس الجمهورية قائداً عاماً للقوات المسلحة لإغراض تشريفية وكذلك الحال بالنسبة لرئيس مجلس الوزراء الذي هو قائداً فعلياً للقوات المسلحة إلا أن جانب من الفقه العراقي إنتقد مسألة تقديم الطلب المشترك لغرض إعلان الحرب إذ أن ذلك قد يؤدي إلى إختلافات سياسية ليس بالإمكان حسمها^{٣٧}.

يتضح مما تقدم أن هنالك العديد من القيود التي ترافق إعلان حالة الحرب فتعد الشروط التي أستوجبها القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ قيوداً سابقة لإعلان حالة الحرب والتي تتمثل بضرورة إستحصل موافقة مجلس الوزراء وإصدار الإرادة الملكية بإعلان حالة الحرب أما بالنسبة للقيود الواردة في دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ فتتمثل بضرورة صدور المرسوم الجمهوري بإعلانها فضلاً عن إستحصل موافقة مجلس الوزراء ومجلس الدفاع الوطني على إعلانها خلافاً لما ذهب إليه دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ ودستور ١٦ تموز ١٩٧٠ إذ أشتطت موافقة

مجلس قيادة الثورة (المنحل) بأغلبية عدد أعضائه على قرار إعلان الحرب ، أما بالنسبة لدستور ٢٠٠٥ فتمثلت بتقديم طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء لغرض إعلان الحرب وموافقة مجلس النواب بأغلبية ثلثي أعضائه على إعلانها .

ويثور التساؤل الآتي هل أن قرار إعلان الحرب يخضع لرقابة القضاء العراقي من عدمه ؟

فقد ذهب غالبية الفقه العراقي إلى القول بأن الأعمال المتعلقة بالحرب والإجراءات المتعلقة بها هي من أعمال السيادة التي تكون بمعزل عن الرقابة القضائية^{٣٨} إذ يتوجب على القضاء عدم البحث في شرعية قرار إعلان الحرب أو العمليات العسكرية ، ونرى أن تحديد نهاية حالة الحرب من المسائل السياسية التي يستقل الرئيس بتقديرها ، فذلك التقدير من المسائل السياسية التي لا يملك القضاء الوسائل الكافية لوزنها ، فضلاً عن أنهم ليسوا الجهة المسؤولة عنها مسؤولية رسمية ولا يتوجب إستحصال موافقة مجلس النواب على إيقافها .

الفصل الثاني

مفهوم إعلان حالة الطوارئ في العراق

تعد حالة الطوارئ نظام إستثنائي لا يفرض إلا في حالة وجود خطر يهدد كيان الدولة وأمنها وإستقرار مؤسساتها الدستورية كخطر الحرب أو الإضطرابات الداخلية ، لذا فإن الدساتير قد أجمعت على معالجة هذا الموضوع في صلب متونها وتركزت للقوانين مهمة وضع التفاصيل اللازمة لتطبيقها الأمر الذي يستوجب التطرق لمفهومها والسلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ فضلاً عن شروط ممارستها والرقابة عليها ، ولتسليط الضوء على ذلك إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وكالاتي :-

المبحث الأول : مفهوم حالة الطوارئ

المبحث الثاني: السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ وإجراءاتها

المبحث الثالث: القيود القانونية على سلطة إعلان حالة الطوارئ

المبحث الاول

مفهوم حالة الطوارئ

الطوارئ لغة جمع طارئة ومعناها حادثة ، أما الطارئ فهو الغريب وجمعه طراء فيقال طراً الأمر طروءاً : حدث فجأة فهو طارئ .

أما فقهاً فعرفت حالة الطوارئ بتعريفات عديدة فذهب جانب من الفقه إلى تعريفها بأنها " تحرر الإدارة من الإلتزام بالقانون ومنحها بعض السلطات الإستثنائية في الظروف الإستثنائية على النحو الذي يتعارض مع مبدأ المشروعية في الظروف الإعتيادية لإن سلامة الشعب فوق القانون " ^{٣٩} ، في حين عرفها آخرون على أنها " الوضع الذي تستخدم فيه الصلاحيات القانونية غير العادية

المخولة للسلطات العامة لمواجهة الخطر الداهم وآثاره التي تنجم عن ظرف إستثنائي خاضع للرقابة "٤٠.

ومما يؤخذ على هذان التعريفان أنهما لم يتعرضا لمفهوم إعلان حالة الطوارئ والسمات المميزة لها كما لم يبينا ماهية الظروف الإستثنائية التي توجب إعلانها ولم يحددا حالاتها ، لذا ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفها على أنها " نظام قانوني مُعد سلفاً لتأمين البلاد يرتكز على تقوية السلطة التنفيذية عن طريق نقل السلطة المدنية إلى أيدي السلطة العسكرية " ٤١.

يتضح مما تقدم أن إعلان حالة الطوارئ هو نظام إستثنائي يخضع لمبدأ المشروعية الإستثنائية وهو أمر جوازي وليس وجوبي أي أن للسلطة العامة الحرية المطلقة في إعلانها من عدمه ، فضلاً عن كونه نظام مؤقت إذ ينتهي بزوال الظروف الإستثنائية التي سوغت اللجوء إليه ٤٢ أو بإنهاء المدة المحددة لإعلانه دون تمديدها .

أما شروط إعلانها فقد وضع الفقه شروط عديدة لممارسة هذه السطة وهذه الشروط هي :-

١- وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه إلى الدولة (قيام ظروف إستثنائية) ٤٣ : والخطر أما أن يكون طبيعياً كالزلازل والفيضانات أو خارجياً كالحروب والعصيان المسلح أو التمرد العسكري والمظاهرات غير السلمية ويشترط في الخطر أن يكون جسيماً (يؤدي إلى ضرر جسيم) بحيث يكون غير مألوف من حيث النوع أو المدى وكذلك يشترط فيه أن يكون حالاً أي أنه وقع ولم ينته أو وشيك الوقوع ٤٤ .

٢- إستحالة مواجهة الخطر بالطرق القانونية العادية ٤٥ وأن يمارس التقيد في أضيق الحدود ٤٦ .

٣- وجود علاقة التناسب والسببية بين حالة الضرورة وتحقيق المصلحة العامة وإنتهائها بزوال الظرف الإستثنائي ٤٧ .

٤- وأضاف جانب من الفقه شروط أخرى وهي خضوع إعلان حالة الطوارئ لإحكام المشروعية الدولية والداخلية وأن يكون إعلانها بإجراء رسمي على أن يتبعه إشهار فوري بها وعدم المساس بالحقوق الأساسية للأفراد ٤٨ . أما الأساس الذي تمارس بموجبه سلطة إعلان الطوارئ فقد اختلف فيه الفقه باتجاهات عدة :-

١. فذهب جانب منه إلى تأسيس هذه السلطة على أساس أن القانون من صنع الدولة التي تخضع له كلما كان ذلك ملائماً لها وتخرج عن أحكامه كلما أعاقها عن تنفيذ سياستها وتحقيق أهدافها ووجوب الإبقاء على الدولة ٤٩ .

٢. في حين ذهب جانب آخر إلى تأسيسها على فكرة الإستعجال ، والواقع أن الإستعجال لا يصلح أن يكون أساس هذه السلطات لأنه من طبيعة أعمال السلطة التنفيذية الصادرة في الظروف الإستثنائية .

٣. بينما يرى إتجاه آخر أن فكرة الواجبات العامة للسلطة التنفيذية أساس هذه السلطات ٥٠ إلى أن ذهب غالبية الفقه إلى تأسيسها على حالة الضرورة التي

بمقتضاها يحدد التشريع السلطات الإستثنائية التي يمنحها للسلطة العامة وبقدرها يتم تحديد هذه السلطات الاستثنائية ونطاقها من أجل إحترام وحماية النظام العام وتأمين سير المرافق العامة بانتظام^{٥١}.

المبحث الثاني

السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ وإجراءاتها

بالرجوع إلى الدساتير العراقية المتعاقبة نجد أنها لم تتخذ مسلكاً واحداً في معالجة سلطة إعلان حالة الطوارئ ، فتارة نجدها تمنح هذه السلطة لرئيس الجمهورية ، وتارة أخرى لرئيس مجلس الوزراء فبالنسبة للقانون العراقي الأساسي لعام ١٩٢٥ نجد أن (م ١٢٠) منه قد منحت سلطة إعلان حالة الطوارئ في أنحاء العراق للملك بعد موافقة مجلس الوزراء إذ اشترطت (ف ٢) من المادة نفسها^{٥٢} عدة شروط لإمكان ممارسة هذه السلطة وهي :-

- ١- حدوث خطر أو عصفان أو ما يخل بالسلام .
 - ٢- إستحصال موافقة مجلس الوزراء على إعلان حالة الطوارئ .
 - ٣- إصدار الإرادة الملكية بإعلان حالة الطوارئ .
- فإذا ما تحققت الشروط المذكورة مجتمعة فيجوز إعلان حالة الطوارئ في جميع أنحاء العراق أو في أية منطقة منه ويتم إدارة المناطق المشمولة بالطوارئ بقانون خاص ينص على محاكمة الأشخاص عن جرائم معينة أمام محكمة خاصة كما ينص على الإجراءات الإدارية التي تتخذها سلطات معينة^{٥٣}.
- ومن الجدير بالذكر أن المادة المذكورة لم تشترط أغلبية معينة لغرض موافقة مجلس الوزراء على إعلان حالة الطوارئ الأمر الذي نستطيع معه القول بأن الأغلبية المطلقة كافية لممارسة تلك الصلاحية^{٥٤} ، كما أن المشرع العراقي في القانون المذكور قد سار على خطى المشرع الفرنسي في تفرقه بين الأحكام العرفية وحالة الطوارئ^{٥٥}.

ومما يؤاخذ على (م ١٢٠) من القانون الأساسي أن هناك تكرار في الصلاحيات لا مسوغ له إذ تم معالجة إعلان حالة الطوارئ والأحكام العرفية في مادتين مستقلتين وكان الأوجب دمجهما في مادة واحدة^{٥٦}.

أما بالنسبة لدستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ فلم يعالج مسألة إعلان حالة الطوارئ والأحكام العرفية ونرى مع من ذهب من الفقهاء أن هذه الصلاحية ممنوحة لرئيس مجلس الوزراء بالرغم من عدم النص عليها على عده رئيساً للسلطتين التنفيذية والتشريعية والقائد العام للقوات المسلحة^{٥٧} ويؤكد ذلك أن الظروف التي سادت أثناء قيام الثورة ومابعداها هي ظروف إستثنائية وكانت تدار الدولة فيها طبقاً للأحكام العرفية^{٥٨}.

أما دستور ٢٢ نيسان (قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٣) فلم يتطرق إلى الجهة التي لها الحق في إعلان حالة الطوارئ ونرى من جانبنا أن المجلس الوطني لقيادة الثورة هو الذي كان له الحق في إعلان الأحكام

العرفية وحالة الطوارئ وسندنا في ذلك هو (ف/١٠م/٢) من القانون المذكور التي منحت المجلس المذكور صلاحية الإشراف بوجه عام على شؤون الجمهورية .

أما قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم (٦١) لسنة ١٩٦٤ فقد أختص رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ بعد إستحصال موافقة مجلس الوزراء^{٥٩} .

ومما يؤخذ على القانون المذكور أن هناك تكرار لا مسوغ له ، ففي الوقت الذي عالجته فيه (م/٤٨) منه صلاحية إعلان حالة الطوارئ ، عادت (م/٥١) منه ومنحت رئيس الجمهورية صلاحية إصدار قرارات لها قوة القانون بعد موافقة مجلس الوزراء في حالة خطر عام أو إحتمال حدوثه بشكل يهدد سلامة البلاد ويدخل ضمن هذه القرارات إعلان حالة الطوارئ .

أما دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ فقد منح سلطة إعلان حالة الطوارئ إلى رئيس الجمهورية وطبقاً للأحوال المبينة في القانون^{٦٠} .

أما دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ فقد أختص مجلس الوزراء بإعلان حالة الطوارئ الكلية أو الجزئية وإنهاؤها طبقاً للقانون^{٦١} .

أما قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤ فلم يتطرق إلى سلطة إعلان حالة الطوارئ ، الأمر الذي يشكل حالة من العيب الدستوري الذي وقع فيه المشرع حينما أغفل الإشارة إلى هذه السلطة .

أما دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ فقد منحت (ف/٩م/٦١) منه مجلس النواب صلاحية الموافقة على إعلان حالة الطوارئ وبأغلبية الثلثين بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء^{٦٢} ، كما حدد المدة القصوى لإعلان حالة الطوارئ بـ (٣٠) يوماً قابلة للتمديد في كل مرة^{٦٣} ، كما أحال الدستور للقانون تنظيم كل ما يتعلق بحالة الحرب والطوارئ^{٦٤} وبعد إنتهاء المدة المذكورة يقوم رئيس مجلس الوزراء بعرض الإجراءات المتخذة والنتائج التي تم التوصل إليها إثناء مدة حالة الطوارئ على مجلس النواب خلال (١٥) يوماً من تاريخ إنتهائها ، ويترتب على ذلك أن المدة المذكورة حتمية ويتوجب مراعاتها من رئيس الوزراء وبخلافه بإمكان مجلس النواب إثارة المسؤولية السياسية والتي قد تصل إلى سحب الثقة منه^{٦٥} .

ومما يؤخذ على الدستور المذكور أنه لم يحدد الحالات التي بإمكان الحكومة إعلان حالة الطوارئ بموجبها فضلاً عن أنه لم يحدد النسبة المطلوبة لتمديد حالة الطوارئ هل هي أغلبية الثلثين أم الأغلبية المطلقة ؟ وبالرجوع إلى (م/٦١) من الدستور نجد أنها لم تشترط أغلبية الثلثين عند تمديد حالة الطوارئ ، وإنما إشتطت هذه الأغلبية عند الإعلان عن هذه الحالة فقط ، وبالتالي ليس هناك حاجة لموافقة الثلثين على تمديد حالة الطوارئ إذ أنها شرط إبتداء وليس شرط إستمرار ، إلا أننا نرى من جانبنا أنه طالما تم إعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين لذا يصار إلى تمديدها بنفس الأغلبية المطلوبة.

المبحث الثالث

القيود القانونية على سلطة إعلان حالة الطوارئ

هنالك العديد من القيود التي ترافق إعلان حالة الطوارئ فهناك قيود دستورية وقيود قانونية ، فضلاً عن القيود الدولية ، علماً أن هذه القيود تكون أما ماهو سابق لها أو ماهو معاصر أو ماهو لاحق عليها ، وسوف نقوم بتناول تلك القيود وعلى النحو الآتي :-

أولاً :- القيود الدستورية ، فبالنسبة إلى تلك القيود فتعد الشروط التي أستوجبها (م ١٢٠) من القانون العراقي الأساسي لعام ١٩٢٥ قيوداً سابقة لإعلان حالة الطوارئ وتتمثل بضرورة إستحصال موافقة مجلس الوزراء وإصدار الإرادة الملكية بإعلان حالة الطوارئ ووجوب تحديد الأسباب أو الحالات التي تستوجب إعلانها .

ثانياً :- القيود القانونية ، أما بالنسبة لتلك القيود فبالرجوع إلى مرسوم الإدارة العرفية رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ فإنه لم يتضمن أي قيود تحد من سلطة الإدارة بل على العكس من ذلك نجده قد صادر جميع الحقوق والحريات العامة^{٦٦} ، كما نص على تشكيل مجلس عرقي عسكري من رئيس وأربعة أعضاء إثنان منهما من الضباط العسكريين والعضوان الآخران من الحكام العدليين^{٦٧} ، كما منح قائد القوات العسكرية صلاحيات إستثنائية مطلقة فله أن يحاكم المخالف أمام المجلس العرقي أو إحالته إلى المحاكم العدلية وحسب ما يترأى له .

ويترتب على إعلان حالة الطوارئ والأحكام العرفية إنتقال صلاحيات الضبط الإداري من الإدارة المدنية إلى الحاكم العسكري العام والذي يكون مسؤولاً عن كافة الأمور المتعلقة بالإدارة العرفية عن طريق الأوامر والبيانات التي يصدرها^{٦٨} . وبالرجوع الى قانون السلامة الوطنية رقم (٤) لسنة ١٩٦٥ فإنه قد أورد العديد من القيود ، وهذه القيود أما أن تكون قيود ((سابقة أو معاصرة "مرافقة" أو لاحقة)) لإعلان حالة الطوارئ :-

١- القيود السابقة وتتمثل بقيدين :-

• القيد الأول فيتمثل بتحديد الحالات التي تجيز إعلان الطوارئ في العراق أو في منطقة منه في ثلاث أسباب : الأول ، حدوث خطر من غارة عدائية أو إعلان الحرب أو قيامها ، والثاني ، هو حدوث اضطراب خطير في الأمن العام أو تهديد خطير له ، أما الثالث ، فهو حدوث وباء عام أو كارثة عامة^{٦٩} .

• أما القيد الثاني وهو عبارة عن قيد شكلي يتمثل بضرورة إعلان حالة الطوارئ وإنهاؤها بمرسوم جمهوري بموافقة مجلس الوزراء ، فضلاً عن وجوب إحتواء المرسوم السبب الذي دعا إلى إعلانها والمنطقة المشمولة به^{٧٠} .

٢- أما القيود المعاصرة أو المرافقة لإعلان حالة الطوارئ فتتمثل بإناطة ممارسة السلطات الإستثنائية^{٧١} برئيس الوزراء وله بموافقة مجلس الوزراء أن يخول غيره إستعمال كل أو بعض السلطات الممنوحة له بموجب القانون المذكور^{٧٢} .

٣- وبالنسبة للقيود اللاحقة لإعلان حالة الطوارئ فتتمثل كذلك بقيدين :-

- القيد الأول منها يتمثل بضمان حق التقاضي بتشكيل محكمة أمن الدولة من رئيس وعضوين بإقتراح من رئيس الوزراء^{٧٣} وتشكيل محكمة تمييز أمن الدولة من خمسة أعضاء ثلاثة منهم من قضاة محكمة تمييز العراق^{٧٤} ، فضلاً عن تشكيل دائرة شؤون قانون السلامة الوطنية في ديوان مجلس الوزراء يرأسها قاضي^{٧٥} ،
 - أما القيد الثاني فيتمثل بعدم إيقاف العمل بقانون اصول المحاكمات الجزائية بل على العكس من ذلك فقد أوجب القانون المذكور إتباعه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة فضلاً عن وجوب حضور عضو الإدعاء العام أمام محكمة أمن الدولة وإنتداب محامي للمتهم^{٧٦} .
- وقد أنتقد جانب من الفقه العراقي مسلك المشرع العراقي في القانون المذكور وتلخص هذه الإنتقادات بالآتي :-
- أ. فعلى الرغم من تحديد المشرع العراقي الحالات التي يجوز فيها إعلان حالة الطوارئ ، إلا أنه يؤخذ عليه أن بعض هذه الحالات تتسم بالمرونة وعدم الوضوح (إذا حدث خطر من غارة عدائية أو أية حالة تهدد بوقوع الحرب ...) وهذا يعني توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية التقديرية لإعلان حالة الطوارئ .
 - ب. كما أنه لم يحدد مدة سريان حالة الطوارئ مما يعني ترك الأمر إلى تقدير السلطة التنفيذية^{٧٧} .
 - ت. فضلاً عن أن اشتراط موافقة مجلس الوزراء لا يشكل قيداً على سلطة رئيس الجمهورية ، لأن رئيس الجمهورية يتولى سلطة تعيين الوزراء وقبول إستقالتهم وإعفاءهم من مناصبهم.
 - ث. إضافة إلى أن (فق-أ/م ٥٠) نصت على أن يكون الوزراء مسؤولين أمام رئيس الجمهورية في أداء وظائفهم وتصرفاتهم وبالتالي لا يتصور معارضتهم لرئيس الجمهورية هذا من جانب ، ومن جانب آخر لم ينص القانون على عرض المرسوم على السلطة التشريعية بغية إقرار ما تراه مناسباً جراء إعلان حالة الطوارئ .
 - ج. كما خولت (م ٤) من القانون السلطة التنفيذية سلطات واسعة جداً عند إعلان حالة الطوارئ تمثلت في فرض القيود على معظم الحقوق المدنية والسياسية ، وفي المقابل لم ينص القانون على الضمانات الكافية للأفراد عند تعرض حقوقهم للإنتهاك .
- ونرى من جانبنا أن مشرع قانون السلامة الوطنية قد وقع في تناقض بين ، فعلى الرغم من منح محاكم أمن الدولة إختصاصاً عاماً في محاكمة المخالفين لإحكامه نجد أنه قرر للقائد العسكري الأقدم للقوات المسلحة كافة الحقوق في حالة الحرب^{٧٨} ، فضلاً عن منح رئيس مجلس الوزراء الحق في تشكيل هيئات تحقيقية تتولى التحقيق في الجرائم التي هي من إختصاص محاكم أمن الدولة أو أي جريمة ذات مساس بالأمن العام والسلامة الوطنية^{٧٩} ، كما أن المشرع قد أشرك عدة

جهات في مسألة الإحالة إلى محاكم أمن الدولة إذ منحها لرئيس مجلس الوزراء أو من يخوله فضلاً عن المجلس العرفي العسكري^{٨٠}.
أما أمر قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤^{٨١} فإنه قد أحاط إعلان حالة الطوارئ بعدة قيود أما أن تكون قيود (سابقة أو معاصرة (مرافقة) أو لاحقة) لإعلان حالة الطوارئ :-

١. فتتمثل القيود السابقة لها بإصدار أمر إعلان حالة الطوارئ من رئيس الوزراء بعد استحصال موافقة مجلس الرئاسة بالإجماع على ذلك وتضمن القرار أسباب إعلانها وهي تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم وناشئ من حملة مستمرة للعنف^{٨٢} وتحديد المنطقة المشمولة بها وتحديد مدتها من إذ بدء سريانها وتاريخ إنتهائها على ان لا تتجاوز ستون يوماً^{٨٣}.

وإذا ماتم إعلان حالة الطوارئ بعد استيفاء القيود والشكليات المذكورة في أعلاه فإن رئيس الوزراء حصراً هو الذي يمارس السلطات الإستثنائية المنصوص عليها في الأمر المذكور^{٨٤} وبالتنسيق مع وزير الدفاع والداخلية ومستشار الأمن الوطني.

٢. أما القيود المعاصرة لإعلان حالة الطوارئ فتتمثل بوجوب قيام رئيس مجلس الوزراء بنشر الأوامر أو البلاغات أو البيانات التحريرية والتي بموجبها يمارس السلطات الإستثنائية في وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة^{٨٥} ويعاقب من يخالف هذه الأوامر^{٨٦}.

٣. أما القيود اللاحقة على إعلانها فتتمثل بوجوب عرض قرارات توقيف أو حجز الاشخاص أو الأموال على قاضي التحقيق وضرورة عرض المتهم امام القاضي خلال (٢٤) ساعة من توقيفه^{٨٧} فضلاً عن إحالة جميع الجرائم المرتكبة خلال مدة سريان حالة الطوارئ إلى المحكمة الجنائية المركزية حصراً فيما يتعلق بجرائم القتل والتسليب والإغتصاب والخطف وتخريب الأموال العامة والخاصة^{٨٨} وهي بادرة يحمدها عليها المشرع بإيداع المحكمة المركزية إختصاصاً مانعاً جامعاً بشأن الجرائم المرتكبة إثناء سريان حالة الطوارئ.

ولم تقتصر قيود إعلان حالة الطوارئ على ماتقدم بل تعدتها إلى فرض نوعين من الرقابة :-

- الأولى الرقابة السياسية الدستورية والتي تمثلت بضرورة إستحصال مصادقة هيئة الرئاسة بالإجماع على القرارات والإجراءات الإستثنائية فضلاً عن حق الجمعية الوطنية المؤقتة في مراقبة تنفيذ هذه الإجراءات^{٨٩}.
- أما الثانية فهي الرقابة القضائية والتي تتمثل برقابة محكمة التمييز لقرارات وإجراءات رئيس الوزراء ومن ثم رقابة المحكمة الاتحادية العليا والتي لها الحق في تقرير إلغاء تلك القرارات والإجراءات في حالة عدم مشروعيتها أو تصديقها في حالة مطابقتها للقانون^{٩٠}.

وإذ أنه من المستقر عليه فقهاً أن إعلان حالة الطوارئ يعد عملاً من أعمال السيادة أما التدابير التي يتخذها الحاكم العسكري فتعد قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية^{٩١} لذا نرى أن قرار إعلان الطوارئ وفقاً للقانون العراقي يعد عمل من أعمال السيادة له قوة القانون الذي يصدره مجلس النواب ومن ثم لا يخضع لرقابة القضاء استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات أما قرارات وإجراءات رئيس الوزراء فهي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء ولا تُعد من أعمال السيادة إذ تخضع للرقابة السياسية لمجلس النواب فضلاً عن خضوعها للرقابة القضائية ولا يوجد أي تعارض بين إخضاعها للرقابتين المذكورتين إذ أن الرقابة البرلمانية تنبسط على مدى ملائمة القرارات المتخذة من قبل رئيس الوزراء والنتائج المتحققة من إعلانها أما الرقابة القضائية فتتصرف إلى رقابة الوجود المادي والقانوني للقرار الصادر من رئيس الوزراء وعلى القضاء أن يحكم بصحته أو إلغائه بأثر رجعي من تاريخ صدوره .

ويتربط على ذلك إذا لم تتوافر شرائط هذا الإعلان المنصوص عليها في أمر الدفاع عن السلامة الوطنية كأن خرج على الحالات التي حددها القانون المذكور أو لم يحدد المدة الزمنية لتطبيقه أو لم يتم عرضه على مجلس النواب فإن القضاء لا يلتزم بهذا الإعلان حتى لو وافق عليه مجلس النواب ولا يمكن للمحكمة الاتحادية أن تقضي بعدم دستوريته لمخالفته (م ٦١) من الدستور ويسرى الأمر كذلك بالنسبة لقرار تمديد إعلان حالة الطوارئ .

ثالثاً :- القيود الدولية ، أما تلك القيود فتتمثل بضرورة احترام الدول للحقوق الواردة بالمواثيق والاتفاقيات الدولية المصدقة عليها فبالنسبة للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦ نجد أن (م ٤) منه بعد أن عرفت الظروف الإستثنائية بأنها " أوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة بالخطر والمعلن قيامها رسمياً " ^{٩٢} أجازت للدول الأطراف أن تتحلل من الإلتزامات التي تفرضها الإتفاقية عليها بعدة قيود هي :-

١. وجود حالة الحرب أو خطر عام يهدد حياة الأمة فحالة الطوارئ مرتبطة وجوداً وعدماً مع تهديد حياة الأمة .

٢. وجوب أن تكون تدابير المخالفة في اضييق الحدود التي يتطلبها الوضع .

٣. عدم تعارض هذه التدابير مع الإلتزامات الأخرى المقررة في القانون الدولي^{٩٣} فضلاً عن عدم إنطوائها على التمييز وعدم المساس بعدد من الحقوق الأساسية للإنسان^{٩٤} .

٤. ضرورة إبلاغ الدول الأخرى الأطراف عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة بالنصوص التي تحللت منها والأسباب الموجبة لذلك^{٩٥} .

الخاتمة

من خلال ما عرضناه على صفحات هذا البحث ، والذي تناولنا فيه موضوع ((التنظيم الدستوري والقانوني لإعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق)) ، كان هدفنا منذ البدء هو إلقاء الضوء على نصوص الدساتير والقوانين العراقية التي

نظمت سلطة إعلان الحرب وحالة الطوارئ في العراق ، وقد أحطنا هذه النصوص بالتعليق والتحليل والجدل بقدر ما أمكننا ذلك ، وفي نهاية مطاف هذه الدراسة المتواضعة لابد من تسجيل أهم النتائج التي توصلنا إليها ، إضافة إلى التوصيات التي ينبغي طرحها تحقيقاً للفائدة ولإعتقادنا بأهميتها ، ويمكن إقتضاها بالآتي :

أولاً :- النتائج

١. أن أفضل تعريف للحرب هو ما يجعلها " نزاع مسلح ينشأ بين دولتين أو أكثر لأسباب سياسية أو دينية أو إقتصادية أو إقليمية " .
٢. أما إعلان حالة الطوارئ فهو نظام إستثنائي يخضع لمبدأ المشروعية الإستثنائية وهو أمر جوازي وليس وجوبي ، أي أن للسلطة العامة الحرية المطلقة في إعلانها من عدمه ، فضلاً عن كونه نظام مؤقت إذ ينتهي بزوال الظروف الإستثنائية التي سوغت اللجوء إليه أو بإنتهاء المدة المحددة لإعلانه دون تمديدها ، ولا يمكن تطبيق تلك الحالة إلا بتوافر شروط معينة منها (وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه إلى الدولة قيام ظروف إستثنائية ، فضلاً عن إستحالة مواجهة ذلك الخطر الجسيم بالطرق القانونية العادية وأن يمارس التقييد في أضيق الحدود ، كما يشترط وجود علاقة التناسب والسببية بين حالة الضرورة وتحقيق المصلحة العامة وإنتهائها بزوال الظرف الإستثنائي .
٣. أن أغلب الدساتير العراقية لم تسلك مسلكاً واحداً في معالجتها لسلطة إعلان الحرب وحالة الطوارئ ، سواء بالنسبة للجهة التي لها الحق في ممارستها أم الإجراءات التي يتوجب إتخاذها قبل إعلانها ، هذا فضلاً عن غالبية الفقهاء لم يعالجوا هذا الموضوع بشكل واضح ودقيق ينسجم مع أهميته وخطورته .
٤. لاحظنا أن سلطة إعلان حالة الطوارئ ليس حقاً مطلقاً مجرداً من الضوابط أو القيود التي تحكمه ، فهو مقيد بعدة قيود حفاظاً على عدم التعسف في إستعمال تلك السلطة بالشكل الذي يتعارض مع الدستور أو الحقوق والحريات الأساسية ، وهذه القيود إما أن تكون قيود (دستورية أو قانونية أو دولية) ، وقد تكون تلك القيود إما سابقة أو لاحقة لإعلان حالة الطوارئ أو قد تكون أحياناً متزامنة لهذه الحالة .

ثانياً :- التوصيات

يمكن إدراج بعض التوصيات والتي نعدّها مفيدة لمقتضيات البحث وهذه التوصيات هي :

١. ندعو من مجلس النواب العراقي الحالي أو القادم تعديل (بند ١/ف/٩/م/٦١) من الدستور الدائم ، وذلك بإيراد نص صريح وواضح ينظم سلطة إعلان الحرب وحالة الطوارئ ، بالشكل الذي لا يدع مثاراً للشك أو الجدل أو السجال القانوني ، فبالنسبة لسلطة إعلان الحرب فالنص الآنف الذكر لم يحدد المقصود بأغلبية الثلثين ، فهل هي ثلثي الأعضاء الحاضرين في

الجلسة أم ثلثي أعضاء مجلس النواب ككل ؟ ، فضلاً عن ذلك فالنص ساوى بين الحرب الهجومية والحرب الدفاعية بالرغم من أن الإشتراك المذكور مرجعه النصوص الدستورية كون رئيس الجمهورية قائداً عاماً للقوات المسلحة لإغراض تشريفية ورئيس مجلس الوزراء هو قائداً فعلياً للقوات المسلحة ، ناهيك عن أن جانب من الفقه العراقي إنتقد مسألة تقديم الطلب المشترك من قبل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء لغرض إعلان الحرب إذ أن ذلك قد يؤدي إلى إختلافات سياسية ليس بالإمكان حسمها .

٢. كذلك الحال ينطبق بالنسبة للـ (ف/٩م/٦١) من الدستور الدائم التي جاءت بنفس اللبس الواضح في (بند ١/ف/٩م/٦١) ، فكل ما يترتب عليها من إنتقاد لهذه الأخيرة - التي سبق وأن أوضحناها - تنطبق هي الأخرى على الأولى .

الهوامش

- ١- يُعد الدستور الأميركي الصادر ١٧٨٧ أول دستور عالج سلطة إعلان الحرب إذ نصت في المادة (٨-١١-١) منه على أنه (تكون للكونكرس سلطة إعلان الحرب) سابقاً بذلك إتفاقية لاهاي المعقودة عام ١٩٠٧ بعدة عقود والتي تُعد أول إتفاقية عالجت موضوع إعلان الحرب .
- ٢ - أنظر معجم محيط المحيط ، منشور على الإنترنت ضمن الموقع : <http://lexicons.sakhr.com/openme.aspx?fileurl=/html/2059796.html>
- ٣ - أنظر معجم لسان العربي ، منشور على الإنترنت ضمن الموقع : <http://lexicons.sakhr.com/openme.aspx?fileurl=/html/7103934.html>
- ٤ - أنظر لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، مؤسسة إنتشارات دار العلم ، ط ٣٦ ، قم ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢٤ . وأيضاً العلامة الراغب الأصفهاني - تحقيق صفوان عدنان داوودي ، مفردات ألفاظ القرآن الكريم ، منشورات طليعة النور ، ط ١ ، العراق-النجف الأشرف ، ٢٠٠٠-١٤٢٦ ، ص ٢٢٥ .
- ٥ - د. إحسان هندي الحرب بين السياسة والقانون ، مقال منشور على الإنترنت ضمن الموقع : www.thawra.alwehda.gov.sy
- ٦- ومن الجدير بالذكر أن جانباً من الفقه يصنف الحروب تصنيفات أخرى بحسب عدة معايير منها: فمن حيث عدد الدول المشتركة فيها قد تنحصر الحرب في حدود دولة واحدة بين حكومة هذه الدولة وفئة من فئات شعبها أو بين فئتين متناحرتين من فئات هذا الشعب ، فتسمى الحرب عندئذ (حرباً أهلية) ، وقد تنشأ الحرب بين دولتين أو أكثر فتسمى في هذه الحالة (حرباً دولية) كحرب الخليج الأولى والثانية ، وقد تمتد الحرب لتشمل أغلب دول العالم من إذ العدد أو من إذ القوة فتسمى عندئذ (حرباً عالمية) ، أما من حيث نوع مسرح العمليات قد تكون الحرب (برية) ، أو بحرية ، أو جوية) ، أما من حيث تبعية المكان الذي تبدأ فيه العمليات يمكن تصنيف الحروب إلى ثلاثة أنواع :- أ- الحروب الهجومية: وهي التي تجري في أرض الخصم ، ب- الحروب الدفاعية: وهي التي تجري في جزء من أرض الوطن ، أو في الإقليم الوطني بكاملة ، ج- الحروب الوقائية: وهي القيام بمهاجمة الخصم في عقر داره في فترة استعداداته للقيام بمهاجمتنا ، ومن حيث المشروعات الدولية تصنف إلى حروب (مشروعة و غير مشروعة) ، ومن حيث الأسلحة المستخدمة في المعارك تكون أما (حرباً تقليدية أو حرباً غير تقليدية) أو (حرباً كيمياوية) إذا اعتمدت على الأسلحة الكيمياوية ، أو (حرباً ذرية) إذا اعتمدت على السلاح الذري ، أو (حرباً نووية) إذا اعتمدت على السلاح النووي ، أو (حرباً بكتريولوجية) إذا اعتمدت على استخدام البكتيريا والجراثيم ، ومن حيث الإتساع المكاني أما أن تكون (محدودة النطاق) من الناحية الجغرافية أو تكون (حرباً شاملة) ، ومن حيث المدة إما أن تكون (حرباً خاطفة) إذا لم تدم أكثر

- من أسبوع ، أو (حرباً قصيرة المدة) إذا دامت بين أسبوع واحد وسنة واحدة ، أو (حرباً طويلة الأجل) إذا دامت أكثر من سنة . د. إحسان هندي ، المصدر السابق .
- ٧ - صلاح الدين أحمد - العدوان في ضوء القانون الدولي - ط١ - مطبعة دار القادسية - بغداد - ١٩٨٦-١٩٩١
- ٨ - ينظر هيلين تورار - تدويل الدساتير الوطنية-ترجمة باسيل يوسف-بيت الحكمة-بغداد - ١٩٩٨-٢٠٠٤ .
- ٩ - د مصطفى محمود عفيفي - الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم الدستورية المقارنة - ك١-ط٢ - بدون مكان وسنة النشر - ص٢٩٠ .
- ١٠ - د. إبراهيم عبدالعزيز شيحا - تحليل النظام الدستوري المصري في ضوء المبادئ الدستورية العامة - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت-١٩٨٣ ص٧٣٤
- ١١ - ثائر محمد خضير - صلاحية إعلان الحرب في بعض الدساتير المعاصرة (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد-١٩٩٣ - ص٤٧ .
- ١٢ - ينظر (م٦١) من دستور جمهورية العراق الصادر عام ٢٠٠٥ .
- ١٣ - ينظر (م٦٨) من دستور الكويت الصادر ١٩٩٢ .
- ١٤ - ينظر (م٧١) من دستور الكويت الصادر ٢٠٠٣ .
- ١٥ - ينظر (م٣٦) من دستور مملكة البحرين الصادر ٢٠٠٢ .
- ١٦ - ينظر (م٢٦) من دستور الجزائر الصادر ١٩٩٦ .
- ١٧ - ينظر (ف١/م٩٠) من مشروع دستور جمهورية العراق الدائم لعام ١٩٩٠ .
- ١٨ - ينظر (م٣٧) من دستور جمهورية اليمن الصادر ١٩٩٤ وكذلك (م٩٤) من دستور الجزائر الصادر ١٩٩٦ .
- ١٩ - ينظر (م٧٤) من دستور المغرب الصادر ١٩٩٦ و (م٤٨) من دستور الجمهورية التونسية الصادر ١٩٥٩ .
- ٢٠ - د. عبد الوهاب الكيالي وآخرون - موسوعة السياسة - ج٢ - ط١ - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - ١٩٨١ - ص ١٧٧ .
- ٢١ - د. سهيل حسن الفتلاوي - قانون الحرب وتطبيقاته في الحرب العراقية الإيرانية - بغداد - دار القادسية للطباعة - ١٩٨٤ ص٤٨ .
- ٢٢ - ومن هذه الدساتير دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر ١٧٨٩ إذ أن (المادة ١/١١/٨) منه قد منحت صلاحية إعلان الحرب الى الكونكرس الأميركي وتتلخص إجراءات إعلان الحرب بتوصية (رسالة) يبلغها الرئيس الأميركي للكونكرس متضمنة الأسباب الموجبة لإعلان الحرب ومن ثم تتم المداولة بين الرئيس والكونكرس ليصدر بعدها الكونكرس بمجلسيه النواب والشيوخ وبأغلبية ثلثا الأعضاء الحاضرين قرار مشترك بإعلان الحرب . ينظر ثائر محمد خضير - مصدر سابق - ص ٨٥-٨٧ .
- ٢٣ - ومن الدساتير العربية التي أخذت بهذا الإتجاه دستور الاردن الصادر ١٩٥٢ إذ نصت (ف١/م٣٣) منه على أنه (الملك هو الذي يعلن الحرب) وكذلك النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر ١٩٩٢ الذي نص في (م٦١) منه على أنه (يعلن الملك حالة الطوارئ والتعبئة العامة والحرب ويبين النظام أحكام ذلك) ودستور قطر الصادر ٢٠٠٣ إذ نصت (م٧١) على أنه (يصدر بإعلان الحرب الدفاعية أمر أميري) ودستور الكويت الصادر ١٩٦٢ إذ نصت (م٦٨) على أنه (يعلن الأمير الحرب الدفاعية بمرسوم) والدستور اللبناني الصادر ١٩٢٦ الذي منح في (ف٥/م٦٥) منه مجلس الوزراء بأغلبية ثلثي أعضائه صلاحية إعلان الحرب والدستور الليبي (الإعلان الدستوري) الصادر ١٩٦٩ الذي نص على أنه (مجلس قيادة الثورة هو الذي يعلن الحرب) والدستور التونسي الصادر ١٩٥٩ إذ منحت (م٤٨) منه التي منحت رئيس الجمهورية صلاحية إشهار الحرب .
- ٢٤ - يأتي دستور جمهورية مصر العربية في مقدمة الدول التي أخذت بهذا الإتجاه إذ نصت (م١٥٠) منه على أنه (رئيس الجمهورية هو الذي يعلن الحرب بعد موافقة مجلس الشعب) وكذلك الدستور المغربي الصادر ١٩٩٦ الذي نص في (م٧٤) على أنه (يقع إشهار الحرب بعد إحاطة

مجلس النواب ومجلس المستشارين علماً بذلك) وكذلك دستور الجزائر الصادر ١٩٩٦ الذي نص في (م ٩٤) على أنه (يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن وإستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة) ودستور جمهورية اليمن الصادر ١٩٩٤ الذي نص في (م ٣٧) على أنه (تنظم التعبئة العامة بقانون ويعلنها رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس النواب) ودستور مملكة البحرين الصادر ٢٠٠٢ الذي نص في (م ٣٦) على أنه (يكون إعلان الحرب الدفاعية بمرسوم يعرض فور إعلانها على المجلس الوطني للبت فيه) .

- ٢٥ - ينظر دستور دولة الامارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١ .
- ٢٦ - ينظر (ف ٩/م ٢٦) من القانون العراقي الاساسي لعام ١٩٢٥ .
- ٢٧ - ثائر محمد خضير- مصدر سابق -ص ٣٧ .
- ٢٨ - ينظر (ف ٣/م ٢) من قانون المجلس الوطني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٣ .
- ٢٩ - ينظر (فق-ج/م ٣) من قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ .
- ٣٠ - ينظر (م ٤٩) من دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ .
- ٣١ - ينظر (ف ٣/م ٤٤) من دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ .
- ٣٢ - ينظر (فق-ب/م ٤٣) من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ .
- ٣٣ - ينظر (ف ١/م ٩٠) من مشروع دستور جمهورية العراق الدائم لعام ١٩٩٠ .
- ٣٤ - ينظر (فق-ب/م ٣٩) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية الصادر ٢٠٠٤ .
- ٣٥ - ينظر (فق-ج/م ٣٩) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية الصادر ٢٠٠٤ .
- ٣٦ - ينظر (ف ٩/م ٦١) من دستور جمهورية العراق الصادر ٢٠٠٥ .
- ٣٧ - د. علي يوسف الشكري - د. محمد علي الناصري - محمود الطائي ، رئيس مجلس الوزراء في العراق رئيس في نظام برلماني ام مختلف- بحث منشور في دراسات حول الدستور العراقي - ط١- مؤسسة آفاق للدراسات والابحاث العراقية ٢٠٠٨- ص ٣٥٠ .
- ٣٨ - د. علي محمد بدير وعصام عبد الوهاب البرزنجي ومهدي ياسين - مبادئ وأحكام القانون الإداري- دار الكتب للطباعة والنشر- ١٩٩٣ بغداد- ص ٤٠ .
- ٣٩ - د خالد رشيد الدليمي- مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الادارة - محاضرات مطبوعة - بدون سنة النشر - ص ٤٣ .
- ٤٠ - محمد أحمد ابراهيم - ضمانات الأفراد في ظل الظروف الإستثنائية في المجالين الدولي والإداري - دراسة مقارنة - ٢٠٠٨ ص ٤٧ .
- ٤١ - د عبد الحميد الشواربي ، شريف جادالله- شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومدد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية -منشأة المعارف-الإسكندرية- ٢٠٠٠ ص ٦٢ .
- ٤٢ - محمد أحمد - مصدر سابق -ص ١٠١
- ٤٣ - أختلف الفقه في تحديد مفهوم الظرف الإستثنائي إذ ذهب جانب منه إلى تعريفه بأنه كل أزمة أو حدث غير مألوف حال أو وشيك الوقوع مستحيل الدفع بالطرق العادية ويشكل خطراً على الوجود المنظم لسكان كل أو بعض أجزاء الدولة من شأنه ضرورة الجاء السلطة المختصة لاتخاذ تدابير شرعية استثنائية خاضعة للرقابة - محمد أحمد ابراهيم - مصدر سابق -ص ٤٥ ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى الإكتفاء بتوصيف الظروف الإستثنائية التي يهدد حياة الدولة بانها الظروف التي تؤثر في الشعب بأكمله في جميع أنحاء الدولة أو بعض اجزائها أو التي تشكل تهديدا للكيان المادي للمواطنين أو الإستقلال السياسي أو الوحدة الإقليمية للدولة أو تحول من دون قيام المؤسسات الحيوية بمهامها الأساسية ينظر - مروج هادي الجزائري- الحقوق المدنية والسياسية وموقف الدساتير العراقية منها- رسالة ماجستير - كلية القانون -جامعة بغداد- ٢٠٠٤ ص ٥٧ .
- ٤٤ - علي حسين أحمد - مجلس الوزراء في دساتير العراق في العهد الجمهوري - رسالة ماجستير - كلية القانون- جامعة بغداد- ١٩٩٧ ص ١٠٥ ، وكذلك د. خالد رشيد- مصدر سابق- ص ٤٦ .
- ٤٥ - محمد أحمد - مصدر سابق - ص ٤٧
- ٤٦ - مروج هادي- مصدر سابق-ص ٦٠

٤٧ - د خالد رشيد- مصدر سابق- ص ٤٦-٤٧

٤٨ - محمد أحمد -مصدر سابق- ص ٤٧

٤٩ - سمير خيرى توفيق- مبدا سيادة القانون- دراسة في الفلسفة القانونية -ص ١٧٤-١٧٦ ،
ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي - القضاء الإداري- محاضرات مطبوعة بالرونو - بدون سنة
النشر - ص ٢٦ .

٥٠ - ومضمون هذه الفكرة ، إذا تبين للسلطة التنفيذية في بعض الظروف أن تطبيق القوانين المعدة
للأوقات العادية يعرقلها عن أداء واجباتها العامة كان لها أن تتحرر مؤقتاً عن التقيد بهذه
القوانين ، لكن يؤخذ على هذه الفكرة ، ان السلطة التنفيذية ملزمة بأداء واجباتها العامة في كل
الأوقات والظروف سواء أكانت عادية أم إستثنائية .

٥١ - د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - ط ١ - دار الشروق- القاهرة -
١٩٩٩ ص ٧٨٥ ، ومحمد أحمد إبراهيم -مصدر سابق- ص ١١٩ ، وكاظم علي الجنابي -
سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الإستثنائية - رسالة ماجستير - جامعة بغداد -
كلية القانون - ١٩٩٥ - ص ٩ .

٥٢ - والجدير بالذكر إلى أن الحالات التي حددتها (ف ١٠/م ٢٠) لإعلان الأحكام العرفية لا تختلف
من إذ المحتوى عن الحالات التي حددتها (ف ٢) من المادة المذكورة لإعلان حالة الطوارئ .

٥٣ - ومن الجدير بالذكر أن العديد من الفقهاء يرون أن حالة الطوارئ والأحكام العرفية مصطلحان
لمعنى واحد وأن نظام الطوارئ أكثر حداثة من نظام الأحكام العرفية ، بينما يذهب البعض الآخر
إلى أن هناك فرقاً بين حالة الطوارئ والأحكام العرفية ، فالطوارئ نظام سياسي والأحكام العرفية
نظام عسكري ، والحقيقة أن نظام الطوارئ ونظام الأحكام العرفية هو مجموعة تدابير إستثنائية
الغرض منها المحافظة على سلامة البلاد عند احتمال وقوع اعتداء مسلح عليها أو خطر قيام
الإضطرابات أو الثورات الداخلية فيها وغيرها بواسطة إنشاء نظام إداري يجري تطبيقه في البلاد
كلها أو بعضها ويكون قوامه بشكل خاص تركيز مباشرة السلطات لتحقيق الأمن والاستقرار ، هذا
ويترتب على إعلان الأحكام العرفية أن السلطات العسكرية هي التي تتولى السلطة الإستثنائية ،
بينما تستمر السلطات المدنية خلال حالة الطوارئ في ممارسة السلطات الإستثنائية ، ولا شك أن
نظام الأحكام العرفية يمثل انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان وحرياته من إذ تعطيل العمل بالقوانين
العادية ليطبق بدلاً عنها القانون العسكري وكذلك تعطيل المحاكم العادية وقيام المحاكم العسكرية
بمهامها وبالتالي إهداره ل ضمانات الحقوق والحريات ، فضلاً عن إحالة الوضع إلى حكم عسكري
يخضع لرغبات الحاكم العسكري ولا يكفي القول بوجود القانون العسكري بوصفه ضماناً للحقوق
، فقواعد هذا القانون في معظم الحالات لا توفر الحد الأدنى من الضمانات للأفراد إضافة الى انها
في الغالب لا تحترم من قبل السلطات العسكرية . ابراهيم الشربتي - حراسات الطوارئ - دار
المعارف - مصر - ١٩٦٤ - ص ٣٧ وما بعدها ، وسعدون عنتر نصيف - أحكام الظروف
الإستثنائية في التشريع العراقي - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - كلية القانون - ١٩٨٠ -
ص ١١٨ و ١٩٧ .

٥٤ - وقد أنتقد الفقه القانون الأساسي في تنظيمه لحالة الطوارئ كون لم يحدد مدة الحكم العرفي أو
حالة الطوارئ ، مما يعني ترك الأمر الى تقدير الملك وموافقة مجلس الوزراء المعين من قبله ،
وهذا بدوره يؤدي إلى إنشاء ما يسمى بالأوضاع العرفية أو حالات الطوارئ الدائمة . ينظر مروج
هادي- مصدر سابق - ٩٦ .

٥٥ - إذ أن الأحكام العرفية تعلن لمواجهة الحرب أو التهديد بها ، أما حالة الطوارئ فتعلن لمواجهة
الإضطرابات الداخلية التي تؤدي إلى إختلال النظام العام . ينظر د. علي محمد بدير و د. عصام
عبد الوهاب ومهدي ياسين - مصدر سابق - ص ٢٢٧ .

٥٦ - إذ منحت (ف ٩/م ٢٦) من القانون الأساسي صلاحية إعلان الأحكام العرفية وحالة الطوارئ
للملك وعادت (م ١٢٠) منه لتتحدث عن ذلك بالتفصيل .

٥٧ - علي حسين أحمد -مصدر سابق- ص ١٠٦ .

٥٨ - إذ أعلنت الأحكام العرفية منذ اليوم الأول لثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ بموجب البيان رقم (٣) الصادر
عن القائد العام للقوات المسلحة ، وبموجبه تقرر إعلان الأحكام العرفية في جميع أنحاء العراق

إعتباراً من ١٤ تموز ١٩٥٨ ، وتقرر جعل رئيس اركان الجيش حاكماً عسكرياً في جميع أنحاء العراق ثم أعقب ذلك المرسوم رقم (٨) والذي تضمن نفس ماورد في البيان رقم (٣) المذكور آنفاً ، ثم صدر الحاق للبيان رقم (٣) تقرر فيه أن تكون الأحكام العرفية بصورة مؤقتة لحين صدور أمر بالغائها ، كما تقرر جعل الإدارة عسكرية صرفه وإعتبار الحاكم العسكري العام مرجعاً لجميع الإدارات وتوقيف تنفيذ طائفة من القوانين كقانون الجمعيات والإجتماعات والتجمعات والمطبوعات وانضباط موظفي الدولة والخدمة المدنية والخدمة القضائية وغيرها ينظر مروج هادي - مصدر سابق - ١١٢ .

٥٩ - وقد أنتقد جانب من الفقه (م٤٨) كونها لم تحدد الحالات التي يجوز فيها لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ ، فهي بما جاءت به من تقييد لحقوق الأفراد وحرياتهم قد تجاوزت ما جاءت به (ف٢/م١٢٠) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ لأن هذه الأخيرة قد حددت إلى حد ما الحالات التي يجوز فيها إعلان حالة الطوارئ بالرغم من غموض التحديد وعموميته ، وبناء على ذلك فإن رئيس الجمهورية هو الذي يقرر ما إذا كانت الظروف القائمة تسوغ إعلان حالة الطوارئ أم لا ، وبذلك يكون استخدام نص المادة (٤٨) على وضعه القائم متوقفاً على الإرادة الشخصية لرئيس الجمهورية من دون أن يخضع لاية مراقبة أو مراجعة ، وبديهي أن اشتراط ممارسة رئيس الجمهورية هذه السلطة موافقة مجلس الوزراء ، لا بشكل قيدا على ممارسة هذه السلطة ، ذلك ان تعيين رئيس وأعضاء مجلس الوزراء واقتلتهم واعفاءهم من مناصبهم يتم من قبل رئيس الجمهورية نفسه ومن ثم لم يكن متوقفاً منهم ان يعارضوا أي قرار يتخذه بموجب هذه المادة اضافة الى ذلك فإن المادة المذكورة آنفا لم تحدد مدة حالة الطوارئ وأما ترك ذلك إلى تقدير رئيس الجمهورية وهذا يشكل بدوره مساساً بحقوق الأفراد . رعد ناجي الجدة - إحسان المفرجي - كطران زغير نعمة - النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - بغداد - ١٩٩٠ ، ص ٣٨١ .

٦٠ - وقد أصبح رئيس الجمهورية هو الذي يمارس السلطات الواردة في المادة الرابعة من قانون السلامة الوطنية لسنة ١٩٦٥ استناداً الى التعديل الثالث للدستور في ١٠/١١/١٩٦٩ والذي بموجبه تم إلغاء مجلس الوزراء خلافاً لما ذهب اليه بعض الفقهاء العراقيين من ان هذه الصلاحية ممنوحة لمجلس قيادة الثورة ومجلس الوزراء . ينظر علي حسين - مصدر سابق - ص ١١٠ ، وقد أصبح رئيس الجمهورية هو الذي يمارس السلطات الواردة في (م٤) من قانون السلامة الوطنية لسنة ١٩٦٥ استناداً الى التعديل الثالث للدستور في ١٠/١١/١٩٦٩ والذي بموجبه تم إلغاء مجلس الوزراء

٦١ - ينظر (فق-ز/م٦١) من دستور ١٩٧٠ .

٦٢ - ينظر (بند-أ/فق-٩/م٦١) من دستور جمهورية العراق الصادر ٢٠٠٥ .

٦٣ - ينظر (بند-ب/فق-٩/م٦١) من دستور جمهورية العراق الصادر ٢٠٠٥ .

٦٤ - ينظر (بند-ج/فق-٩/م٦١) من دستور جمهورية العراق الصادر ٢٠٠٥ .

٦٥ - ينظر (بند-د/فق-٩/م٦١) من دستور جمهورية العراق الصادر ٢٠٠٥ .

٦٦ - إذ أجازت (م١٤) من مرسوم الإدارة العرفية رقم ١٨ لسنة ١٩٣٥ لقائد القوات العسكرية تفتيش الأشخاص والمنازل في أي ساعة ومراقبة الصحف والنشرات والرسومات وتحديد مواعيد فتح المحال العمومية وإغلاقها ومنع أي إجتماع ومنع المرور في ساعات معينة من النهار والليل والإستيلاء على وسائل النقل أو العقارات والمنقولات ومراقبة الرسائل البريدية والتلغرافية .

٦٧ - ينظر (م١) من مرسوم الإدارة العرفية رقم ١٨ لسنة ١٩٣٥ .

٦٨ - ينظر د. علي محمد بدير وآخرون - مصدر سابق - ص ٢٢٩ .

٦٩ - ينظر (م١) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .

٧٠ - ينظر (م٢) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .

٧١ - والتي تتمثل بفرض قيود على حرية الأشخاص في الإنتقال والمرور والتجوال والأمر بتفتيش الأشخاص والأماكن وتفريق الاجتماعات والتجمعات بالقوة وحل النوادي والجمعيات والنقابات وإبعاد الأجانب من البلاد وفرض الرقابة على الصحف والمجلات والكتب والنشرات ومراقبة

- الرسائل البريدية والبرقية وتحديد مواعيد فتح وأغلاق المحال العامة وفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات ينظر (م ٤) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٧٢ - تم تعديل القانون المذكور بموجب القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ والذي بموجبه تم منح وزير الدفاع في منطقة الحركات الفعلية إختصاصات هامة منها تشكيل محاكم عسكرية للطوارئ وتشكيل هيئات تحقيقية والأمر بغلق الدعاوى وكافة السلطات الممنوحة لرئيس الوزراء .
- ٧٣ - تختص هذه المحكمة بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في الأوامر والبلاغات والبيانات والقرارات الصادرة عن رئيس الوزراء أو من يخوله إثناء فترة إعلان حالة الطوارئ ، كما تختص بالنظر في الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي إثناء هذه الفترة ينظر (م ٩) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٧٤ - ينظر (م ١٠) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٧٥ - ينظر (م ٢١) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٧٦ - خلافاً لما ذهب إليه مرسوم الإدارة العرفية رقم ١٨ لسنة ١٩٣٩ الذي عطل كافة القوانين الجزائية وبضمنها قانون العقوبات البغدادي وجعل نائب رئيس المجلس العرفي أدعاء عاماً إثناء محاكمة المخالف .
- ٧٧ - حميد الساعدي - الوظيفة التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي - دار عتوة للطباعة - ١٩٨١ - ص ٣٦٤ و ص ٣٦٥ .
- ٧٨ - ينظر (م ٢٩) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٧٩ - ينظر (ف ١٨/٢) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٨٠ - ينظر (م ٣١) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ .
- ٨١ - ومما يؤخذ على أمر الدفاع عن السلامة الوطنية أنه قد أغفل عدة نواحي يجب الإشارة إليها فهو لم يحدد المدة التي يتوجب على هيئة الرئاسة إبداء موافقتها على إعلان حالة الطوارئ فضلاً عن أنه أستعمل مصطلحين متضادين في تسمية القانون إذ أطلق عليه أمر قانون الأمر الذي يدل على عدم الدراية في الأمور التشريعية فأما أن يسمى أمر الدفاع أو قانون الدفاع وبالمقابل فإنه قد تضمن قيود لا تمس حرية المواطن العراقي بل على العكس نجد أن غالبية السلطات الممنوحة لرئيس مجلس الوزراء هي سلطات مستمدة من قانون العقوبات وقانون الأصول الجزائية النافذين .
- ٨٢ - شريطة أن يكون الغرض من ذلك هو منع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق أو تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين أو أي غرض آخر . ينظر (م ١) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ .
- ٨٣ - ومن الجدير بالذكر أن حالة الطوارئ تنتهي بإحدى الحالتين الأولى : إنتهاء مدة (٦٠) يوماً التي حددها القانون أما الثانية فهي زوال الخطر الذي إستدعى قيامها ويجوز تمديد حالة الطوارئ بصورة دورية كل ٣٠ يوماً ببيان مشترك من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة وينتهي العمل بها تلقائياً إذا لم تمدد في نهاية مدتها .
- ٨٤ - وتتمثل هذه السلطات بوضع قيود على حرية المواطنين أو الأجانب في العراقيما يخص الإنتقال والتجوال والتجمع والمرور والسفر وفرض حظر التجوال لفترة قصيرة وفرض قيود على الاموال وعلى حيازة الأشياء الممنوعة واتخاذ اجراءات احترازية على الطرود والرسائل والبرقيات واجهزة الاتصال وفرض قيود على وسائط النقل والمواصلات وفرض القيود على المحال العامة والتجارية والنوادي ينظر المادة الثالثة من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٨٥ - ينظر (ف ١/م ٥) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٨٦ - والتي تتمثل أما بعقوبة الحبس التي لاتزيد على ثلاثة سنوات وبغرامة لاتزيد على مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين . ينظر (ف ٢/م ٥) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٨٧ - ينظر (م ٥) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٨٩ - ينظر (م ٧) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

-
- ٩٠ - ينظر (ف١/٩) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٩١ - ينظر (ف٢/٩) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٩٢ د. عبد الحميد الشواربي- الجرائم السياسية وأوامر الإعتقال وقانون الطوارئ- منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٩٩ - ص ١١٢ .
- ٩٣ - ومن الجدير بالذكر أن (ف١/٤) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤ قد يستخدم ذات التعريف ، أما الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠ فعرفت حالة الطوارئ في (ف١/١٥) منها بأنها (حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة) أما الإتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ فعرفتها في المادة (ف١/٢٧) بأنها (أوقات الحرب أو حالة الخطر العام أو أي ظروف أخرى تشكل تهديداً لأمن وإستقلال الدولة) .
- ٩٤ - ينظر محمد أحمد -مصدر سابق- ص ٦٣ .
- ٩٥ - وهذه الحقوق هي الحق في الحياة والحق في عدم الخضوع للتعذيب وعدم جواز الحبس لأسباب تعاقبية وعدم رجعية القوانين الجزائية والحق في حرية التفكير والضمير ينظر (ف٢/٤) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادرة عام ١٩٦٦ .
- ٩٦ - ينظر (ف٣/٤) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادرة عام ١٩٦٦ .

المسؤولية العقدية الناشئة عن اخلال احد طرفي عقد البيع البحري (سيف) بالتزاماتهما

م.م. هديل محمد حسن

الملخص

ان عقد البيع البحري (سيف) عقد بيع طرفاه بائع ومشتري ينتميان الى دولتين تفصل بينهما مسافات بحرية لذلك فعقد البيع هذا يرتب التزامات اكثر من الالتزامات التي يرتبها اي عقد بيع اخر على طرفيه .

والمسؤولية العقدية في عقد البيع البحري (سيف) تتحقق نتيجة لاخلال احد طرفي العقد بالتزاماتهما وسبب هذا الاخلال ضرر بالطرف الاخر ولم يقطع العلاقة السببية بين الاخلال والضرر اي سبب اجنبي ، فالسبب الاجنبي ينفي تحقق المسؤولية العقدية واذا تحققت الاخيرة رتبت على ذمة المسؤول تعويض الضرر الحاصل نتيجة الاخلال بالتزامه العقدي ويجوز لطرفي العقد الاتفاق مسبقا على تعديل احكام المسؤولية العقدية (تخفيفا او اعفاء او تشديدا) كما يجوز التأمين من المسؤولية العقدية كما يجوز تحديد التعويض واستنتاجنا من ذلك ما يلي :

١- يجوز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية على ان تتحقق الشروط التالية :

- ان لا يكون المسؤول متعمد او ان يكون قد تسبب بالضرر خطأه الجسيم .
- ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية يجعل المدين غير حريص على تنفيذ التزامه العقدي .

٢- التأمين من المسؤولية العقدية هو عقد بين احد اطراف عقد البيع البحري (سيف) والمؤمن ولا دخل له بعقد البيع السابق الذكر الا ان تحقق المسؤولية في العقد يجعل المؤمن له مستحق لمبلغ التعويض فسيكون في هذه الحالة ذمته المالية اكثر ملاءة فيكون قادرا على دفع مبلغ التعويض .

٣- ان الاتفاق على تحديد مبلغ التعويض جائز اذا تحققت الشروط التالية :

- ان يلحق الدائن ضرر .
- ان يتناسب التعويض مع الضرر فلا يكون اكثر من الضرر فبقتل الى ما يتناسب مع مقدار الضرر اما اذا كان اقل فلا يجوز للدائن ان يطالب المدين باكثر من قيمة التعويض المتفق عليه .
- لا يجوز الاتفاق على فوائد تزيد على ٧% او فوائد على متجمد الفوائد ان كان محل الالتزام مبلغ من النقود .

Abstruck

Sea Sale Contract CIF is a contract in which both parties (Buyer and Seller), belong to different states separated by maritime distance. Therefore, the Sea contract provides obligations more than any other contracts.

The contractual obligation in this contract is realized as a result of violation of one of the parties of their contractual obligations. The violation results in contract causes damage for the other party. The foreign cause of violation does not render the contractual responsibility null. This would oblige the violating party to compensate the damaged party as a result of violating the contractual obligations. Both parties can agree in advance to amend\modify the provisions of the contractual obligations (whether easing, exception or strict), as it is possible to insure the contractual obligations. We concluded out of the above the following:

- 1. It is allowed to agree on modifying the provisions of contractual obligations provided the following is realized:**
 - The responsible for the violation's damage should not be gross.**
 - Agreement on exemption from contractual obligations renders the indebted party careless about fulfilling its contractual obligations**
- 2. Insurance on contractual obligations is a contract between one of the parties of Sea Sale Contract and the insurer that has no relation with the aforementioned contract, unless the contractual obligations renders the insurer deserving the compensation amount. Thus, his financial status becomes more suitable and would be able to pay the compensation amount.**
- 3. Agreement of determining compensation amount is possible, when the following is fulfilled:**
 - The creditor id damaged.**
 - The compensation amount is in compliance with the damage; that mean it is no more or less in**

agreement with the damage that is done. The creditor reserves the right for more when the amount of compensation is less than its due.

- It is not allowed to agree on interests more than %7 or interest on the frozen interests if obligation is in cash form.

المقدمة

ان نتيجة ابرام اي عقد من العقود هو نشوء التزام بذمة طرفي العقد في العقود الملزمة للجانبين او عقود المعاوضة وان الاخلال بهذا الالتزام يؤدي الى وقوع الضرر على الطرف الثاني من العقد ويؤدي الى قيام المسؤولية العقدية وبما ان عقد البيع البحري (سيف) من عقود المعاوضة ومن العقود الملزمة للجانبين فان اخلال اي طرف من اطرافه بالتزاماته يؤدي الى تحقق ركن من اركان المسؤولية العقدية .

وارتأينا بحث هذا الموضوع لماله من اهمية كبيرة لان عقد البيع البحري (سيف) من البيوع التي تنصب على بضائع يتم نقلها عن طريق البحر وهي تتصف بالصفة الدولية حيث يكون فيها البيع دوليا وذلك لان نقل البضائع يكون بين دولتين او اكثر او بالنظر لطرفي عقد البيع البحري حيث تكون اماكن عملهم او اقامتهم في دول مختلفة (1) تفصل بينهما مسافات بحرية وان تنفيذ التزامات هذا العقد تدخل بها اطراف كثيرة مثل المؤمن والناقل وغيرهما ، اضافة الى ان عقد البيع البحري (سيف) يرتب التزامات اكثر من الالتزامات التي يرتبها اي عقد بيع اخر على طرفي عقد البيع .

كما وسنقارن بين قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المواد (٣٠١ الى ٣٠٦) وبقية القوانين العربية التي عالجت هذا الموضوع ومن هذه القوانين : قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته في المواد (٢٧٥ الى ٢٨٧) وقانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ في المواد (١٤١ الى ١٥٠) وقانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ في المواد (١٣٦ الى ١٤٥) وقانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ وتعديلاته في المواد (١٢٥ الى ١٣٣) وقانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ في المواد (١٢١ الى ١٣٨) وقانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ في المواد (١٤١ الى ١٥٤) .

وسنبحث هذا الموضوع في مبحثين كالتالي :

المبحث الاول يتناول اركان المسؤولية العقدية اما المبحث الثاني فيتناول تعديل احكام المسؤولية العقدية وفي نهاية بحثنا سنستعرض اهم ما توصلنا اليه من نتائج .

المبحث الاول

اركان المسؤولية العقدية الناتجة عن اخلال احد طرفي عقد البيع البحري (سيف)
(بالتزاماتهما)
لقيام المسؤولية سواء أ كانت عقدية ام تقصيرية لابد من توافر اركانها
الثلاثة وهي :

الاخلال بالالتزام العقدي (الخطأ) والضرر والعلاقة السببية بينهما وان انعدام اي
ركن من هذه الاركان سيعدم بدوره تحقق المسؤولية العقدية .
لذلك سنبحث هذه الاركان الثلاثة في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول :الاخلال بالالتزام العقدي (الخطأ)
ان استخدام عبارة الاخلال بالالتزام العقدي اشمل من استخدام مصطلح
الخطأ لان المسؤولية العقدية قد تقوم دون ان ينسب للمتعاقد خطأ اضافة الى ان
الخطأ يشترط فيه التعمد حسب الاتجاه الغالب في الفقه القانوني (٢) وعند النظر
في نصوص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (النصوص الخاصة
بالمسؤولية العقدية) نلاحظ ان المشرع العراقي لم يذكر مصطلح الخطأ ،واوردت
المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي صورتان للاخلال بالالتزام العقدي وهما :

١- عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي.
٢- التأخير في تنفيذ الالتزام العقدي .

وللبحث في موضوع المسؤولية العقدية في نطاق عقد البيع البحري (سيف) علينا
الخوض في التزامات البائع والمشتري لان عقد البيع عقد ملزم للجانبين و لان
المسؤولية العقدية تتحقق اذا كان هناك اخلال بالتزامات اي طرف من من اطراف
عقد البيع البحري لذلك سنبحث التزامات طرفي عقد البيع البحري (سيف)
كما سنبحث اخلال احد طرفي العقد بالتزامه العقدي.

عقد البيع البحري (سيف) يستمد هذا البيع تسميته من الاحرف الاولى للكلمات
(cost insurance freight) وتعني ثمن البضاعة والتأمين واجرة النقل
البحري (٣)

عرف قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة ٣٠١/ منه
عقد البيع البحري سيف بأنه : (البيع (سيف) هو البيع الذي يلتزم فيه البائع
بابرام عقد نقل البضاعة من ميناء الشحن الى ميناء التفريغ والتأمين عليها ضد
مخاطر النقل وشحنها على سفينة واداء النفقات والمصروفات اللازمة لذلك
واضافتها الى الثمن) (٤).

ولم يختلف التعريف الفقهي عن القانوني للبيع (سيف) فعرفه الفقه (٥)
بانه بيع البضائع مع التزام البائع بشحنها والتأمين عليها من مخاطر النقل البحري
نظير ثمن اجمالي شامل لقيمة المبيع واجرة النقل وقسط التأمين .

فعقد البيع البحري (سيف) يرتب التزامات على البائع ،وهي :

١- ابرام عقدي النقل والتأمين :ان عقد البيع البحري يفرض على البائع
التزاما بابرام عقدي النقل والتأمين اضافة لعقد البيع ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

١- ابرام عقد النقل :

يلتزم البائع بإبرام عقد نقل طبقا للشروط المتفق عليها في عقد البيع (يثبت البائع انه أبرم عقد النقل بواسطة سند الشحن) (٦) ويشترط في عقد النقل الشروط التالية (٧):

ان يكون عقد النقل مطابقا للشروط المتفق عليها في عقد البيع وخلال المدة المحددة بعقد البيع او يحددها التعامل الدولي ان لم تحدد في عقد البيع .
ان يكون النقل بسفينة صالحة لنقل البضائع من جنس المبيع (٨)، فاذا كانت البضاعة سريعة التلف فلا تنقل بواسطة سفينة شراعية ، او ان يقوم بشحن البضاعة على سطح السفينة ، وكذلك يقع عليه تغليف البضاعة ان كان لذلك ضرورة (٩).

• ان يكون النقل مباشرة اي على سفينة واحدة من ميناء البلد المصدرة منه الى ميناء البلد المستورد ، لان النقل من سفينة الى اخرى قد يؤدي الى الاضرار بالبضاعة .

• اخطار المشتري بانه قد تم تسليم البضاعة الى الناقل على متن السفينة واعطائه كل البيانات والمعلومات اللازمة لتمكنه من استلام البضاعة .

• ان يكون عقد النقل مبرم مع ناقل حسن السمعة .

ب- ابرام عقد التأمين :

يلتزم البائع في البيع البحري (سيف) بإبرام عقد التأمين (١٠) الذي يكون مشتملا على الشروط التالية (١١)

• ان يكون عقد التأمين مبرم مع مؤمن حسن السمعة (١٢) .

• يكون التأمين على البضاعة ضد مخاطر النقل العادية ، فلا يؤمن على البضاعة ضد مخاطر النقل غير العادية الا اذا تم الاتفاق على خلاف ذلك ، اما التأمين ضد اخطار الحرب فتكون بطلب المشتري وعلى نفقته .

• ان تكون وثيقة التأمين قابلة للتداول .

• ان لا يقل مبلغ التأمين عن ثمن البضاعة (المذكور في عقد البيع) مضافا له عشرة من المئة .

• ان تكون الشهادة القائمة مقام وثيقة التأمين مشتملة على نفس شروط وثيقة التأمين وتكون لحاملها فتخول حاملها الحقوق التي تمنحها وثيقة التأمين .

• اذا كان النقل يتم على شكل دفعات فيؤمن على كل دفعة على حدة .

• ان يكون التأمين في الحدود الدنيا وفقا لمجموعة شروط تأمين البضائع لجمعية المكتتبين في لندن او اية شروط مشابهه (١٣).

٢- يلتزم البائع بدفع المصاريف التالية (١٤) :

ا- نفقات عقد التأمين .

ب- نفقات التغليف .

ج- نفقات اية عمليات للفحص او التدقيق لاغراض الشحن .

د- الضرائب والرسوم بما في ذلك رسوم التصدير .

هـ- نفقات تحميل البضاعة على ظهر السفينة .

٣- يلتزم البائع بتسليم البضاعة :

يتحقق تسليم البضاعة الى المشتري بمجرد شحنها وتسليمها للناقل والحصول على سند شحن نظيف(١٥) وايصاله الى المشتري اضافة الى بقية المستندات(١٦) وهي : شهادة بنوع البضاعة تبين ان هذه البضاعة هي التي طلبها المشتري وتسمى بشهادة النوعية ويجوز استبدالها بالخبرة فيثبت حال البضاعة في ميناء القيام ، وشهادة المنشأ ، وفاتورة بالبضاعة تتضمن وصفا للبضاعة وبيان بالثمن المطلوب اضافة الى وثيقة التأمين ورخصة التصدير(١٧) وليتحقق تسليم السندات يشترط التالي :

ا- ان يقوم البائع بتسليم كل المستندات المتفق عليها في العقد .
ب- ان تكون المستندات متضمنة كل الشروط المتفق عليها في العقد من مبلغ التأمين الذي يجب ان يغطي ثمن البضاعة مضافا اليه مبلغ عشرة من المائة من ثمن البضاعة.

ج- ان تكون المستمسكات متضمنة كافة البيانات التي تمكن المشتري من مراقبة تنفيذ البائع لالتزاماته .
اما التسليم الفعلي للبضاعة ايضا يكون من التزامات البائع ويجب توفر الشروط التالية في التسليم (١٨):

- ان تكون البضاعة المسلمة نفسها المحددة في عقد البيع ان كانت عينية وان كانت مثلية فيلتزم البائع بتسليم النوع والكمية المتفق عليها (١٩) وجرى التعامل الدولي ان ينص في العقد ان يكون الاخلال بكمية البضاعة بقدر ٥% او ١٠% من القدر المعين في العقد وان لم يرد نص بذلك في العقد ويعمل به بشرط وجود عرف او عادة عليه (٢٠) .

- التسليم يكون في المكان و الموعد المحدد في عقد البيع وان لم يتم الاتفاق فيكون موعد التسليم حسب التعامل الدولي .

- التسليم يكون دفعة واحدة الا اذا وجدت قوة القاهرة تمنع ذلك .
٤- وهناك التزامات يرتبها القانون على البائع وهي ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

وعقد البيع البحري (سيف) بما انه عقد ملزم للجانبين فهو الى جانب التزامات البائع يرتب التزامات على المشتري وهذه الالتزامات ذكرتها المواد ٣٠٥ و ٣٠٦ من قانون التجارة العراقي ، فيلتزم المشتري بالتالي :

١- ان يدفع ثمن البضاعة ويستلم الوثائق والمستندات الخاصة بالشحن :
يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع البحري بدفع الثمن ، والثمن في عقد البيع البحري (سيف) مبلغ جزافي اجمالي يقابل الثمن الحقيقي للبضاعة اضافة الى اجرة نقلها والتأمين عليها.

يتم دفع الثمن من خلال مؤسسة مصرفية تصدر اعتماد مستندي بناءا على طلب المشتري فاذا تمت تلك العملية فان البائع يسحب سفتجة يتم ارفاق المستندات المطلوبة في عقد البيع البحري بها فيخصمها البائع لدى مؤسسة

مصرفية اعتاد التعامل معها فيحصل على ثمن البضاعة ومن ثم يقوم المصرف بتحويل تلك المستندات الى مصرف المشتري الذي يقوم بتسليمها الى المشتري عند حصوله على الثمن المطلوب منه ،فيدفع المشتري الثمن المطلوب منه الى المصرف فيحصل على مستندات البضاعة (٢١) التي يشترط فيها ان تكون مطابقة للشروط المتفق عليها في العقد ،وليس للمشتري ان يرفض استلام الوثائق والمستندات الا ان كانت غير مطابقة لشروط العقد (٢٢) اما ان كانت غير مطابقة لشروط العقد واستلمها المشتري فيعد قابلا لها الا ان اعترض عليها خلال ٤ أيام (٢٣) .

٢- ان يستلم البضاعة عند وصولها الى ميناء الوصول :

يلتزم المشتري باستلام البضاعة من ميناء الوصول المتفق عليه في عقد البيع ، على المشتري عند استلامه البضاعة بصورة مادية التأكد من مطابقتها لشروط العقد وذلك من خلال الفحص وشهادات المطابقة (٢٤) .

٣- دفع المصروفات التي تلحق عملية الشحن :

يلتزم المشتري بدفع المصروفات التي تلحق عملية الشحن من رسوم الاستيراد واخراج البضاعة من ميناء التفريغ بما فيها نفقات اخراجها من السفينة ورسوم استعمال ميناء التفريغ (٢٥) .

٤- كما يلتزم باستحصال اجازة الاستيراد والمستندات اللازمة لادخال البضاعة الى بلده (٢٦) .

اما عن اخلال البائع والمشتري بالتزاماتهما السابقة فانه يؤدي الى تحقيق المسؤولية العقدية والاخلال بالالتزام العقدي لا يكون بعدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ كما ذكرت ذلك المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي ،بل يضيف الفقه (٢٧) صورتان من الاخلال بالالتزام العقدي وهما :

١-التنفيذ المعيب للالتزام العقدي .

٢-التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي .

فمثلا :ان لم يقم البائع بابرام عقد التأمين على البضاعة المباعة كان ذلك اخلالا بالالتزام العقدي(تنفيذ جزئي) ، او ان يقوم البائع بشحن البضاعة بعد موعد الشحن المتفق عليه في العقد او المعتاد عليه في التعامل الدولي عد ذلك تأخير في تنفيذ الالتزام العقدي وكذلك تأخر المشتري في دفع الثمن اما اذا كان نقل البضاعة بواسطة وسيلة نقل (سفينة) لا تتلائم وطبيعة البضاعة المباعة عد ذلك تنفيذا معيبا للالتزام العقدي اما اذا كانت البضاعة المباعة اقل من البضاعة المتفق عليها عد ذلك تنفيذا جزئيا للالتزام العقدي .

تفيد المواد ١٤٣ و ١٤٤ و ١٦٨ من القانون المدني العراقي :

- ان التزام طرفي عقد البيع التزام بتحقيق غاية فكل طرفي العقد يلتزم بتحقيق غاية فالبايع يلتزم بتسليم المبيع والمشتري يلتزم بدفع الثمن .
- عدم التنفيذ للشروط الواردة في العقد يستوجب التعويض الا اذا اثبت ان استحالة التنفيذ نشأت بسبب اجنبي .

إذا فإن عقد البيع البحري بما انه عقد بيع فتطبق احكام المسؤولية العقدية نفسها التي تطبق على العقود .

والمسؤولية لا تقوم فقط بسبب فعل المدين (سواء أكان بائع او مشتري)فقد تقوم المسؤولية العقدية بفعل الغير ،ولقيام المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير في عقد البيع البحري (سيف) (٢٨) يشترط الاتي :

١-وجود عقد بيع صحيح بين البائع والمشتري ،يكون احدهما مضرور والآخر مسؤول عن الضرر.

٢-ان يكون الاخلال بالعقد من قبل الغير ، ورغم ان الاخلال حصل من الغير الا ان المدين هو الذي يسأل عنه .

٣-ان يعهد الى الغير بتنفيذ الالتزام العقدي .

٤-ان لا يمنع القانون او الاتفاق من تكليف الغير بتنفيذ الالتزام م/٢٥٩ ف/ ٢ من القانون المدني العراقي.

فيجوز لمن تعاقد مع الغير بتنفيذ التزامه العقدي ان يرجع على الاخير اذا النزم بتعويض الضرر الذي يسببه الغير كأن يكون الغير ناقلا فيلزم الناقل بتعويض الضرر الذي سببه للبضاعة فيعوض البائع المشتري ويرجع البائع على الناقل بمبلغ التعويض .

واضافة الى مسؤولية المدين عن فعله وعن فعل الغير هناك المسؤولية عن فعل الشيء ،فيلتزم البائع بضمان العيوب الخفية فمثلا لو انفجر المبيع بيد المشتري واورثه ضررا ، هذا الاخلال حدث نتيجة فعل الشيء .

اما بالنسبة لاثبات الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي يقع على الدائن والاخير لا يطلب من المدين تنفيذ التزامه عينا بل يطالبه بالتعويض بسبب الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي والمدين بدوره لا يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه الا اذا اثبت ان عدم التنفيذ راجع الى سبب اجنبي لايد له فيه كما ذكرنا ذلك سابقا .

المطلب الثاني:الضرر:

لا يكتمل قيام المسؤولية العقدية بمجرد الاخلال بالالتزام العقدي فيجب ان يترتب على الاخلال حدوث ضرر ، فلا مسؤولية دون ضرر ، ويقع عبء اثبات وجود الضرر على من يدعيه (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) فاذا ادعى المشتري تحقق الضرر من جراء تأخر وصول البضاعة فعليه يقع عبء اثبات الضرر الذي لحقه من جراء تأخير الشحن ، والاستثناء من ذلك ان يكون محل الالتزام مبلغ من النقود فالضرر هنا مفترض افتراضا قاطعا بمقتضى نص القانون ، وذلك ما نصت عليه المادة ١٧٣ الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي.

والضرر الذي يكون من جراء الاخلال بالالتزام العقدي في عقد البيع البحري ضرر مالي يتمثل بالخسارة التي تلحقه والكسب الذي يفوته .

فتأخر البائع بتسليم البضاعة الى المشتري في موعدها المحدد او كانت البضاعة المستلمة من قبل المشتري معيبة هنا يتحقق الضرر الذي يقع عبء اثباته على المشتري ليحصل على التعويض اما البائع فلان محل التزام المشتري مبلغ من

النقود فلا يلتزم باثبات الضرر اما ما عداها من التزامات فيلتزم البائع باثبات الضرر .

اما الشروط الواجب توافرها في الضرر ليوجب التعويض التالي (٢٩) :

- ان يكون الضرر محققا ،اي موجود فعلا .فمثلا ان عدم ابرام البائع لعقد النقل يؤدي الى حصول ضرر محقق وهو عدم نقل البضاعة ،او قيام البائع بابرام عقد النقل مع ناقل يمتلك وسيلة نقل لا تتلائم والبضاعة المباعة .
- ان يكون الضرر مباشرا ،اي يكون نتيجة الاخلال بالالتزام العقدي او التأخير فيه او كونه معيب او جزئي .
- ان يكون الضرر متوقعا وقت العقد وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم ، حيث ان المخل بالالتزام العقدي يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٩ الفقرة ٣ من القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث

العلاقة السببية بين الاخلال بالالتزام العقدي والضرر

لا تقوم المسؤولية العقدية بمجرد حصول الاخلال بالالتزام العقدي وحصول الضرر بل يجب توافر ركن مهم وهو العلاقة السببية التي تربط بين الاخلال والضرر فيجب ان يكون الضرر حصل نتيجة الاخلال وان لا يكون هناك عنصر اجنبي يقطع العلاقة السببية .

والعنصر الاجنبي قد يكون القوة القاهرة او الحادث الفجائي ، او ان يكون الضرر بفعل الدائن ، او بفعل الغير.

-ويذهب اغلب الفقه (٣٠) الى عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ،بينما بعض الفقه (٣١) من يذهب الى التفرقة بينهما ولديهم ان القوة القاهرة حادث يحصل ولا صلة له بالنشاط الذي يمارسه المدين ،بينما الحادث الفجائي حادث يحصل ويرتبط بالنشاط الذي يمارسه المدين .

وبسبب كون الحادث الفجائي يرتبط بالنشاط الذي يمارسه المدين فهو من الممكن توقعه ،اما القوة القاهرة فبسبب عدم ارتباطها بالنشاط الذي يمارسه المدين فمن الممكن عدم توقعه ان لم يكن يحدث بصورة دورية ، ومن امثلة القوة القاهرة الزلازل والفيضانات والصواعق ،ومن امثلة الحادث الفجائي انفجار المصنع او الحريق الذي في البضاعة

فاذا ما تعرضت البضاعة المتفق على شحنها الى السطو المسلح كان هناك سبب اجنبي قطع العلاقة السببية بين الاخلال بالالتزام العقدي وبين الضرر .اما اذا تعرضت البضاعة المباعة الى التأخير في النقل بسبب كثرة البضاعة التي يقع على عاتق الناقل نقلها فلا نكون هنا امام لا حادث فجائي ولا قوة القاهرة لان هذا الحادث من الممكن توقعه وقت العقد.

فالمعيار الذي نتخذه لمعرفة القوة القاهرة من الحادث الفجائي هو ارتباط الحادث بالنشاط الذي يمارسه المدين وهذا الارتباط يجعل من الممكن توقع هذا الحادث وبالتالي دفعه.

- اما اذا كان قطع العلاقة السببية بفعل الدائن فهو بالتالي يتحمل نتيجة خطأه .
- اما اذا كانت بفعل الغير فقلنا سابقا ان الذي يتحمل المسؤولية هو المدين الذي تعاقد مع الغير ويستطيع الرجوع على الغير بمقتضى العقد المبرم بينهما . اما اذا لم يقطع العلاقة السببية اي سبب اجنبي فيجب في هذه الحالة التعويض.

الفصل الثاني

تعديل احكام المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية تقوم نتيجة الاخلال بالالتزام العقدي ، والعقد هو وليد الارادة لطرفي العقد لذلك فلطرفي العقد الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية تشديدا وتخفيفا واعفاء وذلك لكون القواعد العامة للمسؤولية العقدية ليست من النظام العام ، وعلى شرط عدم تجاوز حدود النظام العام والاداب في التعديل ، والتعديل يشمل التأمين من المسؤولية ، والاتفاق مسبقا على تحديد التعويض .
لذلك سنبحث الاتفاق على التشديد والتخفيف والاعفاء من المسؤولية العقدية في مطلب اول . وفي مطلب ثان سنبحث التأمين من المسؤولية ، وفي مطلب ثالث الاتفاق على تحديد قيمة التعويض .

المطلب الاول : الاتفاق على التشديد او التخفيف او الاعفاء من المسؤولية العقدية
يجوز لاطراف عقد البيع البحري عند ابرام عقد البيع الاتفاق مسبقا على التخفيف او الاعفاء او تشديد المسؤولية العقدية المترتبة عن الاخلال بالالتزام العقدي لاحدهما على شرط ان يكون الاعفاء على الخطأ اليسير او التافه ، فمثلا ان كانت الكمية المتفق عليها اكبر من الكمية المرسله الى المشتري بمقدار قليل ب ٥% او ١٠% ، فلا يمكن الاعفاء من المسؤولية اذا ارتكب احد طرفي العقد غشا او خطأ جسيما فهنا تتحقق المسؤولية العقدية ولا مجال للتنصل منها م/ ٢٥٩ ف/ ٢
كما اجازت هذه الفقرة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية اذا تسبب في الاخلال بالالتزام العقدي بغش او خطأ جسيم من اشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، فمثلا البائع يقوم بابرام عقد النقل لشحن البضاعة الى بلد المشتري ، فقد يقوم الناقل بالتهاون او عدم اتخاذ الحيطة والحذر عند نقل البضاعة الى ظهر السفينة مما يتسبب ذلك بتلف البضاعة ، هنا البائع يستطيع ان يعفي نفسه من المسؤولية العقدية وان كان الاخلال بفعل اشخاص استخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي .

ذكرنا سابقا ان البائع يلتزم تجاه المشتري بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق فيجوز للبائع ان يتفق على الزيادة او النقصان او اسقاط هذا الضمان م/ ٥٥٦ ف/ ١ ويقع باطلا الشرط اذا تعمد البائع اخفاء حق المستحق ف/ ٣ من نفس المادة وكذلك اذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مسؤولا عن اي استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك م/ ٥٥٧ ف/ ١ .

اما ضمان العيوب الخفية فيستطيع البائع اشتراط ابراءه من اي عيب في المبيع م / ٥٦٧ ف / ٢ وهنا يصح العقد والشرط ، ويجوز للمتعاقدين ان يحددا مسبقا مقدار الضمان م / ٥٦٨ ف / ١ وكل شرط يقع باطلا بالانقاص او الاعفاء من المسؤولية اذا تعمد البائع اخفاء العيب ف / ٢ (٣٢).

وكذلك ان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية يصح ويصح معه العقد لكن ان وقع شرط الاعفاء باطل فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا الا ان كان الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد فهنا يبطل العقد تبعا لبطلان الشرط الباعث الدافع على التعاقد فاشتراط الاعفاء من المسؤولية يصح بالنسبة للضرر الحاصل على الاموال ولا يصح بالنسبة للضرر الواقع على الاشخاص لان سلامة الانسان في شخصه لاتصح لان تكون محلا لاتفاقات مالية ، ان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية لايعدم المسؤولية انما يعفي المسؤول من تبعاتها اي يعفيه من جبر الضرر ، ونتفق مع الرأي القائل ان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية يجعل المدين غير حريص على القيام بالتزامه العقدي لان عدم قيامه بالالتزام لا يترتب عليه اي خسارة تلحق به او اي تعويض مالي (٣٣) .

المطلب الثاني : التأمين من المسؤولية العقدية

ان الغرض من التأمين من المسؤولية العقدية هو تخلص المدين من عبء التعويض والتأمين من المسؤولية العقدية يكون بالتأمين ضد الاخلال بالالتزام العقدي غير المتعمد الصادر من المدين ، والاخلال بالالتزام العقدي الصادر من الغير الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه العقدي ، ونرى ان التأمين من المسؤولية ليس به ضرر على المضرور من جراء الاخلال بالالتزام العقدي لانه سيحصل على مبلغ التأمين اي التعويض والمسؤول سيتخلص من عبء التعويض على شرط ان لا يكون متعمدا بالاخلال بالالتزام العقدي .

وذهب احد الفقهاء (٣٤) الى التمييز بين التأمين من المسؤولية والاعفاء منها ، فيرى ان التأمين من المسؤولية اتفاق يعقده شخص مع احدى شركات التأمين لتغطية مسؤوليته عما يحدثه بالغير من اضرار وبمقتضاه يلتزم بدفع اقساط التأمين للشركة والاخيرة تلتزم بدفع قيمة التعويض الذي يدفعه المؤمن له للمضرور وهذا الاتفاق لا يخالف النظام العام في شيء لان المؤمن له بموجب العقد الاحتمالي هذا يتحمل اقساط التأمين وسيكون بمأمن من الخسارة التي ستلحقه ان قام بتعويض المضرور وهذا العقد (عقد التأمين) يزيد في ملاءة ذمة المسؤول فيزيد احتمال حصول المضرور على مبلغ التعويض غير ان عقد التأمين لايشمل مسؤولية المؤمن له عن خطئه العمد بل على الخطأ غير العمد سواء كان يسيرا ام جسيما .

المطلب الثالث : الاتفاق على تحديد التعويض

يستحق الدائن المضرور التعويض اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بأي صورة كانت م / ١٦٩ ف / ٢ . وعند تقدير التعويض يجب الرجوع الى الاحكام

العامة في القانون المدني العراقي ، فمقدار التعويض ان لم يتم الاتفاق عليه صراحة في العقد او بنص القانون يترك تقديره للمحكمة م/١٦٩ ف/١ من القانون المدني العراقي .

وقيمة التعويض يجب ان لا تجاوز ما يكون متوقعا من خسارة محل و كسب يفوت وقت العقد اذا لم يكن الاخلال بغش او خطأ جسيم من المدين م/١٦٩ ف/٣ .
اما بالنسبة لتحديد قيمة التعويض في العقد او في اتفاق لاحق له (م/١٧٠ ف/١) فيشترط التالي :

١- ان يكون هناك اخلال بالالتزام العقدي وسبب هذا الاخلال ضررا بالدائن ولم يقطع العلاقة السببية بين الاخلال والضرر سبب اجنبي .

٢- التعويض لا يستحق الا بعد اعدار المدين مالم ينص القانون على خلاف ذلك .

٣- الاعذار يكون اما بالانذار الكتابي او ان يكون مترتبا على اتفاق يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة للانذار .

والتعويض الاتفاقي لا يكون مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر ، اما اذا اثبت المدين ان تقدي التعويض كان فادحا او انه قد قام بتنفيذ جزء من الالتزام ففي هذه الحالة يجوز تخفيض التعويض وكل اتفاق يخالف ذلك يقع باطلا م/١٧٠ ف/٢ .

اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين ارتكب غشا او خطأ جسيما م/١٧٠ ف/٣ .

اما اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض فوائد التأخير القانونية ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية وتسري هذه من وقت المطالبة القضائية ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخا اخر لسريانها وهذا ان لم ينص القانون على خلاف ذلك م/١٧١ . كما لا يجوز الاتفاق على فوائد تزيد على ٧% وان تم الاتفاق على فوائد تزيد على ٧% تخفض الى ٧% (م/١٧٢ ف/١) .

ولا يشترط لاستحقاق الفوائد القانونية تحقق الضرر واثباته م/١٧٣ ف/١ ، لكن يجوز للدائن ان يثبت ان الضرر الذي لحقه يجاوز الفوائد القانونية وان المدين قد تسببه بغشه او خطاه الجسيم فله في هذه الحالة المطالبة بتعويض تكميلي م/١٧٣ ف/٢ ، ولا يجوز للمضرو ان يتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها اكثر من رأس المال م/١٧٤ .

ذكرنا سابقا ان العقد شريعة المتعاقدين لكن مع هذا فالقانون لم يعط لاتفاق الطرفين صلاحية مطلقة في تحديد المسؤولية وتحديد التعويض . نرى ان المشرع العراقي في مسألة المسؤولية العقدية قد وازن بين مصلحة المسؤول والمضرو فلم يجز ان يكسب احدهما على حساب الاخر .

خاتمة

- فيما يلي نستعرض اهم ما توصلنا اليه من نتائج :
١. ان عقد البيع البحري (سيف) عقد بيع دولي فكل طرف من اطراف العقد ينتمي الى دولة اخرى اذا فان القانون المطبق على المسؤولية العقدية هو القانون الدولي (الاتفاقيات المبرمة بين الدول الاطراف في الاتفاقية).
 ٢. ان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية لايعدم المسؤولية انما يعفي المسؤول من تبعاتها اي يعفيه من جبر الضرر ونرى ان شرط الاعفاء هذا يجعل المدين غير حريص على القيام بالتزامه العقدي لان اخلاله بالالتزام لا يترتب عليه اي خسارة تلحق به او اي تعويض مالي .
 ٣. التأمين من المسؤولية العقدية يزيد في ملاءة ذمة المسؤول المالية فيزيد من احتمال حصول المضرور على مبلغ التعويض والتأمين من المسؤولية لا يكون الا على الخطأ غير العمد للمسؤول .
 ٤. ان العقد شريعة المتعاقدين ومع هذا لم يعط القانون لاتفاق الطرفين صلاحية مطلقة في تحديد التعويض فلم يجز ان يكسب احدهما على حساب الاخر فالمشرع وازن بين مصلحة المسؤول والمضرور .
 ٥. ان المدين لا يتصل عن من المسؤولية لا في حالة الاتفاق على الاعفاء او التخفيف ولا في حالة التأمين ان تعمد المدين الخطأ او تسببه بغشه او خطأه الجسيم .

الهوامش

- (١) د. عادل علي المقدادي ، القانون البحري ، عمان : مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩ ، ص ١٥٨ .
- (٢) عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط ١ ، بغداد : المكتبة القانونية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢١٤ .
- (٣) د. طالب حسن موسى ، القانون البحري ، ط ١ ، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤ ، بند ١١٢ . د. مصطفى كمال طه ، مبادئ القانون البحري ، ط ٣ ، ص ٣٠٠ .
- (٤) ولم يحد عن هذا التعريف التعريف الذي ورد في قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ في م/١٤١ ف/١ منه ، وكذلك القانون التجاري اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ في م/١٢١ ف/٣ منه ، وكذلك م/١٢٥ ف/٣ من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ وتعديلاته وكذلك م/١٣٦ ف/١ من قانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ وكذلك م/١٤١ ف/١ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ وم/٢٧٥ من قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته .
- (٥) د. مصطفى حسن موسى ، القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ .
- (٦) د. مصطفى حسن موسى ، القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ٣٠١ . ذكرت م/١٤٥ من قننون المعاملات التجارية الاماراتي في فقرتها الاولى : (يكون اثبات شحن البائع للمبيع بسند الشحن المذكور فيه كلمة شحن اما اذا كان سند الشحن قد ذكر فيه (برسم الشحن) فللمشتري ان يثبت ان الشحن لم يقع فعلا في التاريخ المدون بالسند) وفي فقرتها الثانية نصت على انه (اذا كان سند الشحن يشتمل على بيان محرر بخط ربان السفينة وموقع منه بان البضائع شحنت فعلا في التاريخ المحدد فليس للمشتري ان يثبت خلاف ذلك في مواجهة البائع) ولم يرد في قانون التجارة العراقي نص مماثل في المضمون لهذه المادة ولا في قانون التجارة البحريني ولا في قانون التجارة الكويتي ، بينما نصت عليها م/١٣١ من قانون التجارة العماني وم/٢٧٧ من قانون المواد المدنية والتجارية القطري .

- (٧) هذه الشروط ذكرت بعضها م/١٤٢ - ١٤٤ ف/٢ من قانون المعاملات التجارية الاماراتي ، وم/١٣٨ - ١٢٧ ف/١ من قانون التجارة اليمني ، وم/١٢٦ ف/١ - ١٢٨ ف/٣ من قانون التجارة البحريني ، وم/١٣٧ - ١٣٨ من قانون التجارة العماني ، وم/١٤٢ - ١٤٣ ف/٣ من قانون التجارة الكويتي ، وم/٢٧٦ - ٢٨٠ من قانون المواد المدنية والتجارية القطري .
- (٨) د.طالب حسن ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١١٨ .د.لطيف جبر كوماني ، القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .
- (٩) د.طالب حسن ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١٢٠ .
- (١٠) في قانون المعاملات التجارية الاماراتي اذا لم يلتزم البائع بإبرام عقد التأمين اعتبر البيع (اس اند اف) م/١٤١ ف/٣ ، وهذا ما نصت عليه م/١٢٥ ف/٣ من قانون التجارة البحريني .
- (١١) هذه الشروط ذكرتها م/٣٠٢ ف/٦ و٧ وم/٣٠٣ من قانون التجارة العراقي وذكرها قانون المعاملات التجارية الاماراتي في م/١٤٣ ف/١ و٢ وم/٣٠٢ ف/٣ من م/١٤٩ وذكرها قانون التجارة البحريني في م/١٢٧ في فقراتها الثلاثة وم/١٣٠ ف/٣ وقانون التجارة العماني ذكرها في م/١٤٠ وفانون التجارة الكويتي في م/١٤٥ وفي قانون المواد المدنية والتجارية القطري في م/٢٧٨ وم/٢٧٩ اما قانون التجارة اليمني فلم يذكر اي شرط من شروط التأمين .
- (١٢) د.طالب حسن ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١١٦ . ذكرت ف/٤ من م/١٤٣ من قانون المعاملات التجارية الاماراتي (ان البائع لا يكون مسؤولا تجاه المشتري بسبب عجز المؤمن عن تادية بدل التأمين اذا كان قد أمن على المبيع لدى شركة تأمين حسنة السمعة) .
- (١٣) د.طالب حسن ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١١٦ .
- (١٤) وهذا ما نصت عليه م/٣٠٢ ف/٦ و٧ و٨ و٩ وم/١٠٩ من قانون التجارة العراقي وم/١٤٤ ف/١ وم/١٤٧ ف/١ من قانون المعاملات التجارية الاماراتي م/١٢٦ ف/١ وم/١٢٨ ف/١ و٢ من قانون التجارة البحريني وم/١٢٥ ف/١ من قانون التجارة اليمني وم/١٣٨ عماني وم/١٤٢ ف/١ و٢ وم/١٤٣ ف/٢ كويتي .
- (١٥) يعتبر سند الشحن نظيفا اذا لم يشتمل على شروط اضافية صريحة تؤكد وجود عيوب في المبيع / ٣٠٤ عراقي وهذا ما نصت عليه م/١٤٩ ف/٢ اماراتي وم/١٢٩ ف/٢ يمني وم/١٤١ عماني وم/١٤٦ ف/٢ كويتي .
- (١٦) د.لطيف جبر كوماني ، القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ١٨٥ .
- (١٧) د.مصطفى كمال طه ، مبادئ القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ .د.طالب حسن ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١١٣ - ١١٤ .
- (١٨) وهذه الشروط نصت عليها م/١٥٤ من قانون المعاملات التجارية الاماراتي وم/١٣٦ تجاري يمني وم/١٥٠ كويتي وم/١٤٥ عماني وم/٢٨٥ قطري .
- (١٩) د.طالب حسن ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١١٣ . د.علي جمال الدين عوض ، القانون البحري ، القاهرة :دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص ٣٢٨ . تنص م/ ٣٥ من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ على انه (١- على البائع ان يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها واوصافها وكذلك تغليفها او تعبئتها مطابقة لاحكام العقد
- ٢- ومالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد الا اذا كانت :
- ا- صالحة للاستعمال في الاغراض التي تستعمل من اجلها عادة بضائع من نفس النوع.
- ب- صالحة للاستعمال في الاغراض الخاصة التي احيط بها البائع علما صراحة او ضمنا وقت انعقاد العقد الا اذا تبين من الظروف ان المشتري لم يعتمد على خبرة البائع او تقديره او كان من غير المعقول للمشتري ان يعتمد على ذلك
- (٢٠) د.طالب حسن موسى ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١١٣ .
- (٢١) د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، بغداد : المكتبة القانونية ، ص ٣٠٠ . ان م/١٢٨ من القانون اليمني ذكرت ان الوفاء بالثمن يكون عن طريق فتح اعتماد مستندي وم/١٢٩ ف/١ من نفس القانون ذكرت ان الوفاء بالثمن يكون بعد تقديم المستندات ، وم/٢٨٣ قطري نصت على انه (على المشتري تادية بدل البوليصة المسحوبة عليه مقابلا لثمن المبيع حتى يتمكن من تسلم الاوراق وذلك

مالم يوجد اتفاق على غيره) وذكرت في م/ ٢٨٦ (يجوز اشتراط تادية الثمن حسب الوزن الذي يتحقق او حسب وزن متفق عليه).

- (٢٢) د.طالب حسن موسى ، القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ٣٦٧ .
- (٢٣) مدة الاعتراض ٤ ايام حسب م/٢٨٢ قطري بينما تكون ٧ ايام في م/١٥٠ ف/١ اماراتي وم/١٣٤ يماني وم/١٤٢ عماني وم/١٤٧ كويتي .
- (٢٤) د.لطيف جبر كوماني ، القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .
- (٢٥) د.طالب حسن موسى ، مبادئ القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١٢٦ . د.علي جمال الدين القانون البحري ، مصدر سابق ، ص ٣٣٣ . د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ . وهذا ما نصت ف/ ٢ من م/ ١٤٧ وم/ ١٥٢ وم/ ١٥٣ اماراتي وم/ ١٢٥ ف/ ٢ يماني وم/ ١٢٨ ف/ ٤ بحريني وم/ ١٤٤ عماني وم/ ١٤٩ كويتي .
- (٢٦) د.طالب حسن موسى ، مبادئ القانون البحري ، مصدر سابق ، بند ١٢٤ .
- (٢٧) د.عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .
- (٢٨) د.عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .
- (٢٩) د.عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ - ٢٢١ .
- (٣٠) السنهوري ، عبد الرزاق احمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، القاهرة : دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٢ ، ج ١ ، ص ٨٧٦ ف ٥٨٦ . عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ ، ص ٥٠٠ ف ٤٦١ . محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ط ٢ ، القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ نقلا عن د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ .
- (٣١) د. محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت : المطبعة العصرية ، ١٩٧٢ ، ص ٧٧ .
- (٣٢) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، القاهرة : العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠٠٧ ، ص ١٤١ .
- (٣٣) عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٥٥ ف ٣١٥ نقلا عن د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٥٥ .
- (٣٤) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط ٥ ، ج ٢ ، ص ٦٣٧ .

المصادر

القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
٣. قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته .
٤. قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ .
٥. قانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ .
٦. قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ .
٧. قانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ .
٨. قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ .
٩. اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ .

الكتب

١٠. د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، بغداد : المكتبة القانونية .
١١. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة ، الموصل : دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٩ .
١٢. د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، القاهرة : العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠٠٧ .
١٣. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط ٥ ، ج ٢ .

١٤. السنهوري ، عبد الرزاق احمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، القاهرة : دار الشر
للجامعات المصرية ، ١٩٥٢ .
١٥. د.طالب حسن موسى ، القانون البحري ، ط ١ ، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ،
٢٠٠٤ .
١٦. د.عادل علي المقدادي ، القانون البحري ، عمان : مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،
١٩٩٩ .
١٧. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ .
١٨. د.عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط ١ ، بغداد : المكتبة
القانونية ، ٢٠٠٧ .
١٩. د.علي جمال الدين عوض ، القانون البحري ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
٢٠. د.لطيف جبر كومانى ، القانون البحري ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
٢١. د.محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، الكويت : المطبعة العصرية ، ١٩٧٢ .
٢٢. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ط ٢ ،
القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ .
٢٣. د.مصطفى كمال طه ، مبادئ القانون البحري ، ط ٣ .

((الحماية القانونية للحق المالي للمؤلف)) ((وفقاً لتعديل قانون حق المؤلف العراقي وقانون الملكية الفكرية المصري الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢))

م.م. حيدر حسن هادي اللامي - كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

الملخص

يخول الحق الذهني لصاحبه سلطة الاستئثار بالمنافع المالية التي يدرها الحق ،
فيكون له وحده الحق في استغلال المبتكر كما ويكون له الحق في تحويل غيره
سلطة استعمال أو استخدام المبتكر . فللمؤلف سلطة بيع حقه في نشر مؤلفه
وللمخترع سلطة بيع اختراعه .

ويختلف الحق المالي للمبتكر عن حقه الأدبي في كونه حقاً مؤقتاً إذ تحدد التشريعات الداخلية أجلاً تنتهي بانتهاؤه الحماية المالية له ، ويتميز الحق المالي للمؤلف أيضاً بقابليته للتقييم بالمال وجواز التصرف فيه وانتقاله من صاحبه إلى الغير بالميراث وغير ذلك من صور انتقال الملكية .
وبالنظر لتطور وسائل الاتصال ، الأمر الذي جعل الحق المالي عرضة للاعتداء فقد أثرنا بحث هذا الموضوع في ظل التطورات التشريعية الحديثة .

Résumé

La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire à celui ou à ceux sous le nom de qui l'auteur est été lié par un contrat de travail et ait exécuté son œuvre dans le cadre de ce contrat n'empêche pas que le droit d'auteur naisse sur sa tête . Lorsqu'une œuvre est commandée à un auteur , le droit d'auteur sur l'œuvre commandée naît en la personne de l'auteur de l'œuvre et non pas en la personne de celui qui a passé la commande .

Le droit d'auteur sur les œuvres collectives (encyclopédies, journaux, revues , créations émanant d'un bureau de style ..) est susceptible d'échoir même à une personne morale, lorsque celle-ci a initié la création, choisit les auteurs, répartit entre eux les tâches et joué à leur égard le rôle de coordinateur .

Lorsque différents auteurs ont réalisé leurs créations respectives sous l'empire d'une inspiration commune et en se concertant, l'œuvre de collaboration qui en résulte est leur propriété commune (un opéra par exemple) .

المقدمة

نتيجة تطور المجتمع البشري وارتقاء الوعي والأفكار أخذت الملكية الأدبية والفنية تحظى بالاهتمام القانوني بعد أن كانت الحقوق غير الفكرية طاغية على ما عداها، حيث مرت عصور كثيرة دون أن يكون للحقوق الفكرية أية حماية قانونية تذكر وما أن جاء عصر الطباعة وبدأت المطبوعات تعم على نطاق واسع فدفعت هذه الحالة وما تلاها إلى ضرورة تقنين هذه الحقوق وإصدار القوانين اللازمة لحماية حق المؤلف ليس على النطاق الداخلي بل على الصعيد الدولي من مقولة أن الفكر لا يعيش معزولاً ولا تستطيع الحدود أن تمنعه من الانتشار والانطلاق .
في ضوء هذه أخذت التشريعات تصدر في مختلف دول العالم لحماية المؤلف مستندة إلى القانون الداخلي تارة وإلى الاتفاقيات الدولية تارة أخرى حرصاً على

حماية الإبداع ومنعاً من الاعتداء على نتائج الفكر وعدم تركة عرضة للسراقات والاستغلال لمصلحة غير أصحابه وقد ركزت هذه التشريعات على المبدأ القائل بأن المؤلف هو (صاحب الحق) على انتاجه الفكري مع عدم إغفال مصلحة الجماعة وحقت العديد من هذه التشريعات

التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المؤلف الفرد وقد حددت القوانين الحقوق المحمية على المستوى المادي هي [حق النشر والطبع والتسجيل والتصوير والنسخ والترجمة والتحرير والتعديل والتلخيص والتوزيع والاقتباس والعرض في الأماكن العامة والعرض التلفزيوني والإذاعي وإعادة البث] .

كما حددت القوانين الخاصة بحماية حق المؤلف الحقوق على الصعيدين المادي والمعنوي فجعلتها تشمل نسبة العمل إلى المؤلف ومنع أي عمل من شأنه الإساءة إلى سمعة المؤلف أو شهرته أو مكانته العلمية والأدبية والفنية فضلاً عن ذلك أعطت القوانين حماية حق المؤلف للمؤلفين الذين يشعرون بأن أعمالهم قد سرقت في مراجعة القضاء أمام قاضي الأمور المستعجلة ليطلبوا اتخاذ الإجراءات كافة التي من شأنها وضع حد للاعتداء ... مع حقهم بالمطالبة بالتعويض في حالة الضرر .

فالملكية الفكرية أضحت ذات أهمية بالغة في عصر التواصل الحضاري والإنساني السريع بين الأمم والشعوب وكذلك داخل المجتمعات ذاتها والملكية الفكرية تنقسم عادة إلى الملكية الصناعية والملكية التجارية وحق المؤلف والحقوق المجاورة وكما هو معروف فإن الملكية الصناعية تحكمها قواعد قانونية تدور حول الاقتصاد وبشكل خاص حول الصناعة كون هذه الملكية هي للاختراعات والملكية التجارية مجالها القانون التجاري .

وما يهمنا هنا ليس الملكية الصناعية والتجارية وإنما حق المؤلف الذي يتعلق بالمبتكرات الفنية كالقصائد والروايات والمصنفات الموسيقية والتصويرية والسينمائية ومصطلح حق المؤلف يدل على الشخص الذي يبتكر المصنف الفني (المؤلف) وهذا يعني أن للمؤلف بعض الحقوق المحددة في كل ما يبتكره كالحق في منع استنساخ محرف لمصنفه وهو الحق الذي بإمكانه أن يمارسه وحده أما الحقوق الأخرى في أعداد النسخ من المصنفات ففي إمكان الغير أن يمارسها مثل الناشر الذي يكون قد حصل على ترخيص من المؤلف لهذه الغاية .

ومن هنا وجدت ضرورة الولوج في هذا المضمار والسعي لإضاءة هذا الموضوع بحدود ما يسمح به مجال هذا الموضوع ومركزاً على (الحق المالي) للمؤلف مستعرضاً محل الحماية وهو هذا الشيء المادي الذي تقع عليه الحماية القانونية باعتباره المحل الذي يستحق موجبات الحماية القانونية واخذاً بنظرة الفقه الإسلامي في موضوع الإبداع كما رآها الفقهاء المسلمون .

ثم تناولت بالتفصيل الحق المالي للمؤلف في حياته وكذلك بعد وفاته وحقوق الموصى لهم والورثة مقارناً ذلك بمختلف وجهات النظر الحقوقية والتشريع العراقي والمصري والفرنسي .

وتم تخصيص المبحث الأخير للحماية المدنية والجزائية لحق المؤلف أي ما يترتب على الغير من جزاءات تعويضية وعقوبات وغرامات في حال الاعتداء على حق المؤلف من سرقة وتزوير وتقليد وتلاعب وغيرها ، وهذا ضمن مباحث أربع ، سنتناول في الاول محل الحماية ، في حين سنخصص الثاني للحق المالي للمؤلف ، اما المبحث الثالث فهو عن الحق المالي بعد وفاة المؤلف واخيرا المبحث الرابع مخصص للحماية المدنية والجنائية لحقوق المؤلف .

وقد يتبادر إلى ذهن القارئ وللوهلة الأولى قدم هذا الموضوع صحيح أن حق المؤلف بحث في مواضع عدة لكن جميع من تناوله اخذ لم يأخذ بنظر الاعتبار التطورات والتعديلات التي طرأت على التشريع كالقانون العراقي والقانون المصري الجديد والقانون الفرنسي لذا فقد بحثنا الموضوع في إطار هذه المستجدات .

المبحث الأول محل الحماية

درجت القوانين منذ فجر التاريخ على حماية الحقوق التي ترد على أشياء مادية دون لبس او غموض فالحقوق العينية كانت باستمرار محاطة بالقوانين التي تمنحها الحماية الكافية بينما بقيت القوانين التي تحمي الحقوق الفكرية التي ترد على أشياء معنوية مثل حق المؤلف على أفكاره وحق المخترع على ابتكاراته وحق الفنان على لوحاته وحق الملحن على أنغامه حديثه نسبياً من جهة وغامضة من جهة أخرى وغير موجودة في العديد من دول العالم من جهات أخرى أيضاً .

ومن المفيد الإشارة إلى أن الثورة الفرنسية عام (١٧٨٩م) كانت بمثابة فتح جديد في مجال حماية حق المؤلف ففي ١٩/١١/١٧٩١ اصدر المشرع الفرنسي قانون لحماية حق التمثيل ثم اصدر قانوناً آخر لحماية الحق في النشر ولقد أسبغ على حق المؤلف وصف (الملكية) باعتباره الحق الأكثر قداسه في نظرة (١) .

وانصبت قوانين حماية الملكية الفنية والأدبية على الحقوق المالية في البداية إلى أن صدرت القوانين التي تعترف بالحق الأدبي والمالي أي إلى جانب الملكية المادية التي يمتلكها المؤلف والفنان على مادة المصنف فإنه بات يتمتع بمجموعة من الاعتبارات التي تهدف إلى حماية شخصيته الأدبية وفكر الذي عبر عنه من خلال التأليف وهذه الامتيازات التي تسمى (الحق الأدبي للمؤلف) وهو حق لا يمكن تقويمه بالنقود وليس شك أن هذه الحقوق مرتبطة بالشخصية نظراً للارتباط الطبيعي الموجود بين الشخصية الإنسانية والخلق الفكري .

في هذا المبحث نتناول محل الحماية للملكية الأدبية والفنية من ناحية تحديد المؤلفات الأدبية محل الحماية وكذلك المؤلفات الفنية والموسيقية وغيرها وفي تحديدنا للمؤلفات الأدبية لابد أن نبحت في مسألة الإبداع في مجاله الأساسيين :-

الإبداع في التأليف والإبداع في التعيين (٢) . فما دامت الحقوق الأدبية تركز على الإبداع أولاً وأخيراً فلا بد من الخوض في ماهية الإبداع بشكله (التأليف والتعبير) وهذا ما سيتناوله هذا المبحث .

المطلب الأول: الإبداع في التأليف والتعبير

لابد من التنويه بداية الى ان القانون المدني العراقي اغفل الى حد كبير حماية الملكية الفردية إذ انه أشار إليها إشارة بسيطة لاتتعدى مادة او مادتين ولكن المشرع العراقي تولى تنظيم هذه الملكية في قانون خاص في التشريع منفرد إلا وهو قانون حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ الذي تولى تنظيم هذه الحماية بشكل دقيق وقد انتهت اغلب التشريعات الحالية الى حماية الإبداع واعتبرته جزءاً هاماً من حقوق الإنسان ومن العوامل التي تفعل فعلها في رقي المجتمع وتطوره كما امتدت هذه الحماية الى مابعد حدود الدولة ليصبح لها بعداً دولياً نظراً لتطور وسائل الاتصال ووجود إمكانات وقدرات طباعية وغير طباعية هائلة لسرقة الإبداع وحماية صاحبه الأساسي للحفاظ على حقوقه وامتيازاته وعلى أية حال لابد من التركيز على مفهوم الإبداع ليتاح لي التفريق بين الإبداع في التأليف والإبداع في التعبير فالإبداع لغة : من فعل مبدع : اخترع الشيء وصنعه على مثاله بداه وإنشاه وأبدع وابتدع الشيء أنشاه والإبداع هو فن الحكماء إيجاد شيء غير مسبوق بمادة ولازمان ويقال فلان بدع في الأمر: أي أول مافعله والبدعة [بكسر الباء وسكون الدال] ماحدث على غير مثال سابق والبديع من أسماء الله الحسنى (بديع السموات وارض) (٣) أي موجدتها وأبدع أجاد في عمله وعلم البديع : علم تعرف به وجوه تحسين الكلام (٤) . أما في الفقه الإسلامي فيتخذ مصطلح الابتكار حيث يحدد مفهوم الابتكار بأنه هو الانتاج الذهني الذي يعني الصورة الفكرية التي تفتقت عنها الملكية الراسخة في نفس العالم او الأديب ونحوه مما يكون قد أبدعه ولم يسبقه إليه احد . ويعرف الإبداع على انه عملية خلق او تطوير او تحسين أية مادة او فكرة في جميع جوانب الحياة (٥) ويرى الدكتور فتحي الدريني في كتابه (حق الابتكار في الفقه الإسلامي) ان الابتكار الذهني يشبه الثمرات بعد انفصالها من ذات المؤلف واستقراره في كتاب او عين والإنتاج الفكري في نظر الإسلام من قبيل المنافع لقول الرسول (صلى الله عليه واله) (اللهم ارزقني علماً نافعاً) .

وقوله (صلى الله عليه واله) (إذا مات ابن ادم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح يدعو له) فالحديث الشريف صريح الدلالة على ان العلم مصدر انتفاع وان العلم يستمر ولا ينقطع بالموت (٦) .

وبذلك فان حق المؤلف في إنتاجه الفكري حق عيني مالي مقرر وليس حقاً مجرداً وذلك لان علاقة المؤلف بإنتاجه الفكري علاقة مباشرة فلا يتدخل فيها احد (٧) .

ويوضح الدكتور فتحي الدريني في مؤلفه المشار إليه قائلًا : (ان الابتكار في حد ذاته ثمرة لمجهود ذهني انفصلت عن صاحبها لتستقر في كتاب او عين بحيث يمكن استبقائها او الانتفاع بها ومن هنا نشأت قيمتها المالية بدليل تداولها عرفاً (ان العرف قد أعطى الحقوق الأدبية وغيرها من المعنويات الصفة المالية) (٨)

وتؤيد معظم المؤلفات الإسلامية ان إهمال الصفة المالية عن الانتاج العلمي والأدبي يؤدي الى انقطاع المؤلفين والعلماء عن مواصلة البحث وبالتالي الى حرمان الأمة من إنتاجهم ودرءاً لذلك يجب النظر الى هذه المسألة بإعطاء الصفة المالية للإنتاج الذهني عملاً بمبدأ سد الذرائع.

ويرى القرافي في رده على الورثة لا يرثون عقل مورثهم قوله هذا صحيح لكنهم يرثون ما ينفصل عن المؤلف من مجهوده الذهني في عين من كتاب ونحوه ليكون له وجود مستقل وهذا لا ينفهم بموته بل يستمر الى مابعد ذلك (٩) وهكذا فان الفقه الإسلامي يستخدم مصطلح الابتكار لكل ما يخص الانتاج الذهني وان الإبداع له تقدير خاص في نظر هذا الفقه من حيث الحماية لحقوق أصحابه الذي يطلق عليهم أصحاب العلم والذين لهم في نظر الإسلام مكانة عالية ورفيعة لقوله تعالى (قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون) (١٠) ، وقد ذهب الفقه العراقي الى ان المقصود بالابتكار بروز المجهود الشخصي لصاحب الفكرة بصرف النظر عن قيمتها الأدبية وأهميتها المادية سواء كان الانتاج كله من خلق المؤلف أم قام على عناصر مختلفة جمعها ورتبها بشكل خاص أي ان شخصية المؤلف يجب ان تبرز إنتاجه مصنفة (١١) .

وإذا كان التأليف هو نتاج العقل البشري فان ما يجب ان نميز في هذا النتاج الأصل فيه والرئيسي منه ألا وهو الإبداع فان الإبداع في التأليف هو محور حق المؤلف يحميه القانون فالإبداع محل الحماية وهو الامتياز وهو أيضاً الاحتكار الذي يعطي لصاحب الحق في استغلاله ويمنع على الكافة هذا الحق (١٢) . ويرى البعض الآخر من الفقهاء ان محل الحماية يقع على المصنفات والمصنف لغة : مصدر لفعل صنف وصنف الشيء صيره اصنافاً لتمييزه عن بعض (١٣) أما اصطلاحاً فقد ذهب الفقهاء الى ان المقصود بالمصنف هو كل إنتاج ذهني اياً كان مظهر التعبير عنه كتابة او صوتاً او رسماً او تصوير او حركة واياً كان موضوعه أدباً او فناً او علوماً (١٤) والملاحظ على هذا الرأي انه اغفل أهم شرط من الشروط التي يتطلبها القانون إلا وهو ان يكون النتاج الذهني او الفكري مبتكراً ليكون جديراً بالحماية كما انه لم يشر الى وجوب ظهور الابتكار عن طريق التعبير عنه (١٥) والجزء الثاني من المؤلفات محل الحماية لحقوق المؤلف هو الإبداع في التعبير والإبداع في التعبير هو صنف من الإبداع محوره الكلمة الشفهية وقد يتبادر الى الذهن السؤال التالي : كيف يكون هناك إبداع في الكلمة الشفهية او بمعنى آخر في اللفظ الخطابي ؟ وللجواب على ذلك يمكن القول : انه مادام الإبداع في التأليف هو نتاج الفكر وهو صناعة الذهن لشخص ما وقد نقله عبر الكلمة المكتوبة في مصنف مكتوب للناس ففي الوقت نفسه فان الكلمة الشفهية هي نتاج العقل البشري ولكن نقلت الى الآخرين بطرق الخطابة او الألفاظ الشفهية فلا فرق من حيث المبدأ ومن حيث الشرط الأساسي للحماية وهو الإبداع فكما يمكن ان يكون الإبداع في الكلمة المكتوبة يكون الإبداع في المشافهة ففي الحالتين الفكر ينتج بضاعته الجديدة وخلق غير المسبوق إليه .

ومن الأمثلة على المصنفات الشفهية المحاضرات والخطب والمواعظ والتي يمكن ان تكون مرئية او مسجلة على شرائط يتداولها الآخريين .
والفرق الجوهرى بين الإبداع فى التأليف والتعبير هو الأداة التى تكشف عن هذا الإبداع فالكلمة المكتوبة تكشف عن التأليف بينما التعبير هو إطلاق الفكر عن طريق الألفاظ وهكذا لاتهم طريقة الإبداع فى التعبير فى مجال حماية حقوق المؤلف فحق المؤلف ينطبق على المصنفات الأدبية والفنية والموسيقية وكذلك فان طريقة عرض المصنف لاتتأثر بها الحماية فالمصنف الذى يلقى شفاهاً يحظى تماماً كالمصنف المكتوب ولايعتد ايضاً عند الحماية بقيمة المصنف فلا يقوم القاضى بتقدير المصنف من أجل شموله بالحماية وإنما يلزمه فقط التأكد من الأمر الذى يتعلق بمصنف مبتكر أى مصنف يحمل طابع شخص مؤلفه .
فما هى المصنفات التى تقع عليها الحماية ؟ هذا ما ستناوله فى المطلب التالى .

المطلب الثانى : المصنفات المحمية

أوردت معظم قوانين حقوق المؤلف فى الدول المختلفة مجموعة من المصنفات التى تستحق الحماية ولقد قسمت هذه المصنفات حسب أنواعها وهى تشمل جميع نتائج الفكر الأدبية والعلمية والفنية والموسيقية وفيما يلى عرض لها :
اولاً : المصنفات الأدبية والعلمية المحمية :

ان الحماية تشمل المصنفات الأدبية والعلمية اذا تميزت بالابتكار تبرز منه شخصية المؤلف فى ميدان الأدب والعلم سواء وقع التعبير عنها كتابة أم مشافهة وقد جاء تعداد المصنفات المحمية فى القوانين المعمول بها لحماية حقوق المؤلف على سبيل المثال لا الحصر ويمكن إيراد أمثله من خلال مايلي
١ - المصنفات المكتوبة (١٦) :

وتشمل جميع المصنفات التى تصل الى الجمهور عن طريق الكتابة فيدخل فيها المصنفات الأدبية و التاريخية و الجغرافية و الفلسفية و الاجتماعية و القانونية والطبية والهندسية والزراعية والرياضية والكيميائية والفيزيائية والجيولوجية ودواوين الشعر والأزجال وجميع المصنفات المتعلقة بمختلف فروع الأدب والعلوم ويدخل فيها ايضاً المصنفات فى تاريخ الفنون المختلفة الفنية والموسيقية وقد نصت عليها الفقرة ١ من المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ .

٢ - المصنفات الشفهية :

وهى المصنفات التى تلقى شفهاً كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما شابهها أى ان المقصود بهذه المصنفات التى لم تكتب ولم تعد كتابة ، وإلا لدخلت فى المصنفات المكتوبة ويمكن إلقاؤها بعد كتابتها هو نقلها الى الجمهور مباشرة بطريقة التلاوة العلنية والتلاوة هى نوع من أنواع النشر وهكذا يظهر ان هذه المصنفات محصورة فى المحاضرات والخطب والمواعظ ودروس الاساتذة والندوات التى تجري حولها المناقشات والحوارات بشرط ان يكون ذلك كله مرتجلاً لم يكتب من قبل فلا يجوز مثلاً جمع المحاضرات او الدروس التى ألقاها

أحد الاساتذة او المواعظ التي ألقاها أحد الوعاظ ونشرها دون إذن المؤلف أي تتمتع هذه المصنفات بحماية القانون (١٧) .

٣ - المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية :

أوردت القوانين المختلفة ومنها القانون العراقي (ف٢م٤) هذه المصنفات في محال المصنفات الأدبية والعلمية لأنها بالأصل تكون مكتوبة وخصها المشرع بالذكر لأهميتها ولأنها كثيرة التداول في الحياة العملية والمصنفات المسرحية تشمل كل أنواع المسرحيات من (التراجيدي) الى (الكوميدي) الى غير ذلك من أنواع المسرحيات أما المسرحيات الموسيقية (الأوبرا او الاوبريت) وهي تتكون من عنصرين احدهما المسرحية نفسها أي الكلام الذي تشتمل عليه المسرحية وتدخل في نوع المصنفات الأدبية والعنصر الثاني وهو عنصر موسيقي الذي يقترب بالكلام وهي تحمي ايضاً باعتباره من المصنفات الموسيقية التي سنأتي على ذكرها لاحقاً (١٨) .

وعلى أية حال فإن المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية غير الراويات والقصص ولكنها جميعاً تشملها الحماية التي تجسدت بالكتابة باعتبارها من المصنفات الأدبية فلا يجوز نشرها على الجمهور بدون إذن المؤلف .

٤ - المصنفات السينمائية (ف٧م٢) ع :

هذه المصنفات هي مصنفات مركبة وليست وحيدة الجانب فهي تتركب من مصنفات عدة داخلية وفق بينها حتى أصبحت مصنفاتاً سينمائياً فيوجد فيها السيناريو وهو الفكرة المكتوبة للإذاعة بطرق السينما وفيها الحوار الذي وضع على السنة الممثلين وفيها الموسيقى إذ وضعت خصيصاً للمصنف السينمائي وفيها أشياء أخرى وهذا كله خليط من مصنفات أدبية وفنية وموسيقية تنتهي الى أفلام سينمائية معدة للنشر عن طريق الإذاعة السينمائية ولا يجوز نشرها إلا بإذن مؤلفيها والمؤلفون أكثر من واحد يتشاركون في حق الحماية حيث ساهم كل منهم بقسط في إخراج هذه المصنفات الى عالم الوجود (١٩) .

٥ - المصنفات الإذاعية والتلفزيونية (ف٨م٢) ع :

وهي مصنفات مكتوبة أعدت للنشر عن طريق الإذاعة او عن طريق التلفزيون وهي مصنفات متنوعة فمنها الأحاديث والقصص والمسرحيات والتمثيلات والموسيقى والأغاني والإخبار والتعليقات والخطب والمحاضرات وغير ذلك مما نسمعه او نشاهده عن طريق التلفزيون فهي خليط من مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات موسيقية وفنية وهي مشمولة كلها بالحماية فلايجوز نشرها او إذاعتها إلا بإذن من المؤلف وخاصة إعادة نشرها مرة أخرى إذا لم يكن هناك اتفاق على إعادتها .

٦ - مصنفات الفنون الجميلة :

أ- وهي المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط او بالألوان او الحفر او النحت او العمارة (ف٣م٢) ع ويضاف إليها النقش والزخرفة فالرسام او النحات عندما يكون رسماً او نحتاً ابتكاراً يكون له حق المؤلف على عمله فلا يجوز لأحد ان ينقل رسماً دون إذنه ولا يجوز لأحد

ان يحول رسمه الى لون آخر من ألوان الفنون الجميلة دون موافقته ايضاً وكذلك المهندس المعماري من خلال ماصنعه من تصميمات معمارية ومناطق الحماية في كل هذه الأحوال هو الابتكار والشخصية وهذا الأساس للتمتع بحماية حق المؤلف .

ب - مصنفات فنون الرقص :-

وهي التي تؤدي بحركات او خطوات فنية وتكون معدة مادياً للإخراج (ف ه م ٢) ع وتشمل حركات الرقص المختلفة والألعاب الفنية المعدة للإخراج .

٧- مصنفات الخرائط والمخططات والمجسمات العلمية (ف ٩ م ٢) ع :-

وهي ايضاً مصنفات فنية يختلط فيها الرسم بالحفر وبفن الخرائط وهي تحتاج الى مهارة ومقدرة فنية كبيرة وتنطوي على قدر كبير من الابتكار لذلك تتمتع بالحماية القانونية .

٨- التلاوة العلنية للقران الكريم :-

وقد انفرد المشرع العراقي بإيراد هذه الفقرة في المادة الثانية وهي الفقرة (١٠) إذ رتب الحماية القانونية على التلاوة العلنية للقران الكريم من خلال الأداء الخاص بكل قارئ واستعماله لصوته بطريقة محددة في قراءة القران الكريم وتلاوة ويغلب عليها الطابع الشخصي .

ومما يلاحظ هنا بان هذه المادة عدلت بموجب الأمر الصادر من سلطة الائتلاف رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٣ حيث نص في ثانياً تعدل المادة ٢ وتقرأ كالتالي وتشمل هذه الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة او الصوت او الرسم او التصوير او الحركة وبشكل خاص مايلي :-

١- المصنفات المكتوبة في جميع الأصناف .

٢- برامج الكمبيوتر سواء برمز المصدر او الآلة التي يجب حمايتها كمصنفات أدبية .

٣- المصنفات المعبر عنها شفهاً كالمحاضرات والدروس والخطب والمواعظ

٤- المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط او الألوان او الحفر او النحت او العمارة .

٥- المصنفات المسرحية او المسرحيات الموسيقية .

٦- المصنفات التي تؤدي بحركات او خطوات فنية ومعدة أساساً للأخراج .

٧- المصنفات الموسيقية سواء صاحبها الكلمات او لم تقترن بها .

٨- المصنفات الفوتوغرافية السينمائية .

٩- المصنفات المعدة للإذاعة والتلفزيون .

١٠- الخرائط والمخططات او المجسمات العلمية .

١١- التلاوة العلنية للقران الكريم .

١٢- التسجيلات الصوتية .

١٣- البيانات المجمعة .

المبحث الثاني

الحق المالي للمؤلف

يقصد بالحق المالي للمؤلف: حقه في استغلال مصنفه وذلك بنقله الى الجمهور سواء كان ذلك مباشرة او بطريقة غير مباشرة (٢٠) فالحقوق الفكرية حقوق حديثة وينبثق عنها احتكار الاستغلال أي ان القيود التي وضعت هي لحماية حق المؤلف وتمكينه من استغلال مصنفه ومنع الآخرين من هذا الاستغلال كي يقطف المؤلف ثمرة جهده الفكري وان سبب بروز فكرة الحقوق الفكرية هو إمكانية نشر وعرض وإداعة هذه الحقوق في مصنفات ولقد أدى ظهور الطباعة الحديثة الى نشوء هذه الحقوق حيث أصبح بالإمكان طبع المصنف ونسخه وعرضه على الغير مما كان غير متوافر في العصور الغابرة وهكذا فأننا يمكن ان نربط بين هذه الحقوق والصناعة الحديثة كما يمكن القول بان هذه الحقوق المالية التي هي إحدى آثار الحقوق الفكرية قد نشأت نتيجة الصناعة الحديثة على الرغم من ان المؤلفين سابقاً كانوا يتمتعون بشئ من هذه الحقوق عندما كانوا يقدمون مصنفاتهم الى الآخرين وبخاصة الى أصحاب الحكم والسلطة ولكن لم تأخذ الحقوق مسارها القانوني الأبعد ان ظهرت الإمكانيات الطباعية الحديثة وأصبح استغلال المصنفات يعود بأرباح مجزية مما رتب حقوقاً مالية نصت عليها تشريعات حماية حقوق المؤلف التي سيتم تناولها في المطلب الأول من هذا المبحث فيما يتم تناول مشتملات الحق المالي في حياة المؤلف ومدة الحماية في المطلب الثاني .

المطلب الأول : حق المؤلف والتشريعات الحديثة

ظهر او تنظيم في مجال المصنفات الأدبية والفنية في انكلترا ففي قانون ١٠ نيسان ١٧١٠ اعترف هذا التشريع ولأول مرة بحق المؤلف ولكن هذا الحق كان محدوداً بفترة زمنية ويحتاج الى إجراءات شكلية مثل الإبداع والتسجيل كما انه منذ عام ١٧٦١ وافق مجلس الملك في بريطانيا على ان ينقل لورثة المؤلف الامتياز الذي كان قد حصل عليه الناشر من اجل نشر المصنفات، ولكن الإقرار الحقيقي بالحقوق الفكرية بمداهها الوسع كان عام ١٧٩١ حيث تم التصويت على تشريع لحقوق المؤلف وبراءات الاختراع ففي فرنسا أطلق (لوشابليه) بعبارة المشهورة على المصنف حيث قال : (انه الملك الأكثر تقديساً والأكثر شخصيه) ولقد صدرت في كانون الثاني ١٧٩١ تشريعات تتعلق بالمصنفات مشروطه بموافقة المؤلف خلال مدة حياته ولمدة خمس سنوات لصالح الورثة ثم صدر تشريع في فرنسا عام ١٧٩٣ الذي مد الربح المالي الى كل مؤلفي المصنفات الأدبية والى الموسيقيين والرسامين للوحات والنحاتين وحددت مدة الورثة بعشر سنوات (٢١) . ولقد كانت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ بمثابة فتح جديد في مجال حماية حق المؤلف نظراً لاعترافها المبكر بهذا الحق حيث التشريعات السابقة عليها تجهل مثل هذا النوع من الحقوق ، وقد اصدر المشرع الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين مجموعة من القوانين لحماية حق المؤلف ومنها :

- قانون ١٤ تموز ١٨٦٦ المتعلق بحق الزوج في الاستغلال بعد وفاة المؤلف

- قانون ٩ نيسان ١٩١٠ خاص بتداول التحف الفنية .
- قانون ٢٠ أيار ١٩٢٠ المتعلق بحق المتتبع .
- قانون ٢٩ أيار ١٩٢٥ المتعلق بالتقليد .

وكما نظم الاحتكار بعد موت المؤلف بقانون ١٩١٩ و ١٩٥١ واعمل المشروع الفرنسي ذلك البناء القانوني بصدور قانون ١١ آذار ١٩٥٧ الخاص بحماية حق المؤلف (٢٢) الى ان توحد اخيراً بقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لسنة ١٩٨٥ (٢٣) ومجموعة الملكية الفكرية ١٩٩٢ وفي التشريع المصري نصوص تبرز الحق المالي للمؤلف الى جانب الحقوق الأخرى وذلك في المادة ١٤٧ من قانون حماية الملكية الفكرية .

أما المشرع العراقي فقد جاء في المادة (٧) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ مايقارب او يطابق ما جاء في المادة (١٤٧) من التشريع المصري قائلاً (للمؤلف وحدة حق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر وله ايضاً الحق في الانتفاع من مصنفه بأية طريقة مشروعة يختارها ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه او ممن يؤول إليه هذا لاحق) .

وعلى الصعيد العالمي شهد عام ١٨٧٨ إنشاء الجمعية الأدبية والفنية والدولية للعمل على حماية حقوق المؤلفين في مختلف الدول وبعد ذلك بثمانية أعوام خرجت الى الوجود معاهدة برن في ١٨٨٦ لتنظيم حقوق المؤلفين وقد أدخلت على هذه الاتفاقية الكثير من التعديلات والتنقيحات فقد كملت في باريس في ٤ أيار ١٨٩٦ ثم عدلت في برلين في ١٣ تشرين الثاني ١٩٠٨ ثم في برن في ٢٠ آذار ١٩١٤ ثم عدلت في روما في ٢ حزيران ١٩٦٧ واخيراً في باريس في ٢٤ تموز ١٩٧١ (٢٤) وفي الأمريكيتين ظهرت ايضاً بعض الاتفاقيات حتى كان آخرها اتفاقية واشنطن في ٢٢ حزيران ١٩٤٦ كما قامت منظمة اليونسكو العالمية بجهد كبير لحماية حق المؤلف بين مختلف الدول وذلك بتنظيم اتفاق عالمي وقع عليه في جنيف في ٦ أيلول ١٩٥٢ وقد انضمت إليه الولايات المتحدة والتي لم تكن قد انضمت الى اتفاقية برن إضافة الى اتفاقية الويبو عام ١٩٩٦ والتي أعدتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (Wipo) .

المطلب الثاني:مشتملات الحق المالي في حياة المؤلف ومدة الحماية

عندما ينتهي المؤلف من نقل أفكاره ووضعها في مصنف يؤول هذا المصنف الى ملكية المؤلف وان لم ينشر المصنف او يذاع او يعرض فانه يصبح من ممتلكات المؤلف التي تحمي وفق القواعد العامة للملكية إلا ان المشرع في كثير من الدول أعطى هذه الملكية قداسة وخصوصية من اجل حماية أبداع المؤلفين وأفكارهم واحتكار استغلالها من قبل صاحبها في مواجهة الآخرين وهو يتصرف بهذا المصنف تصرف المالك لملكه وصاحب المال لماله أما مشتملات الحق المالي فهي المردود والمقابل الماديين وأحياناً عندما يلحق أيا من الآخرين الضرر في مصنف المؤلف فان من حق المؤلف ان يطالب بالتعويضات المادية بحسب الحال (٢٥) .

وشرعية الإرباح المادية التي تعود على المؤلف من حق الأداء العلني أو نشر مصنفه ليست محل منازعة ولكن وجه التساؤل هو التكييف القانوني لهذا الحق فيرى البعض ان الحقوق المادية للمؤلف هي مكافأة له عن خدمة أداها وهذا لان الكتاب قد حرره الكاتب موجهاً حديثه فيه الى الجمهور ويضع في التداول خلاصة فكره فهو يؤدي خدمة للمجتمع يطرح آرائه وأفكاره عليه وهذا الرأي مردود عليه بان الناشر هو الذي يقوم بنشر المصنف وتوزيعه على الجمهور فهو الذي يؤدي الخدمة المباشرة للجمهور (٢٦) ، ويرى البعض الآخر ان نقل المصنف الى الجمهور هو الذي يبرر حصول المؤلف على الحق المالي فالفرد يستحق أجراً عن كل عمل يقوم به فهذا هو مبدأ شرعية الحقوق المادية فإذا ما تحققت الخدمة او لم تحقق فهناك عمل وهذا العمل يقابله اجر ومما لاشك فيه ليس الأجر دائماً متكافئاً مع القيمة العلمية او الأدبية للمصنف فهذا أمر يتوقف على التوزيع وفقاً للنظرية الاقتصادية – العرض والطلب – فالحقوق المالية للمؤلف تتوقف على قيمة المصنف من الناحية الاقتصادية .

ويتمتع المؤلف بحقوقه المالية على مصنفه طوال حياته ويمارس حقه وسلطانه على مؤلفه طالما لم يتنازل عن هذه الحقوق المالية لأي كان وإذا تعاقد في نطاق عقد عمل لإنتاج مصنف لفرد او جهة او ناشر او مؤسسة فان هذا التنازل عن الحق المالي يلزم المؤلف وحسب الطبقات المتفق عليها بان لا يطالب بأية حقوق مالية او تعويضات ، ولا خلاف على مدة حماية الحق المالي للمؤلف طوال حياته ولكن الجدل استمر طويلاً واخذ مناحي كثيرة بين الفقهاء والمشرعين هو مدة الحماية بعد وفاة المؤلف وحق الورثة وامتداداته بعد وفاة المؤلف ففي فرنسا مرت المسألة بمراحل عدة حيث كانت الحماية بحسب قانون ١٧٩٣ مدة خمس سنوات ثم صارت عشر سنوات بحسب قانون ١٧٩٧ (٢٧) ، ثم أصبحت مدة الحماية عشرين سنة ثم جعلها المشرع الفرنسي ثلاثين سنة واستقرت أخيراً المدة خمسين سنة بحسب قانون ١٩٨٥ أما المشرع المصري فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون حماية المؤلف في مصر رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بخصوص المادة (١/٢٠) الخاصة بمدة الحق المالي ان حق الاستغلال للمؤلف موقوف ومحدود بأجل نصت عليه المادة (٢٠)

وهي طوال حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته (٢٨) ، وهذا الأجل هو الذي انتهت إليه المعاهدات الدولية التي أشير إليها في صدر هذه المذكرة وأخذت به أكثر الدول الأوروبية وقد ذهب المشرع البرتغالي الى دوام الحق المالي في حين ان باقي الدول قررت سقوط المصنف في الملك العام حيث لا يكون الاستغلال خاضعاً لأي تعويض في حين قررت اتفاقية برن المنعقدة في ٩ أيلول عام ١٨٨٦ على ان مدة الخمسين عاماً تمثل الحد الأدنى الذي يجب السماح به لورثة المؤلف (٢٩) أما المشرع العراقي فقد قرر في المادة (٢٠) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ قائلاً : [... تنقضي حقوق الانتفاع المالي المنصوص عليها في المواد ١٠، ٨، ٧ بمضي خمسة وعشرين سنة على وفاة المؤلف على ان لا تقل مدة الحماية في مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ نشر المصنف ...] (٣٠) ونرى

المشرع العراقي قد قرر مدة (الخمسین سنة) من تاریخ نشر المؤلف ... أما بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية قد اتفق المشرعان المصري والعراقي على ان انقضاء مدة الحماية بخمس سنوات من تاریخ أول نشر وذلك لان للآلة الدور الرئيسي وتكون الغلبة للعنصر الآلي او الذي لا یمت بصلة الى المجهود الذهني وهو مما لا يتوافر في التصوير الفوتوغرافي والسينمائي الذي يقتصر على مجرد نقل المناظر نقلاً یلاً فیخلوا من المجهود العقلي والابتکار ... مما قرر معه إنقاص مدة الحماية .

المبحث الثالث

الحق المالي بعد وفاة المؤلف

لا يقتصر حق المؤلف المالي طول حياة المؤلف وإنما یمتد الى ما بعد وفاته لمدة مؤقتة یحددها القانون ثم یسقط هذا الحق المالي في المال العام وتصبح إمكانية إعادة نشر المصنف قائمة دون أي مقابل مالي او ادعاء من احد بحيث یصبح المصنف ملكاً للمجتمع وللمصلحة العامة فیما یستمر الحق الأدبي بعد وفاة المؤلف من حق الورثة والى أي مدى أي لا یسقط بالتقادم ولا ینتهي أثره مادام المصنف موجوداً وهنا یبرز الفارق الكبير بین الحق المالي والحق الأدبي حيث یسقط الأول بعد انتهاء مدة الحماية القانونية فیما تستمر الحماية القانونية للحق الأدبي طوال حياة المصنف ولتناوله الحق المالي بعد وفاة المؤلف لابد من بیان المستحقين في الحق المالي بعد وفاته في المطلب الأول ومدة الحق المنتقل للمستحقين في المطلب الثاني ونتناول أحكام المؤلفات المنشورة بعد وفاة المؤلف في المطلب الثالث .

المطلب الأول : المستحقون في الحق المالي بعد وفاة المؤلف

جاء في قانون حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ في المادة (١٩) قوله : [لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الانتفاع المالي الواردة في المواد (السابعة والثامنة والعاشرة) من هذا القانون وإذا كان المصنف مشتركاً ومات احد المؤلفين دون ان یترك وراثاً او موصی له فان نصيبه یؤول الى شركائه في التألیف او خلفهم ما لم یوجد اتفاق یخالف ذلك]، حددت هذه المادة المستحقين في الحق المالي للمولف بعد وفاة والذي تنطبق علیه قوانین الحقوق المالية من تركات وغيرها وفقاً للقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية التي تحكم أنصبة وسهام الورثة في الحقوق المالية والعينية والمستحقون هذا في الحق المالي هم كما أشارت المادة (١٩) هم ورثة المؤلف بعد وفاته ومنهم الأصول والزوجة والفروع وبقية أصحاب الحق في حالة عدم وجود هؤلاء او بعضهم وهناك كما أشارت المادة ذاتها طائفة أخرى من المستحقين في الحق المالي بعد الوفاة هم من غیر الورثة او مشتقا وهؤلاء قد یكونون إحياء وقد یكون لهم ورثة بعد وفاتهم لذلك یكون لكل حالة إحكامها وفي كل الأحوال یندرج هؤلاء في قائمة المستحقين بعد وفاة المؤلف .

كما توجد طائفة أخرى (٣١) من المستحقين في الحق المالي من غیر الورثة ومن غیر الشركاء ایضاً بعد وفاة المؤلف وهم الفنانون والكتاب والرسامون وواضعو السيناریو فهؤلاء یظلون من المستفيدين من الحق المالي للمصنف الذي أسهموا

مع المؤلف في إنتاجه وهذا يظهر أكثر ما يظهر في المصنفات الفنية (الفوتوغرافية والتشكيلية والسينمائية).

ان وجود مؤلف واحد للمصنف لا يترتب مشكلات تذكر حول الحق المالي للمستحقين بعد وفاة المؤلف ولكن عندما يتعدد المؤلفين للمصنف الواحد نرى ان مشكلات كثيرة تظهر في حياة المؤلف احياناً وبعد وفاته في معظم الأحيان لان اشتراك أكثر من مؤلف في إخراج المصنف يقتضي معرفة كيفية حساب مدة الحق المالي بالنسبة لهم وخصوصاً اذا عرفنا ان المعيار العادي لا يمكن تطبيقه نظراً لاختلاف الآجال التي تتوقف على تدخل القدر أي وفاة المؤلف او بعض الشركاء او كلهم .

ولعل موضوع المستحقين أكثر ما يظهر في المصنفات الجماعية والمصنفات المشتركة

حيث تتشابك المصالح ويبرز الخلافات وتوضيحاً لذلك نعطي باقتضاب موقف الفقه والقضاء في كلا الحالتين :-

١- المصنفات الجماعية :-

ان المصنفات الجماعية تختلف عن غيرها من المصنفات خاصة المشتركة حيث ان هذه المصنفات تتميز بمساعدة أشخاص عدة ولكن الفكرة لواحد منهم وهو الذي يوجه الجميع نحو هذه الفكرة العامة وصاحب الفكرة يعد المؤلف الذي يمارس سلطة حق المؤلف على المصنف المنجز (٣٢) ، وقد عرفت المادة (٢٧) من قانون حق المؤلف المصنف الجماعي قائلة (هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بإرادتهم وتوجيه من شخص طبيعي او معنوي ويندمج عمل المشتركين فيه في الفكرة العامة الموجهة من هذا الشخص الطبيعي او المعنوي بحث يكون من غير الممكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ويعتبر الشخص الطبيعي او المعنوي الذي وجه ونظم وابتكر هذا المصنف مؤلفاً ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف) كما عرفه المشرع المصري في المادة (٢٧) من قانون حماية حق المؤلف في مصر بأنه : (المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي او معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه الشخص الطبيعي او المعنوي بحث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ويعتبر الشخص الطبيعي او المعنوي الذي وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفاً له وحده في مباشرة حق المؤلف (٣٣) .

وهكذا نرى ان الأساس في المصنف الجماعي هو امتزاج وحدة العمل بحيث لا تسمح بالتمييز بين شخصية كل مؤلف ويعتبر الشخص الذي وجه العمل في المصنف ووضع خطته مؤلف المصنف الجماعي، وبذلك يتمتع هذا الشخص بالحقوق الأدبية

المالية على المصنف ويتمتع مدير المصنف بهذه الحقوق سواء كان المسؤول على

المصنف شخصاً طبيعياً أم معنوياً كجمعية أو شركة أو دائرة من دوائر الدولة مثل وزارة التربية أو التعليم العالي (٣٤) .

وهناك نوع آخر من المصنفات الجماعية وهي التي تقوم على أساس وضع العمل الفردي لكل مؤلف في تجاور بحيث يكون في النهاية مصنفاً جماعياً وفي هذه الحالة يمكن فصل عمل كل مؤلف على حدة ويستطيع ان يقوم كل مؤلف بمباشرة الحقوق الأدبية والمالية على الجزء الذي ساهم به بشرط ألا يضر بالمصنف في مجموعة فهو ملتزم بعدم القيام بمنافسة المصنف في مجموعة لأنه يكون قد تنازل لقاء تعويض مالي وبذلك فالذي قام بجمع الأجزاء وترتيبها وتنظيم حركة المصنف هو الشخص المسؤول عن المصنف (٣٥) .

وما يهمنا هو وضع المستحقين بعد وفاة المؤلف في المصنفات الجماعية حيث أوضح المشرع المصري حالتين :-

الأولى :- إذا كان المؤلف شخصاً معنوياً أي ان العمل موجه من شخص معنوي فان المستحق يستفيد من الحق المالي من مدة تبدأ من تاريخ النشر الأول لمدة خمسين عاماً .

الثانية :- إذا كان المؤلف شخصاً طبيعياً فتنطبق القاعدة العامة وهي سريان مدة الحماية للحق المالي مدة خمسين عاماً من تاريخ وفاة الشخص الطبيعي

أو

مدة خمسة وعشرين عاماً حسب القانون الجديد (٣٦) .

أما المشرع العراقي فقد نص على حالتين ايضاً كما جاء في المادة (٣٠) من القانون

الحالة الأولى : مضي مدة خمسة وعشرين سنة على وفاة المؤلف على ان لا تقل مدة الحماية عن خمسين سنة من تاريخ نشر المصنف وتحسب المدة من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من المشتركين اذا كان المؤلف شخصاً طبيعياً .

الحالة الثانية : أما اذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً او خاصاً فتنقضي حقوق الانتفاع المالي بمضي ثلاثين سنة من تاريخ اول نشر للمصنف (٣٧) .

٢- المصنفات المشتركة :

في هذا النوع من المصنفات يشترك مؤلفون عدة ويظهر ذلك في المصنفات المسرحية او السينمائية او التلفزيونية او الموسيقية ففي هذه الحالة نحتاج الى وضع خاص لمعالجة الحق المالي لان الاشتراك يقتضي معرفة المستحقين وكيفية حساب مدة الحق المالي لكل منهم وقد عالج المشرع المصري هذا النوع من المصنفات في المادة (١٧٤) من قانون حماية حق المؤلف حيث نص على (انه اذا اشترك أشخاص عدة في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك وفي هذه الحالة لايجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حقوق إلا بالاتفاق بين جميع المشتركين فإذا وقع خلاف بينهم كان الفصل فيه من اختصاص المحكمة الابتدائية ولكل من المشتركين في التأليف الحق في رفع الدعوى عند وقوع اعتداء على المؤلف) .

ونصت المادة (٢٦) من القانون (إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن فلكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم فيه على حدة بشرط ألا يضر باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك) (٣٨) وقد جاء موقف القانون العراقي من هذا الموضوع مطابقاً لما جاء به المشرع المصري وذلك حسب ماتنص في المادتين (٢٦, ٢٥) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ (٣٩) .

المطلب الثاني : مدة الحق المالي المنتقل الى المستحقين
ترتب ملكية المصنف حقوقاً مالية للورثة وهذه الحقوق لها مدة محددة او مؤقتة ثم يسقط المصنف في الملك العام (٤٠) ، وأكثر ماتظهر مشكلات المستحقين والمجادلات حول مدة الحق لتنتقل إليهم في المصنفات المشتركة حيث تظهر طائفة من المستحقين لورثة كل مؤلف او تختلف في هذه الحالة مدة الحق المالي بالنسبة للورثة وقد جرت مناقشات عديدة في الفقة والقضاء في فرنسا (٤١) ، حول الاختيار بين معيارين من اجل تحديد مدة الحق المالي في حالة المصنف المشترك ويقوم المعيار الأول على أساس تعدد مدة الحق المالي بالنسبة للورثة حيث يراعى بالنسبة لكل مؤلف على حده فينتهي حق ورثته بمضي مدة خمسين عاماً على وفاته .
ومنها القانون العراقي والقانون الجديد الذي صدر في مصر والمعيار الثاني يقوم على أساس وحدة المدة بالنسبة للحقوق المالية للورثة حيث تبدأ هذه المدة من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من مؤلفين في عمل المصنف :

١- المعيار الأول : القائم على تعدد المدد في الحق المالي للمستحقين طبقاً لهذا المعيار

فان مدة الحق المالي لا تتأثر نتيجة تعدد المؤلفين حيث ان كل مؤلف يخضع لمعاملة مستقلة عن الآخرين فابتداء من تاريخ وفاته تحسب مدة الحق المالي بالنسبة لورثته او المستحقين دون ان يكون لوجود مؤلفيه الآخرين الذين ساهموا

معه في عمل المصنف أي تأثير على حساب هذه المدة ومن ثم فانه بالنسبة للمصنف الواحد ستكون المدد مختلفة في مجال الحق المالي وذلك بحسب تاريخ ابتدائها أي انه عندما تكون هناك عدم قابلية للقسمة فان المصنف الواحد يجعل المؤلفين المشتركين في المصنف هم ايضاً مؤلفاً واحداً وذلك يجعل مدة حقوقهم هي الأخرى واحدة وعلى هذا فان مدة الخمسين عاماً بعد وفاة المؤلف تختلف بالنسبة لورثة كل واحد منهم فحسب تاريخ الوفاة (٤٢) .

وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه فمحكمة باريس (في ٢١ حزيران ١٨٥٨) حكمت بأنه إذا كان المصنف الموضوع بواسطة مجموعة من المؤلفين لا يقبل القسمة فانه يجب الاعتراف بوجود حقوق متميزة ومنفصلة ولها وجود مستقل عن المؤلفين الذين ساهموا في وضع المصنف .

وعلى هذا فان مات احد المؤلفين فان هذا الموت لا ينبغي ان يقلل او يزيد من حقوق المؤلف الباقي على قيد الحياة كما ان حق الورثة لا يمتد خلال حياة

المؤلفين الآخرين ولكن هذا الرأي يقلل من الامتيازات بالنسبة للمؤلف الذي يموت أولاً حيث ان استمرار النشر او الإذاعة بصفة عامة سيتجرد بالنسبة لورثته بعد مضي المدة القانونية من أية مصلحة مالية ويبدو ان الحق الأدبي كمقابل للأجر الذي فقده (٤٣)

٢- المعيار الثاني:- يقوم على نظام وحدة مدة الحق المالي بالنسبة للمستحقين على ان

مدة الحق المالي تكون موحده بالنسبة لجميع المستحقين المتعاونين في وضع المصنف فهم يستفيدون طالما هناك واحد من المؤلفين على قيد الحياة وحتى انقضاء خمسين عاماً على وفاة آخر من بقي حياً من المؤلفين وفي هذا النظام نلاحظ ان مدة الحق المالي تطول بالنسبة لورثة المؤلف الذي مات أولاً (٤٤) .

وذهب محكمة السين المدنية (في ١٣ حزيران ١٩٠٤) الى قاعدة عدم قبول القسمة تنتهي عندما يتعلق الأمر بالتزامات تتفق مع التنفيذ الجزئي ، حيث ان القاعدة لم يعد لها مبرر من اجل إطالة مدة الحقوق المالية بالنسبة لمستحقي المؤلف الذي ساهم في إخراج منصف تعاوني زيادة على المدة القانونية والاتجاه الذي اتبعه المشرع الفرنسي كان وحده الحق المالي بالنسبة لمستحقي المؤلفين المشتركين في وضع المصنف المشترك فقد نصت المادة L-122 من القانون الفرنسي على انه (بالنسبة للمصنفات المشتركة فان السنة المدنية التي تؤخذ في الاعتبار هي السنة المدنية التالية لوفاة آخر من بقي حياً من المؤلفين المتعاونين ومن هذه السنة يبدأ حساب مدة الخمسين عاماً) (٤٥) .

ويرى الاتجاه الأغلب من الفقه ان المعيار الثاني هو الأفضل وهو الذي لاقى قبولاً وثناء من قبل الفقهاء لان اعتبار المدة على أساس وفاة آخر من بقي حياً من المؤلفين تحقق العدالة ويعالج القصور الذي ترتب على تطبيق قاعدة احتساب مدة الحق المالي من تاريخ وفاة المؤلف وهو الأمر الذي أدى الى تفرقة المؤلفين الذين ساهموا بجهودهم المشتركة في إخراج المصنف (٤٦) .

٣- في حالة المصنف السينمائي والتلفزيوني فمن الملاحظ ان هذا النوع من المصنفات

يساهم به حشد من الأشخاص وهذا يترتب تعقيدات على حساب المدة لكل منهم إلا انه علمياً يتنازل الشركاء للمنتج ومن ثم فان المنتج يصبح هو صاحب حق الاستغلال المالي الوحيد للمصنف ولا تحسب مدة الحق المالي بالنسبة له من تاريخ

وفاته وإنما من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من الشركاء في عمل المصنف السينمائي طبقاً للقاعدة التي تسري على المصنفات المشتركة (٤٧) .

وقد ذهبت بعض الأحكام الى اعتبار المنتج من اجل إخراج الفلم المؤلف الوحيد للمصنف لسينمائي او التلفزيوني وذلك على النحو المعروف في المصنف الجماعي وعلى أساس هذا الرأي فان حقوق كل المتعاونين تكون قد أحييت الى المنتج ويكون المؤلفون الآخرون في موقع المساعدين مقابل اجر يدفعه لهم المنتج أما بالنسبة للحق المالي في هذه الحالة فيبقى للمنتج طول حياته ثم لورثته

خمسین عاماً بعد وفاته (٤٨) ، وبالنسبة للمشروع المصري فقد اعتبر المؤلفون في مجال المصنفات السينمائية والمعدة للإذاعة والتلفزيون بحسب المادة (١٧٧) هم كل من (مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج ومن قام بتحويل المصنف الأدبي الموجود ومؤلف الحوار وواضع الموسيقى والمخرج إذا بسط رقابة فعلية وإذا كان المصنف معداً للإذاعة والتلفزيون مبسطاً أو مستخرجاً من مصنف آخر سابق عليه يعتبر مؤلف هذا المصنف الجديد) وقد استقى المشروع العراقي هذه المادة بالنص في تشريعه وبالمادة (٣١) أيضاً .

وقد اعترف المشرع الفرنسي (٤٩) ، من جهته للمشاركين في المصنف السينمائي والإذاعي والتلفزيوني بصفة المؤلف ولكل منهم ان يستغل الذي ساهم به منفرداً طالما ان ذلك لا يضر بالمصنف كما ان مدة الحق المالي تحسب على أساس القاعدة العامة بالنسبة للمصنفات المشتركة أي وفي مدة خمسین عاماً على وفاة آخر من بقي حياً من المؤلفين المساهمين في وضع المصنف وفي حال قيام احد المؤلفين باستغلال نصيبه منفرداً فان مدة الحق المالي تحسب على أساس مضي خمسین عاماً على وفاته هو .

المطلب الثالث : المؤلفات المنشورة بعد وفاة المؤلف والاختلافات حول مدة الحق المالي

من الأمور التي قد تظهر بعد وفاة المؤلف وجود مصنفات لم تنشر من قبل حيث يتركها المؤلف كمخطوطات أي ظهور مصنفات لأول مرة وليس مصنفات نشرت من قبل وهذا الموضوع يهم الناس لان من الفائدة ان تنشر هذه المصنفات بدلاً من تركها عرضة للضياع وقد عالج المشرع المصري - وسائره في ذلك المشروع العراقي- هذا النوع

من المصنفات فقد نصت المادة (٢٢) من قانون حماية حق المؤلف على انه (تحسب مدة الحماية بالنسبة الى المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته) وبهذا يكون المشروع قد وفر الحماية للمصنف المنشور لأول مرة بعد وفاة المؤلف لمدة خمسین سنة في القانون المصري القانون الجديد ، بعد وفاة المؤلف على ان لا تقل مدة الحماية عن خمسین سنة (٢٢م) وتحتسب هذه المدة على أساس تاريخ وفاة المؤلف ولا عبرة بتاريخ نشر المصنف الذي لم يسبق نشره من قبل ويفهم هذا الاتجاه من المشروع على أساس ان أيلولة المصنف الى الملك العام بعد خمسین عاماً على وفاة المؤلف ايا كان تاريخ النشر فإذا قام المستحقون او الورثة بنشر المصنف بعد أربعين عاماً من وفاة المؤلف فأنهم يتمتعون بالحق المالي عليه لمدة عشر سنوات من تاريخ النشر وإذا مضي خمسون عاماً فان المصنف يسقط في الملك العام فإذا نشره الورثة فلا يتمتعون بأية حماية ولا يستطيع أي احد من الغير إعادة النشر دون استئذان احد ودون دفع أي مقابل (٥٠) .

ويلاحظ ان المصنف الذي وضعه مؤلف بمفرده يمكن ان يسقط في الملك العام إذا مضي على وفاة المؤلف خمسون عاماً دون ان ينشر في حين انه لو اشترك معه شخص آخر بقي حياً بعد وفاة المؤلف ثم قام بنشر المصنف فان مدة الحماية تمتد الى

مابعد خمسين عاما بعد وفاة المؤلف الذي بقي على قيد الحياة وهذا من شأنه ان يدفع المستحقين الى التحايل .

يدفع المستحقين الى التحايل لأنهم لو قاموا بنشر مصنف مورثهم بعد عشرين عاماً من وفاته سيتمتعون بالحق المالي لمدة ثلاثين عاماً من النشر (٥١) ، في حين أنهم لو وضعوا اسم مؤلف آخر على قيد الحياة بجوار اسم مورثهم على المصنف فان الحق المالي يبقى في هذه الحالة طوال مدة حياة هذا المؤلف ولمدة خمسين عاماً بعد وفاته ولن يجد الورثة صعوبة كبيرة في وضع اسم احدهم بجوار اسم المؤلف حتى يتمتعوا بالحماية لأطول فترة ممكنة (٥٢) .

في مصر والعراق اتجه المشرع الى جعل المدة (خمسين عاماً) من وفاة المؤلف وفي أي وقت تم نشر المصنف بعد وفاته لأول مرة (٢٢م) أما في فرنسا فقد اعتبرت مدة الخمسين عاماً من تاريخ نشر المصنف وليس من تاريخ وفاة المؤلف أي ان أصحاب الميراث يتمتعون بحماية القانون مدة خمسين عاماً بالحق المالي للمصنف من تاريخ نشره .

لذلك يكتسب يوم نشر المصنف أهمية بالنسبة للمصنفات المنشورة بعد وفاة المؤلف حسب قواعد القانون الفرنسي لأنه يحدد أصحاب الحق في الاستغلال ويحدد البداية بالنسبة للحق المالي .

وبالمقارنة بين موقفي المشرع المصري والفرنسي نلاحظ ان المشرع المصري وضع قاعدة وفاة المؤلف هي الأساس في احتساب مدة الحق المالي للمؤلفات التي تنشر لأول مرة وان الورثة إذا لم يبادروا بالإسراع بالنشر فانه سينقطع عليهم وينطلق المشرع المصري من ان ذلك يتيح سقوط المصنف الذي لم ينشر في الملك العام بحيث يتاح لكل من يريد إعادة نشره ان ينشره دون مقابل ولكن من يدري بهذا المصنف غير الورثة وهو غير منشور أساساً ؟ والورثة عندما يمضي الوقت لا يرون مصلحة لهم في نشره لأنه يتمتع بالحماية لذلك فان قاعدة المشرع الفرنسي هي اقرب للمصلحة العامة إلا انه حدد مدة الحماية من تاريخ النشر وهذا يحث الورثة في أية لحظة على نشر المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف ونلاحظ ان المشرع الفرنسي حرص على ان يبدأ الحق المالي من اول السنة المالية التالية للوفاة او لحدوث السبب المؤدي لقيام الحق المالي ، أما المشرع المصري فقد اخذ بتاريخ الوفاة بالنسبة للمصنفات التي تنشر بعد وفاة المؤلف في حين كان معيار المشرع الفرنسي بتاريخ النشر .

أما ما ظهر من خلافات ومجادلات فقهية حول تحديد مدة حماية الحق المالي للمؤلف ومنها ما قاله الفقيه المعروف الدكتور عبدالرزاق السنهوري الذي ذهب الى ان الاعتبارات التي دفعت القانون حماية حقوق المؤلف في مصر الى إنقاص مدة حماية الحق المالي من خمسين عاماً بعد وفاة المؤلف الى خمسة وعشرين عاماً هي اعتبارات وجيهة إلا انه بعد صدور القانون الجديد الذي جعل المدة خمسين عاماً لم يعد مقبولا بعد ذلك بإنقاص هذه المدة نظرا لان الوضع المألوف هو ان تزيد مدة الحماية في التشريعات المختلفة ومن غير المألوف ان تتناقض (٥٣)

وهناك رأي آخر ظهر حول القانون المصري وهو ان المؤلفين الذين يموتون في بداية حياتهم يكون لورثتهم الحق في التمتع بالحق المالي بنفس القدر الذي يتمتع به ورثة المؤلفين الذين ظلوا على قيد الحياة لفترة طويلة ولذلك فالحل يعتمد على الظروف والقضاء والقدر ولا يقوم على أساس المساواة فورثة المؤلف الذي مات بعد عام واحد من نشر المصنف يتساوون في مجال الحق المالي مع ورثة المؤلف الذي بقي حيا لمدة خمسين عاما بعد النشر (٥٤) .

وعلى هذا الأساس فانه يجب إلا نعتمد على حياة المؤلف في حساب مدة الحق المالي بل يجب ان يكون المصنف محميا في حد ذاته وان تكون مدة الحماية هي نفسها سواء طال اجل المؤلف أم مات في سن الشباب وقد اعتبر الفقيه الفرنسي (دبوا)(٥٥) .

ان طريقة احتساب الحق المالي للمؤلف التي تعتمد وفاة المؤلف صحيحة لان المصنفات هي التعبير الحي عن شخصية مؤلفيها وبالتالي كان من الضروري ان تراعي وجود هذه الشخصية كأساس لتحديد مدة احتكار الاستغلال بالنسبة للمؤلف ومن شأن ذلك التاريخ ان يقضي على الفوارق التي تحدث بين المؤلفين نتيجة لتدخل القدر فالمؤلف يبذل جهدا كبيرا في سبيل إخراج المصنف ثم تعاجله المنية في ريعان شبابه ليتمتع ورثة باستغلال الحق المالي بنفس المدة التي يتمتع بها ورثة مؤلف ظل على قيد الحياة مدة أربعين او خمسين عاما بعد نشر المصنف طالما العبرة هي بتاريخ وفاة المؤلف وما دام الحق المالي ليس أكثر من مقابل يقدمه المجتمع فلا ينبغي ان نربط على الإطلاق بينه وبين وفاة المؤلف .

المبحث الرابع

الحماية المدنية والجزائية لحقوق المؤلف

وفرت مختلف التشريعات ومعظم قوانين حماية حق المؤلف ضمانه من المشرع لحماية المصنفات الأدبية والفنية من التشويه والتحريف والتقليد وقد نصت هذه التشريعات على حماية مزدوجة لحماية حق المؤلف وعددت مواد هذه القوانين ما يصل من حالات الاعتداء الى الأفعال الجريمة وبناء على طلب المؤلف الذي يقدمه للمحكمة يمكن ان تأمر المحكمة بإتلاف النسخ او صور المصنفات التي نشرت بوجه غير مشروع .

ويعتبر إعادة طبع الكتاب او تصويره اعتداء على حق المؤلف أي انه معصية موجبه لللائم شرعا وسرقة موجبه لضمان حق المؤلف في مصادرة النسخ المطبوعة ظلما وعدونا وتعويضه عن الضرر الأدبي الذي أصابه ، هذا وقد اتبع القانون المصري والعراقي مجرى واضحا في تحريم الاعتداءات على حق المؤلف لنسخ والصور والمواد التي استعملت في النشر بشرط إلا تكون هذه المواد صالحة لعمل آخر . وعلى أية حال هناك طريقتان لحماية حق المؤلف هما طريق الحماية المدنية ويتم تناوله في المطلب الأول وطريق الحماية الجنائية التي نتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الأول : الحماية المدنية

لو افترضنا ان اعتداء قد وقع على حق المؤلف فهناك إذن مسؤولية تقع على المعتدي ولكن ماهي عناصر هذه المسؤولية ؟

في هذه الحالة لابد من العودة الى القواعد العامة في القانون أولا وهي الخطا والضرر والعلاقة السببية بين الخطا والضرر ولكي تثبت المسؤولية على الفاعل يلزم توافر العناصر الثلاثة سواء كانت المسؤولية عقدية ام تقصيرية ولعل اهم عنصر هنا هو وجود الخطا الذي عرفته القوانين المدنية بانه إخلال بواجب قانوني سابق .

يصدر مع إدراك المخل إياه والخطأ قد ينجم عن العقد بين المؤلف والناشر او غيره ممن يمتد إليه الحق المالي كالناشر او مدير المسرح مثلا وقد يكون الخطا تقصيرياً إذا كان الاعتداء الواقع على حق المؤلف من قبل الغير لم يرتبط معهم المؤلف بأي اتفاق او عقد واثبات المسؤولية يقع على عاتق المؤلف وفي حالة وجود عقد يشتمل على غرر سيكون الخطا مفترضاً من عدم التنفيذ في ذاته أما العقد الذي اشتمل تنفيذه على غرر ففي هذه الحالة سيكون المؤلف ملزماً بإثبات الخطا (٥٦) .

وبصفة عامة فان عملية الإثبات ستكون سهلة وبسيطة كإثبات المؤلف ان الناشر قد خالف التزاماته بطبع المخطوط طبعاً أميناً إذ يكفي في هذه الحالة مقارنة المصنف المطبوع بالمصنف الأصلي وقد تكون هذه العملية غاية في الصعوبة كما في حالة إثبات خروج المحرر عن مهمته الأساسية وان التعديلات المضافة قد شوهت العمل الأصلي كلياً (٥٧) ، أما الضرر وهو ركن الثاني من المسؤولية المدنية فيقصد به كل أذى يصيب الشخص في حق او مصلحة مشروعة له (٥٨) .

وبحسب القواعد العامة يلتزم المدعي - وهو هنا المؤلف - بإثبات الضرر الذي إصابه ويلجأ الى كافة طرق الإثبات ويمكن إثبات الضرر الأدبي دون صعوبة تذكر الأمر الذي دعا القضاء الفرنسي الى الاكتفاء من المؤلف ان يثير عدم رضاه عن التعديلات التي ادخلها الناشر حتى يمكنه الحصول على التعويض دون الحاجة الى اثبات الضرر وقد اعتبر بعض الفقهاء ان هذا التوجه من القضاء الفرنسي ليس خروجاً على القواعد العامة وانما سلطة تقديرية للقاضي في معرض هذه الحالات

أما علاقة السببية وهي الركن الثالث من المسؤولية أي انه لايمكن قيام هذه المسؤولية دون وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطا والضرر لذلك جاء في القوانين المدنية (ان كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم محدثه بالتعويض عنه (٥٩) ولا يوجد خلاف بشأن هذا الركن من المسؤولية لأنه تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية في حالة الاعتداء على المؤلف وعلى المؤلف ان يثبت هذه العلاقة في حالة الضرر المباشر فعند استكمال القناعة لدى المؤلف بان مصنفة معرض للاعتداء فأمامه حق الطلب التنفيذ العيني وله أيضا ان يطلب فسخ العقد واسترداد نسخ الكتاب من الناشر مع التعويض للناشر إذا كان الناشر هو الذي دفعها للطبع (٦٠) . وله أيضا حق طلب التعويض .

١ - التنفيذ العيني :-

من حق المؤلف او من يخلفه ان يطلب من المحكمة اتخاذ إجراءات تحفظية إذا شعر او علم بالاعتداء على مصنفة ولقاضي محكمة البداة ان يأمر

بالإجراءات

التالية :-

- أولاً :- إجراء وصف تفصيلي للمصنف .
- ثانياً :- وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته .
- ثالثاً :- توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه ... مهما كان نوعه.
- رابعاً :- إثبات الأداء العلني بالنسبة لإيقاع أو تمثيل ومنع استمرار العرض القائم

أو حظره .

خامساً :- حصر الإيراد الناتج عن النشر أو العرض بمعرفة خبير وتوقيع الحجز عليه وهذا ما يستخلص من المواد (١٧٩) من القانون المصري والمادة (٤٦) من القانون العراقي ويجب ان يرفع مقدم الطلب أصل النزاع الى المحكمة المختصة خلال (١٥) خمسة عشر يوماً لصدور أمر الإجراءات المذكورة أنفاً فان لم يرفع الطلب خلال هذه المدة زال كل اثر للإجراءات وقد أعطى المؤلف أو من يخلفه هذا الحق عندما ينشر المصنف دون إذنه وحتى لا ينتظر طويلاً كي يبت القضاء في النزاع فقد أعطى حق دعوى قطع النزاع المتمثلة بتقديم طلب الى المحكمة المختصة لاتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ويقصد منها :

- أولاً :- وقف الضرر الذي ينجم من الاعتداء على حق المؤلف أي وقف الضرر مستقبلاً كوقف طبع الكتاب ، وقف العرض المسرحي .
- ثانياً :- حصر الضرر الذي وقع فعلاً من جراء الاعتداء واتخاذ الإجراءات التي من شأنها المحافظة على حق المؤلف في محو هذا الضرر وتوقيع الحجز على النسخ وعلى الإيرادات من النشر .

٢- التعويض :-

كما رأينا سابقاً فان من حق المؤلف اللجوء الى التنفيذ العيني أو طلب التعويض فإذا لم يحكم القاضي بالتنفيذ العيني فإنه يحكم بالتعويض (٦١) ولكن ضمن حالات

ثلاث (٦٢) :-

الحالة الأولى :- حق المؤلف ينقضي بعد مدة تقل عن عامين :
في هذه الحالة لن تكون مجدياً كتعويض للمؤلف تدمير وإتلاف المصنف إذا كانت

المدة الباقية من حق المؤلف تقل عن سنتين ابتداء من صدور الحكم فتستبدل المحكمة ذلك بتعويض المؤلف أو خلفه عما إصابه من ضرر وهذا الأمر جوازي وهناك اشتراطات في حال تطبيق هذه الحالة وهي :

١- ان يكون حق المؤلف ينقضي بعد اقل من سنتين فتكون المدة الباقية قليلة ومبرراً للحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني .

٢- ان الحكم بالتعويض العيني في هذه الحالة جوازي وليس وجوبياً فيجوز للقاضي

ان يحكم بإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها وفقاً لظروف الدعوى .

٣- يجب التنفيذ العيني إذا كان الاعتداء واقعا على الحق الأدبي للمؤلف من مثل تقرير النشر وحق نسبة المؤلف الى المصنف ..

الحالة الثانية : النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف الى العربية :
هذه الحالة تخص النزاع المثار حول ترجمة مصنف الى العربية حيث ان المشرع المصري عمد الى ضرورة الاحتفاظ بما كسبته الثقافة العربية من وراء ترجمة المصنف وقد ورد في المادة (٤٥) من القانون المصري انه لا يجوز الحكم بإتلاف

او تغير المعالم إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف الى اللغة العربية وقد
اشتراط المشرع ان أي ترجمة للمصنفات الأجنبية في خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف يجب ان يكون مسبقاً بالحصول على إذن المؤلف الأصلي

او المترجم الأول .

بعيداً عن هذه الشروط فان المشرع نص على عدم جواز الإتلاف او التغير في هذه الحالة مع اقتصار الحكم على الحجز الاحتياطي على المصنف المترجم ولما قد يقضي به الحكم من تعويضات ويتقدم حق المؤلف على جميع الحقوق الأخرى من المصروفات القضائية ومصروفات حفظ الأشياء وصيانتها وهكذا وفق المشروع بين المصلحة العامة وحق المؤلف الأجنبي وهنا لا يكون تنفيذا عينيا وانما حجزاً احتياطياً ولكن الأستاذ الدكتور السنهوري أورد في كتابه الوسيط / المجلد الثامن وفي الصفحة ٤٣٣ الملاحظات الآتية على هذه الحالة :-

١- ان الحكم السابق لايسري في حالة ما إذا كان المؤلف او المترجم قد قام بترجمة مصنف بنفسه او بواسطة غيره الى العربية إذ تكون الترجمة الأولى الى اللغة العربية من شأنها او تمنع ترجمة المصنف مرة أخرى دون إذن المؤلف فإذا ترجم ثانية دون إذن جاز الحكم بالتنفيذ العيني ولم تعد الثقافة العربية بحاجة الى ترجمة ثانية بعد ان وجدت الترجمة الأولى .

٢- ان الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني في هذه الحالة وجوبيا وليس جوازيا على خلاف الحالة الأولى .

الحالة الثالثة : النزاع المتعلق بحقوق المهندس المعماري :-

وهي الحالة الثالثة التي تستثنى من التنفيذ العيني وتستبدل بالتعويض وهو مانصت عليه المادة (٤٦) من القانون المصري والمادة (٤٧) من القانون العراقي واللتين إشارتا الى : لايجوز بأي حال ان تكون المباني محل الحجز تطبيقا للمادة العاشرة من هذا القانون ولا ان يقضي بإتلافها او مصادرتها بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعماري والذي تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع وذلك لان المباني عادة ما تكون كثيرة التكاليف بحيث يكون الحجز عليها او إتلافها او مصادرتها اشد بكثير من الاعتداء على تصميمات المهندس المعماري ورسوماته لذلك يكفي الحكم بالتعويض للمهندس

المعماري دون التنفيذ العيني بل لايجيز القانون الحجز على المبنى لاستيفاء التعويض فليس للمهندس المعماري في هذه الحالة حق امتياز في التعويض كما في الحالتين السابقتين فإذا قام بالحجز على المبنى فإنه يحجز عليه كأى دائن عادي يحجز على مال مملوك لمدينة ويزاحمه في ثمن المبنى سائر دائني صاحب المبنى .

المطلب الثاني : الحماية الجنائية

إذا اتبع المؤلف طريقة الحماية الجنائية عندما يعتدي احد الأشخاص على مصنفه وكان الاعتداء يشكل جرماً من مثل التقليد او بيع المصنف دون إذن المؤلف فإن هذا يوقع على المعتدي وقد حدد قانون العقوبات الجزاءات الواجب اتخاذها ضد كل من يعتدي على حق المؤلف هذا في البلدان التي لا يوجد فيها قانون لحماية حقوق المؤلف اما عندما يوجد هذا القانون فإنه يتولى تنظيم وتحديد ذلك .

وقد عالجت المدة (٤٥) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ فأشارت الى تحديد حالات معينة اعتبرت (جرائم يعاقب عليها القانون) وعاقبت عليها بالغرامة التي لاتقل عن (عشرة دنائير ولا تزيد على مائة دينار) للحالات التالية :-

١- من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد (١٠,٩,٨,٧,٥) من هذا القانون .

٢- من باع او عرض للبيع مصنفاً مقلداً او ادخل الى العراق دون اذن المؤلف او من يقوم مقامه مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يفرضها هذا القانون .

٣- من قلد في القطر العراقي مصنفات منشورة بالخارج او باع هذه المصنفات او أصدرها او تولى شحنها الى الخارج وفي حالة العود يحكم على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار ... ويجوز للمحكمة ان تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع ...

وقد عدل هذا النص بموجب أمر سلطة الإتلاف وذلك لان الغرامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ لا تتناسب والوضع الاقتصادي في العراق حيث نص في الفقرة ١٨ منه على ان (تعدل المادة ٤٤ وتقرأ كالتالي لكل مؤلف وقع التعدي على حق من حقوقه المقررة بمقتضى أحكام هذا القانون الحق بتعويض مناسب ويؤخذ بنظر الاعتبار عند تقرير التعويض المنزلة الثقافية للمؤلف والقيمة الأدبية والعملية الفنية للمصنف ومدى الفائدة التي حصل عليها المتعدي من استغلال المصنف) .

أما الفقرة ١٩ فقد نص على ان (تعدل المادة ٤٥ وتقر كالتالي يعتبر أي فعل يرتكب مما يأتي من أعمال القرصنة التي يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن ٥,٠٠٠,٠٠٠ ملايين دينار ولا تتجاوز ١٠,٠٠٠,٠٠٠ ملايين دينار وأشار في الفقرة ٢ منه على ان تعدل الفقرة ٢ من المادة ٤٥ وتقرأ كالتالي من عرض للبيع او للتداول او للإيجار مصنفاً مقلداً او نسخاً منه ونقله الى الجمهور بأية

وسيله واستخدامه لمصلحة مادية وادخله الى العراق وأخرجه منه سواء كان عالماً او لديه سبب كافي للاعتقاد بان ذلك المصنف غير مرخص) ونص في الفقرة ٢١ علماً ان تعدل الفقرة الاخيره من المادة ٤٥ وتقرأ كالتالي وفي حالة الإدانة لمرة ثانية سيعاقب الجاني بالسجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن ١٠٠,٠٠٠,٠٠٠ مليون دينار ولا تزيد على ٢٠٠,٠٠٠,٠٠٠ مليون دينار او بإحدى هاتين العقوبتين وللمحكمة في حالة الإدانة لمرة ثانية الحكم يغلق المؤسسة التي استخدمت من قبل المقلدين او شركائهم في ارتكاب الجرم لمدة معينة او الى الأبد .

وقد عاقب المشرع الفرنسي جنائياً على الاعتداء الواقع على حق المؤلف المالي لكنه لم يعاقب على الاعتداءات الواقعة على الحق الأدبي إلا ان أصوات الفقهاء ارتفعت لتطبيق القانون أيضاً على الاعتداء الواقع على الحق الأدبي وكان في مقدمة المطالبين بذلك الفقيه (يويه) الذي قال بضرورة فرض الحماية الجنائية على الحق الأدبي ... وضرورة شموله بالحماية (٦٣) . وقد عالج المشروع المصري الحماية الجنائية في المادة (١٨١) من قانون حماية حق المؤلف في مصر بعد إلغاء المواد (٣٤٨) ومابعداها من قانون العقوبات) وقد حدد المشروع المصري الأفعال المكونة لجريمة التقليد في الآتي :-

- ١- من اعتدى على حقوق المؤلف .
 - ٢- من باع مصنفاً مقلداً او ادخل الى مصر دون إذن المؤلف مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يفرضها القانون .
 - ٣- من قلد في مصر مصنفات منشورة بالخارج وكذلك من باع او صور او تولى شحن هذه المصنفات الى الخارج .
- وقد فتح المشرع في مختلف البلدان التي صدرت فيها قوانين حماية حق المؤلف الطريق أمام المؤلف للحماية الجنائية بالإضافة الى الطريق المدني وجعل جريمة تقليد المصنف جنحة يعاقب عليها القانون بغرامات مالية ومن هنا نرى الطريق الجنائي يشمل :-
- اولاً :- الجرائم والعقوبات الأصلية وهذه الجريمة هي جريمة التقليد التي حددنا أفعالها سابقاً وهي :-
- أ - الاعتداء على حقوق المؤلف المالية والأدبية .
- ب - بيع المصنفات التي يعتبر نشرها اعتداء على حق المؤلف في الداخل او إدخال هذه المصنفات من خارج البلاد دون ان يكون الشخص الذي قام بذلك

قد شارك في فعل التقليد .

- ج - الاعتداء على حق المؤلف في مصنفات منشورة في الخارج او بيع هذه المصنفات او داخل البلد او تصديرها الى الخارج دون مشاركة في تقليدها ويجب ان يتوفر القصد الجنائي العام (٦٤) .

ثانياً : العقوبات التبعية : وتشمل وفق مواد القانون العراقي والمصري مصادرة جميع

الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالمخالفة والتي لا تصلح لهذا النشر وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة كما يجوز ان تأمر المحكمة بنشر الحكم في جريدة واحدة او أكثر على نفقة المحكوم عليه (٦٥) .

ومن الجدير بالذكر ان المشرعين العراقي والمصري قد اعتبر عدم الإيداع في دار الكتب والوثائق ومن الجرائم التي يعاقب عليها فقد نصت المادة (١٨٤) المصري انه يجب على ناشري المصنفات التي تعد للنشر عن طريق عمل منتج منها ان يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف في دار الكتب او المكتبة الوطنية ، ولا يترتب على عدم الإدخال بحقوق المؤلف التي يقرها القانون ولا تسري هذه الأحكام على المصنفات المنشورة في الصحف والمجلات إلا إذا نشرت على انفراد والإيداع يجب ان يتم خلال شهر والإخلال بذلك يعني معاقبة الناشر وتعليمات الإيداع وغيرها مخولة لوزير الثقافة ويقتصر الإيداع على المصنفات التي تستخرج منها نسخ عدة عن طريق الطبع او بأية وسيلة أخرى مشابهة فمن غير المعقول تكليف من قام بصنع تمثال او يودع نموذجاً منه (٦٦) .

الخاتمة

حينما ظهر نظام النشر الحديث في أعقاب التطورات الصناعية وانتشار الطباعة وأخذت مؤسسات إخراج الكتاب وتوزيعه تزداد عددا وتخصصا في بلاد العالم المختلفة وتزداد معها القوانين التي تنظم عملها وترسم ضوابطها برزت الى الوجود الحاجة الى تنظيم حقوق المؤلف بنوعيتها المعنوية والمالية وتنظيم حقوق والتزامات المتعاملين مع المؤلفين ومنهم الناشرين او المنتجين او غيرهم فاهتمت التشريعات بتبيان وتفصيل حقوق المؤلف المعنوية او المالية وفيما يخص بحثنا فحق المؤلف المالي كجزء من حقوقه على المصنف الذي يبتكره المؤلف او يساهم مع غيره في ابتكاره وإبداعه او إنتاجه خضع لتنظيم دقيق في قوانين محلية وإقليمية وكذلك في اتفاقيات دولية تم التوقيع والمصادقة عليها من قبل الدول للحفاظ على حق المؤلف حال حياته او بعد وفاته فينتقل هذا الحق الى الورثة لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (من ترك مالا او حقا فلورثته) فهذا الحق ينتقل الى الورثة او الى المستحقين حتى يسقط في المال العام بعد مرور المدة المحددة في القوانين والاتفاقيات الدولية وتتراوح بين خمس وعشرين الى خمسين سنة ومما لا خلاف فيه ان الحق المالي للمؤلف أي الحق في استغلال المصنف له طبيعة خاصة يختلف عن حق الملكية على الأشياء فهو حق مؤقت وليس أبدياً وللمؤلف ان يتنازل عنه بعد وفاته لمن يشاء دون مراعاة لقواعد الميراث وان المشرع قد اشترط ان تكون موافقة المؤلف على نقل الحق في حياته حقوق الاستغلال الى الغير كتابه أي انه استلزم موافقة المؤلف كتابة لصحة التصرف وإلا وقع التصرف باطلاً .

والحق المالي يشتمل على ما يتحصل عليه المؤلف من عائدات او مردودات مالية نتيجة طبع او نشر او توزيع او اذاعة المصنف ويحصل المؤلف على هذه العوائد مكافأة لجهد بذل منه ولا بد للمؤلف ان يحظى بنصيب من المنفعة المالية المترتبة على نشر المصنف ولا شك ان هذا المردود يصبح من حق المؤلف إذا كان حيا وينتقل الى الورثة او المستحقين خلال مدة الحماية القانونية المقررة في القوانين والاتفاقيات وان هناك الكثير من المستحقين لهذا الحق منهم ورثته الحقيقيون او الذين تنازل لهم المؤلف ، او الذين شاركوا في الإبداع فلكل منهم حقه المعلوم في هذا المورد المالي ، وقد وضع المشرع تفاصيل محددة بحسب مشاركة كل منهم في المصنف ، فإذا وقع اعتداء على المصنف بأي شكل من الاشكال فان المشرع قد احتاط لذلك ووضع وسائل لحماية الحق المالي للمؤلف .

وذلك من خلال شكلين من الحماية هما : الحماية المدنية والحماية الجنائية من خلال طلب التعويض او وقف طبع المصنف او منع توزيعه او وضع الحجز عليه وغيرها من الإجراءات التي يمكن للقضاء ان يباشرها بطلب من المؤلف لوقف هذا الاعتداء ، ويمكن للقضاء ان يوقع على المعتدي جزاء جنائي يتمثل في الحبس او إيقاع الغرامات المختلفة والتي حددها القانون ، وبذلك يكون المشرع قد وضع حماية مناسبة لهذا الحق وصانه من الاعتداء ولقد خول المشرع الحق للمؤلف الذي يقع اعتداء على مصنفه مطالبة المعتدي بالتعويض عما إصابه من إضرار وكذلك معاقبته عن جريمة التقليد او التزوير او الطبع دون اذن المؤلف اذا توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون ، وان المشرع قد جعل مصادرة النسخ المقلدة او المطبوعة دون إذن المؤلف كعقوبة جوازية وليست وجوبية والأجدر ان يجعل المصادرة في مثل هذه الحالة وجوبية وليست جوازية لان النسخ المقلدة هي جسم الجريمة ولا يتصور الحكم بإدانة المعتدي مع ترك المصادرة جوازية للمحكمة .

وثمة مسألة يجب ان يقال وهي ان عملية النشر يمكن ان تكون أكثر العمليات التعاقدية تقبلاً لتغير والتبديل والعدوان على هذا الطرف او ذاك ومما شرع من قوانين ومؤسسات قضائية وتنفيذية فان بمقدور أي طرف ان يتدخل في اللحظة المناسبة لكي يسرق جهد المؤلف وان يخلص نفسه من تبعات القانون ومن عقوبات المؤسسات التنفيذية فمن يستطيع ان يثبت بشكل قاطع إبعاد الجرم وحجمه ومن يستطيع ان يضع يده على الجاني ؟

وهنا تبرز الضمانة الحقيقية التي يزرعها الإسلام ويرعى شجرتها في أعماق النفس

والمعاملات جميعاً حيث لا غش ولا تزوير ولا سرقة ... ولا التفاف من وراء الظهر او هكذا يجب ان تكون .

وما أحوج عملية النشر باطرافها كافة الى هذه الضمانة التي تفوق كل الضمانات فلا المادة السابعة والعشرون من إعلان حقوق الإنسان ولا معاهدة برن و اتفاقية اليونسكو و القوانين المحلية بقادرة على ان تحمي حقوق المتعاقدين في هذه

الصفقة المشروعة الأبواب كما تحميها وتصونها ضمانه التقوى حيث الأساس
الحقيقي المباشر والعميق ... بالرقابة ... والمسؤولية ... وبقطة الضمير .

الهوامش

- ١- سورة البقرة آية ١١٧ / سورة الإنعام آية ١٠١ .
- ٢- المجلد في اللغة والإعلام (قاموس منجد المجلد) / الطبعة ٢١ / دار المشرق/ بيروت / ١٩٧٣ ص ٣٩ .
- ٣- لمزيد من التفاصيل انظر استاذنا د. مجيد العنبي / فكرة الإبداع والقانون / بحث منشور في مجلة
- القانون المقارن / العدد ١٨ السنة الثانية / ١٩٨٦ ص ٣٥٢ وما بعدها .
- ٤- انظر:- د. تركي صقر ، حماية حقوق المؤلف بين النظرية والتطبيق/ منشورات اتحاد الكتاب العرب دمشق ١٩٩٦ ص ٥٠ .
- ٥- انظر :- أستاذنا د. عصمت عبدالمجيد بكر و د. صبري حمد خاطر/ الحماية القانونية للملكية الفكرية منشورات بيت الحكمة/ الطبعة الأولى/ بغداد ٢٠٠١ / ص ١٦ وقد أشارات إلى ذلك المادة ١٣٨ ف ٢ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ .
- ٦- د. فتحي الدريني وفئة من العلماء/ حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن مؤسسة الرسالة بيروت ص ١٤
- ٧- د. تركي صقر / مصدر سابق ص ٥٢ .
- ٨- د. فتحي الدريني / مصدر سابق ص ١٥ .
- ٩- د. فتحي الدريني / المصدر نفسه ص ١٦ .
- ١٠- سورة الزمر آية ١٩ .
- ١١- الأستاذ شاكرا ناصر حيدر / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية الأصلية ج ١ مطبعة المعارف ١٩٥٩ ص ٥٩ وانظر د. عصمت عبدالمجيد بكر / مصدر سابق ص ١١٧
- ١٢- د. تركي صقر / مصدر سابق ص ٥٣ .
- ١٣- الشيخ عبدالله البستاني / معجم لغوي بيروت ١٩٢٧ ص ١٣٦٦ .
- ١٤- سهيل حسين الفتلاوي / حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي / دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٨ ص ٢٠٠ .
- ١٥- د. تركي صقر / مصدر سابق ص ٥٥ .
- ١٦- انظر د. عصمت عبدالمجيد بكر / مصدر سابق ص ٤٠ وما بعدها .
- 17- Christophe Caron droit de lapropriete intellectuelle, 2edition
paris , 2007 , p050
- ١٨- انظر المادة ١٤ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرية والمادة (1-112) من مجموعة الملكية الفكرية الفرنسي .
- 19- Codedela propriete intellectuelle, 9 edition, DALLOZ edition 2009 .p.24
- ٢٠- د. محمد طه بديوي / المنصفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها مطبعة الاعتماد مصدر ١٩٥٨ ص ٨٦ .
- ٢١- د. أبو اليزيد علي المثبت / الحقوق على المنصفات - الأدبية - الفنية والعلمية - منشأة المعارف
- بالإسكندرية ١٩٦٧ ص ٣٣ وما بعدها وانظر كذلك د. عصمت عبدالمجيد بكر / المرجع السابق ص ١١٤
- وانظر كذلك القاضي حازم عبدالسلام ألمجالي / حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني /

الطبعة

- الأولى دار وائل للطباعة والنشر عمان ٢٠٠٠ ص ١٥٤ .
- ٢٢- انظر تركي صقر / مصدر سابق / ص ٦٠ .
- ٢٣- د.عبدالرشيد مأمون شديد الحق الأدبي للمؤلف القاهرة ١٩٧٨ ص ١١ .
- 24- Frederic Pollaud-Dulian , ledroit , danteur , paris . 2005 . p990.exarier
limantde , Bellefonds , Droits , danteuret droits voisins , Dalloz , Paris .
2004 .p.400
- ٢٥- د.عزالدين عبدالله / دليل اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية (وثيقة باريس ١٩٧١) صادر
عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية - جنيف ١٩٧٩ ص ٦,٧ .
- ٢٦- د . تركي صقر / مصدر سابق ص ٦٠ .
- ٢٧- د.أبو اليزيد علي المتبت / مصدر سابق ص ٤٠ .
- ٢٨- مختار القاضي حق المؤلف / الكتاب الثاني / الطبعة الأولى / المكتبة الانجلو مصرية ١٩٥٩
ص ٤٧ .
- ٢٩- وهذا مانصت عليه المادة ١٦٠ من القانون المصري الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ .
- ٣٠- د. عزالدين عبدالله / مصدر سابق ص ٨ .
- ٣١- وهذا ماجاء ايضا في تعديل قانون حق المؤلف العراقي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٣ .
- ٣٢- د. عبد الحميد صدقي / الحقوق التابعة لحق المؤلف مجلة القانون والعلوم السياسية القاهرة
١٩٦١
- ص ٤١ وانظر د. عصمت عبدالمجيد بكر مصدر سابق ص ٣١ .
- ٣٣- د . تركي صقر مصدر سابق ص ٦٢ .
- ٣٤- د. عبدالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني ج ٨ ص ٣٣٤ .
- ٣٥- د. عبدالرشيد مأمون شديد / أبحاث في حق المؤلف مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ١٢ .
- ٣٦- د . عبدالرشيد مأمون شديد / المصدر نفسه ص ١٢٥ .
- ٣٧- د . عبدالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني مصدر سابق ص ٣٣٦ .
- ٣٨- م ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ .
- ٣٩- د. عبدالرشيد مأمون شديد / مصدر سابق ص ١٢٧ .
- ٤٠- د.عصمت عبدالمجيد بكر/مصدر سابق ص ٢٨ وانظر كذلك
- Pierre-Yves Gantier,Propriete
- 41- Littevaiveet,artstique,Parisll,2007,p.100et,Frederic Pollaud,opcit,p.150
- ٤٢- عبدالجبار داود البصري / المؤلف والقانون وزارة الثقافة والإعلام بغداد ١٩٨٣ ص ٢٣ .
- ٤٣- د.مختار القاضي حق المؤلف / مصدر سابق ص ٥٠ .
- ٤٤- انظر . Christophe caron, opcit,p.201
- ٤٥- د. عبد المنعم فرج الصدة / حق المؤلف في القانون المصري معهد البحوث والدراسات العربية
القاهرة ١٩٦٧ ص ١٥٣ .
- ٤٦- د . أبو اليزيد علي المثبت / مصدر سابق ص ٤٥ .
- ٤٧- انظر Coddela propriete intellectuelle , opcit,p.56
- ٤٨- د. تركي صقر / مصدر سابق ص ٧٠ .
- ٤٩- د.عزالدين عبدالله / دليل اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وثيقة باريس لعام
١٩٧١ ص ١٠ .
- ٥٠- د.عبدالرشيد مأمون شديد / مصدر سابق ص ١٣٠ .
- د.مختار القاضي / مصدر سابق ص ٥١ .
- ٥١- د .عبدالرشيد مأمون شديد / مصدر سابق ص ١٣١ .
- ٥٢- د. تركي صقر / مصدر سابق ص ٧١ .
- ٥٣- انظر د.عبدالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني ج الثامن حق الملكية / دار
أحياء التراث العربي بيروت ١٩٦٧ ص ٤٠٤ .

- ٥٤- د. السنهوري / الوسيط مصدر سابق ص ٤٠٨ .
- ٥٥- د. عبد المنعم فرج الصدة / مصدر سابق ص ٥٥ .
- ٥٦- Henri Desbois, le Droit d auteur, Paris , 1950, p. 50.
- ٥٧- د. أبو اليزيد علي المثبت / مصدر سابق ص ٥٠ .
- ٥٨- د. تركي صقر / مصدر سابق ص ٨٠ .
- ٥٩- انظر : استاذنا د. حسن علي الذنون / المبسوط في المسؤولية المدنية / الجزء الأول الضرر / شركة التاييمز للطبع والنشر ١٩٩١ ص ١٥٥ .
- ٦٠- م (٢٠٤) من القانون المدني العراقي .
- ٦١- د. جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المدنية دار الثقافة عمان ١٩٩٧ ص ٤٧١ .
- ٦٢- د. سليمان مرقس / المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية / الطبعة الثانية / مطبعة الجبلاني ١٩٧٠ ص ٩ .
- ٦٣- انظر : د. عصمت عبد المجيد بكر / مصدر سابق / ص ١٦١ - ١٦٥ .
- ٦٤- د. عبدالرشيد مأمون / الحق الأدبي للمؤلف مصدر سابق ص ١١٢ .
- ٦٥- د. محمد صبحي نجم / قانون العقوبات القسم الخاص الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٠ ص ٢٤٥ .
- ٦٦- د. سهيل حسين الفتلاوي / مصدر سابق ص ٢٥٠ .

المصادر

اولاً :- باللغة العربية :-

- ١- القران الكريم
- ٢- المجلد في اللغة والأعلام / قاموس منجد المعلوف دار المشرق - بيروت ١٩٧٣ ط ٢١ .
- ٣- أبو اليزيد علي المثبت / الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية ، منشأة المعارف / الإسكندرية / ١٩٦٧ .
- ٤- د. تركي صقر / حماية حقوق المؤلف بين النظرية والتطبيق / منشورات اتحاد الكتاب العرب / دمشق / ١٩٩٦ .
- ٥- د. جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المدنية / دار الثقافة / عمان / ١٩٩٧ .
- ٦- القاضي حازم عبدالسلام المجالي / حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني الطبعة الأولى / دار وائل للطباعة والنشر / عمان / ٢٠٠٠ .
- ٧- استاذنا د. حسن علي الذنون / المبسوط في المسؤولية المدنية / الجزء الأول الضرر / شركة التاييمز للطبع والنشر / ١٩٩١ .
- ٨- د. سليمان مرقس / المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية / الطبعة الثانية / مطبعة الجبلاني / ١٩٧٠ .
- ٩- سهيل حسين الفتلاوي / حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي دار الحرية للطباعة / بغداد / ١٩٧٨ .
- ١٠- شاكرا ناصر حيدر / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية / الجزء الأول / مطبعة المعارف / ١٩٥٩ .
- ١١- عبدالجبار داود البصري / المؤلف والقانون / وزارة الثقافة والإعلام / بغداد / ١٩٨٣ .
- ١٢- د. عبدالحميد صدقي / الحقوق التابعة لحق المؤلف / بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية مقدم للمجلس الأعلى لرعاية الفنون والعلوم والآداب / القاهرة / ١٩٦١ .
- ١٣- عبدالرشيد مأمون شديد / الحق الأدبي للمؤلف / القاهرة / ١٩٧٨ .
- ١٤- عبدالرشيد مأمون شديد / أبحاث في حق المؤلف / مطبعة جامعة القاهرة / ١٩٨٧ .

- ١٥ - د . عبد المنعم فرج الصده / حق المؤلف في القانون المصري / معهد الدراسات والبحوث / القاهرة / ١٩٦٧ .
- ١٦ - د . المرحوم عبدالرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / الجزء الثامن حق الملكية / دار أحياء التراث العربي / بيروت / ١٩٦٧ .
- ١٧ - عبدالله البستاني / معجم لغوي / بيروت / ١٩٢٧ .
- ١٨ - عز الدين عبدالله / دليل اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية / وثيقة باريس / إصدار المنظمة العالمية للملكية الفكرية / جنيف / ١٩٧٩ .
- ١٩ - أستاذنا د . عصمت عبدالمجيد بكر و د . صبري حمد خاطر / الحماية القانونية للملكية الفكرية / منشورات بيت الحكمة / الطبعة الأولى / بغداد / ٢٠٠١ .
- ٢٠ - د . فتحي الدريني / حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن / مؤسسة الرسالة / بيروت / بدون سنة طبع .
- ٢١ - استاذنا د . مجيد العنبيكي / فكرة الإبداع والقانون / بحث منشور في مجلة القانون المقارن / العدد الثامن عشر / السنة الثانية / بغداد / ١٩٨٦ .
- ٢٢ - د . محمد صبحي نجم / قانون العقوبات القسم الخاص / الطبعة الأولى / دار وائل للثقافة والنشر / عمان / ٢٠٠٠ .
- ٢٣ - محمد طه بدوي / المصنفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها / مطبعة الاعتماد / مصر / ١٩٥٨ .
- ٢٤ - مختار القاضي / حق المؤلف / كتاب الثاني / الطبعة الأولى / المكتبة الانكلمصرية / ١٩٥٩ .

ثانياً :- باللغة الفرنسية :

- 1- Code De La Propriete Intellectuelle , 9 edition,Ddaloz, 2009 .
- 2- Christophe Caron, droit de la Propriete intellectuelle , 2edition,Paris , 2007 .
- 3- Fredric Pollaud – Dulian,le Droit d auteur, Paris , 2005
- 4- Henri Desbois,le Droit d auteur, Paris , 1950 .
- 5- Pierre-yves Gautier Propriete Litteraire et artistique Paris , 2007 .
- 6- Xavier Linant de Bellefonds Droits d auteur et Droit voisins , Ddaloz, Paris , 2004 .

ثالثاً :- القوانين :

- ١- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ .
- ٢- أمر سلطة الإتلاف رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٣ .
- ٣- قانون حق المؤلف المصري لسنة ١٩٥٤ .
- ٤- قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ .
- ٥- قانون حماية حق المؤلف الفرنسي الصادر في ٣ تموز ١٩٨٥ .
- ٦- مجموعة الملكية الفكرية الفرنسية لسنة ١٩٩٢ .

المعين تحت التجربة في القانون العراقي والقوانين المقارنة

م.م. محمود عبد علي حميد – كلية القانون / الجامعة المستنصرية

الملخص

تعد الوظيفة العامة امانة مقدسة وخدمة اجتماعية فقد اوجبت اغلب قوانين الخدمة المدنية في العالم وضع المعين تحت التجربة لمدة زمنية محددة وذلك بغية التأكد من كفاءته المهنية والاخلاقية للقيام باعباء الوظيفة كما انها ترتب اثار مختلفة على مدة التجربة ، لكن اغلب قوانين الخدمة المدنية سواء في العالم او في الدول المقارنة لم تورد تعريفا للمعين تحت التجربة ولا لفترة التجربة التي يخضع لها وبناء على ذلك فقد حاولنا وضع تعريف للمعين تحت التجربة وكذلك لفترة التجربة .

وبالتالي فان مدة التجربة هي مدة اختبار للمعين تحت التجربة يمر من خلالها بفترة خدمة فعلية لغرض تحمل واجبات الوظيفة المعين فيها . وفي هذه الفترة يخضع الموظف العين تحت التجربة لجميع قوانين الخدمة العامة وما تقره من حقوق وما تفرضه من التزامات باستثناء بعض الحقوق كالحق في التمتع بالاجازة لغرض الدراسة وكذلك الحق في اضافة خدمة سابقة كالخدمة العسكرية وخدمة المحاماة.

حيث تكون حقوقه اقل من حقوق الموظف المثبت ، لان مصيره يبقى معلق على انتهاء الفترة بنجاح وفي حالة تعسف الادارة باصدار قرار بالاستغناء عنه فالقانون اعطاه حق الاعتراض لدى القضاء الاداري لانصافه من تعسف الادارة حيث ان القانون لم يترك الحبل على القارب للادارة بل فرض رقابته على جميع قراراتها بدون استثناء حيث يعد ذلك مبدأ دستوريا في العراق .

Abstract

The appointed person under examination in the Iraqi law and the comparative laws

As public job is considered a holly trust and a social service, must civil service laws in the world put the new employee under examination or those who re-employed sometimes for certain period of time. And that to be sure from the efficiency of the employee in occupation and morals to conduct the burdens of the public job, as well it builds different effects on the period of the examination, but most of civil services law whether in Ira or in the comparative states did not mentioned the definition of the employee under the examination neither mentioned the examination period, and so and in accordance to that we tried to put a definition for the employee under the examination and as follow: "every person who is appointed by an administrable order issued from specialized trend say for example a legal period of time and by the end of that period the administration has an estimated authority to make the employee permanent or not and the administration decision of unemployment is submitted to the monitory of the administrable judgment"

As a result the examination period, is a period to test the occupational and moral efficiency of the employer to under take the burdens of the public job where that the employer passes through an actual service for the purpose of occupying the duties of the job he/ she was employed in In this period the appointed person submit all the law of the public service except some rights like enjoying vacations and adding service period if he/ she had service in practicing an occupation or the military service. Where his/ her right must be lower than the permanent employee. Due to his destiny is determined by ending the examination period successfully. And in case when the administration terminate his /her services in a tyrant way. He/she has the right of objection by law by the administrable judgment to seek justice against the tyrant decision, where the law did not leave the matter an questioned for the administration must be monitored without any exceptions in that this is a principle in the Iraqi constitution.

مقدمة

أن الإدارة ليس إلا مجموع الموظفين، إذ يعد الموظف العام وسيلة الدولة في ممارسة نشاطها فالدولة لا تتصرف إلا من خلال موظفيها وخاصة بعد أن تخلت عن فكرة الدولة الحارسة فلم يعد واجبها مقصوراً على الرقابة من الأفعال الضارة، أو الرقابة على تصرفات الأفراد، أو المحافظة على النظام الاجتماعي، بل ولجت كافة الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ولم يبق امامها مجالاً لا تستطيع الدخول فيه.

وانطلاقاً من كون الوظيفة العامة أمانة مقدسة وخدمة اجتماعية، لذلك فإن الدخول إليها لا يكون سائباً، فأن قوانين الخدمة المدنية في دول العالم تحرص على أن تضع شروطاً محددة للتعيين في الوظيفة العامة، وأن هذه الشروط تكون على أنواع، نظرية كالجنسية والأهلية القانونية واللياقة الصحية والاخلاقية والكفاءة العلمية وأخرى إجرائية كصدور قرار التعيين والمباشرة بعدها تبرز الشروط التطبيقية والمتمثلة باخضاع الموظف المعين لأول مرة لمدة تجربة للتأكد من كفاءته وقدرته عملياً لتولي الوظيفة المسندة إليه، وتبدو أهمية هذا الموضوع في أن مدة التجربة ما هي إلا مدة انتقالية يقضيها الموظف سواء عين لأول مرة أو رقي الى وظيفة أعلى من سابقتها لذلك فلا بد من توضيح أحكام هذه المدة ومن يخضع لها من الموظفين. لذلك فقد قسمنا هذا الموضوع الى ثلاثة مباحث نتناول في الأول ذاتية التعيين تحت التجربة ، اما المبحث الثاني فسنتناول فيه الحقوق والواجبات للمعين تحت التجربة ، اما الثالث فسنخصصه للرقابة القضائية لقرار الإدارة بالاستغناء عن المعين تحت التجربة

المبحث الأول

ذاتية المعين تحت التجربة

توجب أغلب قوانين الخدمة المدنية في العالم وضع الموظف المعين لأول مرة او المعاد تعيينه في بعض الأحيان تحت التجربة لمدة زمنية محددة وذلك بغية التأكد من كفاءته المهنية والاخلاقية للقيام باعباء الوظيفة العامة، كما ترتب اثار مختلفة على مدة التجربة، لكن اغلب قوانين الخدمة وكذلك فقه القانون العام لم يورد تعريفاً للمعين تحت التجربة ولا لفترة التجربة التي يخضع لها وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث الى المطالبات الآتية :الأول: تعريف المعين تحت التجربة. والمطلب الثاني : فترة التجربة. والثالث : التمييز بين المعين تحت التجربة والمعين بصفة مؤقتة .

المطلب الأول - تعريف المعين تحت التجربة

قبل البدء بتعريف المعين تحت التجربة لابد من التطرق الى موقف القانون والفقه الاداري من تعريف الموظف العام ومن ثم بيان تعريف المعين تحت التجربة

لم يرد في اغلب التشريعات المنظمة للوظيفة العامة تعريف منظم يحدد المقصود بالموظف العام، والسبب في ذلك يعود الى اختلاف الأنظمة القانونية التي تحكم الموظف العام بين دولة وأخرى والى صفة التجدد والتطور المستمر للقانون الإداري.

وان أكثر التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة اكتفت بتحديد معنى الموظف العام في مجال تطبيقها .

ففي فرنسا لم تضع التشريعات الفرنسية تعريفاً يحدد المقصود بالموظف العام، واكتفت بتحديد الأشخاص الذين تطبق عليهم أحكام التشريعات، فقد نصت المادة الاولى من قانون التوظيف الفرنسي رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٤٦ على ان ((يسري على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة ويشغلون درجة من درجات الكادر في احدى الادارات المركزية للدولة او في احدى الادارات الخارجية التابعة لها او في المؤسسات القومية)). وهذا ما سارت عليه التشريعات الفرنسية اللاحقة لقانون ١٩٤٦ مثل قانون ١٩٥٩ وقانون ١٩٨٣ .

ومن كل ما تقدم يمكن ان نبين ان القانون الفرنسي تسري أحكامه على كل ممن تتوفر فيهم الشروط الآتية :

١. الوظيفة الدائمة .
٢. الخدمة في مرفق إداري عام .ومن خلال هذه الشروط فقد تخرج طائفة من الموظفين العاملين في الدولة من أحكام الوظيفة العامة مثل موظفو البرلمان ورجال القضاء ورجال الجيش والعاملين في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي او تجاري^(١).

اما في مصر فقد اخذ بما ذهب اليه القانون الفرنسي فقد اكتفى بتحديد الموظفين الذين يخضعون للأحكام الواردة في القوانين واللوائح الصادرة لتسري على الموظفين العموميين، فقد جاء القانون المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ موجزاً ولم يتطرق للموظفين بشكل دائم او مؤقت وسواء كانوا مثبتين او غير مثبتين، إذ نصت الفقرة الاخيرة من المادة الاولى منه على انه ((يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في احدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة))^(٢).

ومما تقدم يتبين أن كل من التشريع الفرنسي والمصري لم يتطرق الى وضع تعريف يحدد ما المقصود بالموظف العام وبالتالي ترك امر ذلك الى الفقه والقضاء الإداري.

فقد عرف الفقيهان الفرنسيان دويز Duez، وديبير Debeyre الموظف العام بأنه ((كل شخص يساهم في ادارة مرفق عام بدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ويوضع بصورة دائمة في وظيفة داخلية في نطاق كادر إداري منظم)).

اما القضاء الفرنسي فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه معروفاً الموظف العام ((بأنه كل شخص يعهد اليه بوظيفة دائمة في الملاك وتكون في خدمة مرفق عام، واشترط المجلس ان يكون المرفق العام إدارياً))^(٣).

وفي مصر فقد ذهب د. محمد انس قاسم جعفر الى تعريف الموظف العام بأنه ((كل شخص يعهد اليه بعمل دائم في خدمة احد المرافق العامة تتولى ادارتها،

الدولة او احد أشخاص القانون العام الاقليمية او المرفقية، وذلك بتولي منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق العام))^(٤).

في حين عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية في احد قراراتها بالقول ((... ان صفة الموظف العام لا تقوم بالشخص ولا تجري عليه أحكام الوظيفة العامة الا اذا كان معيناً في عمل دائم في خدمة مرفق تديره الدولة او احدى السلطات الإدارية بطريقة مباشرة))^(٥).

مما تقدم يمكن نخلص الى ان كل من القانونين الفرنسي والمصري لم يضع تعريف للموظف العام لكنه اكتفى بوضع عدة شروط يجب توفرها في الشخص لكي يتصف بصفة الموظف العام وهذه الشروط هي:

١. ان يكون هناك صفة الديمومة في الوظيفة العامة التي عين فيها الشخص.

٢. الخدمة في مرفق إداري عام او أحد أشخاص القانون العام.

٣. ان تكون الخدمة او العمل بشكل منتظم غير عارض.

اما في العراق فقد درج على عكس ما ذهبت اليه اغلب التشريعات حيث اورد تعريف للموظف العام في صلب قانون الخدمة المدنية وقوانين انضباط موظفي الدولة، فقد عرفت المادة الاولى من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ - الموظف : بانه ((كل شخص عهدت اليه وظيفة داخل ملاك الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة)). وقد عرفت المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ الموظف بانه ((كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلية في الملاك الخاص بالموظفين)).

ومن خلال قراءة التعاريف فقد يوجد اختلاف في مفهوم الموظف العام في كلا القانونين حيث يشترط قانون الخدمة المدنية صفة الدوام للموظف العام وبالتالي تكون الوظيفة التي يشغلها الموظف دائمة وغير عارضة.

على خلاف ما ذهب اليه قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام حيث استبعد صفة الديمومة عن الموظف وان الحكمة من استبعاد هذه الصفة هي شمول فئات أخرى من الموظفين بأحكام قانون انضباط موظفي الدولة الموظف بعقد والموظف بصفة ومؤقتة والمعين تحت التجربة .

وقد يخضع الموظفون في العراق لقوانين خدمة مختلفة ويقع في مقدمة هذه القوانين قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل حيث يعد هذا القانون الشريعة العامة لقواعد الخدمة المدنية ويشمل بأحكامه غالبية الموظفين على انه يوجد فئة من الموظفين يخضعون لقانون خدمة خاص كقانون الخدمة الجامعية وقانون الخدمة الخارجية^(٦).

مما تقدم يتبين ان أي من التشريعات الثلاثة سواء كان الفرنسي او المصري او العراقي لم يتطرق الى تعريف يحدد المقصود بالموظف المعين تحت التجربة لذلك، فنحن من جانبنا يمكن ان نضع تعريف يحدد المقصود بالمعين تحت التجربة بانه ((هو كل شخص يتم تعيينه بوظيفة دائمة في ملاك مرفق إداري عام بامر إداري صادر من جهة مختصة وعلى سبيل التجربة لفترة زمنية محددة قانوناً

وبانقضاءها تمتلك الإدارة سلطة تقديرية لتثبيتته بالوظيفة التي يشغلها من عدمه ويكون قرار الإدارة الصادر بعدم التثبيت خاضعاً لرقابة القضاء الإداري)).
المطلب الثاني - مدة التجربة

هناك عدة إجراءات تتخذها دوائر الدولة بعد استكمال إجراءات تعيين الموظفين منها اصدار الأمر الإداري بالتعيين، وتبليغ الموظف به، ومن ثم تثبيت توقيعه وتاريخ التبليغ على نسخة الدائرة من الأمر الإداري وبالتالي يكون لدى الموظف العلم اليقيني بالتعيين، ولتاريخ المباشرة بالتعيين أهمية خاصة لأنه يتوقف عليه تطبيق بعض أحكام القانون على الموظف المعين تحت التجربة. ومتى علم الموظف علم اليقين بأمر التعيين، يكون عليه ان يباشر في الوظيفة المعين فيها خلال مدة اقصاها سبعة ايام تبدأ من تاريخ تبليغه بقرار التعيين عدا ايام السفر المعتادة وفي حالة عدم مباشرته فان على المرجع المختص ان يخطر به بضرورة المباشرة، وفي حالة عدم المباشرة دون عذر مشروع وخلال عشرة ايام من تاريخ تبليغه بالأخطار اذا كان داخل العراق، او خلال ثلاثين يوماً اذا كان خارجه او كان محل اقامته مجهولاً فيعتبر امر تعيينه ملغياً.

اما في حالة رفض الموظف اقرار التعيين بما يحمل له من مزايا - صراحة - وامتناعه عن المباشرة بالوظيفة، وبالتالي يكون قرار التعيين معلق على شرط فاسخ يتمثل بقبول الفرد المعين لقرار تعيينه فاذا رفضه - تنازل عنه صراحة - وبالتالي فان القرار قد يزول باقر رجعي^(٧). ويتبع ذلك فان الأخطار لا تكون فائدة ترجى منه بعد تنازل المعين عن قرار تعيينه صراحة لان الموظف بتنازله قد اظهر رغبته بعدم المباشرة بالوظيفة.

ويعتبر تاريخ المباشرة بالوظيفة، هو التاريخ الذي يبدأ فيه استحقاق الموظف الحقوق المترتبة على اشغال الوظيفة اما تاريخ صدور امر التعيين فانه يعتبر التاريخ الذي يكتسب فيه الشخص المعين صفة الموظف العمومي، بعد ان بينا الاجراءات التي تتبعها الإدارة عند تعيين لأول مرة فلا بد من بيان المقصود بمدة التجربة والحكمة التي قصدها المشرع من اشتراطها في الوظيفة من خلال تعريف هذه المدة وبيان اهدافها.

أولاً. تعريف مدة التجربة :

لقد ذهب القضاء الإداري في مصر الى تعريف فترة التجربة في حكم صادر باحد الطعون المقدمة اليه رقم ٦٣٦ بتاريخ ١٩٦٧/٢/١ بالقول ((ان فترة التجربة هي فترة زمنية اراد المشرع ان يظل الموظف خلالها تحت رقابة الجهة الإدارية واشرافها المباشر لا مكان الحكم على مدى صلاحيته للعمل الحكومي المسند اليه على كيفية نهوضه بمسؤوليات وظيفته ومقتضى هذا ان تعيين الموظف لا يكون في هذه نهائياً باتاً، بل ان بقاءه في الوظيفة بعد تعيينه فيها يكون منوطاً بقضائه فترة الاختبار بنجاح وثبوت صلاحيته لاعمال هذه الوظيفة والمرجع في تقدير هذه الصلاحية هو السلطة التي تملك التعيين تستقل به بلا معقب عليها في ذلك ما دام قرارها يجيء خالياً من اساءة استعمال السلطة))^(٨).

وبالتالي مدة التجربة في القانون المصري هي ستة اشهر تبدأ من تاريخ استلام العامل العمل وذلك استناداً الى المادة (٢٢) من قانون العاملين المدنيين في الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨. اما في القانون الاردني فان مدة التجربة سنتان قابلة للتمديد سنة أخرى تبدأ من مباشرة الموظف العمل في وظيفته^(٩).

اما في العراق فان المشرع العراقي قد اضاف شروط اجرائيه أخرى الى الشروط العامة للتوظيف اوجب اتباعها لغرض التثبيت من صلاحية وكفاءة المتقدمين لاشغال الوظائف العامة واختيار افضلهم، إلا ان القانون لم يجعل من عملية الاختيار نهائية بل اعطى للإدارة امكانية التحقق عملياً من اهلية الموظف وصلاحيته للقيام بمسؤوليات الوظيفة وللغرض التأكد من ان اختيارها له كان صائباً.

ولتحقيق هذا الغرض فقد نصت المادة ١٤ فقرة (١) من قانون الخدمة المدنية على ان ((يكون الموظف عند اول تعيينه تحت التجربة لمدة سنة واحدة في خدمة فعلية، ويجب اصدار امر بتثبيته بعد انتهائها إذا تأكدت ان مدة التجربة هي سنة واحدة تقبل التمديد لمدة ستة اشهر أخرى في حالة عدم تيقن الإدارة من كفاءته خلال الفترة الاولى)).

اما في قانون الخدمة الجامعية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٧٦ المعدل فان مدة التجربة هي عام دراسي واحد، فاذا باشر موظف الخدمة الجامعية الخاضع لمدة التجربة في بدء العام الدراسي فان مدة التجربة في هذه الحالة تنتهي بنهاية العام المذكور اما اذا باشر خلال العام الدراسي فان المفترض تمديد مدة التجربة الى العام الدراسي التالي بما يكمل عاماً دراسياً واحداً. اما مدة التجربة التي يخضع لها القاضي المتخرج في المعهد القضائي فهي سنة واحدة وذلك عملاً بالفقرة الاولى من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢٠) في ١٩٩٦/٢/٧.

ومن ذلك يمكن تعريف مدة التجربة بانها - الفترة التي يتم فيها تهيئة الموظف الجديد عملياً لممارسة مهام الوظيفة المعين فيها تدريجياً لغرض التحقق من مدى صلاحيته لممارسة مهام الوظيفة قبل تثبيته فيها، وقد حددت هذه الفترة بسنة وستة اشهر، - وان مدة التجربة التي يخضع لها الموظف المعين لأول مرة وكذلك الموظف الذي اعيد تعيينه والموظف المرفع لوظيفة اعلى من وظيفته التي يشغلها لكن هذه المدة التي يخضع لها الموظف الاخير تكون ستة اشهر فقط اما الدرجات الخاصة فان شاغلها لا يخضعون لمدة تجربة لان من يشغل هذه الوظائف يقتضي ان تكون له خدمة طويلة وخبرة في مجال العمل وهذا ما ذهبت اليه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في قرار المرقم ١٧٧ في ٢٠٠٦/٦/١٧ الى ((ان مدة التجربة تسري على الموظف المعين لأول مرة ولا تسري على وظائف الدرجات الخاصة باعتبار ان من يشغل تلك الوظائف يقتضي ان يكون له خدمة طويلة وخبرة في مجال العمل))^(١٠).

وقد اشترطت المادة (١٤) فقرة (١) ان تكون مدة التجربة (خدمة فعلية) حيث تعني الخدمة الفعلية التي وردت في هذه المادة هي مباشرة الموظف عمله شخصياً وبالتالي فان انقطاع الموظف بعذر او بدون عذر لا يحسب ضمن الخدمة

الفعلية، بل ان مدة التجربة تتوقف عند انقطاع الموظف وتستكمل بعد عودت الموظف الى الوظيفة، وهناك من اعطى معنى اخر للخدمة الفعلية بانها كل ما يحسب منها او الحالات الموافقة لها لاغراض قانون الخدمة المدنية المعمول به في دائرة الموظف والتي تؤثر سلباً على اعتبارها خدمة مجزية لكافة الاغراض ومنها بوجه خاص العلاوة والترفيح والتقاعد^(١). وان انقطاع الموظف عن وظيفته لعذر مشروع كتمتعه باجازة مرضية او اجازة اعتيادية او لعذر غير مشروع كتغيبه عن الوظيفة فان ذلك لا يحسب خدمة فعلية لغرض التثبيت ، هذا هو الاصل لكن المشرع قد اعتبر بعض حالات الانقطاع خدمة فعلية لاغراض التثبيت بالنسبة للشخص المعين تحت التجربة وهذه الحالات مثلاً :

أ. الاجازة الدراسية الممنوحة للموظف فقد نصت فقرة (٤) من المادة (٥) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل على ((اعتبار مدة الاجازة الدراسية الممنوحة للموظف خدمة فعلية لكافة الاغراض)). فلا شك في ان غرض التثبيت قد يكون ضمن هذه الاغراض. لكن الواقع العملي في الوقت الحاضر في دوائر الدولة والقطاع العام هو لا يمكن للموظف ان يتمتع بهذه الاجازة الا بعد ان يكمل سنتين في خدمة فعلية فهو بعد هذه المدة يكون قد ثبت في وظيفته.

ب. العطلات المدرسية حيث تحتسب خدمة فعلية لغرض التثبيت للموظفين الذين يتمتعون بها وذلك استناداً للفقرة (٤) من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل. وقد ذهب بعض الكتاب بان العطلات المدرسية تشمل العطلة الربيعية التالية لامتحانات نصف السنة مباشرة والعطلة الصيفية المبتدئة من ٧/١ ولغاية ٨/٣١ من كل عام والعطل الرسمية الأخرى المنصوص عليها في قانون العطل الرسمية رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٢^(٢). ونحن لا نتفق مع الرأي القائل باعتبار العطلات الرسمية تعتبر ضمن العطلات المدرسية وذلك لان التمتع بالعطلات الرسمية لا يقتصر على العاملين بالمدارس والمعاهد والكلديات بل يشمل جميع موظفي الدولة بينما العطلات المدرسية تشمل العاملين بالمدارس والمعاهد والكلديات. وبالتالي فان احتساب العطلات الرسمية من ضمن العطلات المدرسية امر يخالف القانون صراحة.

هناك سؤال من هم الذين يتمتعون بالعطل المدرسية ؟

للإجابة عن هذا السؤال انقسم الفقهاء العراقيين حول تحديد الموظفين الذين يتمتعون بالعطل المدرسية طائفتين : الاولى ترى ان من يعمل في المدارس والكلديات^(٣)، من غير اعضاء الهيئة التدريسية لا تشمله العطلة المدرسية وحجتهم في ذلك ان الفقرة الاولى من المادة (٤٤) من قانون الخدمة المدنية لسنة ١٩٦٠ المعدل قضت بان ((... للوزير المختص ان يدعو البعض من هؤلاء لاداء بعض واجبات التعليم خلال هذه العطلة على ان لا تقل مدة العطلة التي يتمتع بها عن خمسة واربعين يوماً في كل سنة دراسية)). من هذا النص يتضح ان الذي يقوم بهذه الواجبات يجب ان يكون من اعضاء الهيئة التدريسية اذ لا يمكن ان يقوم بهذه الواجبات ملاحظ او كاتب كما ان الفقرة الثانية من المادة (٤٤) من قانون الخدمة

المدنية لسنة ١٩٦٠ المعدل قضت بمنح المشمولين بالحكم المتقدم اجازة خاصة لمدة سبعة ايام خلال السنة الدراسية، وهذا النص هو الاخر يوضح ان الفكرة التي دفعت المشرع الى منح الاجازة الخاصة هي ضمان عدم الاخلال بسير مرفق الدراسية وهذا لا يمكن ان يحدث الا اذا تعلق الأمر بمنح الاجازة لمن يقوم بالتدريسات دون غيره من الموظفين فلا يعقل ان يكون لغياب الموظفين أي اثر على سير الدراسية^(١٤).

اما الطائفة الثانية ترى عدم وجود فارق بين الكادر التدريسي وبين الموظفين الإداريين فليس من الجائز ان يكون للموظفين الإداريين دوام متصل خلال العطلة الصيفية في الوقت الذي ينهي فيه دوام الطلبة والمدرسين والمعلمين^(١٥).

ونحن نؤيد الرأي القائل ان الذي يتمتع بالعطل المدرسية هو الكادر التدريسي دون غيره من الموظفين وذلك استناداً الى الحجج سابقة الذكر. اما عن أسباب قطع مدة التجربة :

حيث يثور التساؤل حول اضافة خدمة المحاماة او الخدمة العسكرية هل اضافة هذه الخدمة يؤدي الى قطع مدة التجربة وبالتالي تؤدي الى تثبيت المعين تحت التجربة ام ان اضافتها تحسب لاغراض الخدمة والتقاعد دون التثبيت؟ للإجابة على هذا السؤال يمكن القول ان الواقع العملي قد اثبت ان على الشخص المعين تحت التجربة ان يمر بمرحلة الخدمة الفعلية التي من خلالها تراقب الإدارة نشاط الموظف والتزامه بقواعد الوظيفة عن كثب حيث تعتبر هذه المرحلة التي يمر بها الموظف من اخطر المراحل في حياته الوظيفية لما لها من أهمية للتثبيت من قابليته في تحمل اعباء الوظيفة وكذلك لها أهمية بالنسبة للإدارة لان من خلالها تعمل على التأكد من ان العناصر الذي يعلمون لديها ذو كفاءة ونزاهة ومسؤولية. ان اضافة خدمة المحاماة بالنسبة للمعين تحت التجربة لا تؤدي الى قطع فترة التجربة فلا بد من اكمال الموظف فترة التجربة بنجاح حتى يتسنى للإدارة تثبيته من عدمه استناداً للمادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠.

اما عن اضافة الخدمة العسكرية فان القانون الفرنسي ذهب الى ان اضافة هذه الخدمة لا يؤدي الى قطع فترة التجربة وبالتالي لا يجوز احتسابها ضمن مدة التجربة، في حين انها تعتبر خدمة فعلية للموظف المعين تحت التجربة، وفي القانون المصري هذا ما اشارت اليه المادة (٤٢) من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم (١٢٧) لسنة ١٩٨٠ المصري.

اما في العراق فان القانون العراقي قد اخذ بما ذهب اليه نظيره المصري حيث اعتبر الخدمة العسكرية خدمة فعلية لغرض التثبيت بالنسبة للمعين تحت التجربة سواء كانت خدمة الزامية او خدمة احتياطي وهذا ما اشارت اليه المادة (٢٥) من قانون الخدمة العسكرية رقم (٦٥) لسنة ١٩٦٩ الملغى .

ونحن لا نتفق مع المشرع في احتساب الخدمة الالزامية والاحتياطي خدمة فعلية لغرض تثبيت الموظف المعين تحت التجربة فلا بد من ان يقضي الموظف مدة

الاختبار في عمله المدني في خدمة فعلية حتى يتسنى للإدارة التأكد من مدى صلاحيته للنهوض باعباء الوظيفة المعين فيها ومن ثم تقرر تثبيته في الوظيفة المسند اليه من عدمه.

وبالتالي نرى بان تتوقف مدة التجربة خلال مدة الخدمة العسكرية وتستكمل بعد اكمال المكلف خدمة العلم، ذلك لان مجال الخدمة في الجيش يختلف عن المجال الخدمة في المرافق العامة المدنية فاذا كان المكلف بالخدمة العسكرية قد نجح في المجال العسكري فانه قد لا يكون ناجحاً في مجال الخدمة المدنية في دوائر الدولة. ومن كل ما تقدم يمكن القول ان مدة التجربة اختبار اضافي ذو طابع عملي فلا تعد مجرد حاجز اخر يجب ان يجتازه الشخص قبل الدخول في الخدمة ولكنها تهدف كذلك الى اعداد موظفي المستقبل اعداداً يتفق مع الحقائق الإدارية فهي الاختبار الحاسم الذي يؤدي الى استبعاد غير الصالحين وغير الكفؤين فلا يدخل في خدمة الدولة الا الموظفون الجديرون بذلك اخلاقياً وعلمياً^(١٦).

ثانياً . أهداف فترة التجربة :

ان وضع الشخص المعين لأول مرة تحت التجربة أهمية خاصة تبدو من خلال نوعين من الشروط عامة وخاصة تحرص القوانين على توافرها بالشخص المتقدم للتعيين فالشروط العامة متمثلة بالجنسية والاهلية القانونية واللياقة الصحية والاخلاقية والكفاءة العلمية اما الشرط الاخر وهو شخصي اتفق عليه مشرعوا القانون الإداري منهم المشرع العراقي وهذا الشرط هو شرط اجتياز مدة التجربة بنجاح لان المؤهلات العلمية قد تستخدم كمؤشر للصلاحية لكنها لاتعطي احقية الموظف في الوظيفة المعين فيها قد يكون غيره ممن لم يتفوق في الجانب العلمي أكثر جدارة في الجانب العملي في ادائه لوظيفته.

وان أي موظف يعين لأول مرة او يرقى الى وظيفة اعلى من سابقتها من حيث المسؤوليات والواجبات يوضع تحت التجربة لمدة محددة ليكون تحت اشراف ورقابة الإدارة حتى تتأكد من كفاءته للوظيفة المعين فيها او المرقى اليها، لان مدة التجربة تسمح للإدارة التعرف وعن كثب على حسن اداء الموظف لواجباته وسرعة تكيفه بالنسبة لهذه الوظيفة وصلاحيته للاستمرار في الوظيفة المعين فيها لأول مرة او المرقى لها^(١٧).

وبالتالي فان مدة التجربة تعد من اهم المراحل في حياة الموظف الوظيفية باعتبارها فترة تهيئة واختبار وتستهدف الجوانب التالية:

١. تهيئة الموظف عملياً لممارسة مهام الوظيفة المرشح لها.
٢. ترسيخ المفاهيم الأساسية للخدمة المدنية.
٣. الكشف عن قدرات الموظف وميوله العملية.
٤. التحقق من مدى صلاحية الموظف لشغل الوظيفة المعين فيها تمهيداً لتثبيته فيها.
٥. التأكد من كفاءته الاخلاقية وسلوكه الوظيفي.

المطلب الثالث - انتهاء مدة التجربة بالتثبيت او الاستغناء

عند وضع الموظف المعين لأول مرة في إحدى الوظائف تحت التجربة المدة قد تكون سنة أو ستة أشهر أو سنتين في بعض القوانين في خدمة فعلية فبعد انتهاء هذه المدة توصي الجهة المعين فيها بتثبيتته إذا تأكدت من كفاءته أو الاستغناء عن خدماته في حالة عدم كفاءته أو صلاحيته للعمل الذي تم تعيينه فيه ولها أن تمهله ستة أشهر أخرى في وظيفته للتأكد من صلاحيته^(١٨)، وإن المدة الأخيرة له هي مدة نهائية وفقاً للقانون. وبالتالي فإن بانتهاء مدة التجربة يتبلور الموقف القانوني للمعين تحت التجربة فاما بتثبيتته أو الاستغناء عن خدماته. ففي فرنسا فإن للإدارة سلطة الاستغناء عن الموظف خلال فترة التجربة عندما يتبين لها أنه غير كفوء لتحمل أعباء الوظيفة المعين فيها أي حالة عدم الكفاية المهنية إلا أن الفصل خلال المدة المذكور يجب أن يكون مسبقاً بالاطلاع على الإضبارة أو على الأقل إبلاغه بأن له الحق في الاطلاع عليها، وبالتالي فإن قرار الفصل خلال مدة التجربة يجب أن يكون مبنياً على سببين فقط هما عدم الكفاية المهنية أو لسبب تأديبي.

أما في مصر فإن الإدارة إذا رأت أن الموظف المعين تحت التجربة أنه كفي وأهل للقيام بواجبات وظيفته بعد مراقبة نشاطه الوظيفي طيلة فترة الاختبار فإنها تصدر قرار التثبيت الذي يحدد الدرجة التي يشغلها هذا الموظف، فقد ذهب الدكتور عبد الحسين حشيش إلى القول بأن الموظف المعين تحت التجربة هو الذي عين في وظيفة دائمة بناءً على وضعه تحت التجربة في خدمة وظيفية فعلية، لكنه لا يتم تثبيته في الدرجة التي تؤهله بشكل نهائي لشغل هذه الوظيفة إلا بعد اجتيازه فترة التجربة الفعلية بنجاح، فإذا ثبت أو برهن الموظف خلال فترة التجربة وممارسته للوظيفة المعين فيها عن كفاءته وجدارته في تحمل واجبات الوظيفة أصدرت الإدارة قرار بتثبيتته في وظيفته وإلا استغنت عنه، ولذلك فقد ذهب إلى تكييف مركز الموظف المعين تحت التجربة بأنه موظف تثبيته معلق على شرط واقف هو قيام الإدارة بتثبيتته في وظيفته، وهو أمر مستقل غير محقق الوقوع يترتب على وجوده قيام الرابطة الوظيفية. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقرار لها في ١٩٦١/٦/٢٤ بهذا الشأن بالقول ((أن قضاء فترة الاختبار على ما يرام هو شرط الصلاحية للبقاء في الوظيفة وهو شرط مقرر للمصلحة العامة يجري أعماله طوال فترة الاختبار، ومن ثم فإن مصير الموظف يكون رهيناً بتحقيق هذا الشرط، فإذا اتضح عدم لياقته قبل انقضاء هذه الفترة ساء فصله، ولا يعد الفصل في هذه الحالة من قبيل الفصل التأديبي لانقضاء هذه الصفة عنه ولا من قبيل أسباب انتهاء خدمة الموظف لخروجه من عداد هذه الأسباب بل يقع نتيجة لتخلف شرط من الشروط المعلق عليها مصير التعيين))^(١٩).

وإن الجهة التي تملك صلاحية التثبيت أو الاستغناء بالنسبة للموظف هي السلطة التي أصدرت أمر تعيينه فقد ذهبت المحكمة الإدارية في مصر إلى أن ((ما دام المرء في النهاية في تقدير صلاحية الموظف المعين تحت التجربة هو للسلطة التي تمتلك التعيين، فإنه لا يترتب على أي عيب شكلي يشوب التقارير الشهرية التي نظمتها اللانحة التنفيذية لهذه الطائفة من الموظفين أي بطلان ما دام أن هذه

التقارير ليست ملزمة للسلطة المذكورة وتمتلك تقدير صلاحية الموظف المعين تحت الاختبار او عدم صلاحيته بالاستناد الى هذه التقارير ا والى اية عناصر أخرى تستمد منها قراراتها وهي تستقل بهذا التقدير بلا معقب عليها ما دام قراراتها خاليا من اساءة استعمال السلطة)) (٢٠).

ومن هذه القرارات فان تقدير صلاحية الموظف المعين تحت التجربة في مصر يتم عن طريق تقارير شهرية تقدم بمعرفة الرؤساء المباشرين وتعتمد من الرئيس الاعلى وذلك على النموذج الذي تعده الوحدة الإدارية على ان يوضع عند نهاية مدة الاختبار تقدير نهائي في ضوء التقارير السابقة موضحاً به مدى صلاحية الموظف لوظيفة المسندة اليه ويعرض هذا التقرير على لجنة شؤون العاملين، وتعد ادارة شؤون العاملين في كل وحدة سجلاً لقيد العاملين تحت الاختبار موضحاً فيه بداية ونهاية مدة الاختبار (٢١).

ويعد التقرير الخاص بالموظف المعين تحت التجربة على فترتين :
الاولى : تبدأ اعتباراً من تاريخ المباشرة ويعد التقرير عنها بعد مضي خمسة أشهر.

الثانية : تبدأ اعتباراً من بداية الشهر السادس حتى نهاية الشهر العاشر ويعد التقرير عن هذه الفترة ويقدم قبل نهاية سنة التجربة بشهرين.

وان المصادر المتعمدة في اعداد التقرير هي :

١. ملف الموظف .
 ٢. سجل تدوين ملاحظات الرئيس المباشر .
 ٣. تقرير الانجاز الشهري للموظف .
 ٤. دفتر الدوام.
 ٥. أي مصادر أخرى تساعد في دقة التقويم.
- وهذا وان كانت هذه التقارير غير ملزمة للإدارة لانها قد تستند لتقدير صلاحية المعين تحت التجربة من عدمها الى عناصر أخرى قد تستغل هي بتقديرها. وان جهة الإدارة لا تنتظر انتهاء مدة التجربة لتقرر بعد ذلك مصير الموظف فاذا تأكدت اثناء المدة المذكورة عدم صلاحيته للوظيفة المعين فيها فللادارة الحق في الاستغناء عنه واذا كانت عدم الصلاحية قد ثبتت قبل انقضاء مدة التجربة ولكن صدور القرار الخاص بذلك قد تاخر لفترة من الوقت حتى اكمال الاجراءات المطلوبة فان ذلك لا يعيب القرار ولا يؤثر في مشروعيته وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا في مصرفي احد أحكامها بالقول ((لا الزام على جهة الإدارة ان تتربص انتهاء سنة قبل البت بصلاحية العامل اذ تملك تقدير ذلك في أي وقت خلال تلك المدة متى توافرت لها عناصر هذا التقرير... ولا يعيب القرار الصادر بفصل المدعي تراخي جهة الإدارة في اصداره لبعض الوقت لما تستلزمه الاجراءات من العرض على لجنة شؤون العاملين اذ ليس في نصوص القانون ما يوجب صدور قرار الفصل ذاته قبل انتهاء مدة السنة طالما ان عدم الصلاحية تقرر فعلاً خلال تلك الفترة)) (٢٢).

ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في عدم التزامها بانتهاء مدة التجربة بشكل كامل حتى تقرر بعدها صلاحية الموظف المعين تحت التجربة للوظيفة من عدمها وذلك لأن السماح للإدارة بالاستغناء عن الموظف وفصله خلال مدة التجربة قد يدفعها إلى أن تتعسف باستعمال السلطة وبالتالي تقرر الاستغناء عن الموظف لمجرد الشك في عدم كفاءته هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الموظف في بداية عمله في الوظيفة قد لا ينسجم مع ظروف وملابسات العمل فإذا لم يظهر عدم كفاءته في البداية فقد يثبت العكس بعد ذلك وعندما يتأقلم مع ظروف العمل الوظيفي.

وهذا وقد يثور السؤال عن مدى سلطة الإدارة في فصل الموظف تحت التجربة؟

وللإجابة عن ذلك فقد ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد قراراتها إلى ((أن فصل الموظف لعدم قضائه فترة التجربة على أكمل وجه يعتبر من صميم عمل الإدارة بلا معقب عليها ما دام أن قرارها جاء خالياً من إساءة استعمال السلطة، فيحق لها استخلاص عدم الصلاحية من كثرة طلب الموظف للإجازات وتحايله للحصول عليها ولو لم يتجاوز حدودها المرسومة على اعتبار أن الإجازات المتواصلة والغيابات المتكررة إساءة في استعمال الحق وسوء سلوك وظيفي ينعكس أثره على الوظيفة العامة ويعتبر ذلك دليلاً على عدم تقدير الموظف للمسؤولية...))^(٢٣)، وبإمكان الإدارة أن تستند في إصدار قرار الفصل إلى الجزاءات التي أنزلت بالموظف وخاصة إذا كانت تدل على أخطائه وإهماله وعدم دقته في العمل الوظيفي وعدم طاعته لأوامر الرؤساء وإلى ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها بتاريخ ١٩٦٧/٢/٤ بالقول ((فقد استندت هيئة البريد في قرارها بفصل المدعي إلى الجزاءات التي أنزلت به وتبين من الاطلاع على صحيفة هذه الإجراءات أنها كلها بسبب أخطائه في أعمال وظيفته . فهي كما قالت الهيئة بحق- تتصل اتصالاً وثيقاً بعمله -))^(٢٤).

أما عن طبيعة قرار الفصل الصادر بحق الموظف المعين تحت التجربة فلا يعد الفصل في هذه الحالة من قبيل الفصل التأديبي بل يكفي للإدارة أن تثبت أن الموظف ليس له اللياقة للنهوض بآعباء الوظيفة وعلى اعتبار أن الأخيرة شرط مقرر للمصلحة العامة يجري أعماله طوال مدة التجربة وهذا ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها بتاريخ ١٩٦٣/١/٢٦ بالقول ((إن لم يتم الموظف مدة الاختبار على ما يرام فصل من وظيفته. واللياقة للنهوض بآعباء الوظيفة العامة شرط الصلاحية للبقاء فيها، وشرط مقرر للمصلحة العامة يجري أعماله طوال فترة الاختبار ومن ثم فإن مصير تعيين الموظف يكون رهيناً بتحقيق هذا الشرط فإذا اتضح عدم لياقته قبل انقضاء هذه الفترة ساغ فصله ولا يعد الفصل في هذه الحالة من قبيل الفصل التأديبي لانتهاء هذه الصفة عنه، ولما كان ذلك فإن هذا الفصل لا يستلزم أن يكون الموظف قد ارتكب ذنباً تأديبياً بالفعل بل ينتج صحيحاً ويعتبر قائماً على السبب المبرر له قانوناً متى استند إلى وقائع لا تترب

على الإدارة ان هي اطمأنت الى صدقها ومتى كانت قد استخلصت منها النتيجة التي انتهت اليها في شأنه استخلاصاً سائغاً^(٢٥).

وجهة الإدارة لا تجري تحقيقاً او استجوابات للموظف المعين تحت التجربة قبل فصله لعدم صلاحيته للقيام باعباء الوظيفة خلال فترة التجربة لان الاستجواب والتحقيق وسماع الدفاع مقرر فقط قبل عقوبة الفصل التأديبي وبالتالي فان الفصل او الاستغناء عن الموظف خلال فترة التجربة او بعدها لا يعتبر من قبيل هذا الفصل.

وان الفصل خلال فترة التجربة في حالة تثبت الإدارة من عدم كفاءة الموظف هو اعمال للمركز القانوني له باعتباره قد فقد شرطاً من شروط تولي الوظيفة العامة .

اما في العراق نصت الفقرة الاولى من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل على ان ((يكون الموظف عند اول تعيينه تحت التجربة لمدة سنة واحدة في خدمة فعلية ويجب اصدار امر تثبيته في درجته بعد انتهائها اذا تاكدت كفاءته والا فتمدد تجربته ستة اشهر أخرى)).

ان هذا النص يؤكد ان مدة التجربة هي سنة واحدة تقبل التمديد لمدة ستة اشهر أخرى اذا لم يثبت للإدارة كفاءة الموظف خلال الفترة الاولى.

حيث ان الإدارة تكون ملزمة في نهاية فترة التجربة الاولى بتحديد رأيها بشأن كفاءة الموظف، فاذا تاكدت لها كفاءته خلال هذه السنة، كان لازماً عليها اصدار امر بتثبيته، اما اذا لم تتحقق من هذه الكفاءة وجب عليها ان تقرر تمديد مدة التجربة ستة اشهر أخرى.

ويؤخذ على هذا النص انه لم يحدد الجهة التي تمتلك الحق في التثبيت الا اننا يمكننا القول بان الجهة التي تملك سلطة التعيين تمتلك سلطة التثبيت.

كما ان النص المذكور لم يحدد كذلك الطريقة التي يمكن من خلالها تستطيع الجهة الإدارية التأكد من كفاءة المعين تحت التجربة وهذا ما دفع جانب من الفقه الى القول ان التقارير السرية تستعمل لغرض التثبيت بالاضافة الى غرضها الرئيسي والتمثل بالترفيه والعلو السنية. ومن الجدير بالملاحظة ان بعض دوائر الدولة تستعمل التقارير السرية كقرينة يمكن ان تستند اليها الإدارة لغرض تثبيت الموظف المعين تحت التجربة بعد انتهاء مدة التجربة^(٢٦). ونحن لا نتفق مع اتجاه دوائر الدولة في استعمال التقارير السرية عن كفاءته لغرض التثبيت وذلك لانه يفتقد الى سند قانوني يبين ان التقارير السرية تستعمل لغرض التثبيت من كفاءة الموظف خلال فترة التجربة. ونرى بان يكون هناك نص في القانون يبين تقييم اداء الموظف الخاضع للتجربة يتم وفق نماذج ومعايير يعدها الجهاز الإداري تتضمن حقلاً يخصص كخلاصة لمدة التجربة واخر لتقييم اداء الخاضع للتجربة كل ستة اشهر.

الا انه ما الحكم اذا انتهت السنة الفعلية ولم يصدر قرار صريح بالتثبيت او التمديد اتجه جانب من الفقه الى اعتبار الموظف مثبتاً بحكم القانون على اساس ان سكوت الإدارة يعتبر دليلاً على قناعتها بكفاءته. وهذا ما قضت به الهيئة العامة في

مجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية في احد قراراتها بالقول ((يعتبر الموظف مثبتاً في وظيفته بعد مضي سنة على تاريخ مباشرته بحكم القانون اذا لم تصدر الإدارة قراراً بتمديد تجربته، عند اكماله السنة اذ ان سكوت الإدارة يعتبر قراراً إدارياً ضمناً بثبوت كفاءته في الوظيفة)) (٢٧). ونحن نؤيد ما ذهبت اليه الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة لانه الاصلح وذلك لان الاصل هو كفاءة الموظف استناداً لتوفر الشروط النظرية لتولي الوظيفة العامة وبعد صدور قرار التعيين بحقه وبالتالي فان السكوت في معرض الحاجة بيان يعد قبولاً فان السكوت يعتبر لصالح الموظف مما يدل على القناعة بكفاءة الموظف، وعليه فان الموظف المعين تحت التجربة يعد مثبتاً بحكم القانون اذا مرت السنة في خدمة فعلية وكان ذلك دون ان يصدر قرار صريح من الإدارة سواء بالثبوت او التمديد.

وقد لا تلتزم الإدارة بان تنتظر انتهاء مدة التجربة لتقرر الاستغناء عن الموظف فيحق لها ذلك سواء كان ذلك بالفترة الاولى او خلال الفترة الثانية وخاصة اذا تاكدت ان الموظف قد ارتكب مخالفات وظيفية او صدر منه سلوك يتنافى واخلاقياتها وهذا ما ذهبت اليه الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية في قرارها الصادر بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٧ فقد جاء فيه ((اقام المدعي ((المميز) م.ح.م الموظف بعنوان مدير عام دائرة الاتصالات التابعة للمميز عليه (الامين العام لمجلس الوزراء - اضافة لوظيفته الدعوى امام مجلس الانضباط العام يدعي فيها بان دائرته اصدرت الأمر الديواني المرقم بـ(٣٨٥/ق) في ٢٠٠٦/٦/٧ بالاستغناء عن خدماته كمدير عام، لذا فقد طلب دعوة المميز عليه للمرافعة والحكم باعادته الى وظيفته وقبول مباشرته، وبنتيجة المرافعة قرر مجلس الانضباط العام بقراره المؤرخ ١٤/١٢/٢٠٠٧ ... رد الدعوى استناداً الى الفقرة (٢) من المادة (الرابعة عشر) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور فقد بادر للطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة.... في ٢١/١٢/٢٠٠٦ طالباً نقضه للأسباب الواردة فيها.

ولدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة وجدت ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك بأن المدعي (المميز) كان قد عين مديراً عاماً لدائرة الاتصالات تحت التجربة لمدة سنة اعتباراً من تاريخ مباشرته في ١٤/٦/٢٠٠٥ ونتيجة ارتكابه عدة مخالفات فقد اصدر المدعي عليه - اضافة لوظيفته امراً بالاستغناء عن خدماته في ٢٠٠٦/٦/٧ وتشكيل لجنة تحقيقية للتحقيق معه عن المخالفات المنسوبة اليه وحيث ان امر الاستغناء عن خدماته المدعي جاء موافقاً لأحكام المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ التي قضت بان ((يكون الموظف عند تعيينه تحت التجربة لمدة سنة واحدة وتوجب اصدار امر بتثبيته عند انتهائها اذا تاكد كفاءته او الاستغناء عنه اذا تاكدت عدم صلاحيته للعمل المعين فيه وحيث ان امر الاستغناء عن خدمات المدعي صدر قبل انتهاء مدة التجربة وبسبب عدم صلاحيته للعمل المعين فيه بدلالة

المخالفات المنسوبة اليه وحيث ان مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية اعلاه وقضى ببرد الدعوى عليه وقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٥/١/٢٠٠٧)) (٢٨).

من خلال هذا القرار نجد ان اتجاه مجلس الانضباط العام وتصديق الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة كان قد استغنى عن الموظف المعين تحت التجربة اثناء المدة المذكورة مستنداً الى نص الفقرة (٢) من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية النافذ الذي تقضي بالاستغناء عن الموظف اذا تاكد لدائرته انه لا يصلح للعمل المعين فيه خلال مدة التجربة...)).

لكن هناك سؤال يتبادر الى الذهن هل كان مجلس الانضباط العام والهيئة العامة لمجلس شورى الدولة باتجاههما هذا مع وجود الفقرة (١) من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية النافذ التي تقضي بأن (يكون الموظف عند اول تعيينه تحت التجربة لمدة سنة واحدة في خدمة فعلية ويجب اصدار امر بتثبيتته في درجته بعد انتهائها اذا تاكدت كفاءته والا فتتمدد مدة تجربته ستة اشهر أخرى)). وهل ان هذا الاستغناء يعتبر فصلاً تأديبياً أم لا؟

لقد ذهب جانب من الفقه الى القول بأنه ليس للإدارة ان تقرر الاستغناء اثناء مدة التجربة اذ يجب ان يفسح المجال امام الموظف لاثبات قدرته حتى نهاية مدة التجربة، على اعتبار ان عبارة (خلال مدة التجربة) التي وردت في الفقرة (٢) مادة (١٤) تنصرف الى الوقت الذي تتأكد فيه الإدارة من عدم كفاءة الموظف ولا تنصرف الى الوقت الذي يجوز فيه ان تستغني عن الموظف (٢٩). وبالتالي فان قرار مجلس الانضباط والهيئة العامة للمجلس بالاستغناء عن المعين تحت التجربة كان من باب الفصل التأديبي وبدلالة المخالفات التي نسبت اليه خلال فترة التجربة وتشكيل لجنة تحقيقية بشأنها لذلك اثبت للإدارة وبشكل قاطع عدم صلاحيته لتحمل اعباء الوظيفة. ويتبين من القرار اعلاه لو ان الموظف المعين تحت التجربة لم يرتكب هذه المخالفات خلال فترة التجربة لكان لزاماً على الجهة الإدارية ان تمدد فترة التجربة لستة اشهر أخرى بعد انتهاء فترة التجربة الاولى وبانتهائها يجب على الإدارة ان تصدر قرار بالاستغناء او التثبيت والا فان مرور هذه المدة بدون ان يصدر قرار يحدد مصير الموظف تحت التجربة يعتبر مثبتاً بحكم القانون (٣٠).

وفي قرار اخر لمجلس الانضباط العام ذهب الى ((تأييد قرار الإدارة الذي استغنت فيه عن خدمات الموظف وهو لا يزال في فترة التجربة وذلك نظراً لكثرة غياباته ولعدم تقيدته بتعليمات العمل ولعدم صلاحيته للعمل فقد انتهت خدماته)) (٣١). ولكن في قرار اخر للمجلس ذهب باتجاه معاكس للاتجاه السابق حيث قضى فيه ان الاستغناء عن الموظف لا يتم الا بعد انتهاء مدة التجربة اذ جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة تبين ان المدعي كان موظفاً في دائرة المدعي عليها حيث عين موظفاً على سبيل التجربة ولمدة سنة واحدة بموجب الأمر الإداري المرقم (١٥٥٨) في ٢٤/١١/١٩٩٧ وياشر في ٣٠/١١/١٩٩٧ وانقطع عن الدوام فوجه له الأخطار وياشر فعلاً خلال مدة الأخطار في ١٤/٦/١٩٩٨ كما يتضح من

كتاب الشركة قسم مكاتب بغداد المرقم ٣٠٣٣ ١٦/٦/١٩٩٨ ثم صدر الأمر الإداري المرقم (٦٠٣٥) في ٢٧/٦/١٩٩٨ بالاستغناء عن خدماته وفق الفقرة (٢) من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل وإن صدور هذا الأمر يعد مخالفاً للقانون لأن المدعي باشر خلال مدة الأخطار هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الاستغناء عن خدمته كان وفق احكام الفقرة (٢) من المادة (١٤) وهذه الفقرة تحال الى الفقرة (١) من المادة المذكورة التي تتعلق بالتعيين تحت التجربة مدة سنة واحدة في خدمة فعلية ويجب اصدار امر تثبيته في درجة بعد انتهائها اذا تاكدت كفاءته والا تمدد ستة اشهر أخرى وعليه تكون مدة التجربة سنة وستة اشهر في حين تم انهاء خدماته قبل انقضاء هذه المدة ودون سبب قانوني ولمخالفة هذا الأمر للقانون قرر الغاء الأمر الإداري المرقم (٦٠٣٥) في ٢٧/٦/١٩٩٨ (٣٢).

من كل مما تقدم نجد ان مجلس الانضباط العام والهيئة العامة لمجلس شوري الدولة قد ذهبا باتجاهين مختلفين بشأن حالة المعين تحت التجربة ونحن نرى بان كل اتجاه له ما يبرره من الأسباب المنطقية والنصوص القانونية. الاتجاه الاول : الاستغناء عن الموظف المعين تحت التجربة ((خلال مدة التجربة)) في حالة ارتكابه مخالفات تتعلق بواجبات وظيفته، وعدم طاعته لأوامر رؤسائه وتشكيل لجان تحقيقية للتحقيق بهذه المخالفات. من ذلك يكون لدى الإدارة تصور كامل عن عدم صلاحية الموظف للاستمرار بالوظيفة المعين فيها. وقد تستند الإدارة ومجلس الانضباط العام في هذا الاتجاه للفقرة (٢) من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية النافذ.

الاتجاه الثاني : الاستغناء عن الموظف المعين تحت التجربة لا يتم الا بعد انتهاء مدة التجربة الاولى والبالغة سنة ومن ثم تمدد الفترة المذكورة الى ستة اشهر أخرى في حالة اذا لم تتأكد الإدارة من صلاحية الموظف في الفترة الاولى وقد تستند في هذا الاتجاه الى الفقرة (١) من المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

وبالتالي فإن للإدارة سلطة تقديرية واسعة لاستغناء عن خدمات الموظف اذا تبين للإدارة عدم صلاحيته المهنية او الاخلاقية او عدم التزامه بتعليمات العمل او أي عناصر أخرى تستغل بتقديرها وسلطتها بذلك لا معقب عليها ما دام قرارها قد خلا من اساءة استعمال السلطة.

المطلب الرابع - التمييز بين المعين تحت التجربة والمعين بصفة مؤقتة
قد يرتبط العاملان في دوائر الدولة بعقد بصفة مؤقتة او بتعيين دائم على ملاك هذه الدوائر فيحكم كل من هذه الروابط قواعد قانونية مختلفة من حيث الحقوق والواجبات لذلك فلا بد من الخوض في القواعد المميزة لها:
أولاً . المعين تحت التجربة :

يخضع جميع موظفي الدولة لكافة القوانين المتعلقة بالوظيفة العامة سواء كانت هذه القوانين انضباطية او قوانين خدمة. وبما ان الموظف المعين على سبيل التجربة يكتسب صفة الموظف العام اعتباراً من تاريخ صدور قرار تعيينه من قبل السلطة المختصة بالتعيين وبالتالي يتمتع بجميع الحقوق ويلتزم بجميع الواجبات الوظيفية باستثناء بعض الحقوق كالحق بالاجازة والحق بتملك الرتبة او الدرجة المعين فيها.

ففي فرنسا قد اخذ قانون التوظيف الفرنسي بالفكرة التي تقضي بالتمييز بين الوظيفة والدرجة التي يشغلها الموظف حيث اشترط هذا القانون ان الشخص المعين لأول مرة لا يعتبر موظفاً بالمعنى القانوني الدقيق ما لم يثبت في درجة من درجات الملاك الوظيفي للمرفق العام الذي عين فيه. ولقد عرف القانون الفرنسي الدرجة الوظيفية بانها ((اللقب الذي يمنح للمستفيد منه حق اشغال احدى الوظائف المحفوظة لهم)).

ولذلك فان الموظف المعين تحت التجربة يصبح مالكا لدرجته الوظيفية بعد اكماله لفترة التجربة بنجاح وتثبيتته فيها والحاقه بملاك المرفق المعين فيه، وبالتالي فان الغاء الوظيفة من قبل الإدارة لا يؤدي الى انتهاء خدمة الموظف الحائز على درجة وظيفية بل يتم نقل الموظف في مثل هذه الحالة الى وظيفة أخرى مع احتفاظه براتبه ودرجته الوظيفية في جميع الاحوال. فالدرجة الوظيفية هي ملك للموظف الذي يشغلها حيث يعود اكتسابه لهذه الدرجة بعد تثبيته فيها من تاريخ صدور قرار تعيينه^(٣٣)، وبأثر رجعي.

وان أهمية التمييز الذي اخذ به القانون الفرنسي بين قرار التعيين وقرار التثبيت في الوظيفة يبدو في ان قرار التعيين هو ان يعهد للموظف بعمل معين بينما قرار التثبيت يحدد الدرجة التي يشغلها الموظف وان هذا التمييز يمنح الإدارة من ان تعهد الى موظف جديد، له مؤهلات وكفاءات خاصة بعمل لا تؤهله له الدرجة التي يشغلها.

وفي العراق فقد عالج المشرع العراقي هذه المسألة في قانون الملاك حيث نصت الفقرة ٢ من المادة (٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٠ على انه ((يجوز ان يعين ا وان يشغل موظف وظيفة اعلى من وظيفته بدرجة واحدة اذا تثبت كفاءته بعين طريقة الترفيع المتبعة بموجب احكام قانون الخدمة المدنية ويجوز ترفيعه عند اكمال المدة بامر من الوزير))

من خلال هذا النص نجد ان المشرع العراقي جعل سلطة الإدارة مقيدة بهذا المجال بعكس ما ذهب اليه القانون الفرنسي حيث اعطى الإدارة سلطة تقديرية اوسع.

وان درجة وعنوان الموظف الذي يكتسبها الموظف المعين على سبيل التجربة بعد اكمال المدة لا يمكن للإدارة ان تجرد الموظف منهما في حالة نقله او اعادته الى وظيفة أخرى حيث قضى مجلس الانضباط العام في قرار له ٢٠٠٦/٩/١٨ حيث نص على ((ان سلطة الإدارة في نقل الموظف من دائرة الى أخرى وفقاً للمصلحة العامة مقيدة بعدم تنزيل درجة وعنوان الموظف))^(٣٤).

وبالتالي فان صدور قرار من الإدارة بتعيين احد الأشخاص يجعل منه موظفاً بالمعنى القانوني الدقيق لكنه لا يمنحه حق التمتع بجميع الأحكام القانونية للوظيفة العامة، فلا بد من تثبيته بعد فترة التجربة المحددة قانوناً .
ثانياً . المعين بصفة مؤقتة :

لقد عرفه قانون الموظفين اللبناني رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٩ في المادة الاولى بأنه ((من ولي وظيفة أنشئت لمدة معينة او عمل عارض)). وذلك فان المعين بصفة مؤقتة يشغل بصفة قانونية وظيفه مؤقتة، قد انشئت بقرار صادر من مجلس الوزراء اللبناني، فهو يخضع لأحكام خاصة به منصوص عليها في نظام الموظفين وفي القرار الذي انشأ بموجبه الوظيفة المؤقتة، ويكون عمل هذا الموظف في خدمة مرفق عام تديره الدولة بصورة مباشرة، ويتقاضى في نهاية عمله تعويض صرفه عن الخدمة دون ان يكون له الحق في الحصول على تقاعد من الإدارة التي عمل لديها^(٣٥).

ان الموظف بصفة مؤقتة لا يصبح موظف دائم مهما طال مدة بقائه في عمله وبصفة مؤقتة الا اذا عملت الإدارة على تثبيته واعطائهم درجات وظيفية معينة وبالتالي يعتبرهم القضاء الإداري خاضعين لأحكام القانون العام ولاختصاص القضاء الإداري كالموظفين الدائمين الحاصلين على درجات وظيفية، ويكون ذلك الخضوع بما لا يتعارض مع مركزه القانوني.

وقد اعتبر الفقيه الفرنسي العميد فيدل "Vedel" الموظفين بصفة مؤقتة موظفين من الدرجة الثانية ويمكن تحويلهم الى موظفين دائمين متى توافرت فيهم الشروط اللازمة لذلك وهم في رأيه موظفين عامون شأنهم شأن الموظفين الآخرين.

اما في العراق فان الموظف المؤقت ، هو نوع جديد من الموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام فقد نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٠٣) لسنة ١٩٨٧ . فقد نصت الفقرة سابعاً من القرار بأن ((تطبق على الموظفين المؤقتين في التعيين وفي الحقوق والواجبات وفي غير ما ورد في هذا القرار قوانين وقواعد الخدمة والتقاعد وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل التي تطبق على الموظفين في الدوائر التي يعلمون فيها)).

ومن كل ذلك فان الموظف المؤقت تطبق عليه أحكام قانون الانضباط بما لا يتعارض ومركزه القانوني، فهو يعين لمدة محددة او ينتهي تعيينه حين انتهاء العمل المعين فيه ايهما اقرب حسبما نصت على ذلك الفقرة (خامساً) من القرار المذكور، ومن ذلك فانه يمكن فرض بعض العقوبات التي نص عليها القانون في حالة عدم تعارضها مع مركزه القانوني، وقد ذهب مجلس الانضباط العام في ١١/٢/١٩٨٨ في قراراته بان ((الموظف المؤقت يملك نفس المركز القانوني والعلاقة التنظيمية مع ادارات الدولة عدا الاستغناء عن خدماته بعد انتهاء المدة))^(٣٦).

يتم اصدار امر التعيين بصفة مؤقتة من قبل الجهة الإدارية المختصة بالتعيين حيث يقتصر هدف التعيين بصفة مؤقتة على زيادة الانتاج وتحسين

نوعيته وتحسين الاداء بوجه عام، وتنتهي الوظيفة المؤقتة بزمان محدد، قد يكون قابل للتמיד حسب الحاجة، ولا تختلف الشروط المتوفرة بالمتقدم للتعين بصفة مؤقتة عن شروط التعيين المقدرة قانوناً للتعين بشكل دائم باستثناء شرط الشهادة لمن يعين في الوظائف المضافة بقرار المجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٥٠ لسنة ١٩٨٧ ويتم تحديد الراتب من قبل لجنة تشكل من قبل الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة تعمل على اختبار المتقدمين لشغل الوظائف المؤقتة الشاغرة حسب الكفاءة والمهارة الفنية والقانونية، حيث يعين الموظف المؤقت لأول مرة في ضوء خبرته وكفاءته ومهارته الفنية براتب الحد الأدنى للوظيفة التي تقرر اللجنة صلاحيتها للتعين فيها بشرط ان لا يقل ذلك عن الراتب المقرر للشهادة الدراسية التي يحملها بموجب قوانين او أنظمة او قواعد الخدمة النافذة في الدائرة التي يعين فيها)) (٣٧). وبالتالي فان المعين بصفة مؤقتة لا يتمتع بمكافأة الخطورة وكذلك الارباح السنوية الذي يحصل عليها من يعين بصفة دائمة من بداية تعيين كالتعيين بصفة مؤقتة في وزارة النفط.

وبعض الجهات المستقلة تعلن عن وجود وظائف شاغرة ترغب بملأها بنوع معين من الموظفين ذات مؤهل دراسي وكفاءة محددة وتكون هذه الوظائف لفترة قصيرة جداً قد تكون شهر على الأكثر يتلقى خلالها المعين بصفة مؤقتة دورة تأهيلية تتطلبها هذه الوظيفة ولا يشترط بمن يعين فيها عدم اشغاله وظيفه أخرى فقد يكون غالبية المتقدمين للتعين فيها يشغلون وظائف أخرى كالمعلمين والمدرسين، فمثلاً المفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق يكون العمل فيها لفترة شهر ينتهي بانتهاء الانتخابات حيث يوقع المتقدم للتعين فيها سواء كان موظف يشغل وظيفة أخرى او غيره على عقد معد من قبل المفوضية فيه عدد من الشروط يطالع عليها المتقدم قبل التوقيع على العقد بعد ذلك يصبح المتقدم للتعين موظف بشكل مؤقت في المفوضية العليا المستقلة للانتخابات وبالتالي فان المعين قد يشغل وظيفتين في ان واحد كأن يكون مدرساً أو موظف في دائرة أخرى من دوائر الدول وموظف في مفوضية الانتخابات وقد يخضع لنظام تاديبى يختلف عن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل فقد تصدر المفوضية تعليمات وقواعد سلوك لتسري على جميع الموظفين فيها بما في ذلك العقوبات الواجب تطبيقها على موظفيها عند مخالفتهم للتعليمات الخاصة بالانتخابات وان مصير أي معين في مفوضية الانتخابات يتحدد على حضوره على اليوم المقرر لاجراء الانتخابات فان عدم حضوره او تأخره فترة طويلة عن بدء عملية الاقتراع سيتم تعويضه باخر يحل محله في العمل الانتخابي حيث تعمل المفوضية على تدريب عدد من المعينين على الاحتياط لتعويض النقص في موظفي مراكز الاقتراع.

ويمكن ان يرد سبب ذلك كله الى عدة أسباب اهمها:

ان عملية الانتخاب تعد من اهم العمليات في البلاد حيث يتوقف عليها نظام الحكم في كل بلد وان اجراء عملية الانتخاب يكون في يوم محدد مسبقاً ويكون ذلك اليوم عطلة رسمية وبالتالي فان عدم خضوع موظفي المفوضية لبعض أحكام

الوظيفة العامة وقانون الانضباط يرجع لكونها مستقلة وعدم وجود قانون انتخابات ينظم جميع الجوانب التي تخص التعيين في المفوضية بما في ذلك العقوبات.

المبحث الثاني

الحقوق والواجبات والتأديب للمعين تحت التجربة

ان الموظف بمجرد تعيينه في الوظيفة العامة يتمتع بالحقوق وتترتب عليه الواجبات المتعلقة بهذه الوظيفة وقد تفرض عليه بعض العقوبات في حالة مخالفته واجباته الوظيفية سواء كان هذا الموظف تحت التجربة او مثبت بشكل دائم ، لذلك سوف نبين في هذا المبحث مدى الحقوق التي يتمتع بها المعين خلال فترة التجربة والواجبات التي تفرض عليه وهذا ما سنعرضه بشكل موجز في المطالب الاتية:-

المطلب الأول

الحقوق

أولاً . حقوق المعين تحت التجربة في القانون المصري :

ففي مصر فان المعين تحت التجربة يتمتع بجميع الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الموظفين العموميين ويحصل على الراتب المخصص لوظيفته ويستحق الاجازات المنصوص عليها في القانون . اما بالنسبة للاجازات التي يمكن ان يتمتع بها فان استحقاقه لها لاتأخذ على اطلاقها فهو لا يتمتع بجميع الاجازات التي يتمتع بها الموظف المثبت ، فقد بين المشرع في المادة (٧٠) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ المعدل . على انه لايجوز اعارة الموظف الخاضع للتجربة او منحه الاجازات المنصوص عليها في البندين (١-٢) من المادة (٦٩) والمادة (٧٠) وهذه الاجازات هي الاجازات الخاصة بدون راتب لمرافقة الزوج او للأسباب التي يبيدها الا اذا تعلق الأمر باداء امتحان بالنسبة للعاملين المنتسبين لاحدى الكليات او المعاهد العليا وكذلك الاجازة التي تستحقها الموظفة بدون راتب لرعاية طفلها وذلك بعد اقصاه امان في المرة الواحدة وثلاث مرات طوال خدمتها الوظيفية^(٣٨) .

اما بالنسبة للترقية فان الموظف المعين تحت التجربة لايجوز ترقيته الى الدرجة التالية قبل قضائه فترة التجربة بنجاح اذ ان ترقيته قبل اجتيازه فترة التجربة بنجاح تكون ممتنعة^(٣٩) .

ونستخلص مما تقدم ان الحقوق التي يتمتع بها المعين تحت التجربة هي اقل نسبياً من التي يتمتع بها الموظف المثبت وان ضرورة تواجد الموظف في خدمة فعلية وتحت رقابة الإدارة للتأكد من كفاءته المهنية والاخلاقية كل ذلك حداً بالمشرع الى تنظيم وضعه القانوني خلال مدة التجربة.

ثانياً :- حقوق المعين تحت التجربة في القانون الكويتي واللبناني :

في الكويت فان مدة التجربة لا تحتسب ضمن مدة خدمة الموظف ولا بعد ثبوت صلاحيته وكفاءته في الوظيفة المعين فيها اما في حالة الاستغناء عن خدماته بسبب عدم كفاءته فانه لا يستحق اية مكافاة عن المدة السابقة^(٤٠) .

وقد سار المشرع اللبناني بنفس الاتجاه الذي ذهب فيه المشرع الكويتي على اعتبار ان فصل الموظف خلال فترة التجربة بسبب عدم اهليته للوظيفة المعين فيها لا يستحق اية مكافاة او تعويض^(٤١).

ثالثاً :- حقوق المعين تحت التجربة في القانون العراقي :

لقد ذهب مجلس الانضباط العام في احدى قراراته الى عدم اطلاق صفة الموظف العام على المعين تحت التجربة بالقول ((.... ان الموظف غير المثبت لا يكون مشمولاً بتعريف الموظف الوارد في المادة الثانية من قانون الخدمة المدنية لان الوظيفة التي تعهد اليه خلال مدة التجربة لاتعتبر وظيفة دائمة ..)) (٢٤). ونحن لانؤيد هذا الاتجاه للمجلس لان التعيين في الوظيفة العامة وفقاً لقانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل يكون في وظيفة دائمة داخلية في الملاك الخاص بالموظفين وبما ان المعين تحت التجربة قد صدر قرار تعيينه من جهة إدارية مختصة في وظيفة دائمة وليست مؤقتة وان هذا قد اكدناه في تعريفنا للموظف المعين تحت التجربة .

اما عن استحقاقه لراتبه فقد بين قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل في المادة ١٦ فقرة (١) ((ان الموظف يستحق راتبه من تاريخ مباشرته بالعمل الوظيفي)). وبما ان النص جاء عام ومطلق ولم يميز بين الموظف المعين تحت التجربة والموظف المثبت وبالتالي فان الموظف تحت التجربة يستحق الراتب المخصص للوظيفة الذي باشر فيها ومن تاريخ المباشرة . اما بالنسبة للاجازات فقد نص قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل على استحقاقه لبعضها فقد ذهبت المادة (٥/٤٣) منه على ان (يعامل الموظف تحت التجربة معاملة الموظف المثبت في استحقاقه للاجازة الاعتيادية).

وكذلك قضت المادة (٢/٤٦) من القانون اعلاه بان ((يجوز منح الموظف تحت التجربة لأول مرة اجازة مرضية لحد ثلاثين يوماً براتب تام وخمسة واربعين يوماً بنصف راتب على ان يخضع من استحقاقه للاجازات المرضية عند التثبيت)). وينتقد هذا النص كونه لم يبين حكم الاجازات التي يتمتع بها فيما اذا لم تثبت كفاءته وصلاحيته في الوظيفة المعين فيها وتم الاستغناء عن خدماته، وجعله مسألة التثبيت نتيجة متحصلة في نهاية مدة التجربة. مما دفع بعض الفقه الى اعتبارها اجازة دون راتب وبالتالي يجوز الرجوع على الموظف بالرواتب التي تقاضاها خلال الاجازة، وكذلك يجوز منح الموظفة اجازتي الحمل والولادة خلال مدة التجربة على ان توقف مدة التجربة وتستكمل بعد انتهاء مدة الاجازة وبالتالي فان منح الاجازتين المذكورتين لا تكون لاغراض التثبيت وانما لتمديد مدة التجربة. ويستخلص من كل ما سبق ان الموظف المعين تحت التجربة يعامل معاملة المثبت من حيث تمتعه بالاجازات وان مدة التجربة تتوقف عند منح اجازة الحمل والامومة لتستكمل بعد انتهاء مدة الاجازة، اما منح العلاوة السنوية في فرنسا لا يمنح الموظف الخاضع للتجربة العلاوة الا بعد تثبيته في درجته^(٤٣). اما في العراق فقد ذهبت المادة (خمسة) في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ بالقول ((يمنح الموظف علاوة سنوية بين حدي الدرجة التي يشغلها عند اكماله سنة

براتب يقل عن الحد الاعلى للدرجة ولا تمنح العلاوة الا بموجب توصية يقدمها الرئيس المباشر للموظف ويصادق عليها الرئيس الاعلى يبين فيها ان خدمات الموظف المستحق للعلاوة كانت مرضية من جميع الوجوه خلال السنة الماضية)). يتبين من هذا النص ان الموظف المعين تحت التجربة لا يمكن منحه العلاوة الا بعد تثبيته في الوظيفة المعين فيها لان التثبيت يتطلب خدمة فعلية بينما العلاوة يستحقها نتيجة لسنوات الخدمة في الوظيفة. اما بشأن ترفيع الموظف المعين تحت التجربة فلا يمكن ترفيعه خلال المدة المذكورة لان ترفيعه خلال هذه المدة يتعارض مع الحكمة من وضعه تحت التجربة وهي التأكد من كفاءته وصلاحيته لشغل الوظيفة المعين فيها بعدها تقرر الإدارة الاستغناء عنه او تثبيته وبالتالي فان ترفيعه خلال مدة التجربة يعطي دليلاً قاطعاً على كفاءته للوظيفة المسندة اليه. اما بالنسبة للترقية فلا يمكن ترقية الموظف المعين تحت التجربة استناداً لأسباب المذكورة انفاً ولكن تثبت المعين تحت التجربة في وظيفته عندما تتأكد الإدارة من كفاءته وبالتالي يكون قد استوفي شرط من شروط الترقية، والتي يجوز للموظف الحصول عليها اذا ما توفرت الشروط القانونية الأخرى. اما عن اعارة الموظف المعين تحت التجربة فمن الملاحظ ان قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ لم يعالج هذه المسألة بنص صريح الا ان تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠ قد اجازت في فقرتها الثالثة اعارة الموظف خلال هذه المدة. ولكن كيف يمكن حساب مدة التجربة في حالة الاعارة؟ نحن نرى ان مدة الاعارة تحتسب ضمن مدة التجربة لانه لا يمكن اهدار خدمة الموظف في الوظيفة المعار اليها ولانه قضى خدمة فعلية لدى الجهة المعار اليها، اما التعليمات الصادرة بشأن اعارة الموظف رقم (١٣٧) لسنة (١٩٨٢) لم تعالج كذلك اعارة المعين تحت التجربة.

المطلب الثاني

الواجبات

بالنسبة للواجبات التي تترتب على المعين تحت التجربة ، ان الموظف كما يتمتع بجملة من الحقوق تقع عليه التزامات يجب التقيد بها واحترامها فهو مكلف بمهام وواجبات معينة عليه القيام بها وتجنب بعض الاعمال والتصرفات التي لا تستقيم مع السلوك الذي يجب على الموظف ان يتبعه وبصفة عامة فان واجبات الموظف العام لا يمكن حصرها لتعدد وتنوعها ولاختلافها من وظيفة لأخرى، فان هذه الواجبات تختلف من وزارة لأخرى لانها تعتمد بالدرجة الاساس على قانون الوزارة المعنية وانظمتها وتعليماتها وما تصدره الجهات الإدارية من اوامر وقرارات تتعلق بالعمل وقد حاولت الكثير من قوانين الخدمة المدنية في الدول المقارنة تحديد واجبات ومهام الموظفين بشكل دقيق وعلى مستوى كل وظيفة ومهنة الا ان تلك المحاولات لم يكتب لها النجاح لعدم امكانية حصر هذه الواجبات من الناحية العملية لان هذا التحديد لها يؤدي التقيد الحالات المستجدة في المستقبل على الصعيد العملي الوظيفي(٤).

لذلك نجد ان اغلب القوانين تورد امثله على مهام وواجبات الموظف العام وتترك للادارة صلاحية تحديد واجبات أخرى مكمله للواجبات العامة التي اوردها القانون بما تتناسب مع طبيعة العمل الذي تقوم به، وهذا ما اتبعه المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، حيث اورد واجبات الموظف بمجموعتين، الاولى واجبات ايجابية يجب على الموظف القيام بها، والثانية واجبات سلبية يجب على الموظف الامتناع عن القيام بها، حيث ورد كل منها على سبيل الحصر، ومن كل ما سبق نستخلص ان المشرع العراقي لم يميز بين واجبات الموظف المثبت والموظف المعين تحت التجربة حيث ان الواجبات الوظيفية يخضع لها جميع الموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام.

المطلب الثالث

التأديب والعقوبات

اما بشأن العقوبات الانضباطية التي من الممكن ان تفرض على الموظف المعين تحت التجربة، فان هناك اتجاهين للقضاء الاداري في العراق قديم وحديث. الاتجاه الاول : الاتجاه القديم الذي كان سائداً في ظل قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦ الملغى، حيث ذهب ديوان التدوين القانوني الملغى في احد قراراته الى القول ((بعدم خضوع الموظف المعين تحت التجربة الى أحكام قانون الانضباط رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦)) (٥)، وفي نفس الاتجاه ذهب قضاء مجلس الانضباط العام بالقول ((لا يخضع الموظف الذي لا يزال تحت التجربة لأحكام قانون انضباط موظفي الدولة وانما يتقرر الاستغناء عنه بحكم قانون الخدمة)) (٦).

اما الاتجاه الثاني : الاتجاه الحديث : يخضع هذا الاتجاه لأحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، يتراجع مجلس الانضباط العام عن موقفه السابق وقرر اخضاع المعين تحت التجربة لأحكام قانون الانضباط رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ حيث قضى في احد قراراته جواز فرض عقوبات انضباطية على الموظف خلال فترة التجربة عند ارتكابه مخالفات وظيفية اثناء اداء عمله (٧).

وبالتالي نحن نتفق مع الاتجاه الثاني الحديث الذي جاز فرض عقوبات انضباطية على الموظف المعين تحت التجربة وذلك لان الاستغناء وفقاً للمادة (١٤) فقرة (٢) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل، يكون مقابل اخفاق المعين تحت التجربة في النهوض بواجبات وظيفته. ولان الاستغناء كما ذكرنا سابقاً هو ليس بعقوبة تأديبية بل هو اجراء تتخذه الجهة الإدارية بما تملكه من سلطة تقديرية في هذا المجال. وبالتالي فان بإمكان الإدارة فرض احدى العقوبات الانضباطية بما يتلاءم مع المخالفة الصادرة عن الموظف فقد تكون لفت النظر او الانذار ... حسب جسامة المخالفة.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالاستغناء عن المعين تحت التجربة
تعد قرارات إنهاء خدمات الموظف العام بسبب عدم الكفاءة المهنية من
القرارات المنهية لخدمته بغير الطريق التأديبي وبالتالي لابد من وجود جهة
قضائية تنظر في هذه القرارات إذا شعر الموظف بظلم من جراء عدم مشروعية
وذلك لما يتمتع به القضاء من الحيادية، ولذلك سوف نتناول الرقابة القضائية في
القانون المقارن ولدى مجلس الانضباط العام.

المطلب الاول

الرقابة القضائية على قرار الاستغناء عن الموظف المعين تحت التجربة في القانون
المقارن

أولاً : في فرنسا : ان القاضي الإداري لا يمارس سوى رقابة دنيا على قرارات
الاستغناء بعد انتهاء مدة التجربة فهو يفحص صحة الافعال ويؤشر عند
وجود الاخطاء الواضحة في عملية التقويم التي يمكن ان تصيب القرار بعدم
المشروعية وان القاضي لا يسأل عن طبيعة عدم الكفاءة المهنية فهو بهذا
العمل انما يدعم سلطة الإدارة في المجال او يدعم الدور المحدد للتجربة في
الدخول للوظيفة العامة بالنسبة لكل موظف تختاره الإدارة^(٤٨).

ثانياً : في مصر : بدون شك ان الحديث عن موضوع الرقابة القضائية على قرارات
الإدارة الصادرة بالاستغناء عن المعين تحت التجربة يتناول طريق الطعن في
تقارير الكفاءة السنوية مستنداً في ذلك الى ان صلاحية الموظف وكفاءته
تتوقف على نتيجة هذه التقارير، فمن حق الموظف المعين تحت التجربة ان
يتظلم منها اذا لحقه ضرر من جرائها وخاصة ان المشرع المصري قد رسم
طريقاً لهذا التظلم بعد ان اخذ بمبدأ علانية التقارير في القانون رقم (٤٧)
لسنة ١٩٧٨ فقد نصت المادة (٣٠) منه على ان (يعلم العامل بصورة من
تقرير الكفاية بمجرد اعتماده من لجنة شؤون العاملين وله ان يتظلم منه
خلال عشرين يوماً من تاريخ العمل به لأن لجنة تظلمات تنشأ لهذا الغرض
تشكل من ثلاثة من كبار العاملين الذين يشتركوا في وضع التقرير وعضو
تختاره اللجنة النقابية وعلى ان تفصل اللجنة في هذا التظلم خلال ستين يوماً
من تاريخ تقديمه اليها ويكون قرارها نهائياً ولا تعتبر القرار كذلك الا بعد
انقضاء ميعاد التظلم او البت فيه). وبما ان هذا التظلم لا يشكل ضماناً كافية
للموظف لذلك فلا بد من وجود جهة تفرض رقابتها على السلطة التقديرية
الممنوحة للإدارة في تقرير كفاءة الموظف ولا يتصور ان تكون هذه الجهة
الا جهة قضائية، وان القضاء المصري قد اعتبر تقارير الكفاءة قرارات
إدارية نهائية وبالتالي فقد بسط رقابته عليها بعد ان كان يعتبرها من صميم
عمل الإدارة ولا يتدخل في رقابتها ولذلك اخذ القضاء الإداري ينظر في هذه
التقارير المطعون فيها فيلغيها اذا كان فيها حيف على الموظف دون ان يحل
محل الإدارة في تدقيق التقرير او تحديد كفاءة المدعي^(٤٩).

وبالتالي نجد ان الجهة المختصة بالنظر في طلب الموظف المعين تحت التجربة بالغاء قرار الإدارة الصادر بالاستغناء عن خدماته بعد مدة التجربة هي جهة القضاء الإداري وهذا ما اشار اليه قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ في المادة (١٠) منه التي قضت بأن ((تختص محاكم مجالس الدولة بالفصل في المسائل الآتية : رابعاً : الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بالغاء القرارات الإدارية الصادرة باحالتهم على المعاش او الاستيداع او بفصلهم بغير الطريق التأديبي) .

ونحن نرى بان الاستغناء عن خدمات الموظف المعين تحت التجربة نتيجة الفشل في التجربة هو احد أنواع الفصل بغير الطريق التأديبي وان المحكمة المختصة بذلك هي اما محكمة القضاء الإداري او المحاكم الإدارية.

المطلب الثاني

الرقابة في مجلس الانضباط العام

عند انتهاء مدة التجربة، فان على الإدارة ان تقرر تثبيت الموظف في وظيفته، اذا اثبت كفاءة ومقدرة لتحمل اعباء الوظيفة او تمديد مدة تجربته ستة اشهر أخرى اذا لم يظهر كفاءة ومقدرة، والتمديد للفترة الثانية يكون وجوبي فلا يجوز للإدارة ان تستغني عن خدمات المعين تحت التجربة بعد انتهاء مدة التجربة الاولى بل عليها ان تمنحه الفرصة التي منحه القانون إياها كاملة فاذا انتهت مدة التمديد وهو في خدمة فعلية ايضاً فان الإدارة اما ان تقرر تثبيت الموظف في وظيفته اذا اثبت كفاءته ومقدرته لشغلها او تتخذ قرار بالاستغناء عنه اذا لم يثبت لها ذلك. وتمتلك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير الكفاءة والمقدرة ومن المحتمل فان الإدارة قد تسيء استعمال سلطتها وتنحرف بها، فتستغني عن موظف اثبت كفاءته ومقدرته لتحمل اعباء الوظيفة نتيجة لأهواء ومصالح بعيدة عن المصلحة العامة فللموظف المستغني عن خدماته ان يلجأ الى مجلس الانضباط العام للطعن بقرار الاستغناء والمطالبة باعادته الى وظيفته السابقة اذا كان قرار الاستغناء عن خدماته مشوباً بعيب عدم المشروعية وفي الحالات التالية يمكن بيان ذلك (٥٠) :

١. اذا صدر قرار من الإدارة بالاستغناء عن خدمات المعين تحت التجربة خلال المدة الاولى البالغة سنة او تمديدها بالمدة الثانية والبالغة ستة اشهر، فأن هذا القرار يكون مخالفاً للقانون ، لانه صادر الفرصة الثانية التي منحها القانون للموظف لاثبات الكفاءة والمقدرة، ففي هذه الحالة على الموظف الذي استغني عن خدماته ان يلجأ الى مجلس الانضباط العام ويطلب منه الغاء او سحب قرار الإدارة الصادر بالاستغناء عن خدماته لانه مشوب بعيب مخالفة القانون وعلى المجلس في مثل هذه الحالة ان يقرر الغاء قرار الاستغناء واعادة الموظف الى الوظيفة لاستكمالها الفرصة الممنوحة له بموجب القانون والتي من خلالها يمكن ان يثبت كفاءته لشغل الوظيفة. اما اذا كان قرار الاستغناء الصادر من الإدارة جاء مستنداً الى كثرة مخالفات الموظف، وتشكيل لجنة للتحقيق معه فيها كونها

منسوبة اليه مباشرة فالنتيجة هي ان الموظف قد اثبت عدم كفاءته وعدم مقدرته لشغل الوظيفة ولهذا فقد ذهب مجلس الانضباط العام لتأييد وجه النظر القانونية للإدارة فقرر الاستغناء عن خدمات المعين تحت التجربة^(٥١).

٢. فقد تصدر الإدارة بعد انتهاء مدة التجربة الاولى وتمديد قراراً بالاستغناء عن خدمات المعين تحت التجربة معللة قرارها هذا بعدم صلاحيته لشغل الوظيفة المعين فيها لكن الموظف يجد ان هذا القرار ظلماً له ففي هذه الحالة يلجأ كذلك الى مجلس الانضباط العام، للطعن بقرار الاستغناء الصادر بحقه على ان يقدم الطعن خلال مدة ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغ الموظف بالقرار المذكور وخلافه يسقط حقه في الطعن، وبالتالي يضيع حقه في العودة للوظيفة العامة، وعلى الإدارة ان تبليغ الموظف المستغنى عن خدماته بالقرار المذكور بشكل تحريري ثابت او بعلم اليقين وهذا ما ذهبت اليه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في احد قراراتها بالقول: ((ان المدد القانونية المحددة للاعتراض على الاحكام تعد من النظام العام وان تجاوزها وعدم مراعاتها يوجب رد الدعوى شكلاً وان تبليغ المدعي بالحكم المعترض عليه ينبغي ان يكون بتاريخ معلوم ثابت تحريراً او ثابت بعلم اليقين حكماً))^(٥٢).

٣. اذا تم الطعن بقرار الاستغناء عن الخدمات امام مجلس الانضباط العام وتأكد المجلس من توافر الشروط القانونية لقبول الطعن، فانه وبعد التدقيق، فاما ان يقرر رد الطعن اذا وجد القرار المطعون فيه صحيحاً وموافقاً للقانون او يقرر الغاءه اذا وجد ان القرار مشوب بعيب او أكثر من عيوب المشروعية التي تصيب القرار الإداري وتعويضه عن الاضرار الناشئة عنه وفي هذه الحالة يقضي المجلس بالتعويض اذا ألغى القرار الإداري، ونرى بان خير تعويض يمكن ان يستحقه الموظف المستغنى عن خدماته استمرار صرف راتبه للمدة الواقع بين تاريخ الاستغناء عن خدماته وتاريخ اعادته الى الوظيفة التي فصل منها ، وهذا ما ذهب اليه مجلس الانضباط العام في احد قراراته حيث اعتبر الفترة الواقعة بين تاريخ الاستغناء وتاريخ نقض قرار الاستغناء ولكونه مهيناً للعمل فانه يعتبر في هذه الحالة مستمراً في الوظيفة خلال مدة التوقف المذكورة^(٥٣).

٤. اذا قرر مجلس الانضباط العام الغاء قرار الاستغناء عن خدمات الموظف المعين تحت الاختبار فان على الإدارة ان تسحب قرارها الصادر بالاستغناء عن الموظف فيعتبر كأن لم يكن من تاريخ صدوره وتعيد الموظف المستغنى عنه الى وظيفته السابقة، لان انقطاعه عن الدوام لم يكن بسبب منه، بل نتيجة لقرار خاطئ صدر عن الإدارة حيث ان الموظف لا يتحمل اخطاء الإدارة فتكون هي المسؤولة عن خطئها وهذا ما ذهبت اليه الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بالقول: ((الموظف لا يتحمل خطأ الدائرة الذي وقعت فيه ولا يسأل عنه الموظف))^(٥٤).

الخاتمة

وهكذا تكون دراستنا لموضوع المعين تحت التجربة قد انتهت، لم يبق في ختامها الا بيان النتائج التي توصلنا اليها، ومنها لم تتطرق قوانين الخدمة المدنية في الدول المقارنة، وفي القانون العراقي لتحديد والمقصود بالمعين تحت التجربة، ونوصي بان يكون هناك تعريف للموظف المعين تحت التجربة في قانون الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة في العراق وذلك لانتهاء الخلط بين ما يتمتع به الموظف المعين تحت التجربة والمعين بصفة مؤقتة من الحقوق وما يترتب عليه من واجبات ما تفرض عليه من عقوبات تأديبية . كذلك ان أحكام مدة التجربة التي يخضع لها الموظف المعين لأول مرة في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ تختلف عن قانون الخدمة الجامعية والتي تختلف بدورها عن المدة التي يخضع لها القاضي المتخرج من المعهد القضائي من حيث المدة والاثار المترتبة بعد انتهائها ولعل هذا الاختلاف يرجع الى طبيعة العمل في هذه الوظائف. ونحن نوصي المشرع العراقي بان تكون مدة التجربة ستة اشهر لانها تكون كافية لتتمكن الإدارة من التحقق من كفاءة الموظف ويمكن من خلالها للموظف اثبات كفاءته ومقدرته على تحمل اعباء الوظيفة المسندة اليه. كذلك ان انتهاء خدمة الموظف المعين بعد انتهاء مدة التجربة لا تعتبر فصلاً تأديبياً وانما يكون فصلاً لعدم الكفاءة والمقدرة للقيام باعباء الوظيفة المسندة اليه، ونحن نوصي المشرع بتعديل المادة (١٤) فقرة (٢) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ والتي تنص على ان ((يستغنى عن الموظف اذا تاكد لدائرته انه لا يصلح للعمل المعين فيه خلال مدة التجربة...)) بان نكون ((في حالة عدم اثبات كفاءته في الوظيفة المعين فيها يتم نقله الى وظيفة أخرى تكون أكثر ملائمة لمؤهلاته وقابليته العلمية)). كذلك الحقوق التي يتمتع بها المعين تحت التجربة اقل نسبياً من تلك التي يتمتع بها الموظف المثبت وان هذا الوضع مؤقت فقد يزول بعد انتهاء مدة التجربة بتثبيت الموظف تحت التجربة في الوظيفة المعين فيها.

الهوامش

- ١- د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، بدون سنة طبع، ص ١٤٩ و ١٥٠ .
- ٢- هناء عباس كاظم العصامي، وضع الموظف تحت التجربة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/جامعة النهرين، ٢٠٠٣، ص ٦ .
- ٣- د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، القاهرة، سنة ١٩٩٣، ص ٢٩١ .
- ٤- د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص ١٥٣ .
- ٥- قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٣/١٢/١٩٧٠ نقلاً عن رشا عبد الرزاق جاسم الشمري، المبادئ الحديثة للوظيفة العامة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/جامعة النهرين، ٢٠٠٩، ص ٢١ .
- ٦- د. عثمان سليمان غيلان العبودي، النظام التأديبي لموظفي الدولة، ط ٢، سنة ٢٠٠٧، ص ٨ .
- ٧- محمود عبد علي حميد الزبيدي، مدى سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية المشروعة، رسالة ماجستير، كلية القانون/الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص ١٤٣ .
- ٨- قرار محكمة القضاء الإداري في مصر رقم ٨٢٠ لسنة ١١ اق ١٩٦٧/٢٨/١ .

- ٩- م ٣٦ فقرة أ من نظام الخدمة المدنية الاردني رقم (١) لسنة ١٩٩٨
- ١٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس شورى الدولة، قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٦/٦/١١، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣٦٠.
- ١١- اياد عبد اللطيف سالم، الاجازات الاعتيادية، مطبعة وزارة التربية، بغداد، ١٩٨٧، ص ٣١.
- ١٢- اياد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٧٤.
- ١٣- علي محمد إبراهيم الكرياسي، مصدر سابق، ١٩٨٨، ص ١٩٨.
- ١٤- د. شاب توما منصور، القانون الإداري، مصدر سابق، ١٩٨٠، ص ٣٣٦، ٣٣٧.
- ١٥- اياد عبد اللطيف سالم، مصدر سابق، ص ٧٤.
- ١٦- د. عبد الحميد كمال حشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة طبع، ص ١٨٦.
- ١٧- هناء عباس كاظم العصامي، مصدر سابق، رسالة ماجستير، ٢٠٠٣، ص ٩، ١٠.
- ١٨- د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٢٠١.
- ١٩- قرار المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦١/٦/٢٤، السنة السابعة، فقرة ٤، ص ١٣٠٨.
- ٢٠- قرار المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦١/٦/٢٤، السنة السابعة، فقرة ٣، ص ١٣٠٨.
- ٢١- د. غازي فيصل، تقارير تقويم الموظفين بين النظرية والتطبيق، ص ١١٣، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، المجلد ٥، ع ٧، سنة ٢٠٠١.
- ٢٢- حكم المحكمة العليا المصرية في ١٩٧٣/١٢/١٥ في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٦ قضائية . وكذلك قرارها ١٩٦٦/١٢/٢٤ فقرة ٤ ص ٤٦٧.
- ٢٣- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٦٣/٣/١٦ في قضية رقم ٩٦٧ لسنة ٨ قضائية فقرة ١ ص ٥٧٢.
- ٢٤- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٦٧/٢/٤ قضية رقم ٦٣٦ لسنة ١٠ صفحة رقم ٥٨٥ فقرة رقم ٣.
- ٢٥- حكم المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٦٣/١/٢٦ قضية رقم ١٠٩٥ لسنة ٧ صفحة رقم ٥٨٤ فقرة رقم ٤.
- ٢٦- د. غازي فيصل، تقارير تقويم الموظفين، مصدر سابق، ص ١٠٢، ١١١.
- ٢٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس شورى الدولة، قرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية في ٢٠٠٤/١/١٩، مصدر سابق، ص ٢٤٨.
- ٢٨- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي في ٢٠٠٧/١/٢٥. قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٧، ص ٢٧٥، ٢٧٦.
- ٢٩- د. يوسف الياس، المصدر السابق، ص ٧٩ والهامش رقم (٩).
- ٣٠- قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٨١ في ١٩٧٩/٩/١٨ منشور في مجلة الأحكام العدلية، ع ٢٤ السنة (١٠)، ١٩٨٩، ص ٣٥١-٣٥٢.
- ٣١- قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٩٨/٢٥ في ١٩٩٨/٢/١٨ غير منشور.
- ٣٢- قرار مجلس الانضباط العام رقم الاضبارة ١٩٩٨/١٨١ في ١٩٩٨/٧/٢٥ غير منشور.
- ٣٣- فوزي حبيش، الوظيفة العامة وادارة شؤون الموظفين، ط ٤، مطبعة صادر، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٣٧.
- ٣٤- قرار مجلس الانضباط العام رقم ٢٤٧ في ٢٠٠٧/٩/١٨. عمت عبد المجيد بكر، مجلس شورى الدولة، ط ١، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٣٧٣.
- ٣٥- فوزي حبيش، مصدر سابق، ص ٣٨، ٣٩، ٤٣.
- ٣٦- قرار مجلس الانضباط العام رقم ٨٨/٨٩١ في ١٩٨٨/١١/٢ نقلًا عن د. غازي فيصل، شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.
- ٣٧- علي محمد إبراهيم الكرياسي، الوظيفة العامة في أحكام وقوانين - الخدمة المدنية، التقاعد، الملاك، الانضباط، شرح وتعليق، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٨، ص ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠.
- ٣٨- د. سليمان محمد الطحاوي، الوجيز في القانون الاداري، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٤٤٤.

- ٣٩- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٥/٣/٧ في قضية رقم (١٠١٦) لسنة ٧ قضائية، ص ٨٤٣ .
- ٤٠- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، ط ١، منشورات ذات السلاسل، ١٩٨٠، ص ١٩٣ .
- ٤١- فوزي حبيش، الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين، منشورات المنظمة العربية للعلوم الإدارية، عدد (٢٦٢)، ص ١٨٨ .
- ٤٢- قرار مجلس الانضباط العام في ١٩٦٥/٢/٢٣ رقم ٦٥/٥٧ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع ١-٢، سنة ٤، ١٩٦٥، ص ١٩٢ وما بعدها.
- ٤٣- انظر
- Jean Michel de forges. Droit de la fonction publique, Presses universitaires de France, 1986, P.217.
- ٤٤- د. عثمان غيلان، النظام التأديبي لموظفي الدولة، موسوعة القوانين العراقية، ط ١، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٧، ٢٨
- ٤٥- قرار ديوان التدوين القانوني بتاريخ ١٩٤٤/٤/٣٠ منشور في مجلة القضاء رقم ٣، ص ٣، ١٩٤٤، ص ٣٦٠
- ٤٦- قرار مجلس الانضباط العام رقم ٦٧/٥ في ١٩٦٤/١/١١ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، ع ١، ٢، ٣، ١٩٦٤، ص ١٧٢-١٧٣ .
- ٤٧- قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٩٨/١٧٥، في ١٩٩٨/٦/٢٨ غير منشور .
- ٤٨- أنظر : Genevieve Koubi, Op.Cit, P.25.
- ٤٩- د. غازي فيصل مهدي، تقارير تقويم الموظفين بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٢٢
- ٥٠- د. سلمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص ١٦٣
- ٥١- قرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية رقم (١)/٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٥ منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة العراقي لعام ٢٠٠٧، ص ٢٧٥، ٢٧٦ .
- ٥٢- قرار الهيئة العامة بصفتها التمييزية رقم ٢٠٠٦/١٧٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٨، د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ٢٠٠٨، ص ٣٥٨.
- ٥٣- قرار مجلس الانضباط العام رقم ١٩٧١/١٠٣ في ١٩٧١/٧/٣ اشار اليه د. يوسف الياس، مصدر سابق، ص ٧٩ .
- ٥٤- قرار الهيئة العامة رقم ٢٥٧/٢١٠ في ٢٠٠٧/٩/١١، د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٢٠٠٨، ص ٣٦٦ .

تعليق على قرار

التعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية :
رقم القرار ٦٨/موسعة مدنية /٢٠٠٧ (*)
تاريخ القرار ٢٠٠٧/٥/١٥

فاروق إبراهيم جاسم
م.م . كلية القانون / الجامعة المستنصرية

وقائع الدعوى والحكم البدائي والاستئنافي

أدعى وكيل طالب المحاسبة (المميز) لدى محكمة بداءة الكرخ أنه بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١ تم التعاقد بين طالب المحاسبة والمطلوب المحاسبة ضده (المميز عليه) على قيام الأول بالسعي والاتصال بجميع الوزارات والدوائر الرسمية للحصول على المشاريع والعقود الخاصة ضمن مذكرة التفاهم أو المشاريع على أساس السداد النقدي ، ولما كان طالب المحاسبة قد حقق النتائج المتفق عليها خصوصاً بشأن العقود التي تمت مع هيئة مشاريع الكهرباء ومنها محطة الهارثة في جنوب العراق ، وكذلك قيامه بتنفيذ ما جاء في البند الخاص من ذلك العقد حول النفقات والمصاريف داخل القطر والتي تم صرفها من قبل طالب المحاسبة ، وعلى الرغم من الإنذار الموجه إلى المطلوب المحاسبة ضده عن طريق الكاتب العدل بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٢١ بوجوب الحضور لإجراء التسوية الرضائية ، إلا أنه لم يستجب لذلك، لذا فإن طالب المحاسبة يستحق بالإضافة لما ذكر أعلاه نسبة ٤٠% من الأرباح المتحققة من تلك المشاريع مع نسبة ٥% عن المشاريع التي تم الحصول عليها ، لذا طلب دعوة المطلوب المحاسبة ضده للتأكد من كمية الأرباح التي آلت إليه وإحالة الدعوى إلى ثلاث خبراء لتقدير حصة طالب المحاسبة وإلزام المطلوب المحاسبة ضده بدفعها وقدر استحقاق طالب المحاسبة بثمنمائة وخمسون ألف دولار أمريكي.

أصدرت محكمة الموضوع بالعدد ٢٤٢٦/ب/٢٠٠٢ في ٢٩/١٢/٢٠٠٤ حكماً حضورياً قضي بـ :

- ١- إلزام المطلوب المحاسبة ضده بتأديته لطالب المحاسبة مبلغ قدره (٨٦٧٣٤) دولار أمريكي عن العقد ١٨٨ .
- ٢- إلزام المطلوب المحاسبة ضده بتأديته مبلغ قدره (١٧٣٤٦٨) دولار أمريكي، ورد دعوى طالب المحاسبة بالزيادة وتحميل المطلوب المحاسبة ضده الرسوم والمصاريف النسبية وأتعاب المحاماة ، ثم تم تصحيح الخطأ المادي الوارد في القرار أعلاه ، بموجب قرار محكمة بداءة وجعل محل إلزام المطلوب المحاسبة ضده عن العقد ٩٠/س ١ مبلغ قدره (٨٦٧٣٤) دولار أمريكي بدلاً من (١٧٣٤٦٨) دولار أمريكي وذلك في مسودة الحكم المذكور محل التصحيح (٢٤٢٦/محاسبة/٢٠٠٢ في ٢٩/١٢/٢٠٠٤ . ولعدم قناعة المدعى عليه بالحكم فقد طعن به استئنافاً بلائحة مقدمة من قبل وكيله ومؤرخة في ١٨/٥/٢٠٠٥ .

وبنتيجة المرافعة أصدرت محكمة استئناف بغداد الكرخ بالعدد ١٠٠/س/٢٠٠٥ في ٢٨/١١/٢٠٠٥ حكماً حضورياً قضي بفسخ الحكم البدائي المستأنف كلياً ورد عوى المستأنف عليه (المدعي) وتحميلة المصاريف كافة ، ولعدم قناعة المستأنف عليه ، فقد طعن به تمييزاً طالباً نقضه بلائحة مقدمة من وكيله ومؤرخة في ٢٠/١٢/٢٠٠٥ ، أعيد الحكم منقوضاً بقرار محكمة التمييز المرقم ٤/استئنافية منقول/٢٠٠٦ في ٢٤/٢/٢٠٠٦ ، فأصدرت محكمة الاستئناف

بالعدد أعلاه وبتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٨ حكماً حضورياً قضى بفسخ الحكم المستأنف كلياً ورد دعوى المستأنف عليه (المدعي) وتحميلة الرسوم وأتعاب المحاماة ، ولعدم قناعة المستأنف عليه فقد طعن به تمييزاً طالباً نقضه بلائحة وكيله المؤرخة في ٢٠٠٦/٩/٢٥ كما قدم لائحة إيضاحية بواسطة وكيل آخر طالباً نقض القرار للأسباب الواردة في لائحته المؤرخة في ٢٠٠٧/١/٢٢ .
القرار التمييزي :

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه صحيح وموافق للقانون ذلك لأن محكمة استئناف الكرخ الاتحادية قد أكملت التحقيقات المطلوبة بموجب قرار النقض التمييزي الصادر بالعدد ٤/استئنافية منقول/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٤/٢٤ حيث فاتحت دائرة تسجيل الشركات باعتبار الجهة المسؤولة عن إصدار إجازة ممارسة أعمال الوكالة التجارية للتثبت فيما إذا كان المدعي / المميز قد استحصل على الإجازة المطلوبة وفق أحكام قانون الوكالة التجارية المرقم ٢٦ لسنة ١٩٩٤ ، والقانون اللاحق رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ فأجابتها دائرة تسجيل الشركات بأن المدعي هو مالك لشركة (أ) للوكالات التجارية غير مجاز لممارسة أعمال الوكالة التجارية ، كما جاء في كتاب قسم الوكالات التجارية التابع للدائرة أعلاه بأن شركة (أ) للوكالات التجارية المحدودة مسجلة لديها كشركة وطنية إلا أنها غير مجازة لممارسة الأعمال التجارية أعلاه وأن المدعي هو غير مجاز كذلك للأعمال أعلاه ، وحيث أن من شروط ممارسة أعمال الوكالة التجارية أن يكون للوكيل إجازة ممارسة تلك الأعمال استناداً إلى أحكام القانون المشار إليه آنفاً ، ولما كان المميز لا يحمل إجازة من هذا النوع لذلك يكون العقد المؤرخ في ٢٠٠٠/٥/٣١ والذي استند إليه المميز في دعواه أبرم بشكل مخالف لأحكام قانون الوكالة التجارية وبالتالي لا يحق للمميز مطالبة المميز عليه بنسبة الإرباح المتفق عليها بين الطرفين ، ومنه العقد المذكور وتكون الدعوى المقامة من قبله بإجراء المحاسبة فاقدة لسندها القانوني وتستوجب الرد وحيث أن محكمة الاستئناف قضت بفسخ الحكم البدائي ورد دعوى المدعي لهذا السبب قرر تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية وصدر القرار بالاتفاق في ١١/جمادى الأولى /١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٥/٢٨ م .

التعليق على الحكم :

ينبغي الإشارة أولاً أن التعليق على الحكم سوف لا ينصب على أحقية طالب المحاسبة (المميز - المدعي) في دعواه ، وإنما يكون قاصراً على استعراض ومناقشة الحكم في مسألة محددة - وهي كون المميز لا يملك إجازة ممارسة الوكالة التجارية بموجب قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٤ الملغى ، والقانون الذي حلَّ محله بالرقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ ، وما إذا كان عدم حصوله على الإجازة المذكورة يشكل سبباً كافياً لرد الدعوى ، وبالشكل الذي قضت به محكمة التمييز الاتحادية ؟ من الثابت بمقتضى الحكم أعلاه أن المميز لا يملك مثل هذه

الإجازة وقت إبرام العقد موضوع الدعوى . إلا أن الجواب على التساؤل أعلاه يقتضي الإحاطة بأحكام القانون التي تحكم موضوع الدعوى والتي تتمثل بما يأتي :
أولاً: ينبغي ملاحظة أن العقد المبرم بين المتداعين قد أبرم وقت نفاذ قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ ، قبل تعديل أحكامه بالأمر المرقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ ، والذي كان يلزم - على وفق أحكام المادة ١٨ منه - بالحصول على موافقة الجهة القطاعية المختصة ذات العلاقة بالنشاط المحدد في عقد الشركة للتأكد من انسجام هذا النشاط مع القرارات التخطيطية ، واستحصال موافقتها على تأسيس الشركة ، وكذلك مفاتحة أية جهة أخرى أوجب قانون أو نظام أو تعليمات استحصال موافقتها على تأسيس الشركة ، وعلى وفق الحكم أعلاه فإن الشركة المشار إليها - وهي شركة مجازة من قبل مسجل الشركات ، كما بين ذلك الحكم الصادر في الدعوى ، بممارسة أعمال الوكالة التجارية قد استحصلت مسبقاً مثل هذه الموافقة من قبل الجهة القطاعية المختصة - كما كانت تقضي أحكام المادة ١٨ من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ قبل تعديلها بالأمر المشار إليه أعلاه ، وهذه الجهة هي قسم الوكالات التجارية التابع إلى دائرة تسجيل الشركات وذلك كشرط أساسي لصحة تأسيسها ، وبالتالي أصبحت هذه الشركة وبعد صدور شهادة تأسيسها واكتسابها للشخصية المعنوية بموجب أحكام القانون لها الأهلية القانونية في إبرام مختلف أنواع التصرفات القانونية .

ثانياً: إن قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ ، كسابقه قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٤ ، قد اشترط صراحةً لممارسة أعمال الوكالة التجارية وجوب الحصول على إجازة لممارسة هذه الأعمال من قبل قسم الوكالات التجارية على وفق حكم المادة ٥ من القانون أعلاه ، مما يثير التساؤل عن مدى قيمة الشرط المتقدم ، وهل هو شرط جوهري يتعين مراعاته عند ممارسته هذه المهنة ؟ أم هو شرط أو هو إجراء تنظيمي قصد به تنظيم مزاوله هذه المهنة من قبل أشخاص قد استوفوا الشروط المقررة في المادة ٤ من القانون أعلاه ؟

إذا سائرنا المنطق القائل بأن شرط الحصول على الإجازة المتقدمة هو شرط جوهري يتعين مراعاته عند ممارسة هذه المهنة ، فإن ذلك مؤداه نفي صفة الوكيل التجاري عن من يمارس هذه المهنة بكل ما يترتب على ذلك من آثار ، ومنها عدم الاعتداد بتصرفاته الصادرة منه بهذه الصفة ، طالما أنه لا يعد مجازاً قانوناً لممارسة هذه المهنة وهذا ما ذهب إليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المشار إليه أعلاه .

أما إذا رجحنا الرأي القائل بأن شرط الحصول على الإجازة هو شرط تنظيمي قصد به المشرع تنظيم ممارسة هذه المهنة ، وبالتالي خضوع الوكيل التجاري إلى أحكام قانون تنظيم الوكالة التجارية من حيث الشروط التي ينبغي توافرها فيه ، والالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون . وعليه فإن مثل هذا الشرط لا يعدو أن يكون شرطاً تنظيمياً لا يصل إلى مرتبة الشرط الجوهري الذي

يرتب عدم الاعتراف بتصرفاته الصادرة منه بصفة وكيل تجاري - رغم عدم حصوله على الإجازة المذكورة .

ومن الجلي بموجب وقائع الدعوى أن المدعي / المميز قد تعاقد وإن كان الحكم لم يشر إلى ذلك صراحةً - عن شركة أجازت لممارسة أعمال الوكالة التجارية من قبل مسجل الشركات في ظل أحكام المادة ١٨ من قانون الشركات التي كانت تستلزم الحصول على موافقة الجهة القطاعية المختصة لغرض إجازة تأسيس الشركة مع عدم حصوله على الإجازة المطلوبة على وفق أحكام قانون تنظيم الوكالة التجارية لممارسة هذه المهنة ، فعدم الحصول على الإجازة المذكورة لا يمنع بتقديرنا الشركة من ممارسة الأعمال المشار إليها أعلاه مع خضوعها إلى الجزاءات التي فرضها القانون نتيجة لعدم الحصول على الإجازة أعلاه والتي تتمثل بعقوبة السجن المؤقت لكل من قام بعمل من أعمال الوكالة التجارية قبل الحصول على الإجازة المطلوبة كما قضت بذلك المادة ١٥ من قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ . ففي مثل هذه الحالة يكتفى بإيقاع الجزاء أعلاه ودون أن يؤثر ذلك على صحة التصرف الذي قام به الوكيل ، إذ لم يقرر قانون تنظيم الوكالة التجارية مثل هذا الأثر صراحةً وهو عدم الاعتراف بتصرفاته الصادرة في مثل هذه الحالة ، كما قضت بذلك محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المشار إليها أعلاه . فهناك الكثير من الحالات التي قرر فيها الفقه والقضاء صحة التصرف أو اكتساب وصف معين مع خضوع من قام بالتصرف أو الذي اكتسب الوصف إلى الجزاء الذي حدده القانون كالموظف العام الذي يمنع القانون ممارسته التجارة - ويحترفها على الرغم من ذلك - فهو يكتسب صفة التاجر مع الجزاءات التأديبية المقررة قانوناً . وكذلك في نظرية الشركة الفعلية التي يشوبها عيب نتيجة الإخلال بأحد شروط صحة تأسيسها ، ومع ذلك فقد أقر الفقه والقضاء صحة الأعمال التي قامت بها قبل الحكم ببطلانها حماية للوضع الظاهر واستقرار المعاملات .

* - منشور في مجلة حمورابي التي تصدرها جمعية القضاء العراقي / العدد الأول سنة ٢٠٠٩ / ص ١٥٣-١٥٥ .

(xlv) - د . أبان دوغلاس ، الولايات المتحدة في العراق جريمة الإبادة الجماعية ،

<http://usgenocida.e.org/text/genocide>.

(xlv) - علي عقلة عرسان ، الحرب العدوانية على لعراق ومستقبل المنطقة ، العرب والعالم اليوم ،

دمشق ، ٢٠٠٥ ، ص: ١٦٩ .

(xlv) - خالد عيسى طه ، المشهد العراقي فرض التخطيط السياسي والاقتصادي الأمريكي على الشعب العراقي

- <http://www.ahhewar.org.debat> .

(xlv) - <http://www.rb-sy.com/rb/showthread>

(xlv) - جريدة الزمان الدولية ، العدد ٢٦٦٩ في ١٤ / ٤ / ٢٠٠٧ .

(xlv) - <http://www.rb-sy.com/rb/showthead>

(xlv) - دراسة اممية الغزو الامريكي دمر ٨٤% من منشآت التعليم في العراق

- <http://hdmur.net>

- (xlv) - <http://www.aljazeera.net/NR/exeres>
 (xlv) - انظر نص المادة (٨) (ب فقرة ٥) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
 (xlv) - انظر نص المادة ٥٦ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
- (xlv) - <http://www.aljazeera.net/NR/exeres>
 (xlv) - انظر : نص المادة ٥٤ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
 (xlv) - محمد الزواوي ، منتي طفل يموتون يوميا ، مجلة الجزيرة ، العدد ١١٣ ، الثلاثاء ١١ كانون الاول ٢٠٠٥ .
 (xlv) - د. عامر الزماني ، حماية المياه أثناء النزاعات المسلحة ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد ٣٠٨ ، ١٩٩٥ ، ص : ٢٨٨ .
 - انظر أيضا : - كارل ماتكي وبورغ غاسر ، نهج محايد ومستقل وغير متحيز - سر قبول اللجنة الدولية للصليب الاحمر في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٥ .
- (xlv) - <http://www.alhilalclub.com>
 (xlv) - انظر نص المادة ٥٥ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
 (xlv) - انظر : نص المادة ٥٦ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
 (xlv) - انظر نص المادة ٨ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
 (xlv) - محمد صادق اسماعيل ، ستة اعوام على غزو العراق ، أين يقف الاقتصاد العراقي .
- <http://www.pulpit.alwatanvoice.comcomlcontent>.
 (xlv) - انظر : نص المادة ٨ الفقرة (أ - ٤) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية .
 (xlv) - فرنسيس أ . بويل ، تدمير النظام العالمي ، مركز الامرات للدراسات الاستراتيجية ، ٢٠٠٤ ، ص : ١٦٨ ، ص : ٢٧ .
 (xlv) - المادة ٤٣ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .
 (xlv) - المادة ٥٦ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .
 (xlv) - د. بشير موسى نافع ، خلف حرب التظليل ثمة عراق آخر في طريقه للتبلور ،
- <http://www.alarabnew.com/a/shaabi/>
 (xlv) - ميتشيل ناتيش ، استهداف البنى التحتية العراقية وعراق ما بعد الحرب ، معهد واشنطن لسياسات الشرق الادنى ، متابعة سياسية رقم ٧٢٥ في ١٤/٣/٢٠٠٧ .
- www.asharqalarbi.org.uk/center
 (xlv) - مهند العزاوي ، كي لا نترك التاريخ دون بصمة عراقية
- <http://almansre.com/92/dresat>
 (xlv) - رزاق حمد العوادي ، المسؤولية الدولية للتعويض من الاضرار نتيجة الانتهاكات أو العدوان الذي يقوم به أحد اشخاص القانون الدولي وفقا لميثاق الامم المتحدة والقانون الدولي الانساني .
- <http://ahewar.org/debat>
 (xlv) - سير الدعاوى القضائية ضد الحرب على العراق والارهاب
- <http://dao.org/arabic>
 (xlv) - انظر المادة ٢٣ من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧ .
 (xlv) - انظر نص المادة ٥١ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
 (xlv) - انظر نص المادة ٥٧ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ .
 (xlv) - انظر نص المادة ٨ (٢ - ب - ٢٠) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
- (xlv) - غالب ابو مصلح ، اهداف امريكا الاقتصادية من احتلال العراق ، منتدى النهضة .
- <http://www.alnahdah.org/doc/32063>.
 (xlv) - كاظم المقدادي ، التلوث الاشعاعي في العراق بؤادر صحوة متأخرة .
- <http://www.mostakballat.com/dever> .

- (xlv) - كمال الضيف ، اعادة تأهيل البيئة .. جزء اساسي من اعادة الاعمار ،
- <http://www.swissinfo.ch/ara/archive>
- (xlv) - نبيل شبيب ، تعزيز الاقتصاد العراقي
<http://islamonline.net/serv/et>
(xlv) - العراق يعيش حرب أخرى اسمها الدمار البيئي
- <http://rb.b7b.com/t3562>
- (xlv) - المزيد من التفاصيل واركان هذه الجريمة انظر : - د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الجرائم الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص : ٧٧٠ .
(xlv) - انظر نص المادة الاولى من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى ، ١٠ ديسمبر ١٩٧٦ .
(xlv) - انظر ديباجة اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر ، جنيف ، ١ تشرين الاول ، ١٩٨٠ .
(xlv) - استاذنا د.مشكاة المؤمن ، اليورانيوم المنضب جريمة بحق البيئة العراقية ، التنظيم القانوني للبيئة في العالم ، محمد خالد جمال رستم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٢ .
(xlv) - أ كمال الدين احسان أوغلو ، تقييم المأساة الانسانية في العراق ، مختارات المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٥ .
(xlv) - نصير احمد السامرائي ، الآثار الانسانية للحروب المتتالية في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٢٦٣ .
(xlv) - بيث أوزبورن دابونتي ، تقديرات بشأن وفيات المدنيين العراقيين من جراء الحرب ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٢ .
(xlv) - أريك ستوفر وميراندا سيسون وفونج فام باتريك فينيك ، العدالة المؤجلة المسالة وأعادة البناء الاجتماعي في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ٢٠٠٦ ، ص : ٢٧٩ .

المصادر والمراجع

- ١٥ - د . أبان دوغلاس ، الولايات المتحدة في العراق جريمة الابادة الجماعية ،
<http://usgenocida.e.org/text/genocide> .
- ١٦ - أريك ستوفر وميراندا سيسون وفونج فام باتريك فينيك ، العدالة المؤجلة المسالة وأعادة البناء الاجتماعي في العراق ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ .
- ١٧ - د . بشير موسى نافع ، خلف حرب التظليل ، ثمة عراق آخر في طريقه الى التبلور :
<http://www.alarabnew.com/a/shaabi/>
- ١٨ - بيث أوزبورن دابونتي ، تقديرات بشأن وفيات المدنيين العراقيين من جراء الحرب ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ .
- ١٩ - د.مشكاة المؤمن ، اليورانيوم المنضب جريمة بحق البيئة العراقية ، التنظيم القانوني للبيئة في العالم ، محمد خالد جمال رستم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، لبنان ، ٢٠٠٦ .
- ٢٠ - خالد عيسى طه ، المشهد العراقي فرض التخطيط السياسي والاقتصادي على الشعب العراقي
- <http://www.ahewar.org.debat> :
- ٢١ - رزاق حمد العوادي ، المسؤولية الدولية للتعويض من الاضرار نتيجة الانتهاكات أو العدوان الذي يقوم به أحد اشخاص القانون الدولي وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي الإنساني .

- ٢٢- د. عامر الزماني ، حماية المياه أثناء النزاعات المسلحة ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد ، ٣٠٨ ، ١٩٩٥ .
- ٢٣- علي عقله عرسان ، الحرب العدوانية على لعراق ومستقبل المنطقة ، العرب والعالم اليوم ، دمشق ، ٢٠٠٥ ، ص: ١٦٩ .
- ٢٤- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الجرائم الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٧ .
- ٢٥- غالب ابو مصلح ، اهداف امريكا الاقتصادية من احتلال العراق ، منتدى النهضة .
- ٢٦- فرنسيس أ. بويل ، تدمير النظام العالمي ، مركز الامارات للدراسات الاستراتيجية ، ٢٠٠٤ ، ص : ١٦٨ ، ص : ٢٧
- ٢٧- كمال الضيف ، اعادة تأهيل البيئة ، جزء اساسي من اعادة الاعمار : -
<http://www.swissinfo.ch/ara/archive>
- ٢٨- كمال الدين احسان أو غلو ، تقييم المأساة الانسانية في العراق ، مختارات المجلة الدولية للصليب الاحمر ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠٠٦ ، ص : ٦٥ .
- ١٥- د.مشكاة المؤمن ، اليورانيوم المنضب جريمة بحق البيئة العراقية ، التنظيم القانوني للبيئة في العالم ، محمد خالد جمال رستم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٢:
- ١٦- ميتشيل ناتيش ، استهداف البنى التحتية العراقية وعراق ما بعد الحرب ، معهد وشنطن لسياسات الشرق الادنى ، متابعة سياسية رقم ٧٢٥ في ١٤/٣/٢٠٠٧ .
www.asharqalarbi.org.uk/center
- ١٧- مهند العزاوي ، كي لانترك التاريخ دون بصمة عراقية :
<http://almansre.com/92/dresat>
- ١٨- محمد صادق اسماعيل ، ستة اعوام على غزو العراق ، أين يقف الاقتصاد العراقي :
<http://www.pulpit.alwatenvoice.comcomlcontent>
- المواقع الالكترونية
- ١- <http://www.pulpit.alwatenvoice.comcomlcontent>
- ٢- <http://almansre.com/92/dresat>
- ٣- www.asharqalarbi.org.uk/center
- ٤- <http://www.swissinfo.ch/ara/archive>
- ٥- <http://www.ahewar.org.debat>
- ٦- <http://usgenocida.e.org/text/genocide>
- ٧- <http://www.alarabnew.com/a/shaabi>

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية :

- ٥- اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية لسنة ١٩٠٧
- ٦- البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ لاتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب .
- ٧- النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨ .
- ٨- اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لاغراض عسكرية أو لأية اغراض عدائية اخرى ، ١٠ ديسمبر ١٩٧٦ .