

## تجريم الافعال الماسة بالطيف الترددي لشبكة الاتصالات دراسة مقارنة

أ.د. تميم طاهر أحمد الجادر(\*)

### الجرائم الواقعة على شبكة الاتصالات

شهد العالم في القرن العشرين تطوراً مذهلاً في مجالات الاتصالات والمعلومات واستخدام الحاسوب الآلي والانترنت والتجارة الإلكترونية ويرجع ذلك إلى تطور الفكر الانساني ومحاولته المستمرة لإكتشاف وسائل جديدة لا تقف بأي حال من الأحوال عند حد معين بل يجب أن تتجاوزه لأقصى مدى يمكن تخيله في الوقت الراهن.

وترتيباً على ذلك فقد ظهر جلياً قصور التشريعات الراهنة عن مواجهة تلك الظواهر الإجرامية المستحدثة مما حدا بالمشرع في أغلب دول العالم لإصدار قانون ينظم الاتصالات. وباستقراء معظم هذه القوانين ، نجدتها تشترك في أن أحكامها تدور ضمن اربع محاور رئيسة ، فالمحور الأول يدور حول التنظيم الإداري لمرفق الاتصالات ، والمحور الثاني يخص تنظيم منح التراخيص الخاصة بالترددات المستخدمة من قبل الشركات الخاصة أوالمؤسسات الحكومية والرقابة عليها ، والمحور الثالث يدور حول تنظيم وإدارة الطيف الترددي<sup>(١)</sup>، بالتنسيق بين الجهات المعنية في الدولة، الإدارة الرشيدة التي تضمن استخدام هذا المورد المحدود الإستخدام الامثل، أما المحور الرابع (وهو موضع إهتمام هذا البحث)، فيشمل الجرائم والعقوبات الخاصة بتكنولوجيا الاتصالات بشكل عام، وجرائم الاعتداء على الطيف الترددي بشكل خاص .

وأن هذه الجرائم التي حددتها معظم قوانين تنظيم الاتصالات<sup>(٢)</sup>، منها ما يتعلق بالاعتداء على المباني والمنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات هدماً أو إتلافاً ، ومنها مايتعلق بحقوق الافراد في خصوصيتهم وضمان حرية المراسلات، وكذلك ضمان سرية المعلومات الخاصة بالدولة ، وهناك من النصوص ما يتعلق بضمان كفاءة خدمة الاتصالات

(\*) كلية القانون / الجامعة المستنصرية.

المقدمة من قبل المرخص لهم وحسب المعايير الدولية التي تضمن هذه الكفائة والتأكيد على الإلتزام بشروط الترخيص ومن ضمنها الشروط الصحية، أما الحماية الجنائية للترددات بشكل مباشر فلقد افرزت لها معظم هذه القوانين مواداً خاصة بها تتمثل في نصوص تكاد تشترك في مضمونها في معظم هذه القوانين.

ونخصص هذه الدراسة لغرض البحث في جرائم الإعتداء على البنى الخاصة بشبكة الإتصالات والواردة في معظم قوانين تنظيم الإتصالات وضمن مبشرين ، المبحث الأول يكون لبيان جريمة الهدم والإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات<sup>(٣)</sup> ، أما الثاني فيكون لجريمة الإتلاف غير العمدي، وكما يلي :

### المبحث الأول

جريمة الهدم والإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات  
إن جريمة الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني هي جريمة ايجابية تدخل من ضمن جرائم الضرر وتتكون من ركنين أولهما مادي وثانيهما معنوي ويتعين أن تقع الجريمة على موضوع أو محل قوامه المباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات، لذلك ستكون دراستنا لهذه الجريمة على النحو التالي :-

أولاً: محل الجريمة.

ثانياً: الركن المادي.

ثالثاً: الركن المعنوي.

رابعاً: العقوبات.

أولاً : محل الجريمة :-

تقع جناية الهدم أو الإتلاف العمدي على محل محدد هو المباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات أو البنية الأساسية لها أو خطوط الاتصال. وسنعرض لكل منها على حدة بالتفصيل.

أ - المباني :-

تعرف المباني بانها كل ما شيدته يد الإنسان على سبيل القرار باستخدام مجموعة من مواد البناء أياً كان نوعها فانددمجت في الأرض سواء أقيمت فوقها أو تحتها<sup>(٤)</sup>. ويقصد بها ايضاً (كل شئ متماسك من صنع الإنسان، واتصل بالأرض اتصال قرار، فالحائط المقام من طوب وأسمنت يعتبر بناءً إن اتصل بالأرض اتصال قرار وكذلك إن أقيم الحائط بفعل الإنسان من حجارة واسمنت أو من المسلح أو من الطوب اللبن المخلوط بالطين والتبن)<sup>(٥)</sup>.

كما قيل أنه (كل عقار مبني يكون محلاً للانتفاع والاستغلال أياً كان نوعه)<sup>(٦)</sup>. وبهذا المفهوم يمكن تعريف المباني المستخدمة والمخصصة للاتصالات على أنها (كل بناء مشيد من قبل الانسان على سبيل القرار يستخدم لإيواء الاشخاص أو الاجهزة والمعدات اللازمة للبث الترددي لاي وسيلة من وسائل الإتصال).

#### ب - المنشآت :-

لم يتضمن قانون تنظيم الاتصالات تعريفاً للمنشآت ، وبالرغم من ذلك فإن المنشآت هي كل ما لا يصدق عليه وصف البناء لأنه غير متصل بالأرض إتصال قرار كانشاء بناء من الخشب أو مد الاسلاك على روافع أو إقامة محطات تقوية لشبكات المحمول<sup>(٧)</sup>.

وترتيباً على ذلك فإن أساس التفرقة بين المباني والمنشآت هو أن الأولى لا يمكن فصلها عن الأرض إلا بالهدم أوالقلع وإلحاق خسارة بالمباني القائمة وعدم صلاحيتها للاستعمال كمباني في حالة إزالتها. وأما عن الثانية (المنشآت) فيمكن إزالتها وتظل محتفظة بتماسكها وكيانها المادى ويمكن نقلها إلى مكان آخر وتستعمل كمنشأة من جديد دون خسائر فيها.

وعليه يمكن تعريف يمكن تعريف المنشأة بأنها ( كل كيان مادى مكون من أي مادة يمكن فصلها عن سطح الأرض بعد أقامتها عليها دون أن يلحق بها ضرراً، ويمكن نقلها من مكان إلى آخر بحسب الغرض المقامة من أجله).

#### ج - شبكة الاتصالات :-

عرفت معظم قوانين تنظيم الاتصالات شبكة الإتصالات في باب التعاريف المستهل لهذه القوانين.

فقد عرفها المشرع المصري في قانون تنظيم الاتصالات<sup>(٨)</sup>، على إنها (النظام أو مجموعة النظم المتكاملة للاتصالات شاملة ما يلزمها من البنية الأساسية)، وأن ما يلزم هذا النظام من البنية الأساسية لابد ان يحدد وفق هذا التعريف، وهذا ما فعله المشرع المصري حيث بين هذه البنية على أنها (جميع ما يستعمل أو يكون معداً للاستعمال في الاتصالات من، المباني، والأراضي، والهياكل، والآلات، والمعدات، والكابلات، والأبراج، الهوائيات والاعمدة، وخطوط الاتصال والنظم والبرامج ، ومجموعة التغذية بالتيار الكهربائي أيأ كان نوعها)<sup>(٩)</sup>.

كما عرفها المشرع الأردني في قانون الاتصالات على أنها (منظومة اتصالات أو مجموعة منظومات لتقديم خدمة الاتصالات العامة للمستفيدين وفقاً لأحكام هذا القانون)<sup>(١٠)</sup>، ووفقاً لهذا التعريف لابد من بيان معنى (خدمة الاتصالات) الواردة فيه وهو ما بينه المشرع في نفس باب التعاريف ، حيث عرف خدمة الاتصالات على أنها (الخدمة التي تتكون ، كلياً أو جزئياً ، من ارسال المعلومات واستقبالها وتميرها على شبكات اتصالات باستخدام اي من عمليات الاتصالات)<sup>(١١)</sup>.

أما المشرع السعودي فقد جمع بين الاتجاهين في تعريف شبكة الاتصالات حيث عرفها بأنها (المنظومة المستخدمة لتوفير خدمة الاتصالات لتوفير خدمة الاتصالات بما في ذلك، المقاسم والكابلات، والأبراج، والأجهزة اللاسلكية، والوسائل البصرية، والوسائل الكهرومغناطيسية، وأي أجهزة أخرى للاتصالات والمعدات المصاحبة لها)<sup>(١٢)</sup>.

وهذا التعريف جامع لمفهوم شبكة الاتصالات حيث لم يرد في القانون تعريف آخر لغرض بيان مفرداته ، كما انه جمع بين الناحيتين الوظيفية والانشائية لشبكة الاتصالات . ومما تقدم يمكن تعريف المحل في جريمة الهدم والإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات على انه (كل ما يدخل في عمل الاتصالات من مباني ومنشآت وأجهزة)<sup>(١٣)</sup>، ومعدات والنظم والبرامج ومصادر التيار الكهربائي ، اللازمة لقيام خدمة الاتصالات بكافة أنواعها ، وأي مواد أو اجهزة أو معدات أخرى).

ثانياً: الركن المادى :-

يجب لقيام هذا الركن توافر عناصر ثلاثة مجتمعة هي النشاط الإجرامي الصادر من الجاني والنتيجة الإجرامية المترتبة عليه وأخيراً علاقة السببية التي تربط بينهما.

#### أ - النشاط الإجرامي :-

يتخذ النشاط الإجرامي في هذه الجريمة صورتين هما الهدم والإتلاف ، وهو نشاط إيجابي حيث يقوم الجاني بالاعتداء عن طريق الهدم أو الإتلاف على كل ما يدخل في عمل الإتصالات من مباني ومنشآت وأجهزة، ومعدات والنظم والبرامج ومصادر التيار الكهربائي ، اللازمة لقيام خدمة الاتصالات بكافة أنواعها ، وأي مواد أو أجهزة أو معدات أخرى . ويقصد بالهدم الإزالة، وقد يكون الهدم كلي أو جزئي فأما عن النوع الأول (الهدم الكلي) فيتضمن إزالة ما تم إقامته وتسويته بسطح الأرض في حين أن النوع الثاني (الهدم الجزئي) يشمل إزالة جزء من المباني المقامة على الأرض<sup>(١٤)</sup>.

ويعرف الهدم بأنه الإزالة وهو نوعان هدم كلي يشمل إزالة المبنى القائم حتى سطح الأرض، وهدم جزئي يقتصر على هدم جزء من المبنى القائم بحيث يصبح الجزء المهدوم غير صالح للاستعمال بعد ذلك<sup>(١٥)</sup>. وترتيباً على ذلك فالحفر لا يعتبر هدماً<sup>(١٦)</sup>.

كما عرف القضاء الهدم على أنه (إزالة البناء كله أو بعضه على وجه يصير معه الجزء المهدوم غير صالح للاستعمال فيما أعد له)<sup>(١٧)</sup>.

أما الإتلاف فيعرف بأنه (التأثير على مادة الشيء على نحو يذهب أو يقلل من قيمته الاقتصادية عن طريق الإنقاص من لياقته للاستعمال المعتاد له)<sup>(١٨)</sup>.

ويقصد به أيضاً إحداث أفعال مادية بالشيء (محل الجريمة) يكون من شأنها الانقاص من مكوناتها أو أداؤها أو كفاءتها<sup>(١٩)</sup>.

وترتيباً على ما تقدم فإنه يترتب على الإتلاف جعل الشيء غير صالح لأداء الغرض أو الهدف أو الوظيفة التي أعد من أجلها مع إمكانية إصلاح ذلك. ويتحقق فعل الإتلاف إذا قام المتهم بكسر النوافذ الزجاجية لمبنى خاص بشبكة الاتصالات أو إرسال الشخص لأحد الفيروسات إلى الحاسب الآلي الرئيسى في الشبكة المذكورة<sup>(٢٠)</sup>.

#### ب - النتيجة الإجرامية :-

تعتبر جريمة الهدم أو الإتلاف العمدى للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات من جرائم الضرر. ويقصد بجرائم الضرر أو ماسمى أحياناً (الجرائم ذات النتيجة) تلك الجرائم التي تحدث بطبيعتها نتيجة مادية محسوسة وضارة على المصلحة التي يحميها القانون<sup>(٤)</sup>. فالجريمة موضوع الدراسة من الجرائم ذات النتيجة المادية حيث يشتمل ركنها المادى من نشاط إجرامى يتمثل في فعل الهدم أو الإتلاف بالإضافة إلى النتيجة الإجرامية المتمثلة في إنقطاع الاتصالات ويستوى هنا أن يتم ذلك الانقطاع بصورة دائمة أو مؤقتة فتقوم الجريمة في الحالتين. أن تخلف النتيجة يترتب عليه قيام مسئولية المتهم في الجناية المنصوص عليها في المادة (٧١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري عن الشروع في الجريمة<sup>(٢١)</sup>.

ولا تطبق آنذاك قواعد التعدد المعنوي<sup>(٢٢)</sup>، بحسبان خضوع فعل الجانى لنص المادة ١/٧١ من قانون الاتصالات كما أن سلوكه الإجرامى يخضع للمادة (٣٦١)<sup>(٢٣)</sup>، من قانون العقوبات التي جرم فيها المشرع الإتلاف العمدى للأموال الثابتة والمنقولة. وبعد النص الأخير أكثر اتساعاً مقارنة بالمادة (٧١) من قانون الاتصالات لأن النص الأول (٣٦١ عقوبات) تتضمن قاعدة عامة في حين تورد المادة (٧١) سالفه الذكر قاعدة خاصة وفي حالة حدوث تعارض بين قاعدة قديمة تقرر حكماً عاماً (م ٣٦١ عقوبات) وقاعدة جديدة تقرر حكماً خاصاً (المادة ١/٧١ من قانون تنظيم الاتصالات) فإنه لا يلغى من القاعدة القديمة العامة إلا ما جاء بشأنه القاعدة الجديدة الخاصة<sup>(٢٤)</sup>.

وترتيباً على ذلك فيسأل المتهم عن جنابة الشروع في الهدم أو الإتلاف العمدى للمباني أو المنشآت المخصصة بشبكات الاتصالات إذا لم يترتب على فعله انقطاع الاتصالات أي في حالة وقوف نشاطه عند حد الهدم أو الإتلاف العمدى دون تحقق النتيجة الإجرامية المتمثلة في انقطاع الاتصالات سواء بصورة دائمة أو مؤقتة.

وأما إذا وقعت الجريمة كاملة وترتب على فعله (الهدم - الإتلاف العمدى) قطع للاتصالات فيسأل آنذاك عن ما ارتكبه كجريمة تامة.

تعرف علاقة السببية بأنها (الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة)<sup>(٢٥)</sup>، وترتيباً على ذلك فلرابطه السببية أهمية بالغة في تحقيق البينان القانوني للركن المادى للجريمة حيث تربط بين النشاط الإجرامى للمتهم والنتيجة المترتبة عليه. ويسأل الجاني عن الشروع في الجريمة في حالة إنتفاء علاقة السببية في الجرائم العمدية ولا يسأل الجاني إذا كانت الجريمة غير عمدية بحسبان أنه لا عقاب على الشروع فيها<sup>(٢٦)</sup>.

و يتعين لقيام الركن المادى لجريمة الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية ، توافر علاقة السببية بين النشاط الإجرامي وهو الهدم أو الإتلاف العمدي والنتيجة الإجرامية وهي انقطاع الاتصالات بصفة دائمة أو مؤقتة.

ويرجع ذلك لأن تلك الجريمة من جرائم الضرر أو الجرائم ذات النتيجة المادية حيث تترتب النتيجة على ارتكاب المتهم لفعله الإجرامى ويجب أن تتوافر رابطة السببية بين السلوك والنتيجة المترتبة عليه.

ثالثاً: الركن المعنوي :-

تدخل الجريمة موضوع الدراسة من ضمن الجرائم العمدية التي يتعين لقيامها توافر ركن معنوي قوامه القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة.

أ - عنصر العلم :-

يقصد بالعلم تلك الحالة الذهنية التي من خلالها يتصور الإنسان حقيقة الأشياء على نحو يطابق الواقع الملموس، ووسيلة الإنسان في هذا هي المعرفة المبنية على الحواس، ويتحقق هنا عندما تتحول هذه المعرفة الحسية إلى وعي بحقيقتها أي بكافة الخصائص المشتركة لهذه الأشياء<sup>(٢٧)</sup>.

ولا يكفي لقيام الركن المعنوي وجود إرادة لدى المتهم متجهة إلى تحقيق النتيجة الإجرامية بل يجب توافر عنصر العلم من جانبه بعناصر الواقعة.

ويستلزم ما تقدم أن يكون علم الجاني سابق على اتجاه إرادته لتحقيق الواقعة أو الجريمة<sup>(٢٨)</sup>.

حيث يتعين أن يعلم الجاني بأنه يقوم بهدم أو إتلاف عمدي لمبنى أو جزء منه أو لمنشأة خاصة بشبكة اتصالات أو بنية أساسية لشبكة اتصالات أو لخط من خطوط الاتصالات.

فإذا انتفى العلم بمحل أو موضوع الجريمة وهو ( كل ما يدخل في عمل الاتصالات من مباني ومنشآت وأجهزة، ومعدات والنظم والبرامج ومصادر التيار الكهربائي ، اللازمة لقيام خدمة الاتصالات بكافة أنواعها ، وأي مواد أو أجهزة أو معدات أخرى)، فلا قيام للركن المعنوي (القصد الجنائي) ولا للجريمة ولا يسأل المتهم عن الجنابة الواردة في النموذج الخاص بهذه الجريمة. ومن أمثلة ذلك قيام الشخص بقطع أحد الكابلات التي تمر بأرضه حال اعتقاده بأن تلك الاسلاك خاصة بشركة الكهرباء<sup>(٢٩)</sup>. فهنا لا يسأل عن الجنابة سالفه الذكر.

#### ب - عنصر الإرادة :-

يلزم لتوافر القصد الجنائي (الركن المعنوي) في الجريمة أن يتوافر عنصري العلم والإرادة معاً حيث تحيط الإرادة بالعناصر المكونة للواقعة الإجرامية. بمعنى وجوب إتجاه الإرادة إلى السلوك والنتيجة المترتبة عليه. لذلك فلا قيام للقصد الجنائي إذا اتجهت الإرادة للسلوك دون النتيجة الإجرامية<sup>(٣٠)</sup>.

وتعرف الإرادة بأنها نشاط نفسى اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة. فالإرادة ظاهرة نفسية. وهي قوة يستعين بها الإنسان للتأثير على ما يحيط به من أشخاص وأشياء<sup>(٣١)</sup>.

وعليه فإن القصد الجنائي في جريمة الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات يوجب أن يعلم المتهم بمحل الجريمة وأن تتجه إرادته إلى السلوك الإجرامى أو ارتكاب الفعل الإجرامى المكون للركن المادى للجريمة وهو فعل الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات أو لبنيها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات.

وهناك رأي فقهي يشير إلى أن الركن المعنوي في الجريمة محل الدراسة من قانون تنظيم الاتصالات يتكون من قصد جنائي عام قوامه عنصري العلم والإرادة بالإضافة إلى قصد جنائي خاص هو اتجاه نية أو إرادة الجاني لأحداث نتيجة إجرامية محددة وهي انقطاع

الاتصالات ولو مؤقتاً. ويضيف ذات الفقيه أنه إذا لم تتوافر هذه النية لدى الجاني ينتفي الركن المعنوي للجريمة الذي يتطلبه القانون في هذه الحالة فلا بد من أن تنجّه إرادة الجاني إلى أحداث هذه النتيجة الإجرامية وهي إنقطاع الاتصالات ولو تم هذا الانقطاع مؤقتاً<sup>(٣٢)</sup>.

وهذا الرأي يتنافى مع طبيعة هذه الجرائم كونها تعد من جرائم الخطر العام ، ففي افتراض قصد خاص بالإضافة الى القصد العام، تضيق من مجال التجريم لهذه الجرائم التي يشكل ارتكابها ضرراً لعدد غير محدود من المستفيدين من خدمة الاتصالات بصورة مباشرة ، أو ضرراً غير مباشر يتمثل بما ينال المباني والمنشآت والأجهزة والمعدات من نقص في القيمة، مما قد يؤثر على مستوى الخدمات المقدمة .

رابعاً: العقوبات:-

باستقراء معظم النصوص التي أشارت إلى هذه الجريمة في قوانين تنظيم الاتصالات، يمكننا حصر العقوبات الواردة فيها إلى (السجن - الغرامة - التعويض).

ولقد قرر المشرع في معظم قوانين تنظيم الاتصالات في باب الجرائم والعقوبات اعتبار جريمة الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات جنائية معاقب عليها بالسجن والغرامة كعقوبة أصلية<sup>(٣٣)</sup>.

أما باقي العقوبات التي قررتها تلك القوانين فهي من ضمن العقوبات التكميلية<sup>(٣٤)</sup>.

أ - السجن :-

يعاقب من يرتكب جناية الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات بالسجن<sup>(٣٥)</sup>. ومدة العقوبة متروكة لتقدير قاضي الموضوع من (٣ - ١٥) سنة . ولم تنص قوانين الاتصالات ضمن أحكامها على قيود تتعلق باستعمال الرأفة مع المتهم حيث تملك المحكمة النزول بالعقوبة حال تطبيقها للمادة (١٧) من قانون العقوبات المصري (ويقابلها المادة ١٣٢ من قانون العقوبات العراقي)، من السجن إلى الحبس الذي لا يقل عن ثلاثة شهور حيث ورد فيها أنه (يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة بتبديل العقوبة على الوجه الآتي:

- عقوبة الاعدام بعقوبة السجن المؤبد أو المشدد.

- عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المشدد أو السجن.

- عقوبة السجن المشدد بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور.

- عقوبة السجن بعقوبة الحبس التي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور).

ب - الغرامة :-

وضع المشرع تعريفاً للغرامة ضمن نصوص قانون العقوبات ، فنص في المادة (٢٢) من قانون العقوبات المصري<sup>(٣٦)</sup>، على أن (العقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدّر في الحكم).

وحكم بالغرامة بجانب عقوبة السجن، غير أن الغرامة عقوبة أصلية في الجرح وتقرر بجانب عقوبة الحبس أو أن يتم التخيير بينهما، وبذلك خرج المشرع في قانون تنظيم الاتصالات<sup>(٣٧)</sup>، عن القواعد العامة، فضلاً عن ذلك فإنه لم يتقيد بالحدود المقررة لعقوبة الغرامة فيما إذا كانت تقرر كعقوبة أصلية بالإضافة الى العقوبة المقررة في نص المادة تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بالتعويض عن الخسارة الناجمة لشركة الاتصالات. ومن خلال مقارنة معظم المواد التي نصت على هذه الجريمة في قوانين تنظيم الاتصالات ، نلاحظ ارتفاع قيمة الغرامة المنصوص عليها كعقوبة أصلية ، وقد أرجع الفقه رفع المشرع لقيمة الغرامة في حديها الأدنى والأعلى إلى الثمن المرتفع للأدوات ووسائل ومعدات الاتصالات<sup>(٣٨)</sup>.

ج - التعويض :-

يضيف المشرع للعقوبات السابقة إلزام المحكوم عليه بأداء التعويض المناسب كنوع من العقوبات التكميلية ، ويرى جانب من الفقه، أن التعويض هنا ليس بعقوبة تكميلية بل جبر للضرر<sup>(٣٩)</sup>، تأسيساً على ما فات على شبكة الاتصالات من أرباح لتعطل خطوط الاتصال، وإن للمحكمة أن تحكم بالتعويض من تلقاء نفسها متى تبين لها تحقق الضرر بالشركة وذلك دون الحاجة إلى اشتراط قيام الشركة المذكورة بالادعاء مدنيا كشرط للحكم بالتعويض المناسب<sup>(٤٠)</sup>. غير أن القواعد العامة في دعوى التعويض توجب قيام المضرور من الجريمة بالادعاء مدنياً كي تحكم المحكمة بذلك التعويض.

ومن مطالعة المادة (٧١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري يتبين أنها تخاطب المحكمة حيث جاءت صياغة الفقرة الأولى على النحو التالي (يعاقب بالسجن...)، كما ورد

بالفقرة الثالثة ما يأتي (وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالزام من قام بالفعل بأداء قيمة الأشياء...).

كما أوجب المشرع في المادة ٢/٧٢ من قانون تنظيم الاتصالات على المحكمة القضاء بالتعويض المناسب حيث جاءت صياغة الفقرة على النحو التالي (ويحكم بمصادرة كافة المعدات والأجهزة والتوصيلات التي استعملت في ارتكاب هذه الجريمة وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالزام المحكوم عليه بالتعويض المناسب...). وإعمالاً لذلك فإنه يتعين على المحكمة القضاء بالتعويض المناسب على المحكوم عليه دون الحاجة إلى الإدعاء المدني من شركة الاتصالات.

كما أوجب المشرع في المادة ٢/٧٢ من قانون تنظيم الاتصالات على المحكمة القضاء بالتعويض المناسب حيث جاءت صياغة الفقرة على النحو التالي (ويحكم بمصادرة كافة المعدات والأجهزة والتوصيلات التي استعملت في ارتكاب هذه الجريمة وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالزام المحكوم عليه بالتعويض المناسب...). وإعمالاً لذلك فإنه يتعين على المحكمة القضاء بالتعويض المناسب على المحكوم عليه دون الحاجة إلى الإدعاء المدني من شركة الاتصالات.

وبالإضافة إلى العقوبات السابقة ، قررت قوانين تنظيم الاتصالات عقوبات تكميلية أخرى<sup>(٤١)</sup>، تتمثل بالزام من قام بالاتلاف العمدي وغير العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات، بأداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أُلُفَّت أو بنفقات إعادة الشيء إلى أصله، والذي يلاحظ أن المشرع لم يفرق بين ما إذا كان الإتلاف عمدياً أو غير عمدي وكان المفروض أن يفرق المشرع بين الحالتين، فمثلاً أن يلزم الجاني بأداء نصف قيمة الأشياء التي هدمت أو أُلُفَّت، وذلك للفرق فيما إذا كان الشخص متعمداً بارتكاب فعله أم لا.

## المبحث الثاني

### جريمة الإتلاف غير العمدى

درجت معظم قوانين تنظيم الإتصالات (في باب الجرائم والعقوبات) على الإشارة إلى جريمة الهدم أو الإتلاف الغير عمدى للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات بعد إشارتها إلى الصورة العمدية لهذه الجريمة<sup>(٤٢)</sup>.

وتتشترك جريمة الإتلاف غير العمدى (محل الدراسة) مع صورة العمد لهذه الجريمة في وقوعها على نفس المحل، وهو كل ما يدخل في عمل الإتصالات من مباني ومنشآت وأجهزة ومعدات والنظم والبرامج ومصادر التيار الكهربائي، اللازمة لقيام خدمة الاتصالات بكافة أنواعها، وأي مواد أو أجهزة أو معدات أخرى. لذلك ستكون دراستنا لتلك الجريمة على النحو التالي :-

أولاً: الركن المادى.

ثانياً: الركن المعنوى.

ثالثاً: العقوبات.

أولاً: الركن المادى:-

يختلف ذلك الركن في جنحة الإتلاف غير العمدى<sup>(٤٣)</sup>، (موضوع الدراسة) عن ذات الركن في جنحة الهدم أو الإتلاف العمدى للمباني والمنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات. حيث يتكون الركن المادى في الجنحة من عناصر ثلاثة مجتمعة هي النشاط والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية. وأما عن ذات الركن في جنحة الإتلاف غير العمدى فيكفى لقيامه توافر الفعل الإجرامى فقط دون حدوث النتيجة الإجرامية المتمثلة في انقطاع الاتصالات سواء بصورة دائمة أو مؤقتة.

وترتيباً على ما تقدم فإن من يقوم بإتلاف غير عمدى لمبنى أو منشأة مخصصة لشبكة اتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات يسأل عن جنحة الإتلاف غير العمدى حتى ولو استمرت خدمة الاتصالات دون انقطاع دائم أو مؤقت.

وتدخل الجنحة سالفه الذكر من ضمن جرائم الخطر حيث يبغي المشرع بسط الحماية اللازمة للمباني والمنشآت المخصصة بشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو خطوط الاتصالات فيسأل المتهم إذا قام بالهدم أو الإتلاف غير العمدى حتى ولو لم يترتب على ذلك السلوك أو النشاط أو الفعل (الإتلاف غير العمدى) انقطاع الاتصالات.

حيث أن وقوع الفعل الإجرامى المتمثل في الإتلاف غير العمدى منفرداً يكفى لتحقيق النتيجة الإجرامية في مدلولها أو معناها القانوني أو الاعتداء على المصلحة المحمية، واعمالاً لذلك فلا توجد علاقة سببية تربط بين الفعل والنتيجة في جنحة الإتلاف غير العمدى<sup>(٤٤)</sup>.

ويختلف النشاط الإجرامى في جناية الإتلاف غير العمدى عن صورة النشاط الوارد في العمد من هذه الجريمة في انه يقع بطريقة الإهمال ، حيث عبر المشرع عن هذه الصورة بقوله (كل من تسبب إهمالاً في تخريب منشآت الإتصالات....)<sup>(٤٥)</sup>.

ولذلك يتصور أن يتسبب إهمال الجاني من خلال عدم مراعاة الأصول الفنية لإقامة برج للاتصالات عن سقوط جزء منه ، أو يهمل الجاني في اتخاذ الإجراءات الفنية اللازمة في التمديدات الكهربائية أو تمديدات كابلات الإتصالات الأمر الذي يؤدي إلى نشوب حريق يلتهم كابلات الاتصالات وي تلف المعدات والاجهزة ،أو يتسبب إهمال احد العاملين في مجال تأمين شبكة الحاسب الآلي في اختراق الحاسب الرئيسى لشبكة الإتصالات .

ثانياً : الركن المعنوي:-

تقسم الجرائم إلى عمدية وغير عمدية فأما عن الأولى فهى التي يتطلب المشرع القصد الجنائي لتكوين ركنها المعنوي بمعنى ضرورة اتجاه إرادة الجاني إلى احداث النتيجة غير المشروعة.

أما الجرائم غير العمدية، فهى التي يوجب القانون أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامى دون النتائج غير المشروعة التي وقعت. ويعني ذلك أن القانون قد أوجب وجود النتيجة الإجرامية في نوعى الجرائم (العمدية - غير العمدية) مع مراعاة أن دور الإرادة في الجرائم العمدية يتضمن الفعل والنتيجة الإجرامية في حين تقف الإرادة في الجرائم غير العمدية عند حد إرادة السلوك فقط دون إرادتهما لتحقيق النتيجة الإجرامية<sup>(٤٦)</sup>.

ويختلف الركن المعنوي في جنحة الإتلاف غير العمدى عن ذات الركن في جنابة الإتلاف العمدى حيث يقصد به فى الجريمة الأولى الخطأ غير العمدى.

ويعرف الخطأ غير العمدى بأنه (إخلال الجانى عن تصرفه بواجبات الحىطة والحذر التى يفرضها القانون وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضى تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية فى حين كان ذلك فى إستطاعته وكان واجباً عليه)<sup>(٤٧)</sup>.

ويقصد به (عدم مراعاة القواعد العامة أو الخاصة للسلوك والتى من شأن مراعاتها تجنب وقوع النتائج غير المشروعة الضارة بمصالح وحقوق الآخرين المحمية جنائياً أو تجنب الوقوع فى غلط فى الوقائع يؤدى إلى تحقيق النتيجة طالما كانت تلك الأخيرة يمكن توقعها وتجنبها فى الوقت ذاته)<sup>(٤٨)</sup>.

ويقصد بالخطأ فى الجريمة محل الدراسة، ذلك الخطأ غير العمدى الصادر من المتهم والواقع على مبنى أو منشأة مخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخطوط الاتصالات.

ولقد حددت المواد التى نصت على هذه الجريمة من قانون تنظيم الاتصالات صور السلوك الخاطى وهما الإهمال وعدم الاحتياط فأخرجت بقية صور الخطأ غير العمدى الواردة فى قانون العقوبات<sup>(٤٩)</sup>. أى أن تحقق جنحة الإتلاف غير العمدى لا تكون إلا فى حالة الإهمال وعدم الاحتياط فقط، فإذا ارتكب الشخص أية صورة أخرى من صور الخطأ فلا قيام لهذه الجنحة.

أ - الإهمال:-

يتحقق الإهمال فى الحالات التى يقف فيها الجانى موقفاً سلبياً فلا يتخذ احتياطات يدعو إليها الحذر وكان من شأنها أن تحول دون حدوث النتيجة الإجرامية، ويمكن القول بأن الجانى قد اتخذ موقفاً سلبياً يتمثل فى اغفاله القيام بأمر واجب عليه مفاده اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة<sup>(٥٠)</sup>. ويقصد بالإهمال تقاعس الجانى أو عدم قيامه بالواجب الملقى عليه أو عدم اتخاذه للواجب المقرر للشخص المعتاد مما نتج عنه افعال تدخل فى نطاق التجريم بتحقيق نتيجهتها الإجرامية حيث أن صورة الإهمال تضم حالات الخطأ عن طريق الامتناع أو الترك<sup>(٥١)</sup>.

ومن أمثلة ذلك عدم اتخاذ المقاتل القائم بأعمال الحفر لواجبات الحيطة والاهتمام مما نتج عنه إتلاف أو قطع لأحد الكابلات الخاصة بالبنية الأساسية لشبكات الاتصالات.

ب- عدم الإحتياط (أو عدم الإحتراز)<sup>(٥٢)</sup>:-

ويقصد به الخطأ الذي ينطوي على نشاط إيجابي من الجاني يدل على عدم التبصر بالعواقب وهذا الخطأ الذي يدرك فيه الجاني طبيعة عمله وما قد يترتب عليه من نتائج ضارة كقيادة السيارة بسرعة زائدة في شارع مزدحم بالمارة يؤدي إلى قتل أو جرح أحدهم. ويشير ذلك النوع إلى الخطأ الواعي أي الخطأ بتبصر إذ يعلم فيه المخطئ طبيعة الفعل الصادر منه وما قد يترتب من إضرار ومع ذلك يستمر في اتیان نشاطه<sup>(٥٣)</sup>.

ومن أمثلة عدم الاحتياط في جنحة الإتلاف غير العمدي المشار إليها في قوانين تنظيم الاتصالات، قيام سائق السيارة بالسير بسرعة كبيرة مما يفقده القدرة على السيطرة على عجلة القيادة فيصطدم بأحد الأعمدة الخاصة بالهوائى المتصل بشبكة الاتصالات مما يؤدي إلى سقوطه وإتلاف الهوائى .

ولكن هل يمكن ان تقع جنحة الإتلاف غير العمدي بصورة أخرى غير صورة الإهمال وعدم الاحتياط أو عدم الاحتراز، كأن تقع بسبب الرعونة أو الطيش أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر؟ .

يرى جانب من الفقه ان هذه الكلمات (ومن ضمنها باقي صور الخطأ غير العمدي) كلها مترادفات كان ذكر الإهمال يعني عن ذكرها ، لأنها ليست إلا صوراً منه وتفصح كلها عن إرادة اتخاذ سلوك بغير حيلولة دون نشوء الضرر منه . غاية الأمر تارةً يترك تحديد وجه الخطر في السلوك المحظور إلى ما عملته التجربة والخبرة وما كان يدركه الرجل العادي لو وجد في مكان الجاني ، وتارة يتولى هذا التحديد في مجال ما قانون أو قرار أو لائحة أو نظام<sup>(٥٤)</sup>.

واستناداً إلى هذا الرأي يمكن قيام جنحة الإتلاف غير العمدي بوقوعها بأي صورة من صور الخطأ الذي تنص عليه قوانين العقوبات .

أن تطبيق الرأي السابق والذي يؤدي إلى تجريم فعل الإتلاف غير العمدي بغير الصورتين السابق ذكرهما (الإهمال وعدم الاحتياط) يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية (شرعية

الجرائم والعقوبات) ومفاده لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني. ومن جانب آخر وإعمالاً لقاعدة عدم جواز القياس في المواد الجنائية فلا يمكن بأى حال من الأحوال التسليم بإمكانية توافر جنحة الإتلاف غير العمدى في حالتى الرعونة أو عدم مراعاة وإتباع القوانين والانظمة والأوامر.

وكذلك اختلاف مفهوم باقى الصور عن مفهوم الإهمال وعدم الإحتياط ، فالرعونة مثلاً، يقصد بها سوء التقدير ونقص المهارة والدربة والجهل بما يجب العلم به<sup>(٥٥)</sup>.  
ثالثاً: العقوبات:-

تشتمل نصوص جنحة الإتلاف غير العمدى للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات النص على عقوبات أصلية (الحبس - الغرامة) وأخرى تكميلية (أداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلقت - دفع قيمة نفقات إعادة الشئ إلى أصله).  
١- العقوبات الأصلية:

تتضمن المواد التي نصت على هذه الجريمة من قانون تنظيم الاتصالات عقاب من يرتكب جنحة الإتلاف غير العمدى للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات بأن جعلها كلها أو بعضها غير صالحة للاستعمال بأية كيفية أو نتج عن فعله قطع الاتصالات بصورة دائمة أو مؤقتة بالحبس والغرامة.  
أ - عقوبة الحبس:

عرف المشرع الحبس في المادة (٨) من قانون العقوبات العراقي<sup>(٥٦)</sup>، ووفقاً للنصوص التي تعاقب على هذه الجنحة في قوانين تنظيم تنظيم الاتصالات فإن مرتكب جنحة الإتلاف غير العمدى يعاقب بالحبس الذي لا يتجاوز ستة أشهر أي أن الحد الأدنى للعقوبة هي أربع وعشرين ساعة وحدها الأقصى ستة أشهر<sup>(٥٧)</sup>.  
ب- عقوبة الغرامة:

وردت الغرامة في جناية الإتلاف العمدى وكذلك في جنحة الإتلاف الغير عمدى ولكن يلاحظ أن الغرامة في جناية الإتلاف العمدى المؤتممة بالمادة (١/٧١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري هي عقوبة تكميلية. وأما في جنحة الإتلاف غير العمدى المؤتممة بالمادة (٢/٧١) من ذات القانون فهي عقوبة أصلية حيث أعطى المشرع للمحكمة الحكم بالحبس

والغرامة أو أحدهما والحد الأدنى للغرامة وفقاً للمادة المذكورة هو خمسمائة جنيه والحد الأقصى ألف جنيه<sup>(٥٨)</sup>.

## ٢- العقوبات التكميلية:

تنص المواد التي تجرم الاعتداء على المباني والمنشآت المخصصة للاتصالات عقوبات تكميلية لمن يرتكب جنحة الإتلاف غير العمدية وهي أداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلفت عن غير عمد، ودفع قيمة نفقات إعادة الشيء إلى أصله .

أ - الحكم بإلزام المحكوم عليه بأداء قيمة الأشياء موضوع الهدم أو الإتلاف:

يمكن إرجاع النص على تلك العقوبة - إلزام المحكوم عليه بدفع قيمة الأشياء أو المباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو خط من خطوط الاتصالات - إلى ضرورة استمرار خدمة الاتصالات في جميع الأحوال لذلك يؤكد المشرع على الحكم بأداء قيمة الأشياء موضوع الهدم أو الإتلاف لضمان استمرارية تقديم الخدمة للمستهلكين واستحالة وقفها. وبالطبع فإن تقدير قيمة الأشياء يحتاج إلى جهة فنية تقوم بذلك تنديها المحكمة<sup>(٥٩)</sup>.

ب- سداد قيمة نفقات إعادة الشيء إلى أصله:

يجوز للمحكمة القضاء بعقوبة واحدة من العقوبتين الآتيتين (١- أداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلفت. ٢- دفع قيمة نفقات إعادة الشيء إلى أصله). ومفاد ذلك أنه لا يجوز الجمع بين العقوبتين بل تصدر المحكمة المختصة حكمها بعقوبة واحدة فقط منهما<sup>(٦٠)</sup>.

## الخاتمة :-

من خلال إستقراء نموذج جريمة الإعتداء على البنى الخاصة بشبكة الاتصالات في صورتها العمدية وغير العمدية نستنتج ما يلي :

١ - تتميز شبكة الاتصالات بحماية خاصة ، وذلك لطبيعة وأهمية الوظيفة التي تؤديها في مجال خدمة الإتصال ، ولإجل ذلك لم يكتفي المشرع في معظم دول العالم المتطور في مجال الاتصالات وخدماتها بالنصوص التقليدية للحماية الجنائية والمنصوص عليها في متن قانون

العقوبات ، بل قامت تلك الدول بإصدار قوانين تنظم مجال الإتصالات بصورة عامة ، ولإعتداء عليها في باب الجرائم والعقوبات من تلك القوانين بصورة خاصة .

٢ - يتخذ النشاط الإجرامي في هذه الجريمة صورتين هما الهدم والإتلاف ، وهو نشاط إيجابي حيث يقوم الجاني بالاعتداء عن طريق الهدم أو الإتلاف على كل ما يدخل في عمل الإتصالات من مباني ومنشآت وأجهزة، ومعدات والنظم والبرامج ومصادر التيار الكهربائي ، اللازمة لقيام خدمة الاتصالات بكافة أنواعها ، وأي مواد أو اجهزة أو معدات أخرى .

٣ - تعتبر جريمة الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات من جرائم الضرر . ويقصد بجرائم الضرر أو ماسمي أحياناً (الجرائم ذات النتيجة) تلك الجرائم التي تحدث بطبيعتها نتيجة مادية محسوسة وضارة على المصلحة التي يحميها القانون . فالجريمة موضوع الدراسة من الجرائم ذات النتيجة المادية حيث يشتمل ركنها المادى من نشاط إجرامى يتمثل في فعل الهدم أو الإتلاف بالإضافة إلى النتيجة الإجرامية المتمثلة في إنقطاع الاتصالات ويستوى هنا أن يتم ذلك الانقطاع بصورة دائمة أو مؤقتة فتقوم الجريمة في الحاليتين. أن تخلف النتيجة يترتب عليه قيام مسئولية الجاني في هذه الجريمة الواردة في قانون تنظيم الإتصالات .

٤ - القصد الجنائي في جريمة الهدم أوالإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات هو القصد الجنائي العام، والذي يوجب أن يعلم المتهم بمحل الجريمة وأن تتجه إرادته إلى السلوك الإجرامى أو ارتكاب الفعل الإجرامى المكون للركن المادى للجريمة وهو فعل الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات.

٥ - باستقراء معظم النصوص التي أشارت إلى هذه الجريمة في قوانين تنظيم الاتصالات، يمكننا حصر العقوبات الواردة فيها إلى (السجن - الغرامة - التعويض). ولقد قررالمشرع في معظم قوانين تنظيم الإتصالات في باب الجرائم والعقوبات أعتبار جريمة الهدم أوالإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات جناية معاقب عليها بالسجن والغرامة كعقوبة أصلية . أما باقي العقوبات التي قررتها تلك القوانين فهي من ضمن العقوبات التكميلية

٦ - تشترك جريمة الإتلاف غير العمدى (محل الدراسة) مع صورة العمد لهذه الجريمة في وقوعها على نفس المحل، وهو كل ما يدخل في عمل الإتصالات من مباني ومنشآت وأجهزة ومعدات والنظم والبرامج ومصادر التيار الكهربائي، اللازمة لقيام خدمة الاتصالات بكافة أنواعها، وأي مواد أو أجهزة أو معدات أخرى.

٧ - يختلف الركن المادى في جنحة الإتلاف غير العمدى عن ذات الركن في جنابة الهدم أو الإتلاف العمدى للمباني والمنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات. حيث يتكون الركن المادى في الجنابة من عناصر ثلاثة مجتمعة هي النشاط والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية. وأما عن ذات الركن في جنحة الإتلاف غير العمدى فيكفى لقيامه توافر الفعل الإجرامى فقط دون حدوث النتيجة الإجرامية المتمثلة في إنقطاع الاتصالات سواء بصورة دائمة أو مؤقتة.

٨ - تدخل جنحة الإعتداء غير العمدى على البنى التحتية لشبكة الاتصالات، من ضمن جرائم الخطر حيث ييغى المشرع بسط الحماية اللازمة للمباني والمنشآت المخصصة بشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو خطوط الاتصالات فيسأل المتهم إذا قام بالهدم أو الإتلاف غير العمدى حتى ولو لم يترتب على ذلك السلوك أو النشاط أو الفعل (الإتلاف غير العمدى) انقطاع الاتصالات.

٩ - يختلف النشاط الإجرامى في جنحة الإتلاف غير العمدى عن صورة النشاط الوارد في العمد من هذه الجريمة في انه يقع بطريقة الإهمال، حيث عبر المشرع عن هذه الصورة بقوله (كل من تسبب إهمالاً في تخريب منشآت الإتصالات....).

١٠ - يقصد بالخطأ في جنحة الإتلاف غير العمدى، ذلك الخطأ غير العمدى الصادر من المتهم والواقع على مبنى أو منشأة مخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخطوط الاتصالات.

١١ - تشمل نصوص جنحة الإتلاف غير العمدى للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات النص على عقوبات أصلية (الحبس - الغرامة) وأخرى تكميلية (أداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلفت - دفع قيمة نفقات إعادة الشئ إلى أصله).

## التوصيات :

من خلال عرض صورتني الجريمة محل البحث والإستنتاجات السابقة نوصي بما يلي :

١ - نوصي المشرع العراقي بتبني قانون ينظم الإتصالات أسوة بباقي دول العالم التي التفتت إلى هذا المجال الحيوي لعدم ترك فراغ تشريعي خصوصاً بعد التطور الكبير الذي شهدته مجال الإتصالات بصورة عامة، ومجال الشبكات التي تعتمد عليها الإتصالات التي تستخدم الطيف الترددي بصورة خاصة . على أن يقوم قانون تنظيم الإتصالات على الركائز الآتية :

- أ- تحقيق علانية المعلومات وصولاً للشفافية الكاملة في مجال الاتصالات.
  - ب - تفعيل قاعدة المنافسة الحرة مع وضع أسس لعدم الاحتكار أو تكوين تكتلات أو اتفاقيات تضر بمصالح جموع المستخدمين والمتعاملين في منظومة الاتصالات والمعلومات.
  - ج - تقديم خدمة شاملة لجميع الأفراد والمؤسسات في كافة انحاء البلد وخارجه.
  - د - الحفاظ على سرية الاتصالات وضمان مستوى عالي من الخدمة وتقديمها بسعر مناسب.
  - هـ - حماية الأمن القومي للدولة مع تأمين شبكة الاتصالات.
- ٢ - نوصي المشرع العراقي أن يورد في باب التعاريف الخاصة بقانون تنظيم الإتصالات (في حال تبنيه) كل الفقرات التي تتعلق بعمل الإتصالات ومنها شبكة الإتصالات بمفهومها الحديث، حتى يتبين الأفراد ماهية هذه الشبكة وملحقاتها تجنباً لأن تكون محلاً للإعتداء عليها.

## ٣ - اعتماد تعريف شبكة الإتصالات التالي :

(المنظومة المستخدمة لتوفير خدمة الإتصالات لتوفير خدمة الإتصالات بما في ذلك، المقاسم والكابلات، والأبراج، والأجهزة اللاسلكية، والوسائل البصرية، والوسائل الكهرومغناطيسية، وأي أجهزة أخرى للإتصالات والمعدات المصاحبة لها). وكذلك ايراد تعاريف كل ما يدخل ضمن مفهوم عمل الاتصالات ويساهم في توضيح فكرة عامة عن عملها.

٤ - نوصي المشرع العراقي بإيراد جريمة الهدم أو الإتلاف العمدي للمباني والمنشآت المخصصة لشبكة الإتصالات ضمن مواد قانون تنظيم الإتصالات لأهمية هذه الجريمة وخطورتها على استمرارية عمل منظومة الاتصالات ، ونقترح النص التالي :

(يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن (... ) ولا تتجاوز (... ) كل من هدم أو أتلف عمداً شيئاً من المباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات أو جعلها كلها أو بعضها غير صالحة للاستعمال بأية كيفية كانت .

٥ - وكذلك نوصي المشرع بإيراد صورة الخطأ غير العمدى للجريمة مباشرة بعد إيراد المادة السابقة ، ونقترح النص التالي :

(إذا وقع فعل من الأفعال المشار إليها في المادة السابقة نتيجة الإهمال فتكون العقوبة الحبس الذي لا يتجاوز (... ) والغرامة التي لا تقل (... ) ولا تتجاوز (... ) أو إحدى هاتين العقوبتين. وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بإلزام من قام بالفعل بأداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلفت أو بنفقات إعادة الشيء إلى أصله مع عدم الإخلال بالحق في التعويض المناسب).

### الهوامش:-

١ - أشارت معظم قوانين تنظيم الاتصالات إلى تعريف الطيف الترددي ، فلقد عرفه المشرع المصري في المادة (١) الفقرة (١٥) من قانون تنظيم الاتصالات المصري على انه (الطيف الترددي : حيز الموجات التي يمكن إستخدامها في الإتصال اللاسلكي طبقاً لإصدارات الاتحاد الدولي للاتصالات). كما عرفه قانون الاتصالات الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ في المادة (٢) منه على انه (الترددات او الطيف المتكون من موجات طيف كهرومغناطيسية منتشرة بصورة طبيعية ذات مدى من ثلاثة ( كيلو هيرتز ) الى ثلاثة الاف ( جيجا هيرتز ) والتي تستخدم لبث واستقبال إشارات الاتصالات) . ومن خلال تعريف القوانين الخاصة بتنظيم الاتصالات يمكن ان نحدد تعريف الطيف الترددي على انه ( الحيز المتاح لدولة ما من الموجات الكهرومغناطيسية بموجب إصدارات الاتحاد الدولي للاتصالات والمستخدم في مجال الاتصالات بما لا يتعارض مع باقي الترددات المتاحة للدول الأخرى ، وتختص الدولة بتنظيمها في الصعيد الداخلي كونها ثروة وطنية محدودة).

٢ - ومن هذه القوانين ، وعلى سبيل المثال لا الحصر، قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣، حيث خصص الباب السابع منه للعقوبات ضمن المواد (٧٠ - ٨٦) حيث عالج هذا الباب كافة الجرائم التي تقع عن طريق وسائل الاتصال الحديثة أو التي تقع على وسائل الاتصالات المذكورة ، كما افرد ضمن هذه الجرائم ، الجرائم التي تقع على الطيف الترددي أو الترددات . وبنفس الاتجاه سار المشرع الأردني في قانون الاتصالات الاردني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ وكفل حماية جنائية لشبكات الاتصالات ، وجرم الأفعال المخالفة التي تقع عليها وذلك في المواد (٧١-٨٣) من هذا القانون . وفي المملكة المغربية صدر قانون الاتصال السعدي البصري رقم (٣-٧٧) والذي نظم الحماية الجنائية لشبكات تقنية الاتصالات في المواد (٧٠-٨٠) . وفي الامارات العربية المتحدة تجد الحماية الجنائية لتكنولوجيا الاتصالات سندها في عدة قوانين منها ، قانون مؤسسة الإمارات للاتصالات، وقانون أجهزة الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم ٧ لسنة ١٩٧٣ ، وقانون مكافحة الجرائم المعلوماتية الإماراتي . وفي مملكة البحرين صدر قانون تنظيم الاتصالات رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٢ ونص على الحماية الجنائية لنظم الاتصالات الحديثة وتكنولوجيا الاتصالات في المواد (٥٢ - ٦٩) من القانون المذكور .

٣ - حيث نص عليها قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ ، في المادة (٧١) منه التي نصت على (يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه كل من هدم أو أتلّف عمداً شيئاً من المباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات أو جعلها كلها أو بعضها غير صالحة للاستعمال بأية كيفية بحيث ترتب على ذلك انقطاع الاتصالات ولو مؤقتاً).

وإذا وقع فعل من الأفعال المشار إليها في الفقرة السابقة نتيجة إهمال أو عدم احتراز فتكون العقوبة الحبس الذي لا يجاوز ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.

وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بإلزام من قام بالفعل بأداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلّفت أو بنفقات إعادة الشيء إلى أصله مع عدم الإخلال بالحق في التعويض المناسب). كما نص عليها المشرع الأردني في المادة (٧٢) من قانون الاتصالات الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ ، والتي نصت على (أ. كل من أقدم قصداً " على تخريب منشآت الاتصالات أو الحق بها ضرراً عن قصد يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين بغرامة لا تقل على (٢٠٠) دينار ولا تزيد على (٥٠٠) دينار أو بكلتا العقوبتين، وتضاعف العقوبة إذا تسبب فعله بتعطيل حركة الاتصالات).

ب. كل من تسبب إهمالاً "في تخريب منشآت الاتصالات أو إلحاق الضرر بها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على (١٠٠) دينار أو بكلتا العقوبتين). وبنفس الاتجاه سار المشرع العُماني في المادة (٥٢) من قانون تنظيم الاتصالات في سلطنة عُمان رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٢ ، حيث نصت على (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٤/٧) أو أي قانون آخر يعاقب كل من تعمد إتلاف منشآت الاتصالات بما فيها أجهزة الهواتف العمومية أو إلحاق ضرر بها بالسجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال عُماني ، أو بإحدى هاتين العقوبتين . وتضاعف العقوبة في حال التكرار). كما نص عليها المشرع الفلسطيني في المادة (٨٧/٣) من قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ ، حيث نصت على (كل من أقدم متعمداً على تخريب منشآت الاتصالات أو الحق بها ضرراً يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تقل عن (٥٠٠) دينار أو بكلتا العقوبتين ، وتضاعف العقوبة إذا تسبب فعله في تعطيل حركة الاتصالات).

٤ - د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، الجزء الأول، بند رقم ٧١٤، ص ١٥٠٦.

٥ - حامد عبد الحليم الشريف، شرح أحكام المباني في التشريع المصري فقهاً وقضاءً، القاهرة، بدون دار نشر، ١٩٨٣، ص ٥٣.

٦ - د. السيد احمد مرجان، تراخيص أعمال البناء والهدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٠٥.

٧ - د. إبراهيم حامد طنطاوي، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، بند رقم ٧٨، ص ٩٠.

٨ - الفقرة (٥) من المادة (١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣.

٩ - الفقرة (١١) من نفس المادة أعلاه.

١٠ - المادة (٢) من قانون الاتصالات الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥.

١١ - نفس المادة المشار إليها أعلاه، فقرة تعريف خدمة الاتصالات.

١٢ - المادة الأولى من نظام الاتصالات في المملكة العربية السعودية رقم ٧٤ لسنة ١٤٢٢ هـ ، فقرة تعريف شبكة الاتصالات.

١٣ - عرفت المادة (١) (الخاصة بالتعاريف) من قانون الاتصالات البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٢ أجهزة الاتصالات على أنها (أية أجهزة أو أدوات تستخدم أو يقصد استخدامها ، في أغراض الاتصالات وتكون جزءاً من شبكة اتصالات أو مرتبطة بها أو ضمن مكوناتها ، ويشمل ذلك أجهزة الاتصالات الراديوية). ويقصد بأجهزة الاتصالات الراديوية الاجهزة المخصصة لبث الترددات .

- ١٤ - د. عمر الشريف، شرح لمبادئ وأحكام قوانين الاتصالات، جامعة الإسكندرية، كلية الهندسة، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص. ٩٠.
- ١٥ - د. إبراهيم حامد، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، مرجع سابق، بند رقم ٨٣، ص. ١٩٣.
- ١٦ - د. اشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، بند رقم ٣٥، ص. ٣٤.
- ١٧ - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، نقض ١٣/٤/١٩٧٠، سنة ٢١، رقم ١٣٨، ص. ٥٧٧.
- ١٨ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، بند رقم ٢١٦، ص. ١٤٨.
- ١٩ - د. عمر الشريف، شرح لمبادئ وأحكام قوانين الاتصالات، مرجع سابق، ص. ٩٠.
- ٢٠ - د. إبراهيم حامد، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، مرجع سابق، بند رقم ٨٤، ص. ٩٤.
- ٢١ - د. إبراهيم حامد، مرجع سابق، بند رقم ٨٥، ص. ٩٥.
- ٢٢ - تعدد الجرائم هو الحالة التي يرتكب فيها الجاني جريمتين أو أكثر ينطبق عليه أكثر من وصف قانوني دون أن يصدر بحقه عن إحدى هذه الجرائم حكم قضائي بات )، ويتضمن تعدد الجرائم صورتين، الأولى تتمثل بالتعدد المادي أو الحقيقي، والثانية تتمثل بالتعدد المعنوي أو الصوري. ويقصد بالتعدد الحقيقي أو المادي ارتكاب الجاني عدة أفعال مادية مستقلة يكون كل منها جريمة قائمة بذاتها سواء كانت هذه الجرائم كلها من نوع واحد، كأن تكون كلها سرقات أو من أنواع مختلفة كارتكاب جرائم قتل وضرب وسرقة وإحتيال... الخ، فكل فعل من هذه الأفعال مستقل عن الآخر ويكون جريمة لوحده، ولقد أقر المشرع العراقي قاعدة تعدد العقوبات بتعدد الجرائم في الفقرة (أ) من المادة (١٤٣) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على (إذا ارتكب شخص عدة جرائم ليست مرتبطة ببعضها ولا تجمع بينها وحدة الغرض قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها، حكم عيه بالعقوبة المقررة لكل منها ونفذت جميع العقوبات عليه بالعاقب...). أما التعدد المعنوي أو الصوري فيقصد به انطباق أكثر من نص قانوني على فعل واحد، أي يوصف بأكثر من وصف قانوني واحد، فتعدد الجرائم يعود إلى تعدد الأوصاف التي يصف بها القانون هذا الفعل، وقد قرر المشرع العراقي هذه القاعدة في المادة (١٤١) من قانون العقوبات التي نصت على (إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بالعقوبة المقررة لها، وإذا كانت العقوبات متماثلة حكم بإحداها). ينظر: علي عادل كاشف الغطاء و مروة يوسف حسن الشمري، تعدد الجرائم وأثره في العقاب - مقارنة بين التشريع العراقي والمصري والأردني، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد ١، العدد ٢٦، السنة ٢٠١٢، ص. ٢١٠-٢١٢. وكذلك ينظر د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص. ٤٥٩-٤٦٨.
- ٢٣ - حيث نصت المادة (٣٦١) من قانون العقوبات المصري على (كل من خرب أو أتلف عمدا أموال ثابتة أو منقولة لا يمتلكها أو جعلها غير صالحة للاستعمال أو عطلها بأية طريقة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين).
- فإذا ترتب على الفعل ضرر مالي قيمته خمسون جنيها أو أكثر كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنتين وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.
- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تتجاوز ألف جنيه إذا نشأ عن الفعل تعطيل أو توقيف أعمال مصلحة ذات منفعة عامة أو إذا ترتب عليه جعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر. ويضاعف الحد الأقصى للعقوبات المقررة في المادة 361 إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي).
- ٢٤ - د. حسن حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٧٤، بند رقم ١٨٢، ص. ٣٣٣.
- ٢٥ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، بند رقم ٣١٢، ص. ٢٩٣.

- ٢٦ - د. ابراهيم حامد طنطاوي و د. علي محمود حمودة، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٤٣.
- ٢٧ - د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤١.
- ٢٨ - د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، الطبعة الثالثة، ص ٣٠٥.
- ٢٩ - د. ابراهيم حامد طنطاوي، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، مصدر سابق، بند رقم ٩٠، ص ١٠٠.
- ٣٠ - د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، مصدر سابق، ص ٣٠٣.
- ٣١ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، بند رقم ٦٧٢، ص ٦٣٣.
- ٣٢ - د. عمر الشريف، شرح لمبادئ وأحكام قوانين الاتصالات، مصدر سابق، ص ٩٢.
- ٣٣ - أخذ قانون العقوبات العراقي بالتقسيم الثلاثي لبيان أنواع الجرائم من حيث جسامتها إلى جنابات وجنح ومخالفات، وجعل معيار التمييز بين أنواع الجرائم هو العقوبة المقررة للجريمة في القانون، وعرف الجنابة في المادة (٢٥) من قانون العقوبات الجنابة على أنها ( الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية : ١ - الإعدام . ٢ - السجن المؤبد . ٣ - السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة ) ، وعرف في المادة (٢٦) الجنحة بقوله (الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين : ١ - الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات . ٢ - الغرامة) ، وعرف في المادة (٢٧) المخالفة بقوله ( المخالفة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين : ١ - الحبس البسيط لمدة من أربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة أشهر . ٢ - الغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين ديناراً). كما حصرت المادة (٨٥) من قانون العقوبات العراقي العقوبات الأصلية ، وهي (١ - الإعدام . ٢ - السجن المؤبد . ٣ - السجن المؤقت . ٤ - الحبس الشديد . ٥ - الحبس البسيط . ٦ - الغرامة . ٧ - الحجز في مدرسة الفتيان الجانحين . ٨ - الحجز في مدرسة إصلاحية). ونفس الاتجاه سار المشرع المصري في المواد (٩ - ١٢) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣. وكذلك المشرع القطري في المواد (٢١ - ٢٥) من قانون العقوبات القطري رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤. وكذلك المادة (٥٥) من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠١١. وهذا على سبيل المثال لا الحصر.
- ٣٤ - العقوبات التكميلية، هي جزاءات ثانوية لا تأتي بمفردها بل تكون تابعة لعقوبة أصلية، ويجب كذلك ان ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن العقوبة الأصلية. ينظر (د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص ٤٣٦). وكذلك (د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصدر سابق، ص ١١٣٦).
- ٣٥ - مصطفى معوض و أكرم أبو حساب، الموسوعة الجنائية للتشريعات الاقتصادية، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٩، الجزء الثاني، ص ٣٦٩.
- ٣٦ - يقابلها في قانون العقوبات العراقي المادة (٩١) التي نصت على (عقوبة الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى الخزينة العامة المبلغ المعين في الحكم وتراعي المحكمة في تقدير الغرامة حالة المحكوم عليه المالية والإجتماعية وما أفاده من الجريمة أو كان يتوقع إفادته منها وظروف الجريمة وحالة المجنى عليه....).
- ٣٧ - ينظر نص الفقرة (١) من المادة (٧١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري، مشار إليها سابقاً.
- ٣٨ - د. ابراهيم حامد، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، مصدر سابق، بند رقم ٩٩، ص ١٠٧.
- ٣٩ - ميزت القوانين الحديثة بين العقوبة التي تفرضها الدولة وبناءً على تحريك الدعوى فيها إلى المدعي العام، وبين التعويض الذي يدفع للمتضرر لإصلاح الضرر أو التخفيف منه. ونلاحظ ان المشرع العراقي احل التعويض المدني محل القصاص أو الدية أو الأرض وهذا ما بينته الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، وأيدت ذلك قرارات محكمة التمييز العراقية ومنها القرار التمييزي الذي قضى بأن (التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقاباً على الخصم الآخر أو مصدر ربح للمتضرر انما هو لجر

الضرر). ينظر (د. جاسم لفته سلمان العبودي، المدخلات في إحداث الضرر تقصيراً، مكتبة الجيل العربي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٤).

٤٠ - د. إبراهيم حامد، مصدر سابق، بند رقم ١٠٢، ص ١٠٨.

٤١ - ينظر نص المادة (٧١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري، المشار إليها سابقاً.

٤٢ - من القوانين التي نصت على جريمة الهدم أو الإتلاف الغير عمدي للمباني أو المنشآت المخصصة لشبكة الاتصالات، قانون الاتصالات الأردني في الفقرة (ب) من المادة (٧٢)، التي نصت على (كل من تسبب إهمالاً في تخريب منشآت الاتصالات أو إلحاق الضرر بها، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على (١٠٠) دينار أو بكلتا العقوبتين). كما نص عليها قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ في المادة (٨٨) التي نصت على (كل من تسبب بإهماله في تخريب منشآت الاتصالات أو إلحاق الضرر بها، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على (١٠٠) دينار أو بكلتا العقوبتين). وكذلك نص قانون تنظيم الاتصالات المصري على هذه الجريمة في نفس المادة التي نصت على صورة العمد فيها، فلقد أشار الشق الثاني من المادة (٧١) من قانون تنظيم الاتصالات المصري المشار إليها سابقاً بقوله (... وإذا وقع فعل من الأفعال المشار إليها في الفقرة السابقة نتيجة إهمال أو عدم احتراز فتكون العقوبة الحبس الذي لا يجاوز ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين...).

٤٣ - من خلال عرض نصوص المواد الخاصة بهذه الجريمة في قوانين تنظيم الاتصالات، والمشار إليها سابقاً، فلقد اتفقت جميع هذه القوانين على اعتبار هذه الجريمة من ضمن الجنيح، حيث عاقبت عليها بالحبس أو الغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.

٤٤ - د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، الجزء الأول، بند رقم ١٢٣، ص ١٩١.

٤٥ - لتحديد معنى الإهمال يتم الرجوع إلى القواعد العامة في قانون العقوبات التي تحصر فعل الإهمال ضمن القواعد الخاصة بتوضيح الجريمة غير العمدية. حيث لم تتضمن قوانين تنظيم الاتصالات القواعد والمبادئ العامة الواردة في القسم العام من قانون العقوبات، وبذلك فهي تحيل في تحديد مفاهيمها العامة إلى القسم العام من قانون العقوبات.

٤٦ - د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدية، مصدر سابق، ص ٦٤. وينظر د. عبد الرؤف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤، ص ٥٠٣.

٤٧ - د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، بند رقم ٧٠٢، ص ٦٦٤.

٤٨ - د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، مصدر سابق، ص ٣١٦.

٤٩ - حددت قوانين العقوبات صور الخطأ غير العمدية، ومنها قانون العقوبات العراقي في المادة (٣٥) منه، والتي نصت على (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعوناً أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر). وفي نفس الاتجاه سار المشرع القطري في المادة (٣٢) من قانون العقوبات القطري، وكذلك قانون العقوبات الأردني في المادة (٦٤)، وقانون العقوبات اللبناني في المادة (١٩٠) منه. أما قانون العقوبات المصري فلقد أشار إلى صور الخطأ ضمن المادة (٢٣٨) الخاصة بجريمة القتل الخطأ.

٥٠ - د. عبد الرؤف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص ٥٢٩.

٥١ - د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي - القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣، ص ١١٥.

٥٢ - تذكر نصوص قوانين العقوبات مفردات مترادفة لهذه الصورة من صور الخطأ غير العمدية، منها عبارة (عدم الإحتياط) الواردة في المادة (٣٥) من قانون العقوبات العراقي، والمادة (٣٢) من قانون العقوبات القطري، كما وردت بعبارة (قلة الإحتراز)

الواردة في المادة (١٩٠) من قانون العقوبات اللبناني، وفي المادة (٦٤) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٢٣٨) من قانون العقوبات المصري .

٥٣ - د. عبد الرؤف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

٥٤ - د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصدر سابق، ص ٩٣٥-٩٣٦.

٥٥ - د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدية، مصدر سابق، ص ٥٢٠.

٥٦ - حيث نصت المادة (٨٨) من قانون العقوبات العراقي على (الحبس الشديد هو إيداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض المدة المقررة في الحكم . ولا تقل مدته عن ثلاثة شهور ولا تزيد على خمس سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وعلى المحكمة أن تحكم بالحبس الشديد كلما كانت مدة الحبس المحكوم بها أكثر من سنة . ويكلف المحكوم عليه بالحبس الشديد بأداء الأعمال المقررة قانوناً في المنشآت العقابية .)

٥٧ - من خلال إستقراء مواد قوانين الاتصالات التي نصت على هذه الجنبعة، ومنها قانون تنظيم الاتصالات المصري، وقانون الاتصالات الاردني، وقانون الاتصالات الفلسطيني، فان نوع عقوبة الحبس المنصوص عليها في هذه القوانين هو الحبس البسيط، حيث عرفت المادة (٨٩) من قانون العقوبات العراقي الحبس البسيط بأنه ((هو إيداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض المدة المقررة للحكم . ولا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة واحدة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . ولا يكلف المحكوم عليه بالحبس البسيط بأداء عمل ما)).

٥٨ - كما وردت عقوبة الغرامة كعقوبة على جريمة التخريب العمدية لمنشآت الاتصالات في المادة (٧٢/ أ و ب)، حيث شملت الفقرة (أ) على الجريمة العمدية، أما الفقرة (ب) فقد شملت على الجريمة الغير عمدية . كما وردت في المادة (٨٧) من قانون الاتصالات الفلسطيني التي نصت على عقوبة الغرامة في الجريمة العمدية، والمادة (٨٨) من ذات القانون التي نصت على الغرامة في جريمة تخريب منشآت الاتصالات بطريقة الإهمال .

٥٩ - حيث نصت المادة ٦٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على (يجوز للقاضي او المحقق من تلقاء نفسه او بناء على طلب الخصوم ان يندب خبيراً او اكثر لبدء الراي في ماله صلة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها) .

٦٠ - ففي رأي فقهي أن نفقات إعادة الشئ لأصله أكبر نطاقاً من أداء قيمة الأشياء التي هدمت أو أتلقت. وفي رأي آخر فإن نفقات إعادة الشئ إلى أصله تعادل قيمة الأشياء التي هدمت أو تم إتلافها لأن الأثنين أساسهما واحد ومضمونهما واحد ولا فرق بينهما حيث يحدد الخبير المنتدب من المحكمة المختصة قيمة الأشياء موضوع الهدم أو الإتلاف وهي ذاتها قيمة نفقات إعادة الشئ إلى أصله. ينظر( د. إبراهيم حامد طنطاوي، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٠٧).

## المصادر:

### أولاً: المؤلفات :-

١ - د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، الجزء الأول.

٢ - حامد عبد الحليم الشريف، شرح أحكام المباني في التشريع المصري فقهاً وقضاً، القاهرة، بدون دار نشر، ١٩٨٣ .

٣ - د. السيد احمد مرجان، تراخيص أعمال البناء والهدم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ .

- ٤- د. إبراهيم حامد طنطاوي، أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٥ - د. عمر الشريف، شرح لمبادئ وأحكام قوانين الاتصالات، جامعة الإسكندرية، كلية الهندسة، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٩٠.
- ٦ - د. اشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، بند رقم ٣٥، ص ٣٤.
- ٧ - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، نقض ١٣/٤/١٩٧٠، سنة ٢١، رقم ١٣٨، ص ٥٧٧.
- ٨ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، بند رقم ٢١٦، ص ١٤٨.
- ٩ - علي عادل كاشف الغطاء و مروة يوسف حسن الشمري، تعدد الجرائم وأثره في العقاب - مقارنة بين التشريع العراقي والمصري والأردني، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد ١، العدد ٢٦، السنة ٢٠١٢.
- ١٠ - د. حسن حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٧٤.
- ١١ - د. إبراهيم حامد طنطاوي و د. علي محمود حمودة، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٤٣.
- ١٢ - د. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ١٣ - د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، الطبعة الثالثة.
- ١٤ - مصطفى معوض و أكرم أبو حساب، الموسوعة الجنائية للتشريعات الإقتصادية، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٩، الجزء الثاني.
- ١٥ - د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، الجزء الأول.
- ١٦ - د. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى، مصدر سابق، ص ٦٤. وينظر د. عبد الرؤف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤.
- ١٧ - د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي - القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣.
- ١٨ - د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط ٣، ١٩٩٧.
- ١٩ - د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع.

ثانياً: القوانين:-

أ - قوانين العقوبات:-

- ١ - قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٢ - قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل .
- ٣ - قانون العقوبات القطري رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ .
- ٤ - قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .

ب - قوانين الإتصالات :

- ١ - قانون تنظيم الإتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ .
- ٢ - قانون الإتصالات الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ .
- ٣ - قانون الإتصالات في المملكة المغربية الصادر بأسم قانون الاتصال السمعي البصري رقم (٣-٧٧) .
- ٤ - قانون مؤسسة الإمارات للإتصالات، وقانون أجهزة الإتصالات السلكية واللاسلكية رقم ٧ لسنة ١٩٧٣ .
- ٥ - قانون الإتصالات البحريني رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٢ .
- ٦ - نظام الإتصالات في المملكة العربية السعودية رقم ٧٤ لسنة ١٤٢٢ هـ .
- ٧ - قانون الإتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ .

## تنازع الاختصاص في القضاء الإداري العراقي

أ.د. حنان محمد القيسي(\*)

### Abstract

Despite the accuracy of the rules that distribute the jurisdiction between the courts of the same body, or of different courts, there may be conflict in the jurisdiction because of the differences of views in the interpretation of some legal texts.

In Iraq, the general jurisdiction of the ordinary judiciary did not last because of the establishment of the Administrative Court under Law No. 106 of 1989, the Second Amendment of the State Council Law No. 65 of 1979, then by the Fifth Amendment of the State Council law No. 17 of 2013, lastly by the new council's law Of 2017, and there is no doubt that duplication of the judiciary is supposed to begin conflict of jurisdiction between them.

The continuous amendments that have affected the law of the Iraqi State Council over the years of its application, both in terms, structure, and terms of jurisdiction, affected the matter of conflict in the jurisdiction that may be experienced by the courts of administrative justice with each other, or between them and the courts of ordinary justice, which required explanation and analysis . Noticing that the Iraqi legislator dealt with jurisdiction's conflict in different ways.

For all of the above, we try through this study to identify the manners of jurisdiction's conflict and defining the parties that resolve this conflict.

### المقدمة

---

(\*) كلية القانون/ الجامعة المستنصرية، مشرف قسم الدراسات القانونية/ بيت الحكمة.

لا يخفى على أحد أنه مهما تكن دقة القواعد التي تضع الحد الفاصل بين وظائف جهات القضاء المختلفة أو التي توزع الاختصاص بين محاكم الجهة الواحدة فإنه قد يحدث تنازع في الولاية أو في الاختصاص بسبب إختلاف وجهات النظر في تفسير بعض النصوص. ولما كان من غير المتصور أن تقوم في الدولة محكمة واحدة تُعرض أمامها جميع المنازعات، لذا كان لا بد من وجود قواعد قانونية ناظمة تحدد القضايا التي تُباشرها المحكمة بصفتها سلطة القضاء، والقواعد المنظمة للاختصاص تهدف إلى بيان حدود ونصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها هذه المحكمة، فالصلاحيات تتحدد وفقاً لمعايير محددة، وقواعد منضبطة على أساس الزمان، والمكان، والنوعية، والقيمة التي تُباشر فيها الجهة المخولة ولايتها فيه من دون أن تتجاوز حدودها.

أولاً: أهمية الموضوع:

لم تعد الولاية العامة للقضاء العادي في العراق منذ أن تم إنشاء محكمة القضاء الإداري بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، مروراً بالتعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ وانتهاء بقانون مجلس الدولة الجديد رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧، ولا ريب في أن ازدواج القضاء يفترض ابتداء تنازع الاختصاص ما بينها.

ولما كانت قواعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى، ولأهمية قواعد الاختصاص القضائي وآثاره على القاضي نفسه وعلى المتقاضين، فإنه يقع على المتقاضي أن يدرك تماماً الجهة التي يخولها القانون للنظر في دعواه، إما بموجب القواعد العامة أو بموجب نص خاص، إذ أن كثير من القضايا تنتهي من دون الفصل في الموضوع لعدم قبولها شكلاً لعدم الاختصاص.

ثانياً: أسباب إختيار الموضوع:

إن التعديلات العديدة التي أصابت قانون مجلس الدولة العراقي على مدى سني تطبيقه، سواء من حيث الهيكل أو من حيث الاختصاصات، طالت موضوع التنازع في

الإختصاص الذي قد تشهده محاكم القضاء الإداري مع بعضها أم ما بينها وبين محاكم القضاء العادي ما يقتضى بيانه بالشرح والتحليل.

من جهة أخرى إن معالجة المشرع العراقي لأحوال النزاع في الإختصاص جاءت مختلفة باختلاف الجهات التي يقوم ما بين إختصاصاتها النزاع، لذا نجد إن بعضاً من صور النزاع في الإختصاص تلجأ المحكمة المختصة إلى حلها، في حين تُناط غيرها بالمحكمة الإدارية العليا، وتُنظر ثالثة من قبل هيئة خاصة مُشكلة في مجلس الدولة.

لكل ما تقدم نحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على صور النزاع من جهة والجهات التي تقوم بفض النزاع من خلال إستقراء النصوص العامة والخاصة في هذا المجال. ثالثاً: خطة الدراسة:

سوف نقسم هذه الدراسة على مبحثين، نتناول في الأول صور تنازع الإختصاص في القضاء الإداري العراقي، أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه وسائل فض إشكالات النزاع في العراق، ومن ثم نُنهي هذه الدراسة بخاتمة نُبين فيها أهم ما توصلنا إليه من نتائج.

## المبحث الأول

### صور تنازع الإختصاص في القضاء الإداري العراقي

ويُقصد بالإختصاص القضائي في الأنظمة أن يخول المشرع لجهة قضائية صلاحية الحكم في قضايا خاصة أو عامة، وفي حدود زمانية أو مكانية معينة وفقاً لمعايير وقواعد محددة، مما يعود على المتقاضين (الخصوم) والجهة القضائية بالمصلحة.

وقد حدد قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ الإختصاصات النوعية للقضاء الإداري في العراق<sup>(١)</sup>، إذ تنص المادة (٧/ رابعاً) من قانون مجلس الدولة المعدل على "تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام

<sup>١</sup> - ويقصد بالإختصاص النوعي هو إختصاص كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، أي سلطة المحاكم في الفصل في المنازعات بحسب جنسها أو نوعها أو طبيعتها، للمزيد انظر: عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، ٢٠٠٦، الأردن، ص ٢٩٧.

التي لم يُعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن".

كما حددت المادة (٧/ تاسعاً-أ) اختصاصات محكمة قضاء الموظفين النوعي، والتي جاء فيها "تختص محاكم قضاء الموظفين بالفصل في المسائل الآتية: أ. النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية أو القوانين أو الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها. ب. النظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام للطعن في العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١".

أما من حيث الاختصاص المكاني للقضاء الإداري فقد حددته المادة (٧/أولاً) من قانون مجلس الدولة العراقي<sup>(١)</sup>، والتي تنص على "تشكل محكمة للقضاء الإداري ومحكمة لقضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الإداري أو مستشار وعضوين من المستشارين أو المستشارين المساعدين في المناطق الآتية:<sup>(٢)</sup>

- أ - المنطقة الشمالية وتشمل المحافظات نينوى وكركوك وصلاح الدين ويكون مركزها في مدينة الموصل.
- ب - منطقة الوسط وتشمل محافظات بغداد والأنبار وديالى وواسط ويكون مركزها في مدينة بغداد.
- ج - منطقة الفرات الأوسط وتشمل محافظات كربلاء والنجف وبابل والقادسية ويكون مركزها في الحلة.
- د - المنطقة الجنوبية وتشمل محافظات ذي قار والمثنى والبصرة وميسان ويكون مركزها في مدينة البصرة".

<sup>١</sup> - تنص المادة (٤٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على "يحدد الاختصاص المكاني تبعاً للتقسيمات الإدارية".

<sup>٢</sup> - علماً ان نفس القانون أجاز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري ولقضاء الموظفين في مراكز المحافظات ببيان يصدره رئيس مجلس الدولة، بناءً على اقتراح من هيئة الرئاسة على أن ينشر في الجريدة الرسمية، المادة (٧/ثانياً) من نفس القانون.

وعلى الرغم من تحديد الاختصاص سالف الذكر إلا أن التنازع ممكن الحدوث، ويُعرف التنازع بأنه تضارب بين مواقف جهازي القضاء العادي والإداري - أو محاكم نفس الجهة القضائية - حول تحديد الاختصاص بشأن قضية معينة. والتنازع في الاختصاص على نوعين، فهو قد يكون إيجابياً، وقد يكون سلبياً، وسوف نحاول إيضاحهما فيما سيأتي:

### الفرع الأول: التنازع الإيجابي في الاختصاص:

أشار قانون مجلس الدولة العراقي إلى التنازع في الاختصاص مرتين، إلا أنه لم يُشر بالإسم إلى التنازع الإيجابي، ومع ذلك فإن محتوى النصوص يؤدي إلى القول بوجوده، إذ تنص المادة (٢/رابعاً-٢) منه على "التنازع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين"، وتنص المادة (٧/ثاني عشر) منه على "إذا تنازع اختصاص محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين مع اختصاص محكمة مدنية فيعين المرجع هيئة...".

ويكون التنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري إيجابياً عندما تدعي محكمتان أحدهما تابعة للقضاء الإداري والأخرى تابعة للقضاء العادي باختصاصها في نظر نفس الدعوى، وتُحاول كل منهما سحب الدعوى إلى دائرة اختصاصها.

ولنا في البدء إبداء الملاحظتان الآتيتان:

١. إن مصطلح (إيجابي) لا يعود إلى طبيعة العلاقة بين المتقاضين والمحاكم، بل يوصف التنازع بالإيجابي لأن النزاع تتجاذبه جهتان مختلفتان، وترغب كل منهما في النظر فيه، إذ ترغب الأولى في أن ينظره القاضي العادي، في حين أن الأخرى تعتبره من اختصاص القاضي الإداري.

٢. قد يؤدي هذا المفهوم للتنازع الإيجابي إلى التعارض مع الغاية الأساسية المبتغاة من تكريس ازدواجية القضائية والمتمثلة في وجود قضاء إداري مختص مبدئياً من دون سواه بالفصل في النزاعات الإدارية واستبعاد القضاء العادي في ذلك.

وعلى ما تقدم فإن التنازع الإيجابي في الاختصاص، إما أن يكون سابقاً على الفصل في الدعوى وصدور الحكم فيها، وإما أن يكون تالياً له، وهو ما يُسمى بتناقض الأحكام، بعبارة

أخرى إن التناقض في الأحكام يُمكن عده امتداداً للتنازع الإيجابي في الاختصاص. وعلى وفق البيان الآتي:

### أولاً: التنازع الإيجابي قبل الفصل في الدعوى:

وفي العراق يعني التنازع الإيجابي أن طرفي النزاع هما جهتان قضائيتان تتنازعان فيما بينهما على نظر الدعوى، ومن ثم فإن التنازع الإيجابي مقرر لحماية توزيع الاختصاص بين المحاكم، سواء أكان ذلك بين محاكم النظامين القضائيين الإداري والعادي، أي انه يتمثل في تمسك محكمتين تنتميان إلى جهازين قضائيين مختلفين بالاختصاص في نفس الموضوع<sup>(١)</sup>، كأن تتمسك محكمة القضاء الإداري او محكمة قضاء الموظفين من جهة والمحكمة المدنية من جهة أخرى بنظر الدعوى، كما أنه قد يكون في نفس الجهاز القضائي، بأن تتمسك كل من محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين بولايتها على النزاع.

ومن ثم فإن التنازع الإيجابي ليس مقررًا لصالح الإدارة، ولا يخرج عن كونه تنازع بين جهتين قضائيتين وليس بين الإدارة وجهة قضائية مدنية<sup>(٢)</sup>. ومن ثمة فهو ليس منحازاً لصالح نظام قضائي أو إدارة كما في فرنسا، التي يقوم التنازع فيها إذا ما كانت المحكمة العادية بصدد البت في قضية، وأن السلطة الإدارية اعتبرت أن القضية إدارية وخارجة - بهذا الاعتبار - عن اختصاص المحاكم العادية على أساس الفصل بين السلطتين. فأشعرت المحكمة العادية بذلك وأصرت الأخيرة على إثبات اختصاصها. من هنا يتولد تنازع إيجابي في الاختصاص.

وهذا يعني أن التنازع الإيجابي هو الحالة التي تنشبت فيها جهة القضاء العادي أثناء تعهدها بقضية ما بإختصاصها بالنظر فيها، بينما تعارض جهة الإدارة ذلك الإختصاص معتبرة أن نفس القضية تدخل في إختصاص القاضي الإداري.

أي إن التنازع الإيجابي لا يكون بين جهتين قضائيتين، بل هو تنازع ما بين جهة الإدارة والقضاء المدني. وقد كان الدافع من وراء إقرار القضاء الفرنسي لهذه الحالة وتنظيمها

<sup>١</sup> - ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري: دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٨٥ - ص ٢٤٣.

<sup>٢</sup> - للمزيد راجع: د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٦٥، د. عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري الرقابة الإدارية، الرقابة القضائية دار القلم، المغرب، ٢٠١٠، ص ٢٤٤، د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري دراسة مقارنة - فرنسا، مصر، لبنان - الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ١٧٧، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، توزيع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما، ندوة فكرية ١٩٩٨، بيت الحكمة، بغداد، ص ١٨.

- إبتداء- هو حماية الإدارة العامة من إعتداء المحاكم العادية ومنعها من نظر الأعمال المتصلة بها ومن إخضاعها لقوانين خاصة<sup>(١)</sup>، ولعل هذا ما يفسر مسلكه في قصر الحق في رفع التنازع الإيجابي للإدارة وحدها من دون الأفراد<sup>(٢)</sup>.

وهذا التنازع - على الرغم من صعوبة تصور حدوثه - يكون بدوره على نوعين، فهو قد يحدث إذا ما أقيمت نفس الدعوى أمام جهتي قضاء، يُفترض أن تكون إحداها مختصة والأخرى غير مختصة، وأن تتمسك كلاهما بولايتها في نظر الدعوى، كما قد يحصل تنازع إيجابي في حال أن تقام نفس الدعوى أمام محكمتين تابعتين لنفس الجهة القضائية وتتمسك أيضاً كل منهما بإختصاصها بنفس الدعوى.

وفي كلتا الحالتين من المفيد علاج مشكلة التنازع على الولاية أو الإختصاص في وقت مبكر بحيث تتحدد الجهة أو المحكمة صاحبة الإختصاص وحدها قبل أن يُصدر من أيهما أي حكم في الموضوع. فإذا ما تحددت الجهة أو المحكمة المختصة ستنتهي الخصومة من أمام الأخرى بعد أن صارت غير مختصة وبذلك نضمن صدور حكم واحد في الموضوع وينتفي بذلك أحد مفترضات التعارض.

ثانياً: التنازع الإيجابي بعد الفصل في الدعوى (التناقض في الأحكام):

ويراد به تناقض الأحكام، أي صدور حكمين متناقضين من جهتين قضائيتين مختلفتين في موضوع نزاع واحد<sup>(٣)</sup>، أي وجود حكمين متناقضين صدرتا في موضوع دعوى واحدة، إحداها عن محكمة عادية والآخر عن محكمة إدارية. الأمر الذي يترتب عنه إنكار للعدالة. وقد إستحدث هذا النوع من التنازع في فرنسا بموجب القانون ٢٠ شباط ١٩٣٢ والذي صدر كنتيجة لقضية (روزي)<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - دومينيك بويو وبروسيريول: القانون الإداري، ترجمة الدكتور سليم حداد نمجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.

ص ١١٢

<sup>٢</sup> - حمود سلامة جبر: المنازعة الإدارية وحل إشكالات تنازع الإختصاص في المجلسين الإداري والمدني، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا

الحكومة، العدد ٠٤ السنة الرابعة والعشرون، أكتوبر، ديسمبر، ١٩٨٠، ص ٣٩

<sup>٣</sup> - د. عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري الجزء الأول، القضاء الإداري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤، ص ١٤٣.

<sup>٤</sup> - وتمثل وقائع هذه القضية في أن السيد روزاي ركب سيارة يقودها صديق له وأصيب بجروح إثر اصطدام مع سيارة تابعة للجيش. رفع دعوى أمام المحكمة المدنية طالبا التعويض، رفضت هذه الأخيرة دعواه على أساس أن الضرر كان بسبب سيارة تابعة للجيش (مرفق عام)، رجع أما محكمة

ويشترط للقول بتوافر تعارض في الأحكام أن يكون الحكمين نهائيين، أي أن يكون المدعى قد إستنفذ جُلّ درجات التقاضي أمام نفس الجهة التي صدر عنها الحكم ولا يتحقق التعارض إلا بوحدة الموضوع بصرف النظر عن الأطراف، والثابت أن المشرع الفرنسي أحدث هذه الحالة وأضافها للحيلولة من دون الوقوع في حالة إنكار العدالة ذلك أن عدم وجود قاض يحكم للمدعى بحقه الذي يدعيه لا يختلف عن الإمتناع<sup>(١)</sup>.

وقد أشار قانون مجلس الدولة العراقي إلى تعارض الأحكام بين جهتي القضاء الإداري، أي ما بين محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري، في المادة (٢/٢) رابعاً- (٣) التي تنص على إختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر "التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وتُرجح أحد الحكمين وتُقرر تنفيذه دون الحكم الآخر".

والواقع إن المصدر الأول لنشوء مشكلة التعارض هو أن ترفع نفس الدعوى مرتين، فعندئذ يُمكن إصدار حكمين، وقد يكونان متعارضان، ويُمكن رد رفع الدعوى مرتين إلى أحد الأسباب الآتية:

١. جهل أحد الخصوم<sup>(٢)</sup> أو كليهما<sup>(٣)</sup> يسبق الفصل في الدعوى أو بتكرار رفع الدعوى<sup>(٤)</sup>.

الإدارية التي بدورها رفضت دعواه على أساس أن مسؤولية الضرر تعود لسائق السيارة الخاصة إذ نتج عن هذه القضية صدور حكمين متعارضين من جهتين قضائيتين عادية وإدارية وأصبح المتقاضي في حالة إنكار للعدالة نتيجة عدم إنصاف السيد روزاي وجبر الضرر الذي لحقه ولتغطية هذه الوضعية أصدر المشرع الفرنسي القانون السالف الذكر وأجاز للمتقاضي اللجوء لمحكمة التنازع لكي تفصل في الموضوع بحكم نهائي غير قابل للطعن .

١- محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص ٩٧.

٢- مثل حالة ان يكون المحكوم له شخصاً معنوياً ويتغير ممثله القانوني دون ان ينتبه الممثل الجديد الى سبق الفصل في النزاع حينها يتكرر رفع ذات الدعوى. وإذا كنا نفترض فيما سبق جهل أحد الخصوم فقط يسبق الفصل في الدعوى

٣- فقد يتوفي المحكوم له والمحكوم عليه وقد يجهل ورثتهما يسبق الفصل في النزاع ويعاد رفع الدعوى من ورثة أحدهما ضد ورثة الآخر بصفة كل منهما هذه. فهنا أيضاً نكون ازاء نفس النزاع نظراً لان الورثة كانوا ممثلين في الخصومة التي صدر فيها الحكم السابق وذلك من خلال سلفيهما (الخصمان الأصليان).

٤- جهل أحد الخصوم بتكرار رفع الدعوى فقد يكون المحكوم له على قيد الحياة ولكن يتكرر رفع الدعوى عليه عن عمد دون ان يتمكن من الدفع لسبق الفصل في النزاع لجهل الفعلي بقيام الخصومة الجديدة ويرجع ذلك الى ثغرات كثيرة في نظام الإعلان القضائي.

٢. خطأ أو إهمال الخصوم: فعند قيام نفس النزاع أمام محكمتين لن تحدث إحالة للدعوى من المحكمة التي رفعت أمامها مؤخراً إلى المحكمة التي رُفع إليها أولاً إلا بناءً على دفع يُقدمه أحد الخصوم وفقاً لقواعد الدفوع الشكلية، فإذا أخطأ أو أهمل الخصم لن يُقبل منه الدفع بالإحالة بسبب خطئه في مراعاة الوقت المناسب للتمسك بهذا الدفع.

٣. خطأ المحكمة: فقد يدفع الخصم بسبق الفصل في النزاع ولكن تُخطئ المحكمة لسوء في التقدير وترفض هذا الدفع وتحكم في نفس النزاع للمرة الثانية.

ويُشترط في هذا التنازع توفر الشروط الآتية:

١. وجود حكمين قضائيين مكتسبين درجة البتات: <sup>(١)</sup> ويُراد بالحكم هو الحكم الصادر بنظر منازعة تكون دائماً الإدارة طرفاً فيها، فالحكم الإداري هو قرار تُصدره جهة قضائية إدارية مشكّلة وفقاً للقانون للفصل فيما يُعرض عليها من منازعات وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً بحكم يُنهي الخصومة بحيث تستنفذ المحكمة ولايتها بإصداره <sup>(٢)</sup>. ويكون القرار الصادر عن المحكمة قابلاً للطعن تمييزاً لدى المحكمة الإدارية العليا خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تأريخ التبليغ، أما في حال عدم الطعن بالقرار الصادر عن محكمة القضاء الإداري وقرار المحكمة الإدارية العليا فيكون القرار باتاً وملزماً <sup>(٣)</sup>.

٢. وحدة الموضوع: أي يكون الحكمين متناقضين صادرين عن محاكم القضاء الإداري في موضوع واحد. والمقصود بحكمين متناقضين في نفس الموضوع، وهنا يتم رفع الطلب من قبل ذوي الشأن إلى المحكمة الإدارية العليا لغرض فضّ التنازع بين الحكمين كونهما في موضوع واحد.

١- ويقصد بالبتات هنا اكتساب الحكم الدرجة القطعية أي فوات المدد القانونية للطعن به أمام المحكمة الإدارية العليا بحيث يكون باتاً وملزماً ويكون للحكم قوة الشيء المقضي به وترجع أهمية هذه القوة إلى ضرورة خلق استقرار في العلاقات واحترام المحاكم، أما عن الأحكام التي سبق النطق في موضوعها أو لم تتمتع بهذه السلطة لكونها تم إلغاؤها من جانب الهيئة القضائية والإدارية فإنها لا تتمتع بهذه القوة. راجع: القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ٢٠١١، ص ٣٤٦.

٢- صلاح عبد الحميد السيد، الحكم الإداري المدني، مجلة مجلس الدولة للسنوات (٨ و ٩ و ١٠) لسنة ١٩٦٠، ص ٢١٦.

٣- الفقرة (ج) من البند (ثامناً) من المادة (٧) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة (٢٠١٣).

٣. وحدة الخصوم أو على الأقل أن يكون أحدهما طرفاً في هذين الموضوعين: أي أن يكون الحكمين متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وتقرر تنفيذه من دون الحكم الآخر.

#### الفرع الثاني: التنازع السلبي في الاختصاص:

وتحصل هذه الصورة من التنازع في حالة صدور حكم من كل من محكمة القضاء الإداري ومحكمة القضاء العادي بعدم الاختصاص بنظر النزاع. وهنا يظهر إمتناع جهتي القضاء الإداري والعادي عن نظر النزاع الذي عُرض عليهما تباعاً، فيتقدم المدعي بدعواه أمام المحكمة العادية التي تحكم بعدم اختصاصها، ذلك لأنها ترى أن موضوع الدعوى يندرج ضمن اختصاص محاكم القضاء الإداري، فيلجأ المدعي إلى محاكم القضاء الإداري طالباً منها الفصل في النزاع نفسه فتقوم محكمة القضاء الإداري بإصدار حكم بعدم اختصاصها، وهنا يكون المدعي ضحية لما يُسمى بإنكار العدالة، ومن ثم فإن التنازع السلبي يهدف إلى حماية المدعي من حالات إنكار العدالة وليس حماية الإدارة.

بعبارة أخرى إذا كانت الغاية من التنازع السلبي الحفاظ على قواعد الاختصاص وحماية الحقوق الفردية بتحديد الجهة المختصة، فإن إدعاء كل من الجهتين بعدم الاختصاص فيه مساس بقواعد الاختصاص إذا يُفترض أن تكون إحدى الجهتين مختصة هذا فضلاً عما يُرتبه الوضع من إنكار للعدالة<sup>(١)</sup>.

والحقيقة لم يورد المشرع العراقي صور التنازع السلبي وإمتناع جهتي القضاء العادي والإداري عن نظر الدعوى، وربما كان ذلك راجع إلى أن حالات التنازع السلبي أكثر ندرة من حالات التنازع الإيجابي، كما أن إجراءاتها تبدو أكثر بساطة - وأكثر إرهاقاً بطبيعة الحال - على المتقاضين، بعبارة أخرى نكون أمام ثلاثة دعاوى، الأولى التي يقيمها المدعي على الإدارة أمام إحدى جهتي القضاء - العادية أم الإدارية - وتصدر هذه المحكمة حكماً بعدم الاختصاص، ثم يُقيم دعوى ثانية أمام المحكمة الأخرى والتي تقضي بدورها بعدم الاختصاص، وتكون الثالثة أمام الجهة المختصة بفض إشكالات التنازع للفصل في شأن الجهة المختصة.

١- حمود سلامة جبر: المرجع السابق، ص ٩٥.

ومن الجدير بالذكر أن ندرة أحوال التنازع السليبي في الإختصاص، تدفعنا إلى البحث التمييز بين التنازع السليبي وإقامة الدعوى أمام محكمة غير مختصة، فإذا كان التنازع السليبي يقوم على رفض جهتي القضاء نظر الدعوى، مما يؤدي إلى إنكار العدالة، كما أسلفنا، في حين أن إقامة الدعوى أمام محكمة غير مختصة يُعدّ من بين طرق إنقطاع مدة الطعن بالإلغاء<sup>(١)</sup>، إذ يُقيم المدعي الدعوى أمام محكمة غير مختصة وتلك الأخيرة تقضي بعدم إختصاصها<sup>(٢)</sup>، وتُحيل الدعوى إلى جهة الإختصاص، ولا تؤثر المدد المنقضية على حق الشخص في إقامة دعوى الإلغاء، بل ويبقى رسم الدعوى نفسه، إلا أنها قد تكون سبباً في تنازع الإختصاص السليبي في حال رفضت المحكمة الأخرى نظر الدعوى بدعوى عدم الإختصاص.

### المبحث الثاني

#### وسائل فض إشكالات التنازع في الإختصاص في العراق

يُقسم التنازع في الإختصاص من الناحية العضوية على نوعين، فهو إما أن يكون بين جهات القضاء الواحد، وإما أن يكون بين جهتين قضائيتين مختلفتين، والأصل أن التنازع في الإختصاص الذي يعنينا هو ما بين جهات القضاء الإداري أو ما بينها وبين جهات القضاء العادي، أما تنازع الإختصاص ما بين جهات القضاء العادي<sup>(٣)</sup>، فلا تدخل في نطاق عمل تلك الجهات المختصة بفض إشكالات التنازع.

١- أن المدة المحددة للطعن بالإلغاء قد تتعرض للقطع، إذا ما وقع امر معين او حدثت واقعة محددة تؤدي الى اسقاط الايام التي مضت من حساب الميعاد، على ان يبدأ ميعاد كامل وجديد بعد انقضاء الامر او الواقعة ولا يهم حصول هذه الواقعة في بداية المدة او في وسطها او عند نهايتها، وفي جميع الاحوال تلغى المدة السابقة ويبدأ احتساب مدة جديدة بعد انتهاء الامر الذي نتج عنه قطع المدة، راجع: د. سامي جمال الدين، اجراءات المنازعة الادارية في دعوى إلغاء القرارات الادارية، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٥.

٢- يؤدي رفع دعوى الإلغاء أمام محكمة غير مختصة الى قطع مدة الطعن المقررة لرفع الدعوى، ويبقى ميعاد الطعن منقطعاً الى ان يصدر حكم نهائي من المحكمة المرفوعة امامها الدعوى، وعندها يبدأ سريان الميعاد الجديد وهو (٦٠) يوماً من تاريخ الحكم بعدم الإختصاص، وعلى الطاعن بعد ذلك ان يحرك دعواه امام القضاء الاداري المختص خلال المدة الجديدة، د. ابراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء والتعويض)، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٤٥.

٣- اذ وعلى الرغم من التحديد الدقيق للإختصاص القضائي لجهات القضاء العادي قد يحدث تنازعاً في الإختصاص بينها، وقد يكون هذا التنازع إيجابياً او سلبياً، وقد يتعلق بالإختصاص المكاني، كما انه قد يتعلق بالإختصاص النوعي او الوظيفي، وفي كل الأحوال تنص المادة (٧٨) من قانون المرافعات العراقي على " اذا قضت المحكمة بعدم إختصاصها القيمي او الوظيفي او النوعي او

من ناحية أخرى وعلى الرغم من أن هنالك جهات أنشأها المشرع لفض إشكالات النزاع، سواء أكان إنشائها لهذا الغرض حصراً أم كان من بين مهام أخرى تمارسها تلك الجهة، إلا أن ذلك لا يمنع الجهات القضائية المختصة بنظر النزاع من أن تبادر إلى فض إشكال النزاع مباشرة من دون إحالتها إلى جهة أخرى، تيسيراً على المتقاضين وإختصار أمد المنازعة. على ما سوف نحاول إيضاحه فيما سيأتي:

### المطلب الأول

#### الوسائل الوقائية لفض إشكالات النزاع في الإختصاص

حاول المشرع الحيلولة من دون ظهور النزاع في الإختصاص، وذلك من خلال بعض الوسائل التي تمنع النزاع، سواء في ذلك أكان النزاع إيجابياً أم سلبياً. ومن بين هذه الوسائل:

الفرع الأول: الإحالة:

على الرغم من التحديد الدقيق للإختصاص القضائي لجهات القضاء الإداري والعادي، فقد يحدث النزاع في الإختصاص بينها، وقد يكون هذا النزاع إيجابياً أو سلبياً، وقد يتعلق بالإختصاص المكاني، كما أنه قد يتعلق بالإختصاص النوعي أو الوظيفي.

إن قانون المرافعات المدنية يُعد القانون الإجرائي للقضاء العراقي - عاديّاً كان أم إدارياً، إذ تنص المادة (٧/ حادي عشر) من قانون مجلس الدولة على "تسري أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وقانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون"، كما تنص المادة (٧/ رابعاً- ب) من نفس القانون على "تُمارس المحكمة الإدارية العليا الإختصاصات التي تُمارسها

---

المكاني وجب عليها ان تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية ، وتبلغ الطرفين أو الحاضر منهما بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تعينه على ان لايتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة..."، وإذا رأت المحكمة المحالة عليها الدعوى انها لا تختص بنظرها فيكون قرارها قابلاً للطعن تمييزاً على وفق نص المادة (٧٩) من نفس القانون.

محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين".

ولعل ما تقدم يؤدي إلى إحتكام كل من محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين إلى قانون المرافعات المدنية بشأن الإجراءات عموماً، ومنها تلك المتعلقة بأحوال تجنب (الوقاية من) التنازع في الاختصاص، سلبياً كان أم إيجابياً.

والإحالة إجراء وقائي تتجنب من خلاله تنازع الاختصاص، ويكون ذلك إذا ما أقيمت الدعوى أمام محكمة ما وقدرت الأخيرة أن الدعوى لا تدخل في اختصاصها، فأن لها أن تُحيل الدعوى إلى الجهة التي تعتقد بأنها المختصة من تلقاء نفسها، ومن دون تدخل جهة أخرى، ومن دون الحاجة إلى رد الدعوى أو أي إجراء آخر يتأخر بسببه الفصل في الدعوى.

وقد نصت على هذه الإحالة المادة (٧٨) من قانون المرافعات العراقي النافذ والتي جاء فيها "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي أو الوظيفي أو النوعي أو المكاني وجب عليها أن تُحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة مع الإحتفاظ بما دُفع من رسوم قضائية، وتبلغ الطرفين أو الحاضر منهما بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تُعينه على ألا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تأريخ الإحالة..."، ومن ثم تُحقق الإحالة مزايا عديدة للمتقاضين من تيسير واختصار في الإجراءات فضلاً عن تجنب التنازع في الاختصاص.

أما المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى، فأما أن ترى أن النزاع يدخل في اختصاصها فتستمر في نظر الدعوى إلى حين الحسم، وبذا لا نكون أمام تنازع في الاختصاص، إلا أن الأخير ممكن أن يظهر في حال رأت المحكمة المحالة عليها الدعوى أنها لا تختص بنظرها فيكون قرارها قابلاً للطعن تمييزاً على وفق نص المادة (٧٩) من قانون المرافعات، مما يعني أننا سنكون أمام تنازع في الاختصاص يقتضي تدخل جهة أخرى لحسمه.

الفرع الثاني: توحيد (ضم) الدعاوى:

نظم المشرع قواعد الاختصاص على نحو يجعل لكل دعوى محكمة واحدة هي المختصة بها من دون غيرها من المحاكم، وللحيلولة من دون صدور حكمين في نفس النزاع

القائم، حرص المشرع على إيجاد الوسائل الكفيلة بجمع الدعويين أمام محكمة واحدة ليصدر فيهما حكم واحد، ولكي نتجنب من ثم تنازع الاختصاص أو تناقض وتعارض الأحكام.

ويتم توحيد الدعاوى في حال إقامة الدعوى مرتين، ويمكن تصور ذلك في فرضين

إثنين:

١. عندما تُرفع نفس الدعوى مرتين أمام نفس المحكمة، سواء أكانت محكمة القضاء الإداري أم قضاء الموظفين، وهو أمر مخالف للقانون، فإن للمحكمة أن تُقرر توحيد الدعويين إذا كانت الدعوى الأخرى مقامة لدى المحكمة نفسها<sup>(١)</sup>. وقد جرى العمل على مسارعة المحكمة إلى هذا الضمّ وذلك من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم.

٢. عندما تُرفع نفس الدعوى أمام محكمتين مختلفتين، سواء أكانت المحكمتين تتبع جهة قضائية واحدة، أم من جهتين قضائيتين مختلفتين، على الرغم من حظر المشرع ذلك، إذ لا يجوز إقامة الدعوى الواحدة في أكثر من محكمة واحدة، وهنا نُميز بين فرضين:

أ. إذا أقيمت الدعوى في أكثر من محكمة، وتم إكتشاف ذلك قبل الدخول في أصل الدعوى إعتبرت عريضة الدعوى المقامة أولاً وأبطلت العريضة الأخرى<sup>(٢)</sup>، فإذا ما تبين لمحكمة القضاء الإداري أم محكمة قضاء الموظفين أن هنالك عريضتين بنفس الموضوع والخصوم ولم تدخل المحكمة في أصل الموضوع فإن على المحكمة أن تعند بعريضة الدعوى المقامة أولاً وتبطل الثانية.

ب. إذا تبين للمحكمة أن للدعوى إرتباطاً بدعوى مقامة قبلاً بمحكمة أخرى فلها أن تُقرر توحيد الدعويين وترسل إضبارة الدعوى إلى المحكمة الأخرى<sup>(٣)</sup>. ومن ثم فإن لمحكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين - إذا تبين لها سيق إقامة الدعوى، ولغرض تجنب تناقض الأحكام وتعارضها - أن تُقرر توحيد الدعويين

١- المادة (٢/٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٢- المادة (١/٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٣- المادة (٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

و تُرسل إضارة الدعوى إلى المحكمة الأخرى التي تعتقد بإختصاصها، سواء أكانت تلك المحكمة من بين جهات القضاء العادي أم الإداري.

أما المحكمة الأخرى فإن لها أحد خيارين، إما أن تتقبل التوحيد وتنظر الدعوى، وإما أن ترفض التوحيد بحجة أن النزاع لا يدخل في إختصاصها، مما يؤدي إلى ظهور تنازع الإختصاص، ويكون لها الحق في الطعن تمييزاً في التوحيد، إذ تنص المادة (١/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي على "يجوز الطعن بطريق التمييز في ... والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين أو برفض الإحالة لعدم الإختصاص القيمي أو المكاني ...، وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو إعتبره مبلغاً".

### المطلب الثاني

#### الوسائل العلاجية لفض إشكالات التنازع في الإختصاص

أسلفنا أن المشرع رسم بعض السبل التي يُمكن من خلالها تجنب التنازع في الإختصاص، كإحالة والتوحيد، إلا أن كلتا الطريقتين تفترض وجود تنازع الإختصاص في ثناياها، كما أن هنالك من الأحوال التي لا تتم فيها الإحالة أو التوحيد، وهي تثير تنازعاً حتمياً في الإختصاص يقتضي البت فيه من قبل جهات خاصة يُحددها المشرع.

من جهة أخرى ميّز المشرع العراقي ما بين الجهات التي تنظر في إشكالات التنازع في الإختصاص عضوياً، أي ما بين تنازع إختصاص محاكم القضاء الإداري مع بعضها وتنازع إختصاص محاكم القضاء الإداري ومحاكم القضاء العادي، وعلى وفق البيان الآتي:

#### الفرع الأول: التنازع ما بين جهات القضاء الإداري نفسه:

قد ينشأ التنازع في الإختصاص ما بين جهات القضاء الإداري مع بعضها. فقد تتنازع محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين في العراق على الإختصاص، وتختص المحكمة الإدارية العليا<sup>(١)</sup> في النظر في هذا التنازع، إذ تُمارس المحكمة الإدارية العليا

<sup>١</sup> - تنص المادة (٧/ رابعاً - أ) من قانون مجلس الدولة العراقي على "تشكل المحكمة الادارية العليا في بغداد وتنعقد برئاسة رئيس المجلس او من يخوله من المستشارين وعضوية (٦) ستة مستشارين و (٤) اربعة مستشارين مساعدين يسميهم رئيس المجلس".

الإختصاصات التي تُمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، وتتمثل هذه الإختصاصات بالنظر فيما يأتي:

١. الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين، أي الطعون التمييزية، ويدخل في نفس النطاق إختصاص المحكمة بالنظر تمييزاً في الاعتراضات التمييزية التي تُقدمها إحدى جهات القضاء الإداري بشأن القرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين أو برفض الإحالة لعدم الإختصاص، كما أسلفنا، وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو إعتبره مبلغاً، وفقاً لأحكام المادة (١/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية.

وإختصاص المحكمة الإدارية العليا يُشابه - إلى حد ما - الإحالة التي ظهرت في فرنسا بموجب مرسوم ١٩٦٠/٧/٢٥ التي أُضيفت إلى إختصاص محكمة النزاع، ويُشكل نظام الإحالة الفرنسي طريقة لتفادي النزاع والسعي لإيجاد حل للنزاع المحتمل قبل حدوثه، فمتى صدر حكم يقضي بإختصاص أو بعدم الإختصاص عن جهة القضاء العادي أو الإداري ولجأ المدعي إلى الجهة الأخرى وقدرت هذه الجهة الأخيرة أن قرارها سيؤدي إلى تناقض في أحكام قضائية لنظامين مختلفين فإنه يتعين عليها إحالة ملف القضية بقرار مسبب وغير قابل للطعن إلى محكمة النزاع للفصل في موضوع الإختصاص، وفي هذه الحالة تتوقف كل الإجراءات إلى غاية صدور قرار محكمة النزاع.

وتهدف طريقة الإحالة إلى غايتين<sup>(١)</sup>، تتمثل إولاهما في تبسيط إجراءات فض النزاع بالإسراع في البت فيه وذلك بتوقع حدوثه قبل أن يُطرح بصفة نهائية، لتفادي ظاهرة تناقض القرارات القضائية، إما ثانيهما فتهدف إلى تكليف المحاكم

١- د. عبد القادر باينة: الرقابة على النشاط الإداري الرقابة الإدارية والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

نفسها برفع النزاع إلى محكمة النزاع بخلاف ما هو معهود في أشكال النزاع الأخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الإحالة تختلف عن تلك التي أشار لها قانون المرافعات المدنية العراقي، فالإحالة في التشريع الفرنسي تكون من المحكمة التي تخشى النزاع في الاختصاص إلى محكمة النزاع مباشرة، في حين أنها في العراق تكون للمحكمة الأخرى، وللأخيرة إن وجدت أن النزاع لا يدخل في اختصاصها أن تعترض تمييزاً على الإحالة.

٢. النزاع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، إذ تُمارس المحكمة الإدارية العليا دور محكمة النزاع في تحديد الجهة المختصة في نظر الدعوى من بين جهات القضاء الإداري. ويتربط على مجرد تقديم طلب تعيين الاختصاص وقف الخصومتين القائمتين أمام الجهتين القضائيتين المتمسكتين بالولاية وذلك بقوة القانون ولحين الفصل فيه، إذ أنه، أي الوقف، سيحول من دون صدور أحكام في الموضوع إلى أن يفصل في الطلب، ومن ثم لن يصدر في الموضوع إلا حكم واحد من الجهة صاحبة الاختصاص.

ولا ريب في أن تحديد المحكمة المختصة في النزاع الإيجابي مسلك وقائي في مواجهة مشكلة صدور حكمين في الدعوى الواحدة من المحتمل تعارضهما، ولا شك أن القبول المبكر لطلب حل النزاع من شأنه تلافي مضار تكرار التعرض لنفس الدعوى، ومن بينها احتمال تكرار الحكم فيها ومن ثم صدور أحكام متعارضة أو متناقضة.

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

ونظراً لعدم وجود النصوص القانونية التي تحكم إجراءات فض النزاع بين الأحكام فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ، الذي قضى بأن يتم تقديم الطلب بفض النزاع من رؤساء دوائر التنفيذ أو من الخصوم أنفسهم وذلك بدون رسوم أمام المحكمة الإدارية العليا، وتفصل المحكمة في الطلب فتُرحح أحد الحكمين وتُأمر بتنفيذه من دون الحكم الآخر وذلك بقرار مسبب ويُقدم هذا الطلب إلى رئيس المحكمة ويُبلغ الطرفان به بعد تحديد جلسة قريبة لنظره يُسمح فيها للخصوم بتقديم لوائحهم ومستمسكاتهم<sup>(١)</sup>.

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن طلب فض النزاع (الترجيح) لا يُعد من قبيل الطرق القانونية للطعن في الأحكام التي حددتها المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية، كما أن الفصل الرابع من قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ المتعلق برسم الطعن في الأحكام والقرارات لا يتضمن نصاً باستيفاء رسم معين عن طلب فض النزاع المرفوع إلى محكمة التمييز الاتحادية من قبل الخصوم أو رؤساء دوائر التنفيذ، إضافة إلى أن الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية المتعلقة بالمادة (٢١٧) منه تنص على أنه يُقدم الطلب بدون رسوم وتفصل محكمة التمييز في هذا الطلب فتُرحح أحد الحكمين وتُأمر بتنفيذه من دون الآخر وذلك بقرار مسبب. ولهذا يقتضي ألا تستوفي أية رسوم طعن (تمييز)، كما يقتضي ألا يتضمن القرار التمييزي برد طلب طالب الترجيح تحميله أية رسوم.

#### الفرع الثاني: النزاع ما بين جهات القضاء الإداري والعادي

تنزاع الاختصاص ظاهرة طبيعية متوقعة في ظل العمل بالازدواجية القضائية. فإذا كان يسهل التسليم بإمكانية حصول تنزاع في الاختصاص داخل الجسم القضائي الواحد فمن باب أولى التسليم بحدوثه بين جهات قضائية تختلف من حيث الهياكل والنظم القانونية الناطمة لها<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - المادة (٢١٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ.

<sup>٢</sup> - د. عمار بوضياف، القضاء الإداري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الجزائر ٢٠٠٨، ص ١٨٧.

فلا جدال في أن يؤدي وجود القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي في نظام القضاء المزدوج إلى إثارة التنازع على الإختصاص بين جهتي القضاء، ويتأتى ذلك نتيجة عدم دقة معيار توزيع الإختصاص ووجود تداخلات وإستثناءات في مجال الإختصاص وكثيراً ما يثور الخلاف حول تحديد طبيعة النزاع وما إذا كان إدارياً فيختص به القضاء الإداري أم مدنياً فيختص به القضاء العادي.

ومن الجدير بالذكر، أنه وعلى الرغم من سكوت القانون عن هذا التنازع ما بين جهتي القضاء الإداري مع محكمة مدنية، إلا أننا نعتقد أن عموم المادة (٧/ثاني عشر) يشمل هذا التنازع، إذ تنص على "إذا تنازع إختصاص محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين مع إختصاص محكمة مدنية فيعين المرجع هيئة تسمى (هيئة تعيين المرجع) ..."، وأن لهذه الهيئة أن تنظر في تناقض الأحكام على وفق ما ينص عليه قانون المرافعات المدنية.

الخاتمة

بعد الإنهاء من بيان تنازع الإختصاص في القضاء الإداري العراقي توصلنا إلى جملة من النتائج وبعضاً من المقترحات، وكما سيأتي بيانه:

أولاً: النتائج:

١. تُعد قواعد الإختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى، وتمتد آثاره إلى القاضي والمتقاضين على حد السواء، وقد حدد قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ الإختصاصات النوعية والمكانية لجهات القضاء الإداري في العراق.

٢. يؤدي وجود القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي في نظام القضاء المزدوج إلى إثارة التنازع على الإختصاص بين جهتي القضاء، ويتأتى ذلك نتيجة عدم دقة معيار توزيع الإختصاص ووجود تداخلات وإستثناءات في مجال الإختصاص، وهو ظاهرة طبيعية متوقعة، فإذا كان يسهل التسليم بإمكانية حصول تنازع في الإختصاص داخل الجسم القضائي الواحد فمن باب أولى التسليم بحدوثه بين جهات قضائية تختلف من حيث الهياكل والنظم القانونية الناطمة لها.

٣. يكون التنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري إيجابياً عندما تدعي محكمتان إحداهما تابعة للقضاء الإداري والأخرى تابعة للقضاء العادي بإختصاصها في نظر نفس الدعوى، وتحاول كل منهما سحب الدعوى إلى دائرة إختصاصها، وهو إما أن يكون سابقاً على الفصل في الدعوى وصدور الحكم فيها، وإما أن يكون تالياً له، وهو ما يُسمى بتناقض الأحكام، والأخير ينشأ إذا رفعت نفس الدعوى مرتين، فعندئذ يُمكن إصدار حكمين، وقد يكونان متعارضان، ويرجع ذلك إما إلى جهل أحد الخصوم أو كليهما بسبق الفصل في الدعوى أو بتكرار رفع الدعوى، أو خطأ أو إهمال الخصوم، وقد يكون بخطأ من المحكمة.

٤. التنازع السلبي هو حالة صدور حكم من كل من محكمة القضاء الإداري ومحكمة القضاء العادي بعدم الإختصاص بنظر النزاع. وهنا يظهر إمتناع جهتي في القضاء الإداري والعادي عن نظر النزاع الذي عرض عليهما تباعاً مما يؤدي إلى وقوع المدعي ضحية لما يُسمى بإنكار العدالة، ومن مسببات هذا التنازع إقامة الدعوى أمام محكمة غير مختصة في حال رفضت المحكمة الأخرى نظر الدعوى بدعوى عدم الإختصاص.

٥. تلجأ محكمة الموضوع إلى تجنب التنازع في الإختصاص من خلال وسيلتين: إما الإحالة، ويكون ذلك إذا ما أقيمت الدعوى أمامها وقدرت أن الدعوى لا تدخل في إختصاصها، فأن لها أن تُحيل الدعوى إلى الجهة التي تعتقد بأنها المختصة من تلقاء نفسها، ومن دون تدخل جهة أخرى، أو توحيد الدعاوى في حال إقامة الدعوى مرتين، سواء أكان ذلك أمام نفس المحكمة، أو أمام محكمتين مختلفتين.

٦. يُمكن للمحكمة التي أحيلت إليها دعوى ما لغرض البت بها أو توحيدها مع دعوى أخرى مقامة أمامها، أن تطعن تمييزاً بقرار الإحالة أو التوحيد خلال سبعة أيام، وتختص المحكمة الإدارية العليا بنظر هذه الطعون، فضلاً عن نظر الطعون الأخرى المتعلقة بالتنازع، وتعيين الإختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين حصراً.

٧. تنظر المحكمة الإدارية العليا في النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وتُرجح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه من دون الحكم الآخر، وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ. أما النزاع ما بين جهتي القضاء الإداري مع محكمة مدنية، فتسطره هيئة النزاع (هيئة تعيين المرجع).

#### ثانياً: المقترحات:

١. إصدار قانون جديد لمجلس الدولة بدلاً من إجراء التعديلات المتعاقبة على قانون المجلس السابق، خاصة مع إتضاح الثغرات والعيوب التي تعتريه والتي كشف عنها التطبيق العملي له على مدى ما يزيد من ربع قرن من الزمن.
٢. الإشارة بصريح العبارة إلى أنواع النزاع ضمن قانون مجلس الدولة العراقي الجديد، لأن قانون مجلس الدولة العراقي أشار إلى النزاع في الإختصاص مرتين، إلا أنه لم يُشر بالإسم إلى النزاع الإيجابي أو النزاع السلبي، ومع ذلك فأن محتوى النصوص يؤدي إلى القول بوجودهما.
٣. توحيد معالجة المشرع العراقي لأحوال النزاع في الإختصاص، إذ أشار القانون إلى أساليب متباينة لحل النزاع تختلف باختلاف الجهات التي ينشأ بينها نزاع الإختصاص حفاظاً على إستقلالية كل جهة من جهات القضاء، مع إمكان أن تقوم جهات القضاء الإداري بفض إشكالات النزاع ابتداء.
٤. إن قانون المرافعات المدنية يُعد القانون الإجرائي للقضاء العراقي - عادياً كان أم إدارياً، ومن ثم إحتكام كل من محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين إلى قانون المرافعات المدنية بشأن الإجراءات عموماً يُعد مثلية بحق القضاء الإداري العراقي ونتمنى على المشرع العراقي وضع قانون للإجراءات الإدارية بدلاً من الإحتكام إلى قانون المرافعات المدنية حفاظاً على إستقلال القضاء الإداري.

## المراجع

### أولاً: المصادر الفقهية:

١. القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ٢٠١١.
٢. حمود سلامة جبر: المنازعة الإدارية وحل إشكالات تنازع الاختصاص في المجلسين الإداري والمدني، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ٤٠٤ السنة الرابعة والعشرون، أكتوبر، ديسمبر، ١٩٨٠.
٣. دومينيك بويو وروسبريول: القانون الإداري، ترجمة الدكتور سليم حداد نمجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.
٤. صلاح عبد الحميد السيد، الحكم الإداري المدني، مجلة مجلس الدولة للسنوات (٨ و ٩ و ١٠) لسنة ١٩٦٠.
٥. د. عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري الرقابة الإدارية، الرقابة القضائية، دار القلم، المغرب، ٢٠١٠.
٦. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما، ندوة فكرية ١٩٩٨، بيت الحكمة، بغداد.
٧. د. عمار بوضياف، القضاء الإداري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الجزائر ٢٠٠٨.
٨. د. عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري الجزء الأول، القضاء الإداري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤.
٩. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، ٢٠٠٦، الأردن.
١٠. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.
١١. د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.

### ثانياً: التشريعات:

١. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ.
٢. قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.
٣. قانون التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.
٤. قانون التعديل الخامس رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.
٥. قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧.

## حق الرجوع على المتسبب بالضرر في عقود التأمين

أ. مشارك د. هيثم حامد المصاروة (\*) أ.م.د. ليث محمد المومني (\*\*)  
أ.م.د. عمار سعيد الرفاعي (\*\*\*)

### abstract

Jordanian legislator Granted recourse to the insurance company to recover damages incurred in the face of the insured because of the act committed by third parties causing the rhythm of the damage to the insured, according to certain conditions and within a defined scope, where the engaged article (926) of the Civil Code of the statement and establish the general rule of the right of return. It was found during the study of the importance of this right, which was adopted for the insurance company to build it on reasonable and fair grounds cannot be denied, it is unthinkable that the company bear the guilt act committed by others, especially if it was a deliberate act.

However, it also shows that the provisions cited by the law in this regard still need to be developed and detailing, protection of the insurance money, the company and the maintenance of their rights and resources required to make the right of recourse against third parties causing this mandatory, not optional, especially since insurance companies play a prominent role in the coverage of the results of the dangers faced by individuals and society,

Many individuals may not be able to face the dangers they face on their own, either economic weakness or a higher premium on them, so the consolidation and the assignment of the financial position of insurance companies will be beneficial to the insured themselves and society at large and to the economy in the country rotation.

The study concluded that a key proposal was the need for legislative intervention on the provisions of the right of return reported by the Jordanian law and to ensure the effectiveness of these provisions and the achievement of its goals.

**Key words:** the damage, the right of return, the solutions, the insurer, the insured.

---

(\*) كلية الأعمال براغ / جامعة الملك عبد العزيز .

(\*\*) جامعة الزرقاء وجامعة العلوم التطبيقية "سابقاً".

(\*\*\*) كلية الأعمال براغ / جامعة الملك عبد العزيز .

## المقدمة

يعد التأمين من الأضرار من أهم أنواع التأمين التي تتولى شركات التأمين توفيرها للمشاركين لديها، وذلك لخطورة وجسامة الآثار التي قد تنجم عن تلك الأخطار للمؤمن له وبما قد يتعذر تحملها لعظم المبالغ المترتبة عليها في بعض الأحيان، فكيف إذا ما اقترن ذلك بكسب فائت تتعاضد قيمته تدريجيا، لذلك فقد راعى المشرع أهمية هذا النوع وخطورة وفداحة آثاره على المؤمن له والمجتمع عموما، فتولى تنظيم الأحكام المتعلقة به وبما لا يخلو من إيراد الكثير من التفاصيل لبيان حقوق والتزامات ذوي العلاقة عند وقوع الخطر، ونقصد من ذلك: المؤمن عليه، وشركة التأمين، إضافة إلى الغير الذي قد يؤدي فعله إلى إيقاع الضرر.

ولعل من أهم المسائل التي التفت إليها المشرع بصدد تنظيمه الأحكام المتعلقة بالتأمين من الأضرار مسألة مصادر تمويله، وهو ما ظهر عمليا وبصورة جلية في المادة (٩٢٦) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، وذلك عندما أشار إلى المبالغ التي تستردها شركة التأمين في حالة وجود شخص من الغير متسبب في وقوع الضرر، فقد منح القانون لشركة التأمين الحق في الرجوع على ذلك الغير المتسبب بوقوع الضرر لمطالبته بما تكبدته الشركة في سبيل ترميم معالجة الضرر اللاحق بالمؤمن له بسبب فعل ذلك الغير.

غير أن للأحكام المتعلقة بحق شركة التأمين في الرجوع على الغير المتسبب بإيقاع الضرر تطرح تساؤلات وإشكاليات عديدة، يتعلق بعضها بجدوى جعل المشرع الحق في الرجوع -على أهميته وضرورته- حقا اختياريا للشركة وليس إجباريا، فهل يكون من الخير للشركة وللمصلحة العامة ومصلحة جموع المؤمن لهم جعل هذا الحق إجباريا أم من الأجدر الإبقاء عليه اختياريا؟

وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح في هذه الدراسة يدور حول مدى كفاية وفعالية الأحكام التي أوردها المشرع الأردني بشأن الحق في الرجوع على الغير المتسبب بإيقاع الضرر في عقود التأمين؟

وبناء عليه، فإن هذه الدراسة ستتولى الإجابة عن التساؤلات السابقة وغيرها من خلال التقسيم الآتي:

المبحث الأول: ماهية الحق في الرجوع.

المبحث الثاني: ضوابط استعمال الحق في الرجوع.

المبحث الأول: ماهية حق الرجوع

لقد نظم المشرع الأردني أحكام حق الرجوع في التأمين بموجب المادة (٩٢٦) من القانون المدني الأردني.

والمشرع إذ ينظم هذا الحق، فإنما ينظمه نزولاً على مبررات ومسوغات تعد محل اعتبار وأهمية لديه، لذلك تبرز أهمية التعرف على المعنى المقصود بهذا الحق والأساس الذي يستند إليه على ضوء هذه المادة.

وبناء عليه، سنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على ماهية الحق في الرجوع، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: تعريف الحق في الرجوع ومسوغاته

يتطلب تعريف وبيان المعنى المقصود بحق الرجوع ومسوغاته تحديد وحصص المصطلحات المستخدمة بهذا الحق بداية، ثم التطرق لتعريفه، ثم عرض مسوغاته.

أولاً. المصطلحات المستخدمة بشأن حق الرجوع

يؤدي استخدام مصطلح "حق الحلول" إلى ذات المعنى المراد من مصطلح "حق الرجوع"، وهو ما يلاحظ بشأن استخدامات المشرع الأردني نفسه لهذه المصطلحات، فهو يستخدم تارة مصطلح (الحلول) كما في المادة (٩٢٦) من القانون المدني، ويستخدم تارة أخرى مصطلح (الرجوع) كما في المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات، الأمر الذي يحسن تداركه وتوحيد المصطلحات المستخدمة بصدد هذا الحق.

## ثانياً. تعريف حق الرجوع

وقد عرف البعض الحلول "الرجوع" بصدد عقد التأمين بأنه: "هو أن تحل شركة التأمين محل المؤمن له (المتضرر) في المطالبة بالتعويض من الجهة التي تسببت بالضرر"<sup>(١)</sup>. كما عرفه البعض بأنه: "إنزال المؤمن منزلة المؤمن له المضرور في دعوى الحق والرجوع على المسؤول عن الضرر بالتعويض"<sup>(٢)</sup>.

في حين عرفه البعض الآخر بأنه: "حق المؤمن في الحلول محل المؤمن له في مطالبة أطراف ثالثة بالتعويض عن خسارة (يتحمل هؤلاء الأطراف مسؤوليتها كلياً أو جزئياً) قام المؤمن بدفع تعويض للمؤمن له بشأنها"<sup>(٣)</sup>.

أما المشرع الأردني فلم يعرف في القانون المدني الأردني الحق في الرجوع، إذ اكتفى بإيراد الأحكام المتعلقة به فحسب، فقد جاء نص المادة (٩٢٦) منه كما يأتي: "يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ما لم يكن من أحدث الضرر غير المتعمد من أصول وفروع المؤمن له أو من أزواجه وأصهاره أو ممن يكونون له في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أفعاله".

ونستطيع على ضوء هذا النص تحديد المقصود بالحق في الرجوع وفقاً للقانون الأردني، إذ يمكن تعريفه بأنه: الحق الذي تستطيع بموجبه شركة التأمين مطالبة الغير المتسبب في إيقاع الضرر بما بذلته نتيجة تغطية آثار الخطر المؤمن ضده الذي لحق بالمؤمن عليه. ويتضح من خلال هذا التعريف وجود ثلاثة أشخاص على صلة بحق الرجوع، وهؤلاء الأشخاص هم:

أ. المؤمن له: وهو الشخص الذي لحق به الضرر نتيجة وقوع الخطر المؤمن ضده والمستحق للتعويض.

(١) د. عبد الرحمن بن عبد الله السنيدي، التأمين التعاوني والإحكام المنظمة لعلاقة حملة الوثائق وحقوق الحلول والتحمل، مؤتمر التأمين التعاوني المنعقد بالجامعة الأردنية، إبريل ٢٠١٠، ص ٩.

(٢) د. محمد علي الصوا، مبدأ حق الحول، مؤتمر وثائق الأول، شركة وثائق للتأمين التكافلي، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٥.

(٣) تيسير التريكي، معجم مصطلحات التأمين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ٣٤٤.

ب. المتسبب: وهو الشخص الذي نجم عن فعله حدوث الخطر المؤمن ضده للمؤمن له والمسؤول عن دفع التعويض عن الإصابة، وهو غالبا ما يكون من الغير، أي اجنبي عن العقد.

ج. شركة التأمين: وهي صاحبة الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إيقاع الضرر فيما دفعته من تعويضات في سبيل جبر الأضرار اللاحقة بالمؤمن له.

### ثالثا. مسوغات إقرار الحق في الرجوع

يستند حق شركة التأمين في الرجوع على الغير المتسبب في إحداث الضرر للمؤمن له إلى مسوغات واعتبارات عديدة، إذ يمكن إجمال أهمها على النحو الآتي:

أ. تحميل الغير المتسبب بالضرر جريرة فعله وحماية المؤمن عليه، ذلك أن معرفة بعض الأشخاص من الغير لإمكانية إفلاته من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن إحداثه إضرارا بغيره وتحميل نتائجها لشركة التأمين قد يحثه ويغريه بإيقاع الضرر لذلك الشخص، لان ذلك المتسبب سيكون في منجأ من آثاره وعواقب فعلته، لذلك كانت ضرورات حماية المؤمن له ودرء الأخطار الناجمة عن أفعال الغير من مثل هؤلاء الأشخاص تقضي بوجوب تحميل المتسبب جريرة أفعاله<sup>(١)</sup>، فالأصل في المسؤولية أن تكون شخصية، إذ لا تترز وزارة وزر أخرى.

ب. الحيلولة دون الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد، ذلك أنه يجوز للمؤمن له الرجوع على المتسبب المسؤول عن الحاق الضرر به للحصول على التعويض عنها بموجب إحكام المسؤولية المدنية<sup>(٢)</sup>، كما يجوز له اللجوء إلى شركة التأمين بوصفه مؤمنا يستحق في مواجهتها تغطية الأضرار اللاحق به، وهو ما قد يفضي إلى اتخاذ العمل الضار ذريعة ومصدرا للإثراء غير المشروع على حساب الغير من خلال الحصول على تعويضين عن ضرر واحد، وهو ما يتعذر إقراره قانونا، فالضرر كقاعدة لا يجبر مرتين.

ج. حماية أموال

(١) قارن بصدد عقد التأمين: د. هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٠، ص ٢٧٣.

(٢) قارن بصدد عقد التأمين: د. عبد العزيز المرسي محمود، مدى حق المؤمن البري في الرجوع على الغير المسؤول عن الحادث المؤمن منه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣.

شركة التأمين ودعم مركزها المالي<sup>(١)</sup>، فلا يعقل أن تتحمل الشركة المسؤولية عن أفعال الغير المتسبب في وقوع الضرر، خصوصا مع محدودية الموارد المتاحة لها في سبيل تغطية الضرر المؤمن ضده.

ويشار هنا أيضا إلى أن إقرار حق الرجوع وان كان يظهر عملياً في تدعيم الموارد المالية لشركة التأمين، إلا أن أثره قد ينعكس على مقدار الأقساط المستحقة عن اشتراك جموع المؤمن عليهم في التأمين من الأضرار، إذ لا يعود الاعتماد في مصادر تمويل التأمين ضد الضرر متركزا ومنحصرا في الأقساط وبعض عوائد استثمارها، بل سيوجد إلى جانبها مصدر آخر يتمثل في التعويضات التي يتم تحصيلها من الغير المتسبب في الضرر، وهو ما عله يمكن الشركة من أداء مهامها ورسالتها على نحو أفضل ويحثها على خفض قيمة أقساط التأمين، لاسيما إذا ما اثبت الواقع ارتفاع إجمالي قيمة المبالغ المستوفاة من جراء الرجوع على الغير من المتسببين في ايقاع الضرر.

وبناء على ما سبق، نستطيع القول أن الحق في الرجوع على الغير المتسبب في ايقاع الضرر تبرره اعتبارات عدم التسامح والتساهل مع مرتكب الفعل الذي أدى إلى وقوع الضرر، لاسيما إن كان ذلك الفعل متعمداً، الأمر الذي يتوافق مع مقتضيات المنطق وقواعد العدالة، إضافة إلى تحقيقه مصالح عدة، يرتبط بعضها بحماية الحقوق المالية لشركة التأمين، فيما يرتبط البعض الآخر بتحقيق مصالح جموع المؤمن عليهم وحماية حقوقهم في دفع مقابل عادل والتخفيف عن كاهلهم، وهو ما يصب بالجملة في تحقيق أهداف وفلسفة التأمين ويعود بالنفع لصالح المجتمع عموماً<sup>(٢)</sup>، خصوصا وأن المؤمن عليهم لدى شركات التأمين يشكلون شريحة واسعة من المجتمع<sup>(٣)</sup>، كما أن التأمينات التي يغطيها متعددة ومتنوعة<sup>(٤)</sup>.

(١) ان النتائج الأولية التي أظهرتها البيانات المالية لشركات التأمين لسنة ٢٠١٤ وخلال النصف الأول منه تشير إلى أن خسائر ١٨ شركة تأمين بلغت ٧١٥٦ مليون مقارنة مع ٧٠٧٧ العام السابق له. تقرير صحفي في جريدة الدستور الأردنية، الصفحة الاقتصادية، ٣٠-٨-٢٠١٤

(٢) تقوم فكرة التأمين على التعاون الذي يجد أساسه في العلاقة القانونية التي تنظم الآثار بين المؤمن و المؤمن لهم و القائمة بموجب عقد هو عقد التأمين، و يفترض في هذا العقد أن ارادتي طرفيه اتجهتا الى افتراض حدوث خطر للمؤمن لهم في المستقبل على انه في حالة وقوعه يكون المؤمن مستعدا لمواجهة ذلك الخطر و تغطية الخسائر التي يتكبدها المؤمن له بمناسبة بما يتعين التعويض =

## المطلب الثاني: الأساس القانوني للحق في الرجوع

قد يخطر ببال البعض أن الأساس الذي يتيح لشركة التأمين الرجوع على الغير المتسبب في إيقاع الضرر<sup>(٣)</sup> هو أحكام المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) لسبق ارتكاب الغير المتسبب الفعل الذي الحق ضرراً بشركة التأمين، فلولا فعل ذلك الشخص لما تحملت الشركة بالالتزامات في مواجهة المؤمن له، ومن ثم كان من حقها الرجوع عليه لمطالبته بالتعويضات التي كان فعله سبباً في تحملها.

غير أنه يتعذر التسليم بصحة التصور السابق، فشركة التأمين تحملت الالتزام بتعويض المؤمن له المصاب لسبق اشتراكه لديها، كما أن فعل الغير المتسبب بالإصابة لم يقع على مال عائد للشركة.

لذلك فقد يثار في الذهن أن أساس هذا الحق يمكن استنباطه من اسمه، فهو يسمى بحق الرجوع، كما يسمى بحق الحلول، ذلك أن الشركة بدفعها للتعويضات إلى المؤمن له تكون قد أوفت بدين مستحق على الغير المتسبب في إيقاع الضرر، ومن ثم يكون من حقها الرجوع عليه لمطالبته بالتعويضات التي أدتها عنه.

ومع ذلك، فهذا التصور قد لا يسلم من الانتقاد الموجه لسابقه، فهو يغفل حقيقة مهمة تتمثل في أن سبب أداء الشركة للتعويضات إلى المؤمن له هو تعاقدته معها، فقد تقاضت في

---

= عن الأضرار التي كان سببها الحادث. د. محمود الكيلاني، عقود التأمين من الناحية القانونية : النظرية العامة في التأمين، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ص ٣١

(١) يشمل التأمين شريحة واسعة من الأشخاص والأشياء ومن المسؤولية، فمثلاً، تخضع المادة (٤) من نظام التأمين الإلزامي للمركبات رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ جميع المركبات بما فيها المركبات غير الأردنية لهذا النظام.

انظر كذلك نظام التأمين الإلزامي من أخطار الحريق والزلازل رقم (٦٥) لسنة ٢٠١٣.

(٢) تقضي المادة (١٠) من نظام التأمين الإلزامي على المركبات بالزام شركات التأمين بتعويض الأضرار في الحالات الآتية:

أ. الوفاة. ب. العجز الكلي الدائم. ج. العجز الجزئي الدائم. د. العجز المؤقت

هـ. الأضرار المعنوية الناجمة عن الوفاة أو العجز الكلي الدائم أو العجز الجزئي الدائم. "يشمل التأمين شريحة واسعة من الأشخاص والأشياء ومن المسؤولية، فمثلاً، تخضع المادة ٤ من نظام التأمين الإلزامي للمركبات جميع المركبات بما فيها المركبات غير الأردنية لهذا النظام.

(٣) انظر في عرض الأساس القانوني لحق الرجوع: د. جلال محمد إبراهيم، التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٨١٨ وما بعدها. د. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٥، ص ٢٤٤. د. خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٢٦ وما بعدها.

مقابل تلك التعويضات مبالغ الأقساط المستحقة على المؤمن له، فكان حقا عليها أن تؤدي في مقابل تلك الاقساط ما يستحق من التعويضات، ومن ثم فإنها أي - الشركة - تكون بأدائها لتلك التعويضات قد أوفت بالتزام مستحق بذمتها وواقع على عاتقها، لا بالتزام واقع على عاتق الغير المتسبب، فالأصل بحسب عقد التأمين نفسه أن وقوع الضرر يوجب تحمل الشركة للتعويضات المستحقة للمؤمن له، سواء أكان لهذا الضرر متسبب أم لا، وسواء عرف ذلك المتسبب أم لم يعرف، وهذا كله ليس بناء على إرادة الطرفين، بل بناء على نص في القانون سمح به مباشرة حتى ولو اتفق الطرفان على خلافه.

إذاً، لا يمكن الركون إلى المسؤولية التقصيرية أو دعوى الحلول بوصف أي منها أساس لحق الرجوع على الغير المتسبب، والأولى في اعتقادنا أن يعد نص القانون نفسه هو الأساس لحق الرجوع، فالقانون هو من نص مباشرة على منح شركة التأمين الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إيقاع الضرر، بالرغم من انعدام العلاقة بين شركة التأمين وذلك المتسبب.

وما يجدر الالتفات إليه هنا أن المشرع يجيز لشركة التأمين الرجوع على الغير المتسبب في إيقاع الضرر ولا يلزمها بذلك، بدليل ما ورد في صدر المادة (٩٢٦) من القانون المدني الأردني، فهي صريحة في ذلك، إذ نصت على الاتي: "يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر...".

الأمر الذي قضت بمثله المادة (١٨/ب) من نظام التأمين الإلزامي، والتي حددت الحالات التي يجوز فيها لشركة التأمين الرجوع على المتسبب، حيث نصت على الاتي: "يجوز لشركة التأمين الرجوع على المتسبب في الضرر لاسترداد ما دفعته الى الغير في أي من الحالتين التاليتين<sup>(١)</sup>:

١. اذا ثبت أن الحادث كان متعمدا من قبل السائق.

(١) يلاحظ استعمال المشرع الأردني لأكثر من مصطلح بصدد حق المؤمن هذا، فهو يستخدم تارة مصطلح (الحلول) كما في المادة (٩٢٦) من القانون المدني، ويستخدم تارة أخرى مصطلح (الرجوع) كما في المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات، وهما يدلان عادة على المعنى ذاته. غير أن ، وأبرز مثال على ذلك ما جاء في المادة (١٨) من نظام التأمين الإلزامي.

انظر كذلك: د. هيثم حامد المصاروة، عقد التأمين التعاوني في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الوراق للنشر والتوزيع، عمان،

٢. اذا كان الضرر ناجما عن حادث سببته مركبة سرقت أو أخذت غصبا".

وما تجدر الإشارة إليه بصدد النص السابق هو أن استعمال دعوى الرجوع قد لا يكون في كل الأحوال موجها نحو شخص أجنبي عن العقد، بل قد يكون في مواجهة أحد طرفيه، وتحديدًا نحو المؤمن له أو السائق، إضافة إلى شخص من الغير.

وعلى أية حال، فإن المشرع وعلى الرغم من إدراكه أهمية حق الرجوع والمبررات التي حشته على إقرار هذا الحق، إلا أنه ما زال مترددا في فرض هذا الحق وإلزام شركة التأمين على استيفائه، الأمر الذي يناقض المبررات التي بني عليها هذا الحق وما يمكن جنيه من مزايا وفوائد من جراء استعماله، أليس في ترك هذا الحق وعدم استخدامه من قبل شركات التأمين تحميل لها بما اقترفه غيرها؟ أليس في ترك هذا الحق تسامح وتساهل مع الغير المتسبب في إيقاع الضرر، أليس في ترك هذا الحق إغراء للغير في إيقاع الأضرار بالمؤمن له؟... نعتقد أنه من الأولى والأجدي بالمشرع اتخاذ موقف بعدم إثابة الغير المتسبب بإعفائه من جريرة فعله والسعي نحو ضمان فعالية حق الرجوع وتحقيق مصالح شركة التأمين والمؤمن لهم والمجتمع بأسره، وذلك بإجراء التدخل التشريعي الملأثم من خلال جعل الرجوع على المتسبب إجباري لا خيرة فيه لشركة التأمين أو أي من لجائها ذات العلاقة، ونقترح لهذا الغرض تعديل مطلع المادة (٩٢٦) من القانون المدني الأردني بحيث يتم استبدال كلمة "يجوز" الواردة في صدر المادة بكلمة "يتوجب"، لكي تصبح على النحو الآتي: "يتوجب على المؤمن أن يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر...".

ليس هذا فحسب، بل أن يتوجب تكرار الأمر ذاته حيثما يحتمل استعمال حق الرجوع، ونقصد على وجه الخصوص المادة (١٨/ب) من نظام التأمين الإلزامي للمركبات، لتصبح على النحو الآتي: "يتوجب على شركة التأمين الرجوع على المتسبب في الضرر لاسترداد ما دفعته...". وكذلك نظام التأمين الإلزامي من أخطار الحريق والزلازل رقم (٦٥) لسنة ٢٠١٣ والذي جاء خلوا من الإشارة لمثل هذا الحق، إذ لم تتطرق نصوصه إلى هذا الحق على الرغم من أهميته بصدد هذا النوع من التأمين.

## المبحث الثاني: ضوابط استعمال الحق في الرجوع

لشركة التأمين استعمال الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العمل وفق الضوابط التي حددها المشرع في المادة (٩٢٦) من القانون المدني الأردني، إضافة إلى نظام التأمين الإلزامي للمركبات.

وبتعبير آخر، فإنه يتوجب على الشركة عند رجوعها على الغير المتسبب مراعاة جملة من الضوابط، إذ يتعلق بعضها بضرورة التحقق من توافر شرط معينة، فيما يتعلق بعضها الآخر بما يتم المطالبة به.

وبناء عليه، تتطرق الدراسة في هذا المبحث إلى ضوابط حق الرجوع من خلال المطالبين الآتيين:

### المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها لاستعمال الحق في الرجوع

يشترط لقيام شركة التأمين باستعمال الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إيقاع الضرر توافر جملة من الشروط، وبما يمكن إجمالها على النحو الآتي:

#### أولاً. أن يكون حق المؤمن له المضرور قبل المسؤول مازال قائماً

وذلك بألا يكون المؤمن له قد تنازل عنه للمسؤول أو أبرأه منه أو تصالح معه، وإلا فإنه يقع على المؤمن له وحده تحمل عبء ما فرط به من حقوق، فشركة التأمين غير ملزمة بتحمل تبعات أي تنازل أو إبراء أو صلح يجريه المؤمن له دون علمها وموافقتها.

#### ثانياً. أن يكون المؤمن قد دفع فعلاً مبلغ التأمين للمؤمن له المضرور

لا يجوز للمؤمن استعمال حقه في الرجوع على المسؤول إلا إذا كان قد أدى فعلاً مبلغ التعويض المستحق للمؤمن له، إذ غالباً ما يحصل على ما يشبه ذلك من المؤمن له.

#### ثالثاً. ألا يكون من أوقع الضرر ممن تنعقد مسؤولية المؤمن له عن أفعاله

لقد تنبه المشرع الأردني إلى فرض يحول دون تحقيق الغاية من التأمين، فقد يقع الخطر المؤمن منه كالحريق أو السرقة من قبل شخص يكون المؤمن مسؤول عنه بوصفه مكلفاً برقايته أو لأنه ممن يتبعون للمؤمن له، فبموجب أحكام المسؤولية المدنية يجوز للدائن مطالبة المدين فإن لم يستطع الاستيفاء منه جاز له مطالبة الشخص المسؤول عنه والحصول منه على

التعويض<sup>(١)</sup>، فإذا كان ذلك الشخص المسؤول عن الفاعل هو المؤمن له كان مؤدى ذلك إهدار الغاية من التأمين<sup>(٢)</sup>، فيحصل المؤمن له على مبلغ التأمين من المؤمن بموجب أحكام عقد التأمين، ثم يقوم المؤمن بالرجوع على المسؤول فلا يجد لديه مالا فيضطر للرجوع على المسؤول عنه وهو هنا المؤمن له نفسه، فيكون المؤمن قد استوفى عين ما أداه من الشخص ذاته، أي سلبه باليمين ما أعطاه باليسار<sup>(٣)</sup>.

ووقوع مثل هذا الفرض ليس بالأمر المستبعد أو المستحيل، بل أن احتمال وقوعه كبير جدا في الكثير من الأحوال، ومثال ذلك الحريق الذي يشب في المنزل المؤمن عليه، فقد يكون سبب ذلك، إهمال الابن، أو تقصير الزوجة، أو خطأ الخادم، أو تعمد أحدهم، فيكون من حق المؤمن له استيفاء مبلغ التعويض<sup>(٤)</sup>، ولكن يكون من حق المؤمن أيضا الرجوع على المؤمن له بوصفه مسؤولاً عن غيره، فيقوم برد ما استوفاه.

لذلك فقد نص المشرع الأردني صراحة على منح المؤمن حق الرجوع في مواجهة الكافة ولكن مع مراعاة القيدين الآتيين:

أ. ألا يكون من يستعمل حق الرجوع عليه ممن يكون المؤمن له مسؤولاً عنه أو ممن يعيشون معه من الأشخاص، كالقروء والأصول والزوجة والأقارب الآخرين والخدم وغيرهم من التابعين.

(١) انظر: المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني. تقابل المواد (١٧٣-١٧٥) من القانون المدني المصري.

(٢) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، التأمين الخاص، المرجع السابق، ص ٢٩٢. د. عبد العزيز المرسى محمود، المرجع السابق، ص ٤٥، ص ٤٩، ص ٧٩. (L-121-12) Code Des Assurance

(٣) لقد تطرقت المذكرات الإيضاحية - في معرض تعليقها على المادة (٩٢٦) من القانون المدني - إلى العلة من استثناء بعض الأشخاص من حق المؤمن بالحلول في مواجهتهم، فأوردت لذلك ثلاثة أسباب، وذلك على النحو الآتي:

١. إن التأمين يشمل عادة كل خطأ يصدر عن أولئك المقربين للمؤمن له.

٢. إن المبلغ الذي يترتب على المؤمن أدائه في العقود مدى الحياة ليس له صفة التعويض.

٣. إن المؤمن يتقاضى مقابلاً لمبلغ التأمين من المؤمن له.

(وعلی هذا لا يكون للمؤمن حق في شيء يرجع به على الغير ليسوغ له الحلول محل المؤمن له بالمطالبة به ولا نكون قد منحناه أخذ مال الغير بدون سبب شرعي). المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المرجع السابق، ج ٢، ص ٦١٨.

(٤) انظر: المادة (٩٥٣) من القانون المدني الأردني. تقابل المادة (٧٦٩) من القانون المدني المصري.

ب. ألا يكون فعل أي من هؤلاء متعمداً، فإن كان ذلك الشخص قد تعمد إحداث الخطر كان من حق المؤمن الرجوع على أي منهم، فإن لم يستوف منه امتنع عليه مطالبة المؤمن له.

بقي أن نشير إلى أن للمتسبب المسؤول عن وقوع الضرر الاحتجاج في مواجهة المؤمن الذي يستعمل دعوى الرجوع بسائر الدفوع التي يستطيع التمسك بها في مواجهة المتضرر<sup>(١)</sup>، كالإبراء، أو سبق الوفاء بالتعويض، أو مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم).

### المطلب الثاني: نطاق حق الرجوع

القاعدة العامة في هذا الشأن أن استعمال المؤمن لحقه في الرجوع على المسؤول يكون في حدود ما دفع للمؤمن له فقط، حتى وإن كان مقدار الأضرار المستحقة التعويض أكثر، فالمادة (٩٢٦) من القانون المدني الأردني تقضي أن الموفي بحق الدائن لا يحل محله إلا بالقدر الذي أداه من هذا الحق، وتطبيقاً لذلك، لا يجوز للمؤمن أن يرجع على الغير المسؤول إلا في حدود ما أداه من مبلغ التأمين للمؤمن له ولو كان التعويض المستحق في ذمة الغير المسؤول أكبر من مبلغ التأمين.

ومع ذلك، فإنه يكون للمؤمن له أيضاً الحق في الرجوع على المسؤول بما يزيد عن مبلغ التأمين الذي تقاضاه إذا ما كانت الأضرار التي أصابته تزيد على ذلك المبلغ.

وقد يحدث أن يقوم المؤمن له والمؤمن بمطالبة المسؤول عن الضرر في الوقت ذاته، وذلك عندما يقوم المؤمن له بالرجوع على شركة التأمين فلا يحصل منها على كامل مبلغ التعويض، فيضطر لمطالبة المسؤول بالباقي، فيجد أن شركة التأمين قد استعملت حقها في الرجوع على المسؤول، فيستوفي كل منهما مقدار ما له قبل ذلك المسؤول إن كانت أموال الغير المسؤول تكفي لسداد كامل المبالغ المطلوبة منه.

ولكن المشكلة تثار بينهما عندما لا يتوافر قدر كاف من الأموال لسداد ما يستحقه المؤمن والمؤمن له في آن واحد، فأيهما أجدر بالاستيفاء من المسؤول أولاً، المؤمن أم المؤمن

(١) انظر: د. عبد القادر العطير، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

له؟ أم أنه يجب تطبيق القواعد العامة من القانون المدني<sup>(١)</sup>، بحيث تقسم أموال المسؤول بين الدائنين كافة قسمة غرماء دون تمييز بينهم؟

نعتقد بأنه كان بوسع المؤمن له المضرور الحيلولة دون وقوع مثل هذه النتيجة، إن هو قام بمطالبة المسؤول عن تعويض الأضرار اللاحقة به بموجب أحكام المسؤولية المدنية أولاً، فإن لم تكف أموال المسؤول لذلك قام بمطالبة شركة التأمين بباقي التعويض بموجب عقد التأمين المبرم بينهما، فيضمن استيفاء التعويض عن كامل الأضرار التي أصابته.

ولكن الأخذ بمثل هذا الرأي قد يفضي إلى إلحاق الأضرار بالمؤمن له وتضييع الفائدة التي توحي تحقيقها من إبرامه لعقد التأمين، فالمؤمن له وضع نصب عينيه لدى إبرامه عقد التأمين إيجاد مدين ملبىء ماليا يتولى تعويض الأضرار اللاحقة به كاملة وفي أسرع وقت ممكن، ونقصد بذلك المؤمن، والسماح بمزاحمة المؤمن للمؤمن له عند مطالبة الأخير للمسؤول عن الضرر يحول دون تحقيق مثل هذه الغاية، التي من أجلها أبرم عقد التأمين، وبذل في سبيلها الأقساط، فضلاً عن أن المتضرر من فعل المسؤول هو بالدرجة الأساس المؤمن له وليس المؤمن، فالمؤمن حصل في مقابل تغطيته الخطر ودفع مبلغ التعويض على المقابل - أي القسط - الذي يكون باستيفائه قد نأى بنفسه عن الخسارة، لذلك فالأجدر بالحصول على حقه أولاً هنا هو المؤمن له وليس المؤمن، فإن بقي من أموال المسؤول شيئاً كان من حق المؤمن الحلول في مواجهته بما كان قد دفعه للمؤمن له، الأمر الذي نعتقد بضرورة إفراد نص خاص به في القانون الأردني.

وجدير بالذكر أن اشتراك المؤمن له مع الغير المسؤول في إحداث الضرر يفضي إلى نتيجة مهمة تتمثل في حظر رجوع المؤمن على هذا المتسبب إلا في حدود ما يلزم به من تعويض، وهكذا تكون القاعدة العامة أن حق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول يتحدد بأقل القيمتين، قيمة ما أداه من مبلغ التأمين، أو قيمة ما هو مستحق في ذمة الغير من تعويض<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: المادة (٣٦٥) من القانون المدني الأردني. تقابل المادة (٢٣٤) من القانون المدني المصري.

(٢) انظر: د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٥٢٤.

بقي أن نشير إلى أن قد يقع التضاحم بين عدة مؤمنين أمن لديهم المؤمن له عند رجوعهم على المتسبب، وفي مثل هذه الحالة يتوجب تقسيم التعويض المستحق في ذمة المتسبب بين المؤمنين قسمة غرماء باعتبارهم متساوون في الحق الذي يرجعون به على ذلك المتسبب<sup>(١)</sup>.

#### الخاتمة

لقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات الهامة، إذ يمكن عرض أهمها على النحو الآتي:

#### ➤ النتائج

أولاً. يستخدم المشرع الأردني في القانون المدني مصطلح "حق الحلول"، فيما أستخدم في نظام التأمين الإلزامي للمركبات مصطلح "حق الرجوع"، على الرغم من أن المعنى المقصود في كلاهما لديه واحد.

ثانياً. يركز الحق في الرجوع على الغير المتسبب إلى نص القانون مباشرة، إذ يتعذر إسناده إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو دعوى الحلول.

ثالثاً. يقوم الحق في الرجوع على مسوغات عدة تتصل بعدم مكافأة الغير المتسبب على فعله المسبب للضرر، إضافة إلى تحقيق مصالح جموع المؤمن لهم وشركة التأمين والمجتمع بأسره.

رابعاً. جعل المشرع الأردني الحق في الرجوع على الغير المتسبب اختيارياً لشركة التأمين، الأمر الذي يخل بمصالح عدة ويحد من فعالية هذا الحق وأهميته.

خامساً. يجب ألا يحول إبراء المؤمن له للغير المتسبب أو أي تسوية أو اتفاق دون استعمال شركة التأمين لحقها في الرجوع على الغير المتسبب، فإن أراد ذلك المؤمن، فهو أولى أن يتحمل نتائجه لا شركة التأمين.

(١) المرجع نفسه.

## ➤ التوصيات

توصلت الدراسة إلى توصية رئيسة مفادها أن ضمان فعالية أحكام حق الرجوع في القانون المدني والتشريعات ذات الصلة تتطلب إجراء تدخل تشريعي خاص بهذا الحق، وذلك على النحو الآتي:

أولاً. يجدر بالمشروع الأردني توحيد المصطلحات المستخدمة بشأن هذا الحق في القانون المدني والتشريعات الأخرى.

ثانياً. يجدر بالمشروع جعل الحق في الرجوع حقاً إجبارياً وليس اختيارياً، والنص على إمكانية الرجوع على الغير المتعمد إحداث إصابة الضرر أياً كان، إذ يتطلب ذلك تعديل نص المادة (٩٢٦) من القانون المدني لتصبح على النحو الآتي: "يجب على المؤمن ان يحل محل المؤمن له بما دفعه من ضمان عن ضرر في الدعاوي التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في الضرر بعمد أو غير عمد الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ما لم يكن من احدث الضرر غير المتعمد من اصول وفروع المؤمن له او من ازواجه واصهاره او ممن يكونون له في معيشة واحدة او شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أفعاله". الأمر الذي ينطبق على صدر المادة (١٨/ب) من نظام التأمين الإلزامي للمركبات، أذ اقترحت الدراسة جعلها على النحو الآتي: "يتوجب على شركة التأمين الرجوع على المتسبب في الضرر لاسترداد ما دفعته..".

ثالثاً. يحسن النص على منح حق الرجوع مباشرة وصراحة لشركات التأمين بموجب نظام التأمين الإلزامي من أخطار الحريق والزلازل.

## قائمة المراجع

١. د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، جامعة الكويت، ١٩٨٣
٢. تيسير التريكي، معجم مصطلحات التأمين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
٣. د. جلال محمد إبراهيم، التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٤. د. خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.

٥. د.عبد الرحمن بن عبد الله السعيد، التأمين التعاوني والإحكام المنظمة لعلاقة حملة الوثائق وحق الحلول والتحمل، مؤتمر التأمين التعاوني المنعقد بالجامعة الأردنية، إبريل ٢٠١٠.
  ٦. د.عبد العزيز المرسي محمود، مدى حق المؤمن البري في الرجوع على الغير المسؤول عن الحادث المؤمن منه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
  ٧. د.عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٥.
  ٨. د.محمد علي الصوا، مبدأ حق الحول، مؤتمر وثاق الأول، شركة وثاق للتأمين التكافلي، الكويت، ٢٠٠٦.
  ٩. د.مصطفى محمد الجمال، التأمين الخاص، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.
  ١٠. د.هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٠.
  ١١. د.هيثم حامد المصاروة، عقد التأمين التعاوني في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.
- ❖ التشريعات والمذكرات الإيضاحية
١٢. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
  ١٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
  ١٤. نظام التأمين الإلزامي للمركبات الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠.
  ١٥. نظام التأمين الإلزامي من أخطار الحريق والزلازل الأردني رقم (٦٥) لسنة ٢٠١٣.
  ١٦. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الطبعة الثالثة، إعداد المكتب الفني بنقابة المحامين الأردنيين، عمان، ١٩٩٣.

## الحدود الدستورية للسلطة التشريعية في إقرار الموازنة العامة للدولة

أ.م.د. حيدر وهاب عبود(\*)

### Abstract

Many countries have incorporated in their constitutions formal and objective rules to be followed by the legislature when drafting public budget laws. Such rules take into consideration the special nature of the Budget Law : it is a temporary law effective for a specific period of time , and passing should not take long. It also deals with a specific issue: assessing State revenues and expenditures for the next year. Thus ,any irrelevant rules should be ruled out. The effective Iraqi constitution for 2005 does not include a large number of such rules. This paper tries to determine the relevant rules overlooked by Iraqi legislators , as the researcher believes the existence of these rules is necessary for drafting a law that meets the State needs and fulfills the requirements of suitable of suitable livelihood.

### مقدمة

يُعدُّ اختصاص إقرار الموازنة العامة من الإختصاصات البالغة الأهمية التي تمارسها المجالس النيابية، وتعود إهمية الإختصاص المذكور إلى الآثار المتعددة الناجمة عنه، فمن الناحية الدستورية: يترتب على سن قانون الموازنة تنظيم العلاقات المالية بين السلطات العامة، فتستعرف تلك السلطات على ما يجوز لها أن تنفقه من أموال في السنة المقبلة، وعلى مبالغ الإيرادات التي تحصلها، كما ان عرض مشروع الموازنة على المجالس النيابية يعد بحد ذاته فرصة مناسبة لها لكي تمارس وظيفتها الرقابية على السلطة التنفيذية، فما من موازنة إلا وترافقها مناقشات، ومجادلات وطرح للأسئلة، تسعى من ورائه السلطة التشريعية إلى متابعة أداء أعضاء السلطة التنفيذية ؛ لتقوم ما ظهر أعوجاجه ، ولتُعصّد ما استبان استقامته. فإقرار الموازنة هو الإجراء

(\*) أستاذ المالية العامة والتشريع المالي المساعد، كلية القانون / الجامعة المستنصرية.

الذي تمارس من خلاله السلطة التشريعية وظائفها الرئيسة المناطة بها المتمثلة: بالتشريع والرقابة.

ومن الناحية السياسية: يُنظر إلى الإقرار على أنه مناسبة لمعرفة مدى ثقة السلطة التشريعية بالحكومة، فتمرير الموازنة بسلاسة مؤشراً على أن الحكومة تحظى بثقة عالية، وأن الإنسجام قائم بينها وبين السلطة التشريعية. أما الرفض فيدل على عدم التوافق، وأن الثقة مفقودة أو على الأقل مهزوزة بينهما الأمر الذي قد ينجم عنه تقديم الحكومة استقالتها؛ لعجزها عن التفاهم مع السلطة التشريعية.

ومن الناحيتين: الاقتصادية والاجتماعية يخلق إقرار الموازنة الإطمئنان لدى المتعاملين مع الدولة سواء أكانوا موظفين أم متعاقدين، و يُشجع المستثمرين على إدخال أموالهم إليها، ويُحفز الدول الأخرى على بسط يد المعونة إتحافها، والمؤسسات المالية الدولية على إقراضها؛ لأن إقرار الموازنة في حد ذاته يعطي مؤشراً إيجابياً على سلامة تخطيط المالية العامة في الدولة، وحسن تنظيمها.

ونظراً لأهمية إقرار الموازنة العامة فقد رسمت الدساتير، في كثير من الدول، حدوداً للسلطة التشريعية، وهذه الحدود هي بمثابة ضوابط أو قيود ينبغي أن تتقيد بها السلطة المذكورة عند إقرارها لقانون الموازنة، وإلا فإن تخطي تلك الحدود من شأنه أن يؤدي إلى وسم قانون الموازنة العامة بعدم الدستورية، وما يهمننا هنا هو بيان تلك الحدود، وكشف النقاب عنها، لكي يُنتج الإعتماد التشريعي للموازنة آثاره القانونية الصحيحة.

مشكلة البحث: ذكرنا آنفاً أن كثيراً من الدساتير ألزمت السلطة التشريعية بإتباع قواعد معينة بمناسبة إقرار الموازنة العامة، وقد راعت تلك القواعد الخصوصية التي يحظى بها قانون الموازنة من حيث أنه قانون مؤقت يسري لمدة زمنية معينة مما يستلزم أن لا تستغرق إجراءات إعداده وإقراره وقتاً طويلاً، وأنه قانون يتناول موضوعاً محدداً هو تقدير إيرادات الدولة ونفقاتها لسنة مقبلة مما يقتضي إبعاده عن كل قواعد هجينة لا تمت لموضوعه بصله. أما الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ فلم يضم في ثناياه الكثير من تلك القواعد، وسنحاول في هذا البحث معرفة ما فات على الدستور العراقي من القواعد المذكورة التي نرى أن الأخذ بها يعد ضرورياً

لضمان سن قانون موازنة يليي الإحتياجات العامة في الدولة، ويحقق متطلبات المعيشة الملائمة.

خطة البحث : سيتكون البحث من مطلبين، يضم كل واحد منهما خمسة فروع، نتناول في المطلب الأول: الحدود الدستورية الشكلية لإقرار الموازنة العامة، ونقف في المطلب الثاني : على الحدود الدستورية الموضوعية للإقرار المذكور، ثم نختم البحث بخاتمة تتكون من : الإستنتاجات، والمقترحات التي نراها جديرة بالطرح.

### المطلب الأول: الحدود الدستورية الشكلية لإقرار الموازنة العامة

يقصد بالحدود الشكلية: الإجراءات والشكليات اللازم إتباعها عند إقرار الموازنة العامة، وتمثل تلك الحدود بوجوب أن تقرر السلطة التشريعية مشروع موازنة معد من قبل السلطة التنفيذية حصراً، وأن يُناقش المجلس التشريعي الأدنى مشروع الموازنة قبل المجلس الأعلى في الدول التي تتبنى العمل بنظام المجلسين التشريعيين، وأن تُتبع طريقة التصويت التي ينص عليها الدستور، وأن يبقى فصل الإنعقاد الذي تُعرض فيه الموازنة مفتوحاً لحين الموافقة عليها ، وأن تقرر السلطة التشريعية الموازنة العامة سنوياً. وسوف نعكف على تناول الحدود المذكورة في الفروع الخمسة التالية :

### الفرع الأول: إقرار السلطة التشريعية لمشروع موازنة معد من قبل السلطة التنفيذية حصراً

يحظر المشرع الدستوري على السلطة التشريعية، في كثير من الدول، المبادرة بإعداد الموازنة العامة وتحضيرها، وغالباً ما يعهد المشرع المذكور هذه المهمة إلى السلطة التنفيذية، ففي العراق يختص مجلس الوزراء بتقديم مشروع الموازنة إلى مجلس النواب لإقراره<sup>(١)</sup>، وبالمثل تُقدم الحكومة في مصر المشروع إلى مجلس النواب لإعتماده<sup>(٢)</sup>، وفي الكويت يختص مجلس الوزراء بتقديم المشروع إلى مجلس الأمة للموافقة عليه<sup>(٣)</sup>. وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعد مكتب الإدارة ( وهو أكبر أجهزة المكتب التنفيذي للرئيس الأمريكي ) مسودات الموازنة الفدرالية السنوية ليُقدمها الرئيس إلى الكونجرس للموافقة عليها<sup>(٤)</sup>.

ويبرر إختصاص السلطة التنفيذية بإعداد الموازنة بالأسباب التالية<sup>(٥)</sup> :

أولاً : قدرة السلطة التنفيذية، أكثر من غيرها من السلطات، بما لديها من معلومات وبيانات، على تقدير وجوه الإنفاق المختلفة التي تحتاجها كل وزارة، والمبلغ اللازم إنفاقه في كل وجه، هذا من جهة، وعلى تقدير وجوه الإيرادات المختلفة، والمبلغ المنتظر جبايته من كل وجه من جهة أخرى.

ثانياً : إن السلطة التنفيذية هي المسؤولة عن تنفيذ الموازنة في الأصل، ومن ثم يكون من المنطقي أن يعهد إليها اختصاص إعداد الموازنة بما يساهم في تنفيذ الأهداف المناطة بالسلطة المذكورة.

ثالثاً : تعد الموازنة وحدة واحدة لا تتجزأ، ومن ثم يتعين أن يسود الإنسجام والتوافق بين أجزائها، ولا يتسنى تحقيق هذا إلا بتوحيد الجهة التي تقوم بإعداد الموازنة وتحضيرها.

رابعاً : يحتاج تحضير الموازنة إلى خبرات فنية، ومهارات إدارية قد لا تتوافر لدى السلطة التشريعية حيث أن تحويل البرلمان سلطة تحضير الموازنة كفيل بإخراج موازنة غير متناسقة، لكثرة رغبات أعضائه المتعارضة غالباً ؛ ولأن هؤلاء الأعضاء كثيراً ما يخضعون لتأثير المصالح الانتخابية التي قد تتعارض مع المصلحة العامة، ومع ما يتطلبه تحضير الموازنة وإعدادها من أسس وضوابط موضوعية.

نستنتج مما تقدم : أن مرحلة إعداد الموازنة العامة هي من اختصاص السلطة التنفيذية، ولا يجوز للسلطة التشريعية الاعتداء على هذا الاختصاص وإلا غدت منتهكة لمبدأ الفصل بين السلطات، ومرتبكة لمخالفة دستورية، وهذا ما ذهب إليه المحكمة الاتحادية العليا في العراق بقولها: (... ذهب مجلس النواب عند تشريعه للقانون اضافة المادة ( ٤٦ ) إلى المشروع الحكومي للموازنة والتي نصت على: ( يقدم ديوان الرقابة المالية الاتحادي والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات موازنتهم السنوية إلى مجلس النواب لإقرارها ) وبذلك أجازت هذه المادة المضافة إلى مشروع قانون الموازنة إلى ديوان الرقابة المالية والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات تقديم موازنتهما السنوية إلى مجلس النواب لإقرارها دون المرور بوزارة المالية ومناقشتها في مجلس الوزراء، وأصبح لهما الحق تقديمها مباشرة إلى مجلس النواب وهذا يتعارض مع مبدأ فصل السلطات المنصوص عليه في المادة ( ٤٧ ) من الدستور، وأن الدستور

في المادة ( ٨٠ / رابعا ) تنص - الأصح ينص - على صلاحية مجلس الوزراء بإعداد مشروع الموازنة (و) هو اختصاص حصري لمجلس الوزراء....<sup>(٦)</sup>.

الفرع الثاني: مناقشة المجلس التشريعي الأدنى مشروع الموازنة قبل المجلس الأعلى تتكون السلطة التشريعية، في دول كثيرة، من مجلسين، أحدهما أعلى يسمى: بمجلس اللوردات أو الشيوخ أو الأعيان، والآخر أدنى يعرف: بمجلس النواب، أو مجلس الشعب، أو الجمعية الوطنية. ويعود السبب في هذا التكوين إلى اعتبارات تاريخية كما هو الحال في بريطانيا التي يوجد فيها مجلس العموم واللوردات، أو اعتبارات ديمقراطية كما هو الحال في فرنسا التي نجد فيها الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو اعتبارات سياسية تتعلق بشكل الدولة الفدرالي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي يوجد فيها مجلس النواب ومجلس الشيوخ<sup>(٧)</sup>.

يتشرح مما تقدم أن المجالس التشريعية العليا على ثلاثة أنواع : مجالس ارستقراطية، ومجالس ديمقراطية، ومجالس فدرالية<sup>(٨)</sup>. ومن اللافت للنظر أن الدول تختلف فيما بينها حول مدى صلاحية المجالس المذكورة في نظر مشاريع الموازنة العامة حسب التفصيل التالي :

#### أولاً : نظر المجالس العليا الأرستقراطية لمشاريع الموازنات العامة

إن الدول التي توجد فيها مجالس عليا ارستقراطية غالبا ما تلزم السلطة التنفيذية بإيداع مشروع الموازنة في المجلس التشريعي الأدنى قبل عرضه على المجلس الأعلى، ففي بريطانيا يحظى مجلس العموم بأسبقية النظر في القوانين المالية، ومنها: قانون الموازنة<sup>(٩)</sup>. وقد عمل بهذه القاعدة كذلك في ظل القانون الأساسي العراقي المُلغى الذي ألزم وزير المالية صراحة بأن يعرض القوانين المالية على مجلس النواب قبل عرضه على مجلس الأعيان<sup>(١٠)</sup>.

ويبرر هذا المسلك الدستوري في أن المجلس الأدنى غالبا ما يتكون عن طريق الإنتخاب، أما المجلس الأعلى ( الارستقراطي ) فلا تتوافر في اعضائه هذه الصفة ؛ لأنهم يحصلون على عضويتهم بالتعيين أو الوراثة، فيعد المجلس الأدنى تبعا لذلك أصدق تمثيل للشعب، وأقوى تعبير عن الديمقراطية<sup>(١١)</sup>، فكان طبيعيا أن يحظى المجلس الأدنى بأولوية في نظر أهم وثيقة مالية في الدولة المتمثلة بالموازنة العامة<sup>(١٢)</sup>. وقد يعتقد البعض أن تمتع المجلس الأدنى

بامتياز الأسبقية في نظر مشاريع قوانين الموازنة لا يحمل في طياته معنى، أو مغزى، أو دلالة يُعتمد بها. بيد أن هذا الاعتقاد خاطئ ؛ لأن دلالات هذا المسلك الدستوري كثيرة أهمها :

١ - إن تمتع المجلس الأدنى بحق الأولوية في نظر مشروع الموازنة يدل على علو مكانته، ورجحان كفته في نظر الأمور المالية<sup>(١٣)</sup>.

٢ - يستطيع المجلس الأدنى الذي ينظر أولا مشروع الموازنة أن يتعمد إطالة مناقشتها، واعتمادها ليرسلها إلى المجلس الأعلى قبل بداية السنة المالية بوقت قصير مما يضطر المجلس الأخير للموافقة عليها دون مناقشة أو دراسة كافية<sup>(١٤)</sup>.

٣ - رتب بعض الدول على قبول المجلس الأدنى لمشروع الموازنة نتيجة في غاية الأهمية قوامها سلب سلطة المجلس الأعلى في رفض المشروع أو تعديله. ففي بريطانيا على سبيل المثال كان مجلس اللوردات يتمتع بصلاحيات مالية مساوية لصلاحيات مجلس العموم، إلا أنه في عام ١٩٠٩ نشبت أزمة حادة نتجت عن رفض مجلس اللوردات مشروع الموازنة الذي تقدمت به الحكومة العمالية آنذاك بزعامة (لويد جورج)، وكان سبب الرفض هو تضمن المشروع زيادة في الضريبة المفروضة على الدخل لدفع معاشات التقاعد ونفقات الدفاع<sup>(١٥)</sup>، وعلى اثر ذلك صدر في عام ١٩١١ قانون يقلص الصلاحيات المالية والتشريعية لمجلس اللوردات، وأضطر هذا الأخير إلى الموافقة على هذا القانون بعد أن هددت الحكومة العمالية باستعمال حقها بتعيين عدد كبير من اللوردات لضمان وجود أغلبية توافق على القانون<sup>(١٦)</sup>، وقد أكد القانون المذكور أن ليس لمجلس اللوردات سوى المصادقة على القوانين المالية ومنها الموازنة العامة، وأن ليس له حق رفضها أو تعديلها، وإذا هو لم يوافق على التشريعات المالية في مدة شهر واحد، أو أن هو عدل فيها، يوقع الملك على القانون كما أقره مجلس العموم ويصبح عندئذ نافذا. وفي ذلك شاع القول: بأن التاج يطلب الإعتمادات، ومجلس العموم يمنحها، ومجلس اللوردات يوافق عليها<sup>(١٧)</sup>.

ثانيا : نظر المجالس العليا الديمقراطية لمشاريع الموازنة

تشكل المجالس العليا في بعض الدول عن طريق الانتخابات فتعد بذلك مجالس ديمقراطية، وهذا ما يقتضي نظريا، أن يُساوي المشرع الدستوري بينها وبين المجالس الدنيا في نظر

مشاريع الموازنات. بيد أن هذا القول لا يصدق في كل الأحوال. ففي فرنسا، على سبيل المثال، أوجب دستورهما النافذ لسنة ١٩٥٨ أن يُطرح مشروع الموازنة أمام الجمعية الوطنية قبل عرضه على مجلس الشيوخ<sup>(١٨)</sup> على الرغم من أن الأخير يختار أعضائه بالطريقة ذاتها التي يختار بها المجلس الأول، أي عن طريق الانتخاب<sup>(١٩)</sup>.

ورب سائل يسأل ما سبب هذا التمييز بين المجلسين مع أنهما يتشكلان بالطريقة ذاتها ؟ ربما ما قاله العلامة: ( مورييس دوفرليه ) يصلح سببا لهذا التمييز، فقد وصف ديمقراطية مجلس الشيوخ بأنها ديمقراطية زائفة وظاهرية ؛ لكونها وليدة اقتراع غير مباشر وغير متساوي إلى حد كبير يضمن تفوقا ساحقا للأرياف ( المحافظة ) على المدن ( المتقدمة )، فهئة ناخبي مجلس الشيوخ الأغلبية المطلقة فيها للناخبين من ممثلي القرى التي يقل عدد سكانها عن ١٥٠٠ نسمة، وهي التي تؤلف ثلث الشعب فحسب، وهكذا يكون أعيان الأرياف هم الذين يختارون أعضاء مجلس الشيوخ<sup>(٢٠)</sup>، بينما بالمقابل تنبثق الجمعية الوطنية من الشعب على أساس الاقتراع العام المباشر<sup>(٢١)</sup>.

### ثالثا : نظر المجالس العليا الفدرالية لمشاريع الموازنة

تتبنى الدولة الاتحادية ( الفدرالية )، عادة، البرلمان القائم على نظام المجلسين : مجلس النواب (المجلس الأدنى ) الذي يمثل سكان الاتحاد، ومجلس الشيوخ ( المجلس الأعلى ) الذي يمثل الولايات الداخلة في الاتحاد<sup>(٢٢)</sup>، ويختار الأعضاء عادة في كلا المجلسين عن طريق الانتخابات<sup>(٢٣)</sup> كما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٢٤)</sup>، مما يسبغ عليهما طابعا ديمقراطيا، لذلك فهما يتساويان في البدء بنظر مشروع الموازنة، إذ يقدم رئيس الجمهورية هناك المشروع إلى كلا المجلسين في الوقت ذاته<sup>(٢٥)</sup>. بيد أن هذا القول لا يقدر في حقيقة هامة هي أن لمجلس النواب الأمريكي أفضلية السبق في نظر بقية مشاريع القوانين المالية، فتمت شرط دستوري<sup>(٢٦)</sup> يلزم تقديم كل مشروعات القوانين الخاصة باليرادات، أو الضرائب إلى مجلس النواب أولا<sup>(٢٧)</sup>.

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام : ما موقف المشرع الدستوري العراقي من مناقشة السلطة التشريعية لمشروع الموازنة العامة ؟

لابد من القول بادئ الرأي : إن الدستور العراقي النافذ تبنى النظام الاتحادي ( الفدرالي ) عندما وصف جمهورية العراق بأنها دولة اتحادية<sup>(٢٨)</sup> والمعلوم أن الدولة الفدرالية تقوم، عادة، على ثنائية المجالس التشريعية، ولم يشذ المشرع العراقي عن هذا المسلك، فوفقا لأحكام الدستور النافذ تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد<sup>(٢٩)</sup>. ويتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب بأكمله<sup>(٣٠)</sup>.

أما مجلس الاتحاد، فيضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وقد أحال المشرع الدستوري تكوين المجلس، وشروط العضوية فيه، واختصاصاته، وكل ما يتعلق به إلى قانون يصدر من مجلس النواب<sup>(٣١)</sup> بيد أن هذا القانون لم يُبصر النور لغاية الآن. لقد كان حريا بالمشرع العراقي أن ينص في صلب الدستور على كيفية تكوين مجلس الاتحاد، وإختصاصاته لا أن يعهد بهذه المسائل إلى مجلس النواب كي يقررها بقانون اعتيادي يسن من قبله ؛ لأن مجلس النواب قد ينتقص من صلاحيات مجلس الاتحاد مما يخل بالتوازن المنشود بين المجلسين.

عموما فإن مصلحة الدولة المالية تقتضي الإسراع بتشكيل مجلس الاتحاد، وأن يُعهد إليه اختصاص النظر بمشاريع الموازنات الاتحادية، لا فرق في ذلك بينه وبين مجلس النواب، ليقف مجلس الاتحاد على مدى إستيفاء تلك المشاريع للشروط التي يتطلبها الدستور النافذ في توزيع الموارد المالية، مثل : تخصيص الموارد بشكل عادل وشفاف للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم<sup>(٣٢)</sup>، وبما يكفي للقيام بأعبائها ووظائفها مع الأخذ بنظر الإعتبار مواردها وحاجاتها ونسبة السكان فيها<sup>(٣٣)</sup>، وبما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة<sup>(٣٤)</sup>.

### الفرع الثالث: إتباع طريقة التصويت التي ينص عليها الدستور

تضع السلطة التشريعية، بتصويتها على مشروع قانون الموازنة العامة، الحدود المالية لنشاط السلطة التنفيذية<sup>(٣٥)</sup>. وقد جرى تطور كبير على طريقة التصويت على الإعتمادات المدرجة في مشروع الموازنة ويمكن القول: إن ثمت طريقتين بهذا الصدد يمكن بيانهما على النحو الآتي :

### اولا : طريقة التصويت الإجمالي

تصوت السلطة التشريعية على مشروع الموازنة وفق هذه الطريقة بابا بابا أو فصلا فصلا، ويُخصص كل باب، أو فصل لوزارة، أو هيئة من هيئات الدولة بإعتبارها وحدة واحدة. ولا يجوز النقل من الباب، أو الفصل التابع لأحد الوزارات أو الهيئات الذي فيه فائض إلى الباب أو الفصل التابع إلى وزارة أخرى الذي يعاني من عجز إلا بموافقة السلطة التشريعية. لكن يُسمح للسلطة التنفيذية، في العادة، أن تُجري مناقلة داخل الباب الواحد أو الفصل الواحد كأن يجري النقل بين قسم وآخر، أو بين بند وآخر، أو بين مادة وأخرى<sup>(٣٦)</sup>، وهذا ما يُضفي على هذه الطريقة في التصويت مرونة كبيرة في العمل، ويُزود الإدارة بسلطة تقديرية في ممارسة نشاطها المالي<sup>(٣٧)</sup>. ومن أمثلة الدول التي تبنت هذه الطريقة في التصويت مصر والكويت إذ يجري التصويت على الموازنة فيهما بابا بابا<sup>(٣٨)</sup>، والأردن التي يصوت فيها على الموازنة فصلا فصلا<sup>(٣٩)</sup>.

### ثانيا : التصويت التفصيلي

تصوت السلطة التشريعية بمقتضى هذه الطريقة على اعتمادات الموازنة بصورة تفصيلية، فبدلاً من التصويت الإجمالي بابا بابا أو فصلا فصلا، يجري التعمق بصورة أكبر في تخصيص الاعتمادات من خلال التصويت على الإعتمادات المرصدة داخل الباب، أو الفصل الواحد كأن يجري التصويت على الموازنة قسماً قسماً، ومادة مادة، أو بنداً بنداً، وهكذا<sup>(٤٠)</sup>.

وهذه الطريقة في التصويت، وإن كانت تزيد من فاعلية الرقابة التشريعية على نشاط الحكومة، وتستجيب لقاعدة تخصيص الإعتمادات إلا أن ما يعيب الطريقة المذكورة هو افتقارها إلى المرونة، فلا يجوز النقل من بند إلى آخر في اعتمادات موازنة الوزارة، أو الهيئة نفسها إلا بعد موافقة السلطة التشريعية<sup>(٤١)</sup>.

ومن أمثلة الدول التي عملت بهذه الطريقة : لبنان إذ يقترح فيه مجلس النواب على الموازنة بنداً بنداً<sup>(٤٢)</sup>.

والسؤال الذي يُطرح هنا ما طريقة التصويت على الموازنة المتبعة في التشريع العراقي ؟

يلاحظ أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، والنظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧، وقانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤ جاءت جميعها خالية من نص يفرد للموازنة طريقة التصويت الخاصة بها، وأكتفى المشرع في النظام الداخلي المذكور أعلاه ببيان الإجراءات التشريعية الواجبة إتباعها عند التصويت على مشروعات القوانين بصورة عامة، وقد ركزت الأحكام التي نظمت هذه الإجراءات على مناقشة المشروعات مادة (٤٣)، وهذه الإجراءات وإن كانت تنسجم مع مشروعات القوانين عموماً فإنها ليست كذلك بالنسبة لمشروع قانون الموازنة العامة، لأن المشروع المذكور لا ينطوي على مواد قانونية حسب بل يضم كذلك جداول رقمية تعد عصب الموازنة وروحها، وهذا ما يستدعي من المشرع الدستوري العراقي أن يفرد للموازنة نصاً يبين طريقة التصويت الخاصة بها مثلما فعلت الدساتير المقارنة، لكن ما جرى عليه العمل فعلاً هو أن مجلس النواب العراقي يصوت على مشروع الموازنة باباً باباً، وأساس ذلك هو أن الموازنة مقسمة على أبواب حيث يُخصص لكل وحدة إنفاق باب مستقل يحمل رقماً خاصاً به، وأحياناً يُقسم الباب على أقسام، إذ يُمثل القسم بشكل رئيس الجهة أو المرفق المختص بالصرف ضمن نشاط الباب، ومجلس النواب لا يصوت على الأبواب حسب بل يُصوت كذلك على ما قد تضمنه تلك الأبواب من أقسام تابعة لها. فعلى سبيل المثل الباب: رقم (٢) من الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ يضم قسمين: أحدهما يحمل رقم (١) مخصص لرئاسة الجمهورية، والآخر رقم (٢) مخصص للمجمع العلمي<sup>(٤٤)</sup>.

الفرع الرابع: إبقاء فصل الإنعقاد الذي تُعرض فيه الموازنة مفتوحاً لحين الموافقة عليها

الزمت الدساتير، في عدد من الدول، السلطة التشريعية بالتصويت على مشروع الموازنة في فصل الإنعقاد الذي يُعرض فيه المشروع على الدرس والمناقشة، ومنعت تلكم الدساتير السلطة التشريعية فض أدوار إنعقادها، أو إنهاء جلساتها قبل الفراغ من إقرار الموازنة. فالدستور العراقي النافذ نص صراحة بأن: ( لا ينتهي فصل الإنعقاد الذي تُعرض فيه الموازنة الا بعد الموافقة عليها )<sup>(٤٥)</sup>، كما نص الدستور القطري النافذ بأنه: (... لا يجوز فض دور الإنعقاد قبل اعتماد

موازنة الدولة<sup>(٤٦)</sup>. وجاء في الدستور الكويتي النافذ بأن : ( لمجلس الأمة دور انعقاد سنوي لا يقل عن ثمانية أشهر، ولا يجوز فض هذا الدور قبل اعتماد الميزانية )<sup>(٤٧)</sup>.

إن الغاية من هذا الإجراء : هو حث المجالس النيابية على اعتماد الموازنة قبل بداية السنة المالية كي تنتظم مالية الدولة، ويسير نشاطها بإطراد. وعليه فإن إنهاء فصل الإنعقاد التشريعي الذي تُناقش فيه الموازنة قبل التصويت عليها يُعد إجراء باطلا ؛ لمخالفته الصريحة للدستور، كما يُعد باطلا كذلك ما يُبديه المجلس النيابي من موافقات في الفصول، أو أدوار الإنعقاد اللاحقة التي تلي الفصل، أو الدور الذي عُرضت فيه الموازنة على الدرس والمناقشة.

لكن ماذا لو حدث أن إنتهت مدة الدورة الإنتخابية لمجلس النواب ولما تزل الموازنة العامة معروضة عليه، والنقاشات جارية بشأنها أبحق للمجلس إبقاء الجلسة مفتوحة بحجة عدم جواز إنهاء فصل الإنعقاد الذي تعرض فيه الموازنة إلا بعد الموافقة عليها ؟

تحدد الدساتير عادة للمجالس النيابية ولاية تشريعية مؤقتة، ففي العراق حدد المشرع الدستوري تلك المدة بأربع سنوات تقويمية، تبدأ بأول جلسة لمجلس النواب، وتنتهي بنهاية السنة الرابعة<sup>(٤٨)</sup>. وعليه فإن إنتهاء مدة الدورة الإنتخابية لمجلس النواب يعني فقدانه لاختصاصه من الناحية الزمنية، فتعد أعماله تبعا لذلك باطلة لعدم الإختصاص، ومن ثم فلا يحق للمجلس النيابي الذي إنتهت ولايته التشريعية إبقاء جلسته مفتوحة لحين إقرار الموازنة بل ينتهي المجلس نهاية طبيعية بإنتهاء مدته، وتجري إنتخابات لإختيار أعضاء مجلس النواب الجديد، ويعرض عليه مشروع قانون الموازنة الذي لم يقره المجلس السابق لإقراره إذا لم تكن السنة المالية لتلك الموازنة قد إنصرفت.

أما عن كيفية سير نشاط الدولة المالي خلال المدة المحصورة بين نهاية مجلس النواب السابق وبداية عمل مجلس النواب الجديد، فإن القوانين المالية تضع حلولاً لمعالجة ذلك الفراغ التشريعي منها : العمل بالموازنات الشهرية المؤقتة، أو العمل بمشروع الموازنة الذي لم يقره مجلس النواب. وسوف نقف على الحلول المذكورة في موضعها من البحث.

لكن هل أن عبارة الموازنة العامة الواردة في الدستور العراقي النافذ تشمل كذلك الموازنة التكميلية، ومن ثم تنطبق عليها القاعدة المذكورة آنفا وهي عدم جواز إنهاء الفصل التشريعي الذي تُعرض فيه إلا بعد الموافقة عليها ؟

أجابت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالقول: ( إن المادة ( ٥٧ ) من دستور جمهورية العراق أشرت إلى انتهاء فصل الإنعقاد التشريعي الذي تُعرض فيه ( الموازنة العامة ) الموافقة على هذه الموازنة من قبل مجلس النواب ولا ينتهي الفصل إلا بعد الموافقة عليها. وحيث أن ( الموازنة التكميلية ) هي جزء متمم للموازنة العامة، وتؤدي ذات الأغراض التي تؤديها ( الموازنة العامة )، وهي تسيير شؤون الدولة وإدامة المرافق العامة فيها. وحيث أن الجزء يأخذ حكم الكل ولا ينفرد عنه بحكم مختلف وتأسيسا على ما تقدم ترى المحكمة الاتحادية العليا أن تعبير ( الموازنة التكميلية ) ينصرف إلى ما ينصرف إليه تعبير ( الموازنة العامة ) المنصوص عليها في المادة ( ٥٧ ) من دستور جمهورية العراق حكما، وأن الموافقة على ( الموازنة التكميلية ) شرط لازم لإنهاء فصل الإنعقاد التشريعي الذي تُعرض فيه (٤٩).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه المحكمة ؛ لأن الموازنة التكميلية هي موازنة تعدل الموازنة العامة للدولة، وتتم بالإجراءات ذاتها التي تمر بها من حيث تحضيرها، وإعدادها، وإقرارها، وتنفيذها، والرقابة عليها(٥٠).

#### الفرع الخامس: إقرار السلطة التشريعية الموازنة العامة سنويا

تعد قاعدة السنوية من قواعد الموازنة العامة الأساسية التي نصت عليها صراحة الكثير من الدساتير، مثل : الدستور الكويتي (٥١)، و اللبناني (٥٢)، و الأردني (٥٣). وللقاعدة المذكورة معاني متعددة أهمها : أن تُقر السلطة التشريعية مشروع الموازنة سنويا، وأن يستمر مفعول الإقرار لمدة سنة واحدة فقط(٥٤)، وهذا ما يستلزم من السلطة التنفيذية الرجوع سنويا إلى السلطة التشريعية للحصول على موافقتها بشأن تقدير إيرادات الدولة ونفقاتها للسنة المالية المقبلة (٥٥). والسنة المالية هي المدة الزمنية التي تُنفذ خلالها الموازنة العامة، وتتكون في الغالب من اثني عشر شهرا، وتقتضي سلامة مالية الدولة أن تفرغ السلطة التشريعية من إقرار الموازنة قبل بدء السنة المالية، كي يتسنى لمرافق الدولة تنفيذ الموازنة بكامل مدتها، وإلا فإن أي تأخير في الإقرار سوف ينعكس حتما على تنفيذ الموازنة سلبا، وتختلف الدول في تحديد بداية السنة المالية ونهايتها، كما تختلف في المهلة المخصصة للسلطة التشريعية لمناقشة الموازنة وإقرارها، والجدول التالي يوضح هذا الاختلاف (٥٦) :

| ت  | الدولة           | آخر موعد لتسليم الحكومة مشروع الموازنة الى البرلمان | بدء السنة المالية | مدة المناقشة البرلمانية |
|----|------------------|-----------------------------------------------------|-------------------|-------------------------|
| ١- | فرنسا            | أول ثلاثاء من شهر تشرين الأول                       | ١ كانون الثاني    | حوالي ثلاثة أشهر        |
| ٢- | اليابان          | خلال كانون الثاني                                   | ١ نيسان           | حوالي ثلاثة أشهر        |
| ٣- | كوريا الجنوبية   | ٢ تشرين الأول                                       | ١ كانون الثاني    | حوالي ثلاثة أشهر        |
| ٤- | المكسيك          | ٨ أيلول                                             | ١ كانون الثاني    | حوالي أربعة أشهر        |
| ٥- | هولندا           | الثلاثاء الثالثة من شهر أيلول                       | ١ كانون الثاني    | أكثر من ثلاثة أشهر      |
| ٦- | السويد           | ٢٠ أيلول                                            | ١ كانون الثاني    | أكثر من ثلاثة أشهر      |
| ٧- | المملكة المتحدة  | متروك لسلطة وزير الخزانة                            | ١ نيسان           | -                       |
| ٨- | الولايات المتحدة | أول اثنين من شهر شباط                               | ١ تشرين الأول     | حوالي ثمانية أشهر       |

ومن الجدير بالإشارة إلى أن الدستور العراقي النافذ لم ينص صراحة على مبدأ سنوية الموازنة العامة خلافاً للدساتير العراقية السابقة، مثل : القانون الأساسي الملغى لسنة ١٩٢٥ الذي أورد نصاً صريحاً بهذا الخصوص جاء فيه : ( يجب أن تُصدق مخصصات كل سنة بقانون سنوي يُعرف بقانون الميزانية، وهذا يجب أن يحتوي على مُخمن الواردات والمصاريف لتلك السنة)<sup>(٥٧)</sup>. ونرى أن النص على قاعدة سنوية الموازنة في الدستور من شأنه أن يُعزز الرقابة التشريعية، ويُقوي موقف ممثلي الشعب، لأن الموازنة تُمثل اللجام الذي يمسك به البرلمان السلطة التنفيذية عندما تُمارس اختصاصاتها التقديرية، ولأن النص على القاعدة المذكورة يُجبر السلطة التنفيذية على أن تعود إلى البرلمان في كُل عام لكي تأخذ منه الموافقة على كيفية الحصول على الأموال، وكيفية انفاقه<sup>(٥٨)</sup>. وعلى العموم فإن قانون الإدارة المالية والدين العام العراقي النافذ الصادر سنة ٢٠٠٤ نص صراحة على قاعدة سنوية الموازنة<sup>(٥٩)</sup>، وحدد مدتها

يأثني عشر شهرا تبدأ في الأول من كانون الثاني وتنتهي في الحادي والثلاثين من شهر كانون الأول<sup>(٦٠)</sup>.

ولعل سؤالاً يطرح نفسه في هذا المقام : ماذا لو تأخرت السلطة التشريعية عن إقرار الموازنة قبل بدء السنة المالية ؟

يُمكن لنا أن نُميز بين اتجاهين دستوريين : الاتجاه الأول : عالج مشكلة تأخر إقرار السلطة التشريعية للموازنة العامة، والاتجاه الثاني : لم يعالج المشكلة المذكورة. وسوف نقف على الاتجاهين المذكورين في البيان التالي :

أولاً : الدساتير التي عالجت مشكلة تأخر إقرار الموازنة العامة

تحسب بعض الدساتير لما قد يواجهه الدولة من صعوبات جراء تراخي السلطة التشريعية في إقرار الموازنة العامة، فوضعت تلکم الدساتير حلولاً متعددة للمشكلة المذكورة كان من بينها :

#### ١ - العمل بالموازنة القديمة

قرر المشرع الدستوري الكويتي العمل بالموازنة القديمة إذا لم يصدر قانون الموازنة قبل بداية السنة المالية ويستمر العمل بالموازنة القديمة لحين صدور قانون الموازنة الجديدة، وإذا كان مجلس الأمة قد أقر بعض أبواب الموازنة الجديدة فيعمل بتلك الأبواب<sup>(٦١)</sup>.

#### ٢ - العمل بالموازنات الشهرية

الموازنات الشهرية : هي موازنات مؤقتة يُعمل بها شهرياً على أساس جزء من إثني عشر شهراً من إعمادات السنة السابقة المنتهية، ويستمر العمل بالموازنات المؤقتة ريثما تُقر الموازنة العامة<sup>(٦٢)</sup>. ومن الدساتير التي اعتمدت هذه الطريقة في معالجة مشكلة تأخر إقرار الموازنة الدستور الأردني النافذ<sup>(٦٣)</sup>.

#### ٣ - العمل بمشروع الموازنة الذي تأخرت السلطة التشريعية عن إقراره

ذهب المشرع، في بعض الدول، إلى تبني طريقة العمل بمشروع قانون الموازنة الذي تأخر البرلمان عن إقراره قبل بداية السنة المالية، فتستطيع الحكومة إذا ما حصل هذا التأخر تجاوز البرلمان وإعتماد المشروع مباشرة دون الرجوع إليه، ومن أمثلة الدول التي تبنت العمل بهذه الطريقة : فرنسا<sup>(٦٤)</sup>، ولبنان<sup>(٦٥)</sup>، والمغرب<sup>(٦٦)</sup>.

#### ٤ - الصرف المؤقت من الخزينة العامة

خولت المادة ( ٨٢ ) من الدستور النيجيري النافذ رئيس الدولة صلاحية الصرف من أموال ( صندوق الإيرادات الموحد ) لمدة ستة أشهر على أن لا يزيد المبلغ المصروف عن مجموع الإعتمادات المقرر صرفها في مشروع الموازنة الذي تراخى البرلمان في الموافقة عليه<sup>(٦٧)</sup>. ومن جانبنا فإننا نسجل الملاحظتين التاليتين على المعالجات الدستورية المتقدمة ذكرها لمشكلة التأخر في إقرار الموازنة العامة :

١ - إن المعالجات المذكورة يُمكن أن تُشكل حافزا للبرلمان من أجل الإسراع في إقرار مشروع الموازنة في الموعد المقرر، فالخشية من حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية من شأنها أن تدفع الأخيرة إلى الإنتهاء من إقرار الموازنة قبل بدء السنة المالية، لكن من جانب آخر فإن تلك الخشية قد تدفع البرلمان إلى التسرع بإقرار الموازنة دون دراسة متأنية، وفحص دقيق لموادها<sup>(٦٨)</sup>.

٢ - تنطوي الحلول الدستورية الآنف ذكرها، من وجهة نظرنا، على جزء سياسي ضمني يُصيب البرلمان التي تتقاعس عن ممارسة اختصاصها في إقرار الموازنة قبل بداية السنة المالية، فتُجيز الدساتير للسلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص طيلة المدة التي يتراخى فيها البرلمان عن أداء الدور المناط به.

ثانيا : الدساتير التي لم تعالج مشكلة التأخر في إقرار الموازنة العامة لم تضع بعض الدساتير حلا لمواجهة تأخر السلطة التشريعية في إقرار الموازنة، ويعد الدستوران : الأمريكي والعراقي مثالين على تلكم الدساتير، وسوف نفصل الكلام عنهما في البيان التالي :

١ - سكوت الدستور الأمريكي عن معالجة مشكلة تأخر إقرار الموازنة تجري عمليات الموازنة الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية على مدار سنة مالية تبدأ من ١ / ١٠ وتنتهي منتصف ليلة ٣٠ / ٩ من السنة التالية، ويفترض أن يقر الكونغرس مشروع قانون الموازنة، وأن يتولى الرئيس إصداره قبل بدء السنة المالية بيد أن الواقع يُشير إلى خلاف ذلك، فالموازنة لا تصدر دائما حسب المواعيد المقررة لها إما بسبب الخلافات بين الجمهوريين والديمقراطيين، وإما بسبب استخدام الرئيس حق الفيتو ضدها، واللافت أن الدستور

الأمريكي لم يُعالج المشكلة المذكورة، لكن العادة جرت هناك على إصدار الكونغرس قرارات بصرف نفقات طارئة تعد استمراراً لنفقات موازنة السنة المالية الماضية تُعرف بقرارات الاستمرار، وهذه القرارات لا تقبل التنفيذ ما لم يوقع عليها الرئيس. ومع ذلك فقد حصل مراراً أن قرارات الاستمرار هذه كانت نفسها ضحية الخلافات بين الحزبين الديمقراطي والجمهوري، وكذلك ضحية استخدام الفيتو من قبل الرئيس، وهذا ما تسبب في إغلاق وظائف حكومية غير أساسية نتيجة الافتقار إلى التمويل. ومنذ عام ١٩٨١ حدثت خمسة اغلاقات للحكومة نقف عليها في الكلام التالي :

١ - في عام ١٩٨١ استخدم الرئيس (ريجن) حق الفيتو ضد قرار الاستمرار، فتم إرسال ٤٠٠,٠٠٠ موظف فدرالي إلى منازلهم، وأخبروا بعدم العودة إلى وظائفهم. لكن الرئيس (ريجن) وقع نسخة جديدة من قرار الاستمرار، فعاد الموظفون المذكورون إلى مزاولة أعمالهم في صبيحة اليوم التالي.

٢ - في عام ١٩٨٤ تسبب رفض الكونغرس لمشروع الموازنة بإرسال ٥٠٠,٠٠٠ موظف فدرالي إلى منازلهم، لكن مشروع النفقات الطارئة تكفل بإرجاعهم إلى وظائفهم في اليوم التالي.

٣ - في عام ١٩٩٠ في ظل غياب الموازنة وقرار الاستمرار أغلقت الحكومة أثناء عطلة يوم كولومبس التي امتدت ثلاثة أيام، لكن الرئيس (بوش) وقع بعدها مباشرة مشروع اتفاق طوارئ فباشرو الموظفون أعمالهم في صباح يوم الثلاثاء<sup>(٦٩)</sup>.

٤ - في السنة المالية ١٩٩٥ / ١٩٩٦ حدث الإغلاق الحكومي الشهير الذي أدى إلى شعور الشعب الأمريكي بالمعاناة، ففي تلك السنة نشبت صراعات بين الحزب الديمقراطي بقيادة الرئيس بيل كلينتون والكونغرس الذي هيمن عليه الجمهوريون، وقد دارت تلك الصراعات حول اعتمادات الرعاية الطبية، والتعليم، والبيئة، والصحة العامة في الموازنة الفدرالية لعام ١٩٩٦، و استخدم الرئيس (كلينتون) حق الفيتو ضد مشروع قانون الانفاق الذي طرحه الكونغرس مما تسبب بإغلاق الحكومة مرتين، الأول أستمرو لمدة خمسة أيام في شهر تشرين الثاني من عام ١٩٩٥، والإغلاق الثاني أستمرو لمدة ٢١ يوماً ابتداءً من ١٥ / كانون الأول من عام ١٩٩٥، حتى ٦ / كانون الثاني من عام ١٩٩٦<sup>(٧٠)</sup>.

٥ - في عام ٢٠١٣ وقع اغلاق حكومي آخر استمر لمدة سبعة عشر يوما أبتدأ من الأول من شهر تشرين الأول وانتهى في السادس عشر من الشهر نفسه، وتسبب بمنح اجازة لحوالي ٨٠٠,٠٠٠ موظف فدرالي، وأجبر الملايين من الزوار على مغادرة الساحات الوطنية بسبب اغلاقها. وسبب الاغلاق هو أن الكونغرس عجز عن اقرار مشروع الموازنة المعروضة عليه في الموعد المحدد، فنظر في تمرير قرار استمرار من شأنه أن يُبقي التمويل بالمستوى نفسه لمدة ستة أشهر، لكن الذي حدث أن الجمهوريين في مجلس النواب ارفقوا بقرار الاستمرار تعديلات كان من شأنها لو أقرت أن تؤخر تنفيذ قانون اوباما للرعاية الصحية لمدة عام كامل، وعندما عُرض قرار الاستمرار على مجلس الشيوخ الذي كان يُهيمن عليه الديمقراطيون رفض المجلس هذه التعديلات وقرر ارسال قرار الاستمرار بدون أية ملحقات. بيد أن الناطق بأسم مجلس النواب (جون بوهنر) رفض السماح بطرح قرار الاستمرار للتصويت أمام مجلسه. ومما زاد الطين بلة أن الولايات المتحدة كانت ستصل إلى حد الدين المسموح به في ١٧ / ١٠، وكان من الشأن العجز عن اصدار تشريع يرفع حد الدين أن يؤدي إلى تخلف الحكومة الامريكية عن سداد ديونها للمرة الأولى في التاريخ. وازاء ارتفاع الازدراء الشعبي اتفق الجمهوريون والديمقراطيون على تمرير مسودة مشروع لرفع حد الدين والاستمرار بالانفاق<sup>(٧١)</sup>.

على العموم فإن الاغلاقات التي شهدتها الحكومة الامريكية بسبب تأخر إقرار الموازنة نجمت عنها آثار سلبية كثيرة، فعلى سبيل المثل الاغلاق الأول الذي وقع في السنة المالية ١٩٩٥ - ١٩٩٦ والذي أستمّر لمدة خمسة أيام فقط كلف الخزينة العامة ما يُقارب ٨٠٠ مليون دولار، وأن حوالي نصف هذ المبلغ كان عبارة عن رواتب ل ٨٠٠,٠٠٠ موظف فدرالي منحوا إجازة لأربعة أيام عمل، وقد تسلموا رواتبهم نظير الأيام التي قضوها في منازلهم<sup>(٧٢)</sup>.

نستنتج مما تقدم أن الموازنة العامة في الولايات المتحدة الأمريكية أضحت أداة من أدوات الصراع السياسي بين الحزبين الديمقراطي والجمهوري، وقد قال بعضهم تعبيرا عن هذه الحقيقة : أنه لو سيطر على الكونغرس حزب غير الحزب الذي ينتمي إليه الرئيس، فإن الموازنة التي تُقدمها السلطة التنفيذية إلى الكونغرس للحصول على موافقته عليها، غالبا ما تُشير إلى (وصول ميت) دلالة على توقع رفضها من قبل الكونغرس<sup>(٧٣)</sup>.

## ٢ - سكوت الدستور العراقي عن معالجة مشكلة تأخر إقرار الموازنة

لم يتضمن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصا يضع حلا لمشكلة تأخر إقرار الموازنة على خلاف الدساتير العراقية السابقة، مثل : القانون الأساسي الملغى لسنة ١٩٢٥ الذي أدرك مبكرا خطورة هذه المشكلة على مالية الدولة، فعالجها بالطريقة التالية :

أ - إذا كان مجلس الأمة مجتمعاً يجب على وزير المالية أن يُقدم لائحة قانونية تتضمن تخصيصات مؤقتة لمدة لا تزيد عن شهرين، وعند انقضائها يجوز لوزير المالية أن يُقدم لوائح أخرى جديدة ريثما يصدر قانون الموازنة.

ب - إن لم يكن مجلس الأمة مجتمعاً تُراعى موازنة السنة الماضية<sup>(٧٤)</sup>.

على العموم فإن خلو الدستور العراقي النافذ من نصوص تعالج مشكلة التأخر في إقرار الموازنة لا يعني أن التشريعات المالية العراقية لم تضع حلا للمشكلة المذكورة، فقانون الإدارة المالية النافذ تكفل بذلك عندما سمح لوزير المالية إصدار موازنات مؤقتة شهرية على أساس ١٢/١ من موازنة السنة المالية المنتهية على أن تُصرف نفقاتها على أوجه صرف محددة يغلب عليها الطابع التشغيلي<sup>(٧٥)</sup>.

## المطلب الثاني: الحدود الدستورية الموضوعية لإقرار الموازنة العامة

يقصد بالحدود الموضوعية لإقرار الموازنة العامة : القواعد التي تتعلق بمضمون الموازنة، أي موضوعها، والتي يُوجب دستور الدولة على السلطة التشريعية إتباعها عند إقرار مشروع قانون الموازنة السنوي.

وتتمثل تلك القواعد بوجوب إستيفاء قانون الموازنة نسب الإنفاق العام المحددة في الدستور، وإقرار موازنة متوازنة، والامتناع عن زيادة نفقات قائمة، أو استحداث نفقات جديدة، والالتزام بمبدأ الفصل بين السلطات، والامتناع عن الحاق نصوص ضريبية بالموازنة. وسوف نسلط الضوء في هذا المطلب على الحدود المذكورة في الفروع الخمسة التالية :

## الفرع الأول: التقيد بنسب الإنفاق العام المنصوص عليها في الدستور

أوجب المشرع الدستوري، في بعض الدول، أن تُخصص سنوياً في الموازنة العامة نسبة من الناتج القومي الإجمالي لإنفاقها على نشاطات ذات نفع عام مثل تحقيق العدالة الاجتماعية،

ورفع المستويات التعليمية والثقافية، وتحسين الخدمات الصحية في الدولة. وهنا يقع على عاتق السلطة التشريعية الثبوت موضوعيا من إستيفاء مشروع الموازنة المُقدم إليها النسب المقررة دستوريا، وانها تُخصّص للجهات التي حددها الدستور فعلا. ففي مصر ألزم الدستور النافذ فيها الدولة أن تُخصص سنويا نسبة من النفقات العامة تُصرف على مصالح عامة متنوعة، نذكر منها على سبيل المثال النفقات التالية :

أولا : تخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للصحة العامة لا تقل عن ( ٣% ) من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجيا حتى تتفق مع المعدلات العالمية<sup>(٧٦)</sup>.

ثانيا : تخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للتعليم لا تقل عن ( ٤% ) من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجيا حتى تتفق مع المعدلات العالمية<sup>(٧٧)</sup>.

ثالثا : تخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للتعليم الجامعي لا تقل عن ( ٢% ) من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجيا حتى تتفق مع المعدلات العالمية<sup>(٧٨)</sup>.

رابعا : تخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للبحث العلمي لا تقل عن ( ١% ) من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجيا حتى تتفق مع المعدلات العالمية<sup>(٧٩)</sup>.

لقد أوضح الدستور المصري أن الدولة تضمن تنفيذ إلزامها بتحديد الحد الأدنى لمعدلات الإنفاق الحكومي على النشاطات المبينة آنفا بصورة تدريجية اعتبارا من تاريخ العمل بالدستور على أن تلتزم به إلزاما كاملا في موازنة الدولة للسنة المالية ٢٠١٦ / ٢٠١٧<sup>(٨٠)</sup>. ولا بد لمجلس النواب أن يُراعي، وهو بصدد الموافقة على مشاريع الموازنة، النسب المقررة في الدستور، وبخلاف ذلك يُعد قانون الموازنة قانونا مخالفا للدستور.

وتجدر الإشارة إلى أن ثمت دساتير لم تجر على المنوال نفسه الذي جرى عليه الدستور المصري، حيث لم تُحدد تلك الدساتير نسبة معينة للإنفاق العام في صُلب نصوصها بل تركت تحديد النسب المذكورة لسلطة المشرع العادي التقديرية بالإتفاق مع السلطة التنفيذية التي تتولى إعداد الموازنة العامة. وهذا ما فعله على سبيل المثال الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ إذ جاء خاليا من أية تحديد مسبق لنسب الإنفاق العام.

والسؤال الذي يطرح نفسه : أي المسلكين الدستوريين يرجح على الآخر؟ مسلك المشرع المصري؟ أم العراقي ؟ ولماذا ؟

إن المفاضلة بين الاتجاهين الدستوريين السابقين تؤدي بنا الى ترجيح موقف المشرع العراقي ؛ ذلك لأن تحديد مصارف الإنفاق العام مع مصادر تمويلها بنسب ثابتة في صلب الدستور، وإن كان ينطلق من غايات نبيلة قوامها ضمان دعم قطاعات أو مرافق عامة هامة في الدولة، إلا أنه ينطوي على تقييد كبير لصلاحيات السلطتين التنفيذية والتشريعية في مجالات متغيرة بطبيعتها، ولا تحكمها أسس ثابتة أو دائمة ونقصد بها : المجالات المتعلقة بصرف النفقات العامة، وجباية الإيرادات العامة. فالسياسة المالية السليمة تقتضي ان يُترك للسلطتين المذكورتين إختصاص تقديري واسع يُمكنهما من تحديد أوجه الإنفاق مع مصادر تمويلها تبعاً لظروف الدولة الإقتصادية، وأوضاعها المالية، وهي بطبيعة الحال رهن ظروف وأوضاع متغيرة، لكونها شديدة الإرتباط بتقلبات الاسواق المالية والنقدية والتجارية العالمية. وهذه التطورات يقتضي مواجهتها بتقديم حلول سريعة، ومعالجات فورية وهذا ما لا تقوى عليه الإدارة أو المشرع العادي مادام أن النصوص الدستورية التي تنظم المالية العامة للدولة مصاغة صياغة جامدة لا تُتيح لهما خيارات عدة او بدائل متنوعة. وقد أبدى بالفعل بعض الكتاب المصريين تخوفهم من أن يكون مشروع الموازنة لعام ٢٠١٦ / ٢٠١٧ حال إقراره مخالفاً للدستور ؛ لأن المشروع جاء خالياً من الإستجابة للإلتزامات الدستورية ، وقد طالب هذا البعض مجلس النواب المصري بإدراج النسب المنصوص عليها بالدستور في صلب مشروع الموازنة، والعمل على تدبير الموارد اللازمة للوفاء بها وفاء كاملاً غير منقوص<sup>(٨١)</sup>.

#### الفرع الثاني: إقرار موازنة متوازنة

يعد مبدأ التوازن أحد المبادئ التي تستعين بها الدول لإعداد موازنتها العامة، وللمبدأ المذكور، معنيان الأول : واسع ويراد به أن يكون مجموع النفقات العامة أياً كان نوعها مساوياً لمجموع الإيرادات العامة أياً كان مصدرها، والمعنى الثاني : معنى ضيق ويقصد به أن يكون مجموع النفقات العامة التشغيلية ( غير الاستثمارية ) مساوياً لمجموع الإيرادات العامة العادية، أي الإيرادات التي لا يدخل في عدادها القروض، والإصدار النقدي الجديد<sup>(٨٢)</sup>. ومقتضى ما تقدم أن العمل بمبدأ التوازن يتطلب بطبيعة الحال إقرار موازنة تخلو من فائض أي زيادة الإيرادات على النفقات، أو من عجز أي زيادة النفقات على الإيرادات.

والحقيقة أن مبدأ التوازن مر بتطورات هامة، ففي بداية نشأته اكتسب طابعا حسابيا بحتا عندما جهد وزراء المالية بتقديم مشاريع موازنات تتعادل فيها كفتا النفقات والايرادات بغض النظر عن الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها الدولة، وعُدَّ هذا المبدأ قاعدة مقدسة تستعصي في ذاتها على الجدل بيد أن نشوء الأزمات الاقتصادية الكبرى، وعجز تلك الموازنات عن معالجتها أدى إلى تطور مبدأ التوازن وظهوره بثوب جديد، فلم يعد شغل الدولة الشاغل اعداد موازنات خلافة براءة يتحقق فيها التوازن الحسابي من دون أن تقوى على معالجة المشكلات العامة الاقتصادية والاجتماعية، بل بدأت الدول تفضل اعداد موازنات غير متوازنة حسابيا إذا كان من شأنها أن تحقق توازنا اقتصاديا أو اجتماعيا<sup>(٨٣)</sup>.

والسؤال الذي يثار هنا : ما موقف الدساتير من مبدأ توازن الموازنة ؟

أنقسمت الدساتير على قسمين، بعضها تبنى العمل بالمبدأ المذكور وبعضها الآخر لم يشر إليه نهائيا، وسنقف على هذين الإتجاهين في البيان التالي :

أولا : الدساتير التي تبنت العمل بمبدأ التوازن

أخذت قلة من الدساتير بمبدأ توازن الموازنة، ومن الأمثلة التي نذكر هنا : الدستور المغربي لسنة ٢٠١١ الذي أوجب صراحة على البرلمان والحكومة السهر حفاظا على توازن مالية الدولة<sup>(٨٤)</sup>. وكذلك الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ الذي أشار إلى المبدأ المذكور بصورة غير مباشرة عندما ألزم المشرع العادي بأن يسن قانون الموازنة وفق الشروط، وفي ظل التحفظات التي يقرها القانون الأساسي<sup>(٨٥)</sup>. والمعلوم أن القوانين الأساسية في فرنسا هي طائفة من القوانين تهدف إلى تحديد أسلوب عمل السلطات العامة، فهي بالتالي فئة خاصة تعلق على القوانين العادية لكنها تبقى دون القوانين الدستورية<sup>(٨٦)</sup>. وقد صدر بالفعل القانون الأساسي المتعلق بالقوانين المالية للموازنة سنة ١٩٥٩، وجاء فيه : ( تحدد القوانين المالية ( أي قوانين الموازنة ) طبيعة موارد الدولة وأعباءها، وحجمها، وأوجه استعمالاتها، مع الأخذ بالاعتبار التوازن الاقتصادي والمالي الذي تحدده )<sup>(٨٧)</sup>.

إن إحالة الدستور الفرنسي إلى القانون الأساسي يعد تطورا بالغ الأهمية، فقد أستند المجلس الدستوري إلى هذه الإحالة لكي يُدخل القانون الأساسي الصادر سنة ١٩٥٩ في مجموعة

النصوص الدستورية، ويترتب على ذلك، أن النصوص التشريعية التي تتعارض مع أية مادة من مواد القانون الأساسي لعام ١٩٥٩ تتعارض تبعا لذلك مع أحكام الدستور<sup>(٨٨)</sup>. واستنادا للاجتهاد الدستوري المتقدم أكتسب مبدأ التوازن قيمة دستورية وخضع بالتالي لرقابة المجلس الدستوري.

ولكن كيف يُفهم مبدأ التوازن في ظل أحكام الدستور الفرنسي النافذ؟ أيُفهم على أنه توازن حسابي صارم يتساوى فيه مجموع النفقات مع مجموع الإيرادات بغض النظر عن الظروف الاقتصادية والاجتماعية؟ أم توازن اقتصادي يُراعي تطورات الأوضاع العامة؟ الحقيقة هي أن المشرع الدستوري الفرنسي ينظر إلى مبدأ التوازن نظرة حديثة، فيإمكان البرلمان أن يقر موازنة غير متوازنة لكن بشروط أهمها :

١ - إن الخروج على مبدأ توازن الموازنة جائز إذا كان يهدف إلى تأمين التوازن في الحياة الاقتصادية. وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون الأساسي المشار إليها في أعلاه عندما قدمت بصريح العبارة التوازن الاقتصادي على التوازن المالي.

٢ - ينبغي على البرلمان الفرنسي أن لا يقر موازنة تعاني من عجز مبالغ فيه، فقد نص الدستور الفرنسي النافذ بأن : ( توافق فرنسا على إحالة الصلاحيات الضرورية لإقامة الاتحاد الاقتصادي والنقدي الأوروبي، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل ووفقا للأحكام التي أقرتها معاهدة الاتحاد الأوروبي الموقعة في ٧ شباط ١٩٩٢ ... )<sup>(٨٩)</sup>.

وبالرجوع إلى المعاهدة المذكورة في النص المتقدم والمعروفة بمعاهدة (ماستريخت) نجد أنها حظرت أن يتجاوز العجز، في موازنات الدول المشاركة فيها نسبة ٣ % من الناتج القومي الإجمالي<sup>(٩٠)</sup>. وحيث أن معاهدة (ماستريخت) قد أدخلت في صلب الدستور، فإن مراقبة التوازن في الموازنة وحمايتها من الوقوع في العجز المبالغ فيه أصبح خاضعا لرقابة المجلس الدستوري<sup>(٩١)</sup>.

لكن هل التزم البرلمان الفرنسي بنسبة العجز المسموح بها الواردة في معاهدة ماستريخت؟ الجواب لا- ذلك أن المشرع أقر موازنات تجاوزت الحد الأعلى المسموح به، والجدول التالي يوضح نسبة العجز في عدد من السنوات<sup>(٩٢)</sup> :

| السنة | النسبة المئوية من الناتج القومي الاجمالي |
|-------|------------------------------------------|
| ٢٠٠٩  | ٧,٢٠                                     |
| ٢٠١٠  | ٦,٨٠                                     |
| ٢٠١١  | ٥,١٠                                     |
| ٢٠١٢  | ٤,٨٠                                     |
| ٢٠١٣  | ٤,٠٠                                     |
| ٢٠١٤  | ٤,٠٠                                     |
| ٢٠١٥  | ٣,٥٠                                     |

إن تجاوز الموازنات العامة الفرنسية للحد الأعلى للعجز المقرر في معاهدة (ماستريخت) لا يُعد مخالفاً لأحكام المعاهدة، ومن ثم الدستور الفرنسي، لأن تخطي الحد الأعلى كان يتم بموافقة وزراء المالية في الاتحاد الأوروبي، فعلى سبيل المثال : أعطى هؤلاء الوزراء في شهر آذار من سنة ٢٠١٥ لفرنسا مهلة سنتين من أجل خفض العجز إلى حد ٣ ٪، وهذا التمديد يعد الثالث من نوعه منذ سنة ٢٠٠٩ لكنهم بالمقابل طلبوا من فرنسا أن تُكثف جهودها الإصلاحية وأن تُعزز مدخراتها المالية<sup>(٩٣)</sup>، وهذا ما تسمح به المعاهدة التي أتمت نصوصها بالمرونة في التعامل مع الدول الأعضاء التي تعاني موازنتها من عجز مفرط<sup>(٩٤)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي ألغى القانون الأساسي المتعلق بالقوانين المالية لسنة ١٩٥٩ وأصدر قانوناً آخر حل محله هو القانون الأساسي الصادر في ١ آب ٢٠٠١ الذي تبنى هو الآخر مبدأ التوازن في مادته الأولى بقولها : (... تُحدد القوانين المالية، لسنة مالية معينة، طبيعة موارد الدولة ونفقاتها، قيمتها، وكيفية تخصيصها، وما ينتج عن ذلك من توازن في الموازنة بالإضافة إلى التوازن المالي، تأخذ هذه القوانين بالاعتبار توازن اقتصادي محدد كما وأهدافا... )<sup>(٩٥)</sup>

### ثانيا : الدساتير التي أغفلت ذكر مبدأ التوازن

ثمت دساتير لم تذكر مبدأ توازن الموازنة صراحة، مثل : الدستور الأمريكي، والدستور العراقي، وسوف نقف عليهما في البيان التالي :

#### ١ - سكوت الدستور الأمريكي عن مبدأ التوازن

يخلو الدستور الأمريكي الصادر سنة ١٧٨٧ من نص صريح يلزم الكونجرس بإقرار موازنة متوازنة، وربما كان هذا السكوت هو السبب في تمادي الكونجرس بإقرار موازنات غير متوازنة، فلقد قُدر حجم العجز الفدرالي بنحو ( ٣٦٢ ) مليار دولار في السنة المالية ١٩٩٢ كما أصبحت قيمة العجز الكلية تساوي قيمة الدين القومي الإجمالي الذي تعدى ٤ تريليونات دولار في السنة المالية ١٩٩٢<sup>(٩٦)</sup>، وبلغ في عام ٢٠١٧ ما يقارب ( ١٩,٩ ) تريليون دولار<sup>(٩٧)</sup>.

وإزاء مشكلة العجز المستعصية التي عانت منها الموازنات الأمريكية حاول الكونجرس معالجة المشكلة المذكورة بطريقتين<sup>(٩٨)</sup> :

#### الأولى : إقرار قانون جرام - رودمان - هولنجر

أقر الكونجرس، في عام ١٩٨٥، قانون جرام - رودمان - هولنجر الذي وضع جدولاً زمنياً لتخفيض العجز في الموازنة الفدرالية حتى يتحقق لها التوازن في النهاية بحلول عام ١٩٩٣. ويتحقق ذلك من خلال إجراء خفض سنوي تلقائي، إذا كان ثمت ضرورة، في كل من البرامج الداخلية والدفاعية. ومع ذلك لم يكن القانون ناجحاً بدليل أن الكونجرس نفسه أرجأ الموعد النهائي لتحقيق التوازن المنشود في الموازنة من عام ١٩٩٣ إلى عام ١٩٩٦.

#### الطريقة الثانية : محاولة إقرار تعديل دستوري

لقد كان هناك حل آخر مقترح لمشكلة العجز هو إقرار تعديل دستوري يشترط قيام الكونجرس بالموازنة بين إيرادات الضرائب والإنفاق الحكومي المتوقع في كل سنة مالية. ويشتمل هذا التعديل على فقرتين استثنائيتين - فقد يستطيع الكونجرس أن يتخلى عن شرط التوازن في الموازنة في زمن الحرب أو من خلال التصويت بأغلبية الثلثين في كل من مجلسي الشيوخ والنواب. ويرى أنصار هذا الاقتراح أن مثل هذا التعديل يمكنه أن ينهي العجز في المستقبل

بقوة الدستور. إلا أن المعارضين يؤكدون على أن التعديل قد يلغي الحافز الاقتصادي الضروري للإنفاق الحكومي. وقد تغلبت وجهة النظر الأخيرة داخل الكونجرس وتلاشت آمال مقترحي التعديل في مطلع التسعينات من القرن الماضي.

## ٢ - سكوت الدستور العراقي عن مبدأ التوازن

لم يوضح دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ موقفه من مبدأ توازن الموازنة، وهو المسلك ذاته الذي سلكته الدساتير العراقية السابقة. بيد أن قانون الإدارة المالية النافذ لسنة ٢٠٠٤ أجاز للسلطة التشريعية إقرار قانون موازنة سنوي يتضمن فائضا<sup>(٩٩)</sup> أو عجزا<sup>(١٠٠)</sup> على أن يوضح المشرع في القانون المذكور طريقة استخدام فائض الموازنة، أو وسائل تمويل العجز فيها<sup>(١٠١)</sup> التي حُدِدت بالقروض العامة الداخلية والخارجية<sup>(١٠٢)</sup> وبما يضمن استقرار الاقتصاد<sup>(١٠٣)</sup>.

وهذا يعني أن قانون الإدارة المالية تبنى قاعدة التوازن بمفهومها الحديث التي تدعو إلى الاهتمام بالتوازن العام في الحياة الاقتصادية والاجتماعية بدلا من إيلاء الاهتمام بالتوازن المحض بين الإيرادات والنفقات كما أوضحنا من قبل.

ونتيجة لما تقدم دأب المشرع العراقي، في السنوات الأخيرة، على إقرار موازنات عامة تعاني من عجز أطلق عليه تسمية : العجز المخطط<sup>(١٠٤)</sup>، لكن ما يلاحظ أن هدف المشرع في إبقاء الحياة الاقتصادية والاجتماعية بمعصم من الاختلالات أو الازمات، لم يتحقق، فالبطالة، وسوء الخدمات، وضعف البنى التحتية علل لا تزال تعاني منها الدولة العراقية. وفي رأينا أن أحفاق المشرع العراقي في تطبيق نظرية العجز المخطط أو المنتظم يعود سببه إلى عبث السلطتين التشريعية والتنفيذية بأحكام قانون الموازنة العامة وهذا ما أدى إلى إصابتها بالوهن والخلل، وابتعادها عن الواقع والحقيقة، فأى برنامج لا جدوى من تخطيطه أو تنظيمه ما لم تحترم أحكامه، وتضمن قواعده، وهذا ما لم يتحقق مع الموازنة العامة العراقية، فتقديرات الإنفاق التي توضع قبل بداية السنة المالية لا تلتزم بها وحدات الإنفاق أثناء التنفيذ، كما أن تقديرات الإيرادات هي الأخرى يتم التجاوز عليها من قبل الوحدات المذكورة، وهذا ما يجعل تخطيط العجز لا يجري على صراط مستقيم أو يطبق على وجهه الصحيح، ولعل خير دليل يُقدم هنا لإثبات صحة كلامنا هو تقرير ديوان الرقابة المالية الاتحادي لعام ٢٠١٤ الذي شخّص تعديلات

خطيرة على أحكام موازنة سنة ٢٠١٢ طالت شقيها الانفاقي والايراضي. فبالنسبة للشق الأول، لاحظ الديوان وجود حالات تجاوز على فقرات بعض التخصيصات بلغ مجموعها : ( خمسة تريليون وتسعمائة وسبعة مليارات واربعمئة وسبعة وستون مليون دينار ) ولاحظ ارتفاع مبلغ التجاوز لهذه السنة عن مبلغ التجاوز على تخصيصات سنة ٢٠١١ البالغ ( تريليون ومائة وسبعة وتسعون مليار واثنان وثمانون مليون دينار ) أي بنسبة ( ٤٩٣ ٪ ) وهذه النسبة مرتفعة جدا وقد بلغت الادارات المتجاوزة ( ٢١ ) ادارة حكومية (١٠٥).

هذا بالنسبة للتجاوز على تقديرات الانفاق العام أما بشأن التجاوز على تقديرات الايرادات العامة، فنورد هنا مثالا واحدا يبين فداحة التهاون في تحصيل الايرادات الحكومية، وتسليمها إلى الخزينة العامة، و المتهاون هو مجلس النواب العراقي الذي يفترض أن يكون أول الملتزمين بتطبيق القوانين استنادا للقاعدة المعروفة ( احترم القانون الذي وضعته بنفسك ) فقد جاء في تقرير الديوان المذكور اعلاه ( عدم قيام المجلس بتسديد المبالغ المستقطعة لصالح الجهات ذات العلاقة والمسجلة في حسابات الأمانات أولا بأول مما أدى إلى تراكمها وكما موضح أدناه :

| أسم الحساب           | الرصيد كما في ٣١ / ١٢ / ٢٠١٠ مليون دينار | الرصيد كما في ٣١ / ١٢ / ٢٠١١ مليون دينار |
|----------------------|------------------------------------------|------------------------------------------|
| امانات الضرائب       | ٧٨٤                                      | ١٥٠٥                                     |
| امانات صندوق التقاعد | ٦                                        | ٤٠                                       |

مما يتطلب تسديد تلك المبالغ إلى الجهات ذات العلاقة أول بأول. (١٠٦).  
إزاء الخروقات الخطيرة لأحكام الموازنة العامة يصبح متيسرا معرفة سبب تلكوء انجاز الحسابات الختامية للموازنات العامة العراقية (١٠٧) ، فوحدات الانفاق المخالفة تخشى من انكشاف مخالفاتها، والمعلوم انه بدون حسابات ختامية منضبطة للسنوات المالية المنصرمة يتعذر التخطيط بدقة لعجز أو فائض للسنوات المالية القادمة.

### الفرع الثالث: الامتناع عن زيادة الأعباء المالية دون موافقة الحكومة

تحرص الكثير من الدول على غل يد البرلمان في خلق نفقات جديدة أو زيادتها ان كانت موجودة أصلا في مشروع الموازنة، ولا يملك البرلمان سوى أن يقترح على الحكومة ذلك الاستحداث أو تلك الزيادة. ففي بريطانيا على سبيل المثال تهيمن الحكومة على عمليات الموازنة هيمنة كاملة، حتى أن البرلمان هناك لم يُدخل على مشروع الموازنة أية تعديلات منذ الحرب العالمية الأولى، وآخر محاولة للتعديل حدثت في نهاية عام ١٩٨٠ لكنها باءت بالفشل<sup>(١٠٨)</sup>. وفي فرنسا منع دستورها النافذ التعديلات المقدمة من أعضاء البرلمان إذا كان شأنها إنشاء أية نفقات عامة، أو زيادتها، وأضاف المشرع الدستوري قيذا آخر هو ألا تؤدي التعديلات إلى تخفيض في الإيرادات العامة<sup>(١٠٩)</sup>.

لكن ما سبب هذا التقييد للمجالس النيابية ؟

يُبرر هذا المسلك بضرورة أن يخرج مشروع الموازنة كلا متكاملا ووحدة مترابطة الأجزاء، وبناء عليه فإن اطلاق حرية البرلمان في إدخال ما يراه من تعديلات عليه قد يؤدي إلى الإخلال بالانسجام والتوافق الذي عكف الخبراء والمتخصصون على تحقيقه، يضاف إلى ذلك أن هذا القيد يعد قيذا ظاهريا، ذلك أن المقصود به ليس منع التعديل من جانب البرلمان وإنما إجازته بعد التفاهم مع الحكومة بوصفها الجهة التي أعدت الموازنة، وبالتالي هي الأكثر دراية بما أشتمل عليه المشروع من بيانات قام بها فيون واخصائيون في هذا المجال، بحيث إذا رأى البرلمان إجراء تعديل عرضه على الحكومة التي قد تقتنع بوجهة نظر المجلس، فتوافق على التعديل وتجريه بحيث يتسق والموازنة ككل أو يقتنع البرلمان بما تقدمه الحكومة من إيضاحات، فيعدل عن اقتراح التعديل، وهناك مبرر آخر هو أن البرلمان لا يزال يتمتع بسلطة كاملة في رفض الموازنة أو إقرارها، وكل ما في الأمر أن سلطته ستغدو قبولاً بالجملة أو رفضاً بالجملة وبما أن الحكومة حين عرضها مشروع الموازنة تكون حريصة على أن ينال موافقة البرلمان، فإنها إذا وجدت أن لغالبية الأعضاء اتجاها معينا فسوف تعمل على الاستجابة له، لأن البرلمان هو صاحب الكلمة الأخيرة، ولا شك أن رفض البرلمان للمشروع يعد خذلانا كبيرا

للحكومة لا تسعى إليه، ومن ثم يظل للبرلمان في نهاية المطاف سلطة التقرير التشريعي كاملة<sup>(١١٠)</sup>.

وقد يسأل سائل عن مدى صلاحية مجلس النواب العراقي في زيادة الأعباء المالية للخزينة العامة ؟

للإجابة عن السؤال المتقدم لابد من بيان موقف الدستور، وقانون الإدارة المالية، والنظام الداخلي لمجلس النواب من صلاحية المجلس المذكور إزاء مشروع قانون الموازنة المقدم إليه. وهذا ما سنقف عليه في البيان التالي :

أولاً : موقف دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من صلاحيات مجلس النواب إزاء مشروع قانون الموازنة العامة

حددت المادة : ( ٦٢ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ صلاحيات مجلس النواب العراقي عند نظره مشروع قانون الموازنة، فقد نصت المادة المذكورة بأن: (أولاً :- يُقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة والحساب الختامي إلى مجلس النواب لإقراره. ثانياً :- لمجلس النواب إجراء المناقلة بين أبواب وفصول الموازنة العامة، وتخفيض مجمل مبالغها، وله عند الضرورة أن يقترح على مجلس الوزراء زيادة إجمالي مبالغ النفقات ).

يتبين من النص المتقدم أن صلاحيات أو اختصاصات مجلس النواب بالتعامل مع مشروع الموازنة العامة على ضربين : اختصاصات يستطيع المجلس مباشرتها دون الرجوع إلى السلطة التنفيذية وتحديدًا مجلس الوزراء، واختصاصات لا يستطيع المجلس مباشرتها دون الوقوف على رأي مجلس الوزراء، وسنتناول الإختصاصين في الكلام التالي :

١ - الإختصاصات التي يستطيع مجلس النواب ممارستها دون الرجوع إلى مجلس الوزراء تتمثل هذه الإختصاصات بالآتي :

أ - قبول مشروع قانون الموازنة العامة

قانون الموازنة العامة، مثله مثل بقية القوانين الإعتيادية، لا يجوز إصداره والمصادقة عليه ونشره مالم يشرع من قبل مجلس النواب بوصفه الجهة المختصة بتشريع القوانين الإتحادية<sup>(١١١)</sup>، ومجلس النواب إذا أفتنع أن مشروع الموازنة المقدم إليه من الحكومة يتفق مع الخطة الإقتصادية، ويؤمن الإلتزامات الدولية، ويلبي المتطلبات الإجتماعية، فله أن يقره كما هو، وإذا

ما صدر الإقرار فلا يحق لمجلس الوزراء الطعن فيه، لأن ( من سعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ).

#### ب - رفض مشروع قانون الموازنة العامة

إذا وجد مجلس النواب أن مشروع قانون الموازنة غير منسجم مع الخطة الاقتصادية، ولا يؤمن متطلبات المعيشة الملائمة، فله أن يرفض إقرار المشروع<sup>(١١٢)</sup>، ويطلب إعادته إلى مجلس الوزراء. والرفض لا بد أن يُبنى على أسباب موضوعية بعيدة عن الحسابات الحزبية، أو المصالح السياسية الضيقة، وإلا عُذ المجلس منحرفاً باستعمال صلاحياته. وقد منعت بالفعل دساتير بعض الدول مجلس النواب من التعسف باستعمال صلاحية الرفض، فالدستور اللبناني النافذ على سبيل المثل أجاز لمجلس الوزراء بناء على طلب من رئيس الجمهورية أن يحل مجلس النواب إذا رد الموازنة برمتها بقصد شل يد الحكومة عن العمل<sup>(١١٣)</sup>.

والحقيقة هي أن التاريخ المالي العراقي شهد وقوع حالات تعسف نيابي عندما أساء البرلمان استخدام صلاحياته المقررة إزاء مشروع قانون الموازنة، ففي الثالث والعشرين من شهر شباط من عام ١٩٤٦ شكل توفيق السويدي وزارة جديدة ضمت عناصر من النخبة السياسية الصاعدة التي تبنت اصلاحات سياسية واقتصادية واجتماعية، وقد أختلفت الوزارة في توجهاتها وصيغ عملها وأهدافها عن أحزاب النخبة القديمة التي كانت قائمة في فترة الإنتداب البريطاني، وقد وجدت النخبة السياسية القديمة في إجراءات وزارة السويدي تهديداً لسلطتها ومصالحها ووجودها، وعملت على إسقاط وزارة السويدي، وتم ذلك من خلال مجلس الأعيان، وذلك من خلال إحجام المجلس عن مناقشة موازنة الدولة بعد أن صادق عليها المجلس النيابي، حين قاطع سبعة من الأعيان حضور جلسات مجلسهم لإرغام الوزارة على الإستقالة. ولما كانت جلسات مجلس الأمة توشك أن تنتهي دون حصول حكومة السويدي على تأييد مجلس الأعيان، فقد استقالت الوزارة في ٣٠ مايس ١٩٤٦ أي بعد بضعة أشهر من تشكيلها<sup>(١١٤)</sup>.

إن إمتناع مجلس الأعيان عن إعطاء موافقته على مشروع الموازنة، وتسبب ذلك بإستقالة وزارة توفيق السويدي مثل سابقة غير معهودة في تاريخ البرلمان العراقي ؛ لأن مجلس الأمة لم يسبق له أن كان السبب في إسقاط أية وزارة عراقية، بل على العكس كان حل المجلس المذكور هو

الظاهرة الإعتيادية والمتعارف عليها في الحياة السياسية العراقية<sup>(١١٥)</sup> وبالتالي فإن الموازنة العامة كانت سببا في ولادة ظاهرة سياسية فريدة من نوعها في التاريخ السياسي العراقي. عموما فإن رفض مجلس النواب لمشروع الموازنة، إما أن يكون رفضا كليا، أو رفضا جزئيا إذا أنصب على مواد بعينها. فقد يعتمد المجلس إلى حذف مادة أو أكثر من المشروع بغية تحقيق أهداف متنوعة نذكر منها على سبيل المثال :

- منع إرتكاب المخالفات المالية أو توفير الغطاء القانوني لها مثل قيام المجلس بإلغاء المادة: ( ٢٥ ) من مشروع قانون الموازنة لسنة ٢٠١٢ التي كانت تخول وزير المالية بالتنسيق مع وزير التخطيط إضافة تخصيصات لغرض إطفاء السلف المشبته من ( ١ / ١ / ٢٠١١ )، ولغاية ( ٣١ / ١٢ / ٢٠١١ ) في سجلات مؤسسات الدولة التي لم يجر إطفائها.

- تعظيم الموارد المالية للخرينة العامة مثل حذف المجلس البند ( أولا ) من المادة ( ٣٥ ) من المشروع المذكور في أعلاه التي كانت تقضي بإعفاء البضائع والسلع المستوردة من قبل دوائر الدولة والقطاع العام بأسمها ولاستخدامها لإكمال الأعمال المكلفة بها من الرسوم الكمركية.

- منع المشروعات التي ترهن ثروة العراق وتجعله مدينا بديون طويلة مثل إلغاء مجلس النواب لصيغة الدفع الآجل الواردة في المادة ( ٣٦ ) من مشروع موازنة ٢٠١٢ التي كانت تخول مجلس الوزراء صلاحية استحداث مشاريع البنى التحتية.

وقد أيدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق مسلك مجلس النواب في حذف المواد أعلاه بقولها : (... أما طعن وكلاء المدعي بقيام مجلس النواب عند تشريعه للقانون بحذف المواد: ( ٢٣ / ز و ٢٥ و ٣٥ / أولا و ٣٦ ) من مشروع القانون - قانون الموازنة لسنة ٢٠١٢ - وطلبهما إعادة تلك المواد فقد وجد أن المادة: ( ٦٢ / أولا ) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ تنص على : ( يقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة والحساب الختامي إلى مجلس النواب لإقراره ) وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن مجلس النواب حينما قام بحذف تلك المواد من المشروع الحكومي المقدم للموازنة العامة وهو بمثابة عدم الموافقة بإقراره لهذه المواد، وأن ذلك يدخل ضمن صلاحياته الدستورية... )<sup>(١١٦)</sup>.

ولكن على الرغم من الصلاحيات الواسعة التي تمتلكها المجالس النيابية في إلغاء المواد الواردة في مشروع قانون الموازنة إلا أن الصلاحية المذكورة ليست مطلقة، فثمت دساتير قيدت تلك الصلاحية، مثل : الدستور الأردني النافذ الذي منع مجلس الأمة أثناء مناقشة الموازنة العامة من قبول أي اقتراح بتعديل النفقات أو الواردات المربوطة بعقود<sup>(١١٧)</sup> والسبب في ذلك هو أن التزام الحكومة بعقود يرتب عليها التزاما بالوفاء ولا يستطيع البرلمان أن يرفض أو يعدل الإيرادات أو النفقات المتعلقة بها، كما أن العقود تتعلق بهيئة الدولة، فإذا تعاقدت الحكومة مع جهة ما والتزمت تجاهها، وجاء البرلمان وعدل ذلك أو ألغاه، فإن الحكومة ستفقد ثقة الجهة المتعاقدة وغيرها من الجهات الأخرى مما يُضعف إمكانية التعاقد معها مستقبلاً<sup>(١١٨)</sup>.

واتساقاً مع الأفكار المتقدمة يرى الفقه المالي أن البرلمان ملتزم بالتصويت على الإعتمادات اللازمة لسداد أقساط الدين العام وفوائده، وكذلك الديون المستحقة على الدولة حتى وإن لم توجد نصوص صريحة تلزمه بذلك، والدين قد يكون موجوداً قبل صدور قانون الموازنة، وهنا يكون المشرع ملزماً بإصدار قانون الموازنة متضمناً الإعتمادات اللازمة لسداد أقساط الدين وفوائده، وقد يكون الدين مستقبلياً ينشأ بعد صدور قانون الموازنة مثل إحالة الموظف العام على التقاعد<sup>(١١٩)</sup>، كما أن إلغاء البرلمان الإعتمادات المالية الواردة في الموازنة العامة والمخصصة لإحدى الوظائف لا يمكن، كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي، الإعتداد به وسيلة قانونية لإلغاء تلك الوظائف<sup>(١٢٠)</sup>.

وعلى الرغم من أن الدستور العراقي جاء خالياً من نص يمنع مجلس النواب من تخفيض أنواع محددة من الاعتمادات أو إلغائها إلا أن مجلس النواب راعى ضرورة وجود بعض الإعتمادات في مشروع الموازنة العامة وأمتنع عن إلغائها أو تعديلها للإعتبارات المتقدم ذكرها، والمثل الذي يذكر هنا إبقاء اعتمادات النقابات والأندية والاتحادات المخصصة للمساهمات الدولية والمؤتمرات في مشروع قانون موازنة سنة ٢٠١٧ مع مناقلة التخصيصات التشغيلية الأخرى للجهات المذكورة إلى وزارة العمل والشؤون الإجتماعية<sup>(١٢١)</sup>، لكن ينبغي القول هنا إن مسلك مجلس النواب العراقي بهذا الصدد ليس مسلكاً ثابتاً، ففي مشروع قانون موازنة ٢٠١٦ على سبيل المثل : ألغى المجلس التخصيصات التشغيلية كافة للنقابات والأندية والاتحادات وحولها إلى تخصيصات جهات أخرى<sup>(١٢٢)</sup>، وقد طعن وكيل نقيب الصحفيين العراقيين على قانون

الموازنة أمام المحكمة الاتحادية العليا، ووجه الطعن هو أن حجب التخصيصات المالية عن نقابة الصحفيين أدى إلى حرمان عوائل الشهداء والمصابين من الصحفيين من الحقوق المالية المقررة في المادة : ( ١١ ) من قانون حقوق الصحفيين لسنة ٢٠١١، وكذلك تجريد عضوية العراق في المنظمات العربية والدولية<sup>(١٢٣)</sup>.

بيد أن المحكمة الاتحادية العليا ردت الطعن ؛ لأن إلغاء التخصيصات، كما ترى المحكمة، يدخل ضمن صلاحيات مجلس النواب الدستورية<sup>(١٢٤)</sup>.

بناء على ما تقدم، ومن أجل حماية الحقوق المالية لدائني الدولة، سواء أكانوا موظفين أم متعاقدين، وسواء أكانوا مواطنين أم أجانب، نرى أنه لا بد أن ينص دستورنا على عدم جواز إلغاء مجلس النواب المخصصات المالية المستخدمة لسداد الديون المستحقة على الدولة.

#### ج - تخفيض النفقات العامة

زود الدستور العراقي النافذ مجلس النواب صلاحية تخفيض مبالغ الموازنة العامة<sup>(١٢٥)</sup> دون الرجوع إلى مجلس الوزراء. ومن الأمثلة التي تذكر على هذه الصلاحية قيام مجلس النواب بإضافة مادة على مشروع قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٧ تتضمن وقف التعيينات في الرئاسات الثلاث أي رئاسة مجلس النواب ومجلس الوزراء، ورئاسة الجمهورية والجهات المرتبطة بها ومنع النقل والتنسيب إليها. وقد طعن مجلس الوزراء على هذه الإضافة لدى المحكمة الاتحادية العليا بيد أن المحكمة ردت الطعن ؛ لأنها وجدت أن المادة: ( ١٨ / ج ) المطعون فيها لم تتخط أحكام المادة : ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور، لأن مضمونها فيه توفير وتقليص في صرف النفقات العامة<sup>(١٢٦)</sup>.

ولعل سؤالاً يطرح هنا مفاده إذا كانت لمجلس النواب صلاحية تخفيض النفقات العامة فهل له ان يخفض الإيرادات العامة كذلك ؟

يذهب البعض<sup>(١٢٧)</sup> أن بإمكان مجلس النواب فعل ذلك أستنادا إلى نص الفقرة : ( ثانيا ) من المادة: ( ٦٢ ) من دستور ٢٠٠٥ التي نصت بأن : ( لمجلس النواب إجراء المناقلة بين أبواب وفصول الموازنة العامة وتخفيض مجمل مبالغها... ) غير أن المنطق يُشير إلى إمكانية خفض النفقات العامة دون الإيرادات وتحقيق فائض في موازنة الدولة.

ونحن لا نؤيد هذا الرأي لسببين الأول : أن التخفيض الوارد في الفقرة ( ثانيا ) المشار إليها في أعلاه جاء في سياق الكلام عن المناقلة بين أبواب الموازنة وفصولها، والمعلوم أن المناقلة تخص اعتمادات النفقات العامة ولا علاقة لها بالإيرادات العامة، وقد أشارت بعض الدساتير إلى ذلك صراحة منها على سبيل المثال الدستور الأردني النافذ الذي جاء فيه : ( ... لا يجوز نقل أي مبلغ في قسم النفقات من الموازنة العامة من فصل إلى آخر إلا بقانون ) (١٢٨) . والسبب الثاني أن تخفيض مجلس النواب للإيرادات أمر وارد جدا.

والأمثلة عليه كثيرة، منها : تخصيص مجلس النواب إيراد معين من الإيرادات العامة لجهة إدارية معينة دون موافقة مجلس الوزراء، فهذا التخصيص يؤدي إلى حرمان الخزينة العامة من الإيراد الذي تم تخصيصه مما يُسبب بالتالي انقاصا في الإيرادات العامة، وزيادة في العجز. وفي هذا تقول المحكمة الاتحادية العليا : ( ... بصدد الطعن الوارد على المادة (٥٦) من قانون الموازنة المتضمنة تخصيص نسبة من إيرادات المنافذ الحدودية لتأهيل البنى التحتية فيها وكذلك المناطق المحيطة بها، وأن هذه الإيرادات بالأصل مخصصة للموازنة العامة، فأخذ جزء منها إلى مصرف آخر يشكل عجزا في الموازنة، مما يرتب إخلالا بتنفيذها، وأن ذلك حصل دون الرجوع إلى مجلس الوزراء، وبوضع هذه المادة حصل خرق لأحكام المادة: ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور ) (١٢٩) .

ومن الأمثلة الأخرى الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا الذي قالت فيه : ( بصدد الطعن الوارد على المادة ( ٣٥ / أ / ب ) من قانون الموازنة التي توسعت في الإعفاءات الواردة فيها عما هو مدرج في المشروع الحكومي، وأن ذلك رتب تخفيضا في إيرادات الموازنة وزيادة في العجز، دون الرجوع إلى مجلس الوزراء في ذلك، وأن هذه الإضافة بالتوسع في الإعفاءات تخالف أحكام المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور ) (١٣٠) ..

#### د - المناقلة بين أبواب الموازنة وفصولها

تعني المناقلة نقل الفائض من الإعتمادات المدرجة في أحد أبواب الموازنة، أو فصولها إلى الباب، أو الفصل الذي يعاني من نقص في الإعتمادات. وقد زود الدستور العراقي النافذ مجلس النواب صلاحية اجراء المناقلة في الفقرة: (الثانية) من المادة: ( ٦٢ ) المذكورة أنفا. والسؤال الذي يطرح هنا هل أن صلاحية مجلس النواب بإجراء المناقلة مطلقة أم مقيدة ؟

ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بصدد هذا الموضوع إلى اتجاهين الأول : قديم، والثاني : حديث حسبنا الآن الوقوف عليهما :

الاتجاه الأول للمحكمة الاتحادية العليا بخصوص صلاحية مجلس النواب بإجراء المناقلة :

رأت المحكمة الاتحادية العليا أن لمجلس النواب صلاحية مطلقة بإجراء المناقلة، ففي احدى أحكامها قالت المحكمة بأن: (...قيام مجلس النواب بإجراء مناقلة في المادة ( ٥٠ ) من القانون على حساب السلطة التنفيذية بنقل أكثر من (٣١) مليار دينار من رئاسة الجمهورية و(٥) مليار دينار من الأمانة العامة لمجلس الوزراء و(٦٩) مليار دينار من دائرة نزع السلاح ودمج المليشيات وتحويلها إلى المادة (٥٠ / ثانيا) من القانون أعلاه... لمشروع بناء سكن وبنية خاصة لمجلس النواب وللموازنة التشغيلية لمجلس النواب، فإن هذه المناقلة هي من صلاحية مجلس النواب المنصوص عليها في المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور... حيث ورد هذا النص في الدستور مطلقا وغير مقيد، والمطلق يجري على إطلاقه.....) (١٣١)

وفي حكم آخر وكّدت المحكمة اتجاهها السابق بقولها : ( أن مجلس النواب قد أضاف عند تشريعه للقانون المادة ( ٥٠ ) من المشروع الحكومي للموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٦ وبموجبها تم مناقلة المبالغ المحددة في الجدول المذكور إلى الجهات المحددة في المادة نفسها، وحيث أن إجراء المناقلة بين أبواب وفصول الموازنة العامة وتخفيض مجمل مبالغها حق لمجلس النواب... لذا فإن قيام المجلس بذلك يكون قد أستعمل صلاحياته الدستورية... ) (١٣٢).

الاتجاه الثاني للمحكمة الاتحادية العليا بخصوص صلاحية مجلس النواب بإجراء المناقلة : -

ذهبت المحكمة الاتحادية العليا، في حكم حديث لها، مذهبا مخالفا لما ذهبت إليه في الأحكام السابقة، فرأت أن صلاحية مجلس النواب بإجراء المناقلة صلاحية مقيدة وليست مطلقة، ووجه التقييد هو ألا يترتب على المناقلة زيادة في الإنفاق العام أو إتساع في العجز وبخلاف ذلك تعد المناقلة مخالفة لأحكام الدستور، وفي هذا تقول المحكمة إنه : (... بصدد

الطعن الوارد على المادة ( ٥٩ ) من قانون الموازنة والمتضمن مناقلة ( ٢٢٠ ) مليار دينار من إجمالي وزارة المالية و ( ٥٠ ) مليار دينار من وزارة الدفاع ( استثماري ) فإن من شأن ذلك تأخير مستحقات غاز البصرة وبالتالي عدم تجهيزها بالغاز لوزارة الكهرباء إضافة إلى أن هذه المناقلة تؤدي إلى عجز في تخصيصات التسليح لوزارة الدفاع تسديد مبلغ التعاقدات التي تصل إلى ( ٥٠ ) مليار دينار، وحيث لا يُمكن تعويض المبالغ المشار إليها إلا بإضافة مبالغ جديدة وهذا يرتب أعباء مالية على الخزينة العامة ويساهم في زيادة العجز، وأن هذه المناقلات جرت وأفرزت انعكاساتها بزيادة العجز في الموازنة دون الرجوع إلى مجلس الوزراء خلافاً لأحكام المادة ( ٦٢ / ثانياً ) من الدستور (١٣٣).

يلاحظ على الحكم الوارد في أعلاه ما يلي :

الملاحظة الأولى : توسع المحكمة في تفسير نص الفقرة ( ثانياً ) من المادة ( ٦٢ ) من الدستور العراقي ؛ لأن الزيادة في الإنفاق هنا لم تكن زيادة مباشرة وإنما حدثت بطريق غير مباشر هو المناقلة.

الملاحظة الثانية : أن المحكمة كانت موفقة في حكمها، لأن المناقلة بمفهومها الحقيقي، كما ذكرنا آنفاً، هي نقل المبالغ الزائدة أو الفائضة عن الحاجة أما المبالغ اللازمة لسد الحاجة فلا يجوز مناقلتها، لأن ذلك يعد تغييراً في أوجه الصرف تترتب عليه زيادة في الإنفاق، وهو ما لا تملكه السلطة التشريعية في الأصل.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس النواب العراقي اعتاد أن يفوض وزير المالية صلاحية اجراء المناقلة بين اعتمادات الموازنة العامة بعد المصادقة عليها على مستوى الأبواب والأقسام (١٣٤)، وكذلك تفويض الوزراء، ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة، والمحافظين، ورؤساء مجالس المحافظات صلاحية اجراء المناقلة بين اعتمادات بعض النفقات المدرجة ضمن موازنتها السنوية المصادق عليها في الموازنة العامة الاتحادية بعد اشعار وزارة المالية بذلك (١٣٥).

ومن الواضح الجلي أن الهدف من التفويض المذكور أعلاه هو اضعاف المرونة على تنفيذ قانون الموازنة، وتخليصها من التعقيدات والاجراءات الروتينية التي تعوق تنفيذها بصورة سليمة لكن المناقلة بين الاعتمادات التي تجري بعد اصدار قانون الموازنة هي في حقيقتها تعديل لهذا القانون، وتعديل القوانين هو من اختصاص السلطة التشريعية، وهو اختصاص أصيل يجب عليها

أن تمارسه بنفسها، فلا يجوز لها أن تعهد به لسلطة أخرى إلا إذا وجد نص صريح في الدستور يسمح لها بذلك. بعبارة أخرى أن مبدأ الفصل بين السلطات، وهو من المبادئ التي تبنّاها المشرع الدستوري العراقي<sup>(١٣٦)</sup>، يتطلب أن تختص السلطة التشريعية بسن القوانين، وتعديلها، والغائها، وأن تختص السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين التي تسنها السلطة التشريعية<sup>(١٣٧)</sup>، والخروج عن هذا التوزيع للاختصاصات لا يصح إلا بوجود نص دستوري صريح يجيز ذلك<sup>(١٣٨)</sup>. والثابت أن الدستور العراقي النافذ خلا من نص يبيح لمجلس النواب تفويض صلاحية المناقلة للسلطة التنفيذية، عليه فإن تفويض المجلس المذكور لوزارة المالية والجهات التنفيذية الأخرى بتعديل قانون الموازنة بطريق المناقلة يعد، في رأينا، تفويضا باطلا لمخالفته للدستور..

وليس في كلامنا المتقدم بدع من القول فقد سبق للفقهاء المالي الأمريكي أن نعى على الكونغرس افراطه في تحويل صلاحياته المالية المتعلقة بالموازنة إلى الحكومة، ولاحظ الفقهاء المذكور أن الكونغرس فوض، على مدار العقود القليلة الماضية، عددا كبيرا من سلطاته في تشريع القوانين إلى وكالات ومكاتب تخضع للسلطة التنفيذية، وعند قيامه بهذا التفويض تخلى أيضا عن العديد من مسؤولياته المتعلقة بالسيطرة على الموازنة.

وقد أنطلق الكتاب في نقد موقف الكونغرس من زاويتين : دستورية ومالية. فمن الوجهة الدستورية تعد نزعة الكونغرس هذه نزعة مخيفة، لأن الدستور الأمريكي خلق، بموجب فصل السلطات، ثلاثة فروع للحكومة، أمتلك كل منها سلطات مستقلة لا يمكن منحها لفرع آخر. ومن الوجهة المالية تسبب تخلي الكونغرس عن مسؤولياته الخاصة بالموازنة إلى ظهور وضع مالي غير مسبوق، تمثل في نفقات وديون لا نهاية لها من شأنها تهديد الأوضاع الاقتصادية والسياسية للبلاد على المدى الطويل<sup>(١٣٩)</sup>.

إن خسارة الكونغرس لسيطرته على الموازنة لم تكن وليدة اليوم بل تعود إلى ثلاثينيات القرن الماضي عندما طالب أنصار سياسة التعامل الجديد بسلطة اتفاق مركزية، ووضع هذه السلطة بين يدي الرئيس. وقد عُدت برامج نفقات الطوارئ، وسلطة رفع التعريفات وتخفيضها لغرض التوصل إلى اتفاقيات تجارية في عهد الرئيس (فرانكلن روزفلت)، خطوات مهمة نحو السماح للسلطة التنفيذية بإتفاق الأموال دون تحويل صريح من الكونغرس<sup>(١٤٠)</sup>.

وإزاء الانتقادات التي وجهها الكتاب إلى الكونغرس حاول الأخير استرجاع سيطرته على الموازنة عن طريق تفعيل الاشراف عليها، والرقابة على تنفيذها بعد صدورها، واللجوء إلى القضاء، ومن الأمثلة التي تُذكر هنا قضية مجلس النواب ضد برويل، التي قررت فيها احدى المحاكم الفدرالية أن الحكومة قد خرقت الدستور بعدما مولت برنامج قانون الرعاية الميسورة التكلفة بدون وجود تخصيص من الكونغرس<sup>(١٤١)</sup>.

لكن على الرغم من الجهود التي بذلها الكونغرس لاستعادة سلطته على الموازنة إلا أن الكتاب يرون أنها جهودا غير كافية، ويشبهون الكونغرس بالضفدع الذي خرج من بركة الماء وعندما تعرض إلى أشعة الشمس قرر العودة، لكن عودته كانت عديمة الفائدة وجاءت بعد فوات الآوان بسبب أصابته بالجفاف، وقد دعا بعضهم إلى أن يتعلم الكونغرس من جديد فن سن القوانين ووضع الموازنات، وأن يتخلى عن ممارساته الحالية المتضمنة منح سلطات إنفاق عامة للرئيس كل عام، ويعتمد عوضا عنها سياسة تشريعية تقوم على أساس سن قوانين موازنات مفصلة سيما أن الدستور الأمريكي النافذ خول الكونغرس هذه الصلاحية عندما نص صراحة بأنه : ( لا يجوز أن تُسحب أموال من الخزينة إلا تبعا لاعتمادات يُحددها القانون )<sup>(١٤٢)</sup>. فالهدف الأساسي لإصلاح الموازنة، كما يرى الفقه المالي الأمريكي حاليا، يجب أن يكون السيطرة على الموازنة<sup>(١٤٣)</sup>.

٢ - الإختصاصات التي لا يستطيع مجلس النواب ممارستها دون الرجوع إلى مجلس الوزراء لم يطلق الدستور العراقي النافذ يد مجلس النواب في إدخال ما يشاء من تعديلات على مشروع الموازنة، فالأصل أن التعديلات التي تترتب عليها زيادة في الأعباء العامة لا يجوز لمجلس النواب إدخالها على مشروع الموازنة إلا بعد موافقة الحكومة. بيد أن هذا الأصل يرد عليه استثناء. وسوف نقف على القاعدة العامة والإستثناء الوارد عليها في البيان التالي :

أ - القاعدة العامة هي أن مجلس النواب لا يملك صلاحية زيادة النفقات العامة دون موافقة الحكومة يمنع على مجلس النواب زيادة نفقات الموازنة العامة إلا بعد توافر شرطين هما :

الشرط الأول : وجود حالة ضرورة تبرر الزيادة.

الشرط الثاني : موافقة مجلس الوزراء على تلك الزيادة<sup>(١٤٤)</sup>.

بناء على ما تقدم فإن الزيادة التي يدخلها مجلس النواب على النفقات العامة تعد مخالفة دستورية ما لم تقتزن بتوافر الشرطين المذكورين، وقد حكمت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية الزيادات التي استحدثتها مجلس النواب لكونها جاءت مخالفة للشرطين اعلاه، وقد أتخذت الزيادات أشكالاً مختلفة نذكر منها على سبيل المثال :

#### - الزيادة الإجمالية على مبالغ النفقات العامة

قالت المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها (... أجرى مجلس النواب في المادة: ( ٢ / أولاً ) من القانون - يقصد به قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٢ - زيادة على إجمالي النفقات دون اقتراح ذلك على مجلس الوزراء وأخذ موافقته على ذلك، ودون بيان حالة الضرورة التي تبرر هذه الزيادة إذ كانت النفقات في المشروع الحكومي ( ٢٧٨ ، ٨٣٩ ، ٠٩٤ ، ١١٧ ) مائة وسبعة عشر ألف وأربعة وتسعون ملياراً وثمانمائة وتسعة وثلاثون مليون ومائتان وثمانية وسبعون ألف دينار أصبحت ب ( ١٥٠ ، ٩٣٠ ، ١٢٢ ، ١١٧ ) دينار أي بزيادة تصل لحوالي ( ٢٨ ) مليار دينار، وأن ذلك يعد مخالفة لأحكام المادة ( ٦٢ / ثانياً ) من الدستور.... ) (١٤٥).

#### - استحداث درجات وظيفية جديدة

حكمت المحكمة الاتحادية العليا بأن : ( مجلس النواب.....أضاف أعباء مالية إضافية على عاتق الحكومة باستحداثه ( ٤٠,٠٠٠ ) أربعين ألف درجة وظيفية جديدة دون أن يكون له صلاحية في ذلك، لأن صلاحية مجلس النواب منصوص عليها في المادة ( ٦٠ / ثانياً ) وفي المادة ( ٦٢ ) من الدستور وليس من بينها مثل هذه الصلاحية... ) (١٤٦).

- السماح للوحدات الإدارية بشغل الدرجات الوظيفية الشاغرة دون وجود تخصيصات مالية لها ذهبت المحكمة الاتحادية العليا انه (بصدد الطعن الوارد على المادة ( ١١ / ثالثاً ) من قانون الموازنة - لسنة ٢٠١٧ - التي أضافت وزارتي الهجرة والمهجرين، والكهرباء إلى الجهات المستثناة من إيقاف التعيينات وذلك بإشغال - والأصح شغل - الدرجات الشاغرة الناتجة عن حركة الملاك والتي لم يوضع لها تخصيص في موازنة ٢٠١٧ مما يترتب عليه زيادة في النفقات العامة دون الرجوع إلى مجلس الوزراء، وأن ذلك يشكل مخالفة لأحكام المادة : ( ٦٢ / ثانياً ) من الدستور... ) (١٤٧). كما أضافت المحكمة في الحكم ذاته و) بصدد الطعن الوارد على

المادة ( ١١ / خامسا / ج ) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ التي أجازت للوزارات والجهات الأخرى الإحتفاظ بالدرجات الشاغرة نتيجة حركة الملاك والتي لم يوضع لها تخصيص في موازنة ٢٠١٧ مما يترتب عليه زيادة في الإنفاق العام مقابل دفع الرواتب لمن يشغل هذه الدرجات وذلك دون الرجوع إلى مجلس الوزراء، وان وضع هذا النص يشكل مخالفة لأحكام المادة: ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور ... ) .

#### — تقديم منح مالية

ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن مجلس النواب (... منح في المادة ( ٤١ / أولا ) من القانون — قانون الموازنة لسنة ٢٠١٢ — المتقاعدين الذين يتقاضون راتبا تقاعديا ( ٤٠٠,٠٠٠ ) ألف دينار شهريا فما دون ذلك من غير الذين يتقاضون راتبا تقاعديا بموجب قوانين خاص منحة مقدارها ستمائة ألف دينار لهذه السنة تدفع لهم على أقساط دون أن يكون له صلاحية زيادة وإعطاء منحة للمتقاعدين مخالفا بذلك أحكام المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور.... ) (١٤٨)

#### — زيادة الاعتمادات المالية

بينت المحكمة الاتحادية العليا : (... أن مجلس النواب، وفي المادة ( ٣٧ ) من القانون — قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٢ — حول وزير المالية الاتحادي زيادة الاعتمادات المصرفية واللازمة لتغطية كلف الأعمال التي يقوم بها المركز الوطني للمختبرات الإنشائية التابع لوزارة الإعمار والإسكان بحدود ( ٥٠ % ) من الإيرادات المتأتية عن تنفيذ تلك الأعمال إذا تأيد نفاذ الاعتمادات المخصصة لها في الموازنة العامة الاتحادية واستثناء من أحكام المادة ( ٦ / ثانيا ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية ولم يرجع عند إجراء هذا التغيير إلى رأي مجلس الوزراء إذ ليس لمجلس النواب حق زيادة الاعتمادات والنفقات بموجب المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور من تلقاء نفسه وأن مناط ذلك إلى مجلس الوزراء وفقا لنص المادة ( ٦٢ / أولا من الدستور.... كما أن مجلس النواب وفي المادة ( ٤٨ ) من القانون تدخل في شؤون السلطة التنفيذية حيث أعطى لوزير الصحة صلاحية إجراء زيادة مبالغ الشراء المباشر من خلال لجان المشتريات إلى ( ١٠٠ ) دينار بدلا من ( ٥٠ ) مليون دينار للأدوية والمستلزمات الطبية... ) (١٤٩). وأضافت المحكمة في حكم آخر انه و (بصدد الطعن الوارد على المادة )

١٢ / أولا ) من قانون الموازنة - لسنة ٢٠١٧ - التي رفعت سقف التحويل الذي يصدر من الوزير إلى المحافظ بعدما كان محددا في مشروع الموازنة ب ( ١٠ ) مليار دينار، وأن قيام مجلس النواب بذلك يتعارض مع المادة ( ١٢٣ ) من الدستور والمادة ( ٤٧ ) منه حيث تختص السلطة التنفيذية بهذا الإجراء ولا تختص السلطة التشريعية به وكذلك يتعارض مع أحكام المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور (١٥٠).

#### - تدوير المخصصات المالية

يعني التدوير نقل الاعتمادات المالية غير المصروفة، أو ما تبقى منها المخصصة لإحدى وحدات الإنفاق من موازنة السنة المالية المنصرمة إلى موازنة السنة المالية الحالية وإعادة تخصيصها إلى وحدة الإنفاق ذاتها. والتدوير بهذا المعنى ينطوي على زيادة في الإنفاق للسنة المالية الجديدة وهو ما لا يملك مجلس النواب إجرأه دون الرجوع إلى مجلس الوزراء، وبذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا التي قالت : (...أضاف المجلس عند تشريعه للقانون- قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٢ - المادة ( ٤٩ ) والتي نصت على ( تدوير تخصيصات الوقفين الشيعي والسني بما يساوي نسبة الإنفاق الأعلى لهما ) دون الرجوع إلى رأي مجلس الوزراء ومن تلقاء نفسه إذ ليس من صلاحية المجلس إضافة شي جديد على المشروع يؤدي إلى زيادة الإنفاق وعليه عند الضرورة أن يقترح ذلك على مجلس الوزراء وفقا للمادة : ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور (١٥١).

ب - الإستثناء على القاعدة العامة : جواز قيام مجلس النواب بزيادة النفقات العامة دون موافقة مجلس الوزراء

أجازت المحكمة الاتحادية العليا لمجلس النواب، استثناء من الأصل العام، زيادة النفقات العامة دون الحصول على موافقة مجلس الوزراء إذا أدت تلك الزيادة إلى تحقيق المساواة بين المواطنين وتكافؤ الفرص بينهم. وفي هذا تقول المحكمة : (... بصدد الطعن الوارد على المادة ( ١١ / سادسا ) من قانون الموازنة التي تقضي بتجديد العقود واحتساب مدة التعاقد للمشتتين على الملاك الدائم بعد ٢٠٠٣/٤/٩ خدمة فعلية لأغراض العلاوة والترفيه والتعاقد. وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن النص المذكور الذي وضع من مجلس النواب اتساقا مع ما ورد في الموازنات السابقة يُرتب زيادة في مبالغ المخصصات التي تحسب على أساس نسبة من

الراتب دون الرجوع إلى مجلس الوزراء في هذه الزيادة، وكذلك يُرتب زيادة في حصة الدولة من التوقيفات التقاعدية لذا فإنه يُشكل مخالفة لأحكام المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور. إلا أن الحكم بعدم دستوريته - كما هو طلب المدعي إضافة لوظيفته - من شأنه أن يؤدي إلى إخلال التوازن بين الموظفين واختلاف مركزهم القانوني بالنسبة لمن تُبت خلال تطبيق الموازنات المالية السابقة من سنة ٢٠١٥ وما قبلها ويخلق تفاوتاً في الرواتب والحقوق الأخرى لمن هم في نفس الموصفات والشروط، لذا يكون طلب الحكم بعدم دستورية المادة ( ١١ / سادسا ) مخالفاً لأحكام المادتين ( ١٤ ) و ( ١٦ ) من الدستور. وحيث أن هاتين المادتين قد وردتا في باب ( الحقوق والحريات ) وذكر مضمونها في ديباجة الدستور مما يتعين تغليب تطبيقها على المادة ( ٦٢ / ثانيا ) من الدستور تحقيقاً للعدالة والمساواة بين الموظفين ذو المستوى الواحد والشروط المطلوبة في الخدمة العامة (١٥٢).

إن الحكم المذكور في أعلاه أضاف للموازنة وظيفة أخرى هامة إلى جانب الوظائف التقليدية التي تؤديها، فلم تعد الموازنة، في نظر المحكمة الاتحادية العليا، أداة من أدوات السياسة المالية للدولة فحسب بل أصبحت كذلك وسيلة فاعلة من وسائل تحقيق العدالة الاجتماعية، وهذا ما ينسجم مع المفهوم الحديث للمالية العامة بوصفها مالية وظيفية وليست محايدة.

ثانياً: موقف قانون الإدارة المالية والدين العام النافذ من صلاحيات مجلس النواب  
إزاء مشروع قانون الموازنة العامة

اصدرت سلطة الائتلاف المؤقتة ( المنحلة ) قانوناً حمل أسم قانون الإدارة المالية والدين العام رقم: ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤ نظمت بموجبه الأعمال ذات الصلة بالموازنة من حيث إعدادها، وإقرارها، وتنفيذها، والرقابة عليها، وهذا القانون من حيث صدوره سابق على الدستور العراقي النافذ لكن الأحكام التي تضمنها جاءت في معظمها متفقة مع الدستور المذكور مع إختلاف في الصياغة، فموجب قانون الإدارة المالية يمارس مجلس النواب بوصفه سلطة تشريعية وطنية الإختصاصات التالية ازاء مشروع الموازنة العامة (١٥٣) :

أ - الحق بإعادة تخصيص النفقات المقترحة، ويقصد بإعادة التخصيص كما ورد في قانون الإدارة المالية ( نقل موارد الموازنة من حساب فيها أو من وحدة أو من فقرة مخصصة إلى

أخرى (١٥٤) . وواضح أن إعادة التخصيص بهذا المعنى يقصد بها المناقلة كما وردت في الدستور النافذ مع الأخذ بنظر الاعتبار أن المناقلة في الدستور حصرها المشرع بين أبواب الموازنة وفصولها بينما توسع قانون الإدارة ليمد الحكم إلى الوحدات والفقرات.

ب - تقليل المبلغ الإجمالي في الموازنة الفدرالية.

ج - اقتراح زيادة مبلغ المصروفات بشكل عام إلى مجلس الوزراء إذا أقتضت الحاجة، على أن يُقدم اشعاراً بذلك إلى وزير المالية، وللوزير أن يصدر توصيات غير ملزمة إلى مجلس الوزراء بشأن هذا الاقتراح.

ثانياً : موقف النظام الداخلي لمجلس النواب إزاء صلاحية المجلس في زيادة الأعباء المالية للخزينة العامة

جاء في النظام الداخلي لمجلس النواب بأنه: ( يجب على اللجنة المالية أن تأخذ رأي مجلس الوزراء في كل اقتراح بتعديل تقترحه اللجنة في الاعتمادات التي تضمنها مشروع الموازنة، ويجب أن تُصمّن اللجنة تقريرها رأي الحكومة في هذا الشأن ومبرراته، ويسري هذا الحكم على كل اقتراح بتعديل تتقدم به أية لجنة من لجان المجلس، أو أحد الأعضاء إذا كانت تترتب عليه أعباء مالية ) (١٥٥).

يلاحظ على النص المتقدم عدم الدقة من وجوه عدة أهمها :

١ - يتطلب الشق الأول أخذ رأي مجلس الوزراء في كل اقتراح تتقدم به اللجنة المالية في مجلس النواب إذا كان الاقتراح ينطوي على تعديل في الاعتمادات الواردة في مشروع الموازنة، وهذا ما يُخالف أحكام الدستور النافذ التي أجازت لمجلس النواب تعديل الاعتمادات عن طريق مناقلتها أو تخفيضها (١٥٦) أو حذف مواد واردة فيها دون أن تشترط أخذ رأي مجلس الوزراء.

٢ - إن الرجوع إلى مجلس الوزراء لا يتصور سوى في حالة واحدة حددتها الفقرة : (الثانية) من المادة : ( ٦٢ ) من الدستور وهي حالة رغبة مجلس النواب زيادة إجمالي مبالغ النفقات. علماً أن أخذ الرأي في هذه الحالة وإدراجه في تقرير اللجنة المالية لا يكفي بل لا بد من صدور موافقة صريحة من مجلس الوزراء، وأن تطرأ ضرورة تبرر تلك الزيادة، وهذا ما لم يتطلبه النص الوارد في النظام الداخلي لمجلس النواب خلافاً للأحكام الواردة في الدستور.

٣ - أما الشق الأخير من النص فلم يوضح المقصود بالأعباء المالية فهل تعني الأعباء المفروضة على المواطنين، مثل : الضرائب، والرسوم، وإبرام القروض، أم الأعباء التي تتحملها الخزينة العامة المتمثلة بزيادة النفقات العامة ؟

الفرع الرابع: الإلتزام بمبدأ الفصل بين السلطات

يعني مبدأ الفصل بين السلطات توزيع وظائف الدولة على هيئات متعددة، وعدم تركيزها في يد واحدة، وتوزيع الوظائف على هذا النحو يؤدي إلى تخصص كل سلطة بالمهام الموكولة إليها بحيث إذا ما عَنَّ لإحدى هذه السلطات تجاوز اختصاصاتها أمكن لغيرها من السلطات أن تردّها عند حدودها<sup>(١٥٧)</sup>.

ويحدد الدستور عادة صلاحيات كل سلطة من السلطات العامة مما يوجب عليها التقيد بتلك الصلاحيات ومراعاتها بيد أن الحاصل فعلا أن السلطات العامة لا تحترم دائما تلك الحدود بل تعتمد إلى تخطيها ، فالسلطة التشريعية على سبيل المثال تنتهز أحيانا فرصة عرض مشروع الموازنة عليها لتضيف إليها نصوصا تتضمن الاعتداء على صلاحيات السلطات الأخرى وهذا ما يُعد مخالفة دستورية، وانتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات، وفي هذا تقول المحكمة الاتحادية العليا في العراق : بأن النصوص (...التي وضعها مجلس النواب عند تشريعه قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق لسنة ٢٠١٦ والتي لم تكن في الأصل موجودة في مشروع القانون المشار إليه اعلاه والمرسل من مجلس الوزراء أو تلك النصوص التي جرى تغييرها بشكل جوهري عما كانت عليه في المشروع دون أن يكون من صلاحياته أو دون الرجوع إلى رأي الحكومة عند التغيير وفقا لمتطلبات المادة ( ٦٠ / أولا وثانيا ) من الدستور، فإن كل ذلك هو إجراء يتعارض مع المبدأ الأساسي الذي تنبأه دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة ( ٤٧ ) منه ( وهو مبدأ الفصل بين السلطات ) ذلك أن ( تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة، والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ) وإعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية ( إختصاص حصري بمجلس الوزراء كرسته المادة ( ٨٠ / أولا / رابعا ) من الدستور.... وأن مجلس النواب عند إجرائه هذه التغييرات لا بد من السير وفقا للصيغ لتي وضعها الدستور في المادتين ( ٦٠ / ثانيا ) و ( ٦٢ / ثانيا ) منه بحيث ينسجم مع حكم المادتين ( ٤٧ ، ٨٠ ) من الدستور، لأن

تنفيذ المتغيرات في قانون الموازنة العامة مناصرة بالسلطة التنفيذية وقد يكون خارج خططها في مرحلة تشريع القانون أو خارج امكاناتها في المدى الذي يخص الموازنة السنوية لعام ٢٠١٦ فكان المقتضى على مجلس النواب الرجوع إلى مجلس الوزراء لأخذ موافقته على التغيرات التي ينوي إدخالها في مشروع الموازنة العامة وإعادة المشروع إليه لدراسة المقترحات والتغيرات التي يراها المجلس في المشروع وفي ضوء ذلك توضع الأمور في نصابها الدستوري وفق مبدأ الفصل بين السلطات...)(١٥٨).

وتمت قضايا عرضت على المحكمة الاتحادية العليا في العراق حكمت فيها ببطالان بعض النصوص الواردة في قانون الموازنة العامة لمخالفتها المبدأ المذكور نذكر منها على سبيل المثال:

أولاً : التجاوز على اختصاص السلطة التنفيذية برسم السياسة العامة وتنفيذها  
 ناط المشرع الدستوري العراقي بمجلس الوزراء صلاحية تخطيط السياسة العامة للدولة وتنفيذها (١٥٩) وقد عدّت المحكمة الاتحادية العليا ممارسة مجلس النواب العراقي لهذا الإختصاص مخالفة دستورية، ففي أحد أحكامها قالت المحكمة : (... غير مجلس النواب عند تشريعه للقانون آنف الذكر - يقصد قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٢ - أوجه تخصيص الريادة المتحققة من الإيرادات عن صادرات النفط وأضاف إليها أوجها جديدة للصرف وذلك في المادة ( ٢٣ / ثانيا ) من القانون وهي ليست من صلاحيات مجلس النواب وفقا للمادة ( ٦٠ ) من الدستور بل هي من صلاحيات واختصاصات مجلس الوزراء المنصوص عليها في المادة ( ٨٠ ) من الدستور وهي تخص تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة ولاسيما السياسة المالية للحكومة ( ١٦٠ ) . وأضافت المحكمة في الحكم ذاته : (... وجد أن مجلس النواب عند تشريعه للقانون... قد تدخل بآلية التعاقد والتوظيف وإجرائه عدة تعديلات عليها وقراره بتثبيت عقود أم الربيعين الذين تعاقدوا في سنة ( ٢٠٠٨ ) حصرا وبشائر الخير الذين تعاقدوا في سنة ( ٢٠١٠ ) حصرا وقراره إيقاف التجديد للعاملين بأجر يومي الذين بدأ التعاقد معهم بعد تاريخ التصديق على الموازنة وحيث أن تدخل المجلس في آلية التعاقد والتوظيف ليس من صلاحياته بل من صلاحية السلطة التنفيذية إذ كان عليه تقديم المقترحات اللازمة إلى مجلس

الوزراء لأجل التدخل في آلية التعاقد والتوظيف وليس التدخل من قبله مباشرة مما جعل المادة المشار إليها بفقراتها المذكورة أعلاه مخالفة للمادة ( ٦٠ ) من الدستور ... ) .

#### ثانيا : التدخل بآلية جباية الموارد المالية دون موافقة الحكومة

قالت المحكمة الاتحادية العليا بأنه : ( وجد بأن أن مجلس النواب عند تشريعه للقانون - يقصد به قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠١٦ - وللمادة المذكورة منه قد أضاف إليها عبارة ) وفي حالة عدم قيام تلك الجهات بالجباية فعلى وزارة المالية استقطاع مبالغها من الموازنة الجارية للجهات أعلاه ) وقد ثبت للمحكمة من جريان المرافعة بأن المدعى عليه اضافة لوظيفته لم يرجع إلى المدعي اضافة لوظيفته لأخذ موافقته على الإضافة المذكورة، وأن إضافة هذه العبارة إلى نص المادة المذكورة هو تجاوز لمجلس النواب صلاحياته التشريعية وتجاوز على مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة ( ٤٧ ) من الدستور، وكان عليه الرجوع إلى الحكومة عند إضافة تلك الإضافة على المادة المذكورة... ) (١٦١).

#### الفرع الخامس: الإمتناع عن إلحاق نصوص ضريبية بقانون الموازنة العامة

من المعلوم أن كل فرع من فروع القوانين يختص بتناول موضوع معين، فالقانون الدستوري ينظم عمل السلطات، والقانون الإداري ينظم عمل الإدارة العامة، والقانون المدني ينظم المعاملات بين الأفراد، وقانون الموازنة العامة، مثله مثل بقية القوانين الأخرى، له موضوع محدد هو تقدير إيرادات الدولة المتوقع الحصول عليها، والنفقات العامة المتوقع صرفها في السنة المالية القادمة. وإذا كانت هذه القاعدة تعد بديهية لكنها ليست مرعية دائما من قبل المشرع، فقد لوحظ أن المشرع في كثير من الدول يوافق على مشروعات موازنات تلحق بها السلطة التنفيذية نصوصا غريبة عن طبيعة الموازنة، ولا تنسجم مع موضوعها من قبيل فرض ضرائب جديدة، أو تعديل ضرائب قائمة، وغيرها من الموضوعات التي تتعارض مع الأسباب الموجبة لتشريع قانون الموازنة، وقد أدى هذا المسلك التشريعي إلى خلق مشاكل كثيرة من قبيل أن النصوص الملحقة بقانون الموازنة تتناول عادة موضوعات ذات طبيعة دائمة بينما قانون الموازنة من القوانين المؤقتة، كما أن الملحقات من قبيل فرض الضرائب تحتاج إلى التأني والتعمق في مناقشتها وهذا ما لا يتحقق فيما لو ألحقت تلك النصوص بقانون الموازنة ؛ لأن القانون الأخير

تتعجل المجالس النيابية عادة بمناقشته وإقراره لضمان تمريره قبل بدء السنة المالية، إضافة إلى ما يثيره وجود الملحقات بقوانين الموازنة من تشويش واضطراب ناجمين من تبعثر تلك الملحقات وتعدد قوائم الموازنات<sup>(١٦٢)</sup> مما يضعف قاعدة اليقين بها، وهي من القواعد الأساسية في فرض الضرائب .

نتيجة لما تقدم منعت الدساتير في دول كثيرة المشرع من إلحاق نصوص ضريبية بقانون الموازنة العامة، فالدستور الكويتي نص صراحة بأنه : ( لا يجوز أن يتضمن قانون الميزانية أي نص من شأنه إنشاء ضريبة جديدة، أو زيادة في ضريبة موجودة، أو تعديل قانون قائم أو تفادي إصدار قانون خاص في أمر نص هذا الدستور على وجوب صدور قانون في شأنه )<sup>(١٦٣)</sup> أما الدستور الأردني فنص بأنه : ( لا يقبل أثناء المناقشة في الموازنة العامة أي اقتراح يقدم لإلغاء ضريبة موجودة أو فرض ضريبة جديدة أو تعديل الضرائب المقررة بزيادة أو نقصان يتناول ما أقرته القوانين المالية النافذة المفعول... )<sup>(١٦٤)</sup>.

أما الدستور العراقي النافذ فلم يضم بين ثنياه نصا يمنع إلحاق نصوص ضريبية بقانون الموازنة العامة، وهذا ما تسبب في إثقال كاهل الموازنات بتلك النصوص<sup>(١٦٥)</sup>، والوقوع في مخالفات دستورية، مثل : سريان تلك النصوص بأثر رجعي، لأن قانون الموازنة كان يتأخر صدوره بعد بدء السنة المالية، فينص المشرع على سريانه بأثر رجعي أي ابتداء من ١ / ١ إعمالاً لقاعدة السنوية<sup>(١٦٦)</sup> مما ترتب عليه بالتبعية إرجاع العمل بالنصوص الضريبية الملحقة بالموازنة إلى الماضي في مخالفة صريحة لأحكام الدستور النافذ<sup>(١٦٧)</sup>.

يُزاد على ما تقدم أدى إلحاق النصوص الضريبية بقانون الموازنة، وعدم التروي في دراستها بشكل كاف إلى وقوع فئة من المكلفين تحت وطأة الإزدواج الضريبي دون غيرهم من الفئات الأخرى وهذا ما يُخالف مبدأ العدالة الضريبية التي توجب معاملة المكلفين جميعهم معاملة ضريبية واحدة إلا إذا وجد مبرر موضوعي للتفرقة، فموظفي الدولة والعاملين في القطاع العام فرضت على دخولهم ضريبتان : الأولى ضريبة الدخل بموجب قانون ضريبة الدخل<sup>(١٦٨)</sup> والثانية استقطاع مقداره ( ٨،٣ ٪ )، وهو ضريبة غير مسماة فرضت بموجب قوانين الموازنات السنوية<sup>(١٦٩)</sup> بينما فئة المتقاعدين فرضت عليها الضريبة الثانية<sup>(١٧٠)</sup> دون الأولى لكونها معفاة منها<sup>(١٧١)</sup> أما فئة العاملين في القطاع الخاص فخضعت للضريبة الأولى أي ضريبة الدخل<sup>(١٧٢)</sup>،

ولم تخضع للضريبة الثانية<sup>(١٧٣)</sup> وهذا ما يستدعي إعادة النظر بالسياسة الضريبية المتبعة مع هذه الفئات من المكلفين بما يضمن المساواة بينهم في تحمل العبء الضريبي.

#### الخاتمة

بعد ان استفرغنا الوسع في موضوعات هذا البحث، حق علينا أن نسجل الاستنتاجات التي انتهينا إليها، والمقترحات التي نرى انها جديرة بال طرح، وهذا ما سنعكف على بيانه في الكلام التالي :

#### أولاً : الاستنتاجات

١ - إن مرحلة الإقرار، بوصفها مرحلة أساسية من المراحل التي تمر بها كل موازنة عامة، كان من الممكن أن تكون في العراق أكثر فاعلية ودقة لو سنّ مجلس النواب العراقي قانون مجلس الاتحاد، وهو المجلس التشريعي الثاني، الذي يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، فالمجلس المذكور، الذي لم يتشكل حتى كتابة هذه السطور، يعد بحكم تكوينه، الأصلح للتعرف على مدى استيفاء الموازنة العامة العراقية للشروط المقررة في الدستور التي تخص الأقاليم والمحافظات، مثل: توزيع الإيرادات الاتحادية بصورة عادلة، وبما يؤمن تحقيق تنمية متوازنة بينها.

٢ - يوجد اختلاف بين الأحكام الواردة في الدستور العراقي النافذ بشأن الموازنة العامة وبين الأحكام التي تضمنها النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر سنة ٢٠٠٧، فمجلس النواب، بصريح العبارة الواردة في الفقرة: ( ثانيا ) من المادة: ( ٦٢ ) منه، لا يملك سوى أن يقترح على مجلس الوزراء زيادة اجمالي مبلغ النفقات العامة بعد وجود ضرورة تبرر الزيادة، ولمجلس الوزراء أن يوافق على المقترح أو يرفضه أما النظام المذكور فإنه يكتفي بأخذ رأي مجلس الوزراء على التعديلات التي تؤدي إلى زيادة الأعباء العامة ودون ذكر لحالة الضرورة.

٣ - لقانون الموازنة العامة خصوصية تميزه من بقية القوانين الأخرى وهي انطواءه على نصوص قانونية وجداول رقمية، وهذا ما أستدعى المشرع الدستوري، في كثير من الدول، أن يُخصص للقانون المذكور طريقة تصويت تناسب والخصوصية المذكورة كأن يكون التصويت بابا بابا أو فصلا فصلا، في حين أن الدستور العراقي النافذ أغفل ذلك.

٤ - يوجد تباين في المصطلحات المستخدمة بين دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وقانون الإدارة المالية العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٤، فالأخير ورد فيه على سبيل المثل مصطلح: ( إعادة التخصيص ) يقابله في الدستور مصطلح ( المناقلة )، وهذا ما يخلق تشويشا وإرباكا في الفهم والتطبيق.

٥ - لم يوفر الدستور العراقي النافذ حماية لدائني الدولة، لأنه جاء خاليا من نص يمنع مجلس النواب من تخفيض أو إلغاء الإعتمادات المخصصة في مشروع الموازنة العامة لسداد ما يُستحق في ذمة الدولة من أموال لمصلحة دائنيها سواء أكان الدين حالا، مثل: ديون القروض العامة وفوائدها أو آجلا مثل رواتب الموظفين والمتقاعدين على خلاف دساتير أخرى، مثل: الدستور الأردني النافذ الذي عالج هذه المسألة بنصوص صريحة، وقد أنتهز مجلس النواب العراقي هذا الفراغ الدستوري فألغى على سبيل المثل التخصيصات المالية التشغيلية للإتحادات، والأندية، والنقابات مما ترتب عليه عجز تلك الجهات عن تسديد ما بذمتها من ديون مختلفة.

٦ - خلا الدستور العراقي النافذ، على خلاف كثير من الدساتير المقارنة، من نص صريح يمنع أن تفرض الضرائب بواسطة قوانين الموازنات العامة، مما تسبب بإثقال القوانين المذكورة بنصوص ضريبية متنوعة جاء الكثير منها متعارضا مع أحكام الدستور ومبادئ العدالة.

٧ - خالف مجلس النواب العراقي أحكام الدستور النافذ عندما خول وزير المالية وجهات أخرى صلاحية إجراء المناقلة بين بعض اعتمادات النفقات في مشاريع الموازنات العامة على الرغم من عدم وجود نص صريح في الدستور يُجيز لمجلس النواب التحويل المذكور.

٨ - أجازت المحكمة الاتحادية العليا في العراق لمجلس النواب زيادة النفقات العامة بدون موافقة مجلس الوزراء إذا أدت الزيادة إلى تحقيق المساواة بين المواطنين وتكافؤ الفرص بينهم مما يعني أن الموازنة لم تعد برنامجا ماليا فقط بل أداة من أدوات تحقيق العدالة الاجتماعية كذلك.

٩ - ان إلزام الدستور المصري النافذ للمشروع العادي بتخصيص اعتمادات إنفاق حسب نسب مئوية سنوية ثابتة من الناتج القومي الإجمالي، مسلك منتقد ؛ لأنه يُقيد سلطة المشروع المذكور

بصورة لا تتناسب مع طبيعة البيئة الاقتصادية والاجتماعية ، وهي بيئة متغيرة بطبيعتها تستدعي توسيع صلاحية المشرع، وعدم تقييده بنسب ثابتة من الإنفاق العام.

١٠ - لم توفق الإدارة والمشرع في العراق في تطبيق نظرية العجز المخطط أو المنتظم التي تُحيز زيادة النفقات على الإيرادات العامة إذا كانت الزيادة من شأنها أن تحقق التوازن الاقتصادي والاجتماعي، وسبب فشل الجهات المذكورة يعود إلى أسباب كثيرة من بينها تعدي السلطتين التشريعية والتنفيذية نفسيهما على أحكام قانون الموازنة، والتأخر في المصادقة على الحسابات الختامية السنوية العامة.

#### ثانيا : المقترحات

- ١ - ضرورة اسراع مجلس النواب بسن قانون مجلس الاتحاد تنفيذا لأحكام المادة: ( ٦٥ ) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ ، فالقانون المذكور لم يُصر النور على الرغم من مرور اثنتا عشرة سنة على صدور الدستور مما ينم عن عدم وجود رغبة من مجلس النواب بوجود جهة تشريعية ثانية تعمل إلى جانبه وهذا يُخالف المبادئ الدستورية المستقرة في الدول ذات الأنظمة الاتحادية التي توجب وجود مجلس تشريعي يمثل الولايات الداخلة في الاتحاد، وكان الأصوب أن يُشكل الدستور مجلس الاتحاد مباشرة مثلما فعل مع مجلس النواب لا أن يرهن تشكيل المجلس الأول على إرادة المجلس الثاني الذي يعد وجوده ضروريا لكي يتصدى لمشاريع الموازنات العامة ويعمل على تدقيقها، ودراستها، ومن ثم إقرارها.
- ٢ - النص في الدستور العراقي النافذ على طريقة معينة للتصويت على مشروع قانون الموازنة تتلائم مع محتوياته الخاصة به، والأفضل أن يتم التصويت عليها بابا بابا.
- ٣ - نرى أن من الأهمية بمكان أن ينص الدستور العراقي النافذ على قاعدة سنوية الموازنة بوصفها قاعدة أساسية تُعزز رقابة السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية.
- ٤ - أن ينص دستورنا على منع فرض الضرائب في قوانين الموازنات العامة نظرا للنتائج والآثار السيئة التي سببها تمادي مجلس النواب بفرض الضرائب بواسطة تلك القوانين.
- ٥ - النص في الدستور العراقي النافذ على منع مجلس النواب عنده مناقشته لمشروع قانون الموازنة العامة من إلغاء، أو تخفيض الإعتمادات المخصصة لسداد الديون المستحقة على

الدولة أو الأشخاص العامة الناشئة عنها سيما تلك الديون التي مصدرها العقود، لأن الإلغاء أو التخفيض إن حصل يسبب إرباكا في عمل السلطة التنفيذية، ويخشد سمعة الدولة المدينة بتلك الأموال، ويقلل من هيبتها.

٦ - النص في الدستور على جواز قيام مجلس النواب بتحويل صلاحية المناقلة إلى السلطة التنفيذية، لأن التحويل المذكور من شأنه أن يُضفي مرونة على تنفيذ قانون الموازنة العامة.

٧ - إعادة صياغة المادة: ( ١٣٠ ) من النظام الداخلي لمجلس النواب، والفقرة: ( ٣ ) من القسم ( ٧ ) من قانون الإدارة المالية رقم: ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤ بما يتفق وأحكام دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

## الهوامش

- ( ١ ) تُنظر: الفقرة ( رابعا ) من المادة ( ٨٠ )، والفقرة ( أولا ) من المادة ( ٦٢ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ( ٢ ) تُنظر: المادة ( ١٦٧ ) من دستور جمهورية مصر العربية المتحدة لسنة ٢٠١٤.
- ( ٣ ) تُنظر: المادة ( ١٤٠ ) من دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢.
- ( ٤ ) لاري إلوينز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، الطبعة الأولى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٨٨.
- ( ٥ ) محمد عوض رضوان، الإتجاهات الحديثة في تطوير الموازنة العامة للدولة ودورها في إدارة البرامج والأنشطة والمشروعات الحكومية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٠٥، ص ٥٢.
- يُنظر كذلك د. محمود حسين الوادي، مبادئ المالية العامة، الطبعة الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٤٨.
- كذلك د. محمد عبد الله العربي، ميزانية الدولة، النظريات العامة، الطبعة الأولى، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٤٥.
- كذلك د. سوزي عدلي ناشد، أساسيات المالية العامة، النفقات العامة، الإيرادات العامة، الميزانية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٥٩ - ٣٦٠.

( ٦ ) حكم المحكمة الاتحادية العليا عدد ٢٤ / اتحادية / ٢٠١٦ الصادر في ٧ / ٨ / ٢٠١٦ منشور على موقع المحكمة :

[www.iraqja.iq](http://www.iraqja.iq)

( 7 ) Duverger ( M. ): Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel, Les grands systèmes politiques , 13 éd.Paris,P.U.F.1973 ,P.145 – 148.

تُنظر كذلك الترجمة العربية للمؤلف اعلاه :

موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة د. جورج سعد، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، والشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ٢٠١٤، ص ١١٩ - ١٢١.

(8) Duverger ( M.). Op. Cit.P.145

(9) Joachim Wehner. Effective Financial Scrutiny : The Role of Parliament in Public Finance ,World Bank Parliamentary Staff Training Program ,P. 11

( ١٠ ) تُنظر: المادة ( ١٠٠ ) من القانون الأساسي العراقي الملغى لسنة ١٩٢٥.

(11) Ronnie Downes and Scherie Nicol , Review of budget oversight by Parliament :Ireland ,Public Governance and Territorial Development Directorate ,Budgeting and Public Expenditures, 2015 , P.13

- ( ١٢ ) د. اسماعيل مرزة، القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الأخرى، الطبعة الثانية، دار ورد الاردنية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص ٢٠٧.
- يُنظر كذلك د. فوزي فرحات، المالية العامة، الاقتصاد المالي، دراسة التشريع المالي اللبناني مقارنة مع بعض التشريعات العربية والعالمية، بدون ذكر مكان ودار النشر، ٢٠١٠، ص ١٣٤.
- ( ١٣ ) د. كاظم السعيد، ميزانية الدولة، النظريات العامة وتطبيقاتها في العراق، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٩، ص ١٤٧.
- ( ١٤ ) عبد القادر محمد عبد الله، الموازنة العامة وتطبيقاتها في دولة قطر، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، الدوحة، ٢٠٠١، ص ١٢٥ - ١٢٦.

(15) Joachim Wehner Op. Cit , P.11

- ( ١٦ ) د. غسان بدر الدين و د. علي عواضة، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الحقيقة، بيروت، ١٩٩٧، ص ٢٤٢.
- ( ١٧ ) د. كاظم السعيد، المصدر السابق، ص ١٤٧ - ١٤٨.
- ( ١٨ ) نصت المادة: ( ٣٩ ) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ بأن: (... تُعرض مشاريع قوانين الموازنة.... على الجمعية الوطنية أولاً.... ).
- ( ١٩ ) نصت المادة: ( ٢٤ ) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ بأن: ( يُنتخب نواب الجمعية الوطنية بالاقتراع المباشر.... وينتخب مجلس الشيوخ بالاقتراع غير المباشر.... ).
- ( ٢٠ ) لهذا السبب، ولأسباب أخرى لا محل لمناقشتها، وصف العلامة موريس دوفرجه الجمهورية الخامسة بجمهورية الأعيان المتخوفة من الشعب: يُنظر
- موريس دوفرجه، دساتير فرنسا، ترجمة أحمد حسيب عباس، مراجعة د. السيد صبري، مكتبة الآداب، القاهرة، ١٩٥٩، ١٤٢ - ١٤٣. يُنظر كذلك مؤلفه Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel. Op. Cit.P.147.
- ( ٢١ ) موريس دوفرجه، دساتير فرنسا، المصدر السابق، ص ١٤٢.
- ( ٢٢ ) د. خليل حميد عبد الحميد، القانون الدستوري، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٤٢.
- ( ٢٣ ) د. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٢، ص ١١٠ - ١١٣.
- ( ٢٤ ) نصت الفقرة: ( الثانية ) من المادة الأولى من دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام ١٧٨٩ بأن ( يتألف مجلس النواب من أعضاء يختارون كل سنتين من قبل الشعب في مختلف الولايات... ).
- كما نصت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه بأن ( يتألف مجلس الشيوخ من شيخين عن كل ولاية، تختارهما السلطة التشريعية في تلك الولاية.... ).

( ٢٥ ) مقال بعنوان: The Federal Budget Process منشور على الموقع: تاريخ الزيارة ٢ / ٥ / ٢٠١٧

[WWW.ncsl.org/research/fiscal-policy/federal-budget-process.aspx](http://WWW.ncsl.org/research/fiscal-policy/federal-budget-process.aspx)

يُنظر كذلك الموقع التالي: تاريخ الزيارة ٢ / ٥ / ٢٠١٧

[WWW.en.m.wikipedia.org/wiki/States\\_budget\\_process](http://WWW.en.m.wikipedia.org/wiki/States_budget_process)

- ( ٢٦ ) نصت الفقرة: ( السابعة ) من المادة ( الأولى ) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية النافذ بأنه: ( يجب أن تبدأ جميع مشاريع القوانين الخاصة بتحصيل الدخل في مجلس النواب.... ).
- ( ٢٧ ) لاري إلويز، المصدر السابق، ص ١٦١.
- ( ٢٨ ) تُنظر المادة: ( ١ ) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.
- ( ٢٩ ) تُنظر المادة: ( ٤٨ ) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.
- ( ٣٠ ) تُنظر الفقرة: ( أولاً ) من المادة ( ٤٩ ) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

( ٣١ ) نصت المادة : ( ٦٥ ) من الدستور العراقي النافذ بأن ( يتم انشاء مجلس تشريعي يُدعى ب : ( مجلس الاتحاد ) يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وينظم تكوينه، وشروط العضوية فيه، واختصاصاته، وكل ما يتعلق به، بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ).

( ٣٢ ) تُنظر الفقرة : ( ثالثا ) من المادة ( ١٠٦ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

( ٣٣ ) تُنظر الفقرة : ( ثالثا ) من المادة ( ١٢١ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

( ٣٤ ) تُنظر الفقرة : ( أولا ) من المادة ( ١١٢ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(35) Duverger ( M.): *Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel*, Les grands systèmes politiques, Op. Cit, P.141

( ٣٦ ) محمد شاكر عصفور، أصول الموازنة العامة، الطبعة الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٠٦ - ١٠٧.

(37) Duverger ( M.): *Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel*, Les grands systèmes politiques, Op. Cit, P.141

( ٣٨ ) تُنظر المادة : ( ١٢٤ ) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤، والمادة : ( ١٤١ ) من دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢.

( ٣٩ ) تُنظر الفقرة : ( ٢ ) من المادة : ( ١١٢ ) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢.

( ٤٠ ) محمد شاكر عصفور، المصدر السابق، ص ١٠٦.

(41) Duverger ( M.): *Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel*, Les grands systèmes politiques, Op. Cit, P.141

( ٤٢ ) تُنظر المادة : ( ٨٣ ) من دستور لبنان لسنة ١٩٢٦، والمادة : ( ٨٤ ) من النظام الداخلي لمجلس النواب اللبناني الصادر في ١٨ / ١٠ / ١٩٩٤. مذكور لدى وسيم حسام الدين الأحمد، برلمانات العالم العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون ذكر مكان النشر والسنة، ص ٢٣١. علما أن النص على طريقة التصويت على الموازنة كررها المشرع اللبناني في موضعين في النظام الداخلي المذكور أعلاه الأول هو المادة ( ٨٤ )، والثاني هو المادة ( ١١٦ )، والتكرار يعد هنا عيبا صياغيا لا يحسن بالمشرع اللبناني إتيانه. ومن المفيد القول إن المادة ( ٢٢ ) من قانون المحاسبة اللبناني لسنة ١٩٦٢ نصت بأن : ( يُقسم الباب إلى فصول، ويُقسم الفصل إلى بنود، ويُقسم البند عند الاقتضاء إلى فقرات ).

( ٤٣ ) نصت المادة : ( ١٣٣ ) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ بأن : ( ينتقل المجلس بعد الموافقة على المشروع من حيث المبدأ إلى مناقشة مواده مادة مادة بعد تلاوة كل منها ويؤخذ الرأي في كل مادة على حدة..... ).

( ٤٤ ) يُنظر الجدول ( ب ) الملحق بقانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ المنشور في الوقائع العراقية عدد ( ٤٤٣٠ ) في ٩ / ١ / ٢٠١٧.

( ٤٥ ) تُنظر المادة : ( ٥٧ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

( ٤٦ ) تُنظر المادة : ( ٨٤ ) من دستور دولة قطر لسنة ٢٠٠٤.

( ٤٧ ) تُنظر المادة : ( ٨٥ ) من دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢.

( ٤٨ ) تُنظر الفقرة : ( أولا ) من المادة : ( ٥٦ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

( ٤٩ ) رأي المحكمة الاتحادية العليا عدد ( ٣٩ / ت / ٢٠٠٨ في ٣١ / ٧ / ٢٠٠٧ ) مذكور لدى علاء صبري التميمي، قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا مع بعض متون القوانين ذات العلاقة مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٦١.

( ٥٠ ) تُنظر الفقرتان : ( ٥ ) و ( ٧ ) من القسم ( ٧ ) من قانون الإدارة المالية والدين العام العراقي النافذ رقم ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤.

( ٥١ ) نصت المادة ( ١٤٠ ) من دستور دولة الكويت النافذ بأن ( تعد الدولة مشروع الميزانية السنوية.. ).

( ٥٢ ) نصت الفقرة ( ٦ ) من المادة ( ١١٢ ) من الدستور الأردني النافذ بأن ( يُصدق على واردات الدولة ونفقاتها المقدرة لكل سنة مالية بقانون الموازنة العامة.... ).

( ٥٣ ) نصت المادة ( ٨٣ ) من الدستور اللبناني النافذ بأن ( كل سنة، في بدء عقد تشريع الأول تُقدم الحكومة لمجلس النواب موازنة.... ).

(54) Jules Kaseya , Gestion des finances publiques et son impact sur l'évolution de la croissance économique en RDC, Université de Lubumashi – Licence 2011,P.3

منشور على الموقع : [WWW.memoireonline.com](http://WWW.memoireonline.com)

(55) Raymond Bausch ,Finances publiques ,Institut national d'administration publique , Ministère De la Fonction Publique Et De La Réforme Administrative ,2016 , P.15

(56) Paul Posner and Chung – Keun Park ,Role of the Legislature in the Budget Process : Recent Trends and Innovations ,OECD Journal on Budgeting ,ISSN 1608 – 7143 , Volume 7 – N.3 © OECD 2007 , P.11

( ٥٧ ) تُنظر المادة : ( الثامنة والتسعون ) من القانون الأساسي العراقي المُلغى لسنة ١٩٢٥ .

( ٥٨ ) د.أمين سلامة العضائية، الوجيز في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٢٢٥ .

( ٥٩ ) نصت الفقرة ( ٤ ) من القسم ( ٢ ) من قانون الإدارة المالية والدين العام النافذ بأن ( الموازنة : هي برنامج مالي يقوم على التخميمات السنوية لإيرادات ونفقات وتحويلات والصفقات العينية للحكومة ).

( ٦٠ ) تُنظر الفقرة: ( ١٦ ) من القسم ( ٢ ) من قانون الإدارة المالية والدين العام النافذ.

( ٦١ ) تُنظر المادة: ( ١٤٥ ) من الدستور الكويتي النافذ.

(62) Ian Lienert , Role of the Legislature in Budget Processes ,International Monetary Fund ,Fiscal Affairs Department ,Washington,2010 , P.5

( ٦٣ ) نصت المادة ( ١١٣ ) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ بأنه ( إذا لم يتيسر إقرار قانون الموازنة العامة قبل ابتداء السنة المالية الجديدة يستمر بالإتفاق باعتمادات شهرية بنية ١ / ١٢ لكل شهر من موازنة السنة السابقة ).

( ٦٤ ) نصت المادة ( ٤٧ ) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ بأن ( يُصوت البرلمان على مشاريع قوانين الموازنة.... وإذا لم يصدر إشعار من البرلمان خلال سبعة أيام يجوز وضع أحكام المشروع قيد التنفيذ عن طريق مرسوم... ).

( ٦٥ ) نصت المادة ( ٨٦ ) من الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ بأنه ( إذا لم يبت مجلس النواب نهائياً في شأن مشروع الموازنة قبل الإنتهاء من العقد المعين لدرسه، فـرئيس الجمهورية بالاتفاق مع رئيس الحكومة، يدعو المجلس فوراً إلى لعقد استثنائي يستمر لغاية نهاية كانون الثاني لمتابعة درس الموازنة، وإذا أنقضى العقد الاستثنائي هذا ولم يُبت نهائياً في مشروع الموازنة، فلـمجلس الوزراء أن يتخذ قراراً، يصدر بناء عليه عن رئيس الجمهورية مرسوم يجعل بموجبه المشروع بالشكل الذي تقدم به إلى المجلس مرعياً ومعمولاً به.... ).

( ٦٦ ) نص الفصل ( ٧٥ ) من دستور المملكة المغربية لسنة ٢٠١١ بأنه ( إذا لم يُتم في نهاية السنة المالية التصويت على قانون المالية أو لم يصدر الأمر بتنفيذه، بسبب حالته إلى المحكمة الدستورية،... فإن الحكومة تفتح بمرسوم الاعتمادات اللازمة لسير المرافق العمومية، والقيام بالمهام المنوطة بها، على أساس ما هو مقترح في الميزانية المعروضة على الموافقة... ).

(67) Joachim Wehner. Op.Cit. P. 37.

(68)Op. Cit. P. 37

(69) Robert Longley ,Government Shutdowns : Causes and Effects , When Congress Cannot Agree on the Budget , Updated April 25 , 2017.P.2

مقال منشور على الموقع : [WWW.thoughtco.com/history-and-effects-of-government-shutdown-](http://WWW.thoughtco.com/history-and-effects-of-government-shutdown-)

(70) Glenn Kessler , Lessons from the government shutdown of 1995 – 1996 ,The Washington Post ,Posted 02 / 25 / 2011.

منشور على الموقع : [Voices.washingtonpost.com/fact-checker/2011/02/lessons-from-the-great-govrnm.htm](http://Voices.washingtonpost.com/fact-checker/2011/02/lessons-from-the-great-govrnm.htm):

-Joachim Wehner. Op.Cit. P. 38.

- Robert Longley.Op.Cit.P.3  
(71) Robert Longley.Op.Cit.P.3  
(72) David E.Sanger , Government Shutdown Cost Is Estimated at \$700Million ,The New York Times ,  
Published : November 23 ,1995 ,P.1

منشورة على الموقع :

[WWW.nytimes.com/1995/11/23/us/government-shutdown-cost-is-estimated-at-700-million.html](http://WWW.nytimes.com/1995/11/23/us/government-shutdown-cost-is-estimated-at-700-million.html)

تاريخ الزيارة ١٥ / ٥ / ٢٠١٧.

(73) Paul Posner and Chung – Keun Park.Op. Cit.P.10- 11

- ( ٧٤ ) تنظر المادة: ( السابعة والمائة ) من القانون الأساسي العراقي الملغى لسنة ١٩٢٥ .  
( ٧٥ ) تنظر الفقرة: ( ٤ ) من القسم ( ٧ ) من قانون الإدارة المالية والدين العام العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٤ .  
( ٧٦ ) تنظر المادة: ( ١٨ ) من دستور جمهورية مصر العربية النافذ لسنة ٢٠١٤ .  
( ٧٧ ) تنظر المادة: ( ١٩ ) من دستور جمهورية مصر العربية النافذ لسنة ٢٠١٤ .  
( ٧٨ ) تنظر المادة: ( ٢١ ) من دستور جمهورية مصر العربية النافذ لسنة ٢٠١٤ .  
( ٧٩ ) تنظر المادة: ( ٢٣ ) من دستور جمهورية مصر العربية النافذ لسنة ٢٠١٤ .  
( ٨٠ ) تنظر المادة: ( ٢٣٨ ) من دستور جمهورية مصر العربية النافذ لسنة ٢٠١٤ .  
( ٨١ ) ينظر على سبيل المثل الموقف الذي أبدته المؤسسة المصرية لحماية الدستور التي يرأسها ( عمرو موسى ) رئيس لجنة الخمسين لاعادة الدستور المصري، مذكور لدى جريدة الشروق الصادرة يوم الأربعاء ٢٢ / يونيو / ٢٠١٦ منشور على الموقع :

[WWW.Shorouknews.com](http://WWW.Shorouknews.com)

( ٨٢ ) عرفات التهامي ابراهيم، ترشيد الإنفاق العام، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة الى جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٤، ص ٣٠٥ - ٣٠٦ .

( ٨٣ ) د. يوسف هزاع مهيب الوافي، الوافي في المالية العامة والتشريع الضريبي اليمني، بدون ذكر مكان النشر، مطابع كلية الشريعة والقانون، جامعة الحديدة، ٢٠٠٦، ص ٥٠ - ٥٢ .

( ٨٤ ) تُنظر المادة: ( ٧٧ ) من الدستور المغربي النافذ.

( ٨٥ ) تُنظر المادة: ( ٣٤ ) من الدستور الفرنسي النافذ.

( ٨٦ ) قانون المالية الجديد في فرنسا، سلسلة الدراسات والمعلومات الصادرة عن الجمهورية اللبنانية - مجلس النواب ضمن مشروع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي / المديرية العامة للدراسات والمعلومات، الملف الثالث، شباط ٢٠٠٥، ص ٧ .

( ٨٧ ) تُنظر المادة: ( الأولى ) من القانون الأساسي الفرنسي المتعلق بالقوانين المالية الصادر بتاريخ ٢ / ١ / ١٩٥٩، مذكورة لدى عبد اللطيف قطيش، الموازنة العامة للدولة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٢٣ .

( ٨٨ ) عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص ١٢٢ .

( ٨٩ ) تنظر الفقرة: ( ٢ ) من المادة ( ٨٨ ) من الدستور الفرنسي النافذ.

(90) Robert Williams , France warned over 2017 deficit target ,Financial Times ,29 June 2016 ,P2.

مقالة منشورة على الموقع: [www.google.ig/amp.ft.com](http://www.google.ig/amp.ft.com)

( ٩١ ) عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص ١٢٣ .

(92) France Government budget deficit

مقالة منشورة على الموقع: <http://countryeconomy.com/deficit>

(93) France cuts 2015 budget deficit target ,Updated /Thursday 26 Mar 2015 p 08:00

مقالة منشورة على الموقع: [WWW.rte.ie/news/bussiness/2015](http://WWW.rte.ie/news/bussiness/2015)

( ٩٤ ) نصت الفقرة : ( ١ ) من المادة ( ١٤٠٩ ) من معاهدة الاتحاد الأوروبي المبرمة في ماستريخت في ٧ / شباط / ١٩٩٢ بأن ( على الدول الأعضاء أن تتجنب العجز الحكومي المفرط ).  
ونصت الفقرة : ( ٧ ) من المادة ذاتها بأنه ( عندما يتم تقرير وجود عجز مفرط... سيقدم المجلس (مجلس الاتحاد الأوروبي) توصيات إلى الدولة العضو ذات العلاقة بهدف وضع حد لهذا العجز ضمن مدة محددة مع مراعاة نصوص الفقرة ( ٨ ) أدناه لن يتم إعلان هذه التوصيات ).  
وجاء في الفقرة : ( ٨ ) المشار إليها بأنه ( عندما يتم التأكد من أنه لم يتم اتخاذ أي إجراء فعال استجابة للتوصيات ضمن المدة المحددة، يحق للمجلس أن يعلن توصياته ).  
ونصت الفقرة : ( ٩ ) بأنه ( إذا استمرت الدولة العضو في عجزها عن تطبيق توصيات المجلس، يحق للمجلس أن يُقدم لها إشعارا يطلب بموجه منها أن تقوم ضمن مدة محددة بتطبيق اجراءات لتخفيض العجز حسب ما يراه المجلس ضروريا لإصلاح الوضع في مثل هكذا حالة، يمكن للمجلس أن يطلب من الدولة العضو ذات العلاقة أن تقدم تقريرا حسب جدول رسمي لغرض فحص جهود الإصلاح التي تقوم بها ). تنظر :

Treaty on European Union , Office for Official Publications of the European Communities ,Brussels. Luxembourg,1992 ,P27 - 28

( ٩٥ ) تُنظر نصوص القانون كاملة على موقع الجمعية الوطنية الفرنسية التالي :

WWW.assemblee-nationale.fr/connaissance/ordonnance-finances

( ٩٦ ) لاري إلوينز، المصدر السابق، ٢٧٧.

(97) Kimberly Amadeo , The U.S. Debt and How It Got So Big,3 Reasons Why America Is in Debt , Updated May 19 , 2017,P.1

مقال منشور على الموقع :

WWW. Thebalance.com/the-u-s-debt-and- how-it-got-so-3305778

تاريخ الزيارة ٥ / ٨ / ٢٠١٧.

يُنظر كذلك للكاتب نفسه المقال الآتي :

Who Owns the U.S. National Debt ? The Biggest Owner Is you! , Updated July 20 , 2017 , P.1

منشور على الموقع : WWW.Thebalance.com/who-owns-the-u-s-national-debt-3306124

تاريخ الزيارة ٥ / ٨ / ٢٠١٧.

( ٩٨ ) المصدر السابق، ص ٢٧٨ - ٢٧٩.

( ٩٩ ) عرف قانون الإدارة المالية فائض الموازنة تعريفا ضيقا باستبعاده الإيرادات المتأتية من القروض بقوله ( فائض الموازنة ) ايجابية ) هو زيادة الإيرادات ( عدا القروض ) على النفقات ( عدا تسديد أصل الديون ). تُنظر الفقرة ( ٦ ) من القسم ( ٤ ) من القانون المذكور.

( ١٠٠ ) عرف قانون الإدارة المالية العجز بأنه : (... زيادة النفقات على الإيرادات ). تُنظر الفقرة : ( ٦ ) من القسم ( ٤ ) من القانون المذكور.

( ١٠١ ) تُنظر الفقرة : ( ١٣ ) من القسم ( ٤ ) من قانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤.

( ١٠٢ ) تُنظر الفقرة : ( ١٤ ) من القسم ( ٤ ) من قانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤.

( ١٠٣ ) تُنظر الفقرة : ( ١ ) من القسم ( ٦ ) من قانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤.

( ١٠٤ ) تُنظر على سبيل المثل الفقرة : ( ثانيا ) من المادة ( ٢ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية

/ ٢٠١٦ ، والفقرة ( ثانيا ) من المادة ( ٢ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية / ٢٠١٧.

( ١٠٥ ) يُنظر تقرير الفصل الثالث الصادر عن ديوان الرقابة المالية الاتحادي / دائرة التدقيق والمتابعة للفترة من ١ م ٧ / ٢٠١٤

ولغاية ٣٠ / ٩ / ٢٠١٤ ص ٢١ منشور على الموقع: [www.draqaba-m.iq](http://www.draqaba-m.iq)

( ١٠٦ ) المصدر السابق، ص ٥.

( ١٠٧ ) آخر حسابات ختامية صادق عليها مجلس النواب العراقي حتى كتابة هذه السطور تعود للسنة المالية ٢٠١١ بموجب القرار رقم ( ٢٥ ) لسنة ٢٠١٦ المنشور في الوقائع العراقية عدد ( ٤٤٥٠ ) السنة الثامنة والخمسون، في ٥ حزيران ٢٠١٧، علماً أن المصادقة المذكورة غير كاملة أو تامة بل مشروطة حسيماً جاء في المادة ( ٢ ) من القرار المشار إليه في أعلاه على قيام وحدات الإنفاق كافة بما فيها أقليم كردستان بمعالجة التحفظات والملاحظات الواردة في تقرير الحسابات الختامية لديوان الرقابة المالية المرقم ( ١١٠١٦ ) خلال مدة أقصاها ( ١٢٠ ) من تاريخ صدور القرار وبخلافه يقوم مجلس النواب بإحالة التقرير إلى الجهات التحقيقية والقضائية المختصة. وعند الرجوع إلى تقرير الحسابات الختامية لديوان الرقابة المذكور آنفاً يتضح وجود حالات تجاوز على فقرات بعض التخصيصات بلغ مجموعها (١١٩٧٠٨٢) مليار دينار، ويلاحظ ارتفاع مبلغ التجاوز هذه السنة عن مبلغ التجاوز على تخصيصات سنة ٢٠١٠ البالغ (٥٧٠٥٤٦) مليون دينار بنسبة (١١٠٪).

تنظر الصفحة: ( ٢٤ ) من تقرير ديوان الرقابة المالية الاتحادي/ دائرة تدقيق نشاط التمويل والتوزيع عن الحساب الختامي لجمهورية العراق كما في ٣١ / كانون الأول / ٢٠١١ عدد ٤ / ٣ / ٣ / ١١٠١٦ في ١٠ / ٦ / ٢٠١٤. منشور على الموقع :

[www.mof.gov.iq](http://www.mof.gov.iq)

(108) Paul Posner and Chung-Keun Park , Op.Cit. P.11

( ١٠٩ ) تُنظر المادة: ( ٤٠ ) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨.

( ١١٠ ) د. محمد صفي الدين خربوش، دور مجلس الشعب في الرقابة على الموازنة العامة للدولة، الموازنة العامة اتجاهات ورؤى جديدة، مركز دراسات واستشارات الادارة العامة، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، ٢٠٠٤، ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

( ١١١ ) تُنظر الفقرة: ( أولاً ) من المادة ( ٦١ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

( ١١٢ ) نصت المادة: ( ١٣٢ ) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٧ بأن: ( تبدأ المداولة بمناقشة المبادئ والأسس العامة للمشروع اجمالاً، فإذا لم يوافق المجلس على المشروع من حيث المبدأ، بأغلبية عدد أعضائه، عد ذلك رفضاً للمشروع ).

( ١١٣ ) تنظر الفقرة: ( ٤ ) من المادة ( ٦٥ ) من الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦.

( ١١٤ ) د. محمد مظفر الأدهمي، جذور وسمات التجربة النيابية والتعددية الحزبية في العراق ١٩٤٦ - ١٩٥٢ مجلة آفاق عربية، العدد الرابع، السنة السابعة عشرة، نيسان ١٩٩٢، ص ٥٦.

( ١١٥ ) المصدر السابق، ص ٥٦.

( ١١٦ ) رقم القرار ٢٥ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ منشور لدى القاضي جعفر ناصر حسين، فتحي الجواري، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ من اصدارات مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، آذار ٢٠١٣، ص ٦١.

( ١١٧ ) تُنظر الفقرة: ( ٥ ) من المادة ( ١١٢ ) من الدستور الأردني النافذ لسنة ١٩٥٢.

( ١١٨ ) د. أمين سلامة العضيلية، المصدر السابق، ص ٢٣١.

( ١١٩ ) د. أبراهيم محمد المحمود، فلسفة المبدأ الدستوري لسنوية الميزانية العامة، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٢، ٢٠٠٨، ص ٤٦.

( ١٢٠ ) الحكم الصادر في قضية ( لوتا ) في ٢٦ نوفمبر ١٩٥٤. يُنظر المصدر السابق ص ٤٦.

( ١٢١ ) ينظر المصدر السابق ص ٥٩.

( ١٢٢ ) تُنظر المادة: ( ٥١ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٦.

- ( ١٢٣ ) يُنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ١٠ / اتحادية / ٢٠١٦ .
- ( ١٢٤ ) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ٢٤ / اتحادية / ٢٠١٦ .
- ( ١٢٥ ) تُنظر الفقرة : ( ثانيا ) من المادة ( ٦٢ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
- ( ١٢٦ ) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ١٧ / إتحادية / ٢٠١٧ الصادر في ٢١ / ٨ / ٢٠١٧ .
- ( ١٢٧ ) علي غني عباس الجنابي، الرقابة على الموازنة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٢، ص ١٥٠ .
- ( ١٢٨ ) تُنظر الفقرة : ( ٣ ) من المادة ( ١١٢ ) من الدستور الأردني النافذ لسنة ١٩٥٢ .
- ( ١٢٩ ) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٧ : / إتحادية / ٢٠١٧ الصادر في ٢١ / ٨ / ٢٠١٧ .
- ( ١٣٠ ) يُنظر القرار السابق .
- ( ١٣١ ) ينظر القرار رقم: ٢٥ : / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ .
- ( ١٣٢ ) القرار رقم ٢٤ / اتحادية / ٢٠١٦ في ٧ / ٨ / ٢٠١٦ .
- ( ١٣٣ ) القرار رقم ١٧ / اتحادية / ٢٠١٧ .
- ( ١٣٤ ) تُنظر الفقرة : ( أ ) من المادة ( ٤ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .
- ( ١٣٥ ) تُنظر الفقرتان : ( أ ) و ( ب ) من المادة ( ٤ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ .
- ( ١٣٦ ) نصت المادة ( ٤٧ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن ( تكون السلطات الاتحادية، من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ) .
- (137) Michel Miaille ,Constitutions Et Lutttes De Classe ,De 1789 á nos jours , Montpellier ,Editions du Faubourg ,1978 ,P.52
- ( ١٣٨ ) حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين، الطبعة الأولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٨ .
- (139) Dr. Matthew Spalding , Why Congress must reclaim constitutional control of the budget , Washington Examiner ,Jun 28 ,2016 ,P.1
- مقالة منشورة على الموقع : [WWW.washingtonexaminer.com](http://WWW.washingtonexaminer.com)
- (140) Op. Cit.P.3
- (141) Op. Cit. P.4
- ( ١٤٢ ) تُنظر الفقرة : ( التاسعة ) من المادة ( الأولى ) من الدستور الأمريكي .
- (143) Dr. Matthew Spalding ,Op.Cit ,P.5
- ( ١٤٤ ) تُنظر الفقرة : ( ثانيا ) من المادة ( ٦٢ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
- ( ١٤٥ ) ينظر القرار رقم : ٢٥ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ .
- ( ١٤٦ ) ينظر القرار السابق .
- ( ١٤٧ ) ينظر القرار رقم : ١٧ / إتحادية / ٢٠١٧ الصادر في ٢١ / ٨ / ٢٠١٧ .
- ( ١٤٨ ) ينظر القرار رقم : ٢٥ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ .
- ( ١٤٩ ) يُنظر القرار السابق .
- ( ١٥٠ ) ينظر القرار رقم : ١٧ / إتحادية / ٢٠١٧ الصادر في ٢١ / ٨ / ٢٠١٧ .
- ( ١٥١ ) ينظر القرار رقم : ٢٥ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ .
- ( ١٥٢ ) ينظر القرار رقم : ١٧ / إتحادية / ٢٠١٧ الصادر في ٢١ / ٨ / ٢٠١٧ .
- ( ١٥٣ ) تُنظر الفقرة : ( ٣ ) من القسم ( ٧ ) من قانون الإدارة المالية والدين العام رقم ( ٩٥ ) لسنة ٢٠٠٤ .

- ( ١٥٤ ) تُنظر الفقرة: ( ٣٦ ) من القسم ( ٢ ) من قانون الإدارة المالية لسنة ٢٠٠٤.
- ( ١٥٥ ) تنظر المادة: ( ١٣٠ ) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.
- ( ١٥٦ ) تُنظر الفقرة: ( ثانيا ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ( ١٥٧ ) د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، نظرية الدولة وأنظمة الحكم فيها في عصر العولمة السياسية والقانون الدستوري المصري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٩٤.
- ( ١٥٨ ) يُنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا عدد / ٢٤ / اتحادية / ٢٠١٦ في ٧ / ٨ / ٢٠١٦.
- ( ١٥٩ ) تُنظر الفقرة: ( أولا ) من المادة ( ٨٠ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ( ١٦٠ ) ينظر القرار رقم ٢٥ / اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢.
- ( ١٦١ ) يُنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا عدد / ٢٤ / اتحادية / ٢٠١٦.
- ( ١٦٢ ) يُنظر في مساوئ ملحقات الموازنة د. محمد عبدالله العربي، المصدر السابق، ص ٤٣-٤٦.
- ( ١٦٣ ) تُنظر: المادة: ( ١٤٣ ) من الدستور الكويتي النافذ.
- ( ١٦٤ ) تُنظر: الفقرة: ( ٥ ) من المادة: ( ١١٢ ) من الدستور الأردني النافذ.
- ( ١٦٥ ) مثل ضريبة على كارتات تعبئة الهاتف النقال وشبكات الإنترنت المفروضة بموجب الفقرة: ( أولا ) من المادة ( ٢٣ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧، وضريبة المبيعات على عدد من البضائع المستوردة بموجب الفقرة ( ب ) من المادة ( ٢٤ ) من قانون الموازنة العامة للسنة المالية ٢٠١٦.
- ( ١٦٦ ) من ذلك على سبيل المثال أن قانون موازنة سنة ٢٠١٧ نشر في الوقائع العراقية في ٩ / ١ / ٢٠١٧ بينما نصت المادة: ( ٦٠ ) منه بأن ينفذ اعتبارا من ١ / كانون الثاني / ٢٠١٧.
- ( ١٦٧ ) نصت الفقرة: ( تاسعا ) من المادة: ( ١٩ ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن ( ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم )
- ( ١٦٨ ) نصت الفقرة: ( ٥ ) من المادة: ( الثانية ) من قانون ضريبة الدخل العراقي المعدل النافذ بأن ( تفرض الضريبة على مصادر الدخل الآتية: الرواتب ورواتب التقاعد والأجور المقررة للعمل بمقدار معين لمدة محدودة والمخصصات والتخصيصات بما في ذلك المبالغ التقديرية أو المقدرة مما يخصص للمكلف مقابل خدماته كالسكن والطعام والإقامة... )
- ( ١٦٩ ) نصت الفقرة: ( أولا ) من المادة: ( ٣٣ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ بأن ( تستقطع نسبة ٣.٨% ) من مجموع الرواتب والمخصصات لجميع موظفي الدولة والقطاع العام... )
- ( ١٧٠ ) نصت الفقرة: ( أولا ) من المادة: ( ٣٣ ) من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية ٢٠١٧ بأن ( تستقطع نسبة ٣.٨% ) من مجموع الرواتب والمخصصات لجميع... المتقاعدين.... )
- ( ١٧١ ) نصت المادة: ( السابعة ) من قانون ضريبة الدخل النافذ بأن: ( تعفى من الضريبة المدخولات الآتية: مدخولات المتقاعدين أو عيالهم ( الخلف ) الناجمة من المصادر الآتية :- أ - الرواتب التقاعدية. ب - المكافأة التقاعدية. ج - مكافأة نهاية الخدمة. د. رواتب الإجازات الإعتيادية. )
- ( ١٧٢ ) تنظر: الفقرة: ( الخامسة ) من المادة: ( الثانية ) من قانون ضريبة الدخل النافذ المشار إليها في أعلاه ( ١٧٣ ) تُنظر الفقرة: ( أولا ) من المادة: ( ٣٣ ) من قانون الموازنة لسنة ٢٠١٧ المذكورة آنفا.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولا : الكتب باللغة العربية

- ١ - د. اسماعيل مرزة، القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الأخرى، الطبعة الثانية، دار ورد الاردنية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥ .
- ٢ - د. أمين سلامة العضيلة، الوجيز في النظام الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠،
- ٣ - جعفر ناصر حسين، فتحي الجوّاري، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ من اصدارات مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، آذار، ٢٠١٣
- ٤ - حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين، الطبعة الأولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١
- ٥ - د. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٢.
- ٦ - د. خليل حميد عبد الحميد، القانون الدستوري، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩
- ٧ - د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، نظرية الدولة وأنظمة الحكم فيها في عصر العولمة السياسية والقانون الدستوري المصري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥
- ٨ - د. سوزي عدلي ناشد، أساسيات المالية العامة، النفقات العامة، الإيرادات العامة، الميزانية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٩ - عبد القادر محمد عبد الله، الموازنة العامة وتطبيقاتها في دولة قطر، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، الدوحة، ٢٠٠١
- ١٠ - عبد اللطيف قطيش، الموازنة العامة للدولة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥
- ١١ - علاء صبري التميمي، قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا مع بعض متون القوانين ذات العلاقة مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٩
- ١٢ - د. غسان بدر الدين و د. علي عواضة، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الحقيقة، بيروت، ١٩٩٧
- ١٣ - د. فوزي فرحات، المالية العامة، الاقتصاد المالي، دراسة التشريع المالي اللبناني مقارنة مع بعض التشريعات العربية والعالمية، بدون ذكر مكان ودار النشر، ٢٠١٠

- ١٤ - د. كاظم السعيد، ميزانية الدولة، النظريات العامة وتطبيقاتها في العراق، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٩ .
- ١٥ - لاري إلويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، الطبعة الأولى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٦
- ١٦ - محمد شاكر عصفور، أصول الموازنة العامة، الطبعة الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠٠٩
- ١٧ - د. محمد عبد الله العربي، ميزانية الدولة، النظريات العامة، الطبعة الأولى، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤،
- ١٨ - د. محمود حسين الوادي، مبادئ المالية العامة، الطبعة الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠،
- ١٩ - موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة د. جورج سعد، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، والشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ٢٠١٤،
- ٢٠ - موريس دوفرجه، دساتير فرنسا، ترجمة أحمد حسيب عباس، مراجعة د. السيد صبري، مكتبة الآداب، القاهرة، ١٩٥٩،
- ٢١ - وسيم حسام الدين الأحمد، برلمانات العالم العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون ذكر مكان النشر والسنة.
- ٢٢ - د. يوسف هزاع مهيب الوافي، الوافي في المالية العامة والتشريع الضريبي اليمني، بدون ذكر مكان النشر، مطابع كلية الشريعة والقانون، جامعة الحديدة، ٢٠٠٦.
- ثانيا : البحوث :
- ١ - د. أبراهيم محمد الحمود، فلسفة المبدأ الدستوري لسنوية الميزانية العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٢، ٢٠٠٨
- ٢ - د. محمد صفى الدين خربوش، دور مجلس الشعب في الرقابة على الموازنة العامة للدولة، الموازنة العامة اتجاهات ورؤى جديدة، مركز دراسات واستشارات الادارة العامة، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، ٢٠٠٤
- ٣ - د. محمد مظفر الأدهمي، جذور وسمات التجربة النيابية والتعددية الحزبية في العراق ١٩٤٦ - ١٩٥٢ مجلة آفاق عربية، العدد الرابع، السنة السابعة عشرة، نيسان ١٩٩٢ .

### ثالثا : الرسائل والأطاريح الجامعية

- ١ - عرفات التهامي ابراهيم، ترشيد الإنفاق العام، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة الى جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٤
- ٢ - علي غني عباس الجنابي، الرقابة على الموازنة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٢
- ٣ - محمد عوض رضوان، الإتجاهات الحديثة في تطوير الموازنة العامة للدولة ودورها في إدارة البرامج والأنشطة والمشروعات الحكومية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٠٥.

### رابعا : الدساتير:

- ١ - دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٩
- ٢ - القانون الأساسي العراقي الملغى لسنة ١٩٢٥
- ٣ - الدستور اللبناني الصادر في ٢٣ آيار سنة ١٩٢٦
- ٤ - دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢
- ٥ - دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨
- ٦ - دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢
- ٧ - دستور دولة قطر لسنة ٢٠٠٤
- ٨ - دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
- ٩ - دستور المملكة المغربية لسنة ٢٠١١
- ١٠ - دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤.

### خامسا : المصادر والمراجع باللغة الانكليزية :

- 1 - David E.Sanger , Government Shutdown Cost Is Estimated at \$700Million ,The New York Times , Published : November 23 ,1995.
- 2 - France cuts 2015 budget deficit target ,Updated /Thursday 26 Mar 2015 p 08:00  
[WWW.rte.ie/news/bussiness/2015](http://WWW.rte.ie/news/bussiness/2015)
- 3 - Glenn Kessler , Lessons from the government shutdown of 1995 – 1996 ,The Washington Post ,Posted 02 / 25 / 2011.
- 4 - Ian Lienert , Role of the Legislature in Budget Processes ,International Monetary Fund ,Fiscal Affairs Department ,Washington ,2010.
- 5 - Joachim Wehner. Effective Financial Scrutiny : The Role of Parliament in Public Finance ,World Bank Parliamentary Staff Training Program.

- 6 - Kimberly Amadeo , The U.S. Debt and How It Got So Big,3 Reasons Why America Is in Debt , Updated May 19 , 2017.  
WWW.Thebalance.com/the-u-s-debt-and- how-it-got—so-3305778
- 7 - Kimberly Amadeo , Who Owns the U.S. National Debt ? The Biggest Owner is you! , Updated July 20 , 2017.  
WWW.Thebalance.com/who-owns-the-u-s-national-debt-3306124
- 8 - Dr. Matthew Spalding , Why Congress must reclaim constitutional control of the budget , Washington Examiner ,Jun 28 ,2016.
- 9 - Paul Posner and Chung – Keun Park ,Role of the Legislature in the Budget Process : Recent Trends and Innovations ,OECD Journal on Budgeting ,ISSN 1608 – 7143 , Volume 7 – N.3 © OECD 2007.
- 10 - Robert Longley ,Government Shutdowns : Causes and Effects , When Congress Cannot Agree on the Budget , Updated April 25 , 2017.
- 11- Robert Williams , France warned over 2017 deficit target ,Financial Times ,29 June 2016.
- 12 - Ronnie Downes and Scherie Nicol , Review of budget oversight by Parliament :Ireland ,Public Governance and Territorial Development Directorate ,Budgeting and Public Expenditures, 2015.
- 13 - The Federal Budget Process.  
[WWW.ncsl.org/research/fiscal-policy/federal-budget-process.aspx](http://WWW.ncsl.org/research/fiscal-policy/federal-budget-process.aspx)
- 14 - Treaty on European Union , Office for Official Publications of the European Communities ,Brussels. Luxembourg,1992.

سادسا : المصادر والمراجع باللغة الفرنسية :

- 1- Bausch ( R.) ,Finances publiques ,Institut national d'administration publique , Ministère De la Fonction Publique Et De La Réforme Administrative ,2016.
- 2 - Duverger ( M.) :Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel ,Les grands systèmes politiques , 13 éd.Paris,P.U.F.1973.
- 3 – Kaseya ( J.) , Gestion des finances publiques et son impact sur l'évolution de la croissance économique en RDC, Université de Lubumashi – Licence 2011.  
[WWW.memoireonline.com](http://WWW.memoireonline.com)
- 4 – Miaille( M.) ,Constitutions Et Lutttes De Classe ,De 1789 á nos jours , Montpellier ,Editions du Faubourg ,1978.

## دراسة تحليلية في التطبيقات القضائية الفرنسية

أ.م.د. احمد سامي مرهون المعموري(\*) أ.م.د. احمد حسين جلاب الفتلاوي(\*\*)  
م.د. عمار كريم كاظم الفتلاوي(\*\*\*)

### خلاصة

إن البحث عبارة عن نظرة لتحديد وتتبع آثار فكرة اقتصاد العقد في التطبيقات القضائية الفرنسية ، فالملاحظ ان هذه الفكرة بالرغم من عدم النص عليها في القانون المدني الفرنسي يتم الرجوع اليها على نحو متزايد من قبل القضاء الفرنسي ، إذ استخدم هذا القضاء تلك الفكرة كأداة لتحليل العقد لغرض تقييم السبب الموضوعي أو الذاتي وفقاً للنظرية الفرنسية في السبب ، وكذلك لمعالجة غموض أو قصور العقد لغرض تقدير الإرادة الصريحة أو الإرادة الضمنية للمتعاقدين ومن ثم اعتباره أداة لتحديد مصير العقد المتأرجح بين الفسخ والنفاد خصوصاً إذا كان ذلك ناشئاً بفعل احد المتعاقدين.

### Le rôle de l'idée de l'économie de contrat Une étude analytique des applications judiciaires françaises Résumé

La recherche est un regard pour identifier et tracer l'idée de l'économie du contrat dans le applications judiciaires françaises, En effet, même si aucun texte n'existe en droit civil français qui fait référencé à cette idée, elle utilisé de plus en plus par la jurisprudence française comme un instrument un pour analyser le contrat dans le but d'apprécier la cause objective ou subjective selon la théorie française de la cause, ainsi que pour obscurité d contrat dans le but d'estimer la volonté explicite ou la volonté implicite des parties au contrat. Aussi, elle est un instrument afin de déterminer le sort du contrat qui bascule entre l'annulation et validation, en particulier si cela provient du fait de l'un des contractants.

تمهيد وتقسيم...

---

(\*) جامعة الكوفة/كلية القانون.

(\*\*) جامعة الكوفة/كلية القانون.

(\*\*\*) جامعة الكوفة/كلية القانون.

### أولاً// مفهوم فكرة اقتصاد العقد واهمية البحث في الموضوع//

ان الملاحظ في إطار الافكار القانونية في فرنسا وجود مفاهيم عديدة ذات اهمية خاصة ومنها فكرة اقتصاد العقد ، وعلى الرغم من عدم النص عليها في القانون المدني الفرنسي والمتون الأخرى في القانون الخاص ، إلا ان محكمة النقض الفرنسية قد أشارت إليها للمرة الأولى في قضية (Fourrures Renel) عام ١٩٥٩ ، وتابعت المحكمة العليا الفرنسية فاصدرت عدد من القرارات على منهج ثابت لتجسيد هذه الفكرة.(١)

إن القضاء الفرنسي لم يُعرف بشكل دقيق فكرة اقتصاد العقد، في حين ان احد الفقه الفرنسي يعرف هذه الفكرة بمجموعة من القواعد التي تحكم بنية العقد (٢) ، ويعرفه البعض الآخر بجوهر العقد الذي يعد ضرورياً لتجسيد ما عبر عنه أطراف العقد إذا كان لازماً على الاطراف جعل هذا الجوهر ظاهراً بتلك العبارات. (٣)

ان قناعتنا هذه بعدم تعرض القضاء الفرنسي لتعريف الفكرة محل البحث تكتمل عند تحليل الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية والتي تُظهر أنها ترغب على الأرجح بالمحافظة على مرونتها وبالتالي ان من البديهي عدم وجود ضرورة لتعريف الفكرة بشكل دقيق.

وبالرغم من ان لا احد من الفقه الفرنسي ينكر الدور المتنامي لفكرة اقتصاد العقد في القضاء لكن أهميتها ومدى ملائمتها كانت محل نزاع في هذا الفقه (٤) ، إذ يرى البعض بان الأمر يتعلق بفكرة ذات طابع ذاتي مشوبة بالغموض وان الأخذ بها يعد مساساً بالأمان التعاقدي (sécurité contractuelle)، وكذلك يفتح الباب إلى ادخال حلول غير متوقعة إلى ابعد حد ، كما ان الرجوع لفكرة اقتصاد العقد لا ينبغي أن يكون وسيلة لانقاص القوة الملزمة للعقد او اهدارها. (٥)

<sup>1</sup> Cass. 1re civ., 6 juill. 1959, Sté des fourrures Renel c/ Allouche : Rev. crit. DIP 1959, p. 708, note H. Batiffol ; B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3e éd., 1998, n° 35, p. 261.

<sup>2</sup> Ph. Delébecque, note ss Cass. com., 16 janv. 1996 : DMF 1996, p. 627.

<sup>3</sup> Ph. Jestaz, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, Mélanges Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.

<sup>4</sup> J. Mestre : RTD civ. 1996, p. 901 et s. ; J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat : D. 2000, chron. p. 382.

<sup>5</sup> J. Mestre, op. cit, note (8).

ان الدراسة التحليلية للتطبيقات القضائية الفرنسية قدر تعلقها بفكرة اقتصاد العقد تؤدي إلى وجهة نظر أكثر دقة وثباتاً باهمية الموضوع في انقاذ العقد واعماله على مستويات كثيرة ومتعددة الاغراض، ولكن السؤال هنا هل حقاً ما قيل عن ان القضاء الفرنسي يرى بان دور فكرة اقتصاد العقد يتمثل بشكل اساسي بكونها أداة نافعة جداً لتحليل العقد ، وأنها تساهم بشكل فعال لتحديد مصير العقد .

#### ثانياً// نطاق البحث في فكرة اقتصاد العقد //

ان البحث في فكرة اقتصاد العقد يتحدد في البحث والتقصي عن دور هذه الفكرة في انقاذ العقد في القانون الخاص الفرنسي عبر التطبيقات القضائية الفرنسية .

#### ثالثاً// منهجية البحث //

اتبع البحث منهجاً بحثياً مركّزاً الى التحليل والتتبع لدور فكرة اقتصاد العقد في التطبيقات القضائية الفرنسية والاستنتاج من تلك التطبيقات الدور الاستثنائي الذي تلعبه هذه الفكرة في انقاذ العقد في القانون الخاص الفرنسي.

#### رابعاً// هيكلية البحث (التقسيم الشكلي) //

ان تحقيق المقصود من البحث في الموضوع يتحقق وفقاً لوجهة نظر الباحث المتواضعة تتحقق في تقسيمه على خطة شكلية من مبحثين يسبقهما مقدمة ويختتمهما خاتمة لاهم مظاهر من نتائج ومانطوح الى تحقيقه من مقترحات ، وقد خصص المبحث الاول لظهور دور فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد ، وأفرد المبحث الثاني للكشف عن دور فكرة اقتصاد العقد في تحديد مصير العقد.

#### المبحث الأول: دور فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد

إن اقتصاد العقد ليس فكرة مخصصة لإضافة أو استبدال العناصر المكونة للعقد، أو تحدد هي ذاتها انتهاء العقد، وإنما هي تمثل اداة لتحليل العقد عبر تقدير السبب ، ومن خلال معالجة الغموض أو عدم الكفاية الذي يشوب العقد ونخصص لكل من ذلك مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول: دور فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب

ان الطريقة التي بمقتضاها يتم تقدير السبب بصورة موضوعية أو مجردة، يلاحظ ان فكرة اقتصاد العقد تستخدم عند الاقتضاء من قبل محكمة النقض الفرنسية كأداة لتقدير السبب، سواء أكان السبب موضوعياً أو ذاتياً وكمايلي.

الفرع الأول: دور فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب الموضوعي  
ان السبب الموضوعي في القانون الفرنسي الذي يعبر عنه بالنظرية التقليدية بالسبب ينصرف الى الغرض المباشر من التعاقد ، وبالتالي يُحكم بطلان العقد عندما يكون الغرض المباشر من التعاقد غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.<sup>(١)</sup>

ويلاحظ من التطبيقات القضائية الفرنسية ان القضاء الفرنسي عرض لتحليل العقد عبر تقدير السبب الموضوعي بالموازنة مع فكرة اقتصاد العقد عندما يكون مقابل الالتزام (contrepartie) غير مركب أو معرف ، ويرى انه ليس من الضروري الرجوع إلى فكرة اقتصاد العقد لتقدير وجود السبب وحقيقته لان مقابل الالتزام من السهل تمييزه ، ومع ذلك قرر ان اقتصاد العقد يساهم بشكل فعال لتسليط الضوء على مقابل الأداء (contre-prestation) في فرضيتين:-

الأولى فقد يحتوي العقد على التزامات متشابكة (obligations enchevêtrées) قد تم التعبير عنها بشكل غامض أو قد تكون تركيبتها معقدة ، ومحكمة محكمة النقض الفرنسية ترى في هذه الحالة من الضروري النظر في شروط تنفيذ العقد ككل كما يلاحظ من احد القضايا ان جمعية سيرفيان (La Sévrienne) التي هي مالكة لمجموعة من الأراضي قد تعاقدت مع السيد (M.Y.) في ٣/٤/١٩٨٥ على إيجار قطعة ارض تابعة لها لمدة ١٨ سنة ، و قامت في ١٠/٥/١٩٨٧ بإيجاره قطعتي ارض أخرى لنفس المدة ، وان عقد الإيجار ينص على ان عقد إيجاري تجاري لمدة تسع سنوات يبدأ تلقائياً بعد نهاية مدة العقد المحددة بثمانية عشر سنة ، بيد ان عقد الإيجار قد حكم ببطلانه بعد وضع السيد (M.Y.) تحت الحراسة القضائية تنفيذاً لخطة الإنعاش (plan de redressement) <sup>(٢)</sup> وتبعاً لذلك قامت جمعية سيرفيان

<sup>1</sup> Article (1131) du code civil français (1804) qui (L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet)

نصت المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ على ((ان الالتزام الذي لاسبب له او له سبب غير صحيح او غير مشروع لا يمكن ان يكون له اي اثر)).

<sup>2</sup> Voir pour plus d'informations à la définition de l'article publié de plan de reprise sur le site\ Date de la visite (20/3/2016) 2:30 pm

يطلب تمييز قرار محكمة الاستئناف الذي يقضي بطلان العقد لاسباب تعود للمستأجر ودفعت بان بطلان العقد ناشئ عن عدم وجود السبب والمحل، وذلك لعدم وجود ثمن حقيقي طبقاً للثمن المحدد والشروط العامة لعقد الإيجار عند إبرام العقد، بحيث ان الاعتماد حصراً على الشروط الجديدة التي تبدأ بعد ثمانية عشر عاماً على إبرام العقد عند تحويله إلى الإيجار التجاري يعد خلافاً لحكم المادة (١١٣١) من القانون المدني، كذلك ان الثمن في الإيجار التجاري يتم تحديده حسب إرادة أطراف العقد عند إبرام العقد، بحيث ان حساب مبلغ الإيجار الذي يستطيع المؤجر المطالبة به بعد ثمانية عشر سنة من إبرام العقد من قبل المحكمة نفسها واعتماداً على قيمة الإيجار مقدرة كأجرة المثل، فان محكمة الاستئناف حددت هكذا بعناصر خارج عقد الإيجار ودون الرجوع إلى الإرادة المشتركة للطرفين، مخالفة بذلك المواد (١١٢٦، ١١٣١، ١١٣٤ و ١٧١٠) من القانون المدني، بالإضافة إلى ذلك ان جمعية سيريفيان دفعت بان رفض إبطال العقد دون ملاحظة بان هناك نفقات خاصة مفروضة على المستأجر أو قيود لحقوقه بالنظر إلى المميزات العالية الممنوحة من قبل المؤجر في العقد الملحق بتاريخ (١٩٨٥/٤/٣) وكذلك بساطة الأجرة، فأن محكمة الاستئناف لم تعطي أي أساس قانوني لقرارها بالإشارة إلى المادة (١١٣١) من القانون المدني، ولكن البحث المتأني فيما إذا كانت الالتزامات التي وضعت على عاتق المستأجر والقيود التي قيدت حقوقه والحقوق الممنوحة للمؤجر تبرر الأجرة التعاقدية المنخفضة، اذ أشارت محكمة النقض الفرنسية بان المستأجر قد قام بتشيد المباني المنصوص عليها في العقد وان ملكية هذه المباني تنتقل للمؤجر دون تعويض في حالة فسخ عقد الإيجار من قبل المستأجر بعد انتهاء عقد الإيجار التجاري وان الجمعية كانت معفية من جميع التكاليف العقارية خلال فترة العقد الأولى والتي مدتها ثمانية عشر عاماً، وبعد ذلك فان محكمة الاستئناف التي ارتأت بأنه بالأخذ بشروط تنفيذ العقد ككل قد أعطت للجمعية الفرصة لتحقيق حقوق مرتبطة بصورة مباشرة بشركة السيد (M.Y.) دون خطر كبير في حالة فشل المشروع إذ ان هذه الحقوق والالتزامات ككل تغطي مبلغ الإيجار الزهيد، ولذا ان اقتصاد العقد اعلاه لا ينصرف إلى دفع مبلغ أجرة بسيط ومتواضع وإنما الشروط الأساسية لعقد الإيجار هي التي تضع التزامات مختلفة على عاتق

المستأجر وتحتوي على التزامات تفرض عليه ، في حين تعطي حقوق للطرف الاخر تبرر بساطة مبلغ الإيجار وتواضعة بحيث ان جمع الالتزامات المتقابلة يبرر مبلغ الإيجار المتواضع.<sup>(١)</sup>

الفرضية الثانية وهي حالة وجود مجموعة العقود (groupe de contrats) فانه يجب تقييم مقابل الأداء بالأخذ بعين الاعتبار السلسلة العقدية (chaîne des contrats) اذ ان تعقيد العلاقات التعاقدية وإقامة علاقات متعددة الأطراف أو جماعية أو ما يطلق عليه بالمجاميع المصرفية للتمويل (pools bancaire) ساهم بشكل فعال في تطوير فكرة المجاميع العقدية ، وان المجموعة العقدية يمكن ان تتكون من عقد رئيسي (contrat principal) وعقود ملحقة (contrats accessoires) ، ويمكن ان تتكون كذلك من سلسلة من العقود (chaîne de contrats). هذه السلسلة يمكن ان تنجم عن تتابع العقود (suite de contrats) مثل السلاسل العقدية التي تبدأ من المنتج إلى المستهلك أو يمكن ان تنجم عن سلسلة انتقال العلاقات العقدية بينهما (chaîne de transmission)، ويمكن ان تكون على شكل مكور عقود (ensemble de contrats) الذي ينظم علاقات تجارية أو صناعية أو تمويلية مختلفة، وهذه العقود يمكنها تنظيم شبكات توزيع أو التوريد او الخدمات الفندقية ، وان القضاء الفرنسي على الرغم من المبدأ التقليدي الذي يقضي بنسبية اثر العقود تجاه الغير طبقاً لاحكام المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup> ، الأمر الذي يحد من القوة الملزمة للعقد بين أطرافه ، إلا أن القضاء ومنذ قضية سيدري (SEDRI) بشكل خاص اعترف بوجود مجموعة عقود و مكور العقود ، إذ ان مكور العقود يمثل حزمة من العقود التي يجمعها نفس السبب أو هدف مشترك ، في حين ان العقود تبرم مع عدة شركاء فتتأ اشكال تعاقدية من أنواع مختلفة ، وهذه الأنواع تجعل من الصعوبة لاستخلاص النتائج وذلك لان كل عقد يكون مستقل من حيث المبدأ عن باقي العقود، لكن هذا الاستقلال يستبعد لصالح ترابط معين تفرضه آليات معينة مثل

<sup>1</sup> Cass. 3e civ., 16 févr. 2000, La Servianne c/ Ferrat, pourvoi n° 98-11.838.

<sup>2</sup> Article (1165) du code civil français (1804) qui (Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121)

نصت المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ على ان ((لا يكون للاتفاقيات اثر الا بين الاطراف المتعاقدين وهي لاتضر بغير المتعاقدين او تعود عليهم بالفائدة الا في الحالة المبينة في المادة (١١٢١)).

والحالة المبينة في المادة (١١٢١) من القانون المدني الفرنسي اعلاه هي المشاركة لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui)

الرجوع إلى سبب العقد على وجه الخصوص عندما تكون العقود مبرمة بين الأطراف نفسها ، وقد قيل ان هذا الترابط يعد ضروري جداً إذ يضمن متانة الارتباط بين جميع العقود المتجمعة لكي يحدد مصير كل عقد بالنسبة لباقي العقود، فإذا تم إلغاء احد العقود فان جميع العقود التي تشكل المكون العقدي تخضع لنفس الحكم، ويمكن ان يفرض هذا الترابط التزامات يحتويها احد العقود ليمتد بالتطبيق على باقي العقود التي تشكل المكون العقدي مثل شرط التحكيم أو شرط الاختصاص أو شرط الفسخ<sup>(١)</sup>، ويمكن أيضاً ان تنشأ آليات قانونية تخضع تكوين عقد من العقود إلى تكوين عقد آخر أو تنفيذه أو إطفائه بواسطة شروط تعليقية أو فاسخة<sup>(٢)</sup>، كما في حالة إعطاء رجل أعمال اجر بشرط قبوله إبرام عقد كان قد عرض عليه.

ونلاحظ ان كل عقد من المجموعة العقدية يجمعه هدف مشترك قانوني كان أو اقتصادي مثال ذلك حالة وجود اتفاق يحتوي على عقدين منفصلين، لكن أحدهما يكمل الآخر فيبيع ارض ومصنع من قبل شخص بثمان يورو واحد ليس باطلاً متى ما كان البيع غير منفصلاً عن العقد الذي بموجبه تقوم الشركة التي يكون فيها هذا الشخص شريكاً ببيع أصولها وتنتفع من تحصيل ديونها، ومتى ما كانت عقود البيع مبرمة مع نفس المشتري ، وطبقاً لاقتصاد العقد ان بيع الأرض بسبب موجود ومشروع ، وله ثمن حقيقي وليس صوري<sup>(٣)</sup>.

ونستخلص من ذلك ان الأخذ بفكرة اقتصاد العقد يسمح بتحليل حقيقي للعقد عبر تقدير السبب الموضوعي للعقد او المجموعة العقدية او السلسلة العقدية ، مع تجنب إبطال العقود التي تظهر بصورة غير حقيقية لاول وهلة كما في الفرضية أعلاه ، والتي تنتج عادة من سوء نية احد الأطراف الذي يريد التملص من التزامه من خلال تحليل منفصل للعملية التعاقدية المبرمة اي بغير ماتنصرف اليه فكرة اقتصاد العقد.

ونرى ان محكمة النقض الفرنسية قد استخدمت تحليل السبب الموضوعي في مرحلة تنفيذ العقد بالرجوع إلى فكرة اقتصاد العقد ، لغرض استبعاد الشروط غير المتجانسة من

<sup>1</sup> Dans cette étude, publiée sur le site/ Date de la visite (15/3/2016) 4:00 pm

<http://www.cours-de-droit.net/droit-des-contrats-c27647556>

<sup>2</sup> M.-L. Izorç , Contrats conditionnels et contrats définitifs, la négociation du contrat, RTD com. 1998, p. 521.

<sup>3</sup> Cass. 3e civ., 3 mars 1993, Chiaffi c/ Slibail : Bull. civ. III, n° 28 ; Rép. not. Defrénois 1993, art. 35602, p. 927, note Y. Dagorne-Labbe ; JCP G 1994, I, 3744, obs. M. Fabre-Magnan ; RTD civ. 1994, p. 124, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 1993, p. 665, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; Rapp. Ch. Freyria, Le prix de vente symbolique : D. 1997, chron. p. 51.

الالتزام العقدي ، دون الحاجة للجوء إلى قانون خاص مثل قانون حماية المستهلك وخاصة من حيث أنه يحظر في نطاق تطبيقه الشروط غير عادلة. (١).

وفي الواقع ان محكمة النقض الفرنسية قررت في قضية (Chronopost) بأنه في حالة ضمان شركة النقل السريع للسرية وسرعة الخدمة وان تكون ملزمة بتسليم البضاعة خلال فترة زمنية محددة ، فان الإخلال بهذا الالتزام العقدي الاساسي يؤدي إلى قيام مسؤولية تلك الشركة دونما اعتبار للشروط التي تحدد المسؤولية والتي تناقض المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام. (٢)

وأكدت ذلك في نطاق عقد التأمين بالحكم بان شروط عدم دفع مبلغ التأمين في عقد التأمين لا يمكن تطبيقها عندما يستبعد ضمان الخطر التأميني المؤمن ضده في هذا العقد طبقاً لمبدأ اقتصاد العقد (٣)، لنتيجة منطقية ( حسب وجهة نظرنا ) مؤداها زوال السبب الذي يجعل المؤمن له ملتزماً ألتزاماً حقيقياً تجاه المؤمن والعكس صحيح.

الفرع الثاني: دور فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب الذاتي ان السبب الذاتي المفهوم بالبائع الدافع على التعاقد يؤخذ بعين الاعتبار لغرض ابطال العقد عندما يكون البائع الدافع على التعاقد غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة. (٤)

ان تقدير سبب العقد الذاتي يعتمد بالضرورة على تحليل حقيقي للهدف الأساس الذي أراد بلوغه أطراف العقد ، وهذا يعني بان اقتصاد العقد على هذا النحو يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند الاقتضاء للوصول إلى ما وراء العبارات والالفاظ التي استعملها الأطراف لظهور العملية التعاقدية بمظهر مشروع ، وبالمقابل ان البائع الدافع لأطراف العقد لإبرام التصرف

<sup>1</sup> Tels que la protection des consommateurs français, qui interdit les conditions injustes dans le champ d'application de la loi.

<sup>2</sup> Cass. com., 22 octobre 1996 : Bull. civ. IV, n° 261 ; JCP G 1997, I, 4002, note M. Fabre-Magnan ; D. 1997, p. 121, note A. Sériaux ; D. 1997, somm. comm. p. 175, obs. Ph. Delebecque ; Rép. not. Defrénois 1997, art. 36516, p. 333, obs. D. Mazeaud ; Contrats Conc.-Consom. 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; Chr. Larroumet, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité : D. 1997, chron. p. 145.

<sup>3</sup> Cass. 1re civ., 14 janv. 1992 : Bull. civ. I, n° 14 ; - 21 mai 1990 : Bull. civ. I, n° 114 ; - 23 juin 1987 : Bull. civ. I, n° 202 ; - 17 févr. 1987 : Bull. civ. I, n° 55. juin 1987 : Bull. civ. I, n° 202 ; - 17 févr. 1987 : Bull. civ. I, n° 55.

<sup>4</sup> Dans cette étude, publiée sur le site/ Date de la visite (15/3/2016) 4:00 pm

<http://www.cours-de-droit.net/droit-des-contrats-c27647556>

القانوني لا تأثير له على تقدير وجود مقابل الأداء متى ما كان هذا الباعث لا يدخل في نطاق العقد ، ونعتقد وفقاً لما ورد اعلاه عدم وجود ضرورة بالرجوع إلى فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب الذاتي (الباعث الدافع على التعاقد).

إلا ان محكمة النقض الفرنسية استندت الى فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب الذاتي ، وأصدرت قراراً قد نقض إلى حد ما القضاء التقليدي المتعلق بالسبب الذاتي ففي قضية تعاقّد الزوجان بيليه (piller) على انشاء نادي فيديو (vidéoclub) وإيجار أشربة كاسيت مع شركة (Nouvelle DPM) لبث اشربة الكاسيت، إلا ان هذا المشروع كان محكوماً عليه بالفشل بسبب انشائه في منطقة قليلة السكان وبناءً على الدفع المقدم من قبل شركة (Nouvelle DPM) ، ألغت محكمة البداية العليا (tribunal de grande instance) عقد الإيجار بسبب الغلط ، إلا ان محكمة الاستئناف فضلت الرجوع الى أساس اخر لتبرير الحكم بالاستناد الى انعدام السبب إذ انها لاحظت بان الباعث الدافع للتعاقد للزوجان بيليه (piller) كان نشر بعض أشربة الفيديو لدى عملائهم ، ألا ان هذا المشروع حكم عليه بالفشل والخسارة لقلّة عدد سكان المدينة التي أنشأ فيها المشروع أذ كان يسكنها (١٣١٤) شخص فقط وان طلب الاستئناف المقدم قد ركز على الخلط الذي وقع فيه قاضي محكمة البداية العليا بين سبب الالتزام وسبب العقد والذي انتقدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في (١٩٨٩/٧/١٢) بالرغم من رفض الاستئناف لذلك ، وفي الواقع ان المحكمة العليا بررت قرارها بالاستناد الى فكرة اقتصاد العقد فيما يتعلق بتأجير أشربة الفيديو للاستغلال التجاري، وذلك لان تنفيذ العقد طبقاً لفكرة اقتصاد العقد الذي أراده الطرفين كان مستحيلاً ، ويلاحظ ان محكمة النقض آنذاك طابقت محكمة الاستئناف باستنتاجها الذي ذهب اليه بان العقد في حقيقته كان مجرداً من سببه بإثبات انعدام إي مقابل حقيقي للالتزام بدفع ثمن إيجار أشربة الفيديو.<sup>(١)</sup>

ويمكن القول ان هذا القرار القضائي لم يفاجأ الفقه الفرنسي لانه اخذ بتعريف الفقيه الفرنسي دوما (Domat) للسبب ، إذ يرى هذا الفقيه بان سبب التزام احد أطراف العقد هو نفسه سبب التزام الطرف الآخر في العقد الملزم للجانبين ، ومن هذا المنطلق لا يمكن القول

<sup>1</sup> J. Mestre, R.T.D.Civ . 1996, p.901, obs.-daloz étudiant.

بعدم وجود سبب لالتزام اطراف العقد اذ ان التزام الزوجان بيليه (pillar) بالقرار القضائي اعلاه بالدفع كان له التزام مقابل يتمثل في التزام الشركة بتسليم أشرطة الفيديو وتمكين هذا الطرف من استغلالها للاغراض التجارية، ونعتقد ان قرار محكمة الاستئناف اعلاه يتسم بالحدثة الى حد ما، فإثباتها ان السبب الباعث المحدد لالتزام الزوجان بيليه (pillar) كان نشر بعض الأشرطة الفيديوية أدى الى التحول بالسبب من الافكار التقليدية الى الافكار الحديثة فاصبحت من الحلول المناسبة الأكثر ثباتاً، كذلك رفعت اي خلط بين السبب الموضوعي والسبب الذاتي، كون تحليل محكمة النقض السابق من الدقة بمكان هو الأكثر دقة في التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد الباعث الدافع للتعاقد باستعمال فكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد من خلال السبب الذاتي ، لذا من خلال مفهوم فكرة اقتصاد العقد ان المحكمة العليا الفرنسية قد عقدت العزم على التقليل من موضوعية السبب لصالح ذاتيته ، ومن اللافت للنظر بأن الرجوع دائماً إلى فكرة اقتصاد العقد أدى بمحكمة النقض الفرنسية الى عرض دراسة أكثر تعمقاً لملائمة مقابل الأداء ، كما يلاحظ ان القرار السابق سواء أُنقذ (١) او مُدح (٢) جوبه برد فعل استثنائي من الفقه الفرنسي ومن بين هذا الفقه الفقيه فيليب رينيه (Philippe Reigné) الذي رأى ان هذا القرار قد ادخل مفهوم جديد للسبب مستمد من الفكر الذاتي ، فالسبب هو الغرض التعاقدي المشترك لاطراف العقد او الهدف المرمي الى تحقيقه من قبل احد الأطراف وهو المأخوذ بعين الاعتبار بالنسبة للبعض الاخر، وعدم وجود السبب يظهر عدم قدرة أطراف العقد بلوغ هذا الهدف التعاقدي (٣)، وقد انعكست افكار الفقيه فيليب رينيه (Philippe Reigné) على السيدة موري (Maury) والتي تهدف كتاباتها بهذا الشأن الى التمييز بين الإرادة الدافعة (volonté motivée) والإرادة الموجهة (volonté causée) باللجوء الى فكرة التكافؤ المقصود (équivalent voulu). (٤) في حين ان السيدة روفيلد (Richfield) قد أعطت تبرير مختلف لهذا القرار، فترى ان العقد يتعدى الإيجار إذ انه يتعلق بتوفير وسائل

<sup>1</sup> F. Labarthe, J.C.P. 1997, I, n° 4015.

<sup>2</sup> J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préface. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, t. 311, LGDJ, 1999, n° 576 ; Ph. Delebecque, *Rép. Defrénois* 1996, art. 36381.

REIGNE, D. 1997, jur., p. 501 ; P. Chauvel, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1503.

<sup>3</sup> Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993, n° 246.

<sup>4</sup> I. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920.

حقيقية لانشاء الأعمال التجارية فالمحكمة العليا تصر ايضاً على إسناد استئجار أشرطة الفيديو للاستغلال التجاري.<sup>(١)</sup> وان تحليل محكمة النقض قد رفض اقتصار العقد على مجرد توريد البضائع، ومن ثم من غير الممكن ان ننكر وجود السبب والذي تحقق بمجرد توفير أشرطة الفيديو من قبل شركة (DPM) لذا ان محكمة النقض قد فضلت التركيز على ماهية البنية التعاقدية بضم الطوح الاقتصادي لإطراف العقد لإظهار ان الارباح المتوقعة لا يمكن تحقيقها، فمحكمة النقض أثبتت عدم وجود السبب عن طريق توصيف اقتصادي دقيق (qualification économique affinée)، بيد ان الأستاذ شوفيل (Cavell) يرى في هذه الحالة توافر فرضية الغلط في الصفات الجوهرية، اذ رأى بأنه خلافاً للوضع الظاهر ان الامر لا يتعلق بمجرد باعث دافع على التعاقد (سبب ذاتي)، فكل طرف في العملية التعاقدية قد بين باعته بطريقة مماثلة، وان استحالة انتشار اشرطة الفيديو في السوق المحلي في مدينة مباشرة نشاط المشروع كانت مماثلة بالنسبة للجميع، ونظراً لخصوصية العملية فان الغرض الذي اراده الزوجان بيليه (pillar) يجب ان يعتبر صفة جوهرية للعقد الذي بادرى الى ابرامه وتحديداً انه كان سبب موضوعياً تماماً.<sup>(٢)</sup>

ونعتقد ان آراء الفقه الفرنسي المتقدمة لها في قرار محكمة النقض الفرنسية السابق مايررها، إذ يبدو ان هذا القرار يكرس فكرة التكافؤ المطلوب (équivalent voulu) بين الاسباب للالتزامات المتبادلة على حساب فكرة التكافؤ المتوقع حدوثه (équivalent attendu) بين اسباب تلك الالتزامات، كذلك ان من نافلة القول التأكيد على ان هذا القرار قد أضفى الصفة الذاتية على السبب .

ان محكمة النقض الفرنسية استندت الى الاستخدام السلبي لفكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب الذاتي كمصدر لابطال العقد<sup>(٣)</sup> لكن هذا الاستناد تعرض للنقد ذلك لان الاثر المناسب لعدم حسن نية الشركة اعلاه من خلال انشائها لسبب وهمي في العقد هو إلغاء العقد بسبب عدم وجود السبب وبالتالي عدم صحة الالتزامات التعاقدية الناشئة عن هذا

<sup>1</sup> J. Rochfeld, op. cit, n°224.

<sup>2</sup> P. Chauvel, op. cit, n° 1503.

<sup>3</sup> Ph. Reigné, op. cit, n° 246.

العقد<sup>(١)</sup> يضاف الى ذلك ان الرجوع الى فكرة اقتصاد العقد عبر تقدير السبب الذاتي لأجل إلغاء عقد مصاب بالاعتلال بصورة عامة لدمج بواعث دافعة (اسباب ذاتية) وهمية في نطاقه كان متصوراً مع عدم سوء نية المتعاقد وهو الامر الذي يفتح الباب واسعاً امام اطراف هذا العقد المعتل المحكوم بابطاله الى التخلص من التزاماتهم المتولدة عن هذا العقد دون خسائر، وقد قيل ان هذا الحل الذي استند الى الاستخدام السلبي لفكرة اقتصاد العقد في تحليل العقد عبر تقدير السبب عديم الفائدة و يؤثر على إلزامية العقد بطريقة غير مقبولة<sup>(٢)</sup>.

ونعتقد ان العقد المعتل اعلاه تم ابطاله بالاستناد الى النهج الاقتصادي للسبب (*approche économique de la cause*) لانه لم يف بالغرض الاقتصادي للعقد وليس لأنه لم يحقق البواعث الدافعة على التعاقد (الاسباب الذاتية)، كذلك ان السبب وفقاً للنظرية التقليدية في السبب لا يمكن الاستناد اليه لابطال العقود التي لا تحقق النهج الاقتصادي للسبب (*approche économique de la cause*) وبالتالي عدم امكانية اعمال فكرة اقتصاد العقد.

المطلب الثاني : دور فكرة اقتصاد العقد في معالجة غموض أو عدم كفاية العقد  
ان محكمة النقض الفرنسية استخدمت فكرة اقتصاد العقد بشكل غير مذكر في تحليل العقد عبر تقدير السبب بواسطة الوسائل التقليدية تارة ، وبواسطة طرق أكثر حداثة وأصالة تارة اخرى ، وذلك بمعالجة غموض او عدم كفاية العقد وذلك باستخدام فكرة اقتصاد العقد بتقدير الإرادة الصريحة ، والكشف عن ارادة الاطراف في حالة الارادة الضمنية ونخصص لكل من هذين الاستخدامين فرعاً مستقلاً .

الفرع الأول: دور فكرة اقتصاد العقد في معالجة غموض او عدم كفاية العقد بتقدير الإرادة الصريحة

ان شروط العقد عندما تكون واضحة ومحددة فلا توجد فائدة من الرجوع إلى اقتصاد العقد اذ يكفي بان تطبق هذه الشروط<sup>(٣)</sup> ، لكن عندما تكون هذه الشروط غير واضحة أو

<sup>1</sup> La quasi-décennie est la deuxième source d'engagement dans les sources de droit civil français.

<sup>2</sup> Cass. 1re civ., 3 mai 2000 ( Bull. civ. I, n° 131 ; JCP G 2000, I, 272, obs. G. Loiseau ; Juris-Data n° 001683).

<sup>3</sup> Cass. 3e civ., 15 mars 2000, Parimall Ulis 2 c/ Redoute catalogue, pourvoi n° 98-16.771.

غامضة في ذاتها أو في متعلقاتها (١) فان القاضي ملزم بإزالة عدم الوضوح تلك الشروط وتفسيرها لرفع كل غموض ويمكنه ذلك من خلال استخدام فكرة اقتصاد العقد (٢) ومع هذه الامكانية يلاحظ في إطار القضاء الفرنسي ان استخدام فكرة اقتصاد العقد للغاية السابقة مرهوناً بإرادة القاضي الحرة ، وبالنظر الى عدد كبير من قرارات محكمة النقض الفرنسية نلاحظ ان الإشارة إلى فكرة اقتصاد العقد غير مبررة وتحمل في طياتها استنتاجات تقليدية وذلك لان استخدام مصطلح اقتصاد العقد وحده ليس كافياً لجعل قرارات المحكمة مبتكرة ومتسمة بالحدثة، وفي كثير من الأحيان ان الفكرة يمكن استبدالها بأفكار تقليدية أخرى خاصة بالعقد، يمكننا ان نذكر منها على سبيل المثال ان القاضي قد رفض إعطاء حق المرور (servitude de passage) لمالكين لان الشرط المدرج في العقد الذي يشير إلى خدمة مباني (desserte d'immeubles) السيدة مايار (Maillard) هو شرط ليس من العقد وبالتالي ليس له أي اثر قانوني ولا يمكن تبعاً لذلك إعطاء حق المرور (servitude de passage) لمالكي قطع الأراضي التي يتم حيازتها لاحقاً من قبل المشتريين. (٣)

ان القاضي يمكنه أيضاً استخلاص الطبيعة القانونية لشرط نص عليه في العقد عن طريق تحليل اقتصاد العقد في حالات معينه مثالها الشرط الجزائي (٤) ، كما ان القاضي يستطيع بنفس الطريقة ان يعتمد على شروط العقد وفكرة اقتصاد العقد لبيان الطبيعة القانونية لعقد ما، فعلى سبيل المثال الاختيار عند الضرورة بين عقد الايجار التمويلي وعقد ايجار تقليدي (٥)، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في ذلك القضية التي اثيرت بمناسبة ابرام السيدة جيرو (Giroux) مع السيد لاريب (Laribe) عقد قد تم تكييفه بايجار تمويلي على مباني مؤثثة وغير مؤثثة مملوكة لها بيد ان محكمة استئناف رين الفرنسية أقرت بان هذا التصرف غير جائز باستبعادها تكييف العقد بالايجار التمويلي بسبب عدم وجود مقابل مطلوب من المستأجر، واعتبرت ان العقد لا يمكن تكييفه بأنه إيجار تقليدي، فهذا التكييف لا يناظر المصطلحات المستخدمة من قبل أطراف العقد ولا يماثل افكار اقتصاد عقد الإيجار ، إلا ان محكمة

<sup>1</sup> Cass. com., 3 janv. 1995, Air inter c/ Airsoft international, pourvoi n° 92-20.655.

<sup>2</sup> 3e civ., 10 mai 1991, Sté civile des propriétaires des deux maisons c/ Publiscope, pourvoi n° 89-19.705.

<sup>3</sup> Cass. 3e civ., 26 nov. 1985, Duval c/ Deverre, pourvoi n° 84-15.558.

<sup>4</sup> Cass. com., 10 janv. 1995, Crédit maritime mutuel c/ CDK Composites, pourvoi n° 92-21.386.

<sup>5</sup> Cass. 3e civ., 4 nov. 1998, Laribe c/ Le Mevel, pourvoi n° 96-18.168.

النقض قد خالفت هذا القرار وانتقدته بسبب ان محكمة استئناف رين قد اتخذت قرارها دون تسبب عدم إمكانية إضفاء تكييف عقد الإيجار التقليدي على شروط واقتصاد العقد، وكذلك عدم وجود أي أساس قانوني لقرارها.<sup>(١)</sup>

ونعتقد ان هذا القرار وضع جدار من المنع اما القضاء في استعماله لفكرة اقتصاد العقد بشرط ان يكون هذا المنع او التحريم مسبباً وبالتالي عدم جواز امتناع القضاء استخدام فكرة اقتصاد العقد في ازالة عدم وضوح وغموض شروط العقد متى ماكان هذا الامتناع غير مسبباً.

لقد قيل ان أول استخدام فكرة اقتصاد العقد في ازالة عدم وضوح وغموض شروط العقد كان بتاريخ ١٩٨٥ بمناسبة قضية تتعلق بتكييف اتفاقين متعاقبين محلها وضع قطعتي ارض تحت تصرف مستأجر ولفترة محددة لغرض استغلالهما وفي هذه القضية قررت محكمة استئناف انجيه (Angers) بان الأمر يتعلق بإيجار زراعي (bail rural) وأشارت إلى ان الاتفاق الاول أعطى للمستأجر استغلال قطع أراضي متنازع عليها وهناك شرط فيه يتعلق باستغلال عقار في تلك الاراضي للاستعمال السكني، وان الاتفاق الثاني قد تم ابرامه قبل انقضاء الاتفاق الأول مما أدى إلى منح اقتصاد العقد طابع مستمر ، ان هذا القرار وبالرغم من نقضه من قبل محكمة النقض الفرنسية<sup>(٢)</sup> إلا أنه يتمتع بميزات كثيرة اهمها اجراءه تحليلاً شاملاً للعلاقة التعاقدية محل القضية.<sup>(٣)</sup>

ومن التطبيقات القضائية الفرنسية التي تبين دور فكرة اقتصاد العقد في معالجة غموض او عدم كفاية العقد بتقدير الإرادة الصريح قراراً مهماً لمحكمة النقض في مجال تكييف العقد أيدت فيه قرار محكمة استئناف كرونوبل (Grenoble) في قضية تعلقت بشخصين يدعيان الزوجين كادي (Kadi) ، اذ ابرما عقداً لشراء جهازين من شركة لخدمات التدفئة ، وقد تم دفع قيمة المشتريات عن طريق عقد آخر قد تم إبرامه مع شركة ائتمانية وهي شركة أوفيت (Ufith) اقترض الزوجين كادي منها قيمة الشراء بفائدة معينة وبموجبه تحتفظ الشركة الائتمانية بملكية كلا الجهازين حتى السداد التام لقيمتهم من قبل الزوجين كادي ، إلا ان الزوجين كادي

<sup>1</sup> CA Rennes, 25.04.1996.

<sup>2</sup> Cass. Civ. 3ème, 13 novembre 1985, Pourvoi N° 83-16.430, Arrêt N° 1.311.

<sup>3</sup> CA Angers, 12.07.1983.

قاما بأعذار شركة خدمات التدفئة بغية فسخ عقد الشراء وذلك بسبب خلل في المعدات وكذلك قد تم تبليغ شركة أوفيت (Ufith) الائتمانية بذلك وقد اتجهت محكمة استئناف كرونوبل (Grenoble) (١) الى ان تطبيق فكرة اقتصاد العقد على العقد المبرم من قبل الزوجين كادي (Kadi) مع شركة أوفيت (Ufith) الائتمانية تؤدي الى منح الاخيرة صفة المالك المؤجر الى جانب صفة المقرض ومن ثم قررت تلك المحكمة ان الدعوى المقامة من قبل الزوجين كادي (Kadi) تقوم على طلب فسخ كل من عقد البيع الايجاري (location-vente) وعقد القرض المبرم مع شركة أوفيت (Ufith) الائتمانية ومن ثم قضت بفسخهما ، وعند طلب شركة أوفيت (Ufith) الائتمانية تمييز هذا القرار أيدت محكمة النقض هذا القرار باعتبار ان قضاة الدرجة الثانية لم يفعلوا سوى استرداد للعقد المكتوب بواسطة الشركة نفسها وتكييفه القانوني الظاهر من ارادة اطرافه الصريحة تكييفاً دقيقاً. (٢)

ومن التطبيقات التي تظهر دور اقتصاد العقد في المقام المائل قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في السادس من حزيران عام (٢٠٠٠) (٣) في قضية تتلخص وقائعها بان السيد أندريو (Andrieu) ملزم باعتباره شريكاً في شركة تعاونية زراعية (société coopérative agricole) بتسليم كميته من محاصيله من العنب الى تلك الشركة ، وان قيمة هذه المحاصيل المسلمة تدفع من الشركة على شكل أقساط شهرية اليه وفي كل الاحوال يتم سداد كامل القيمة لتلك المحاصيل في نهاية السنة المالية يُضاف إلى ذلك التزام الشركة التعاونية الزراعية بان تدفع للسيد أندريو (Andrieu) قرض بفائدة تصل إلى (١٠,٢٥) ٪ سنوياً تسدد قيمته عن طريق الاستقطاع من مبالغ الإقسط الشهرية التي تدفعها الشركة وحسب تواريخ استحقاقها ، وفي عام (١٩٩٣) تم إعلان إفلاس السيد أندريو (Andrieu) وقد تم وضعه تحت خطة انعاش (plan de redressement) (٤) إلا أن الخطة تم إيقافها عام (١٩٩٤) وتبعاً لذلك عادت الشركة التعاونية الزراعية بدورها الى استقطاع مبالغ القرض من عام (١٩٩١) وحتى عام

1 CA Grenoble, 02.11.1989.

2 Cass. Civ. 1er, 19 mai 1992, Pourvoi n° 90-10.122, Arrêt n° 753.

3 Cass. Com. Formation restreinte, 6 juin 2000, Pourvoi n° 97-13.572, Arrêt n° 1222.

4 Voir pour plus d'informations à la définition de l'article publié de plan de reprise sur le site \ Date de la visite (20/3/2016) 2:30 pm

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/plan-de-redressement.php>

(١٩٩٤) وتوقفت عن دفع الأقساط الشهرية المتفق عليها مع السيد أندريو (Andrieu) ، بيد ان السيد أندريو (Andrieu) قد اعترض على ذلك بحجة ان مبالغ القرض غير معلنة للإجراءات الجماعية (procédure collective) (إجراءات التصفية القضائية)<sup>(١)</sup>، وبالتالي تكون ديون قد تم إطفاءها ، وقد رفضت هذه الحجة محكمة استئناف مونتبيليه (Montpellier) واعتبرت ان اشتراط فائدة على الدفعات المدفوعة مقدماً والمخصصة لضمان استمرار نفاذ التعاقد ليس من شأنه ان يغير من فكرة اقتصاد العقد وان يسمح للسيد أندريو (Andrieu) اعتبار ان الشركة التعاونية الزراعية منحت القرض بتاريخ سابق لمباشرة إجراءات التصفية القضائية وبالتالي قد تم اطفاءه ، كما ان المحكمة استنتجت من تحليل المستندات محل النزاع بان الشركة التعاونية الزراعية لم تمنح أي قرض إلى السيد أندريو (Andrieu)، و إنما هناك مجرد دفع مسبق للمبالغ المستحقة للمحاصيل المقدمة من قبل السيد أندريو (Andrieu) <sup>(٢)</sup> ، وقد قدرت محكمة النقض آنذاك توجه محكمة استئناف مونتبيليه (Montpellier) باستبعاد أي وجود لعقد القرض عند تفسيرها لإرادة الطرفين الصريحة ، ولكن اعتبار إرادة الطرفين الصريحة لم يكن الدافع لهذه المحمة لاتخاذ هكذا قرار، وإنما استندت على العلاقات التعاقدية والتمويلية الموجودة بين أطراف العقد.<sup>(٣)</sup>

ان محكمة النقض باتجاهها المحمود هذا تسلط الضوء على تحليل شامل وملموس للعلاقة التعاقدية بالاستناد إلى فكرة اقتصاد العقد ، وان انتماء شرط ما إلى فكرة اقتصاد العقد ينتج من حيث المبدأ من موقعه في العقد محل التحليل لاسيما عند تحديد محتواه ومحيطه، مثاله الشرط الذي بموجبه يتفق الشاحن والناقل البحري على التسليم بشرط الوضع تحت الروافع (palan livraison sous) والذي يدرج على بوليصة الشحن (connaissance) هو اشتراط يتعلق باقتصاد عقد النقل ويوضح امكانية تحديد مسؤولية الناقل كقاعدة عامة والتخفيف من التزاماته، وفي هذا المجال يمكننا ان نستشهد بأحد قرارات محكمة النقض في قضية عُهد فيها لناقل بحري بحاويات عازلة تحتوي على صناديق سمك وبعد تفريغ هذه الشحنة تم تخزينها على الرصيف ولكن لم يتم ايصالها بنظام التبريد وعند وصول البضاعة إلى

1 Correspond à la procédure de faillite dans la loi irakienne, mais les plus grands.

2 CA Montpellier, 18 septembre 1996.

3 Cass. Com., 6 juin 2000, précité note n° 33.

وجهتها تم اكتشاف أضرار عدم التجميد من قبل المرسل اليه الذي طالب الناقل بتعويض تلك الأضرار إلا ان محكمة استئناف باريس رفضت الاستجابة لهذا الطلب وذلك بسبب وجود شرط التسليم بشرط الوضع تحت الروافع المدرج في بوليصة الشحن الأمر الذي يحد من مسؤولية الناقل عند تفريغ الشحنة من السفينة وقد بادرت محكمة النقض الى تأييد اتجاه محكمة باريس اذ رفضت الطعن المقدم من المرسل اليه وسببت ذلك بان شرط التسليم الذي بموجبه اتفق الشاحن والناقل البحري على وقت التسليم والتسليم بشرط الوضع تحت الروافع والمدرج في بوليصة الشحن هو شرط يتعلق باقتصاد عقد النقل وبالنظر إلى امتداد التزامات الناقل فان مثل هذا الشرط يكون نافذاً في مواجهة المرسل إليه دون الحاجة إلى ان يظهر إرادته بقبول هذا الشرط.<sup>(١)</sup>

ومن المثير للاهتمام ان نلاحظ في هذا المجال بأن اقتصاد العقد يمكن ينظر إليه أيضاً كعنصر من التسلسل الهرمي لمكونات العقد ، كذلك ان الشروط التي تكون جزء من اقتصاد العقد تكون واجبة النفاذ في مواجهة المدين دون الحاجة إلى ان يظهر إرادته بقبول هذه الشروط.<sup>(٢)</sup>

ولقد قيل بحق ان فكرة اقتصاد العقد يجب ان تؤخذ بعين الاعتبار فيما يتعلق بالعقود الملحقة، ومن ذلك ان معرفة اقتصاد عقد القرض قد تكشف بان الضمان في الالتزام بمبلغ محدد بمستند ورد عليه ويخط اليد عبارة ضمان مشترك (bon pour cautionnement solidaire) يشمل سداد أصل القرض وكذلك سداد الفوائد الاتفاقية والفوائد التأخيرية.<sup>(٣)</sup>

ومن حيث المبدأ يجب التأكيد هنا ان الشروط غير الضرورية لتحقيق الهدف التعاقدي الأساسي الذي تم من اجل تحقيقه أبرام العقد يجب ان لا تدخل بالاعتبار في فكرة اقتصاد عقد ما ، ومن تلك الشروط على اختلاف في ذلك<sup>(٤)</sup> الشروط المتعلقة بتسوية

1 Cass. com., 16 janv. 1996, *Servifrais c/ capitaine du navire Monte Servantes* : Bull. civ. IV, n° 21 ; DMF 1996, p. 627, note Ph. Delébecque.

2 Ph. Delebecque, préc note 2.

3 Cass. com., 2 nov. 1993, *Portrait c/ Banque populaire de la région nord de Paris*, pourvoi n° 91-17.283.

4 Cass. 1re civ., 25 nov. 1986, *SIACI c/ Zim Israël Navigation Company* : Bull. civ. I, n° 277 ; Rev. crit. DIP 1987, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD civ. 1987, p. 548, obs. J. Mestre.

النزاعات، وذلك لان عدم إدراجها في العقد لا يؤثر على صحة انعقاده وبلوغ الهدف التعاقدي المنشود.<sup>(١)</sup>

الفرع الثاني: دور فكرة اقتصاد العقد في معالجة غموض او عدم كفاية العقد بتقدير الإرادة الضمنية

ان معالجة العقد في حالة غموضه او عدم كفايته في حالة عدم وجود تعبير صريح عن ارادة اطراف العقد يستلزم من قاضي النزاع البحث مستخدماً فكرة اقتصاد العقد وظروف السبب عن الحل بتقدير الارادة الضمنية او المفترضة لاطراف العقد ومن التطبيقات القضائية الفرنسية التي تظهر ذلك قضية رينيل (Fourrures Renel) وهي واحدة من أهم المراجع لفكرة اقتصاد العقد لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي<sup>(٢)</sup> ، وان القرار الذي صدر في هذه القضية يكرس نظام مزدوج عبارة عن القانون واجب التطبيق على العقود ( في ما يتعلق بتكوينها وشروطها واثارها) وهو الذي يختاره طرفا العقد، وفي حالة عدم الاختيار بعدم وجود تعبير صريح من قبلهم على قاضي الموضوع البحث عن القانون الذي يحكم تلك العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي باستخدام اقتصاد العقد وظروف السبب كما سبق ، وفي حالة سكوت العقد فبدلاً من السعي لإيجاد الإرادة الضمنية أو الافتراضية للمتعاقدين ينبغي تحديد العقد بموضوعية بالرجوع إلى اقتصاد العقد الذي يستبدل المصطلح الضيق لمضمون العقد (termes du contrat) لصالح قانون مكان الانعقاد<sup>(٣)</sup> فيمكن للقاضي طبقاً لمبدأ ملاحظة الحقائق (l'observation des réalités) النظر في عناصر أكثر من تلك التي تدخل في مجال تحليل العقد طبقاً للقانون الداخلي نظراً للطبيعة الدولية للمعاملة.<sup>(٤)</sup>

ان هذا النظام المزدوج لم يعدل عنه القضاء الفرنسي لاحقاً ، ويوجد بشكل ضمني في العديد من الاتفاقات التي تلزم الاخذ به عند الاقتضاء في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف أو في حالة وجود قرائن تدل على ان هناك روابط تربط العقد ببلد أكثر من اخر ، كما ان الفقه الفرنسي كالقضاء الفرنسي بادر الى وضع معايير لفكرة اقتصاد

<sup>1</sup> Ph. Delebecque, op. cit, p. 627.

<sup>2</sup> Cass. 1re civ., 6 juill. 1959, Sté des fourrures Renel c/ Allouche, préc. note (1) et V. également J. Foyer, Le contrat et le conflit de lois, Mélanges Holleaux, p. 103 et s.

<sup>3</sup> H. Batiffol et B. Ancel et Y. Lequette, préc. Note 1.

<sup>4</sup> H. Batiffol, préc. Note 1.

العقد ودورها في معالجة غموض او عدم كفاية العقد بتقدير الإرادة الضمنية ، اذ ان الفقيه الفرنسي هنري باتيفول (Henri Batiffol) في تعليقه على قضية رينيل أكد على الرجوع إلى اقتصاد العقد قبل ان يملأ اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عند عدم وجود الإرادة الصريحة بتقدير الارادة الضمنية ، ويرى ان مصطلح اقتصاد العقد أوسع من مضمون العقد ، كذلك ان اقتصاد العقد يأخذ بالاعتبار جميع عناصر العملية التعاقدية ، وبذلك نستطيع معرفة البيئة الاقتصادية التي تكون فيها العقد<sup>(١)</sup>.

ونعتقد ان من الضروري تسليط الضوء على القضاء الفرنسي اللاحق لقضية رينيل لمعرفة الممارسة العملية المتعلقة بمؤشرات روابط العقد وكيفية الإشارة الى اقتصاد العقد من قبل هذا القضاء ، إذ يمكننا تحديد نوعين من الأدلة التي تقود القضاء في هذا المجال:-

النوع الاول يمكن فيه الرجوع إلى أدلة خاصة مثل الطبيعة القانونية ومحل العقد المتنازع فيه او موقع العقار او موقع المحل التجاري ، فالرابط الذي يربط العقد مع عناصر أخرى يشكل قرائن غالباً ما تكون قاطعة ، وكذلك يمكن الأخذ بعين الاعتبار الجنسية المشتركة للأطراف أو موطنهما المشترك<sup>(٢)</sup> عندما تكون منسجمه مع العناصر الأخرى للعقد ذو الطبيعة الدولية.<sup>(٣)</sup>

إلا أن في معظم الحالات يتم الرجوع الي أدلة أكثر عمومية لتحديد القانون الواجب التطبيق والعامل الأهم هو مكان تنفيذ العقد، فإذا كان هذا المكان يشكل مشكلة فيكون العقد خاضعاً لقانون انعقاده، وبالنظر للقرائن المأخوذ بها من قبل القضاء يظهر بشكل واضح في حالة عدم وجود أرادة صريحة من قبل أطراف العقد فان العقد يوطن بطريقة موضوعية بحتة، وطبقاً لقضية رينيل فان اقتصاد العقد هو الذي يفرض هذا الارتباط ، ونعتقد ان تطبيق طريقة القياس المنطقي يقودنا إلى الاستنتاج بأن اقتصاد العقد هو إشارة موضوعية منفصلة عن إرادة الأطراف، وان هذا الاعتقاد متعلق بالتوجه القضائي الفرنسي الجديد الذي يسمح لنا بالقول بان

<sup>1</sup> H. Batiffol, note sous Cass. Civ., 06. Juillet .1959, *Revue critique de droit international privé*, 1959, p. 712.

<sup>2</sup> Civ. 1ère, 21 novembre 1973, *Bull. civ.*, I, n° 319.

<sup>3</sup> Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 8ème éd., Dalloz, 2004, n°377, p. 494.

كل تقدير كل من المنهجين اللذين تم الاستشهاد بهما هو تقدير مبالغ فيه<sup>(١)</sup>، ونعتقد ان القضاء الفرنسي في قراره في قضية رينيل لم يختلف عن الحلول السابقة ، اذ ان إعطاء الاختصاص للقانون المختار من قبل أطراف العقد لا يقلل من دور إرادتهم ومن ثم اعتبارها مجرد عنصر لتوطين العقد.

كما ان في حالة الاختيار الصريح من قبل المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق ليس من الممكن تطبيق قانون آخر وان كان من شأنه ان يتوافق أكثر مع مركز ثقل العقد (centre de gravité du contrat) او ما يعرف بالعنصر الاساسي في العقد بل على العكس من ذلك نلاحظ ان قرار القضاء الفرنسي في قضية رينيل تميز بالواقعية وذلك لتجاوز المحكمة فيها كون الارادة لم تتدخل صراحة لاختيار القانون الواجب التطبيق واتجهت الى استنتاج الإرادة الباطنة لأطراف العقد ، وهذا هو ديدن القضاء الفرنسي كما يقول احد الفقه في الحالات التي يتجاهل فيها الاطراف تحديد القانون الواجب التطبيق تماما اذ يبادر الى اقرار الارادة الباطنة او افتراضها وذلك بان يرجع بطبيعة الحال إلى الإرادة التي يمكن أن تقاس بإرادة الرجل الحرص (l'homme raisonnable) في الحالات المماثلة تطبيقاً لفكرة اقتصاد العقد<sup>(٢)</sup>.

ونرى ان المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي<sup>(٣)</sup> تصلح اساساً قانونياً يستند اليه القاضي في جميع المجالات باستخلاص أي التزام غير معبر عنه تعبيراً صريحاً من خلال نظرية اقتصاد العقد<sup>(٤)</sup>، ومثالنا على ذلك القضية التي تلخص وقائعها بان السيد والسيدة لوراك (Lorac) قد ابرما مع السيد والسيدة دوترمون (Dautremont) اتفاقاً لنقل ملكية جميع حصصهم في شركتين بمقابل فرنك واحد فقط مع مراعاة ان مثل هذه الاتفاقات لا تعتبر نافذة الا بتحقيق شرط يقضي بان مؤسسة ائتمان المعدات والتي تمارس نشاط أقراض المشاريع الصغيرة والمتوسطة (CEPME) يجب ان تبرأ القائم بنقل ملكية الحصص (البائع) من كفالتهم

<sup>1</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1998, p. 265.

<sup>2</sup> H. Batiffol, *op. cit.*, p. 710.

<sup>3</sup> Article (1135) du code civil français (1804) qui (( Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature)

نصت المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ على ان (( تلزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه فيها )) بل ايضا بجميع النتائج التي يقرها الانصاف او العرف او القانون للالتزام بحسب طبيعته

<sup>4</sup> Cass. com., 10 févr. 1998, d'Erlon immobilier c/ CEPME, pourvoi n° 95-21.631.

اتجاهها ومن ثم ابلغت المؤسسة (المشتريين) بموافقتها على الاتفاق بشرط ان يقوم البائع والشركات التي كانت تتمتع بحق الإدارة باستبدال الكفالة الحالية القائمة لاختلاف شخص المكفول إلا ان السيد دوترمون (Dautremont) لم يستدع مجلس الإدارة وذلك لان الكفالة المطلوبة لا يمكن التعهد بها الى المؤسسة اعلاه ومن ثم ان العقد قد استحال تطبيقه ومحكوم بالانقضاء، وبالتالي باذر السيد والسيدة لوراك (Lorac) الى أعذار السيد دوترمون (Dautremont) للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابهم جراء انقضاء عقد ، وقد حكمت محكمة استئناف ريمس (Reims) بالاستجابة لطلب التعويض من قبل السيد والسيدة لوراك (Lorac)<sup>(١)</sup> واعتبرت ان انقضاء هذا العقد كان بسبب خطأ السيد دوترمون (Dautremont) الذي تصرف بسوء نية في تنفيذ التزاماته ، إلا ان السيد دوترمون (Dautremont) بدوره طعن في القرار لدى محكمة النقض بحجة انه لم يكن عليه اي التزام يكامل اي إجراء من شأنه نقل الكفالة التي علق عليها الاتفاق محل النزاع، وان محكمة استئناف ريمس (Reims) خالفت في حكمها نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup>، الا ان محكمة النقض رفضت طعن السيد دوترمون (Dautremont) وايدت الحكم الصادر من محكمة استئناف ريمس (Reims) حيث وجدت بان الاتفاق وان كان لا يلقي اي التزام على عاتق السيد دوترمون (Dautremont) من شأنه الالتزام باستبدال الكفالات والمطلوبة من قبل المؤسسة اعلاه إلا ان هذا الاتفاق وطبقاً لفكرة اقتصاد العقد يسمح له باكتساب ملكية اصول الطرف الاخر من الاتفاق بسعر رمزي قدره فرنك فرنسي واحد لكل منهما وبالتالي كان عليه التزام خاص بوضعهم في حالة تسمح بوضع الاتفاق موضع التطبيق.

أن الملاحظ هنا ومما يثير الاعجاب حقاً بأن محكمة النقض بالاستناد إلى فكرة اقتصاد العقد فرضت على احد الأطراف التزام لم يكن متفقاً عليه صراحةً عند التعاقد ، ومن ثم تظهر سلطة قاضي الموضوع في توسيع محتوى العقد بالاستخدام المباشر لفكرة اقتصاد العقد،

<sup>1</sup> CA Reims, 11 October 1995.

<sup>2</sup> Article (1134) du code civil français (1804) qui (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi)

نصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ على ان (( تقوم الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة الى من ابرموها ولايمكن الرجوع عنها الا برضاها المتبادل او لاسباب التي يجيزها القانون )).

على ان لهذه السلطة بطبيعة الحال حدود فقاضي الموضوع لا يستطيع النذرع باي حجة كانت كأن تكون لاتستند الى صحيح الواقع والقانون وألصاقها عبر فكرة اقتصاد العقد لالزام احد اطراف العلاقة القانونية محل النزاع بالتزام لم يكن متفقاً عليه صراحة اذ عليه تسبب ذلك<sup>(١)</sup>، ومن ذلك ان القاضي لا يستطيع عدم الاستجابة لطلب سداد الفاتورة بمجرد دفع الزبون بان سبب قائمة الحساب لاتدعمه فكرة اقتصاد العقد<sup>(٢)</sup>، ويستثنى مما سبق اشتراط الاطراف وتوافقهم على عدم تعديل اقتصاد العقد باستبدال الالتزامات التعاقدية المتفق عليها صراحة بالتزامات جديدة لم يكن متفقاً عليه صراحة ولا تتناسب مع النية المشتركة للطرفين<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثاني: دور فكرة اقتصاد العقد في تحديد مصير العقد

ان تطبيق كل من المادتين (١١٣٤) و(١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي (٤) لا ينبغي ان يؤدي إلى فسخ العقد إلا بسبب عدم تنفيذ احد الاطراف التزام او اكثر من التزاماته التعاقدية وبمعزل عن تعديل فكرة اقتصاد العقد للعقد المطلوب فسخه لوقوع الاخلال به، بحيث يتوجب عدم القول بفسخ العقد اذا اقتصر التعديل على اقتصاد العقد ودون أن يخل

<sup>1</sup> Cass. 3e civ., 4 oct. 1989, Carruggi c/ Carlotti, pourvoi n° 87-20.283.

<sup>2</sup> Cass. 3e civ., 12 oct. 1994, Mazzacane c/ SCI Océan et Forêt, pourvoi n° 92-15.915.

<sup>3</sup> CA Paris, 1re ch. C, 4 nov. 1997, Sté Taurus films c/ SARL Les films du jeudi : Rev. arb. 1998, p. 704, obs. Y.D.

<sup>4</sup>Article (1184) du code civil français (1804) qui (La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.)

نصت المادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ على ان (( يعتبر الشرط الملغى مفترضاً على الدوام في العقود المتبادلة وذلك في الحالة التي يتمتع فيها احد الطرفين عن تنفيذ تعهده. في هذه الحالة لايلغى العقد حكماً انما يعود للطرف الذي لم ينفذ حياله التعهد ان يختار اما ارغام الطرف الاخر على تنفيذ الاتفاق عندما يكون التنفيذ ممكناً او طلب الغاء مع التعويض عن العطل والضرر ويجب ان يُطلب الالغاء من القضاء ويجوز ان يمنح المدعى عليه مهلة تبعاً للظروف)).

احد الأطراف بالتزامه ، ولكن القضاء الفرنسي أكثر دقة في تقرير ذلك ففي عدد من الأحكام القضائية المهمة يرى بان اختلال اقتصاد العقد له دور استثنائي في مرحلة التنفيذ ، وكذلك استحالة تحقيق الهدف الأساسي من العقد يسبب في بعض الأحيان انحلال العقد وأيضاً لتلك المسائل نخصص لكل منها مطلباً مستقلاً.

### المطلب الأول: دور اختلال اقتصاد العقد على تنفيذه

ان المتتبع لقرارات القضاء الفرنسي الذي أظهر دور اختلال اقتصاد العقد على تنفيذه يلاحظ ان ميز بين اختلال او اعتلال اقتصاد عقد ما قد والذي يكون ناتجاً عن فعل احد المتعاقدين عن اختلاله او اعتلاله الذي يكون ناتجاً عن فعل الغير او الوقائع المادية التي لا يد لاحد ما فيها ، وبذلك التمييز اصبح لازماً بحث دور اختلال اقتصاد العقد على تنفيذه بحسبما كان هذا الاختلال ناتجاً عن فعل احد المتعاقدين وهو ماستتناوله في المطلب الاول وبشكل مستقل عن دور هذا الاعتلال اذا كان ناتجاً عن فعل الغير او الوقائع المادية التي لا يد لاحد ما فيها وذلك ماسنكشف عنه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: دور اختلال اقتصاد العقد بفعل احد المتعاقدين على تنفيذه

ان محكمة النقض الفرنسية اقامت لمبدأ مهم ينصرف الى عدم جواز المساس او الاختلال باقتصاد عقد ما بفعل احد المتعاقدين اذ أكدت على انه لا يجوز لأي طرف من الأطراف تعديل اقتصاد العقد دون موافقة الطرف الآخر<sup>(١)</sup> ، ويترتب على ذلك انه لا يمكن لأحد أطراف العقد ان يقرر بارادته المنفردة الامتناع عن تنفيذ احد التزاماته بذريعة تخليه في الوقت نفسه عن بعض حقوقه التعاقدية وبالتالي ان المتعاقد الآخر لا يصيبه أية أضرار<sup>(٢)</sup> ، ومن ذلك رفض القضاء الفرنسي حوالة الإيجار الزراعي من أم (شريك بالإيجار) إلى ابنها (شريك بالإيجار أيضاً) لان المؤجر كان له مصلحة مشروعة وان اقتصاد العقد الممنوح إلى شركاء في عقد الإيجار (الام والابن) يجب ان لا يتم الاختلال به.<sup>(٣)</sup>

<sup>١</sup> Cass. com., 3 janv. 1996, Castel grill c/ Free Time, pourvoi n° 94-12.314 : RTD civ. 1996, p. 901, obs. J. Mestre ; RJDA 1996, n° 490, p. 353.-Cass. 3e civ., 17 nov. 1998, Pullman et Accor c/ Choc Bay Park Ltd, pourvoi n° 97-11.969.

<sup>٢</sup> Ibidem.

<sup>٣</sup> Cass. 3e civ., 6 déc. 1995, Acquaviva c/ Francheschini : Bull. civ. III, n° 250 ; RTD civ. 1996, p. 901, obs. J. Mestre.

ولكن هذا المبدأ قد ترد عليه بعض الاستثناءات مثالها عندما يسمح القانون للقاضي بنقض رفض الطرف المتعاقد لتعديل العقد الذي تم من قبل المتعاقد الآخر لمصلحة مشروعة ، ويجب والحالة هذه ان يتم تقدير هذا الاستثناء بدقة متناهية بحيث لا يمس المبدأ من حيث الاساس ، ومن ذلك إن السوق بسعر ثابت (marché à forfait) <sup>(١)</sup> يعد أحد المجالات التي يجوز القانون فيها الإخلال باقتصاد العقد من قبل أحد المتعاقدين وقد نظم آثاره بموجب المادة (١٧٩٣) من القانون المدني الفرنسي <sup>(٢)</sup> فعندما يبرم رب العمل عقد بسعر ثابت مع مهندس معماري أو مقاول لتشييد مبنى فإن العمل الإضافي الذي لم يتم الاتفاق عليه كتابةً مسبقاً أو لم يتم قبوله أثناء التنفيذ لا يدفع عنه أي اجر <sup>(٣)</sup> ، إلا ان الحكم يختلف عن ذلك إذا كان العمل الإضافي يشكل إخلال في اقتصاد العقد (bouleversement de l'économie du contrat)، مما يؤدي إلى ان يفقد العقد بسعر ثابت طبيعته الامر الذي يلزم عدم تطبيق أحكام المادة (١٧٩٣) من القانون المدني الفرنسي. <sup>(٤)</sup>

1 Il est intéressant de noter que le contrat à un prix fixe est pas le contrat lui-même spécifié Pay hasard prévue à l'article 877 de la loi civile irakienne, des décennies de construction traitance et la construction de la rémunération fixe (selon le terme utilisateur français) sont des contrats dans lesquels les parties sont d'accord pour faire la mise en œuvre de l'entrepreneur de travaux sous contrat en échange d'une redevance fixe, qui ne varie pas par le coût de la mise en œuvre de l'entreprise que de l'entrepreneur, si cela était un salaire difficile estimé au hasard ou à estimer dans le cadre du test est basé sur le prix unitaire, en tenant compte du fait que le coût du changement est destiné ici changer le coût réel de la mise en œuvre en raison de la précision de l'entrepreneur ou le manque d'expérience ou de son erreur lors de l'estimation des salaires, et aucun changement dans les prix des matières premières et des coûts de main-d'œuvre.

<sup>2</sup> Article (1793) du code civil français (1804) qui (Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire)

نصت المادة (١٧٩٣) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ على انه ((عندما يتعهد مهندس معماري أو مقاول بتشييد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض لا يجوز له ان يطالب باية زيادة في الثمن سواء كان بحجة زيادة اليد العاملة أو المواد ام بحجة التغييرات أو الزيادات التي أجريت على التصميم ان لم تكن هذه التغييرات والزيادات قد أجازت خطياً وان لم يتم الاتفاق على الثمن مع المالك)).

<sup>3</sup> Cass. 3e civ., 9 févr. 2000, Solétanche c/ Cité mondiale du vin et des spiritueux, pourvoi n° 98-16.825 ; - 20 janv. 1999, Imhotep c/ Christol : Bull. civ. III, n° 16 ; - 6 juill. 1994, Jourdain c/ Gomez, n° 92-15.400 ; - 4 nov. 1993, Clinique du parc c/ Le profil acier menuisé, pourvoi n° 91-16.196 ; - 26 mai 1993, Ouvrier c/ Alexander, pourvoi n° 91-13.630 ; - 5 mai 1975, Baticlair c/ Tassoni : Bull. civ. III, n° 154.

<sup>4</sup> Cass. 3e civ., 28 févr. 1996, Promo Grange c/ Abela, pourvoi n° 94-15.561 ; - 4 mai 1995, Vinet-Bidan c/ Charrier, pourvoi n° 93-14.050 ; - 18 juin 1986, SCIC Résidence 46, bd Maillot-le-Bois c/ Parisienne de serrurerie, pourvoi n° 83-12.669.

ان هذا الاختلال في اقتصاد العقد كما ترى احد المحاكم الفرنسية يمكن الكشف عنه عن طريق حجم الأعمال الإضافية وقيمتها (١) وقد ينتج من أنشاء موجودات استثنائية (٢)، أو من ما يطلبه رب العمل من مباني مكتملة عوضاً عن المباني المتفق عليها أصلاً (٣)، وتأكيداً لذلك وافقت محكمة النقض الفرنسية محكمة الاستئناف التي أجازت دفع الأعمال الإضافية للمقاول على أساس ان أصل العقد بسعر ثابت قد تم تعديله بشكل كبير في عناصره الأساسية وطبيعته واتساق العمل المراد تنفيذه والضمن والمخططات الأساسية فضلاً عن أحكام المواصفات العامة ووصف النظام الإنشائي قد تم تعديلها بناءً على طلب رب العمل مما أدى إلى زيادة عدد الشقق المتعاقد عليهم من ثلاثة إلى إحدى عشر وكان البعض منها قد تم الانتهاء من بناءه مما أدى الى ارتفاع مبلغ العقد الكلي من ثمانية ملايين فرنك إلى أكثر من أربعة عشر مليون فرنكاً. (٤)

ان المحكمة العليا في فرنسا كذلك اخذت بإمكانية قبول التعديل على اقتصاد العقد من احد اطراف العقد في حالة ان هناك عدة تعديلات قد أجريت على العقود الأصلية ومن ذلك تقريرها ان المخططات الأصلية والمواصفات الملحقة للعقد قد تم الإخلال بها وبالتالي من الطبيعي ان حجم وطبيعة الخدمات التي يقدمها كل مقاول قد تم تعديلها بشكل كبير أثناء تنفيذ العمل وأن هذه التعديلات أجريت بناءً على طلب رب العمل ومن ثم لامناص من تحميله قيمتها. (٥)

ونعتقد ان السؤال هنا هل يلزم تحقق افعال متتابعة من احد اطراف العقد حتى يتحقق الإخلال باقتصاده، ام يكفي حدوث فعل واحد من احد المتعاقدين لقيام اختلال اقتصاد العقد؟ وهل تكفي الكلفة المالية للأعمال الإضافية لوحدها لنهوض اختلال اقتصاد العقد؟ ان محكمة النقض الفرنسية كانت مرتبكة وغير مرجحة لموقف ما في الاجابة عن التساؤل الاخير، اذ نرى انها قد رفضت الحكم بقيام اختلال اقتصاد العقد لان تكلفة الأعمال

<sup>1</sup> Cass. 3e civ., 12 mars 1997, CGTIE c/ COGEMA : Bull. civ. III, n° 54 ; - 18 juin 1986, pourvoi n° 83-12.669.

<sup>2</sup> Cass. 3e civ., 14 févr. 1996, SOREA c/ Le nouveau logis, pourvoi n° 93-20.699.

<sup>3</sup> Cass. 3e civ., 18 juin 1986, pourvoi n° 83-12.669.

<sup>4</sup> Civ. 3e , 18 juin 1986, préc note 63.

<sup>5</sup> Cass. 3e civ., 8 mars 1995, no 93-13.659, RD imm.

الإضافية بلغت خمسة عشر ألف فرنك مقابل مجموع كلي لعقد بسعر ثابت يقدر بثلاثة ملايين فرنك<sup>(١)</sup>، وذلك لان علة التشريع للمادة (١٧٩٣) من القانون المدني الفرنسي نفسها تقضي بان هذا عبء تلك التكلفة الإضافية المنخفضة يقع على عاتق المفاوض، في حين انها (محكمة النقض الفرنسية) نقضت قرار محكمة الاستئناف بالاستناد على ان قرار هذه الأخيرة لم يكن له أساس قانوني طبقاً للمادتين (١١٣٤) و(١٧٩٣) من القانون المدني الفرنسي حيث ان محكمة الاستئناف ركزت على قيمة التغيرات التي طرأت على مسار تنفيذ العقد والتي ظهر أنها تمثل (٢٠٪) من مجموع العمل دون البحث فيما إذا كان هناك وجوداً لاختلال اقتصاد العقد ام لم يوجد<sup>(٢)</sup> وفي قرار آخر ان المحكمة العليا الفرنسية قد نقضت قرار محكمة الاستئناف التي اعتبرت بان مجاوزة (٢٦,٥٪) من الأعمال الإضافية يشكل تعديلاً جوهرياً في مبلغ العقد وان محكمة النقض اثبتت بان محكمة الاستئناف لم تبحث فيما إذا كانت هذه التعديلات يمكن تكييفها باختلال اقتصاد العقد من عدمه.<sup>(٣)</sup>

ان المحكمة العليا كما يظهر لأول وهلة قد تدخلت لعدم وجود أساس قانوني للحكم الصادر وهذا لا يعني أنها تستبعد اختلال العقد ، وبناءً على ذلك يجب على محكمة الاستئناف ان تثبت بان مجرد وجود تكلفة إضافية رغم أهميتها ليست كافية بالنسبة للمحكمة العليا لتكييف اختلال اقتصاد العقد ، إلا ان هذا الاستنتاج لا يمكن الاخذ به لانه مخالف لاتجاه محكمة النقض والمحكمة العليا الفرنسيتان ففي احد قرارات محكمة النقض الصادر بتاريخ (١٩٩٧/٣/١٢) اتجهت الى نقض القرار الاستئنافي الذي استند على ان مضاعفة حجم العمل يشكل اختلال في اقتصاد العقد<sup>(٤)</sup>، وكذلك ان المحكمة العليا قد نقضت قرار لمحكمة الاستئناف التي قضت بان التعديلات بالرغم من كونها متعددة لكنها طفيفة وليس من شأنها ان تؤدي إلى تحقيق أعمال تختلف جوهرياً عن المخطط الأساسي وبالتالي لا يمكن ان تسبب اختلال في اقتصاد العقد<sup>(٥)</sup>.

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 26 mars 1997, Pourvoi n° 95-16.290, Arrêt n° 559.

<sup>2</sup> Civ. 3<sup>e</sup> civ, 4 mai 1995. Pourvoi n° 93-14.050. Arrêt n° 872.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 20 janvier 1999, Bull. civ. III, n° 16, p. 11.

<sup>4</sup> Cass. 3<sup>e</sup>, 12 mars 1997, préc note 62.

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 11 octobre 2000., pourvoi n° 97-22.253. arrêt n° 1397.

ونعتقد ان اتجاه محكمة النقض الفرنسية في تقرير جواز اختلال اقتصاد العقد بفعل احد المتعاقدين في عقد الانشاء بسعر ثابت أستند الى اهمية الاعمال الاضافية من حيث قيمتها المالية بالنسبة للمبلغ الكلي في العقد المذكور ، ويظهر ذلك من المقارنة بين القرارين السابقين اللذين رفضت فيهما ألزام رب العمل بدفع تكلفة الأعمال الإضافية الى المقاول يلاحظ ان كلفة الاعمال الاضافية تراوحت بين (٢٠٪) الى (٢٦٪) من إجمالي العقد من جهة وبين القرارين اللذين لم تجز فيهما اختلال اقتصاد العقد بفعل احد المتعاقدين في عقد الانشاء بسعر ثابت فالظاهر ان كلفة الأعمال الإضافية تراوحت بين (٤٠٪) الى (٦٠٪) من إجمال العقد من جهة أخرى.

ولقد ظهر ايضاً ان محكمة النقض الفرنسية تتجه في أبرز دور غير مباشر لاختلال العقد الناتج عن فعل احد المتعاقدين على تنفيذه في مجالات أخرى غير ما ذكر سابقاً بشكل يسمح بالقول ان اختلال اقتصاد العقد لا ينتج اثر مباشر على تنفيذ العقد بل ينتج أثر غير مباشر يسمح بتسليط الضوء على الطبيعة القانونية لتلك الآثار ، ففي قرار لهذه المحكمة وافقت فيه محكمة الاستئناف في اتجاهها المتضمن اعتبار أجازة الإيجار من الباطن ميزه كبيرة بالنسبة للمستأجر من الباطن (المستأجر الثاني المحتمل) وان هذه الميزة التي تمثل تعديلاً لاقتصاد العقد تبرر تجاوز الحد الأقصى للأجرة في حالة تجديد الإيجار (١) ، كما انها تقول بان تعديل اقتصاد عقد رئيسي يمكن ان ينتج عنه تعديلاً وتجديداً لمحلله أو لاطرافه بتغيير المدين مما يؤدي إلى انقضاء ألزام المدين السابق (المدين قبل تجديد الاطراف بتغيير المدين) بتقديم كفالة ضامنة أذ يتحول هذا الالتزام للمدين الحالي (المدين بعد تجديد الاطراف بتغيير المدين). (٢)

الفرع الثاني: دور اختلال اقتصاد العقد بفعل حوادث خارجية على تنفيذه

إن محكمة النقض الفرنسية لم تعطٍ لقاضي الموضوع السلطة في الاستناد الى فكرة اقتصاد العقد في معالجة الحادث الخارجي عن طريق تعديل اختلال اقتصاد العقد الناتج عن حادث خارجي ، ويتأكد هذا الاتجاه لمحكمة النقض الفرنسية من خلال الاطلاع على

<sup>1</sup> Cass. 3e civ., 16 déc. 1992, General discount alimentaire c/ Bourichon, pourvoi n° 90-14.010.

<sup>2</sup> Cass. 1re civ., 25 mai 1992, Ville de Darnétal c/ Avenue banque, pourvoi n° 90-16.290, a contrario.

التطبيقات القضائية ومن بينها القضية التي عُرفت بقضية هوارد (Huard) والتي تعلقت بعقد توزيع للمنتجات البترولية أبرم لمدة خمس عشرة سنة بين شركة بريتش بتروليوم (BP) ومراب لتصلح السيارات اتجهت محكمة النقض الى تقرير حكم محكمة الاستئناف في إلزام شركة بريتش بتروليوم (BP) بتعويض مالك مرآب السيارات بالرغم من ان الشركة قد نفذت بشكل دقيق ألتزاماتها التعاقدية وتلخصت وقائع القضية بان مالك مرآب السيارات كان ملزماً بموجب هذا العقد بشراء كمية من الوقود بسعر معين من شركة بريتش بتروليوم (BP) ليقوم ببيعه بدوره وبالمقابل تلزم شركة بريتش بتروليوم (BP) بإتاحة مجموعة من معدات التوزيع لمالك مرآب السيارات ومنحه قرض يسدد على شكل اقساط خلال مدة تنفيذ العقد (عقد توزيع المنتجات البترولية)، ولم يستمر الحال هكذا لمدة العقد إذ ان الحكومة الفرنسية آنذاك قامت باتاحة المجال امام الموزعين بتحديد اسعار الوقود بحرية ووفقاً لمتطلبات التنافس بين الموزعين مما خلق ظروف طارئة امام مالك مرآب السيارات جعلت من المرهق عليه الاستمرار بتنفيذ عقده مع شركة بريتش بتروليوم (BP) بالاسعار المتفق عليها ، خصوصاً وان موزع آخر للوقود بالقرب من مكان مرآب السيارات قد بدأ ببيع نفس الوقود وبسعر اقل من اسعاره ، ولمعالجة الامر بادرت شركة بريتش بتروليوم (BP) الى العرض على مالك مرآب السيارات ليصبح وسيطاً ومن ثم يلزم ببيع الوقود بالسعر الذي تحدده الشركة إلا أنه رفض هذا العرض لتمسكه بتحديد أسعاره بكل حرية وقد رفضت الشركة بدورها ذلك ، مما ادى به للجوء للقضاء للمطالبة بتعويض الأضرار التي أصابته جراء عدم سماح الشركة له ببيع الوقود بأسعار تنافسية ، وقد قررت محكمة النقض تأييد قرار محكمة الاستئناف الذي ألزم شركة بريتش بتروليوم (BP) بتعويض مالك مرآب السيارات لان الشركة لم تفي بالتزاماتها بحسن نية من خلال عدم السماح لمالك مرآب السيارات ببيع الوقود بأسعار تنافسية ، وكذلك القضية التي كان قد حصل فيها وكيل تجاري على عدة وكالات تجارية خاصة للتوزيع في الدول المطلة على المحيط الهندي من شركات لانتاج وتصنيع المواد الغذائية لكنه واجه منافسة شديدة من بعض المستوردين لتلك للمنتجات والسلع الغذائية والتي يتم توزيعها في فرنسا ، وبدأ ببيع المنتجات والسلع الغذائية بأسعار اقل من التي تم عرضها من قبل الوكيل التجاري على الموزعين في فرنسا ، ومن ثم لجأ الوكيل التجاري للقضاء لطلب فسخ الوكالات التجارية الخاصة المشار اليها سابقاً مع التعويض

عن الاضرار التي اصابته نتيجة لطرح تلك المنتجات والسلع الغذائية عن طريق المستوردين في فرنسا بسعر اقل من الاسعار التي عرضت من جانبه ، إلا ان دعواه قد ردت لان قاضي الموضوع تحقق من عدم وجود خطأ في جانب الموكلين (شركات انتاج وتصنيع المواد الغذائية)، اذ انهم (الموكلين) لم يكن لديهم أي التزام بالتدخل في علاقات المنافسة الحرة بين وكيلهم التجاري والمستوردين المماثلين في فرنسا ، بيد ان محكمة النقض الفرنسية نقضت بحق القرار الصادر من قاضي الموضوع بالاستناد على المادة (٤) من قانون التجارة الفرنسي الصادر لسنة ١٩٩١ المعدل بالأمر رقم (٢٠٠٠-٩١٨) في ١٨/٩/٢٠٠٠ ، التي تلزم الموكلين (شركات انتاج وتصنيع المواد الغذائية) الاستعلاء عن الصعوبات التي يمكن ان يواجهها وكيلهم التجاري والبحث فيما إذا كان عقود وكالاته التجارية تتضمن شروطاً تسمح له بفرض أسعار تنافسية قريبة من الوكالات التجارية المنافسة له ولنفس المنتج ، ولذلك لا يعد كافياً الالتزام بالشروط التعاقدية للتخلص من مسؤوليتهم تجاه الوكيل التجاري ، ومن ذلك ايضاً ألزام الموكلين بقبول تعديل شروط الوكالة لوكيلهم التجاري اذا اصبحت تلك الشروط المتفق عليها أصلاً بين الموكل ووكيله لا تتناسب والمنافسة بين الوكلاء التجاريين في حالة تحقق ظروف طارئة جديدة وذلك ليظل هذا الوكيل التجاري قادراً على المنافسة.<sup>(١)</sup>

ويحق لنا التساؤل هل يمكن تفسير اتجاه محكمة النقض الفرنسية في التطبيقين السابقين على انها تفتح الطريق أمام تدخل محكمة النزاع (قاضي الموضوع ) وتعديله للعقد في ظل الحوادث الخارجية (الظروف الطارئة)؟

ونعتقد ان التفسير المعبر عنه بالتساؤل لا يمكن الركون إليه في التطبيقين القضائيين السابقين وذلك للأسباب الآتية:

١. ان اي قرار من هذين القرارين لم يكرس مبدأ تدخل قاضي الموضوع وتعديله للعقد في ظل الظروف الطارئة، إذ ان القاضي لم يعدل العقد المتفق عليه من قبل أطراف العقد، فقد رأينا في الحالتين المذكورتين سابقاً ان محكمة النقض الفرنسية قد قضت بتعويض الأضرار فقط ولم تتدخل بتعديل العقد محل النزاع ، وقد يتصور البعض ان

<sup>1</sup> Cass. com., 24 novembre 1998, *Defrénois* 1999, p.371, obs. D. Mazeaud ; *JCP*, 1999.I.143, note Jamin ; *JCP* 1999.II.10210, note Picod.

أتجاه محمة النقص الفرنسية في تقرير أُلزام المتعاقد الذي تمسك بالتزاماته التعاقدية بالتعويض يمثل سماحاً منها في تدخل قاضي الموضوع بالتزامات الناتجة عن العقد وذلك باضافة ألتزام الى العقد لم يكن قد نص عليه سابقاً وافترض ان هذا المتعاقد قد أخل به ومن ثم يلزم بالتعويض للمتعاقد الآخر ، ولكن هذا التصوير غير دقيق بحسب اعتقادنا لأن هذه القرارات القضائية جاءت لتلقي الضوء على عدم امكانية رفض المتعاقد لإعادة التفاوض في حالة حدوث تغييرات مهمة للظروف المحيطة بإبرام العقد وليست مقررة لتعديل العقد بسبب الحوادث الخارجية (الظروف الطارئة).

٢. ان العقد محل النزاع في التطبيق القضائي الثاني ( قضية الوكالة التجارية لشركات انتاج وتصنيع المواد الغذائية) هو عقد وكالة تجارية ويوجد بهذا العقد في القانون الفرنسي التزام بتنفيذ العقد بحسن النية والثقة المتبادلة بين الاطراف (الموكلين والوكيل التجاري) طبقاً لاحكام الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي، ومحكمة النقص الفرنسية في هذه الحالة لا تطبق أحكام النظرية العامة للوكالة التجارية بل أحكام عقد وكالة المصلحة المشتركة ( Le mandat d'intérêt commun)<sup>(١)</sup>، ولكنها مع ذلك ألمعت بالالتزام بحسن نية والثقة المتبادلة بين الاطراف وفقاً للمبادئ العامة في القانون المدني الفرنسي واشارت في ذلك الى الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي في حيثيات قرارها. <sup>(٢)</sup>

ونعتقد برجاحة الرأي الذي يحلل هذه القضية ويقول إذا لم نقبل بتكييف هذا العقد من قبل محكمة النقص الفرنسية بانه وكالة مصلحة مشتركة فأن الواقع يقول بان أطراف العقد تتقاسم مصلحة مشتركة تتمثل في زيادة المستهلكين للمنتوجات والسلع الغذائية ، وفي الوقت نفسه ان غاية احد المتعاقدين هو جذب العملاء بصورة دائمة والحفاظ عليهم لاستمرار عمله (الوكيل التجاري) ، في حين ان هدف المتعاقد الآخر

<sup>1</sup> Dans cette étude, publiée sur le site/ Date de la visite (17/4/2016) 6:30 pm

<http://www.village-justice.com/articles/Contrat-agent-commercial,20562.html>

<sup>2</sup> Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444, JurisData n° 2007-037690 ; Cass. com., 8 juill. 2008, no 07-12.759 ; Cass. com., 24 nov. 2009, no 08-19.596 ; Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-15.935, JurisData n° 2000-000750.

يكن في ضمان أفضل تسويق ممكن لمنتجاته (الموكلين) <sup>(١)</sup> ، ونعتقد أيضاً ان نطاق الالتزام بحسن النية في هذا العقد اوسع من نطاق الالتزام بحسن النية الذي تتطلبه الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، وهذا النطاق الواسع وان لا تستجيب لها بشكل كامل الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي إلا ان هناك اتجاه قضائي في فرنسا لتقريره في بعض العقود <sup>(٢)</sup>.

٣. ان القرارات التي بينها أعلاه قد أُخذت من قبل الدائرة التجارية لمحكمة النقض التي لها نظرة مختلفة للعقد مستوحاة من طبيعة النزاعات المعروضة أمامها ، وهذا يعني ان الجانب الاقتصادي للعلاقات التعاقدية كان له الدور الأكبر لإيجاد حلول للنزاعات المعروضة أمامها ، ومما لا يقبل الشك ان الدائرة المدنية لمحكمة النقض قد لا تأخذ بمثل هذه الاعتبارات (تأثير الجانب الاقتصادي على التزامات الاطراف) وبالتالي تتمسك بتنفيذ كل طرف من اطراف العقد لالتزاماته التعاقدية وهو مطابق كما نعتقد بالنتيجة التي توحد اتجاه القضاء الفرنسي الرافض لندخل قاضي الموضوع في العقد تعديلاً ومراجعةً في نطاق آثار تحقق الحوادث الخارجية (الظروف الطارئة).

المطلب الثاني: دور فكرة اقتصاد العقد في حالة استحالة بلوغ الهدف الأساسي للعقد

ان التطبيقات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية اظهرت للباحث دور استثنائي لفكرة اقتصاد العقد في حالة استحالة الوصول للهدف الاساسي الذي تم من أجله التعاقد ، اذ انها تأخذ أحيانا بعين الاعتبار فكرة اقتصاد العقد عند تحقق الاستحالة المذكورة للسماح للقاضي بفسخ العقد، أو لاستخلاص النتائج من دور فكرة اقتصاد العقد بالمقارنة مع مبدأ تجزئة العقد، واتماماً لايضاح هذا الدور نخصص لكل مما سبق فرعاً مستقلاً.

<sup>1</sup> Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P 1988, I, 3318, n° 1.

<sup>2</sup> Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241, JurisData 1996-003972 ; JCP G 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; D. 1996. 518, note Ph. Malaurie.

## الفرع الأول: دور فكرة اقتصاد العقد بفسخ العقد قضائياً في حالة عدم تحقق الهدف الاساسي من العقد

ان القضاء الفرنسي يقوم بالتأكد بطريقة واقعية من الالتزامات المنصوص عليها في العقد من أجل التحقق من بلوغ الهدف الرئيسي الذي من اجله تم إبرام العقد ومن ثم الحكم حسب الحالة بفسخ العقد من عدمه، ولعل المتتبع لقرارات محكمة النقض الفرنسية يلاحظ انها وصلت الى ماسبق بيانه عبر انتهاج منهج تقليدي في تحليل الوقائع تارة وكذلك باعتماد تحليل مبتكر للوقائع تارة أخرى وهو اتجاه يشر الاعجاب ، ومن ذلك قرار تلك المحكمة بفسخ عقد امتياز بعد ان ثبت لها عدم تنفيذ مانح الامتياز التزامه قبل التعاقد (précontractuelle) بالدراسة والاستعلام (étude et renseignement) في قضية تلخصت وقائعها بان الدراسة المقدمة من قبل مانح الامتياز إلى أصحاب الامتياز تحتوي على معلومات غير دقيقة وتوقعات أرباح خيالية تتجاوز نسبة (٤٠٪) من الارباح التي تم تحقيقها في الواقع كما ان الدراسة المعدة من قبل مانح الامتياز لم تتضمن الاشارة الى وجود متجر كبير بالقرب من موقع الإنتاج.(١)

وكذلك قرارها عام (١٩٩٨) في قضية دارت حول عقد أيجار استثماري أبرم بين شركة بولمان (Pullman) مع مع احد الشركات الفرعية التابعة لها وهي شركة شوك بيه (Choc Bay) نص على ان الأجرة تتألف من جزء ثابت وجزء متغير يستند على أساس الارباح المتحققة عن هذا العقد ، وعند تقديم الحسابات المؤقتة من الشركة الفرعية التابعة لها (شركة شوك بيه (Choc Bay)) لاحظت شركة بولمان (Pullman) (المؤجر) ان هذه الحسابات غير دقيقة ومن ثم لجأت الى محكمة استئناف باريس وطلبت فسخ عقد الايجار بسبب خطأ الشركة الفرعية التابعة لها (شركة شوك بيه (Choc Bay)) (المستأجر) وقد استجابت هذه المحكمة لطلب الفسخ وذكرت في حيثيات قرارها بانه وان كان تقديم الحسابات المؤقتة بشكل دقيق لشركة بولمان (Pullman) (المؤجر) ليس بالتزام على الشركة الفرعية التابعة لها (شركة شوك بيه (Choc Bay)) (المستأجر) بموجب عقد الايجار المطلوب فسخه الا انه (التزام تقديم

<sup>1</sup> Cass. com., 24 févr. 1998, Prodim c/ Lebourgeois, pourvoi n° 95-20.438.

الحسابات الدقيقة ) يشكل عنصراً من العناصر الأساسية التي أستند إليها الاطراف لغرض ابرام العقد وان هناك اختلال في اقتصاد العقد محل النزاع يجيز الفسخ(١)، في حين ان محكمة النقض اعتمدت تحليل مبتكر لوقائع هذه القضية وأيدت حكم محكمة استئناف باريس من حيث النتيجة بان تقديم الحسابات المؤقتة غير الدقيقة أدى إلى اختلال اقتصاد العقد المفضي للفسخ القضائي ، ولكنها عدت الالتزام بتقديم تلك الحسابات متعلقاً بأحساب الأجرة وبالتالي لايعتبر عنصراً أساسياً بشكل مباشر بل عنصراً أساسياً بشكل غير مباشر تبعاً لتعلقه بعنصر اساسي من عناصر العقد محل النزاع(٢).

وفي قضية أخرى أخلت فيها السيدة دوبريس (Daubresse) مالكة حق امتياز بشرط التوريد الحصري المنصوص عليه لصالح مانح الامتياز في عقد امتياز تجاري (Le Contrat de concession commerciale) (٣) بعد ان فشلت كل محاولاتها قبل ذلك في الحصول على موافقة مانح الامتياز بالتحلل من شرط التوريد الحصري المشروط في العقد المذكور ، مما ألجئها الى محكمة استئناف باريس للمطالبة بإلغاء شرط التوريد الحصري ، وبعد تحليل ودراسة مستفيضة لوقائع القضية قضت محكمة استئناف باريس بفسخ العقد لقيام الخطأ التعاقدي من قبل مالكة حق الامتياز السيدة دوبريس (Daubresse) وذلك لانها أخلت بصورة مباشرة بشرط التوريد الحصري الذي يعد جوهرياً في اقتصاد عقد الامتياز التجاري (Le Contrat de concession commerciale)(٤)، وقد أيدت محكمة النقض هذا القرار واعتبرته عين الحقيقة ومطابقاً لاحكام الواقع والقانون(٥).

ونعتقد بعد دراسة القرارات السابقة ان الرجوع إلى اقتصاد العقد من قبل القضاء الفرنسي في تقرير فسخ العقد لاستحالة الوصول الى الغرض الاساسي الذي تم من أجله استند الى تحليل اقتصادي للعقد ، اي ان قرارات السابقة تم أخذها بناء على معيار اقتصادي ، ففي القضية الأولى والمتعلقة بالخطأ قبل العقدي لمانح الامتياز فالوقائع التي أشارت إليها المحكمة في

<sup>1</sup> CA Paris, 29.11.1996.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 novembre 1998. pourvoi n° 97-11.969. arrêt n°97-11969.

<sup>3</sup> Dans cette étude (Le contrat de concession peut être défini), publiée sur le site/ Date de la visite (20/2/2016) 7:30 pm/ ( <http://www.murielle-cahen.com/publications/contrat-concession.asp> )

<sup>4</sup> CA Paris, 17 juin 1996.

<sup>5</sup> Cass. Com., Audience publique du mardi 6 avril 1999. N° de pourvoi: 96-17332. Publié au bulletin Cassation.

قرارها هي معطيات اقتصادية تبين عجز العقد عن أداء وظيفته الاقتصادية التي قصدها المتعاقدان وعلى وجه الخصوص ضمان الربح المتوقع على أساس المعلومات المقدمة ، وفيما يتعلق بالقضية الثانية (عقد ألايجار الاستثماري لشركة بولمان (Pullman)) فالقرار يشير الى ان تقديم الحسابات المؤقتة الى الشركة المؤجر كانت متعلقة بتحديد عنصراً أساسياً اعتمد عليه الطرفان للتعاقد وهو الاجرة ومن ذلك نستبين اعمال محكمة النقض الفرنسية للتحليل الاقتصادي للعقد أذ ان الاجرة طبقاً لقرار هذه المحكمة تشكل الربح الناتج عن عقد الايجار الاستثماري ، وهو مايدل في نفس الوقت على ان المنفعة الاقتصادية هي الهدف الاساسي من العقد والتي ثبت استحالة بلوغها مما أدى إلى الحكم بفسخ العقد ، وكذا الحال في القضية الثالثة ( قضية عقد الامتياز التجاري مع السيدة دوبريس (Daubresse)) التي تظهر بكل وضوح الإشارة إلى اقتصاد العقد طبقاً لتحليل المعيار الاقتصادي او الجانب الاقتصادي في العقد، وقد يبدو ان الطابع الأساسي لاقتصاد العقد المتعلق بالالتزام التوريد الحصري هو الغالب على تحليل الجانب الاقتصادي في العقد ، ولكن هذا التفسير لايمكن قبوله بل نقطع بان تحليل الجانب الاقتصادي للعقد بالاشارة الى اقتصاد العقد هو الغالب من خلال الدلالة على أهمية هذا الالتزام في عقد الامتياز التجاري فمحكمة الموضوع استخدمت ادوات تحليل مبتكرة وحديثة نوعاً ما للتأكد من صحة شرط التوريد الحصري وهو مايبين أهمية هذا الشرط في ظل النشاط التجاري وطبيعة المنتجات الموردة ، بل أكثر من ذلك ظهر انها تنظر إلى الشرط المذكور باعتباره عنصراً ضروريا ولكن ليس عنصراً أساسياً في عقد الامتياز التجاري محل النزاع، مع العرض اننا نرجح ترك سلطة تقدير كيفية ان يكون هذا التوريد الحصري يمكن ان يكون معبراً عن الجانب الاقتصادي في العقد وبالتالي الهدف الاساسي المقصود من قبل أطراف العقد لسلطة قاضي الموضوع التقديرية.<sup>(١)</sup>

الفرع الثاني: دور فكرة اقتصاد العقد في توضيح الآثار المترتبة على عدم تجزئة العقد

<sup>1</sup> Cass. Com., 9 novembre 1993, D. 1995. Somm. 78, obs. D. FERRIER.

إن تحليل اقتصاد عقد ما يسمح بتحديد فيما إذا كان العقد قابل للتجزئة أم لا ، إذ ان قاضي الموضوع في حالة وجود التزامات مترابطة في عقد ما وكان احدها محكوم بالبطلان يبادر الى التحقق فيما إذا كان بالامكان اعتبار هذا العقد يمكن ان يبقى مستمراً بصورة مستقلة بالاستناد الى فكرة اقتصاد العقد بالرغم من عدم الاستمرار بالالتزام الوارد فيه والمحكوم بالابطال في حالة الركون الى التجزئة ام لا ، وفي حالة استنتاج القاضي اعلاه عدم امكانية التجزئة (indivisibilité) الناشئ عن عدم امكانية تجزئة اقتصاد العقد فيمكن ان يكون لعدم التجزئة (indivisibilité) اثر خاص على العقد برمته بان يكون محكوماً بالفسخ لان من طبيعة عدم التجزئة سريان حكم الفسخ على كل العقد ومن ثم يكون واجباً الحكم عليه بالفسخ تبعاً لبطلان أحد التزاماته. (١)

ان مبدأ عدم التجزئة المتقدم من ابداع وخلق القضاء الفرنسي وهو ما ألهم الفقه الفرنسي في هذا الخصوص ، ومن ذلك القضاء الخلاق والمبدع اتجاه الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية التي قررت هذا المبدأ في قضيتين يلاحظ ان وقائعهما متماثلة تقريباً ، ففي القضية الأولى تنلخص الوقائع بابرار عقد ايجار رأسمالي تعهد صيدلي بموجه إلى إحدى شركات الدعاية والنشر بنشر إعلانات على شكل فيديو جرافيك (vidéo graphiques) في صيدليته باستخدام جهاز خاص تزوده به شركة الإعلانات ، وان يستمر الصيدلي بدفع الأجرة على استخدام جهاز العرض الخاص حتى نهاية مدة العقد حتى لو ان تشغيل ذلك الجهاز لم يتم ، مما جعل هذا الامر محل نزاع امام القضاء ، وأزاء هذه الوقائع بادرت محكمة النقض الى الاشارة في حيثيات قرارها بان المؤجر الرأسمالي (الصيدلي) قد تم إعلامه بان الجهاز مخصص للتشغيل من قبل شركة الدعاية والإعلان وأنه قد سمح بذلك للضرورة القصوى لان الجهاز خاص جداً، وبالتالي ان السبب الوحيد لعقد الإيجار الرأسمالي هو خدمات الإعلانات بطريق الفيديو جرافيك (vidéo graphiques) في صيدلية المؤجر الرأسمالي مما يظهر ان هناك التزامان مترابطان (interdépendants) هما تاجير جهاز العرض الخاص المشار اليه سابقاً وتشغيله في خدمات الإعلانات بطريق الفيديو جرافيك (vidéo graphiques)، وحيث ان تشغيل الجهاز أصبح مستحيلاً لإفلاس شركة الدعاية والإعلان ومن ثم ان نص الشرط المذكور

<sup>1</sup> Cass. 3e civ., 12 janv. 1994, SOVARPI c/ Zaks, pourvoi n° 92-12.886.

في عقد التأجير الرأسمالي والذي يحتج به المؤجر الرأسمالي والقاضي بان يستمر الصيدلي (المستأجر الرأسمالي) بدفع الأجرة على استخدام جهاز العرض الخاص حتى نهاية مدة العقد حتى لو لم يتم تشغيل ذلك الجهاز لتعارض هذا الشرط مع اقتصاد العقد، وبناءً على ذلك قررت هذه المحكمة فسخ عقد الإيجار الرأسمالي.<sup>(١)</sup>

أما فيما يخص القضية الثانية والتي كانت تدور حول عقد إيجار رأسمالي ايضاً وتشابه في وقائعها القضية السابقة تقريباً، فيلاحظ ان المحكمة المختصة قد اثبتت بأن عدم التجزئة غير موجود تلقائياً ولا يكفي لقبول ذلك مجرد ان تكون المعدات الموردة قابلة لتلقي تطبيقات أخرى، وان المعدات محل عقد الإيجار الرأسمالي كانت مخصصة صراحة للاستغلال بواسطة شركة الدعاية والإعلان، ومن ثم فان اقتصاد هذا العقد يتعارض مع هذا الشرط وبالتالي يلزم الحكم بفسخه<sup>(٢)</sup>، وقد تأكد هذا الاتجاه في عقد الإيجار الرأسمالي في قرار الدائرة المختلطة في محكمة النقض الفرنسية عام (٢٠١٣) أكدت فيه بان الالتزامات المتزامنة والمتلاحقة التي تعد جزءاً من عقد الإيجار الرأسمالي تكون مترابطة وان اي شروط لا تتفق مع هذا الترابط تعد غير نافذه<sup>(٣)</sup>، وأوضحت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية ذلك بشكل مركز بقولها ان انقضاء العقد الرئيسي يعد شرطاً أساسياً لانقضاء الالتزامات المترابطة التي تكون جزءاً من الصفقة التي تتضمن عقد إيجار رأسمالي<sup>(٤)</sup>، وأضطردت هذه المحكمة في الاستناد على مبدأ عدم التجزئة لتوحيد مصير التزامات تعاقدية عندما تكون هذه الالتزامات جزءاً من العملية التعاقدية نفسها<sup>(٥)</sup>، لان فكرة عدم التجزئة تعكس علاقة قانونية بين تصرفات مترابطة والنظر

<sup>1</sup> Cass. com., 15 févr. 2000, CMV Financement c/ Soulard ; Bull. civ. IV, n° 29 ; JCP G 2000, I, 272, obs. A. Constantin ; D. 2000, somm. comm. p. 364, obs. Ph. Delebecque ; Defrénois 2000, art. 37327, p. 1118, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> Cass. com., 14 mars 2000, Delestre c/ CMV, pourvoi n° 97-11.144.

<sup>3</sup> Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, nos 11-22927 et 11-22768 : D. 2013, p. 1273, obs. X. Delpech, et p. 1658, note D. Mazeaud ; JCP G 2013, 673, note F. Buy, et 674, note J.-B. Seube ; JCP E 2013, 1403, note D. Mainguy ; Contrats, conc., consom. 2013, comm. 176, obs. L. Leveneur ; Comm. com. électr. 2013, comm. 76, obs. G. Loiseau ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. Barbier ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 4 juill. 2013, p. 18, obs. D. Houtcieff ; RDC 2013, p. 849, avis L. Le Mesle ; RDC 2014, p. 1331, obs. Y.-M. Laithier.

<sup>4</sup> Cass. com., 4 nov. 2014, no 13-24270, PB.

<sup>5</sup> Cass. com., 14 février 1995, Bull. civ. IV no 49 ; 4 avril 1995, Bull. civ. IV no 115 et no 116. (pour la 1re espèce), D. 1995, som. p. 231, obs. L. Aynès, D. 1996, p. 141, note S. Picquet, J.C.P. éd. E. 1996. II. 792, note E. Tardieu-Guigues et M.-C. Sordino ; Cass. com., 28 mai 1996, Cont. Conc. Cons., 1996, no 135, obs. L. Leveneur ; Aix, 13 février 1998, J.C.P. 1998. II. 10213, note C. Renault-Brahinsky.

في حقيقة الوحدة التعاقدية (ensemble contractuel) التي تسمح لأحد تلك الالتزامات بإحداث اثر مباشر على الالتزامات الأخرى دون ان تفسر طبيعة هذا الارتباط.<sup>(١)</sup>

ان بعض الفقه الفرنسي يرى بان أعمال مبدأ عدم التجزئة يعد رجوعاً مقنعا لفكرة السبب المتمثل في مفهوم عدم التجزئة (٢) ، إلا ان محكمة النقض اجمعت عن استخدام السبب لتوصيف العلاقة بين عدة التزامات مترابطة ولعل السبب في ذلك يعود الى ان وان صح استخدام السبب لتقييم صحة الالتزامات المتبادلة من الطرفين في نطاق العقد نفسه الا ان هذا الاستخدام غير قادر على تبرير الترابط بين عدة التزامات وغير ملائم بشكل واضح لتقييم تنفيذها ، كما ان اقتصاد العقد يستند على إرادة الأطراف التي حددت هدفا شاملاً وكذلك على توازن الالتزامات التعاقدية ، وبالرغم من تحفظ الفقه على الاستخدام القضائي لفكرة اقتصاد العقد وأستخلاص النتائج من ذلك بالاستناد الى عدم تجزئة العقد إلا أننا لا نستطيع لانقر بذلك ونرجح اتجاه القضاء الفرنسي اعلاه على تحفظ الفقه الفرنسي لان فكرة اقتصاد العقد تعتبر معياراً لنية المتعاقدين ومحددة لهدف العملية التعاقدية المتمثل بالتوازن المالي والذي يكشف عنه قاضي الموضوع ويضعه نصب عينيه وبمرتبة متقدمة ، مما يحدو به الى الحكم بعدم إعمال شرط ما عندما يخالف مبدأ وحدة الالتزامات العقدية المترابطة المستمد من مبدأ عدم قابلية تجزئة اقتصاد العقد (٣)

ونعتقد أن فكرة اقتصاد العقد تسمح للقاضي بإجراء تقييم شامل لتوازن الالتزامات التعاقدية وتقييم مدى ملائمتها للغرض المقصود من أبرام العقد ، كما ان اقرار القضاء الفرنسي لمبدأ عدم التجزئة في القضايا السابقة مستمد من فكرة اقتصاد العقد وليس من آثار مبدأ عدم التجزئة بالمفهوم التقليدي كما ألمعت ذلك محكمة النقض الفرنسية<sup>(٤)</sup>، يضاف الى ذلك ان القرارات السابقة ساهمت بشكل كبير في نضوج مبدأ الرقابة القضائية على العقود والقبول به على نطاق واسع في القضاء الفرنسي هذه الرقابة التي أثبتت بأن المتعاقدين ليس لهم الحرية

<sup>1</sup> J. Mestre, obs. sous Paris, 17 novembre 1994, R.T.D. Civ. 1995, p. 363. J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD. Civ. 1994, p. 255 ; J.-M. Marmayou, Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats, Revue jurisprudence. com. 1999, p. 292.

<sup>2</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., no 327 ; J. Carbonnier, op. cit., no 111 ; J.-B. Seube, op. cit., n°166.

<sup>3</sup> E. Mouveau, « Du groupe de contrats à l'économie du contrat », Droit et Patrimoine, 2003, p.50.

<sup>4</sup> Cass. com., 4 avr. 1995 : Bull. civ. IV, nos 115 et 116 (aff. Sedri).

المطلقة في تحديد محتوى العقد ، وإن الملاحظ على القضاء الفرنسي في الأحكام السابقة أنه مازال يخشى تنظيم فكرة اقتصاد العقد مفضلاً الاحتماء خلف مبدأ عدم التجزئة بالرغم من كون فكرة اقتصاد العقد ذات نطاق أوسع من مبدأ عدم التجزئة.

#### خاتمة

إن دراسة دور فكرة اقتصاد العقد في التطبيقات القضائية للقضاء الفرنسي أدى بالباحث الى استنتاج جملة من النتائج نسطر اهمها فيما يلي ، ومن المفيد أيضاً ان نتعرض الى مايطمح الى تحقيقه من مقترحات ...

#### أولاً// النتائج//

١. إن القضاء الفرنسي لم يُعرف بشكل دقيق فكرة اقتصاد العقد، في حين ان احد الفقه الفرنسي يعرف هذه الفكرة بمجموعة من القواعد التي تحكم بنية العقد وتضمن وحدته والنتيجة الواقعية التي يجب ان تتحقق من خلال العقد وذات خاصية متناقضة، كما قيل انها جوهر العقد الذي يعد ضرورياً لتجسيد ما عبر عنه أطراف العقد ببعض العبارات إذا كان لازماً على الاطراف جعل هذا الجوهر ظاهراً بتلك العبارات.
٢. ان فكرة اقتصاد العقد لم ينص عليها في القانون المدني او القانون الخاص في فرنسا.
٣. ان من مقتضيات فكرة اقتصاد العقد عدم الأخذ بالإرادة الحقيقية لإطراف العقد عندما تُعطل هذه الإرادة الآثار الاقتصادية المتوخاة من العقد.
٤. ان الإشارة إلى فكرة اقتصاد العقد تسمح للقاضي بتوحيد محتوى العقد احتراماً للإرادة الضمنية لأطراف العقد.
٥. ان هناك رؤية متجددة للعقد في القضاء الفرنسي ، إذ ان ارتباط الإرادات لم يعد ينظر إليه كفكرة مجردة بل كوسيلة لتحقيق آثار اقتصادية ، وهذه الرؤية استمدت من خاصية فكرة اقتصاد العقد التي سمحت للقضاء الفرنسي بتبني نهج أكثر واقعية للعقد الذي شهدنا فائدته في مختلف النواحي وبالتالي انها أوجدت نهجاً جديداً في

- الافكار القانونية يسمح باستمرار العقد لفاعليته الاقتصادية ، وتعد وسيلة حقيقية تسمح بضمان استمرار الاستفادة القصوى من العقد عبر أنقاذه .
٦. ان فكرة اقتصاد العقد وان كانت لا تأخذ بالإرادة الحقيقية لأطراف العقد وبالتالي مبدأ سلطان الارادة إلا ان لها مزايا لا يمكن تجاهلها منها مايلي :-
- أ- انها تساهم في تحديد الغرض الاقتصادي للعقد وتطويع كل العقد الى هذا الغرض مما يشكل في معظم الحالات حماية خاصة لأطراف العقد ، فالملاحظ ان فكرة اقتصاد العقد تعد تطابقاً للتعبير عن الارادة للغاية التي تقصدها من ابرام العقد.
- ب- ضمنت الإبقاء على العقود ذات المنفعة الاقتصادية ، أي يسمح بتحقيق الغرض الاقتصادي المقصود من التعاقد وبذلك تعد فكرة اقتصاد العقد وسيلة للتقييم الاقتصادي للعقد والذي يرتبط بجدواه الاقتصادية.
- ت- ساهمت بشكل فعال في حل نزاعات تفسير او تكييف العقد في القانون الخاص الفرنسي، كما ان لها اهمية خاصة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.
- ث- أثبتت مبدأ عدم تجزئة العقد في مجال يهيمن عليه تقليدياً ارادة اطراف العقد ، وذلك بان تكشف عن هذه الارادة لإيجاد حلول تبرر الجانب الاقتصادي للعقد المراد ابرامه.
- ج- خلقت حلول ناجعة اقتصادياً لأنقاذ العقد والتي لا يمكن الركون اليها حسب القواعد العامة في القانون المدني ، ففكرة اقتصاد العقد تسمح بالإبقاء على الالتزامات التعاقدية ذات الصلة ، وفي الوقت نفسه تعتبر أداة لإنهاء عقود أختل فيها الجانب الاقتصادي او تخلف.
- ح- أداة ذات فاعلية مبتكرة فمن خلال استخدامها يستطيع قاضي الموضوع تقييم الاضرار التي لحقت بالعقد ومحاولة ترميمه وأنقاذه .
- خ- سمحت للقضاء في فرنسا باثبات عدم الفعالية الاقتصادية لمفاهيم تقليدية لاركان العقد كالمحل والسبب ، وأظهرت الحاجة الى ضرورة الاخذ برؤية متجددة لها وتسمح بأظهار القيمة الاساسية للجانب الاقتصادي في العملية التعاقدية.

### ثانياً// المقترحات//

١. إرسال القضاة العراقيين بدورات تدريبية الى فرنسا للاطلاع على الافكار القانونية الجديدة ومنها فكرة اقتصاد العقد بما ينعكس على التطبيقات القضائية العراقية مستقبلاً ويساهم في التقليل من حالات بطلان العقود في العراق.
٢. توسيع سلطة قاضي الموضوع العراقي لتقييم الاضرار التي لحقت العقود المعروضة امامه في محاولة جادة لانقاذ تلك العقود بالاستناد الى فكرة اقتصاد العقد.
٣. تعديل المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل) بالشكل الذي تستجيب فيه الى النهج الجديد في الافكار القانونية في فرنسا ويسمح باستمرار العقد بفاعليته الاقتصادية.
٤. تعديل المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل) بحيث لا يأخذ القاضي الموضوع بالارادة الصريحة لاطراف العقد الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناتجة عنه اذا خالفت أو أهذرت تلك الارادة الصريحة اقتصاد هذا العقد.

## جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي ((دراسة في التشريع العراقي والمقارن))

أ.م.د. مازن خلف ناصر(\*)

---

(\*) كلية القانون الجامعة المستنصرية.

## الملخص

ظهرت منذ سنوات قليلة شبكات اجتماعية تفاعلية لتصبح وسيلة تعبيرية واحتجاجية وثقافية وحوارية أحدثت تأثيراً كبيراً على المستويات المعرفي والثقافي والاجتماعي سواءً الحسن منها أو السيء وذلك نظراً لسهولة الاتصال عن بعد إذ منحت تكنولوجيا المعلومات للجماعات الإرهابية استراتيجية جديدة لتحقيق أهدافها بأسلوب جديد في التحريض يتمثل بتكنولوجيا الاتصال عبر شبكات التواصل الاجتماعي باعتبارها شبكات تفاعلية تتيح لمستخدميها التواصل في أي وقت وفي أي مكان في العالم تستخدمها الجماعات الإرهابية والتي انتشرت على الشبكة الدولية للمعلومات تنقل من خلالها آرائها ومعتقداتها المحرصة على التطرف والتكفير إلى أكبر عدد من الأفراد حيث يتم نشر الصور والأفلام المعبرة عن أهدافها.

مما دفع العديد من الدول إلى إتخاذ مجموعة من الإجراءات التي تمكنها من فرض الرقابة على البيانات التي يتم بثها عبر شبكات التواصل الاجتماعي وتبادل المعلومات وإنخراط العديد من المستخدمين للشبكة المعلوماتية في هذه المواقع من مختلف دول العالم ، ومن ثم فإن تطور وسائل الإعلام الجديد يجعل التحريض الإلكتروني عابراً للحدود الجغرافية مما يسهل نشر المعلومات بين مختلف شرائح المجتمع .

وعلى هذا الأساس تستخدم الجماعات الإرهابية اليوم مواقع التواصل الاجتماعي كأداة للتحريض على الفكر المتطرف ونشر أفكارها ومبادئها ومن ثم تعد هذه الوسائل مهمة جداً لتلك الجماعات التي تعمل على التواصل بين كوادر التنظيم المسلح كأداة عابرة لقيود المكان ، وذلك من أجل التحريض على القيام بمهام إجرامية كالتهريب على تكوين خلايا تنظيمية واستقطاب مزيد من الكوادر وتدريبهم على استخدام الأسلحة والتنسيق للعمليات المسلحة وتوقيتها والتدريب على صنع القنابل البدائية وغيرها ، ويعد استخدام الفيس بوك واليوتيوب وتويتر من أبرز الوسائل المستخدمة في التحريض على الإرهاب وبث الفكر المتطرف والتعاطف مع الجماعات الإرهابية وإظهارهم في صورة الحق .

الكلمات المفتاحية: التحريض الإلكتروني - الإرهاب - شبكات التواصل الاجتماعي.

## ABSTRACT

A few years ago an interactive social network appear to become a mean of protest, expression, cultural, and dialogue which has made a significant

impact, on the Cognitive, cultural, and Social level, Whether the good once or bad, due to the easy Communication it has a warded technological information a new states terrorist groups to a chieve its goods in a new way of incitement by Communication technology via Social networking as an interactive network to allow Users to Communicate anytime, anywhere in the World. terrorist groups Use the internet which spread on the international net Carrying through in the their believes in duled extremism and at on ement of individuals, where they publish Photoes and videos the expressia its purpose prompting many states to adopt a package of measures that which enable them to take Control over the data that is broadcast on Social network, and exchange of information and the involvement of many Users of the informaties network at these sites from around the world. On this basis, terrorist group Use Social networ siter as a tool to incite extremist ideology and the dissemination of ideas and principles and then this is very imfortant for those groups to work on the Communication between the regulation group of the armed organization as an instrument of trans lent plaa restrictions means, in order to Carryout Criminal incitement to task, such as training on the composition of regulatory cens and attract more staff and train them to use weapons and coordination of the armed operations, timing and training to make primitive bombs and other weapons.

After using social meadia like " Twitter " which consider as any initial means used to incite terrorism spreading extremist ideology and emphathize with them and show them the terrorist groups in the right picture .

#### المقدمة

إن التحريض على الإرهاب لم يكن وليد الساعة بل ظهر في صورة الخطاب التحريضي بإعتلاء المنابر سيما في العصور الوسطى تحديداً في أوروبا إثناء الحروب الصليبية ، إذ يتضح ذلك من خطاب البابا (أوربان الثاني) في مدينة كليرمونت الفرنسية عام ١٠٩٥م والذي كان سبباً في قيام الحروب الصليبية عندما دعا فيه النصارى الى حمل السلاح والتوجه نحو الشرق حيث دعا في خطابه للحرب والإرهاب والحث عليهما حينما قال (( إنهضوا وأديروا أسلحتكم التي

كنتم تستعملونها ضد إخوانكم ووجهوها ضد أعدائكم أعداء المسيحية<sup>(١)</sup> ، لذلك يعد التحريض الخطابي على الإرهاب من أقدم صور الجرائم التي تتعلق بالعنف والقتل والتخريب. أما اليوم فإن وسائل الإعلام سيما الإلكترونية منها قد حلت محل التحريض الخطابي وأصبح التفاعل عابراً للحدود ومن ثم ظهور ما يعرف بالمجتمعات الافتراضية التي سهلت بدورها نقل المعلومات من وإلى الأفراد عموماً رغم تباين ثقافتهم.

فلم يعد التفجير والقتل والخطف لدوافع إرهابية هو السبيل الوحيد للممارسات الإرهابية بل اعتمدت التكنولوجيا كوسيلة للقيام بمثل هذه الممارسات العدوانية من خلال ما يعرف اليوم بالإرهاب الإلكتروني والذي يشكل تحدياً آخر وتهديداً للأمن الوطني والسيادة الوطنية وزعزعة استقرار الوطن وتماسكه<sup>(٢)</sup>.

حيث يتولى نفرٌ ظال من الشباب من ذوي الخبرة بما يمتلكونه من وسائل التقنية الحديثة في مجال الحاسوب بث سموم التطرف والتكفير بين فئات المجتمع الواحد بأسلوب إلكتروني وتحريضهم على الجهاد الوهمي وفق مفاهيم لا تمت للإسلام بصلة لأجل استقطابهم وحثهم على الالتحاق بالجماعات الإرهابية أو ان يكونوا من أنصارها في دولهم خصوصاً في دول الغرب ، فأصبح بيد الجماعات الإرهابية الآن أسلوب جديد للتحريض يتمثل بتكنولوجيا الاتصال ممثلة بشبكات التواصل الاجتماعي باعتبارها شبكات تفاعلية تتيح لمستخدميها التواصل في أي وقت وفي أي مكان في العالم تستخدمها المنظمات الإرهابية والتي انتشرت على الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) في السنوات الأخيرة<sup>(٣)</sup> ، ومن أبرزها الفيس بوك وتويتر ويوتيوب لتحدث في زمن قياسي تأثيراً هائلاً وعابراً للحدود بحيث أضحي أي تفاعل يحدث في أي منطقة في العالم يترك تأثيره في المناطق الأخرى ، مما يحقق أهدافها بسرعة

(١) زكار سهيل ، الحروب الصليبية ، ج ١ ، دار حسان ، دمشق ، ١٩٨٤ ، ص ٦.

(٢) د. إيمان عبد الرحيم السيد الشرقاوي ، جدلية العلاقة بين الإعلام الجديد والممارسات الإرهابية ، دراسة تطبيقية على شبكات التواصل الاجتماعي ، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر دور الإعلام العربي في التصدي لظاهرة الإرهاب في الفترة من ١٦ - ١٨ ديسمبر جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠١٤ ، ص ١٥.

(٣) عبد العزيز الغازي ، مشاكل الشباب في العالم الإسلامي ، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ، إيسيسكو ،

أكبر وكفاءة أعلى مع ضمان تحقيق اتصال آمن بين أعضائها بعيداً عن أعين الجهات المختصة بمكافحة الإرهاب بكل أشكاله .

وتتسم مواقع التواصل الاجتماعي بأنها شبكات عالمية اجتاحت المجتمعات العربية بقوة خاصة في السنوات العشر الأخيرة ، وذلك لأن أغلب تلك المواقع متاحة للجميع وبالمجان ولأنها صممت أساساً لتكون سهلة الاستخدام وبدون تعقيد ، ولأنها عملت على تكوين مجتمعات افتراضية جديدة جمعت لأول مرة بين النص المكتوب والمقطع المرئي وهذا ساعد في تحويل المستخدم لها من متلقي للمعلومات كما في وسائل الإعلام التقليدية إلى منتج للمعلومات ومشارك فيها<sup>(٢)</sup> .

وتشير التقارير الدولية بأن ٨٠ ٪ من الذين انتسبوا الى تنظيم داعش تم تجنيدهم عبر شبكات التواصل الاجتماعي<sup>(٣)</sup> ، مما أدى الى انتشار الفكر المنحرف المتشدد والفتاوى الضالة بفعل الإنفلات الإعلامي بسبب ازدهار وسائل الاتصال الجماهيري والذي له بلا شك انعكاسات كبيرة وخطيرة على ظاهرة الإرهاب والتكفير والغلو فأصبح من السهل أن يتطرف الشاب وهو في غرفة نومه ومن خلال هاتفه الجوال ، ومن أهم سمات شبكات التواصل الاجتماعي<sup>(٤)</sup>:

- ١- أنها وسيلة قليلة الكلفة ، حيث إن الاعتماد على آلية منخفضة التكلفة يتيح نشر المعلومات عن التنظيمات وكيفية التواصل مع أعضائها ، فضلاً عن إتاحة تدفق المعلومات وتسهيل تشكيل المجموعات وتقليل تكلفة تجنيد الأعضاء وإيجاد حوافز حماسية للمشاركة .
- ٢- أنها وسيلة لدعم وتعزيز الهوية الجماعية ووجود إحساس وانتماء بين أفراد المجموعة الواحدة حيث تربطهم قضية واحدة وهدف مشترك وقيم متماثلة .

(٢) سعد بن عبيد السبيعي ، الإعلام الجديد ودوره في تعزيز الأمن في المملكة العربية السعودية - دراسة تطبيقية على بعض النخب السعودية في الرياض ، أطروحة دكتوراه - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠١٣ ، ص ٥٥ .

(٣) وجيه الدسوقي المرسي ، الأساليب الإلكترونية الحديثة التي تستخدمها التنظيمات الإرهابية في الجرائم الإرهابية ، ندوة دور مؤسسات المجتمع المدني في التصدي للإرهاب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، سبتمبر ، ٢٠١٤ ، ص ٤ .

(٤) فايز عبد الله الشهري ، الخطاب الفكري على شبكة الإنترنت ، رؤية تحليلية لخصائص وسمات التطرف الإلكتروني ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٣ .

٣- أنها وسيلة لإيجاد مجتمعات للتواصل الإلكتروني يتشارك أعضاؤها بالأفكار والنقاشات وتتيح تأسيس علاقات واسعة وتُمكن من قيام علاقات وجهاً لوجه على الرغم من بعد المسافات الجغرافية .

وقد أثبت الواقع العملي اليوم ان الجماعات الإرهابية هي أكثر من غيرها من فئات المجرمين استخداماً لشبكات التواصل الاجتماعي وذلك للأسباب الآتية<sup>(٢)</sup>:

- ١- سرعة نقل المعلومات .
- ٢- إمكانية القيادة والتوجيه والحث عن بعد .
- ٣- توفر وسائل المحادثات المباشرة عبر وسائل الاتصال الاجتماعي لدى مختلف دول العالم.
- ٤- سهولة التخفي واستعمال الأسماء الرمزية والألقاب الوهمية وصعوبة الوصول الى معرفة مرتكبي الجرائم.

#### ١- مشكلة البحث

تتجسد مشكلة البحث في النقاط الآتية:

- ١- تخلو التشريعات الجزائية العراقية اليوم من قانون خاص بمكافحة الجرائم الإلكترونية ، ومن ثم فإن أي جريمة يشكل النظام المعلوماتي عنصراً من عناصرها أو يدخل في تنفيذها يطبق عليها نصوص قانون العقوبات ، كأن تطبق نصوص جريمة السرقة مثلاً على سرقة حساب مصرفي من خلال خرق النظام المعلوماتي الخاص به او تطبق نصوص قانون مكافحة الإرهاب على حالات تخطي حدود حرية التعبير عن الرأي عبر شبكات التواصل الاجتماعي ، فالتطور التكنولوجي السريع يلعب دوراً مهماً في إبراز مكان من الضعف في التشريعات الجزائية ومن ثم الحاجة لتطورها ، فارتكاب جريمة إرهابية بإحدى صورها المنصوص عليها في قانون مكافحة الإرهاب العراقي أمر لا يحتاج للخوض فيه كثيراً ، ذلك إن تجريم الإرهاب والعقاب عليه بأشد العقوبات أمرٌ محسوم .

<sup>١</sup> د. ابراهيم بعزير ، وسائل الاتصال الجديدة والأمن القومي ، دراسة في دور مواقع التواصل الاجتماعي في زعزعة أمن واستقرار الدول ، مجلة استراتيجية ، العدد الاول ، ٢٠١٤ ، ص ١٠٦ .

٢- لم يحدد المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي أشكال الخروج على حرية التعبير عن الرأي التي كفلها القانون وأستخدم في ذات المادة مصطلحات مبهمة وهي تهديد " الوحدة الوطنية او أمن الدولة او أمن المواطنين او حدود الدولة ومؤسساتها " دون تحديد لمعيار تطبيقها ، فهل كل ما يكتب في مواقع التواصل الاجتماعي المتخصصة في مجال توعية وحث الشباب على التصدي لرؤوس الفساد والظلم من الساسة وأتباعهم هو من باب الخروج عن القيم والثوابت الأساسية في المجتمع ويشكل تهديداً للوحدة الوطنية او أمن الدولة او أمن المواطنين ومن ثم يعد ذلك تحريضاً إلكترونياً على الإرهاب؟

٣- هل إن التوسع في مساحة التجريم أمام القضاء سيفتح باب الاجتهاد القضائي الذي يفلح حيناً ويخطئ حيناً آخر ، فمع غياب النص الذي يوضح هذه المصطلحات سيجعل أي فرد يخرج عن هذه المفردات خاضعاً لأحكام قانون مكافحة الإرهاب العراقي مما يؤدي في النتيجة الى التوسع في تطبيق نصوص هذا القانون ، ذلك أن المقصود من منطوق المادة (٣) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي بشكل أساس هو التصدي لأعضاء ومؤيدي التيارات المحرزة على أعمال العنف وإرباك نظام الحكم فضلاً عن الجماعات التكفيرية والإرهابية التي تستخدم الإنترنت على نطاق واسع في الترويج لعملياتها أو الإعداد لها.

٤- هل يعد التحريض الإلكتروني من خلال خطابات دينية او سياسية تعبر عن رأي فئة طلابية او عمالية او فلاحية او غيرها تتعلق بمطالب شعبية اجتماعية معينة من قبيل الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في قانون مكافحة الإرهاب أم انه يعد من قبيل الجرائم الإلكترونية التي تحتاج من المشرع العراقي إدراجها ضمن مشروع القانون القادم الخاص بالجرائم المعلوماتية بالنظر لطبيعة هذا النوع من الجرائم إسوة بالتشريعات الأخرى التي عالجت موضوع الجرائم الإلكترونية؟

٥- ما حكم عدم امتثال مزود خدمة الشبكات المعلوماتية سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً لأوامر السلطات المختصة بحجب المواقع الإلكترونية المحرزة على الممارسات الإرهابية رغم إن البرلمان العراقي أصدر قراراً في جلساته (٣٩) من الفصل التشريعي الأول للسنة التشريعية الثانية التي عقدت في عام ٢٠١٥ يحجب بموجبه مواقع تنظيم داعش في كافة الشبكات العنكبوتية والمواقع المحرزة او الممجددة او المروجة او المبررة للجرائم الإرهابية مع شمول

القنوات الفضائية ووسائل الإعلام الأخرى بهذا الحجب ، تزامناً مع موافقة مجلس النواب الفرنسي على مادة مثيرة للجدل من قانون مكافحة الإرهاب تجيز حظر مواقع على الإنترنت تدافع عن الإرهاب وسيكون بوسع الحكومة الفرنسية أن تطلب من مزودي خدمة الإنترنت منع الوصول إلى هذه المواقع على غرار القانون الذي يحظر المواقع التي تتضمن مواداً إباحية بشأن القاصرين.

في حين بادرت الحكومة المصرية إلى إعداد مشروع قانون لإجل مكافحة ما تصفه بـ " الجرائم الإلكترونية " التي ترتكب على شبكة الإنترنت ، كذلك تلك التي تستهدف مواقع إلكترونية أو بيانات حكومية سرية عبر عمليات القرصنة أو الاختراق الإلكتروني للشبكات الحكومية ، وكذلك من يستغلون المواقع الإلكترونية لحث الأفراد وتشجيعهم على تنفيذ عمليات إرهابية تضر بأمن المجتمع.

الأمر الذي سيتيح لأجهزة الأمن أن تحجب أي مواقع أو صفحات إلكترونية إذا ارتأت جهات التحري والضبط في وزارة الداخلية المصرية أنها تمثل تهديداً للأمن القومي ثم إخطار النيابة العامة خلال يومين ، ثم تتولى النيابة عرض الأمر على دائرة مستعجلة في محكمة جنابات القاهرة خلال يوم واحد وتفصل المحكمة في مدى قانونية قرار الحجب في اليوم ذاته. علماً إن هذا المشروع يسند إلى جهات التحري والضبط مراقبة المواقع الإلكترونية التي تبث من داخل مصر أو خارجها ورصد ما تنشره من عبارات أو صور أو أفلام أو بيانات رقمية أو دعاية أو مواد مكتوبة ومحررة قد تهدد الأمن القومي.

أما في الحالات غير العاجلة فيلزم القانون الشرطة بأن تعرض الأمر على النيابة العامة أولاً ثم تصدر النيابة قراراً من محكمة الجنابات بشأن الحجب من عدمه خلال يوم واحد فقط وفي الحالتين سيكون قرار الحجب الصادر أو المؤيد من محكمة الجنابات واجب التنفيذ على الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وجميع مقدمي خدمة الإنترنت في مصر.

## ٢- أهمية البحث

يكتسب موضوع البحث أهمية متزايدة من الناحية النظرية والعملية كونه يمس كثيراً بمصالح المجتمع بسبب استغلال وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والإنترنت وسائر صور الاتصال

الإلكتروني عبر الأقمار الصناعية من قبل مرتكبي الجرائم لتسهيل ارتكابهم جريمة تحريض الشباب إلكترونياً على الإرهاب وتمكين تنظيم داعش من رفع راياته السوداء ومنشوراته في شوارع أوروبا وغيرها علناً كما حصل في باريس وسدني وغيرهما.

وكما هو معلوم إن للإرهاب أهداف مادية وأخرى معنوية ، فالأولى تنحصر في الدمار والتخريب والقتل والخطف بعيداً عن رقابة الجهات الأمنية المعنية بمكافحة الإرهاب أما الثانية فأنها تتحدد بحالة الذعر والفرع والخوف الناشئ عن الخطابات التي تبث على مواقع التواصل الاجتماعي والتي يتمكن من خلالها الإرهابيون من نشر المعلومات المضللة والصور والفيديوهات وتحريض الشباب إلكترونياً بآراء وأفكار جهادية تدعو للخروج عن القيم والثوابت الأساسية في المجتمع ، ولأجل تجفيف منابع الإرهاب لجأت معظم الدول اليوم الى فرض الرقابة الصارمة على شبكات التواصل الاجتماعي باعتبار انها من أهم الوسائل التي لجأت إليها الجماعات الإرهابية لتحقيق أهدافها التنظيمية والدعائية والاتصالية.

لذلك لم تعد شبكات التواصل الاجتماعي تستخدم لأغراض ذات فائدة كبيرة لا حصر لها وإنما أصبحت لها استخدامات سيئة وضارة يأتي في مقدمتها التحريض إلكترونياً على الممارسات الإرهابية ، ومن ثم فإن أهمية هذا النوع من التحريض تكمن في سهولة استخدامه كسلاح يقوم مستخدمه بتنفيذ المخططات الإرهابية وهو في مكان غير محدد سواء كان في المنزل او المقهى او المكتب ، لذلك فإن الإرهابي لا يحتاج الى العنف والقوة وإنما يتطلب فقط وجود حاسوب متصل بالشبكة المعلوماتية.

ويقوم البحث على فرضية مفادها ان هناك علاقة وثيقة ما بين حق الفرد في التعبير عن الرأي واستخدام الوسائل الإلكترونية لأجل ذلك ، وعليه فإن تجريم الاستخدام السيء لتلك الوسائل يعد خير ضمان للدولة في مكافحة الجرائم الإلكترونية فضلاً عن ضمان التوازن بين مصلحة الفرد في الاستفادة من شبكات التواصل الاجتماعي ومصلحة الدولة في محاربة من يستغل تلك الشبكات في نشر الفكر التكفيري والمتطرف بين أفراد المجتمع الواحد.

### ٣- أهداف البحث

لكل عمل غاية وهدف يسعى أي باحثٍ للوصول إليها من وراء بحثه ، ولهذا تسعى دراستنا لموضوع جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي الى بيان ما يأتي:

أ- بيان ماهية جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب من خلال الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل من مصطلحات التحريض والإلكتروني والإرهاب.

ب- بيان ماهي شبكات التواصل الاجتماعي التي تستخدم كأدوات لتحريض الشباب على التطرف ونشر مناهج التكفير بين أفراد المجتمع الواحد.

ج- التعرف على الطبيعة القانونية لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب من خلال شبكات التواصل الاجتماعي وبيان ذاتيتها التي تميزها عن جريمة التحريض التقليدية .

د- بيان التحليل القانوني لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي لمعرفة أركانها القانونية ومن ثم تحديد عقوباتها في التشريع العراقي والمقارن.

#### ٤- منهج البحث

تعتمد دراستنا لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي على المنهج الاستقرائي للنصوص الجزائية وبيان الرأي فيما نراه مناسباً لإظهار الجوانب الإيجابية والسلبية في التشريعات الجزائية العراقية كقانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ وقانون مكافحة الإرهاب العراقي لسنة ٢٠٠٥ وكيفية معالجتها للجريمة بعد إجراء المقارنة مع بعض التشريعات الخاصة لبعض الدول وصولاً الى هدف البحث المتمثل في إيجاد رؤية قانونية جنائية خاصة تتفق مع طبيعة الجريمة محل البحث فهي جريمة ذا طابع مشترك باعتبارها جريمة إرهابية وفي الوقت ذاته هي جريمة إلكترونية.

وسيتم في هذا البحث دراسة جريمة التحريض الإلكتروني عبر شبكات التواصل الاجتماعي في ظل بعض القوانين التي عالجت الجريمة كقانون مكافحة الإرهاب المصري والقانون الاتحادي الإماراتي ونظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي والقانون العربي الإسترشادي لمكافحة جرائم المعلوماتية الصادر عن الجامعة العربية فضلا عن الإشارة الى أحكام القانون العراقي .

#### ٥- خطة البحث

تم تقسيم موضوع البحث الى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول ماهية التحريض الإلكتروني على الإرهاب من حيث التعريف بالتحريض الإلكتروني بوسائل تقنية مستحدثة ، نتناول من خلالها التعريف بالجريمة وبيان طبيعتها القانونية ثم تحديد ذاتيتها ، وفي المبحث الثاني نتناول أركان هذه الجريمة وعقوباتها من خلال دراسة النصوص الخاصة بها في بعض التشريعات ومنها التشريع العراقي ، ثم نختم البحث بأهم النتائج التي تم التوصل اليها من خلال بحثنا للموضوع ، ثم تقديم التوصيات التي تتناول المعالجة القانونية للجريمة محل البحث .

### المبحث الأول: ماهية التحريض الإلكتروني على الإرهاب

ان البحث في جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي يقتضي قبل كل شيء دراسة مفهوم الجريمة من حيث بيان شبكات التواصل الاجتماعي ذات العلاقة بالجريمة محل البحث وذلك من خلال تعريفها وبيان خصائصها وطبيعتها القانونية ومن ثم التعرف على اهم شبكات التواصل الاجتماعي التي تستخدم كأدوات للتحريض على الإرهاب ، لذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين أساسيين وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول : مفهوم التحريض الإلكتروني على الإرهاب

إن تحديد مفاهيم المصطلحات يعد من الأساليب المنهجية المهمة في البحوث التي تتسم بالدقة والموضوعية، إذ يتم من خلال التعريف بأي موضوع تحديد إطار البحث وحدوده ونطاقه، لذا سوف نتناول تعريف جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب في الفرع الأول ، ثم نبين طبيعتها وذاتيتها المميزة في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: التعريف بالتحريض الإلكتروني على الإرهاب

لغرض التعرف على طبيعة جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي وتحديد خصائصها لا بد أولاً من التعرف على المقصود بالتحريض الإلكتروني على الإرهاب في اللغة وفي الاصطلاح وعلى النحو الآتي:

أولاً: تعريف التحريض الإلكتروني على الإرهاب في اللغة

لم نجد في كتب المعاجم اللغوية إشارة الى مصطلح التحريض الإلكتروني فهو مصطلح مركب من لفظين وهما التحريض والإلكتروني إذ يعود الأصل اللغوي لكلمة التحريض الى مفهوم الحث والتشجيع على الشيء والدفع اليه او القيام به<sup>(١)</sup> ، وتعد كلمات الدفع والحث والإغواء مرادفات لكلمة تحريض فلها الدلالة ذاتها والمعنى نفسه<sup>(٢)</sup>.

والتحريض كما يكون مقصوداً منه عمل الخير قد يكون مقصوداً منه عمل الشر فقد جاء في القرآن الكريم " فقاتل في سبيل الله لا تكلف إلا نفسك وحرّض المؤمنين عسى الله ان يكف بأس الذين كفروا والله أشد بأساً وأشد تنكيلاً "<sup>(٣)</sup> ، في حين يعد مصطلح الإلكتروني حديث النشأة ويراد به جسيمات دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة وشحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية<sup>(٤)</sup>، ومن ثم فإن مصطلح الإلكتروني هو الصفة المميزة لوسيلة إرتكاب التحريض على الإرهاب تقنياً ، أما مصطلح الإرهاب فهو يعد من المصطلحات قديمة الإستعمال في اللغة العربية وفي غيرها من اللغات ولفظ إرهاب معناه خوف وهي مصدر الفعل رهب رهب أي رهباً أي خاف ، والرهبه هي الخوف والفرع وهو راهب من الله أي خائف من عقابه وترهبه أي توعده<sup>(٥)</sup>.

### ثانياً: تعريف التحريض الإلكتروني على الإرهاب في الإصطلاح

لم نجد تعريفاً لمصطلح التحريض الإلكتروني على الإرهاب في الفقه والقانون والقضاء ، عدا التعريف الذي أورده الدكتور راشد الهاجري بأنه " إيجاد فكرة الاعتداء على أمن وسيادة السلطة الشرعية في ذهن الغير عن طريق الوسائل الإلكترونية والحث والتشجيع على ذلك عبر الحواسيب او اجهزة اخرى قارئة او مزودة ببرامج حاسوبية بإعطائها تعليمات خاصة من شأنها

(١) جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، ج ١ ، ١٩٣١ ، ص ٣٣.

٢ جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج ٣ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٢٦.

٣ سورة النساء / الآية (٨٢).

٤ المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية في القاهرة ، ط ٣ ، ج ١ ، مطبعة دار المعارف ، القاهرة ، ، ١٩٨٠ ، ص ٢٣.

٥ جمال الدين أبي الفضل ، لسان العرب ، مج ١ ، دار المعارف ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ١٣٧.

الاعتداء على السلطة وتهديدها" <sup>(١)</sup>، فهو مصطلح مستجد نسبياً رغم ان التحريض على الإرهاب يعد قديماً قدم التاريخ.

فباجتماع المفاهيم الثلاثة ساد اصطلاح التحريض الإلكتروني على الإرهاب والذي يمثل اليوم الوسيلة الآلية لحث أفراد مغرر بهم على إتباع فتاوى الجهاد المزعوم من قبل فئات الشر والتكفير من اجل التخطيط لإحداث الفزع والخوف والفوضى في المجتمع ، ولأجل تحديد المفهوم الاصطلاحي لمعنى التحريض الإلكتروني على الإرهاب لابد من الوقوف على معنى كل مفردة منه ومن ثم اقتراح التعريف الاصطلاحي له .

فبالنسبة للتحريض لم تتفق التشريعات على موقف موحد من تعريف التحريض فالبعض منها عرف التحريض وأخرى نصت عليه باعتباره صورة من صور الاشتراك ، فما يهمنا في هذا الصدد التشريعات التي عرفت التحريض ومنها مثلاً الفقرة الاولى

من المادة (٢١٧) من قانون العقوبات السوري التي عرفت المحرض بانه " كل من حمل او حاول ان يحمل شخصاً آخر بأية وسيلة كانت على ارتكاب جريمة " <sup>(٢)</sup>. وعرفت ايضاً المادة (٥٥) من قانون العقوبات القطري المحرض بأنه " كل من يغري او يحمل غيره بأية وسيلة من الوسائل على ارتكاب تلك الجريمة " وذات المسلك بالنسبة لقانون العقوبات البحريني وقانون العقوبات اليمني ، في حين أكتفت تشريعات أخرى باعتبار التحريض صورة من صور الاشتراك كالمادة (٤٠) من قانون العقوبات المصري والمادة (٤٨) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٤٨) من قانون العقوبات الكويتي والمادة (١٠) من نظام مكافحة الرشوة السعودي.

أما الفقه فلم يتفق على إيراد تعريف موحد للتحريض ، فمنهم من عرفه على انه خلق فكرة الجريمة لدى شخص ثم تدعيم هذه الفكرة كي تتحول الى تصميم على ارتكاب الجريمة <sup>(٣)</sup> ، وعرف كذلك التحريض بانه خلق العزم عمداً في ذهن الجاني على ارتكاب جريمة معينة <sup>(١)</sup> ،

(١) د. راشد الهاجري ، جريمة التحريض الإلكتروني ضد أمن الدولة ، ط١ ، ٢٠١٢ ص ٦٢.

(٢) المادة (٢١٦) من قانون العقوبات اللبناني والمادة (٨٠ و ٨١) من قانون العقوبات الأردني.

(٣) د. محمود نجيب حسني ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٢٨٥.

٢ د. فوزية عبد الستار ، المساهمة الجنائية في الجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٦٠.

كما وعرف أيضا على أنه أعمال من طبيعتها إحداث تأثير او ضغط على ارادة شخص وتفكيره للإيحاء إليه بفكرة الجريمة ودفعه الى ارتكابها<sup>(٢)</sup> .

أما بالنسبة لمصطلح إلكترون فإنه حديث النشأة وعرفته بعض التشريعات العربية بأسلوب غير دقيق ترجمةً حرفية لمصادر أجنبية ، فمثلاً عرفت المادة الأولى الفقرة (٩) من نظام التعاملات الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية السعودي بأنه " تقنية وسائل كهربائية او كهرومغناطيسية او بصرية او أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة " .

كما وعرفت الفقرة (١٠) من المادة الأولى التعاملات الإلكترونية بأنها: " أي تبادل او تراسل او تعاقد او أي إجراء آخر يبرم او ينفذ بشكل كلي او جزئي بوسيلة إلكترونية " ، أما مصطلح الإرهاب فقد كان محلاً لاجتهادات الفقهاء وكانت هناك مذاهب شتى ووضعو تعريفات مختلفة ومن ثم لم نجد تعريفاً محدداً للإرهاب نتيجةً للاجتهادات الفقهية المتشعبة في هذا المجال ، لذا ذهب البعض منهم بالرغم من عدم وجود تعريف جامع شامل له الى تحديد بعض سماته . فمنهم من عرف الإرهاب على أنه الاستخدام المنظم للعنف الذي يرمي الى تحقيق هدف سياسي وتقوم بممارسته منظمة سياسية ضد المواطنين لخلق جو من عدم الامن<sup>(٣)</sup> ، وعلى الرغم من بساطة هذا التعريف إلا انه يؤخذ عليه قصوره في عدم الإشارة الى أهداف الإرهاب الأخرى اذ ليس بالضرورة ان يكون هدف الإرهاب دائماً سياسياً فربما يكون الهدف تخريباً اقتصادياً او اجتماعياً او عسكرياً او تهديد مركز وسمعة الدولة المالية .

كما ويذهب اتجاه آخر في الفقه الى التركيز على الجانب الموضوعي في تعريف الإرهاب بأنه الاستخدام غير المشروع للعنف او التهديد به بواسطة فرد او مجموعة افراد او دولة ضد فرد او جماعة او دولة ينتج عنه رعب يعرض للخطر ارواحاً بشرية او يهدد حريات اساسية ويكون الغرض منه الضغط على الجماعة او الدولة لكي تغير سلوكها تجاه موضوع ما<sup>(٤)</sup> ، ويؤخذ على هذا التعريف انه ضيق من نطاق الإرهاب ذلك ان المصلحة المعتبرة بالحماية الجنائية ليست حياة الافراد وحررياتهم فحسب وانما هناك مصالح أخرى جديدة بأن تشمل بهذا التعريف .

<sup>٣</sup> أحمد علي المجذوب ، التحريض على الجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٤ .

<sup>٤</sup> صلاح الدين عامر ، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٤٨٦ .

<sup>(١)</sup> نبيل حلمي ، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٧ .

ومما سبق بيانه عن معنى مصطلحات التحريض و الإلكترون و الإرهاب في اللغة والاصطلاح يمكن استنباط واقتراح التعريف الاصطلاحي للتحريض الإلكتروني على الإرهاب بأنه: أسلوب لخلق فكرة الجريمة بشكل إلكتروني منظم لحث فئة من الأفراد ومن خلال الخطابات المنشورة إلكترونياً الداعمة للفكر المتطرف الى الخروج عن القيم والأعراف السامية والثابتة في المجتمع لأجل إشاعة سياسة القتل او التخريب او الإفساد بأي صورة من صوره او التهديد بشيء من ذلك إضراراً بمصالح الدولة الأساسية.

#### الفرع الثاني: تعريف شبكات التواصل الاجتماعي وبيان أنواعها

لقد اعتمدت الجماعات الإرهابية على الخطاب الإعلامي منذ نشأتها ، فاتجهت مؤخراً الى اعتلاء المنابر الإعلامية الجهادية على الإنترنت باستخدام الإمكانات العلمية والتقنية واستغلال وسائل الاتصال والشبكات المعلوماتية لحث وتشجيع الأفراد المؤيدين لهم على التضحية بالأموال والأنفس والدعم المعنوي للجماعات الإرهابية من خلال ما يعرف بالبيعة الافتراضية. ويتم التحريض الإلكتروني على الارهاب ابتداء بإنشاء مواقع على الإنترنت وهي مواقع آخذة بالازدياد مع ازدياد الجماعات الإرهابية حيث تجند عبر هذه المواقع عناصر إرهابية جديدة تساعد على تنفيذ أعمالها الإرهابية ، كما وتستخدم هذه المواقع في شن حرب نفسية ضد أعدائها وذلك عبر نشر معلومات مظللة او مغلوطة وبث الشبهات المرافقة لها .

#### أولاً: شبكة التواصل الاجتماعي في اللغة

ويعرف التواصل الاجتماعي في اللغة بأنه الوصل ضد الهجران ، وصل فلان رحمه يصلها صلةً ، ووصل الشيء بالشيء يصله وصلاً ، والتواصل ضد التصارم والوصل هي الرسالة التي ترسل الى الصديق<sup>(١)</sup> ، وعليه فإن التواصل في اللغة يعني الاقتران والاتصال والصلة والالتئام والجمع والإبلاغ والإعلام<sup>(٢)</sup> .

#### ثانياً: شبكة التواصل الاجتماعي في الاصطلاح

(١) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب ، ج ١١ ، دار صادر، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص ١٢٦ .

(٢) محمد بن محمد الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج ١٢ ، دار الهداية ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص ٨٧ .

تعرف شبكة التواصل الاجتماعي في الاصطلاح بأنها مجتمعات إلكترونية تقدم مجموعة من الخدمات التي من شأنها تشجيع عملية التواصل بين أعضاء الشبكة الاجتماعية من خلال إرسال الرسائل الفورية ومشاركة الأصدقاء بالصور والفيديو والروابط وإنشاء مناسبات او مجموعات تواصلية تعليمية او ترفيهية او ثقافية او اجتماعية<sup>(٣)</sup>، وعرفت كذلك بأنها شبكات اجتماعية تفاعلية تتيح التواصل لمستخدميها بنقل المعلومات والأخبار مع أناس آخرين في دوائرهم الاجتماعية بسرعة وفعالية<sup>(٤)</sup>، وتتخذ شبكات التواصل الاجتماعي في عالمنا المعاصر عدة أنواع أغلبها تتصل بالجريمة موضوع البحث وهي تشمل الفيس بوك واليوتيوب وتويتر، ويعد الفيس بوك من أكثر شبكات التواصل الاجتماعي استخداماً في تجنيد المتطرفين وتحريضهم على الممارسات الإرهابية، وغالباً ما تقوم الجماعات الإرهابية بإنشاء مجموعة (Group) على فيسبوك لجذب المتوافقين فكرياً معها او الشباب في أعمار مبكرة، حيث تركز المجموعة في طروحاتها على فكرة إنسانية بالأساس، ومع زيادة عدد الأعضاء المنتمين لهذه المجموعة فإن المواد الإرهابية يتم وضعها تدريجياً بطريقة لا تستهجن تلك الأفعال أو تدينها، ثم يتم بعد ذلك توجيه أعضاء المجموعة مباشرة إلى المواقع أو المنتديات المرتبطة بالجماعة الإرهابية، أما اليوتيوب فقد استخدم بصورة أساسية من جانب الجماعات الإرهابية بهدف التدريب وتجسد وظيفته الأساسية في استضافة الفيديوهات التي يقوم المشتركون بتحميلها على الموقع (Upload) وبعد ذلك تصبح متاحة للرؤية من قبل الجميع. وعلى الرغم من وجود عددٍ من القيود على الفيديوهات التي يمكن وضعها على اليوتيوب فإن نظام المراقبة لا يتم إلا بعد وضع الفيديو على هذا الموقع وهو ما يعني أنه لن يتم حذف الفيديو إلا إذا قام المشاهد للموقع بالإبلاغ عنه، ثم تتم بعد ذلك مراجعته وإزالته من قبل القائمين على الموقع مما يجعل هناك إمكانية لتوظيفه من قبل الجماعات الإرهابية قبل الجماعات الإرهابية،

(٣) محمد منصور، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على جمهور المتلقين، دراسة مقارنة للمواقع الاجتماعية والمواقع الالكترونية، رسالة ماجستير في الاعلام والاتصال مقدمة الى كلية الآداب والتربية - الأكاديمية العربية في الدنمارك، ٢٠١٢، ص ٢٥.

(٤) محمد منصور، مصدر سابق، ص ٢٦.

إذ يمكن تحميل فيديو لكيفية تصنيع قنبلة وتتم مشاهدته مئات المرات ونسخه قبل أن يتم حذفه من قبل إدارة الموقع<sup>(١)</sup>.

ويعد تويتر مصدراً معتمداً لدى الجماعات الإرهابية من بين بقية المنابر الاجتماعية كما أن التسجيل فيه مجاني عبر موقعه على الإنترنت وما على الراغب في استخدامه إلا أن يختار اسم مستخدم لنفسه وكلمة سر حتى يصبح حسابه مفتوحاً وفاعلاً فهو يعد مجالاً خصباً لبث الإرهاب والفكر المتطرف<sup>(٢)</sup>، ويتسم الاتصال عبر شبكة تويتر بصفات تأثيرية غير موجودة في غيره من حيث إتاحة الحوار وهذه صفة محببة لدى الشباب وخاصة من حُرِم منها حيث يستمع الى أصحاب الفكر المتحمس من الذين يتبنون الإرهاب دون رقيب يمنعه من الاستماع والمشاركة وتقبل التأجيج الفكري والحماس الحركي حسيماً يصوره لهم ارباب الفكر الخارجي المنحرف في أماكن افتراضية يستطيع المرء ان يسمع الى الشبهات وتتمكن من تغييره<sup>(٣)</sup>.

**المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لجريمة التحريض الإلكتروني وبيان وسائله**

إن البحث في الطبيعة القانونية لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب يعني التحري عن النظام القانوني الذي ينبغي أن تخضع له هذه الجريمة ، فضلاً عن بيان ذاتيتها وهذا ما سوف نبينه تباعاً في فرعين مستقلين:

**الفرع الأول: الطبيعة القانونية لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب**

ينتج عن الرأي السائد الى ان الطبيعة القانونية لجرائم تقنية المعلومات عموماً تتحدد من خلال المجال الذي ترتكب فيه فضلاً عن المحل الذي يقع عليه الاعتداء<sup>(٤)</sup>، ومن ثم يطرح التساؤل الاتي: هل تستدعي جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب قواعد قانونية خاصة تختلف عن القواعد العامة للتحريض على ارتكاب الجرائم التقليدية ؟

(١) سايمون كولن ، التجارة عبر الإنترنت ، ترجمة الى العربية يحيى مصلح ، بيت الأفكار الدولية ، أمريكا ، ٢٠١١ ، ص ٢٦.

(٢) عبد الله عبد الكريم ، جرائم المعلوماتية والانترنت ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٣٤.

(٣) سايمون كولن ، مصدر سابق ، ص ٢٨.

(٤) علي أحمد عبد الزعبي ، حق الخصوصية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٨.

إن الجرائم التي تستهدف المكونات غير المادية لأجهزة الحاسوب ووسائل الاتصال الأخرى كالهاتف النقال تتطلب معالجة تشريعية خاصة تنسجم مع طبيعتها التي تتمثل في سرعة شبكة المعلومات على نقل وتبادل البيانات ، الأمر الذي يطرح تساؤلاً هاماً حول طبيعة الخدمات والتطبيقات المتداولة في شبكات التواصل الاجتماعي ليتسنى معرفة ماهية النصوص أو القوانين التي ينبغي تطبيقها على خدمات نشر وتبادل المعلومات فهل تدخل ضمن احكام خدمات البريد او النخابر الخاص ام انها تدخل ضمن مفهوم الصحافة والمطبوعات او الوسائل السمعية والبصرية وما شابه ذلك أم تعد فضاءً جديداً للمعلومات تستدعي معاملة جنائية خاصة لا علاقة لها بشبكة البريد والاتصالات ، ومن ثم تتطلب قواعد وأحكام خاصة بالمسؤولية الجزائية التي يفترض تطبيقها على الأشخاص المسؤولين عن نشر سموم التحريض على الارهاب بشتى صوره ومن ثم تجنيد المتعاطفين معهم والمؤيدين لهم ؟

في الواقع إن جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب شأنها شأن جرائم المعلوماتية الأخرى تتخذ لها طبيعة خاصة من حيث تكييفها القانوني لأنها تتعلق بالنظام الآلي لمعالجة المعلومات، ومن ثم فإن النصوص النافذة غير قادرة او عاجزة عن التطبيق على الأنماط الجديدة من الجرائم المستحدثة ، وهذا ما ذهب اليه غالبية الفقه سيما فقهاء قانون أمن المعلومات<sup>(١)</sup> ، مما يستلزم تشريع قوانين خاصة لحماية أفراد المجتمع من الانجرار وراء أهواء وأفكار الجماعات الإرهابية والحفاظ على أمن واستقرار المجتمع ، ولم يقتصر ذلك على القواعد الموضوعية فحسب بل القواعد الإجرائية سيما ما يتعلق منها بإثبات جريمة التحريض الإلكتروني كالحصول على أثر مادي اذ يمكن للجاني محو أدلة الإدانة وتدميرها في وقت قصير وخاصة في حالة تفتيش شبكات التواصل الاجتماعي محل جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب ، فضلاً عن إن البيانات التي يجري البحث عنها مشفرة ولا يعرف الدخول اليها من خلال احد العاملين على شبكة التواصل الاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

(١) د. جميل عبد الباقي الصغير، المواجهة الجنائية لقرصنة البرامج التلفزيونية المدفوعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ،

ص ١١ .

(٢) د. هلال عبد الإله ، التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٦٦ ، علي أحمد عبد الزعي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد إذ تبرز صعوبة أخرى تتعلق في عدم إمكانية ملاحقة الجناة في جريمة التحريض الإلكتروني الذين يقيمون في دول أخرى لا تربطها اتفاقية بالدولة التي تحقق فيها النشاط الجرمي أو جزء منه ، لذلك فإن هذه الجريمة تعد ذات طبيعة قانونية خاصة لا تنسجم مع القواعد التقليدية للجرائم<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثاني: ذاتية جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب

لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب خصائص تميزها عن جريمة التحريض التقليدية على الإرهاب وسوف نحاول تسليط الضوء عليها وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: من حيث النطاق المكاني لارتكابها

تتسم جريمة التحريض الإلكتروني بسرعة نقل المعلومات وإمكانية القيادة والتوجيه والحث عن بعد ، لذلك صنف على أنها من الجرائم عابرة الحدود إذ غالباً ما يكون الجاني المحرض في بلد والمجنى عليه في بلد آخر وقد يكون الضرر المحتمل في بلد ثالث<sup>(١)</sup> ، بخلاف جريمة التحريض على الإرهاب التقليدية التي لا تستلزم وجود المحرض في بلد والمحرّض في بلد آخر وإنما كل ما يتطلبه الأمر وقوع الجريمة بناء على هذا التحريض.

#### ثانياً: من حيث إمكانية الإثبات الجنائي

تتسم جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب بصعوبة إثباتها بخلاف جريمة التحريض على الإرهاب التقليدية، إذ لا يمكن في أكثر الأحيان العثور على أثر مادي للتحريض ، ذلك لأن المعلومات التي يجري البحث عنها تكون مشفرة ولا يمكن الدخول إليها إلا من قبل صاحبها<sup>(٢)</sup>، فهي لا تترك أي أثر خارجي ومرئي لها فضلاً عن أن المحرض يستخدم وسائل فنية وتقنية معقدة لا تستطيع الجهات المختصة التحري وجمع الأدلة وتحليلها كما ويتمثل السلوك

<sup>(٢)</sup> يوسف عرب ، ورقة عمل بعنوان " التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية " مقدمة الى مؤتمر ومعرض التكنولوجيا المصرفية العربية والدولية ، الأردن ، ٢٠٠٢ ، ص٤.

<sup>(٣)</sup> أسامة أحمد المناعسة ، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت ، ط ١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص١٠٥.

<sup>(١)</sup> شمس الدين إبراهيم احمد ، وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مجال تقنية المعلومات في القانون المصري والسوداني - دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص١٠٥ ، محمد عبد الله ابو بكر ، موسوعة الجرائم المعلوماتية ، جرائم الكمبيوتر والانترنت ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٩٧.

المكون للركن المادي فيها بعمل سريع قد لا يستغرق بضعة ثواني ، فضلاً عن إمكانية محو الأثر والتلاعب فيه ومن ثم لا يكون من السهل إثبات وقوع هذه الجريمة ، بخلاف جريمة التحريض على الإرهاب التقليدية<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: من حيث طبيعة الجهد المبذول من المُحرِّض

بخلاف جريمة التحريض على الإرهاب التقليدية تتسم جريمة التحريض الإلكتروني بأنها أخف جهداً وأقل عنفاً ، فهي لا تحتاج الى مجهود عضلي وإنما تعتمد على مجهود ذهني والمعرفة الدقيقة بتقنيات الحاسوب ، إذ لا يوجد شعور بعدم الأمان اتجاه المحرض في مجال المعالجة الآلية للمعلومات باعتبار ان مرتكبها ليسوا من محترفي الإجرام بصيغتها المتعارف عليها<sup>(٢)</sup>، حيث يقتصر الأمر على نشر الصور والفيديوهات والخطابات الدينية او السياسية المحرّضة على الخروج عن القيم والأعراف السائدة في المجتمع.

### المبحث الثاني: صور لجريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب

يعد مبدأ حرية الاتصال ونقل المعلومات بين الأفراد من أبرز الحريات الأساسية التي نصت عليها دساتير أغلب دول العالم اليوم وسنت القواعد المنظمة لحماية الأفراد لحرياتهم في هذا المجال مع اتخاذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون التجاوز على حق الانسان في التعبير عن الرأي.

بيد أن كفالة الحماية لحق الإنسان في التواصل الاجتماعي مع غيره عبر الشبكات الإلكترونية لا يعني منحهم حرية مطلقة في استخدام هذه الشبكات لأغراض أخرى قد تخرج عن حرية التعبير عن الرأي إذا كان من شأنها الإضرار بأمن واستقرار المجتمع ، ومن هنا يتدخل المشرع لحماية المصالح العليا للمجتمع إذا ما تعارضت معها مصالح الأفراد الشخصية ، مع ضرورة الموازنة بين هاتين المصلحتين ، لذلك سوف نتناول في مطلبين مستقلين صوراً لجريمة التحريض الإلكتروني على الارهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي ، وذلك على النحو الآتي:

<sup>٢</sup> د. هشام محمد فريد ، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية ، ط ١ ، مكتبة الآلات الحديثة ، أسيوط ، ١٩٩٤ ، ص ٨٢.

<sup>٣</sup> د. عبد الستار الكبيسي ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن استعمال الحاسوب ، سلسلة المائدة الحرة من ندوة القانون والحاسوب ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ١٢٧.

**المطلب الأول: إنشاء أو استخدام موقع على شبكة من شبكات الاتصال لترويج الأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية**

تنسم جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب بأنها من الجرائم المستترة المُحرض فيها فئة من المتعاطفين مع الجماعات الارهابية ويتجسد الأنموذج القانوني في هذه الجريمة بإنشاء أو استخدام موقع على شبكة من شبكات الاتصال أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها بغرض الترويج للأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية ، وذلك في ظل بعض التشريعات الخاصة ، وسنوضح في هذا المطلب أركان هذه الجريمة في ظل هذه التشريعات وذلك من خلال تقسيمه الى فرعين نتناول في الفرع الأول أركان الجريمة المذكورة وفقاً للأنموذج القانوني والعقوبة المقررة لهذه الجريمة في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول: أركان جريمة إنشاء أو استخدام موقع على شبكة من شبكات الاتصال لترويج الأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية**

لقد عالجت تشريعات كل من الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب وفقاً لا نموذجها القانوني الذي يتجسد بإنشاء أو استخدام موقع على شبكة من شبكات الاتصال أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها للترويج عن الأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية.

فقد نصت المادة (٢١) من القانون الاتحادي الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦ بأنه "كل من أنشاء موقعاً أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو احدى وسائل تقنية المعلومات لجماعة إرهابية تحت مسميات تمويلية لتسهيل الاتصال بقياداتها أو أعضائها أو ترويج أفكارها أو تمويلها أو نشر كيفية تصنيع الأجهزة الحارقة أو المتفجرة أو اية ادوات تستخدم في الاعمال الارهابية....." ونصت المادة (٧) من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي لسنة ٢٠٠٤ بأنه "كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم المعلوماتية الآتية: ١- إنشاء موقع لمنظمات إرهابية على الشبكة المعلوماتية أو احدى أجهزة الحاسب الآلي أو نشره لتسهيل الاتصال بقيادات الأجهزة الحارقة أو المتفجرات أو أي أداة تستخدم في الاعمال الارهابية...".

ونصت المادة (٢٩) من قانون مكافحة الإرهاب المصري المعدل لسنة ٢٠١٥ بأنه "كل من أنشأ أو استخدم موقعاً على شبكات الاتصالات أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها لغرض الترويج للأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية أو لبث ما يهدف إلى تضليل السلطات الأمنية أو التأثير على سير العدالة في شأن أي جريمة إرهابية أو لتبادل الرسائل وإصدار التكاليفات بين الجماعات الإرهابية أو المنتمين إليها أو المعلومات المتعلقة بأعمال أو تحركات الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية في الداخل والخارج " .

كما نصت المادة (١٥) من مشروع قانون الجرائم المعلوماتية العراقي لسنة ٢٠١٢ بصدد الجرائم المتعلقة بالإرهاب والمرتكبة بواسطة تقنية المعلومات بأنها تشمل "أ- نشر أفكار ومبادئ جماعات إرهابية والدعوة إليها ، ب- تمويل العمليات الإرهابية والتدريب عليها وتسهيل الاتصال بين التنظيمات الإرهابية ، ج- نشر طرق صنع المتفجرات والتي تستخدم في عمليات إرهابية ، د- نشر النعرات والفتن والاعتداء على الأديان والمعتقدات " .

يتضح من المواد المذكورة ان الأنموذج القانوني للجريمة يتطلب أمرين: الأول يتجسد بارتكاب سلوك حددته نصوص المواد آتفة الذكر بإنشاء موقع أو استخدام موقع موجود أصلاً على الشبكة المعلوماتية لنشر بحيث يكون من شأنه تهديد الوحدة الوطنية وسلامة المجتمع ويمس أمن الدولة واستقرارها او يضعف من قدرة الأجهزة الأمنية في الدفاع والحفاظ على أمن المواطنين وممتلكاتهم وحدود الدولة ومؤسساتها والثاني بث ونشر سموم التطرف والتكفير من خلال مواقع التواصل الاجتماعي بين فئات المجتمع الواحد بأسلوب إلكتروني وتحريضهم على الجهاد الوهمي وفقاً لمفاهيم لا تمت للإسلام بصلة وعموماً تطلب المشرع في الأنموذج القانوني لقيام الجريمة المذكورة تحقق الأركان الآتية:

### أولاً: الركن المادي

يتخذ الركن المادي في هذه الجريمة صورة السلوك وهو قيام الجاني المُحرَض بفعلٍ يتمثل بإنشاء او استخدام موقع على شبكة من شبكات الاتصال أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها للترويج عن الأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية.

أما النتيجة الجرمية فهي مفترضة لا يشترط فيها تحقق الضرر بل يكفي لقيام الجريمة ان يكون هناك عدوان محتمل على المصلحة المحمية قانوناً والتي تتخذ فيها النتيجة مدلولاً قانونياً وليس مادياً<sup>(١)</sup>.

والمصلحة المعتبرة عليها في هذه الجريمة تتجسد في تهديد الوحدة الوطنية او أمن الدولة او أمن المواطنين او حدود الدولة ومؤسساتها<sup>(٢)</sup> وهي مصلحة معنوية يغلب عليها الصفة العامة دون الصفة الخاصة .

وعليه تعد هذه الجريمة من جرائم الخطر يتحقق فيها الأنموذج القانوني رغم انتفاء تحقق الضرر حيث يعاقب عليها المشرع لمجرد احتمال حدوث الضرر<sup>(٣)</sup>.

لذا فهي لا تصنف ضمن جرائم الضرر التي يفترض فيها الأنموذج القانوني ان يرتب سلوك الجاني ضرراً وهذا ما تم ملاحظته في نصوص التشريعات آتفة الذكر التي جرمت وعاقبت على فعل إنشاء او استخدام موقع إلكتروني للترويج عن الأفكار او المعتقدات الداعية الى ارتكاب أعمال إرهابية ، وعليه فإن وسيلة ارتكاب هذه الجريمة هي الموقع الإلكتروني وهو مكان إتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية من خلال عنوان محدد<sup>(٤)</sup> ، وتشتمل هذه المعلومات بالبيانات او الأوامر او الرسائل او الأصوات التي تعد او التي سبق إعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي كالأرقام والحروف والرموز وغيرها<sup>(٥)</sup> ، ومن مقتضى إنشاء او استخدام الموقع

(١) ويراد بالمدلول المادي للنتيجة الجرمية التغير الذي تحدثه الجريمة في العالم الخارجي كأثر للسلوك ، بخلاف المدلول القانوني فهو كل اعتداء على المصلحة التي قرر القانون حمايتها وهذه النتيجة في مدلولها القانوني تعد عنصراً في الركن المادي لأية جريمة ، هدى سالم أحمد ، التكليف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٤ .

(٢) المادة (٣) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي .

(٣) د. عبد الباسط محمد سيف الحكيمي ، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام ، ط ١ ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠٢ ، ص ٩٥ .

٤ المادة (١) من القانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات ، والمادة الأولى الفقرة (١٠) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي.

١ المادة الأولى الفقرة (٤) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي.

الإلكتروني ان يكون متاحاً للجميع وبشكلٍ علني ، ذلك لأن الموقع قانوناً يمثل مكان إتاحة المعلومات او البيانات على الشبكة المعلوماتية من خلال عنوان محدد .

ويراد بنشر المعلومات من حيث المبدأ عرض الأفلام او الصور او الرسائل التي تروج لتنفيذ الأعمال الإرهابية التي تقوم بها الجماعات الإرهابية والتي يتم الترويج لها من خلال الإعلام المركزي لتنظيم داعش ومنها مركز ((الفجر للإعلام)) ومؤسسة ((الفرقان الإعلامية)) والتي تعد وسيلة أساسية وشبه وحيدة في الترويج والنشر لأفكاره ومنهجه ، وقد ذكر تقرير حديث لقناة السبي إن أي إخبارية ان تنظيم داعش يقوم بنشر أو يعيد نشر ما يزيد على ٩٠ ألف مادة إعلامية ودعائية يومياً في وسائل التواصل الاجتماعي لغرض التجنيد والدعاية ولحشد المقاتلين الأجانب وتخويف القوى المنافسة ومن ثم أصبح تأثير هذا التنظيم بعيد المدى ، كما لم يعد جمهوره يقتصر على المسلمين وحدهم فأشرطة الفيديو الخاصة به يتم بثها على شاشات التلفزيون الغربي .

وعليه فإن هذه الجريمة ينبغي ان ترتكب عن طريق الشبكة المعلوماتية العالمية او المحلية ، ولا يمنع من استخدام الهاتف النقال (الموبايل) في أعمال النشر إذ لم يعد يقتصر على الاتصال الصوتي فحسب بل أصبح للأجهزة الحديثة منه عدة خدمات في هذا المجال .

#### ثانياً: الركن المعنوي

إن إنشاء او استخدام موقع إلكتروني للترويج عن الأفكار او المعتقدات الداعية الى ارتكاب أعمال إرهابية هي من الجرائم العمدية ذات القصد الجنائي العام تقوم على عنصرين العلم والإرادة ، أي علم الجاني بأنه يقوم بإنشاء او استخدام موقع إلكتروني لنشر المعلومات ومن أي مكان وان تنصرف الإرادة الى هذه الأعمال ، أما الباعث الذي دفع المحرض لارتكاب هذه الأفعال فلا عبرة لها في القانون وهذا تطبيق لنص المادة (٣٨) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على انه " لا يعتد بالباعث مالم ينص القانون على خلاف ذلك " .

وعليه فإذا كان الجاني يعتقد أنه يقوم بعمل مشروع ليس فيه مساس بالوحدة الوطنية او سلامة المجتمع او يمس بأمن الدولة واستقرارها او يضعف من قدرة الأجهزة الأمنية في الدفاع

والحفاظ على أمن المواطنين وممتلكاتهم وحدود الدولة ومؤسساتها فلا تقع هذه الجريمة لانتفاء الركن المعنوي فيها.

### ثالثاً: عقوبة الجريمة

لم تتخذ التشريعات العربية موقفاً موحداً من العقاب على هذه الجريمة الى بل انقسمت الى قسمين بشأن العقاب على هذه الجريمة ، فالبعض منها تعامل معها باعتبارها من قبيل جرائم المعلوماتية كما هو الحال في دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية والأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، في حين تعامل المشرع المصري مع هذه الجريمة بشكل مغاير فتارة اعتبرها من قبيل الجرائم الإرهابية وفقاً لأحكام المادة (٢٩) من قانون مكافحة الإرهاب المعدل لسنة ٢٠١٥ وتارة أخرى اعتبرها من قبيل جرائم المعلوماتية ونص عليها في المادة (١٤) من مشروع مكافحة جرائم المعلوماتية لسنة ٢٠١٥.

أما المشرع العراقي فلم ينص على هذا النوع من الجرائم وأكتفى باعتبارها من قبيل الجرائم الإرهابية ، ولم يتطرق لها في مشروع قانون جرائم المعلوماتية لعام ٢٠١٢ مما يشكل ذلك عيباً تشريعياً ينبغي على المشرع العراقي الوقوف بحزم إزاء هذه الجريمة .

فقد عاقب المشرع الإماراتي وفق المادة (٢١) من القانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات "كل من أنشاء موقعاً او نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية او احدى وسائل تقنية المعلومات لجماعة إرهابية تحت مسميات تموهية لتسهيل الاتصال بقياداتها او أعضائها او ترويج أفكارها او تمويلها او نشر كيفية تصنيع الاجهزة الحارقة او المتفجرة او أية ادوات تستخدم في الاعمال الارهابية بالحبس مدة لا تقل عن خمس سنوات " .

والملاحظ على هذه العقوبة إنها خفيفة وتعد من قبيل الجرح ومن ثم فإنها لا تنسجم مع طبيعة هذه الجريمة التي تعد أسلوب جديد من أساليب ارتكاب الجرائم الإرهابية ، عليه ندعو المشرع الإماراتي الى تغليظ عقوبة المحرض في هذه الجريمة في سبيل الحد من ارتكاب هذه الجريمة ، كما ندعو المشرع الإماراتي الى فرض عقوبة الغرامة ومصادرة الموقع وفقاً لألية معدة من هيئات الاتصال وتقنية المعلومات .

بخلاف ذلك جعل مشروع القانون العربي الإسترشادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وما في حكمها في المادة (٢١) عقوبة الجريمة من قبيل الجنايات لتصل الى السجن كل من إنشاء موقعاً او نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية او احدى وسائل تقنية المعلومات لجماعة إرهابية تحت مسميات تمويهية لتسهيل الاتصال بقياداتها او أعضائها او ترويج أفكارها او تمويلها او نشر كيفية تصنيع الاجهزة الحارقة او المتفجرة او اية ادوات تستخدم في الاعمال الارهابية.

وفي الاتجاه نفسه شدد المشرع السعودي عقوبة كل شخص يرتكب أياً من الجرائم المعلوماتية الآتية: ١- إنشاء موقع لمنظمات إرهابية على الشبكة المعلوماتية او احد أجهزة الحاسب الآلي او نشره لتسهيل الاتصال بقيادات الأجهزة الحارقة او المتفجرات او أي أداة تستخدم في الأعمال الإرهابية بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تزيد على خمسة ملايين ريال او ياحدى هاتين العقوبتين<sup>(١)</sup>.

يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنين كل من أنشأ أو استخدم موقعاً على شبكات الاتصالات أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها بغرض الترويج للأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية أو لبث ما يهدف إلى تضليل السلطات الأمنية أو التأثير على سير العدالة في شأن أي جريمة إرهابية أو لتبادل الرسائل وإصدار التكاليفات بين الجماعات الإرهابية أو المنتمين إليها أو المعلومات المتعلقة بأعمال أو تحركات الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية في الداخل والخارج .

أما المشرع العراقي فلم يكن له موقف محدد من هذه الجريمة في المادة (١٥) من مشروع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية رغم انه حدد الغاية من النشر على الشبكات المعلوماتية إلا انه لم يحدد عقوبة مرتكبي هذه الجريمة واكتفى بالنص عليها ضمن قانون مكافحة الارهاب وتطبيق القواعد العامة في المساهمة الجنائية وأعتبرها من صور المساهمة التبعية ممثلةً بالتحريض ويمكن استنباط هذا الحكم من نص المادة (٣) من قانون مكافحة الإرهاب التي جاءت بمنطوق مطلق والمطلق يؤخذ على إطلاقه حيث ورد فيها بأنه: تعتبر بوجه خاص

(١) وفي ذات الاتجاه المادة (١١) من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي.

الأفعال الآتية: من جرائم أمن الدولة"١- كل فعل ذو دوافع إرهابية من شأنه تهديد الوحدة الوطنية وسلامة المجتمع ويمس أمن الدولة واستقرارها او يضعف من قدرة الأجهزة الأمنية في الدفاع والحفاظ على أمن المواطنين وممتلكاتهم وحدود الدولة ومؤسساتها سواء بالاصطدام المسلح مع قوات الدولة او أي شكل من الأشكال التي تخرج عن حرية التعبير التي يكفلها القانون".

وعاقب المشرع المصري على هذه الجريمة بوصفها من قبيل الجرائم الإرهابية بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنين كل من أنشأ أو استخدم موقعا على شبكات الاتصالات أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها بغرض الترويج للأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية أو لبث ما يهدف إلى تضليل السلطات الأمنية أو التأثير على سير العدالة في شأن أي جريمة إرهابية أو لتبادل الرسائل وإصدار التكاليفات بين الجماعات الإرهابية أو المنتمين إليها أو المعلومات المتعلقة بأعمال أو تحركات الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية في الداخل والخارج .

يتضح مما تقدم إن التشريعات العربية لم تتخذ موقفاً موحداً من إنشاء أو استخدام مواقع على شبكات التواصل الاجتماعي لبث وترويج أفكار التطرف والتكفير ، فالبعض منها تعامل معها بأنها من قبيل الجرائم الإرهابية مع إمكانية تطبيق نصوص قانون مكافحة الإرهاب السارية عليها احتراماً لمبدأ الشرعية الذي يمنع القياس في التجريم الأمر الذي سيؤدي الى فراغ تشريعي خطير لربما يؤدي الى إفلات مرتكبيها من العقاب نظراً لعدم وضوح طبيعة جرائم المعلوماتية لدى رجال القانون والقضاء .

في حين أستشعر المشرع في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية ودولة الكويت وسائر دول العالم منذ بدء الألفية الجديدة بضرورة ان يواكب التطور السريع المتلاحق في عالم الجريمة والذي أتى وليداً للثورة التي حدثت في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات حتى لا تتخلف في هذا المضمار عن الركب العالمي السائر .

لذلك ندعو المشرع العراقي بأن يحذو حذو التشريعات العربية التي تعاملت مع هذه الجريمة باعتبارها من قبيل جرائم المعلوماتية القائمة بذاتها وليست من قبيل الجرائم الإرهابية كونها من الجرائم ذات الأركان المادية الجديدة وغير المألوفة للقضاء الجنائي وعدم جواز خلطها

بالجرائم التقليدية ومنها الجرائم الارهابية التي قد تكون وسيلة الاتصال الحديثة مجرد أداة لارتكابها ليس أكثر .

وأسوة بموقف المشرع العراقي من تجريم وعقاب تمويل الإرهاب باعتباره جريمة مستقلة قائمة بذاتها حينما عاقب عليه بالسجن المؤبد وفقاً لنص المادة (٣٧) من قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ رغم أنه صورة من صور الاشتراك المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون مكافحة الإرهاب رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥ ، نرى من الأجدر أن ينص عليه المشرع العراقي بنص خاص يعاقب عليه بالسجن المؤبد في مشروع قانون الجرائم المعلوماتية .

### المطلب الثاني: جريمة الامتناع عن حجب الشبكات الإلكترونية المحرصة على الإرهاب

نصت المادة (١٩) من قانون العقوبات العراقي على إن "الفعل هو كل تصرف جرمه القانون سواء أكان إيجابياً أو سلبياً كالترك أو الامتناع مالم يرد نص على خلاف ذلك " . عليه فإن الامتناع سلوك إرادي يمثل الصورة السلبية والشكل السلبي للسلوك الإنساني ومن ثم فإن الامتناع من وجهة النظر القانونية هو توقف عن الحركة أو القيام بحركة مغايرة لما هو مفروض على الإنسان أن يقوم به ، وعليه فإن الجريمة موضوع البحث تعد من الجرائم السلبية<sup>(١)</sup> .

ونظراً لما شاع في المدة الأخيرة من قيام بعض المجرمين باستخدام وتسخير شبكات المعلومات من أجل بث مواد دعائية تهدف الى الإضرار بأمن الوطن وسلامته ، فقد أفرد المشرع المصري في المادة (١٩) من مشروع مكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة ٢٠١٥ حكماً يسمح بحجب أو غلق المواقع أو الروابط التي تبث على شبكة المعلومات وتمثل تهديداً للأمن الوطني وجعل القول الفصل في المنع أو الحجب في يد القضاء دون غيره بأن

(١) د. محمود نجيب حسني ، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص١٢٣ .

اختص بالنظر في هذا الأمر والبت فيه محكمة الجنايات منعقدة في غرفة مشورة بعدما يرفع إليها الطلب عن طريق النيابة العامة .

وجرم المشروع أيضاً حالة امتناع مزود الخدمة عن تنفيذ قرار محكمة الجنايات بحجب أحد المواقع او الروابط المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (١٩) من المشروع .

يستفاد من النص المذكور إن المشرع المصري قد تطلب وقوع فعل الامتناع عن حجب المواقع او الروابط المذكورة التي قد تروج لعمليات إرهابية تضر بالأمن الوطني للبلاد ، وسنوضح في هذا المطلب أركان هذه الجريمة في ظل هذه التشريعات وذلك من خلال تقسيمه الى فرعين نتناول في الفرع الأول أركان الجريمة المذكورة وفقاً للأنموذج القانوني والعقوبة المقررة لهذه الجريمة في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول:** أركان جريمة الامتناع عن حجب الشبكات الإلكترونية المحرصة على الإرهاب

لم يكتفي المشرع المصري بخلاف المشرع الإماراتي والسعودي والكويتي بتجريم إنشاء او استخدام موقعاً من المواقع الإلكترونية على شبكات الاتصال أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها لغرض الترويج للأفكار أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية فحسب بل توسع وتميز عما سواه لدرجة تجريم كل من يمتنع عن حجب غلق المواقع او الروابط التي تبث على شبكة المعلومات والتي تمثل تهديداً للأمن الوطني سيما التي تبث وتحفز على تنفيذ عمليات إرهابية داخل جمهورية مصر نظراً لما تشكله جرائم تقنية المعلومات من خطورة غير مسبوقة في المجال الجنائي وما ينجم عنها في الكثير من الأحيان من آثار بالغة السوء صعبة التدارك على الأفراد والأموال والمجتمع بأسره وما يتعين ان يقابله من تشديد من جانب المشرع .

أما المشرع العراقي فإنه لم يعالج مسألة عدم امتثال الجهات المسؤولة عن الشبكات المعلوماتية لأوامر السلطات المختصة بحجب المواقع الإلكترونية المحرصة على الممارسات الإرهابية رغم إن البرلمان العراقي أصدر قراراً في جلساته (٣٩) من الفصل التشريعي الأول للسنة التشريعية الثانية التي عقدت في عام ٢٠١٥ يحجب بموجبه مواقع تنظيم داعش في

كافة الشبكات العنكبوتية والمواقع المحرّضة او الممجّدة او المروّجة او المبرّرة للجرائم الإرهابية مع شمول القنوات الفضائية ووسائل الإعلام الأخرى بهذا الحجب ، تزامناً مع موافقة مجلس النواب الفرنسي على مادة مثيرة للجدل من قانون مكافحة الإرهاب تجيز حظر مواقع على الإنترنت تدافع عن الإرهاب وسيكون بوسع الحكومة الفرنسية أن تطلب من مزودي الإنترنت منع الوصول إلى هذه المواقع على غرار القانون الذي يحظر المواقع التي تتضمن مواد إباحية بشأن القاصرين.

لذلك ندعو المشرع العراقي الى أفراد نص خاص في مشروع قانون جرائم المعلوماتية القادم يجرّم الامتناع عن حجب المواقع المحرّضة او الممجّدة او المروّجة او المبرّرة للجرائم الإرهابية كونها تمثل تهديداً للأمن الوطني. وعموماً تطلب المشرع المصري في الأنموذج القانوني لقيام الجريمة ثلاثة أركان وهي:

#### أولاً: الركن المادي

يتخذ الركن المادي في هذه الجريمة صورة الامتناع عن القيام بسلوك يأمر به القانون ويتمثل بحجب المواقع الإلكترونية المحرّضة على الممارسات الإرهابية كالتحريض على اغتيال الشخصيات السياسية والأمنية او تقويض النظام السياسي في البلاد او القيام بإعمال التفجير لزعزعة الأمن او تدمير المنشآت الحيوية والمرافق العامة والمقار الدبلوماسية او اغتيال رعايا الدول الأخرى انتقاماً من سياسة دولهم ضد المسلمين وزعزعة العلاقات بين الدولتين او اختطاف وسائل النقل العامة او تفجيرها .

وبتطبيق ذلك على جريمة الامتناع عن حجب المواقع الإلكترونية المحرّضة والممجّدة للإرهاب بشكل مباشر او غير مباشر يتضح إنها تتضمن ركناً مادياً يتكون من ثلاثة عناصر الامتناع والنتيجة الجرمية وعلاقة سببية بينهما ، وسنوضح ذلك وعلى النحو الآتي:

#### ١- فعل الامتناع

يشترط لقيام جريمة الامتناع عن حجب شبكات المواقع الإلكترونية المحرصة على الارهاب تحقيق نشاط معين يتمثل في إحجام شخص طبيعي او معنوي يزود المستخدمين بخدمات للتواصل بواسطة تقنية المعلومات عن اتيان فعل ايجابي يجدر القيام به كواجب قانوني بافتراض قدرته عليه ويشمل ذلك من يقوم بمعالجة او تخزين المعلومات نيابة عن مقدم خدمة الاتصال او المعلومات ، إذن جوهر هذه الجريمة يتمثل في وجود واجب يفرضه القانون عن طريق النص على عقاب مجرد الامتناع عن القيام بفعل معين وهو حجب المواقع الإلكترونية المحرصة على الإرهاب ، فاذا تحقق الامتناع او الإحجام عن القيام بهذا الواجب تحققت أركان هذه الجريمة لأن القانون قواعده آمرة وعندما يأمر بإتيان عمل يكون الامتناع عن إتيانه جريمة سلبية.

وقد عبر المشرع المصري في المادة (٢٠) من مشروع قانون مكافحة جرائم المعلوماتية عن هذا الامتناع من خلال مخالفة مزود الخدمة تنفيذ القرار الصادر عن محكمة الجنايات ، أي بمعنى ينبغي ان يكون هناك قرار قضائي صادر بالحجب غير قابل للطعن به وفقاً لحكم المادة (١٩) من المشروع اذا ما رصدت جهات التحري والضبط المختصة قيام مواقع تبث من داخل جمهورية مصر او خارجها اية عبارات او ارقام او صور او افلام او اية مواد دعائية او غيرها من شأنها تهديد الامن القومي ، وينبغي أن تكون لدى الجاني اذا كان شخصاً طبيعياً إرادة واعية عند إتيان سلوك الامتناع دافعة لأعضاء جسمه تدفعه للتخلي عن القيام بالنشاط المطلوب او إرادة معبرة عنه اذا كان شخصاً معنوياً<sup>(١)</sup> ، لذلك عرفت الحالة السلبية بأنها نوع من عدم التعاون وعدم وجود الامتناع في موقف يتطلب المسايرة<sup>(٢)</sup>.

ومن ثم فإن جوهر الامتناع هو إمساك عن الحركة بواسطة الإرادة يترتب عليه أثر معين يتمثل إما في ضرر يلحق مصلحة يحميها القانون او تهديد بخطر المساس بالحقوق او المصلحة المحمية<sup>(٣)</sup>، وعليه فإن الامتناع هو ارتكاب فعل مخالف لما تأمر به القاعدة الجنائية<sup>(٤)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات-القسم العام ، ط٣ ، مطبعة دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص٢٥٨.

(٢) د. محمد عاطف غيث ، قاموس علم الاجتماع ، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص٣٠٣.

(٣) د. محمود نجيب حسني ، الاعتداء على الحياة في التشريعات العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٣٥.

(٤) يسر أنور علي ، النظريات العامة للقانون الجنائي ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص٢٤٨.

وبعد مزود خدمة الانترنت فاعلاً أصلياً في جريمة الامتناع عن حجب المواقع او الروابط المحرصة على الارهاب ، لأن القانون يفرض عليه تنفيذ القرار الصادر من المحكمة ويمتنع عن تنفيذه ، ومن ثم يسأل بوصفه فاعلاً أصلياً سيما وان امتناعه يشكل جريمة عمدية ، وإذا كان من الصعب التحكم في المعلومات الموجودة على هذه المواقع او الروابط ، فإن ذلك لا يمنع مزود خدمة الإنترنت من غلقها وحجبها بشكل نهائي ، كما لا يمنع مزود الخدمة من منع متصفحي المواقع او الروابط الإلكترونية من الوصول إليها ، إذ ينبغي أن يكون لدى مزود الخدمة ضوابط لتأمين الشبكات وزرع خطة للأمن الداخلي على كل شخص يستخدم هذه الخدمة.

## ٢- النتيجة الجرمية

تعد النتيجة الجرمية الأثر الذي يترتب على السلوك الجرمي وهي العدوان الذي ينال المصلحة او الحق الذي يقرر له القانون حماية جنائية<sup>(١)</sup> ، فهي في مدلولها المادي عبارة عن التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للنشاط الجرمي ، ومن ثم فإن موضوع النشاط الجرمي المتمثل في الامتناع عن حجب المواقع الإلكترونية المحرصة على الممارسات الإرهابية يتمثل في تهديد الأمن القومي ، ويستوي ان تتضمن هذه المواقع التي تبث من داخل او خارج جمهورية مصر العربية أية عبارات او أرقام او صور او أفلام او غيرها مما يمكن عدها تهديداً للأمن القومي للبلاد.

وعليه فإذا لم تكن هذه الاشياء من شأنها تهديد الأمن القومي فان الجريمة لا تقع وفق المادة (١٩ و ٢٠) من مشروع مكافحة الجرائم المعلوماتية المصري حتى وإن كان وقوعها محتمل الحدود وفق المجرى العادي للأمور ، وذلك لأن ما تطلبه المشرع في نص المادة المذكورة آنفاً ان يكون النشاط الجرمي وهو الامتناع من شأنه تهديد الامن القومي ، حيث ان عبارة او اية مواد دعائية او غيرها اذا كان من شأنها تهديد الامن القومي في نص المادة (١٩) من المشروع المصري يجعل الجريمة من جرائم الخطر المجرد ، إذ لا يستلزم المشرع في الخطر المجرد ان تتعرض الحقوق والمصالح للتهديد .

<sup>٢</sup> د. أحمد شوقي ود. عمر ابو خطوة ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢٦.

وعليه فإن المشرع المصري كان موفقاً في نص المادة (١٩) من المشروع عندما تطلب في فعل الامتناع عن حجب مواقع او روابط تبث من داخل او خارج جمهورية مصر العربية عبارات او ارقام او صور او افلام او غيرها من شأنها تعريض أمن البلاد لخطر محتمل ، لذلك فإن السلوك (الامتناع) يدخل حيز التجريم لمجرد كون من شأنه تهديد الأمن القومي للبلاد ، أي ان الاعتداء لم يقع ولكنه سيقع وفق المجرى العادي للأمر.

وعموماً أن تقدير ما إذا كان ذلك يشكل تهديداً للأمن القومي من عدمه هو من الأمور النسبية المتروك تقديرها للقاضي ، فإذا كان الموقع او الرابط يثبت معلومات او صور او افلام لا تدعو الى الترويج للإرهاب فحسب بل كانت من الجسامة من حيث كون العبارات او الصور او الافلام تعرض على اغتيال الشخصيات السياسية والأمنية او تقويض النظام السياسي في البلاد او القيام بإعمال التفجير لزعة الأمن او تدمير المنشآت الحيوية والمرافق العامة والمقار الدبلوماسية او اغتيال رعايا الدول الأخرى انتقاماً من سياسة دولهم ضد المسلمين وزعزعة العلاقات بين الدولتين او اختطاف وسائل النقل العامة او تفجيرها فإن الجريمة سوف تخضع لحكم المادتين (١٩ و ٢٠) من المشرع المصري متى توافر القصد الجنائي لدى مزود الخدمة.

وإذا لم تكن تلك العبارات او الأفلام او الصور التي يتم بثها من هذه المواقع او الروابط من شأنها تعريض أمن وسلامة البلاد للخطر فإنها لا تقع تحت حكم المادتين (١٩ و ٢٠) من المشروع المصري بل تخضع لأي نص آخر حسب الموضوع.

وعلى الرغم مما تمثله جريمة الامتناع عن حجب المواقع الإلكترونية المحرصة على الإرهاب من مساس بأمن الدولة واستقرارها إلا انه لم نلاحظ وجود تنظيم قانوني لهذه الجريمة من حيث التجريم والعقاب سواء في التشريعات الجنائية العراقية او تشريعات كل من الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية ودولة الكويت ، إذ أن الإبقاء على هذه المواقع او الروابط دون حجبها لا يبرر بحرية التعبير عن بل سيعرض المصالح العليا للدولة والأمن القومي الاجتماعي للخطر .

لا يكفي لقيام الركن المادي في جريمة الامتناع عن حجب المواقع الإلكترونية المحرصة على الارهاب توافر النشاط الجرمي ممثلاً بالامتناع عن الحجب وتحقيق النتيجة الجرمية التي يعاقب عليها القانون بل ينبغي ان تقوم علاقة سببية بين الامتناع والنتيجة الجرمية.

أي بمعنى ان يكون هذا الامتناع هو السبب الذي ادى الى حدوث النتيجة الجرمية وهي تعريض أمن الدولة لخطر وشيك او محتمل ومن ثم فإذا أنتفت العلاقة السببية فلا يسأل مزود الخدمة عن جريمة تامة بل تقتصر مسؤوليته على الشروع وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة (٢٧) من المشروع " يعاقب على الشروع في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بذات العقوبات المقررة للجريمة التامة ".

#### ثانياً: الركن المعنوي

تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي لا تقع الا بتوافر القصد العام لدى الجاني مزود الخدمة ، إذ ينبغي ان يكون الجاني عالماً بطبيعة نشاطه ونتيجته وان تنصرف إرادته الى هذا الامتناع ونتيجته المتمثلة بالإخلال بالنظام العام او تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر وتعريض حياة المواطنين وأمنهم لخطر وشيك او محتمل او منع او عرقلة ممارسة السلطات العامة لأعمالها او تعطيل أحكام الدستور او القوانين او اللوائح او الإضرار بالوحدة الوطنية والسلام.

وطبقاً للقواعد العامة ان العبرة في تحقق القصد الجنائي هو وقت ارتكاب النشاط ولما كانت الجريمة محل البحث من جرائم الخطر المجرد فانه يسهل تحديد وقت ارتكابها بمجرد النشاط بخلاف جرائم الخطر الواقعي التي يكون من الصعب تحديد وقت إتمامها ، لأن ذلك مرتبط بإثبات تعريض المصلحة محل الحماية للخطر<sup>(١)</sup>.

#### ثالثاً: عقوبة الجريمة

لقد عاقب المشرع المصري في المادة (٢٠) من المشروع مرتكب الجريمة بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ الف جنيه ولا تتجاوز مليون

(١) عبد الباسط محمد سيف الحكيبي ، مصدر سابق ، ص ١١٠.

كل مزود خدمة أمتنع عن تنفيذ القرار الصادر من محكمة الجنايات بحجب أحد المواقع او الروابط المشار اليها في الفقرة الأولى من المادة (١٩) من المشروع ، وشدّد العقوبة الى السجن المؤبد او المشدّد وغرامة لا تقل عن ثلاثة ملايين جنيه ولا تتجاوز عشرين مليون جنيه اذا ترتب على الامتناع عن تنفيذ القرار الصادر من المحكمة وفاة شخص او اكثر او الإضرار بالأمن القومي .

واذا وقعت جريمة الامتناع المنصوص عليها في هذا المشروع بواسطة شخص اعتباري خاص يحكم في حالة الإدانة ، فضلاً عن العقوبة المقررة عن الجريمة بوقف نشاطه مدة مساوية لمدة العقوبة او مدة ثلاث سنوات ، وفي الحالات التي يتعين لمزاولة النشاط فيها الحصول على ترخيص من احدى الجهات الحكومية وكان الشخص الاعتباري المدان بهذه الجريمة لم يحصل على الترخيص فيحكم فضلاً عن العقوبة المقررة للجريمة الغلق<sup>(١)</sup>، وفي حالة الحكم بالإدانة عن هذه الجريمة ينبغي على المحكمة ان تحكم بمصادرة الأدوات او الآلات او المعدات او الأجهزة او غيرها مما يكون قد استخدم في ارتكاب الجريمة او أسهم في ارتكابها<sup>(٢)</sup>، واذا وقعت الجريمة المذكورة بمعرفة أحد الموظفين العموميين وكان ذلك إثناء وبسبب تأديته لوظيفته فينبغي عند الحكم بالإدانة ان تحكم المحكمة بعزله من وظيفته<sup>(٣)</sup> .

ويعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بذات العقوبة المقررة للجريمة متى ثبت علمه بها وكان اخلاله بواجبات الادارة قد سهل وقوع الجريمة ، ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن في الوفاء بما يُحكم عليه من عقوبات مالية بموجب أحكام هذا القانون مع المدنين بارتكابها<sup>(٤)</sup> .

لذا ندعو المشرع العراقي بشكل خاص والمشرع العربي في الدول العربية بشكل عام الى تجاوز القصور في معالجة هذه الجريمة بتشريع قانون خاص يعالج الجرائم الإلكترونية التي

(١) المادة (٢١) من مشروع مكافحة الجرائم المعلوماتية المصري.

(٢) المادة (٢٣) من مشروع مكافحة الجرائم المعلوماتية المصري.

(٣) المادة (٢٤) من مشروع مكافحة الجرائم المعلوماتية المصري.

(٤) المادة (٢٤) من مشروع مكافحة الجرائم المعلوماتية المصري.

ترتكب باستخدام الوسائل التقنية مهتدياً بذلك بمشروع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية المصري.

كما أن بفعل الطبيعة الخاصة لأنماط الجريمة والقدرة على ارتكابها عن بعد وإمكانية إتلاف الأدلة الجرمية أصبح من الضروري ان تواكب القواعد الإجرائية الجنائية في مجال التفتيش والاختصاص في التحقيق والمحاكمة هذا التغيير المعلوماتي على نحو يضمن تحقيق التوازن بين حماية الحق في المعلومات وبين متطلبات فعالية نظام العدالة الجنائية في الملاحقة والمساءلة .

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات وهي:

#### أولاً: النتائج

١- يعد التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي من الوسائل التقنية الحديثة التي حلت اليوم محل التحريض الخطابي كأسلوب لترويج وتمجيد الأعمال الإرهابية ومن ثم فإن تحديد طبيعتها القانونية لا يمكن ان يتم وفقاً للقواعد التقليدية ، ومن ثم فإن عدم قابلية النصوص القائمة او عجزها عن التطبيق على الأنماط الجديدة من الجرائم مما يقتضي تشريع قانون خاص بالجرائم الإلكترونية.

٢- لم نجد تعريفاً لمصطلح التحريض الإلكتروني على الإرهاب في الفقه والقانون والقضاء لذلك بادرننا بعد تحديد مصطلحات التحريض و الإلكتروني و الإرهاب في اللغة والاصطلاح اقترح التعريف الاصطلاحي الآتي للتحريض الإلكتروني على الإرهاب بأنه:

أسلوب لخلق فكرة الجريمة بشكل إلكتروني منظم لحث فئة من الأفراد ومن خلال الخطابات المنشورة إلكترونياً الداعمة للفكر المتطرف الى الخروج عن القيم والأعراف السامية والثابتة في المجتمع لأجل إشاعة سياسة القتل او التخريب او الإفساد بأي صورة من صوره او التهديد بشيء من ذلك إضراراً بمصالح الدولة الأساسية.

٣- تتسم جريمة التحريض الإلكتروني بسرعة نقل المعلومات وإمكانية القيادة والتوجيه والحث عن بعد ، فضلاً عن صعوبة إثباتها ، إذ لا يمكن في أكثر الأحيان العثور على أثر مادي

للتحريض ، ذلك لأن المعلومات التي يجري البحث عنها تكون مشفرة ولا يمكن الدخول إليها إلا من قبل صاحبها.

٤- ان النتيجة الجرمية في جريمة التحريض الإلكتروني على الإرهاب تتخذ مدلولاً قانونياً يتمثل بوجود عدوان على المصلحة المحمية قانوناً وتعد وفقاً للقانون العراقي من جرائم الخطر ويغلب عليها وصف جرائم الخطر العام وليس الفردي لأنها تمثل اعتداء على عدد غير محدد من الأشخاص.

٥- انفرد المشرع المصري بنص عام بالتجريم والعقاب على حالات الامتناع عن حجب المواقع الإلكترونية التي تبث من داخل جمهورية مصر والتي تحرض على ارتكاب أي جريمة من جرائم قانون العقوبات او القوانين الخاصة الاخرى.

#### ثانياً: التوصيات

١- ندعو المشرع العربي بشكل عام والمشرع العراقي بشكل خاص الى تشريع قانون خاص بجرائم تقنية المعلومات وخاصة تلك المتعلقة بإنشاء او استخدام مواقع إلكترونية لنشر وترويج الدعايات والافكار المحرصة على العنف والتطرف والحروب الطائفية سيما وأن أثرها يمتد الى خارج الرقعة الجغرافية للدول.

٢- دعوة المشرع الى النص على التحريض الإلكتروني كجريمة مستقلة ومن جرائم الخطر لمجرد إنشاء او استخدام موقعاً على شبكات التواصل الاجتماعي وعدم تطلب تحقق الضرر لقيام الجريمة.

٣- دعوة المشرع الى الأخذ بنظر الاعتبار عند تحديد العقاب طبيعة الجريمة كونها من جرائم الخطر العام التي تهدد أمن واستقرار المجتمع سيما التي تبث وتحفز على تنفيذ عمليات إرهابية داخل الدولة نظراً لم تشكله جرائم تقنية المعلومات من خطورة غير مسبوقة في المجال الجنائي وما ينجم عنها في الكثير من الأحيان من آثار بالغة السوء صعبة التدارك على الأفراد والأموال والمجتمع بأسره وما يتعين ان يقابله من تشديد من جانب المشرع.

٤- الدعوة الى الأخذ بالاختصاص الشامل في سريان القانون إزاء مرتكبي جرائم تقنية المعلومات بشكل عام لكونه تمس بمصلحة ذات طابع دولي.

٥- دعوة المشرع الى تطبيق العقوبات التكميلية كالمصادرة لأية أدوات أو مهمات تكون قد استخدمت في ارتكاب الجريمة او تسهيل ارتكابها مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية ، مع غلق المنشأة او الكيان في الحالات التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة احد الاشخاص المعنوية الخاصة.

٦- جعل عقوبة التحريض الإلكتروني على الإرهاب عبر شبكات التواصل الاجتماعي السجن المؤبد وتشدد الى الإعدام اذا ترتب على التحريض الإلكتروني على الإرهاب او على عدم حجب المواقع الإلكترونية وفاة شخص او اكثر او الإضرار بالأمن الوطني ، وفرض عقوبة الغرامة لا تقل عن خمسة ملايين دينار ولا تزيد على عشرة ملايين دينار.

#### المصادر

#### \* القرآن الكريم

#### أولاً: الكتب الفقهية

- ١- المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية في القاهرة ، ط٣ ، ج١ ، مطبعة دار المعارف ، القاهرة ، ، ١٩٨٠ .
- ٢- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج٣ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨١ .

- ٣- محمد بن محمد الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج١٢ ، دار الهداية ، بيروت ، ١٩٨٨ .
- ٤- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب ، ج١١ ، دار صادر، بيروت ، ١٩٩٣ .

#### ثانياً: الكتب القانونية

- ١- أسامة أحمد المناعسة ، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠١ .
- ٢- جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، ج١ ، ١٩٣١ .
- ٣- د. جميل عبد الباقي الصغير، المواجهة الجنائية لقرصنة البرامج التلفزيونية المدفوعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ٤- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات-القسم العام ، ط٣ ، مطبعة دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
- ٥- د. محمود نجيب حسني ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
- ٦- د. محمود نجيب حسني ، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

- ٧- د. محمد عاطف غيث ، قاموس علم الاجتماع ، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٥
- ٨- محمد عبد الله ابو بكر ، موسوعة الجرائم المعلوماتية ، جرائم الكمبيوتر والانترنت ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- ٩- سايمون كولن ، التجارة عبر الإنترنت ، ترجمة الى العربية يحيى مصلح ، بيت الأفكار الدولية ، أمريكا ، ٢٠١١ .
- ١٠- شمس الدين ابراهيم احمد ، وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مجال تقنية المعلومات في القانون المصري والسوداني - دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
- ١١- صلاح الدين عامر ، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧ ،
- ١٢- عبد العزيز الغازي ، مشاكل الشباب في العالم الإسلامي ، منشورات المنظمة الاسلامية للتربية والعلوم والثقافة ، إيسيسكو ، ٢٠٠٠ .
- ١٣- فايز عبد الله الشهري ، الخطاب الفكري على شبكة الإنترنت ، رؤية تحليلية لخصائص وسمات التطرف الإلكتروني، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ٢٠٠٨ .
- ١٤- د. فوزية عبد الستار ، المساهمة الجنائية في الجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
- ١٥- د. هشام محمد فريد ، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية ، ط ١ ، مكتبة الآلات الحديثة ، أسيوط ، ١٩٩٤ .
- ١٦- د. هلال عبد الإله ، التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ١٧- عبد الله عبد الكريم ، جرائم المعلوماتية والانترنت ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، ٢٠١١ .
- ١٨- نبيل حلمي ، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- ١٩- أحمد علي المجذوب ، التحريض على الجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
- ٢٠- د. عبد الباسط محمد سيف الحكيمي ، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام ، ط ١ ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠٢ .
- ٢١- د. راشد الهاجري ، جريمة التحريض الإلكتروني ضد أمن الدولة ، ط ١ ، ٢٠١٢ .
- ٢٢- زكار سهيل ، الحروب الصليبية ، ج ١ ، دار حسان ، دمشق ، ١٩٨٤ .

### ثالثاً: المجالات

١- د. ابراهيم بعزير ، وسائل الاتصال الجديدة والأمن القومي ، دراسة في دور مواقع التواصل الاجتماعي في زعزعة أمن واستقرار الدول ، مجلة استراتيجية ، العدد الاول ، ٢٠١٤.

### رابعاً: الندوات والمؤتمرات

١- د. إيمان عبد الرحيم السيد الشرقاوي ، جدلية العلاقة بين الإعلام الجديد والممارسات الإرهابية ، دراسة تطبيقية على شبكات التواصل الاجتماعي ، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر دور الاعلام العربي في التصدي لظاهرة الإرهاب في الفترة من ١٦ - ١٨ ديسمبر ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠١٤

٢- د. عبد الستار الكبيسي ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن استعمال الحاسوب ، سلسلة المائدة الحرة من ندوة القانون والحاسوب ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٩

٣- وجيه الدسوقي المرسي ، الاساليب الالكترونية الحديثة التي تستخدمها التنظيمات الإرهابية في الجرائم الإرهابية ، ندوة دور مؤسسات المجتمع المدني في التصدي للإرهاب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، سبتمبر ، ٢٠١٤

٤- يوسف عرب ، ورقة عمل بعنوان " التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية " مقدمة الى مؤتمر ومعرض التكنولوجيا المصرفية العربية والدولية ، الأردن ، ٢٠٠٢.

### خامساً: الرسائل والأطاريح

١- علي أحمد عبد الزعبي ، حق الخصوصية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤

٢- سعد بن عبيد السبيعي ، الإعلام الجديد ودوره في تعزيز الأمن في المملكة العربية السعودية - دراسة تطبيقية على بعض النخب السعودية في الرياض، أطروحة دكتوراه - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٣،

٣- محمد منصور ، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على جمهور المتلقين ، دراسة مقارنة للمواقع الاجتماعية والمواقع الالكترونية ، رسالة ماجستير في الإعلام والاتصال مقدمة الى كلية الآداب والتربية - الأكاديمية العربية في الدنمارك ، ٢٠١٢.

٤- هدى سالم أحمد ، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة الموصل ، ٢٠٠٠.

### سادساً: القوانين

- ١- قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣.
- ٢- قانون العقوبات الأردني لسنة ١٩٦٠.
- ٣- قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩.
- ٤- قانون مكافحة الإرهاب العراقي لسنة ٢٠٠٥.
- ٥- نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي, ٢٠٠٧.
- ٦- مشروع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية العراقي لسنة ٢٠١٢.
- ٧- القانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة ٢٠١٢.
- ٨- مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي لسنة ٢٠١٥.
- ٩- قانون مكافحة الإرهاب المصري المعدل لسنة ٢٠١٥.
- ١٠- قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٥ .

## التفريد التشريعي للعقاب مفهوماً وأسباباً

أ.م.د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم<sup>(١)</sup>

مقدمة:

اهمية الموضوع :

ان نظام تفريد العقاب قد اصبح بالوقت الحاضر موضع دراسات خاصة به من قبل عدد كبير من العلماء والفقهاء لعل من اولى الطرق لتفريد العقاب هو تحديد العقوبة المناسبة لكل فعل بنصوص تشريعية محددة . اذ يقوم المشرع ببيان الافعال المخلة بامن واستقرار المجتمع ومن ثم يضع العقوبات الملائمة لتلك الافعال المعتبرة جرائم على اسس ومعايير معيمة كجسامة تلك الافعال ومدى مسؤولية مقترفيها ، يراعى في تلك التشريعات المرونة التامة كأن يضع للفعل الواحد عقوبات متعددة على القائمين بتطبيق القانون اختيار مايتناسب منها مع كل قضية جنائية على حدة، او كأن يضع للعقوبة حدين اعلى وادنى على القاضي اختيار ما يرى انه الاصلح لكل حالة لان المشرع لا يستطيع ان يقف سلفاً على دقائق كل قضية تعرض امام القضاء ، ولهذا نجد ان عمل المشرع ينحصر في بيان العقوبات المختلفة لصور الجرائم المتعددة تبعاً لمعايير مادية او شخصية وغالباً ما تقاس العقوبة بمعايير مادية ولكن ذلك لا يمنع من وجود معايير شخصية متعددة يتمسك بها المشرع كصغر السن ودرجة الارادة الجنائية كالعمد مع سبق الاصرار وكذلك الصفة الشخصية للمجرم كالطبيب في جريمة الاجهاض والخدام في جريمة الشقة .

اسباب اختيار الموضوع :

---

<sup>(١)</sup> كلية القانون، الجامعة السنتصرية.

ان مكافحة الجريمة تستدعي تطبيق نظام (تفريد العقاب) ، هذا النظام الذي تبدو منفعة واهميته بوضوح سواء من ناحية تحديد العقوبة او من ناحية السياسة الجنائية . وقد اصبح الان معلوما بان كل قانون عقابي يهدف الى القضاء على الاجرام ومعالجة المجرم عقليا ونفسيا وادبيا يجد في هذا النظام المبدأ الاساس الذي يقوم عليه .

منهجية البحث:

وسوف نتناول دراسة هذا الموضوع في بحثين ، سندرس في المبحث الاول مفهوم التفريد التشريعي للعقاب اما في المبحث الثاني سوف نتناول فيه اسباب التفريد التشريعي للعقاب .

### المبحث الأول : مفهوم التفريد التشريعي للعقاب

ان التفريد التشريعي للعقاب هو تحديد العقوبة المناسبة لكل فعل مخالف للقانون في ضوء ظروف الفاعل وزمان ارتكاب الجريمة ومكانها . واذا كان نظام تفريد العقاب يعني ملائمة الوسائل العقابية للجريمة المرتكبة فإنه من الخطأ الذهاب الى مساواة جميع المجرمين وتطبيق معاملة واحدة عندما يرتكبوا نفس الجرائم عملا بالمبدأ الذي يقول: عقوبة معينة على افعال معينة.

ان المساواة في العقوبة على جميع المجرمين غير عادل . ونرى ان كل تشريع يركز على هذا المبدأ سوف يعجز عن تحقيق أهدافه ولا بد ان يزول عاجلا ام آجلا لان الظروف وبواعث ارتكاب الجريمة مختلفة اذ ان تفريد العقاب الحقيقي هو الذي يشتمل على العلاج الفردي في تقرير الوسائل التي ترمي الى تحقيق الاهداف التي وضعت العقوبات من اجلها . وهذا يقتضي الانتقاء الصحيح للعقوبة من حيث النوع وتقديرها تقديرا صحيحا ثم تطبيقها على كل مجرم بعد مراعاة مختلف الظروف المادية والشخصية على النحو الذي سؤمن الغاية المقصود منها <sup>(١)</sup> .

وبديهي ان هذه الغاية صعبة التحقيق ذلك ، ان الاختصار على وسائل العقاب التقليدية يعرقل الوصول اليها جزيئا او كليا . لذلك وجدت نظم الوقاية لاستكمال الوسائل العقابية . ومع

(١) الدكتور علي احمد راشد- موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب - القاهرة - ١٩٤٩ ، ص ٥ .

ذلك فلم تختف كل الصعوبات وقد بقي الكثير منها رغم التقدم الذي بلغته العلوم والتطبيقات العلمية .

ومهما يكن من امر ، فان على السلطة القضائية والتشريعية والموظفين في المؤسسات الاصلاحية والسجون ان يتعاونوا فيما بينهم ويقوموا بواجباتهم كما ينبغي . وان يوحّدوا مساعيهم بقدر ما تسمح به اختصاصات كل منهم بقصد تحقيق العلاج الفردي بالوسائل المتيسرة لديهم . وهنا يجب على المشرع ان يجعل العقوبات ونظم الوقاية متنوعة ومرنة ، وملائمة لجميع الاحوال المتوقعة ، وصالحة لتحقيق الاهداف التي ترمي اليها .

ويتربط على ذلك ان ينص المشرع على العقوبات الاصلية والتبعية والتكميلية ، والاجراءات العلاجية ، والتهذيبية ، والتأديبية ، والاجراءات الاخرى التي يراها ضرورية . وعليه ان ينص كذلك على الانظمة الخاصة بتنفيذ العقوبة والاحكام المخففة والمشددة لها كمراقبة السلوك وايقاف التنفيذ والاعداد القانونية المخففة والاعداد المعفية من العقاب والظروف المخففة القضائية والظروف المشددة القانونية والقضائية والافراج الشرطي والاحكام غير محددة المدة . وان ينص ايضا على امكان تبديل عقوبة باخرى اذا اقتضى الحال .

وينبغي على المشرع ان يوسع من سلطة القضاة والمحاكم ويمنحهم الحرية اللازمة حتى يكون بمقدورهم من تفريد العقاب في جميع الحالات التي تعرض عليهم<sup>(١)</sup> .

وبذلك يكون على القضاة والمحاكم ، بحسب سلطانهم وصلاحياتهم ، ان يفرضوا على المجرم من العقوبات او الاجراءات ومن النوعين معا بمقدار فعله ومسؤوليته مع مراعاة الحد الادنى والاعلى المقرر قانونا للعقوبة او الاجراء وعدم الخروج عن هذه الحدود الا بتأثير الظروف المخففة والمشددة التي تعلقت بالجريمة او المجرم .

وتجدر الملاحظة بدقة في هذا المقدار المفروض هو الضروري بدون زيادة او نقص . هذا من جهة ومن جهة اخرى يجب ان يكون في مقدور هؤلاء في احوال خاصة ، وبمقتضى شروط معينة ، الامتناع عن تطبيق اية عقوبة كانت اذا وجدت مبررات تسمح بذلك<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر: محمد علي زيد / نحو مفهوم عربي للدفاع الاجتماعي / العدد الاول / ١٩٦٩ ، ص ١٢٥١ والدكتور محمود نجيب حسني / علم العقاب / القاهرة ١٩٦٧ / ص ١٠٧ وما بعدها .

## المبحث الثاني: اسباب التفريد التشريعي للعقاب

بينما فيما سبق ان العقوبات قد تطورت على مر العصور والازمان بعد ان كانت التشريعات المختلفة تنطوي على المساواة التامة امام القانون بمعنى ان القانون كان ينص على عقوبة محددة لكل جريمة لايحق للقاضي ان يزيد فيها او ان ينقص منها . اذ لم يكن على القاضي سوى ان يبرر العقوبة المنصوص عليها لكل فعل وبصورة البية . فقد ظهرت افكار جديدة شعارها التفريد في العقاب . فلكي يتحقق الغرض المقصود من العقاب ينبغي مراعاة عدد من العوامل والظروف بنصوص قانونية من شأنها اما ان تمحو العقوبة او ان تعمل على تخفيفها . وهذه الانجازات اما ان تكون اعذارا قانونية او ظروف قضائية .

ان من بين الأسباب المتعددة التي تخفف العقوبات او تعفى منها هي الاعذار القانونية، ويجب التمييز بين الاعذار القانونية وبين الظروف القضائية المخففة ، فالاولى قد تولاهما المشرع بنفسه ونص عليها في القانون ولذلك سميت (بالاعذار القانونية) ، اما الثانية (الظروف القضائية المخففة) فقد تركها المشرع لتقدير المحكمة من خلال وقائع الدعوى الجزائية وتحكم بوجودها كلما توفر ظرف منها <sup>(١)</sup> .

والاعذار القانونية باعتبارها اسبابا وظروفا ينص عليها القانون فهو الذي يقوم بتحديدوها سواء كان ذلك من حيث الاحوال التي وجد فيها او من حيث مدى اثرها عندما ينص عليها .

وتنقسم الاعذار القانونية الى قسمين :

١ . فهي اما ان تكون اعذارا معفية من العقوبة .

٢ . او ان تكون اعذارا مخففة للعقوبة .

فالاعذار المعفية من العقوبة هي التي اذا توافرت تعفى من العقوبة شخصا ثبت قضائيا انه كان قد ارتكب جريمة ولكنه يعفى من العقوبة لسبب من الاسباب او لظرف من الظروف .

(١) ينظر: الدكتور علي احمد الراشد ، المصدر السابق ، ص ٩٦ ، ١٣٦ . وكذلك الدكتور ضاري خليل محمود - البسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ١ - بغداد - ٢٠٠٢ ، ص ٣٥ .

(٢) الدكتور احمد فضحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص - الطبعة الثالثة - القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٢٢٣ وما بعدها . والاستاذ جندي عبد الملك في الموسوعة الجنائية ، الجزء الرابع ، ص ٦٤٢ .

اما الاعذار المخففة للعقوبة فهي التي تخفف العقوبة فحسب ولا تمحوها ، وعلى ذلك فهي تشابه الظروف القضائية من هذا الوجه الى حد كبير ، وتختلف عنها جوهريا من وجه اخر وهو ان القانون نفسه يتولاها بالنص عليها صراحة فيه ، وذلك بعكس الظروف القضائية المخففة التي يترك للمحكمة امر الفصل فيها وجودا وعدما .

ولما كانت الاعذار القانونية تنقسم الى نوعين ، فهي اما ان تكون اعدارا تعفي من العقوبة او ان تكون مخففة لها ، فلا بد من ان نبحث في كل نوع منها في المطلبين الآتيين :

**المطلب الاول : الاعذار المعفية من العقاب**

يعد هذا النوع من الاعذار معفي من العقوبة بصورة مطلقة فلا يجوز توقيع العقوبة بشخص توافر فيه سبب من اسبابها او ظرف من ظروفها مادام القانون قد اعفاه من العقاب بنص صريح فيه .

وتشبه الاعذار القانونية المعفية من العقوبة اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجزائية من بعض الوجوه، وتختلف عنها من بعض الوجوه الاخرى<sup>(١)</sup>. فهي تتشابه اسباب الاباحة وموانع المسؤولية في ان العقاب لا يوقع فيها جميعا.

وفيما عدا ذلك فانها أي الاعذار المعفية تختلف عنهما أي عن اسباب الاباحة وموانع المسؤولية اختلافا جوهريا، سواء كان ذلك من حيث طبيعتها القانونية او الاثار التي تتركها. فبينما اسباب الاباحة تمحو الجريمة اصلا وتخرج الفعل المعاقب عليه من نطاق الافعال غير المشروعة فيصبح مشروعا وموانع المسؤولية تمحو المسؤولية الجزائية مع بقاء الفعل غير المشروع قائما ، فالاعذار المعفية من العقوبة لاتمحو الجريمة ولا المسؤولية ، وإنما هي تعفي من العقوبة فقط مع بقاء الجريمة والمسؤولية قائمتين .

وتجدر الاشارة ان الاعذار المعفية جميعها " اعدار خاصة " ، اذ ليس في قانون العقوبات اعدار معفية عامة تطبق على الجرائم كافة ، فالعذر المعفي من العقوبة في قانون العقوبات وهو دائما عذر خاص هو ان القانون ينص عليه في حالات خاصة وجرائم بعينها فاذا

(١) الاستاذ جندي عبد الملك ، المرجع السابق، ص ٦٤٤ وما بعدها ، وانظر كذلك الدكتور محمد احمد المشهداني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الاولى - عمان - ١٩٩٧ - ص ١٨٥ .

وجد العذر المعفي من العقوبة وتوافرت شروط الحكم به امتنعت العقوبة ، وتمتنع معها جميع العقوبات التبعية والتكميلية . وهو الحكم المقرر بالمادة (١٣٩) عقوبات حيث تنص على : "ان العذر المعفي من العقاب يمنع من الحكم باية عقوبة اصلية او تبعية او تكميلية " . اما الحكم بالرد او بالحقوق المدنية الناشئة عن الجريمة فلا تمتنع ويجوز للمحكمة الجزائية ان تفصل فيها فاذا هي كان لم تفصل كان من حق المدعي المدني ان يراجع المحاكم المدنية للمطالبة بحقه ولا يحول دون ذلك الحكم بالاغفاء من العقوبة .

وبلا حظ ان الاعذار المعفية من العقوبة تستند الى اساس نفعي يتمثل في تقدير المشرع ان المنفعة الاجتماعية التي يحققها الاعفاء من العقوبة تفوق تلك التي تنجم عن توقيع العقوبة بمرتكب الجريمة ، فالفرض ان منفعة المجتمع هي الاساس الذي يستند اليه حق العقاب ، وحيث تتحقق هذه المنفعة بعدم العقاب فليس ثم ما يبرر توقيعه <sup>(١)</sup> .

وتجدر الاشارة بأنه يجوز تصنيف الاعذار المعفية من العقوبة بالنظر الى المنفعة الاجتماعية التي قصد المشرع تحقيقها بالاغفاء من العقوبة ، وهي من هذه الجهة قد تكون مقابل الخدمة التي يقدمها الجاني الى المجتمع وتتمثل في الكشف عن الجريمة والمساهمين فيها ممن يعرفهم الجاني ، او تسهيل القبض عليهم ، وهي خدمة مهمة بالنظر لخطورة هذه الجرائم من حيث انها تتسم بالخفاء والاعذار التي من هذا النوع ما تقرره المادة (٥٩) عقوبات بشأن الاعفاء من عقوبة الاتفاق الجنائي العام ، والمادة (١٨٧) من قانون العقوبات النافذ بشأن الاعفاء من عقوبة جريمة الاتفاق الجنائي في مجال الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، والمادة (٢١٨) عقوبات بشأن الاعفاء من عقوبة الاتفاق الجنائي في مجال الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والمادة (٣٠٣) عقوبات بشأن الاعفاء من عقوبة جرائم تقليد او تزوير الاختام او السندات او الطوابع او تزيف العملة وتزوير المحررات الرسمية . والمادة (٣١١) عقوبات بشأن الاعفاء من عقوبة جريمة الرشوة .

وقد تأخذ المنفعة التي يحققها الاعفاء من العقوبة ، صورة تشجيع الجاني على عدم المضي في مشروعه الاجرامي ، او تجنب المجتمع اضرارا كان مهددا بها ، والاعذار من هذا

(١) الدكتور فخرى عبد الرزاق الحديدي - النظرية العامة للاعذار القانونية المعفية من العقوبة - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٧٦ ، ص ١٢١ .

النوع ما تنص عليه المادة (٢١٧) عقوبات بشأن الاعفاء من عقوبة الاشتراك في اتفاق جنائي او في العصابات او الجمعيات او المنظمات او الهيئات او الفروع المنصوص عليها في مجال الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي اذا انفصل الجاني عنها عند اول تنبيه من السلطات الرسمية ، والمادة (٢٥٨) عقوبات بشأن الاعفاء من عقوبة جريمة اليمين الكاذبة بالنسبة لمن رجع الحق بعد اداء اليمين الكاذبة وقبل صدور حكم في موضوع الدعوى، والمادة (٣٠٣) عقوبات بالنسبة لمرتكب جريمة من جرائم التقليد او التزييف او التزوير اذا اتلف مادة الجريمة قبل استعمالها<sup>(١)</sup>.

وقد تأخذ المنفعة صورة الحفاظ على رباط المودة بين ذوي القربى والاصهار والاعذار التي من هذا النوع هي الاعذار المنصوص عليها في المواد (١٨٣/ب-١٩٩) وقد قرر المشرع العراقي الاعفاء من عقوبة جريمة القذف او السب مراعاة لحالة المتهم النفسية جراء تعرضه لاعتداء جسيم (المادة ٣٦٤/٢) من قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

واذا توافر العذر المعفي ترتب عليه الاعفاء من العقوبة سواء كانت اصلية او تبعية او تكميلية، على الرغم من قيام الجريمة وتوافر شروط مسؤولية الفاعل جزائياً، ويقتصر نطاق الاعفاء على من توافر فيه سببه، بحيث لا يستفيد منه سواه من المساهمين معه في الجريمة. والعذر المعفي لا يؤثر في المسؤولية المدنية فالفاعل وان كان قد اعفى من العقوبة فانه يبقى مسؤولاً مدنياً عن الاضرار التي لحقتها بالغير ، ثم ان تقرير الاعفاء من العقوبة من اختصاص محكمة الموضوع ولا يدخل في حدود تقدير جهة التحقيق ، لانه يدخل في تطبيق العقوبة<sup>(٣)</sup>.

المطلب الثاني : الاعذار المخففة للعقاب

(١) حسنا فعل المشرع العراقي بالاعفاء من العقوبة من اجل العدول عن ارتكاب الجريمة . وينظر المواد (٥٩، ٢١٧، ٢١٨ ، ٣٠٣، ٣١١) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

(٢) الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي - شرح قانون العقوبات القسم العام / بغداد/ ١٩٩٢ ، ص ٤٥١-٤٥٢.

(٣) الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات - الطبعة الرابعة - مطابع الشعب - القاهرة - ١٩٨٦ ، ص ٦٦٥ .

لا تختلف الاعذار المخففة للعقوبة عن الاعذار المعفية من العقوبة من حيث طبيعة كل منها ووجوب النص عليه في القانون . اذ تسرى بشأنها ايضا قاعدة " ولا عذر الا في الاحوال التي ينص عليها القانون " .

والاختلاف الرئيسي بين الاعذار المعفية والاعذار المخففة هو ان الاولى تعفي من العقوبة شخصا ثبت ارتكابه جريمة ، اما الثانية فتخفف العقاب عنه ولا تعفيه منه اطلاقا . والاعذار المخففة ليست كلها اعذار خاصة تقتصر على جريمة او جرائم بعينها كما هو الحال بالنسبة الى الاعذار المعفية ، وانما قد تكون اعذارا مخففا عامة تسرى على الجرائم كافة ، او قد تكون اعذارا خاصة في جريمة او جرائم بعينها .

والاعذار المخففة في قانون العقوبات العراقي نوعان ، اعذار عامة واعذار خاصة ، فالاعذار العامة يتسع نطاقها بحيث تشمل الجرائم جميعها او اغلبها ، وهي على مقتضى المادة (١٢٨/١) الباعث الشريف والاستفزاز حيث تنص على انه ((...يعتبر عذرا مخففا ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة او بناء على استفزاز خطير من المجني عليه بغير حق)) ، وعذر نقص الادراك او الارادة على مقتضى المادة (٦٠) من قانون العقوبات . اما الاعذار الخاصة فهي التي تخص جريمة او طائفة محددة من الجرائم ، وهذه الطائفة من الاعذار ، قد وردت في مجال جريمة شهادة الزور المادة (٢٥٦) والرشوة المادة (٣١١) وجريمة اخفاء اشياء مستحصلة من جريمة المادة (٤٦٢)<sup>(١)</sup> ، ان دراسة الاعذار المخففة الخاصة هو القسم الخاص من قانون العقوبات ، وعليه نقتصر على دراسة الاعذار العامة.

## ١. الباعث الشريف :

ان اعتبار الباعث الشريف عذرا مخففا للعقوبة الاصلية ، مردده كما نرى نوع الباعث يفصح عن شخصية الجاني ودرجة خطورته على المجتمع ، والاسلوب الذي يلائمها من حيث المعاملة العقابية ، فالمجرم الذي يدفعه الى الجريمة باعث شريف هو من وجهة نظر المشرع

(١) د. فخري الحديثي / النظرية العامة للاعذار المخففة للعقوبة - اطروحة دكتوراه - بغداد - ١٩٨٠ ، ص ٨٦ وما بعدها .

اقل خطورة على المجتمع ممن يكون باعته اليها باعثا دينيا ، فهو شخص تحدوه غاية عامة وقد تحرك نحوها قاصدا مصلحة عامة لكنه اخطأ الوسيلة وارتكب الجريمة ، فبدلا من ان ينهج نهجا مشروعاً تورط في طريق الجريمة ولهذا السبب فقد نأى المشرع بالمجرم الذي يدفعه الى الجريمة باعث شريف عن العقوبات الشديدة . فالباعث الشريف يستهدف حماية مبادئ لها حكمها في بيئة المجرم <sup>(١)</sup> ، اولها اهميتها في اقتناعه الشخصي، فهو مجرم غير اناني وانما هو مجرم يروم الى تحقيق ما يراه صوابا في ذاته، وعليه لا يكون باعته شريفا من يرتكب الجريمة .

الجريمة بقصد تحقيق مصلحة شخصية ضيقة او اشباع احقاد او اطفاء شهوة انتقام، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز (بأن الباعث على الفعل الإجرامي يكون شريفا حيث لا يوجد سبب اخر غير التخلص من العار)<sup>(٢)</sup>، وقد نفت هذا الباعث اذا كانت الجريمة قد ارتكبت انتقاما<sup>(٣)</sup>، على ان ما لا ينطبق عليه وصف الباعث الشريف طبقا للمادة (١٢٨) ، يمكن ان يعد من ضمن الظروف المخففة<sup>(٤)</sup>، بحيث يستفيد الجاني من تخفيف العقوبة ضمن الحدود المرسومة في المادتين (١٣٢، ١٣٣) من قانون العقوبات .

## ٢- الاستفزاز:

الاستفزاز هو اثاره الغضب الكامن في النفس بفعل خطير يصدر عن المجني عليه بغير حق، ويسبب في المتهم ضعف السيطرة الذاتية بشكل فجائي ومؤقت <sup>(٥)</sup> .

والغضب بكل تأكيد حالة طبيعية عند الاشخاص العاديين، يصدر عنه السلوك البشري، وهو عارض يعكس حالة تاتر النفس الطارئة بصدمة تتميز بالمفاجئة والدهشة، فيظهر في تعبير يصعب اخفاؤه، وهو كبقية العواطف لا يتبع التفكير وان كان هذا الاخير يؤثر عليه فيقلل من حدته دون ان يغير مجراه <sup>(٦)</sup> .

(١) Smith , J. G. and Hogon Brain , Crimina I Law Cases and Materials , London , 1973 , p. 50 .

(٢) قرار رقم ١٢٨ في ١٩٧٥/٩/٢٧ ، مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثالث السنة الثانية ١٩٧٥ ، ص ٢٣٢ .

(٣) قرار رقم ٥٧٣ في ١٩٧٦/٥/٣١ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، ١٩٧٧ ، ص ٣٨٨ .

(٤) انظر لمحكمة التمييز قرار رقم ١٩٧ في ١٩٧٥/١٢/٢٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص ٢١٣ .

(٥) الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي - الاعذار المخففة ، المصدر السابق ، ص ٨٦ .

(٦) الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي - نفس المصدر اعلاه - ص ٨٨ .

والحق ان مبدأ العذر لا يقوم على مقابلة الشر بمثله بل على الغضب المشروع الذي يحركه الاستفزاز العنيف، فالفاعل مجرم لكنه معذور لانه يفعل تحت تأثير ثورة الغضب العاصفة التي تضعف من سيطرته الذاتية على عواطفه، ان الاستفزاز هو اثاره الغضب في نفسية المجنى عليه يحدث تأثيراً نفسياً ويحشد المشاعر في اتجاه غاية واحدة يحفل بها أكثر من سواها<sup>(١)</sup>، وعليه فالغضب لا يؤثر في الادراك تأثيراً يعتد به في المجال العقلي، ولا يعد من امراضه<sup>(٢)</sup> وانما يضعف من سيطرة الشخص على ارادته فتغدو ارادة مندفعة هوجاء، ومن شأن ذلك ان ينقص من صلاحيته للمسؤولية الجزائية<sup>(٣)</sup>.

ان السؤال الذي يطرح بهذا الشأن ما هي شروط الاستفزاز ؟

لقد تطلب القانون جملة من الشروط لتوافر الاستفزاز، فالشرط الاول مقتضاه ان يصدر عن المجنى عليه فعل في احدى صورتيه الايجابية او السلبية<sup>(٤)</sup>، ومن ثم ينتفي الاستفزاز اذا كان المتهم هو الذي بدأ الاعتداء<sup>(٥)</sup>، ولا يتوفر هذا الشرط اذا كان المجنى عليه في حالة اباحة، كما لو كان في حالة دفاع شرعي او اداء واجب او استعمال حق، ويلزم ان يكون الفعل غير محقق، وهذا هو الشرط الثاني، اي يشكل جريمة وفقاً لقانون العقوبات او اي قانون عقابي اخر. والشرط الثالث ان يكون الفعل خطيراً بحيث يحدث في نفس المتهم تأثيراً شديداً يصبح معه عاجزاً عن كبح جماح نفسه الغاضبة، لان ارادته في مثل هذه الحالة لا تكون قادرة على ان تتصرف بحرية، وينبغي القول ان خطورة الفعل غير المحقق تقدره محكمة الموضوع بحسب ظروف الواقعة. ويتمثل الشرط الرابع في وجود ثورة غضب، ومفاد هذا الشرط ان يأتي الفاعل فعله وهو يعاني فقدان السيطرة على ارادته، ومن ثم لا يتوفر عذر الاستفزاز اذا ثبت ان الجاني ارتكب جريمته وهو هادئ النفس رابط الجأش متحكماً بارادته،

(١) تنص المادة (١/١٢٨) على انه (....) او بناء على استفزاز خطير من المجنى عليه) . .

(٢) الدكتور حسين توفيق رضا - اهلية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة (١٩٦٤)، ص ١٤٩ .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الطبعة الثانية، بيروت (١٩٧٥)، رقم ٧٧٨، ص ٧٨٧ .

(٤) الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي - الاعذار القانونية المخففة، ص ٩٠-٩٣ .

(٥) وقد قضت محكمة التمييز " يعتبر استفزازاً خطيراً من المجنى عليه قيامه بالاعتداء على المتهم باطلاق النار عليه، رقم ٧٣ في

١٩٧٣/٥/١٩ . النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص ٣٧٩ .

وعليه يمكن القول بأنه اذا ثبت الاستفزاز انتفى سيق الاصرار فالاستفزاز يفترض انتقاء هدوء البال بعكس الاصرار الذي يفترض توافر هدوء البال، بل هو شرطه الضروري وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بان "وقوع القتل تحت تأثير الغضب والانفعال بنفي وجود الاصرار"<sup>(١)</sup>، ومن الجدير بالذكر ان دفع المتهم بأنه كان في حالة غضب وقت ارتكاب الجريمة يعد دفعاً جوهرياً يجب على المحكمة ان ترد عليه وبخلاف ذلك يكون حكمها مشوباً بعيب لان هذا الدفع يتعلق بمسألة قانونية وليس بمسألة واقعية تدخل في سلطة المحكمة التقديرية ولا تخضع فيها لرقابة لمحكمة التمييز الاتحادية .

ان السؤال الذي يطرح بهذا الشأن ما هو تأثير العذر المخفف على العقوبة ؟

العذر المخفف للعقوبة اما ان يتوافر في جناية او ان يتوافر في جنحة وكالاتي :

١- فاذا توافر العذر المخفف في جناية، فلا يخلو الحال من ان تكون عقوبة الجناية الاعدام، او ان تكون عقوبتها السجن المؤبد او المؤقت. فاذا كانت عقوبة الجناية الاعدام ابدلت العقوبة في حالة توافر عذر مخفف الى السجن المؤبد او المؤقت او الى الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة . اما اذا كانت عقوبة الجناية السجن المؤبد او المؤقت نزلت في حالة توفر عذر مخفف الى الحبس لا تقل مدته عن ستة اشهر<sup>(٢)</sup>.

٢- اما اذا توافر العذر المخفف في جنحة فيكون تخفيف العقوبة كما يلي :-

اذا كان للعقوبة حد ادنى ، كالحبس مدة لا تقل عن سنتين او ثلاث سنوات مثلاً، فلا تنقيد به المحكمة عند تقدير العقوبة، وتستطيع ان تنزل بها الى اقل من حدها الأدنى المعين لها قانوناً . واذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معا<sup>(٣)</sup> ، حكمت المحكمة باحدى هاتين العقوبتين فقط، اي انها اما بالحبس فقط او بالغرامة فقط، إذ لا يجوز الحكم بالحبس والغرامة معا .

(١) قرار رقم (٧٩) في ١٢/٢/١٩٦٨ قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس (١٩٧١) ص ٥٩٨ .

(٢) ينظر المادة (١٢٣) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

(٣) تم تعديل مبلغ الغرامة في قانون العقوبات بموجب القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨ .

اما اذا كانت العقوبة الحبس غير مقيد بحد ادنى، كما لو كانت الجريمة معاقبا عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنة او سنتين او ثلاث سنوات، تحكم المحكمة بالغرامة بدلا من الحبس<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث: ايقاف تنفيذ العقوبة

ان المقصود بايقاف تنفيذ العقوبة هو تعليق تنفيذ العقوبة لمدة محددة من الزمن أي ان تنفيذ العقوبة معلق على شرط واقف يتمثل بارتكاب جريمة اخرى خلال مدة الايقاف المحددة في القانون<sup>(٢)</sup>.

ان نظام التنفيذ يعد مظهرا لتاثير الافكار الوضعية التي تتجه الى اقرار معاملة خاصة للمجرم بالمصادفة اذ ان هذه المعاملة اجدى في تأهيله من انزال الايلام به كما ان ايقاف التنفيذ هو صورة للتفريد العقابي فالمجرم يعامل المعاملة الملائمة لظروفه ومقتضياته تأهيله ولو كان من شأن هذه الملائمة العدول عن تنفيذ العقوبة اصلا .

شروط ايقاف تنفيذ العقوبة :

هناك ثلاثة أنواع من الشروط التي يجب توافرها في الحكم المفروض على المدان حتى يمكن ايقاف تنفيذه وسوف نتناول هذه الشروط بإيجاز .

#### ١. الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه :

يشترط في المحكوم عليه ان لا يكون قد سبق الحكم عليه بالحبس من اجل جناية او جنحة وكذلك لا يكون قد ارتكب جريمة اخرى مشمولة بايقاف تنفيذ<sup>(٣)</sup>.

#### ٢. الشروط المتطلبية في العقوبة :

(١) المادة (١٣١) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

(٢) الدكتور جمال ابراهيم الحيدري - علم العقاب الحديث - جامعة بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ٢٦٧ .

(٣) ينظر: المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

ان ايقاف تنفيذ العقوبة يكون في العقوبة السالبة للحرية وقد حصر المشرع العراقي ايقاف التنفيذ على الحكم الصادر في جناية او جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة<sup>(١)</sup> .

٣. شروط المتعلقة بالجريمة :

يشترط ان تكون الجريمة من الجنايات او الجنح اما المخالفات فانه لايجوز ايقاف تنفيذ العقوبة فيها<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الرابع : الظروف المشددة للعقوبة

ان المقصود بالظروف المشددة هي تلك الظروف المحددة بالقانون والمتصلة بالجريمة او بالجاني والتي يترتب عليها تشديد العقوبة المقررة للجريمة الى اكثر من الحد الاعلى الذي قرره القانون<sup>(٣)</sup> .

ان الظروف المشددة على نوعين :

١. الظروف المشددة العامة : هي تلك الظروف التي ينص عليها القانون والتي تسري بالنسبة الى جميع الجرائم وقد حددتها المادة (١٣٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ . منها ارتكاب الجريمة بباعث دنيء<sup>(٤)</sup> .

٢. الظروف المشددة الخاصة : هي الظروف المنصوص عليها في القانون والتي ليست لها صفة العموم في جميع الجرائم بل انها خاصة ببعض الجرائم كظرف وقوع السرقة ليلا او وقوعها بالاكره .

فالظروف المشددة تؤدي الى تشديد العقوبة في الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على ذلك ولا خيار للقاضي في الامتناع عن تطبيقها او بالتوسع في هذا التطبيق في غير الحالات التي حددها القانون لها شأنها في ذلك شان الاعذار القانونية المعفية من العقوبة او المخففة لها .

(١) ينظر: المادة (١٤٤) من القانون نفسه .

(٢) الدكتور محمد معروف عبدالله - علم العقاب - بغداد - ١٩٩٠ - ص ١٢٥ .

(٣) الدكتور علي حسين الخلف والدكتور سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بغداد - المكتبة القانونية - ط ٢ - ٢٠١٠ - ص ٤٤٤ .

(٤) ينظر: المادة (١٣٥) من القانون المذكور .

## الخاتمة

تتمثل وسائل التفريد التشريعي للعقاب بالنص على حدين اعلى وادنى للجريمة ويستطيع القاضي الجنائي ان يفرض العقوبة المناسبة لكل حالة فلا يجوز ان ينزل بالعقاب عن حده الادنى او يشدد العقوبة الى ما يفوق الحد الاعلى ، والى جانب التدرج الكمي للعقاب هناك التخيير النوعي مقتضاه ان المشرع ينص اكثر من عقوبة للجريمة يختار القاضي لكل حالة ما يناسبها من العقوبة المنصوص عليها في القانون .

كما ان نظام ايقاف تنفيذ العقوبة من وسائل التفريد التشريعي للعقاب حيث تمنح التشريعات العقابية القاضي سلطة الحكم بالعقوبة وايقاف تنفيذها عند توافر شروط معينة وحسناً فعل المشرع العراقي بالنص على هذا النظام في المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي النافذ بالنص على انه (للمحكمة عند الحكم في جنابة او جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة ان تأمر في الحكم نفسه بايقاف تنفيذ العقوبة...) .

ونقترح على المشرع العراقي منح القاضي الجنائي سلطة واسعة في اختيار العقوبة الملائمة لحالة مرتكب الجريمة وكذلك في تطبيق ايقاف تنفيذ العقوبة وعدم تدخل محكمة التمييز الموقرة في قناعة محكمة الموضوع من الامور المهمة في تطبيق نظام تفريد العقاب وخاصة في هذه الظروف التي يمر بها مجتمعنا .

## المراجع

## اولا اللغة العربية

## ١- المؤلفات القانونية

- ١- الدكتور اكرم نشأت ابراهيم - الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة - بغداد- ١٩٦٦ .
- ٢- الدكتور احمد فتحي بهنسي - العقوبة في الفقه الاسلامي - دار الشروق - القاهرة- ١٩٨٠ .
- ٣- احمد موافي- الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون -الكتاب الثاني ، الصادر عن المجلس الاعلى للثورة الاسلامية في القاهرة - دار ومطابع الشعب - ١٩٦٥ .
- ٤- جنان جميل سكر - ضوابط التقدير القضائي للعقوبة - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٧٢ .

- ٥- الدكتور حسن صادق المرصفاوي- قانون العقوبات معلقا عليه بالاحكام والمذكرات الايضاحية - الطبعة الاولى - القاهرة - ١٩٦٢ .
- ٦- الدكتور حسين توفيق رضا - اهلية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن - اطروحة دكتوراه القاهرة - ١٩٦٤ .
- ٧- الدكتور رؤوف عبيد - مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري - الطبعة ١/٤ - القاهرة - ١٩٨٢ .
- ٨- الدكتور رؤوف عبيد - السببية والقانون الجنائي - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٦٢ .
- ٩- الدكتور ميس بهنام - الجريمة والمجرم والجزاء - الاسكندرية - الطبعة الثانية - ١٩٧٦ .
- ١٠- الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة في قانون العقوبات - الطبعة الرابعة - القاهرة - ١٩٨٦ .
- ١١- الدكتور سمير الجنزوري - الاسس العامة لقانون العقوبات مقارناً باحكام الشريعة الاسلامية - القاهرة - ١٩٧٧ .
- ١٢- الدكتور صالح الشيخ كمر-الجوانب النفسية والعقلية للجريمة-الطبعة الاولى-بغداد- ١٩٨٩ .
- ١٣- الدكتور ضاري خليل محمود - البسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الاولى - بغداد- ٢٠٠٢ .
- ١٤- الدكتور ضاري خليل محمود - اثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية - بغداد- ١٩٨٢ .
- ١٥- الدكتور عبد الوهاب حومد- الحقوق الجزائية العامة- دمشق - ١٩٨٢ .
- ١٦- الدكتور عادل عازر -النظرية العامة في ظروف الجريمة - اطروحة دكتوراه - ١٩٦٧ .
- ١٧- الدكتور علي احمد راشد- موجز في العقوبة ومظاهر تفريد العقاب - القاهرة- ١٩٤٩ .
- ١٨- الدكتور عباس الحسني - شرح قانون العقوبات العراقي - الطبعة الثانية- المجلد الاول والثاني - القسم العام والخاص - بغداد - ١٩٧٢ .
- ١٩- الدكتور علي حسين الخلف وسلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات- مطابع الرسالة - الكويت - ١٩٨٢ .
- ٢٠- الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي - شرح قانون العقوبات القسم العام - بغداد- ١٩٩٢ .
- ٢١- الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي- النظرية العامة للاعذار المخففة من العقوبة- اطروحة دكتوراه - بغداد- ١٩٨٠ .
- ٢٢- الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي- الجزء الجنائي- دراسة تاريخية - دار النهضة العربية - بيروت- ١٩٧٢ .

- ٢٣- الدكتور محمد فاروق النيهان- مباحث في التشريع الجنائي الاسلامي - الطبعة الاولى - الكويت - ١٩٧٧ .
- ٢٤- الدكتور محمد احمد المشهداني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- الطبعة الاولى - عمان- ١٩٩٧ .
- ٢٥- الدكتور محمد احمد المشهداني- الوسيط في شرح قانون العقوبات- الطبعة الاولى- عمان- ٢٠٠٣ .
- ٢٦- الدكتور محمد مطلق عساف والدكتور محمود محمد حمودة- فقه العقوبات- عمان - ٢٠٠٠ .
- ٢٧- الدكتور محمد زكي محمود- اثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية- القاهرة ١٩٦٧ .
- ٢٨- الدكتور محمود نجيب حسني- علم العقاب - القاهرة - ١٩٦٧ .
- ٢٩- الدكتور حمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني- القسم العام - الطبعة الثانية- بيروت - ١٩٧٥ .
- ٣٠- الدكتور محمود محمد مصطفى- شرح قانون العقوبات العام- الطبعة السادسة- القاهرة- ١٩٦٤ .

ثانياً : باللغة الاجنبية

- 1- Smith, J.G and Hogan Brain , Crimina I Law. Cases and materials, London, 1973 .

الحماية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة

أ.م.د. صبا نعمان رشيد (\*) م.د. حسام عبد الأمير  
خلف (\*\*)

### Abstract

The issue of protecting the rights of disabled that stayed in the shade in the overall international system not relevant in the field of the human rights are considered despite the increasing numbers of the world are constantly in the shadow of conflict and devastation caused by the spread of epidemic disease chronicles not to mention the wars and despite the presence of a large number of attempts national globally and a number of regional agreements. The international protection did not live up to the high level specialized in the field of protraction of persons with disparities that was developed to international convention about them and approved by the united nation general assembly and December 13h of 2006 and it included many protection mechanisms to ensure respect for their rights , whether at international or national level.

### مقدمة

إن قضية حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة بقيت في الظل في مجمل المنظومة الدولية، ولم تعتبر في العمل في مجال حقوق الإنسان، لاسيما أن هناك أكثر من ٦٥٠ مليون شخص من ذوي الاحتياجات الخاصة، أي حوالي ١٠٪ من سكان العالم، منها ما يقرب ٨٠٪ منهم يعيشون في البلدان النامية - يعانون من أي مرض من الأمراض الجسدية والعقلية أو الحسية<sup>١</sup>. أن هؤلاء الأشخاص لديهم نفس الحقوق التي يتمتع بها أي إنسان آخر، بما في ذلك الحق في تكافؤ الفرص، ومع ذلك، غالباً ما نجد أن هؤلاء الأشخاص، في جميع مناطق

(\*) كلية القانون، جامعة بغداد.

(\*\*) كلية القانون، جامعة بغداد.

<sup>١</sup> المساواة في العمل، منظمة العمل الدولية، مواجهة التحديات، التقرير العالمي بموجب اعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، مؤتمر العمل الدولي الدورة (٦٩) لسنة ٢٠٠٧، ص ٤. كذلك :

*Afrique et le Consensus de Monterrey: Performance et progrès 'Afrique 2008, L'Rapport économique sur l'Aussi, Suivi de la 'Afrique, Union africaine, 2008, p.7'du continent, Commission économique pour l'intention des observateurs des 'Convention relative aux droits des personnes handicapées, Guide à l'homme, Série sur la formation professionnelle no 17, NU, New York et Genève, 2010, p.7. 'droits de l*

العالم، يتم تهميشهم حيث يواجهون حواجز مادية واجتماعية تمنعهم من المشاركة الكاملة في الحياة المجتمعية، وبالتالي، جعل مصيرهم مشابه لمصير المنبوذين<sup>١</sup>.

إن عدد الأشخاص المعوقين في ازدياد مستمر بسبب الصراع والدمار الناجم عن الألغام الأرضية، والأمراض المزمنة ومرض الإيدز، والتي تضاف إلى العوامل الديموغرافية مثل النمو السكاني والتقدم الطبي الذي يؤدي إلى زيادة في العمر المتوقع، مع ذلك، أن وضع المعوقين لم يؤخذ بنظر الاعتبار بشكل كاف في برامج التنمية، بما في ذلك الأهداف الإنمائية للألفية، على الرغم من أنهم فئة مهمشة تواجه عقبات كبيرة تمنعهم من المشاركة في الحياة الاجتماعية، ليس فقط بسبب إعاقاتهم ولكن أيضاً التمييز الذي يتعرضون له، حيث يلاحظ، على سبيل المثال، في البلدان المتقدمة، إنخفاض معدلات التوظيف وزيادة البطالة بين الأشخاص ذوي الإعاقة، مع أن معظم دول منظمة التعاون الاقتصادي قد اعتمدت برامج وقدمت الدعم لتمكينهم من الاستمرار في العمل كما في سوق العمل الأساسي في سياق الورش المحمية في هذه البلدان، مع ذلك أن هذه الفئة لا يمكن أن تشارك في العمل، وأنها تتلقى الدعم في شكل الدخل، إلا أنه لا يكفي للتعويض عن إعاقاتهم. كذلك الحال في البلدان النامية، فإن المعوقين هم أيضاً عرضة لخطر استبعادهم من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبدون ضمانات الدخل والدعم الأخرى، هم أكثر عرضة للتأثر الفقر من الناس غير المعوقين، حيث تشير التقديرات إلى أنه في البلدان النامية<sup>٢</sup>، حوالي ١٥-٢٠٪ من الفقراء

<sup>١</sup> يشكل الأشخاص ذوو الإعاقة أكبر أقلية في العالم وأكثر الأقليات حرماناً. فالأرقام مذهلة: يقدر أن ٢٠ في المائة من أفقر الناس في العالم هم من الأشخاص ذوي الإعاقة؛ و ٩٨ في المائة من الأطفال ذوي الإعاقة في البلدان النامية لا يدخلون المدرسة؛ ويقدر أن ٣٠ في المائة من أطفال الشوارع في العالم هم أطفال ذوي الإعاقة؛ وتبلغ نسبة البالغين الملمين بالقراءة والكتابة من الأشخاص ذوي الإعاقة ٣ في المائة فقط - وفي بعض البلدان تنخفض النسبة إلى ١ في المائة من مجموع النساء ذوات الإعاقة. من الاستثناء إلى المساواة، إعمال حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، دليل للبرلمانيين بشأن اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري المرتبط بها، الأمم المتحدة، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، جنيف، ٢٠٠٧، ص ١.

<sup>٢</sup> تشير دراسة أجريت في عام ٢٠٠٥ بخصوص ١١ عينة من الدول النامية، بما في ذلك بوروندي وموزامبيق، بأن الشباب ذوي الإعاقة هم أقل عرضة للذهاب إلى المدرسة أو إلى متابعة دراسته، وفقاً لذلك، فإن الأشخاص ذوي الإعاقة أيضاً أقل فرص الحصول على عمل لائق، لا سيما في قطاع الاقتصاد الرسمي. كما تشير بعض التقديرات إلى أن في البلدان النامية أقل من ٢٠٪ من الأشخاص ذوي الإعاقة لديهم وظائف في القطاع الرسمي من الاقتصاد.

يعانون من شكل أو العجز آخر، الصلة بين الإعاقة والفقر معقدة وتتطور باستمرار لأن الإعاقة سبباً ونتيجة للفقر<sup>١</sup>.

إن معالجة مثل هذا الموضوع تكمن في محاولة لأثراء البحوث والدراسات التي نادراً ما تتطرق لهذه الأقلية أو الشريحة المهمشة في المجتمع الدولي، حيث ستكون المعالجة من خلال مبحثين: الأول سيتم تكريسه إلى التعريف بمفهوم الإعاقة والحماية الغير مباشرة من خلال نصوص حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، بينما سيخصص المبحث الثاني إلى الحماية المباشرة لهذه الفئة من خلال اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

### المبحث الأول: ماهية الإعاقة والحماية غير المباشرة

إن الوقوف الشامل لمفهوم الإعاقة يتطلب منا تعريف هذا المصطلح وبيان الأنواع التي يتضمنها بالإضافة إلى نوعية الحماية التي كانت تستفاد منها هذه الفئة قبل ظهورها بشكل رسمي في المجتمع الدولي.

### المطلب الأول: مفهوم الإعاقة وانواعها

#### أولاً: تعريف مصطلح الإعاقة

يعرف التيار الطبي الأعاقة بمثابة (حالة طبية نتيجة لمرض أو حادث)، فالأعاقة تعتبر هنا بمثابة مشكلة للإنسان سواء صدمة أو مرض مما يستدعي رعاية طبية<sup>٢</sup>، ويمكن أن يقصد بها أيضاً بداية العجز تقاس أو تحقق من قبل شخص وبالنسبة لها يمكن تعويضها<sup>٣</sup>. أما التيار الأنثروبولوجي فيرى الأعاقة بأنها (هي ناتجة عن المواجهة بأعباءه كائن بشري مع قدراته وبيئته ومع متطلبات وجوده)<sup>٤</sup>. وهناك من يعرفها بـ (الشخص الذي لديه واحد أو أكثر من الإعاقات الناجمة عن عجز جسدي، حسي، عقلي ومعرفي مستدامة والتي قد تعوق، عند التعامل مع مختلف الحواجز، المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين)<sup>٥</sup>.

Afrique et le Consensus de Monterrey: Performance et 'Afrique 2008, L' Rapport économique sur l'Afrique, Union africaine, 2008, p.7' progrès du continent, Commission économique pour l'Afrique.

<sup>٢</sup> دونالد هنتر، ترجمة الدكتور عبد الرحمن الحارثي، الألف كتاب، دار الكرتل للنشر، القاهرة، ١٩٦١، ص ٥.

<sup>٣</sup> د. صلاح عدس، الطب الصناعي، المكتبة الثقافية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٣، ص ١٢.

Université 'La protection du handicap en Droit International, Thèse, l' Théodore François Basile Tam, Jean Moulin Lyon 3, 2012, P.19 -20.

<sup>٥</sup> المادة ٢، ٢ من مرسوم لجنة المجتمع الفرنسي في ١٧ كانون الثاني ٢٠١٤ بشأن الشخص المعاق، انظر:

أما اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، تعرف الإعاقة بأنهم (كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية، قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين)<sup>١</sup>. بالنسبة إلى الأمم المتحدة، فتحدد الإعاقة بـ (إنخفاض الحركة أو نتيجة وقوع حادث، الأمر الذي قد يحد من فرصة الشخص المعني وأسرته من المشاركة الكاملة في حياة المجتمع). وفيما يتعلق بإعلان الأشخاص المعاقين الذي أعلنته الجمعية العامة للأمم المتحدة ٩ كانون الأول عام ١٩٧٥ [قرار ٣٤٤٧ (XXX)] نجد أن هذا التعريف مكرر، حيث يعني مصطلح شخص معاق (أي شخص عاجز عن أن يؤمن لنفسه كلياً أو جزئياً ضرورات الفرد العادي أو الحياة الاجتماعية، نتيجة للنقص، خلقي أو غير خلقي، للقدرات البدنية أو العقلية). في حين تذهب الاتفاقية رقم (١٥٩) لعام ١٩٨٣ لمنظمة العمل الدولية بشأن التأهيل المهني والعمالة (المعوقون) في المادة (١/١) إلى أنه (يعني تعبير (شخص معوق) فرداً انخفضت بدرجة كبيرة احتمالات ضمان عمل مناسب له والاحتفاظ به والترقي فيه نتيجة لقصور بدني أو عقلي معترف به قانوناً)، في حين تذهب التوصية العربية رقم (٧) لسنة ١٩٩٣ بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين في المادة (١) إلى تعريف المعوق بأنه (هو الشخص الذي يعاني من النقص في بعض قدراته الجسدية أو الحسية أو الذهنية نتيجة مرض أو حادث أو سبب خلقي أو عامل وراثي أدى إلى عجزه كلياً أو جزئياً عن العمل أو الاستمرار به... الخ)<sup>٢</sup>. هكذا إذا يتم وصف، الشخص ذوي الإعاقة، بأنه ليس في موقف موأ للوصول إلى مجموعة كاملة من الفرص التي تقدمها الحياة للأفراد.<sup>٣</sup>

interdisciplinaire d'études est exclure : le cas du handicap », Revue Maxime Vanderstraeten, « Définir, c juridiques 2015/1 (Volume 73), p.9.

<sup>١</sup> المادة ١ من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وبروتوكولها الاختياري في ١٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦.

<sup>٢</sup> من المهم الإشارة إلى أن مصطلح الأشخاص ذوي الإعاقة أو المعاقين قد تم استبداله في العديد من بلدان العالم احتراماً لإنسانيتهم كما هو الحال على سبيل المثال في قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة الإماراتي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦.

<sup>٣</sup> Ibrahima Malick THIOUNE, Etude sur la Promotions et la Protection des personnes handicapées au Rapport Final, Centre de Ressources pour la Promotion des droits des Personnes Handicapées Sénégal, (CRPH), 2005, p. 11.

إن هذا الاستنتاج يكشف عن الحاجة إلى اتخاذ اجراءات، في نفس الوقت، محددة وتصحيحية على أساس تكافؤ الفرص للمساواة في الحصول على الفرص في الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمجتمع لجميع فئات المعوقين.

## ثانياً: أنواع الإعاقة

إن التقدم في مختلف مجالات الحياة أدى بدوره إلى ظهور انواع جديدة من الإعاقة تختلف عن الاشكال الكلاسيكية المعروفة والتي غالباً ما تكون ظاهره للعيان.

### ١. أنواع الإعاقة وفقاً للتقسيم الكلاسيكي

تقليدياً، هناك أربعة أنواع للإعاقة:

- أ- المعوقون جسدياً، وهم الأشخاص الذين يواجهون إعاقة في قدراتهم الطبيعية نتيجة خلل أو مرض أو عاهة، ومن أمثلة ذلك نذكر: شلل الأطفال ؛ الشلل الدماغي؛ الشلل النصفي؛ ضمور أو بتر واحد أو أكثر من أطرافه...الخ<sup>١</sup>.
- ب- المعوقون حسيّاً، وهم الأشخاص الذين نقصت قدرتهم الحسية لوظيفة عضو أو أكثر لديهم، مثال ذلك : المكفوفون؛ الصم؛ ضعف السمع الذين لا يجدي معهم تصحيح السمع؛ صعوبات النطق؛ فقدان حاسة اللمس ؛ فقدان حاسة الشم...الخ.
- ت- المعوقون ذهنيّاً، وهم الأشخاص الذين يعانون من نقص قدراتهم الذهنية يؤثر على عمليات الإدراك أو الربط أو الاستنتاج لديهم، مثال حالات التخلف العقلي بدرجات مختلفة.
- ث- المعوقون مرضياً، هم المصابون بأمراض مزمنة التي من شأنها أن تحد من قدرتهم على الانتظام في مستوى أداء العمل<sup>٢</sup>.

### ٢. التطورات ومجموعات جديدة

<sup>١</sup> Théodore François Basile Tam...op.cit., p.20-21.

<sup>٢</sup> يترك عادة للتشريعات الوطنية في كل دولة تحديد هذه الامراض ودرجة الاعاقة وفق المادة ٦ من توصية العمل الدولية رقم (٧)

على نحو متزايد، يعتبر بمثابة معاقين الأشخاص ذوي الإعاقة الخفية مثل الصرع، الروماتيزم، مرض السكري أو مرض مزمن آخر، فإنه يضاف أيضاً أولئك الذين يعانون من أمراض مزمنة، مرض عضال أو تلك المرتبطة بالإيدز. أن هذا التطور أو التوسع في هذا المفهوم، يبدو أيضاً مع تداخل الإعاقة والأمراض التعطيلية المتعلقة على سبيل المثال بالشيخوخة، في الواقع، أن كبار السن يعانون في كثير من الأحيان من الإعاقة، حيث أنهم بالفعل أمراض مرتبطة بالعمر مثل، مرض الزهايمر، باركنسون، الأمراض العقلية والأمراض الحسية.

أن تصنيف الإعاقة الذي أدلى به البروفيسور Pierre RABISCHONG هو أصلي للغاية حيث يقدم مجموعو متألّفة من ٤ محاور: (أوجه القصور المتعلقة بالتنقل، ضعف التواصل، ضعف الصيانة البيولوجية، أوجه القصور في عدة بقاء)، حيث أن ضعف التنقل يشمل: الخلل الذي يكمن أساساً في العظام من بين كسور أخرى، تشوهات العظام، النقص في المفاصل والعضلات، عاهات بسبب التحكم الحركي مثل الشلل، السكتة الدماغية، وأخيراً، أوجه القصور بسبب بتر الأطراف.

أما فيما يتعلق بأوجه القصور في التواصل يمكن أن يفهم بأنه: أوجه القصور في الحواس، والكلام والعقل. أما بالنسبة إلى أوجه القصور في الصيانة البيولوجية فتشمل جميع أمراض القلب والاعوجاج الدموي، الرئة والجهاز الهضمي، ويمكن أن يكون سرطان الدم، ارتفاع ضغط الدم، الربو والفشل الكلوي. وأخيراً، أوجه القصور في أدوات النجاة أو البقاء يمكن تلخيصها في، اضطرابات السلوك الغذائي، النشاط الجنسي، الجهاز المناعي، نظام الغدد الصماء، والألم المزمن<sup>١</sup>.

### المطلب الثاني: نشأة الحماية القانونية للإعاقة

إن حماية الإعاقة في القانون الداخلي والدولي هي ثمرة رحلة طويلة وشاقة، ويمكن القول أنها تجد جذورها بادئاً بالدول، ثم تطورت الحماية للإعاقة مع مرور الوقت إلى مؤسسات المجتمع الأقليمي والدولي .

<sup>1</sup> Ibid .p. 21-22.

### اولاً: حماية الإعاقة مسؤولية تقع على عاتق الدول وفقاً لقوانينها الوطنية

إن النتيجة الطبيعية لمبدأ السيادة، المنصوص عليها في القانون الدولي، هي أن الدول لديها مسؤولية تجاه سكانها وجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، وبالتالي، فإن حماية الأشخاص ذوي الإعاقة ستحول إلى الدولة. مع ذلك، فإن الحماية التي تمارس من جانب الدول، بعيداً عن كونها متجانسة، حيث تختلف اعتماداً على ما إذا كان ينتمي الشخص المعاق أو يقيم في البلدان الفقيرة أو الصناعية<sup>١</sup>. ففي البلدان الفقيرة، وخاصة في أفريقيا وآسيا، نجد أن المعوقين عموماً يتم تجاهلهم، حيث تتم أدانتهم في الحياة، أذ أنهم مضطرون لتحمل المسؤولية نظراً لعدم وجود نظام حقيقي للحماية، بصورة مخفية، يكون موضوع الفضول والمصائب، وكثيراً ما يتم قتلهم عند الولادة<sup>٢</sup>، وفي هذه الخصوص، يعطي تقرير مؤتمر الأمم المتحدة العالمي لحقوق الإنسان في دورته الرابعة في الفترة من ١٩-٣٠ نيسان عام ١٩٩٣، المفارقة التالية: (في آسيا والمحيط الهادئ)، ليس هناك أي اتفاقية اقليمية أو دون الإقليمية في هذا المجال وأي لجنة دولية أو محكمة إقليمية لحقوق الإنسان)<sup>٣</sup>.

أما حماية المعاقين في البلدان الصناعية فقط كانت أفضل قليلاً من تلك الدول المشار إليها أعلاه، مع ذلك، يلاحظ أنه قبل القرن ١٨، كان وضع الأشخاص ذوي الإعاقة في أوروبا لا يستحق الشناء، حيث كانت مهمة وغير متكاملة معاً، حيث كان في ذلك الوقت يتم إتخاذ إجراءات قاسية في التعامل مع هؤلاء الأشخاص والتي تتضمن عادةً أما النفي أو حجزه في مكان للأمراض النفسية من أجل (عزل المتخلفين عقلياً)، كما تشير بعض الدراسات إلى أنه في بضع الأحيان، كانوا يقيدون كل يوم لأسرتهم أو يخضعون للتجارب الطبية<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> تدل البيانات المتوفرة على أن نسبة الاشخاص ذوي الإعاقة بين مواطني دول مجلس التعاون الخليجي تتراوح نسبتهم بين ( ١ - ٢ . ٠ % ) من مجموع المواطنين، ومع ذلك تشير قوانينهم على توفير اشد انواع الحماية القانونية وذلك وفقاً للدراسات المعدة لهذا الغرض، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ووزراء الشؤون الاجتماعية لدول مجلس التعاون الخليجي، دليل مؤسسات رعاية وتأهيل المعاقين بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدليل، المجموعة الاجتماعية (٢) لسنة ١٩٩٨.

<sup>٢</sup> Rapport économique sur l'Afrique 2008, l'Afrique et le consensus de Monterrey-performance et développement du continent, commission économique pour l'Afrique, 200٨, p73.

<sup>٣</sup> Théodore François Basile Tam...op.cit., p.24.

<sup>٤</sup> هيز كارلتون ج، ه، الثورة الصناعية ونتائجها السياسية والاجتماعية، ترجمة أحمد عبد الباقي، ط٢، مكتبة المشى، بغداد.

لكن، في أواخر القرن ١٩، ومع ظهور عصر التنوير، نلاحظ تطور كبير في وضع هؤلاء الناس، فمع التقدم العلمي، وظهور التقنيات الحديثة والادوية المعالجة وسياسة الرعاية الطبية والتأمين والضمان الاجتماعي أصبح هؤلاء بوضع أفضل، حيث أن تطور الطب أدى إلى تحسين المعاناة الجسدية لهؤلاء الأشخاص، كما بدأ تنفيذ سياسات متعلقة بالاندماج الاجتماعي والمهني<sup>١</sup>.

مع ذلك، وعلى الرغم من الجهود التي تبذلها الدول، نجد أن حالة هؤلاء الناس في ذات البلدان الصناعية في القرن ٢١، لا تزال مثيرة للقلق، فالإحصاءات المنشورة من قبل خبراء في المسائل الاجتماعية تسلط الضوء بلا منازع أن هؤلاء السكان هم الأكثر عاطلين عن العمل، مهمشين اجتماعياً، كذلك في نفس هذه الفئة من السكان يوجد أعلى معدل لوفيات، ونوعية الحياة بئسة نوعاً ما .

ثانياً: الحماية الدولية للمعاقين من قبل المجتمع الدولي

إن الحماية الدولية للمعاقين تشير في كثير من الأحيان إلى دراسة جميع التدابير والأحكام الدولية المعنية، على المستوى العالمي أو الإقليمي، حيث يتم تنفيذ ذلك من أجل ضمان وتحسين رفاية الأشخاص ذوي الإعاقة، وهي تعني الرجوع إلى التطبيق الشامل للقانون ومعاينة انتهاكات الحاصلة عن طريق التقنيين القانونيين.

تاريخياً، يمكن القول بأن أساسيات الحماية للإعاقة بموجب القانون الدولي، يعود تاريخها إلى عصابة الأمم، في محاولة للعثور على إجابات لهذه الظاهرة، في الواقع، بتاريخ ٢٦ آيلول ١٩٢٤، اعتمد إعلان جنيف بشأن حماية الأطفال، وعلى الرغم من أن هذا النص لم يكن ملزماً، إلا أنه ترجم بالفعل فكرة المجتمع الدولي في توفير حماية خاصة للأطفال، أن هذا شكل من قوة الدفع أستمع مع عمل منظمة الصحة العالمية، التي أنشأتها عصابة الأمم في عام ١٩١٩، والتي أسست قواعد التصنيف الدولي للأمراض والعجز أيضاً. لقد أستمع هذا الوضع حتى الحرب العالمية الثانية، مع إنشاء الأمم المتحدة، وخاصة في سنة ١٩٤٩ الذي شهد ظهور لقانون الإنساني مع اتفاقيات جنيف، وفي عام ١٩٧٠ ظهور حقوق الإنسان، مع

<sup>١</sup> علي حيدر سليمان، تاريخ الحضارة الأوروبية الحديثة، ط١، ١٩٩٠، ص ٢٨.

إعلان حقوق المعاقين عقلياً، وبداية وجود إطار قانوني واضح للأشخاص ذوي الإعاقة، بالإضافة إلى تدابير مختلفة اتخذت سواء من قبل الهيئات الفرعية بخصوص حظر التمييز، من قبل اليونسكو، أو من قبل منظمة الصحة العالمية، أو كذلك من قبل الأجهزة المركزية والرئيسية للأمم المتحدة كما هو الحال بالنسبة إلى الجمعية العامة، حيث أسفرت هذه الجهود عن ظهور قرارات مختلفة التي توجت في اعتماد الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٣ كانون الأول ٢٠٠٦ ودخلت حيز التنفيذ في ٣٠ مارس عام ٢٠٠٧<sup>١</sup>.

بشكل عام يمكن بيان اهتمام المجتمع الدولي بهذا الموضوع من خلال بيان التطور التاريخي للحماية الدولية الغير مباشرة للمعاقين في نصوص حماية حقوق الإنسان والقانون الإنساني وعلى النحو التالي:

#### ١. حماية ذوي الإعاقة في النصوص المعنية بحقوق الانسان

إن الأشخاص المعوقين يتمتعون كمواطنين وبشر بأوجه الحماية القانونية في القانون الطبيعي الذي يدور وجوداً وعدمًا مع ذاتية الانسان، وانكارها يعتبر اعتداءً عليه، وتبعاً لذلك برزت مرحلة جديدة بعد إنقضاء الحرب العالمية الثانية تمثل بتوجه الدول إلى المنظمات الدولية بهدف تقنين هذه الحقوق دولياً من جهة وإضفاء الحماية الدولية عليها من جهة أخرى<sup>٢</sup>، حيث اكتسبت بذلك هذه الحقوق طابعاً عالمياً ويتم حمايتها بواسطة أجهزة رقابية دولية وهياكل منظمة تابعة لأجهزة دولية وإقليمية<sup>٣</sup>.

#### أ. الحماية من خلال الصكوك الدولية

<sup>١</sup> الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، التي تبناها قرار ٤٨/٩٠/٦١ A خلال الدورة الحادية والستين للجمعية العامة للأمم المتحدة يوم ١٣ كانون الأول ٢٠٠٦.

<sup>٢</sup> فارستو بوكار، F-pocaR، رئيس المعهد الدولي للقانون الانساني، سيمينار حقوق الإنسان الدولية سيمينار في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٤، إيطاليا، سيراكوزا.

<sup>٣</sup> المستشار سناء وليد خليل، الخبرات القضائية في تنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان، سيمينار في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (ISISC) بتاريخ ٢١/١٠/٢٠١٤، إيطاليا، سيراكوزا.

إن جميع النصوص الدولية لحقوق الإنسان قابلة للتطبيق على الأشخاص ذوي الإعاقة باعتبارها نصوص عامة جاءت بهدف حماية الإنسان وكرامته، مع ذلك نجد أحياناً تكريس هذه النصوص لبعض موادها بهدف توفير حماية مباشرة لهذه الفئات الضعيفة.

### (١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨

هو أساس أي نظام دولي لحقوق الإنسان، حيث أن نطاقه العالمي تم تأكيده من قبل هيئات الأمم المتحدة، بما في ذلك محكمة العدل الدولية وإدخاله في ديباجة العديد من الدساتير الوطنية، وهو يتكون من ديباجة و ٣٠ مادة، وهو يشمل مختلف المجالات مدنية السياسية والاقتصادية والثقافية<sup>١</sup>، بالنسبة لكثير من الكتاب، كان الإعلان العالمي الأساس الذي رسم وألهم واضعي العهد المدني والسياسي، وكذلك الاقتصادي والثقافي . من بين مواد المهمة النص على المساواة حيث جاء بأن يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء<sup>٢</sup>؛ كذلك نص على أنه لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه، ولا يجوز استرقاق أحد أو استعباده، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما<sup>٣</sup>؛ وعدم جواز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وان لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية، كذلك لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون<sup>٤</sup>؛ أيضاً لكل فرد حق التمتع بجنسية ما<sup>٥</sup>؛ أما فيما فيما يتعلق بالعمل، فلكل شخص الحق في العمل، وله حرية اختياره بشروط عادلة مرضية كما أن له حق الحماية من البطالة، ولكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته... الخ<sup>٦</sup>؛ بالإضافة

<sup>١</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨.

<sup>٢</sup> المادة ١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨.

<sup>٣</sup> المواد ٤، ٣ من الإعلان.

<sup>٤</sup> المواد ٥، ٦، ٨ من الإعلان.

<sup>٥</sup> المادة ١٥ من الإعلان.

<sup>٦</sup> المواد ٢٥، ٢٣ من الإعلان.

إلى حق الشخص في التعلم، ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزامياً وينبغي أن يعمم التعليم الفني والمهني... الخ<sup>١</sup>.

## (٢) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦

تم إعماله بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة A٢٢٠٠ (الحادي والعشرون) ١٣٣، وفتح للتوقيع من قبل الأعضاء في الأمم المتحدة والتصديق المتحدة يوم ١٦ كانون الأول ١٩٦٦، دخل حيز النفاذ في ٢٣ آذار ١٩٧٦، أي بعد ثلاثة أشهر من إيداع صك التصديق الخامس والثلاثون، كما نصت مادته ٤٩. هذا العهد يتضمن ٥٣ مادة وبروتوكولين اختياريين، البروتوكول الاختياري الأول دخل حيز النفاذ في ٢٣ آذار ١٩٧٦، والبروتوكول الاختياري الثاني دخل حيز النفاذ في ١١ تموز ١٩٩١، الذي صدر بصفة اتفاقية دولية بخلاف الاعلان العالمي الذي صدر بصفة توصية.

من بين ٥٣ مادة واردة في العهد، نجد أن هناك فقط ٢٧ مادة قد عالجت الحقوق المدنية والسياسية، بينما تم تكريس المواد الأخرى (المواد ٢٨-٤٥) لتكوين وتنظيم مجلس ولجنة لحقوق الإنسان. يمكن أن نستشهد بأبرز ما جاء في العهد: حق الشعوب في تقرير المصير وحرية التصرف؛ ضمان لجميع الأفراد الحقوق الواردة في العهد؛ الحق في الحياة؛ حظر التعذيب<sup>٢</sup>؛ كذلك الحق في الحرية والأمان على شخصه والجميع يكونون سواسية أمام المحاكم والهيئات القضائية؛ الاعتراف في كل مكان بالشخصية القانون؛ حظر التدخل التعسفي أو غير القانوني في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه والمراسلات؛ حرية الفكر والوجدان والدين<sup>٣</sup>؛ حرية التجمع وتكوين الجمعيات والنقابات؛ الحق في الزواج؛ حماية جميع الأطفال دون تمييز بصفته القصر والحق التمتع بجنسية ما وكذلك الحق في أن يسجل بعد ولادته فوراً ويكون له اسم، جميع الأشخاص متساوون أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه دون تمييز<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> المادة ٢٦ من الإعلان.

<sup>٢</sup> المواد ١، ٢، ٦، ٧ من العهد الدولي ١٩٦٦.

<sup>٣</sup> المواد ١٧، ١٦، ١٤، ١٨ من العهد الدولي ١٩٦٦.

<sup>٤</sup> المواد ٢٤، ٢٣، ٢٢، ٢٦ من العهد الدولي ١٩٦٦.

## ٣) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦

أُعتمد هذا العهد في عام ١٩٦٦<sup>١</sup>، وهو يتضمن ٣١ مادة عالجت مختلف المواضيع، حيث تم تكريس المواد (١٥ . ١) لأعلان مختلف الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للرجال والنساء والأطفال بشكل عام. أما المواد (٢٣ . ١٦) فقد فصلت وسائل الرقابة وتطبيق هذا العهد، حيث هناك التزام على الدول الموقعة بتقديم تقارير دورية إلى الأمين العام للأمم المتحدة، إذ يتم دراسة هذه التقارير من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة والوكالات المتخصصة المعنية. وفيما يتعلق بالجزء الخامس، المواد (٣١-٢٦) تفصل طرائق الانضمام، دخول حيز النفاذ.

البنود المهمة الأساسية والتي تتعلق بموضوعنا تشمل، على سبيل المثال، المواد ١-٩ التي تعالج ظروف العمل والعمال، إذا يقرر لجميع الشعوب حق تقرير المصير ولاسيما فيما يتعلق بالتنمية الاقتصادية، والمساعدة والتعاون الدولي، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، مع ضمان وممارسة هذه الحقوق دون تمييز<sup>٢</sup>؛ كذلك مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد وعدم تقييد أو انتقاص من الحقوق الأساسية للإنسان<sup>٣</sup>؛ أيضاً ألحق في العمل والذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، بالإضافة إلى الحق في شروط عمل عادلة ومرضية تشمل: الأجور العادلة، العيش الكريم، الترقيات لا اعتبارات أخرى غير تلك المتعلقة بالأقدمية والكفاءة، الاستراحة وأوقات الفراغ، عطلات دورية بأجر، تحديد

<sup>١</sup> العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٣ كانون الثاني/يناير ١٩٧٦، وبعد إيداع الصك ٣٥ وفقاً للمادة ٢٧.

<sup>٢</sup> المواد ١، ٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦.

<sup>٣</sup> المواد ٣، ٥ من العهد الدولي.

معقول لساعات العمل<sup>١</sup>؛ الحق في تنظيم النقابات والحق في الإضراب؛ الحق في الضمان الاجتماعي والتأمينات الاجتماعية<sup>٢</sup>.

كذلك هناك نصوص أخرى تتعامل مع الحماية الاجتماعية والتوعية الصحية<sup>٣</sup>، وذلك من خلال تقرير حماية خاصة للأمهات بمنحها فترة معقولة من الراحة قبل وبعد ولادة طفل، ويجب منح إجازة مدفوعة الأجر أو ينبغي أن تمنح توفير ضمان اجتماعي كافي. ايضاً وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين، دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف، ومن الواجب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، إذ يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الأضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي. وعلى الدول أيضاً أن تفرض حدوداً دنيا للسن يحظر معه القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويعاقب عليه. ايضاً وجوب الاعتراف بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية، وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق، معترفة في هذا الصدد بالأهمية الأساسية للتعاون الدولي القائم على الارتضاء الحر. بالإضافة إلى حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه، مع الاعتراف بحق كل فرد في التربية والتعليم، فالتعليم الابتدائي يجب ان يكون إلزامياً وإتاحته مجاناً للجميع، كذلك تعميم التعليم الثانوي بمختلف أنواعه، بما في ذلك التعليم الثانوي التقني والمهني، وجعله متاحاً للجميع بكافة الوسائل المناسبة.

(٤) الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري من ٢١ كانون

الأول ١٩٦٥

<sup>١</sup> المواد ٦، ٧ من العهد الدولي..

<sup>٢</sup> المواد ٨، ٩ من العهد الدولي.

<sup>٣</sup> أنظر المواد ١٠، ١١، ١٢ أو ١٣ من العهد.

تضم هذه الاتفاقية ٢٥ مادة مقسمة إلى ديباجة وثلاثة أجزاء<sup>١</sup>، حيث تم مناقشة في الجزء الأول (المواد ١-٧) المسائل المتعلقة بمفهوم التمييز العنصري، والتدابير التي يتعين اتخاذها من جانب الدول الموقعة لإحترام الحقوق المختلفة، ويقصد بتعبير (التمييز العنصري) أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفصيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، علي قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة<sup>٢</sup>. وقد تضمنت الاتفاقية مجموعة من الالتزامات التي يتعين على الدول الوفاء بها منها نذكر شجب التمييز العنصري كما تتعهد بأن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون أي تأخير، سياسة للقضاء علي التمييز العنصري بكافة أشكاله وتعزيز التفاهم بين جميع الأجناس، وتحقيقا لذلك تتعهد بعدم: إتيان أي عمل أو ممارسة من أعمال أو ممارسات التمييز العنصري ضد الأشخاص أو جماعات الأشخاص أو المؤسسات، وبضمان تصرف جميع السلطات العامة والمؤسسات العامة، القومية والمحلية، طبقا لهذا الالتزام، وألا تشجيع أو تحمي أو تأييد أي تمييز عنصري يصدر عن أي شخص أو أية منظمة. وعلى الدول الأطراف أيضا اتخاذ تدابير فعالة لإعادة النظر في السياسات الحكومية القومية والمحلية، ولتعديل أو إلغاء أو إبطال أية قوانين أو أنظمة تكون مؤدية إلي إقامة التمييز العنصري أو إلي إدامته حيثما يكون قائما... الخ<sup>٣</sup>. إضافة لذلك على الدول الأطراف أن تكفل لكل إنسان داخل في ولايتها حق الرجوع إلى المحاكم الوطنية وغيرها من مؤسسات الدولة المختصة لحماية ورفع الحيف عنه علي نحو فعال بصدد أي عمل من أعمال التمييز العنصري يكون انتهاكا لما له من حقوق الإنسان والحريات الأساسية ويتنافى مع الاتفاقية، أيضا تعترف بمختلف الحقوق السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية للمجموعات المختلفة والأعراق

<sup>١</sup> الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٠٦ ألف (د-٢٠) المؤرخ في ٢١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٥ تاريخ بدء النفاذ: ٤ كانون الثاني/يناير ١٩٦٩، وفقا للمادة ١٩.

<sup>٢</sup> المادة ١ من الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري لسنة ١٩٦٥.

<sup>٣</sup> المادة ٢ من الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري لسنة ١٩٦٥.

أو الأقليات العرقية، حيث يحظر مبدأ أو فكرة تفوق عرق واحد على حساب الآخر<sup>١</sup>، ويجب على الدول الأطراف أيضاً أن تكفل ضحايا مثل هذا التمييز، امكانية اللجوء أمام المحاكم الوطنية المختصة لمعاقبة مرتكبي هذه الانتهاكات<sup>٢</sup>.

أما الجزء الثاني ( المواد ٨-١٦ ) فقد تم تخصيصها أساساً لتنظيم لجنة مناهضة التمييز، ولا سيما تكوينها، عملها، أسلوب الأحالة<sup>٣</sup>. وأخيراً، الجزء الثالث (المواد ١٧-٢٥) يناقش كيفية الانضمام، المشاركة أو الانسحاب من الاتفاقية<sup>٤</sup>.

#### ب. حماية ذوي الإعاقة في الصكوك الإقليمية

بالموازاة مع الصكوك العالمية، كذلك تضمنت الصكوك الإقليمية العديد من الاحكام بشأن حقوق ذوي الإعاقة باعتبارها جزءاً من حقوق الإنسان الأساسية، ومن بين هذه الصكوك نذكر هنا كل من الميثاق العربي لحقوق الإنسان وايضاً الاتفاقية الاوربية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

#### (١) الميثاق العربي لحقوق الإنسان

لقد أُعتمد هذا الميثاق من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في ٢٣ مايو/أيار ٢٠٠٤ وتضمن ديباجة إضافة إلى ٥٣ مادة<sup>٥</sup>، وقد أكد في ديباجته على كل الموثيق والصكوك العالمية الدولية السابقة مع التأكيد كذلك على إعلان القاهرة حول

<sup>١</sup> المواد ٤، ٥، ٣ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة ١٩٦٥.

<sup>٢</sup> المادة ٦ الاتفاقية.

<sup>٣</sup> تنص المادة ٨ من الاتفاقية (تنشأ لجنة تسمى لجنة القضاء على التمييز العنصري (ويشار إليها فيما يلي باسم "اللجنة")، تكون مؤلفة من ثمانية عشر خبيراً من ذوي الخصال الخلقية الرفيعة المشهود لهم بالنزاهة، تنتخبهم الدول الأطراف من بين مواطنيها ويخدمون بصفتهم الشخصية، ويراعي في تأليف اللجنة تأمين التوزيع الجغرافي العادل وتمثيل الألوان الحضارية المختلفة والنظم القانونية الرئيسية).

<sup>٤</sup> إن ارساء الحجية الدولية لحقوق الإنسان في العهدين الدوليين دفعهما إلى التعمق بأرساء الحماية على أسس فئوية بسبب احتياجها إلى حماية خاصة بها، مثل اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة في الحياة العامة لعام ١٩٧٩؛ اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع المهاجرين لعام ١٩٩٠.

<sup>٥</sup> دخل الميثاق العربي لحقوق الإنسان حيز التنفيذ في ١٥ آذار (مارس) من العام ٢٠٠٨ بعد مصادقة العدد المطلوب من الدول العربية عليه.

حقوق الإنسان في الاسلام<sup>١</sup> . لقد أشار الميثاق إلى الحقوق والحريات الأساسية في القسم الثامن منه مع تعهد كل دولة طرف فيه بأن تكفل لكل أنسان موجود على اقليمها وخاضع لسلطتها حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فيه بدون تمييز، كما نص على إنشاء لجنة خبراء حقوق الانسان ودورها في تلقي التقارير الدورية من الدول الاطراف حول الانتهاكات الخاصة بحقوق الانسان مشفوعاً برأي الدول وملاحظاتهما<sup>٢</sup>.

لقد أكد الميثاق العربي لحقوق الإنسان، من بين عدة امور، على عدم التمييز بسبب العرق أو اللون أو النوع أو اللغة أو المعتقد الديني...أو الإعاقة البدنية أو العقلية، وهو أمر سليم وينسجم مع الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، حيث نص على (التزام الدول الأطراف بتوفير الحياة الكريمة، لذوي الإعاقات النفسية أو الجسدية والتي تكفل لهم كرامتهم مع تعزيز اعتمادهم على أنفسهم وتيسير مشاركتهم الفعلية في المجتمع . كذلك توفر الدول الأطراف الخدمات الاجتماعية مجاناً لجميع ذوي الإعاقات، كما توفر الدعم المادي للمحتاج من هؤلاء الأشخاص وأسرههم أو للأسر التي ترعاهم. كما تقوم بكل ما يلزم لتجنب إيوائهم في مؤسسات الرعاية. وفي جميع الأحوال تراعى المصلحة الفضلى للشخص المعاق...الخ)<sup>٣</sup> .

#### الاتفاقية الاوربية لحقوق الإنسان

إن النظام الاوربي لحقوق الانسان هو من اكثر الانظمة الاقليمية تطوراً في ميدان حقوق الإنسان والمعتد بشكل كبير على العديد من الاتفاقيات والمواثيق التي أهتمت منذ اربعينيات القرن السابق بتقرير حقوق الإنسان وحريات الأساسية، وعلى الرغم من تسميتها بالاتفاقية الاوربية إلا انها لم تحدد أو تذكر مصطلح (اوربية) أو اقليمية في الاتفاقية وانما فقط اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والتي اضيفت اليها العديد من البروتوكولات مما يعني منطقياً استفادة جميع الاشخاص من أحكامها متى ما تواجدوا على اقليمها والخضوع لقضائها<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> د. محمود شريف بسيوني، دراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية والدولية، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، ٢٠٠٥، ص ٣٧٥.

<sup>٢</sup> المصدر السابق، ص ٢٨٨.

<sup>٣</sup> المادة ٤٠ من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة ٢٠٠٤.

<sup>٤</sup> د. محمد أمين الميداني، النظام الاوربي لحماية حقوق الانسان، منشورات الحلبي، ٢٠٠٩، ص ٤٦.

من بين ابرز نصوص هذه الاتفاقية الحق في الحياة بأعتبره حقاً مطلقاً لا يجوز المساس به<sup>١</sup>؛ اقرار مبدأ منع التمييز بأي شكل من الاشكال بين الاشخاص<sup>٢</sup> مهما كان نوعه ووضعه<sup>٣</sup>؛ عدم جواز خضوع أي أنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة<sup>٤</sup>؛ الحق في الحرية والأمن لشخصه والمساواة امام القانون<sup>٥</sup>؛ الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته<sup>٦</sup>؛ الحق في حرية التفكير والضمير والعقيدة والتعبير والاجتماعات السلمية<sup>٧</sup> وغيرها من الحقوق التي يمكن ان يتمتع بها الشخص المعاق بأعتبره أنسان.

في المقابل، وضمن الاتحاد الاوربي، نجد أن الميثاق الاجتماعي الأوروبي لعام ١٩٦١ وبروتوكولاته<sup>٨</sup>، حيث يهدف الميثاق الأوروبي إلى تأمين عدد من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية وهو بذلك النظر الطبيعي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تكفل الحقوق المدنية والسياسية. وينشئ الميثاق إجراءً لتقديم التقارير مرة كل سنتين. وعلى إثر بدء نفاذ البروتوكول الإضافي لعام ١٩٩٥ أنشئ نظام لتقديم الشكاوى الجماعية.

لقد تضمن هذا الميثاق إشارة صريحة إلى حماية الاشخاص ذوي الإعاقة أو من هم في حكمهم، حيث نص على حق الأشخاص المعوقين بدنياً وعقلياً في التدريب المهني؛ وإعادة

<sup>١</sup> المادة ٢ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

<sup>٢</sup> المادة ١٤ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

<sup>٣</sup> يلاحظ تكريس الاتفاقية الأوروبية للوقاية من التعذيب والعقوبات والمعاملات غير الانسانية والمهينة لعام ١٩٨٧ للمواد من (٦.١) للبحث في تشكيل لجنة تتعامل مع الدول حيث تكون طيبة اعمالها تتسم بالسرية، كما أنها لا تحتاج إلى شكوى للتحرك بل تأخذ زمام المبادرة من تلقاء نفسها وتحضر برامج زياراتها للامان التي يتواجد فيها الاشخاص المحرومين من حرياتهم.

<sup>٤</sup> المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

<sup>٥</sup> المواد ٦.٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

<sup>٦</sup> المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

<sup>٧</sup> المواد (٩٠، ١٠، ١١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠.

<sup>٨</sup> لقد أعتد الميثاق الاجتماعي الأوروبي في عام ١٩٦١ وبدأ نفاذه في ٢٦ شباط/فبراير من عام ١٩٦٥. حتى تاريخ ٣٠ نيسان/أبريل عان ٢٠٠٢ بلغ عدد الدول التي صدقت عليها حوالي ٢٥ دولة. وهناك ثلاث بروتوكولات للميثاق الاجتماعي الأوروبي تشمل السنوات التالية : ١٩٨٨؛ ١٩٩١ و ١٩٩٥.

التأهيل والاستقرار الاجتماعي<sup>١</sup>؛ حق الأطفال وصغار السن في الحماية<sup>٢</sup>؛ الحق في المساعدة الاجتماعية والطبية وفي تلقي خدمات الرعاية الاجتماعية<sup>٣</sup>.

هناك أيضاً على المستوى الاقليمي الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ وبرتوكولا الاتفاقية لعامي ١٩٨٨ و ١٩٠٠<sup>٤</sup>، فمن بين النصوص المهمة ذات العلاقة نذكر: حق المعوقين في الحماية<sup>٥</sup>؛ حق المسن في الحماية<sup>٦</sup>؛ حقوق الطفل<sup>٧</sup>؛ مبدأ عدم التمييز في ممارسة الحقوق المبينة في البروتوكول. كذلك هناك، وضمن الاطار الأمريكي، اتفاقية بشأن إزالة أشكال التمييز ضد المعاقين بتاريخ ١٩٩٩/٧/٧ والتي دخلت حيز التنفيذ من عام ٢٠٠١. أما على المستوى الافريقي، نذكر الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام ١٩٩٠<sup>٨</sup>. ينص هذا الميثاق على قائمة طويلة من حقوق الطفل، كما ينشئ اللجنة الافريقية المتكونة من خبراء معينين بحقوق الاطفال ورفاهيتهم. من بين الحقوق التي نص عليها هذا الميثاق نذكر: الحق في الحماية الخاصة للأطفال المعوقين<sup>٩</sup>؛ مبدأ عدم التمييز والحق في البقاء والنماء بما في ذلك الحق في الحياة وحظر عقوبة الإعدام<sup>١٠</sup>؛ الحق في الحماية من الاستغلال الاقتصادي والعمل الخطر والحماية من التجاوزات التي ترتكب بحق الطفل ومن

<sup>١</sup> المادة ١٥ من الميثاق الاجتماعي الأوروبي لعام ١٩٦١.

<sup>٢</sup> المادة ٧ من الميثاق الاجتماعي الأوروبي لعام ١٩٦١.

<sup>٣</sup> المواد (١٤، ١٣) من الميثاق الاجتماعي الأوروبي لعام ١٩٦١.

<sup>٤</sup> دخلت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ المتعارف عليها بأسم حلف سان خوسيه، كوستاريكا، لانها اعتمدت في تلك العاصمة، حيز التنفيذ في ١٨ تموز/يوليه عام ١٩٧٨، وحتى تاريخ ٩ نيسان/أبريل عام ٢٠٠٢ بلغ عدد الدول الاطراف فيها ٢٤ دولة.

<sup>٥</sup> المادة ١٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩.

<sup>٦</sup> المادة ١٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩.

<sup>٧</sup> المادة ١٦ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩.

<sup>٨</sup> أُعتمد هذا الميثاق في عام ١٩٩٠ وبدأ نفاذه في ٢٩ تشرين الثاني /نوفمبر من عام ١٩٩٩، حيث حصل هذا الميثاق حتى ٣١ أيار/مايو من عام ٢٠٠٠ على ٢٠ تصديقاً.

<sup>٩</sup> المادة ١٣ من الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام ١٩٩٠.

<sup>١٠</sup> المواد (٣، ٥) من الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام ١٩٩٠.

التعذيب<sup>١</sup>، بالإضافة إلى عدد كبير من الحقوق التي تحمي الطفل سواء في إطار بيئته الخارجية أو ضمن إطار بيئته الداخلية التي تشمل المحيط الاسري.

## ٢. نصوص القانون الدولي الإنساني وحماية ذوي الإعاقة

في مناطق الصراع أو الحرب، غالباً ما يوجد عدد كبير من الاشخاص المصابين أو المشوهين أو مصابين بامراض نفسية نتيجة الحرب. القانون الدولي الإنساني من خلال سلسلة من الاتفاقيات، وهما ٤ و ٣ بروتوكولات إضافية: بروتوكول ١ و ٢، واتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية عام ١٩٤٩، قد وفر استجابة فعالة لهذه المآسي.

أ. اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في

١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩

هذه الاتفاقية مخصصة لحماية ضحايا الحرب من المدنيين<sup>٢</sup>، وهي مقسمة إلى ثلاثة أبواب تتناول المواضيع التالية: الباب الاول ( أحكام عامة)، بينما الباب الثاني يتعلق ب (الحماية العامة للسكان من بعض عواقب الحرب)، أما الباب الثالث تم تكريسه ل (وضع الأشخاص المحميين ومعاملتهم) .

إن هذه الاتفاقية تطبق فقط في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يعترف أحدها بحالة الحرب<sup>٣</sup>، وهي معنية أساساً في مصير السكان المدنيين، وبعض الفئات المحددة بصورة خاصة، والتي تشمل الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال دون الخامسة عشرة من العمر، والحوامل وأمهات الأطفال دون السابعة<sup>٤</sup>، وهي تعتبر، في معظم الوقت، إحدى أضعف الفئات في زمن القتال والحروب. أن اتفاقية عام ١٩٤٩ في سنهها لهذه المبادئ، لحماية تدريجياً هؤلاء السكان خاصة، مستوحى إلى حد كبير من الحربين العالميتين، حيث يلاحظ خلال الحربين

<sup>١</sup> المواد (١٥، ١٦) من الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام ١٩٩٠.

<sup>٢</sup> دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ ٢١ تشرين الأول ١٩٥٠.

<sup>٣</sup> المادة ٢ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩.

<sup>٤</sup> المادة ١٤ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩.

العالميتين أن عدد قليل جداً من الذين يشاركون مباشرة في القتال كانوا من النساء الحوامل والأطفال الصغار جداً، والمعوقين والمسنين، مع ذلك، فهؤلاء المدنيين أحياناً لم يكونوا بمنأى عن اثار هذا الصراع<sup>١</sup>.

أن معظم المواد التي تشير للأشخاص الضعفاء وذوي الإعاقة قد تم تجميعها في الجزء الثاني بعنوان (الحماية العامة للسكان من بعض عواقب الحرب)، حيث تنص على أن (يكون الجرحى والمرضى وكذلك العجزة والحوامل موضع حماية واحترام خاصين)<sup>٢</sup>. بالإضافة إلى سرد السكان المدنيين الضعفاء وحمايتهم، الاتفاقية الرابعة عدت أيضاً الحقوق الأساسية للسكان والتي يجب مراعاتها بدقة خلال فترات النزاع، فعلى سبيل المثال نصت على الحماية العامة من عواقب الحرب دون تمييز مجحف يرجع بشكل خاص إلى العنصر، أو الجنسية أو الدين، أو الآراء السياسية، والمقصود بها تخفيف المعاناة الناجمة عن الحرب<sup>٣</sup>. بالإضافة إلى ضرورة أن يعمل أطراف النزاع على إقرار ترتيبات محلية لنقل الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال والنساء النفاس من المناطق المحاصرة أو المطوقة، ولمرور رجال جميع الأديان، وأفراد الخدمات الطبية والمهمات الطبية إلى المناطق المحيدة<sup>٤</sup>.

ب. اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في ١٢ آب/أغسطس

١٩٤٩

إن العلاقة ما بين الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب والاعاقة تكمن في تركيزها على الرعاية والعلاج التي تمنح لأسرى الحرب في أوقات النزاعات<sup>٥</sup>، حيث تحدد هذه الاتفاقية

<sup>١</sup> إن من المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني هو مبدأ المسؤولية التي تحال إلى : أ . المسؤولية المدنية الدولية للدولة ؛ ب . المسؤولية الجنائية وتكون فردية، ألا ان الخروقات الجسيمة تساوي جرائم الحرب وبذلك تم تجريم جرائم التجارب على الاطفال والبشر والفئات الخاصة، وخلاف الاصل فالقضاء الجنائي يحيلها إلى القضاء العالمي وليس القضاء الداخلي. د. توفيق بوشابا، القانون الدولي للانسان، سيمنا في ISISC، إيطاليا، سيراكوزا ٢٣/١٠/٢٠١٤ .

<sup>٢</sup> المادة ١٦ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩.

<sup>٣</sup> المادة ١٣ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩.

<sup>٤</sup> المادة ١٧ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩.

<sup>٥</sup> اعتمدت هذه الاتفاقية وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب المعقود في جنيف خلال الفترة من ٢١ نيسان/أبريل إلى ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩ تاريخ بدء النفاذ: ٢١ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٥٠ وفقاً لأحكام المادة ١٣٨.

<sup>٦</sup> تعرف المادة ٤ من الاتفاقية أسرى الحرب بانهم الأشخاص الذين ينتمون إلى إحدى الفئات التالية، ويقعون في قبضة العدو :

الأحكام والشروط الخاصة بأحتجاز المحاربين الأكثر ضعفاً، إذ تبين ضرورة إنهاء حالة الأسر أما من خلال إعادة الأسرى إلى الوطن مباشرة وإيواءهم في بلد محايد للأستشفاء في الحالات التالية<sup>١</sup>: (الجرحى والمرضى الميؤوس من شفائهم، والذين يبدو أن حالتهم العقلية أو البدنية قد انهارت بشدة، وتتطلب حالتهم العلاج). وفي هذا الخصوص، يوضح الملحق الأول للاتفاقية بصورة أكثر تفصيلاً الجرحى والمرضى المعينين، يمكن أن يقصد به جميع أسرى الحرب المصابين بأنواع العجز التالية نتيجة جروح: فقد أحد الأطراف، الشلل، العجز المفصلي وسائر أنواع العجز الأخرى، بحيث لا يقل هذا العجز عن فقد يد أو قدم أو ما يعادل فقد يد أو قدم<sup>٢</sup>.

نرى هنا إذاً أنواع مختلفة من الإعاقات الناجمة عن الحرب، وبالتالي محمية بموجب القانون الإنساني، كما يمكن أن يكون مؤسسات المناطق المحمية، والرعاية أو الحماية ببساطة المرضى أو الجرحى.

#### ٤. اتفاقيات جنيف الأولى والثانية في آب ١٩٤٩

يقصد باتفاقية جنيف الأولى تلك المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، أما اتفاقية جنيف الثانية فهي معنية بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار. أن هذه النصوص الأساسية للقانون الإنساني بشأن التعامل مع الحرب في البر والبحر، ليست محددة جداً حول تعريف الأشخاص المحميين.

- 
١. أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع، والمليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة.
  ٢. أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً...الخ.
  - ١ المواد ١٠٩، ١١٠ من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لعام ١٩٤٩.
  - ٢ ينص الملحق الأول على أنه دون الإخلال بتفسير أكبر ملائمة، تعتبر الحالات التالية معادلة لفقد يد أو قدم:
    - (أ) فقد إحدى اليدين أو جميع أصابعها أو الإبهام والسبابة في إحدى اليدين، فقد إحدى القدمين، أو جميع أصابعها ومشطها؛
    - (ب) القسط أو تصلب المفصل، وفقد النسيج العظمي، ضيق الالتئام الندبي الذي يمنع وظيفة أحد المفاصل الكبيرة أو جميع مفاصل أصابع إحدى اليدين؛
    - (ج) التمثيل الكاذب في العظام الطويلة؛
    - (د) الشوهات الناشئة عن كسر أو إصابة أخرى، والتي يترتب عليها قصور خطير في الأداء والقدرة على حمل الأثقال.

وعلى سبيل المثال، فيما يتعلق باتفاقية جنيف الاولى، تحدد حقوق المقاتلين الجرحى والمرضى أو أولئك الذين تركوا أسلحتهم، وبالتالي، تنظم الاتفاقية وتقر عدداً من الحقوق لهؤلاء الأشخاص: الحق في الحياة، السلامة البدنية، الحق في الكرامة، الحق في الضمانات القضائية والحصول على محاكمة عادلة، الحق في الرعاية الصحية في المستشفيات<sup>١</sup>. أما الفصل الثاني المعنون بـ (الجرحى والمرضى) لا يشير مباشرة إلى الإعاقة أو العجز، وهنا تنعكس أهمية البروتوكول (الأول) لاتفاقيات جنيف في ١٢ آب ١٩٤٩ والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية، فهي تضع تعريف واضح ومهم للجرحى والمرضى، حيث حدد مفهوم (الجرحى) و (المرضى) بالأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية بسبب الصدمة أو المرض أو أي اضطراب أو عجز بدنياً كان أم عقلياً الذين يحجمون عن أي عمل عدائي. ويشمل هذان التعبيران أيضاً حالات الوضع والأطفال حديثي الولادة والأشخاص الآخرين الذين قد يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية عاجلة، مثل ذوي العاهات و أولات الأحمال، الذين يحجمون عن أي عمل عدائي<sup>٢</sup>. إذاً يبدو في ضوء ذلك، أن الجرحى والمرضى في القوات المسلحة يمكن أن يكونوا من العسكريين أو المقاتلين من ذوي الإعاقات الجسدية أو العقلية بسبب الحرب وأجبر على القاء أسلحتهم بسبب هذا العجز أو من غير العسكريين.

أما فيما يتعلق باتفاقية جنيف الثانية المعنية بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، فهي تدعو، كما هو الحال بالنسبة إلى اتفاقية الأولى<sup>٣</sup>، إلى حماية الجرحى والمرضى والغرقى البحر. في الحقيقة، أن المعارك في البحر بين السفن، بين القوات

<sup>١</sup> المادة ٣ فقرة ١ من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان المؤرخة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩.

<sup>٢</sup> المادة ٨ من الملحق (البروتوكول) الأول لسنة ١٩٧٧، الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩ والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.

<sup>٣</sup> تجدر الإشارة إلى أن كل دولة من الدول الأطراف المتنازعة أو الأطراف السامية أو المنظمات تلزم باتخاذ كافة التدابير للاحترام الكامل لقواعد القانون الدولي الإنساني وذلك بالتعريف بقواعد واعراف القانون الدولي الإنساني وتوفير كل مل يلزم لتطبيقه وصولاً إلى ما اتخذ ما يسمى نظام الدولة الحامية. د. حسن الجوني، اليات تنفيذ القانون الدولي الانساني، سيمينار في ISISC، سيراكوزا، إيطاليا.

البرية والبحرية، والاصطدامات واغراق السفن هي أيضاً مصادر للضحايا، الجرحى والمرضى والإعاقة، ويعرف المنكوبون في البحار بأنهم الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يتعرضون للخطر في البحار أو أية مياه أخرى نتيجة لما يصيبهم أو يصيب السفينة أو الطائرة التي تقلهم من نكبات، والذين يحجمون عن أي عمل عدائي، ويستمر اعتبار هؤلاء الأشخاص منكوبين في البحار أثناء إنقاذهم إلى أن يحصلوا على وضع آخر بمقتضى الاتفاقيات أو هذا الملحق ( البروتوكول )<sup>١</sup>. لقد نصت الاتفاقية على ضرورة معاملتهم معاملة إنسانية وأن يعنى بهم دون أي تمييز ضار على أساس الجنس أو العنصر أو الجنسية أو الدين أو الآراء السياسية أو أي معايير مماثلة أخرى<sup>٢</sup>.

#### المبحث الثاني: الحماية المباشرة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة

إلى جانب الحماية غير المباشرة لذوي الإعاقة، هناك نصوص توفر حماية مباشرة يمكن تصنيفها إلى نوعين: نصوص غير ملزمة تتمثل في الاعلانات والمبادئ معنية بهذه الفئة ونصوص ملزمة تتجسد، بالمقام الأول، في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

#### المطلب الأول: نصوص الحماية غير الملزمة

لقد تبنى المجتمع الدولي العديد من النصوص، التي أخذت شكل أعلانات ومبادئ وقواعد عمل، بشأن توفير الحماية لذوي الإعاقة.

#### أولاً: الاعلانات الغير ملزمة لحماية ذوي الإعاقة

هناك نوعان من النصوص المعلنة التي أعتمدت في ٧٠ ولكن لم يكن لديها قوة قانونية، ثم لاحقاً اعتمدت قواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص وبرنامج العمل العالمي للمعوقين<sup>٣</sup>.

#### ١. إعلان حقوق المتخلفين عقلياً عام ١٩٧١

<sup>١</sup> المادة ٨ من الملحق (البروتوكول) الأول لسنة ١٩٧٧.

<sup>٢</sup> المادة ١٢ اتفاقية جنيف الثانية، ١٩٤٩.

<sup>٣</sup> Claude Hamonet, Droit et handicap, ( Les personnes en situation de handicap), Collection : Que sais-je ?, Éditeur : Presses Universitaires de France, 2012, p.91-93.

لقد تم اعتماد هذا الإعلان من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة العامة بتاريخ ٢٠ كانون الأول ١٩٧١<sup>١</sup>، ويحتوي هذا النص على ديباجة وسبع مواد، حيث يهدف هذا النص، كما هو محدد في ديباجته إلى:

(ضرورة مساعدة الأشخاص المتخلفين عقلياً علي إنماء قدراتهم في مختلف ميادين النشاط وضرورة تيسير اندماجهم إلي أقصى حد ممكن في الحياة العادية). أما المواد ١ إلى ٧ تعدد، مختلف الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها المعوقين المتخلفين عقلياً، حيث نجد أن المادة ١، يضع الفكرة والمبدأ الذي يقضي بأن الأشخاص الذين يعانون من ضعف عقلي يتمتعون بنفس الحقوق التي يتمتع بها أي شخص، كذلك، الأشخاص الذين يعانون من الإعاقة الذهنية لديهم الحق في الرعاية والعلاج الطبيين المناسبين وعلي قدر من التعليم والتدريب والتأهيل والتوجيه يمكنه من إنماء قدراتهم وطاقاتهم إلي أقصى حد ممكن<sup>٢</sup>، التمتع بالأمن الاقتصادي وبمستوي معيشة لائق<sup>٣</sup>، أن يكون له وصي مؤهل عند لزوم ذلك لحماية شخصه ومصالحه<sup>٤</sup>؛ الحماية من الاستغلال والتجاوز ومن المعاملة الحاطة بالكرامة، فإذا لوحق قضائياً كان من حقه أن يقاضي حسب الأصول القانونية، مع المراعاة التامة لدرجة مسؤوليته العقلية<sup>٥</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن نص إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق المتخلفين عقلياً ١٩٧١ على الرغم من كونه غير ملزم، فهو النص الأول للأمم المتحدة حول حماية الإعاقة.

٢. إعلان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ١٩٧٥

<sup>١</sup> اعتمد ونشر علي المأل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٨٥٦ (د-٢٦) المؤرخ في ٢٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧١.

<sup>٢</sup> المادة ٢ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المتخلفين عقلياً من ٢٠ كانون الأول لعام ١٩٧١.

<sup>٣</sup> المادة ٣ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المتخلفين عقلياً.

<sup>٤</sup> المادة ٥ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المتخلفين عقلياً.

<sup>٥</sup> المادة ٦ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المتخلفين عقلياً.

أُعتمد هذا النص من قبل الجمعية العامة بتاريخ ٩ كانون الأول ١٩٧٥<sup>١</sup>، وهو نص غير ملزم، ولكن، كما يشير اسمها، إعلان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، يعني بأن هذه الحقوق مكرسة ومعترف بها بالفعل في عام ١٩٧٥.

يتضمن هذا الاعلان سلسلة من الحقوق الأساسية الكامنة والمحددة للأشخاص ذوي الإعاقة، حيث يتألف هذا النص من ديباجة ومجموعة من المواد يصل عددها إلى ١٣ مادة، الديباجة تعترف وتكرس النصوص السابقة التي اعتمدتها الأمم المتحدة. يوفر هذا النص مرجعاً أساسياً لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، على الصعيدين الوطني والدولي. وبالتالي، فإن ديباجة تنص على أنه: (إذ تضع في اعتبارها ضرورة الوقاية من التعويق الجسماني والعقلي وضرورة مساعدة المعوقين علي إنماء قدراتهم في أكبر عدد من ميادين النشاط المتنوعة، وضرورة العمل قدر المستطاع علي إدماجهم في الحياة العادية) .

أما الحقوق التي يتضمنها للمعوقين فهي تنقسم إلى حقوق مدنية، سياسية، اقتصادية واجتماعية. لقد جاء الإعلان معرّفاً الإعاقة بأنها (أي شخص عاجز عن أن يؤمن بنفسه، بصورة كلية أو جزئية، ضرورات حياته الفردية و/أو الاجتماعية العادية بسبب قصور خلقي أو غير خلقي في قدراته الجسمانية أو العقلية)<sup>٢</sup>. أما فيما يتعلق بالحقوق، فقد نص الإعلان على أن للمعاق حق أصيل في أن تحترم كرامته الإنسانية وله نفس الحقوق الأساسية التي تكون لمواطنيه الذين هم في سنه<sup>٣</sup>، كذلك كرس حظر التمييز، وهو ينص على الحق في الكرامة ولا سيما للمعوق نفس الحقوق المدنية والحقوق السياسية ما لسائر البشر<sup>٤</sup>؛ أما بالنسبة إلى المواد ٦-١١، فهي تتعامل مع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للأشخاص ذوي الإعاقة، وهي تشمل الحق في الرعاية الصحية، التأهيل المهني والاجتماعي، التعليم، وحماية ممتلكاتهم. بينما المادة ٧ من هذا الاعلان توضح جيدا الحقوق المكرسة، بالنص على أن للمعوق الحق

<sup>١</sup> اعتمد ونشر علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٤٤٧ (د-٣٠) المؤرخ في ٩ كانون الأول/ديسمبر

١٩٧٥.

<sup>٢</sup> المادة ١ من إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ٩ كانون الأول لعام ١٩٧٥.

<sup>٣</sup> المادة ٢ من الإعلان.

<sup>٤</sup> المادة ٤ من الإعلان.

في الأمن الاقتصادي والاجتماعي وفي مستوى معيشة لائق، وله الحق، حسب قدرته، في الحصول علي عمل والاحتفاظ به أو في مزاولة مهنة مفيدة ومربحة ومجزية، وفي الانتماء إلي نقابات العمال، أخيراً نجد ان المادتين ١٢ و ١٣ تظهر أهمية ودور الجمعيات والمنظمات غير الحكومية الخاصة بالمعوقين، الأسرة، المحيط أو المجتمع في مجال حماية المعوقين.

### ثانياً: الصكوك غير ملزمة

إن الاشخاص المعاقين محميين بموجب صكين محددة وغير ملزمة، وهي القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين، وبرنامج العمل العالمي للمعوقين.

#### ١. القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين

أُعتمدت القواعد العالمية بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للأشخاص ذوي الإعاقة في الدورة ٤٨ للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٢٠ كانون الأول ١٩٩٣، هذا النص هو قرار للجمعية العامة الذي يزيل عنها صفة الإلزام، مع ذلك، انه لا يزال يعتبر نصاً مرجعياً وقاعدة لمراقبة التنفيذ الفعال لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة من جراء وجود آليات مراقبة أو الرصد من قبل المؤسسة من المقررين الخاصين، مع مهمات محددة، في إنفاذ القواعد من قبل الدول. هذا النص، يتمحور على النحو التالي: مقدمة، ديباجة، متن يتكون من ٢٢ قاعدة وآلية للمراقبة أو السيطرة.

لقد تم تخصيص المقدمة لمناقشة تاريخ، ظروف، حالة الأشخاص المعوقين وعلاقتها مع المؤسسات الدولية، بالاضافة إلى مناقشة وتحديد المفاهيم الأساسية المتعلقة بالإعاقة كذلك هو الحال بالنسبة إلى العجز، وإعادة التأهيل، تحقيق تكافؤ الفرص للأشخاص ذوي الإعاقة. أما بالنسبة إلى الديباجة فتشير لمختلف الصكوك الدولية لحقوق الإنسان وحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، كما تعلن دور الجمعيات، المنظمات غير الحكومية، الوالدين والثقافة في حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. في المقابل نجد أن متن النص ينقسم إلى ٤ أجزاء وهي: الشروط المسبقة لتحقيق المساواة في المشاركة، وهي تتضمن القواعد ١-٤ بخصوص التوعية، الرعاية الطبية، إعادة التأهيل وخدمات الدعم للأشخاص ذوي الإعاقة. أما الجزء الثاني فهو بخصوص المجالات المستهدفة لتحقيق المشاركة على قدم المساواة، وهو يتضمن

القواعد ١٢-٥ وتعلق بشكل عشوائي بالمسائل التالية: التعليم، التوظيف، ضمان الدخل، الحياة الأسرية واكتمال الشخصية، الثقافة، الدين. وفيتم يتعلق بالجزء الثالث فهو بخصوص تدابير التنفيذ والتي تتضمن القواعد ١٣ إلى ٢٢ وهي تتعلق، من بين عدة أمور، بتدابير المعلومات والبحوث، التشريع، السياسات الاقتصادية، منظمات المعوقين وكذلك التعاون الدولي. أما بالنسبة إلى الجزء الأخير من هذا النص، فهو يركز على آليات رصد تطبيق القواعد بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للأشخاص ذوي الإعاقة، يقصد في الواقع الوسائل والتدابير المنفذة لضمان التنفيذ الفعال لهذه المعايير، وهي تشمل من بين أمور أخرى المقررين الخاصين، فريق الخبراء، مجموعة العمل والمنظمات غير الحكومية المحلية، تقرير تنفيذ المقدم الى لجنة التنمية الاجتماعية<sup>١</sup>.

## ٢. برنامج العمل العالمي المتعلق بالمعوقين

لقد أُعيد هذا البرنامج من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٣ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٢، بقرارها ٥٢/٣٧، وهو عبارة عن مجموعة من التدابير والغايات الهادفة إلى تحسين الظروف المعيشية للأشخاص ذوي الإعاقة. في هذا الصدد، واحدة من أهداف البرنامج هي: تعزيز التدابير الرامية إلى ضمان الوقاية من الإعاقة، إعادة التأهيل، ومتابعة الأهداف التي تحقق المشاركة الكاملة للأشخاص المعوقين في الحياة الاجتماعية والتنمية والمساواة. تكافؤ الفرص، وتحسين الظروف المعيشية في جميع البلدان، أيًا كان مستوى التنمية فيها<sup>٢</sup>.

هذا هو نص طموح، حتى لو كان غير ملزم، ويقسم إلى ٣ فصول، تورد تحليلاً للمبادئ، والمفاهيم والتعاريف ذات الصلة بالإعاقة؛ ولمحة عامة لحالة العالم فيما يتعلق بالأشخاص ذوي الإعاقة؛ وتقدم توصيات باتخاذ إجراءات على الصعد الوطنية والإقليمية والدولية. يقدم هذا النص وسيلة لرصد تنفيذ هذا البرنامج من خلال إنشاء قسم بعنوان المراقبة والتطوير وصفت فيه وسائل السيطرة على تطبيق هذا النص بطريقة تفصيلية يمكن القول أن مركز حقوق الإنسان، والأمين العام للأمم المتحدة يكفل تطبيق هذا البرنامج من خلال تقديم

<sup>١</sup> ينظر في هذا الخصوص القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين لسنة ١٩٩٣.

<sup>٢</sup> برنامج العمل العالمي المتعلق بالمعوقين لسنة ١٩٨٢.

التقارير عن رصد البرنامج، وفي ضوء نتائج التقييمات الدورية، والتغيرات في الوضع الاقتصادي والاجتماعي العالمي، قد يكون من الضروري مراجعة دورية لجدول الأعمال العالمي، وهذه التنقيحات قد تجري كل خمس سنوات، لأول مرة في عام ١٩٨٧، استناداً إلى تقرير من الأمين العام إلى الجمعية .

من بين الأنجازات الرئيسية الأخرى في هذا الخصوص نذكر<sup>١</sup>: التوصية العامة رقم ١٨ (١٩٩١) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن النساء ذوات الإعاقة؛ التعليق العام رقم ٥ (١٩٩٤) للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ثقافي بخصوص الأشخاص ذوي الإعاقة<sup>٢</sup>.

#### المطلب الثاني: نصوص الحماية الملزمة

إن هذه النصوص بشكل عام يمكن تقسيمها إلى فئتين: الفئة الأولى خاصة ضمن إطار محدد الذي يتضمن ميدان العمل، أما الفئة الثانية فهي عامة تخاطب جميع الأشخاص الذين يطلق عليهم وصف الإعاقة.

#### أولاً: اتفاقيات منظمة العمل

لقد دأبت المنظمات المتخصصة بشأن التنظيم الدولي والاقليمي لحقوق العمال على أستههداف فئات خاصة لظروفها المستقلة عن غيرها من العمال، فكانت لفئة المعوقين أو ذوي الاحتياجات الخاصة أو العجزة عدد من النصوص الملزمة وأخرى استشارية، وعلى النحو التالي:

##### ١. اتفاقيات منظمة العمل الدولية

يتمثل دور المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في المجال المذكور في الصكوك التالية:

أ- الاتفاقية (٤٨) بشأن إقامة نظام دولي للحفاظ على حقوق العجزة والمسنين، والورثة

<sup>١</sup> التوصية الدولية رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٠ بشأن التدريب المهني بما فيهم الأشخاص العجزة.

<sup>٢</sup> Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme, Série sur la formation professionnelle no 17, NU, New York et Genève, 2010, p. ١٣.

### في التأمين لسنة ١٩٣٥<sup>١</sup>

تلتزم الدول وفقاً لهذا النظام المحافظة على الحقوق المكتسبة والمنتظر الحصول عليها لدى مؤسسات التأمين الاجباري في حالات من ابرزها العجزة؛ الشيخوخة؛ الارامل واليتامي، ويمكن أن يسري على دولتين أو أكثر لحساب مدة التأمين وبغض النظر عن جنسية العامل العاجز، مع امكانية صرف الاعانات والاضافات في حالة اقامتهم بأحدى الدول الاعضاء بغض النظر عن جنسيتهم<sup>٢</sup>.

### ب- اتفاقية التأهيل المهني والعمالة المعوقون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٣

لقد أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٨١ سنة دولية للمعوقين تحت شعار (المشاركة الكاملة والمساواة)، مع وجوب أن يكون هناك برنامج عالمي للعمل الشامل بشأن المعوقين من شأنه أن يوفر تدابير فعالة على الصعيدين الدولي والوطني لتحقيق اهداف المشاركة الكاملة للمعوقين في الحياة الاجتماعية والتنمية والمساواة، حيث تهدف هذه الاتفاقية إلى تمكين الشخص المعوق من ضمان عمل مناسب والاحتفاظ به والترقى به بهدف ادماجه أو إعاده ادماجه في المجتمع، ويكون ذلك من خلال إعداد برنامج كامل يشمل توفير مدربين ومستشارين في شؤون التأهيل ليكونوا مسؤولين عن التوجيه المهني للمعوقين، تدريبهم المهني، توظيفهم واستخدامهم<sup>٣</sup>.

### ٢. اتفاقية منظمة العمل العربية

إن الزيادة المضطردة في أعداد المعوقين في الوطن العربي وتحولهم إلى شريحة اجتماعية غير منتجة، على الرغم ما تملكه من قدرات، ومع الايمان بقيم ومبادئ التكامل الاجتماعي، كان لا بد من أقرار المواثيق واللوائح العربية لاسس ومبادئ بشأن المعوقين والذي تمثل بظهور الاتفاقية العربية رقم (١٧) لسنة ١٩٩٣ بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين .

<sup>١</sup> بدأ نفاذ هذه الاتفاقية في ١٠ آب / أغسطس من عام ١٩٣٨.

<sup>٢</sup> المواد (١، ٢، ٣) من اتفاقية العمل الدولية رقم (٤٨) لسنة ١٩٣٥.

<sup>٣</sup> المواد (١، ٩) من اتفاقية التأهيل المهني والعمالة المعوقون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٣.

إن أدماج المعوقين في المجتمع يعتبر من الحقوق الاساسية، وهي عملية مرتبطة بشروط وظروف عمل ضرورية لجعله معتمداً على نفسه مما يلزم الدولة باتخاذ التدابير الوقائية للحد من ظاهرة العوق، بالإضافة إلى دور منظمات اصحاب العمل ومنظمات العمال في مجال رعاية المعوقين وتأهيلهم وتشغيلهم، وهو يتضمن ثلاث محاور:

اولا، تأهيل المعوقين وهي عملية منظمة ومشتركة مبنية على اسس علمية تهدف إلى الاستفادة من القدرات المتاحة لدى المعوق حيث يتم توجيهها وتنميتها عبر برنامج تأهيل شامل من شأنه أن يكفل تحقيق أعلى مستوى لقدراته الادائية مما يساعد على الاندماج في بيئته الطبيعية<sup>١</sup>.

ثانيا: تشغي المعوقين هو عملية الاستفادة من طاقاتهم المتاحة لتمكينهم من الحصول على عمل يتناسب مع قدراتهم والاستمرار والترقي به<sup>٢</sup>.

ثالثا: رعاية المعوقين ويكون ذلك بتوفير الخدمات الصحية والاجتماعية والنفسية التأهيلية مع ضرورة تأمين الاحتياجات الفنية والمادية للاستفادة من قدراتهم المتاحة، وتوفير فرض العمل المناسبة لتشغيلهم ودمجهم مع المجتمع وصولاً إلى تكيفهم مع بيئتهم الطبيعية.

### المطلب الثاني: تكريس اتفاقية دولية بشأن حماية ذوي الإعاقة

أُعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٣ كانون الأول ٢٠٠٦، اتفاقية دولية بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وهي تمثل ثمرة جهود طويلة من المباحثات والمفاوضات من أجل توفير حماية قانونية ملزمة لهذه الفئة الضعيفة.

### اولا: لمحة تاريخية عن اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة

إن المفاوضات بشأن اتفاقية دولية واسعة وشاملة عن حقوق وكرامة الأشخاص ذوي الإعاقة تستند على عدد من المبادرات، منها السويد وإيطاليا، وأخرها كان من قبل المكسيك خلال المؤتمر العالمي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب، في ديربان في عام ٢٠٠١، حيث اقترح الوفد وضع اتفاقية حماية حقوق وكرامة الأشخاص ذوي الإعاقة<sup>٣</sup>، ورداً على ذلك، اعتمدت الجمعية العامة القرار ١٦٢/٥٦، الذي

<sup>١</sup> المادة ٢ من الاتفاقية العربية رقم ١٧ لسنة ١٩٩٣.

<sup>٢</sup> المادة ٣ من الاتفاقية العربية رقم ١٧ لسنة ١٩٩٣.

<sup>٣</sup> الرئيس المكسيكي في ذلك الوقت، فيسنتي فوكس، كرر الاقتراح في الجلسة الافتتاحية للجمعية العامة ٥٦. th.

أنشأ اللجنة المخصصة لوضع اتفاقية دولية عالمية وشاملة لحماية حقوق وكرامة الأشخاص ذوي الإعاقة. لقد كان دور اللجنة المخصصة محصوراً بأعداد نص من شأنه أن يضمن التمتع الكامل والفعال لجميع حقوق الإنسان القائمة<sup>١</sup>، وضمان الوصول إلى جميع هذه الحقوق مع عدم التفاوض أي حقوق جديدة، أن النص بالتالي يجب أن يستند إلى ميثاق حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، ومعاهدات محددة: الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب، واتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل واتفاقية حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم<sup>٢</sup>.

علاوة على ذلك، وفقاً للقرار المذكور، كان مشروع الاتفاقية ليس فقط تغطية حقوق الإنسان، ولكنها أيضاً الجوانب المتعلقة بالتنمية الاجتماعية، حيث أن إعلان عام ١٩٨٦ بشأن الحق في التنمية، جنباً إلى جنب مع إعلان فيينا لعام ١٩٩٣ يحدد التنمية الاجتماعية كحق من حقوق الإنسان. نظراً لوجود ما يقرب من ٨٠٪ من الأشخاص ذوي الإعاقة يعيشون في البلدان النامية، فإن فكرة أن التنمية تعني قبل كل شيء حماية الأشد فقراً والأكثر حرماناً هي ذات أهمية خاصة للنهوض بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة<sup>٣</sup>.

إن الاتفاقية التي أعتمدت مؤخراً، وبعد ٨ جلسات تحضيرية، قد ضمنت التمتع بالحماية الكاملة والممارسة الفعالة لحقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة في نفس المستوى - وبالتالي كما واضح - كما معاهدات أخرى محددة في مجال حقوق الإنسان. على الرغم من أنه لا يخلق أي حقوق جديدة، فإنه يضيف بالتأكيد جانباً جديداً تماماً، وهو منجم ذهب، وليس فقط للمعاييين، ولكن من أجل حقوق الإنسان بشكل عام. بالإضافة إلى التأكد من أن حقوق الإنسان هي شاملة وسهلة المنال، وأكد حقيقة القيمة المضافة من هذه الاتفاقية هو

Marianne Schulze, Comprendre la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, Édition l'Handicap International, 2010, p.14.  
[http://www.hiproweb.org/uploads/tx\\_hidrtdocs/ComprendreLaCDPH.pdf](http://www.hiproweb.org/uploads/tx_hidrtdocs/ComprendreLaCDPH.pdf)

<sup>١</sup> لقد أنتج أول اجتماعين للجنة المخصصة عن كمية كبيرة من الوثائق التي شملت مجموعة العمل من ٢٧ حكومة و ١٢ منظمة غير حكومية (المنظمات غير الحكومية) في يناير كانون الثاني عام ٢٠٠٤.

<sup>٢</sup> يلاحظ أن الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري لم يكن قد تم التوصل إليها في وقت المفاوضات.

<sup>٣</sup> Ibid.

مناسبة تماماً. الوصول إلى هذه المرحلة هو إنجاز كبير، ولكنها مع ذلك سوى البداية: لا يزال هناك الكثير للقيام به.

### ثانياً: الجانب الموضوعي للاتفاقية

إن اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة قد تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٣ كانون الأول من عام ٢٠٠٦ بموجب القرار ١٠٦/٦١، ودخلت حيز التنفيذ ٣ آيار ٢٠٠٧، وهي تعتبر، بدون شك، جزءاً من المنظومة الدولية لحقوق الإنسان باعتبارها إحدى الصكوك الفئوية لهذه الحقوق منسجمة مع الأوضاع الخاصة لفئة البشر ذوي الإعاقة. فالبنود الثلاثين الأولى تظهر وتعزز الحقوق الواردة في ميثاق حقوق الإنسان، ونجد في هذه الاتفاقية تكريس للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهي لا تخلق بالمعنى الدقيق للكلمة حقاً جديداً.

### ١. أهداف ومبادئ الاتفاقية

يبدو جلياً من القراءة الأولى لنص المادة ١ سعي الاتفاقية إلى القضاء على جميع أشكال التمييز والتمييز الممارس ضد ذوي الإعاقة .

#### أ. هدف الاتفاقية

إن هدف الاتفاقية هو تمكين الأشخاص ذوي الإعاقة من ممارسة حقوقهم في مختلف المجتمعات مع مراعاة جانبين مهمين: الأول يتمثل بعدم التمييز أو المعاملة يازدراء، أما الثاني فيتجسد بالتعامل الإيجابي بالحالة الخاصة التي تسود جسدهم أو عقولهم أو نفسياتهم مما يعني :

#### (١) الاعتراف بتنوع حالات الإعاقة<sup>١</sup>.

(٢) إن الإعاقة مفهوم متطور وامكانية تغيير مفهومه يتأتى من جراء التفاعل بين الأشخاص والبيئة، مما يفترض نهجاً متحركاً يسمح بإدخال تعديلات على مرّ الزمن داخل أوضاع اجتماعية- اقتصادية مختلفة<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> الفقرة (ط) من الديباجة.

<sup>٢</sup> Maxime Vanderstraeten, « Définir, c'est exclure : le cas du handicap », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2015/1 (Volume 73), p.95.

(٣) إن التمييز ضد أي شخص على أساس أنه معاق يعد انتهاكاً للكرامة الفردية المقررة بموجب المواثيق الدولية<sup>١</sup>.

(٤) تعزيز حماية مبادئ حقوق الإنسان بالتركيز على الأشخاص ذوي الإعاقة.

(٥) الاعتراف باستقلال ذوي الإعاقة مع وجوب توفير كل الوسائل لتحقيق ذلك من خلال الاعتماد على أنفسهم في المعيشة، بالإضافة إلى وجوب توفير فرص المشاركة بالحقوق السياسية.

(٦) تحقيق مشاركة ذوي الإعاقة في بناء وتنمية ورفاهية المجتمعات من خلال إدراج البرامج الخاصة برعايتهم في خطط الدول طويلة الامد<sup>٢</sup>.

ب. المبادئ الخاصة في الاتفاقية

مع الاقرار بالدياجة في توفير البنية الملائمة لتحقيق غاياتها في أوضاع يسودها الأمن والسلام وفقاً لميثاق الأمم المتحدة واحترام صكوك حقوق الإنسان السارية ولا سيما في حالات النزاع المسلح خصوصاً<sup>٣</sup>، فأنها تقرر عدد من المبادئ الخاصة في مجال رعاية ذوي الإعاقة وعلى النحو التالي:

(١) تعتبر الأسرة هي الوحدة الطبيعية والأساسية للمجتمع مما يستدعي حمايتها اذا كان احد افرادها من المعاقين<sup>٤</sup>، وتزداد الحماية اذا كان الفرد المعاق يتحمل واجبات تجاه الأفراد الآخرين والمجتمع الذي ينتمي إليه<sup>٥</sup>.

(٢) التخصص في التعامل مع بعض الفئات من الأشخاص ذوي الإعاقة بالاعتراف بأن النساء والفتيات ذوات الإعاقة غالباً ما يواجهن خطراً أكبر في التعرض، سواء داخل المنزل أو خارجه، للعنف أو الإصابة أو الاعتداء، والإهمال أو المعاملة غير اللائقة، وسوء المعاملة أو الاستغلال<sup>٦</sup>، مع الاعتراف بوجوب أن يتمتع الأطفال ذوو الإعاقة

<sup>١</sup> الفقرة (ج) من الدياجة.

<sup>٢</sup> الفقرة (م) من الدياجة.

<sup>٣</sup> الفقرة (ش) من الدياجة.

<sup>٤</sup> الفقرة (خ) من الدياجة.

<sup>٥</sup> الفقرة (ث) من الدياجة.

<sup>٦</sup> الفقرة (ف) من الدياجة.

تمتعا كاملا بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية على قدم المساواة مع الأطفال الآخرين، وإذ تشير إلى الالتزامات التي تعهدت بها الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل تحقيقا لتلك الغاية<sup>١</sup>.

(٣) التركيز على مبدأين عامين وتطويعهما لخدمة ذوي الإعاقة من خلال تعزيز الحماية بالنسبة إلى الأشخاص ذوي الإعاقة يعيشون في ظروف يسودها الفقر، وإذ تقر في هذا الصدد بالحاجة الملحة إلى تخفيف ما للفقر من تأثير سلبي على الأشخاص ذوي الإعاقة<sup>٢</sup>، بالإضافة إلى تأكيد الحاجة إلى إدماج منظور جنساني في جميع الجهود الرامية إلى تشجيع تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة الكامل بحقوق الإنسان والحريات الأساسية<sup>٣</sup>.

(٤) التمكين من الوصول إلى البيئة المادية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وخدمات الصحة والتعليم والإعلام والاتصال من أهمية لتمكين الأشخاص ذوي الإعاقة من التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية<sup>٤</sup>.

(٥) احترام الفوارق وقبول الأشخاص ذوي الإعاقة كجزء من التنوع البشري والطبيعة البشرية<sup>٥</sup>.

(٦) إمكانية الوصول، مكين الأشخاص ذوي الإعاقة من العيش في استقلالية والمشاركة بشكل كامل في جميع جوانب الحياة، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة التي تكفل إمكانية وصول الأشخاص ذوي الإعاقة، على قدم المساواة مع غيرهم، إلى البيئة المادية المحيطة ووسائل النقل والمعلومات والاتصالات، بما في ذلك تكنولوجيات ونظم المعلومات والاتصال، والمرافق والخدمات الأخرى المتاحة لعامة الجمهور أو المقدمة إليه<sup>٦</sup>.

<sup>١</sup> الفقرة (ص) من الديباجة.

<sup>٢</sup> الفقرة (ز) من الديباجة.

<sup>٣</sup> الفقرة (ق) من الديباجة.

<sup>٤</sup> الفقرة (ت) من الديباجة.

<sup>٥</sup> المادة ٣ من الاتفاقية.

<sup>٦</sup> أنظر المادة ٩ من الاتفاقية.

### ثالثا: الجانب الشكلي للاتفاقية

تجدر الإشارة إلى أن هناك بروتوكول اختياري لاتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة تم اعتماده في ١٣ كانون الأول من عام ٢٠٠٧<sup>١</sup>. أن أهمية هذا البروتوكول تكمن في أنه يسمح للجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في استلام ودراسة البلاغات الفردية أو المقدمة من قبل الدول<sup>٢</sup>. ويلاحظ بأن الاتفاقية كغيرها من الاتفاقيات الدولية قد جاءت باليات للحماية والتنفيذ تتمثل بما يلي :

#### ١. آليات الحماية الدولية

الأشخاص ذوي الإعاقة يتمتعون بالحماية المقررة في النصوص الفردية، وتلك التي توفرها النصوص العامة، وأن آليات الحماية المعمول بها لضمان احترام حقوقهم هي جميع التدابير والضمانات أو الإجراءات التي وضعتها صكوك دولية محددة وغير محددة أو من قبل الدول بهدف ضمان حقوق هؤلاء الأشخاص.

أما على المستوى الدولي، فقد نصت المادة ٣٤ من الاتفاقية على إنشاء وتكوين وانتخاب أعضاء اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وهي تتكون من ١٢ خبيراً يتم اختيارها بواسطة الدول الأطراف مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل، وتمثيل مختلف أشكال الحضارات والنظم القانونية الرئيسية، والتمثيل المتوازن للجنسين، ومشاركة الخبراء ذوي الإعاقة، هذا النصاب من المرجح أن يتطور اعتماداً على عدد الدول المنظمة إلى الاتفاقية<sup>٣</sup>، ويتم انتخاب أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات مع إعادة انتخابهم مرة واحدة، ويجب أن تجدد لجنة من ستة أعضاء بعد سنتين<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> يشمل هذا البروتوكول ١٨ مادة، المواد الأولى (١-٨) توضح إجراءات العمل، الإحالة وعمل اللجنة، أما المواد الأخرى أي (المواد ٩-١٨) فهي تفصل الية التصديق، دخول اللجنة حيز النفاذ.

<sup>٢</sup> تنص المادة ١ من البروتوكول على (تعترف الدولة الطرف في هذا البروتوكول ("الدولة الطرف") باختصاص لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ("اللجنة") بتلقي البلاغات من الأفراد أو مجموعات الأفراد أو باسم الأفراد أو مجموعات الأفراد المشمولين باختصاصها والذين يدعون أنهم ضحايا انتهاك دولة طرف لأحكام الاتفاقية، والنظر في تلك البلاغات).

<sup>٣</sup> تنص المادة ٣٤ ٢ (تزداد عضوية اللجنة بستة أعضاء، بعد حصول الاتفاقية على ستين تصديقاً أو انضماماً إضافياً، لتصل عضويتها حداً أعلى مقداره ثمانية عشر عضواً).

<sup>٤</sup> للمزيد حول هذا الموضوع انظر:

إن هذه اللجنة متخصصة بتلقي البلاغات من الأفراد أو مجموعات الأفراد أو باسم الأفراد أو مجموعات الأفراد المشمولين باختصاصها والذين يدعون أنهم ضحايا انتهاك دولة طرف لأحكام الاتفاقية، والنظر في تلك البلاغات<sup>١</sup>، حيث يمكن تقديم الشكاوي إلى اللجنة من قبل الأفراد والأشخاص، مجموعات من الأشخاص، الجمعيات، أو نيابة عن الأشخاص أو الجمعيات والذين يعتقدون حقوقهم المعترف بها والتي تحميها الاتفاقية انتهكت، حيث يتم تزويد اللجنة عن طريق رسالة خطية ليست شكوى من مجهول. بعد ذلك يجب على اللجنة بعد ذلك الشروع في التحقيق أو إرسال خبراء في هذا المجال والقيام بزيارات أقليلية<sup>٢</sup>. أن الشكاوي أو البلاغات ينبغي ألا تكون مجهولة المصدر كما ينبغي أن تستند على اتفاقية ويجب ألا تكون محل دراسة من قبل لجنة أخرى، بالإضافة يجب أن تكون سبل الانتصاف المحلية قد استنفدت، أن الطلب له أساس من الصحة، كما يجب أن يكون الطلب والحقائق ليست سابقة على بدء نفاذ هذا البروتوكول بالنسبة إلى الدولة المعنية<sup>٣</sup>.

كذلك للجنة أن تتلقى التقارير الدورية من قبل الدول الموقعة أو المصادقة على الاتفاقية، حيث تنص المادة ٣٥ على: (تقدم كل دولة طرف إلى اللجنة، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، تقريراً شاملاً عن التدابير المتخذة لتنفيذ التزاماتها بموجب هذه الاتفاقية...)<sup>٤</sup>، وتضيف الاتفاقية (تنظر اللجنة في كل تقرير وتقدم ما تراه ملائماً من اقتراحات وتوصيات عامة بشأنه وتحيلها إلى الدولة الطرف المعنية)<sup>٥</sup>. يبدو إذاً أن جميع الدول الأطراف في الاتفاقية ملزمة بتقديم تقرير، عن حالة حماية وتعزيز الإعاقة، إلى لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، هذا التقرير من جانب الدول الموقعة يجب أن يودع بعد عامين من التصديق على الاتفاقية، على تتابع كل ٤ سنوات بأرسال تقارير تكميلية. وفيما يتعلق بالمجتمع المدني الدولي

Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme, Série sur la formation professionnelle no 17, NU, New York et Genève, 2010, p. ٣٠ - 32.

<sup>١</sup> المادة ١ من البروتوكول الأول للاتفاقية.

<sup>٢</sup> المادة ٦ من البروتوكول الاختياري الأول للاتفاقية.

<sup>٣</sup> المادة ٢ من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

<sup>٤</sup> المادة ٣٥ من الاتفاقية.

<sup>٥</sup> المادة ٣٦ من الاتفاقية.

أي الجمعيات والمنظمات غير الحكومية المتخصصة في قضايا الإعاقة، يمكن لها إعداد التقارير في حالات الانتهاكات الجسيمة للأشخاص المحميين. هذه الجمعيات، المنظمات غير الحكومية العاملة في الميدان في اتصال مع الناس الذين غالباً ما يتم التشاور مع المنظمات الدولية وعندما ترغب في الحصول على رأي حقيقي من الميدان. تجدر الإشارة، مع ذلك، أن الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لا تشير تحديداً إلى المنظمات غير الحكومية في هذا الجزء الذي يتعلق بتقديم التقارير الدورية<sup>١</sup>.

أما بالنسبة إلى الإجراءات المتخذة من قبل اللجنة، فهي تنحصر في التوصيات أي مجموعة من القرارات أو التعليقات أو الاقتراحات التي تقدمها اللجنة، بعد استلامها للشكاوى من الأطراف أو بعد تحليل تقارير الدول، وعلى الرغم من أن التوصيات غير ملزمة أو قابلة للتنفيذ على غرار الأحكام، إلا أنها تحظى بالاحترام من قبل الدول لأنهم تعكس سمعة وصورة البلاد ومصداقيتها. يمكن للتوصيات أن تكون عامة ونهائية وهي تترجم موقف المؤسسة واللجنة في مسألة معينة، وتكون توصيات اللجنة بناءً على الشكاوى الفردية أو بعد فحص التقارير المقدمة من قبل الدول. فبالنسبة إلى الشكاوى، يجوز للجنة، في أي وقت بعد تسلم بلاغ ما وقبل التوصل إلى قرار بشأن موضوعه، أن تحيل إلى الدولة الطرف المعنية للنظر، على سبيل الاستعجال، طلباً بأن تتخذ الدولة الطرف ما يلزم من تدابير مؤقتة لتفادي إلحاق ضرر لا يمكن رفعه بضحية الانتهاك المزعوم أو ضحاياه<sup>٢</sup>، في ضوء ذلك تقدم الدولة المتلقية إلى اللجنة، في غضون ستة أشهر، تفسيرات أو بيانات مكتوبة توضح فيها المسألة وتوضح أي إجراءات انتصاف تكون تلك الدولة قد اتخذتها، ويشترط هنا أن تتوخى اللجنة السرية في عرض أي بلاغ يقدم إليها على الدولة الطرف<sup>٣</sup>، وبعد تلقي التفسيرات الواردة من الدول الأطراف، تقدم اللجنة اقتراحات أو تعليقات إلى الطرف المعني وإلى الملتمس<sup>٤</sup>.

١ المادة ٣٨ من الاتفاقية.

٢ المادة ٤ فقرة ١ من البروتوكول الاختياري للاتفاقية.

٣ المادة ٣ من البروتوكول للاتفاقية.

٤ المادة ٥ من البروتوكول الاختياري للاتفاقية.

وبخصوص التقارير المقدمة إلى لجنة، فيتم فحصها من قبل خبراء الذين يقدمون الاقتراحات والتوصيات للدول المعنية، حيث يجب على هذه الدول أن تقدم كل اجابات مفيدة في فترة معينة. في حالة التأخير أو عدم الاستجابة، تقوم اللجنة بإخطار الدولة أو الدول المعنية أنها ستعمل عن طريق موثوق بها للحصول على المعلومات المطلوبة<sup>١</sup>. في معظم الاحيان، هناك تعاون من قبل الدول بهذا الشأن وذلك خشية من نشر تقارير سيئة من قبل المنظمات الدولية، لا سيما أن الأمين العام للأمم المتحدة يقوم بابلاغ جميع الدول بالتقارير التي تتم معالجتها بواسطة اللجان، نسخة من هذه التقارير يتم ارسالها الى المؤسسات، صناديق وبرامج الأمم المتحدة، مع العلم أن هذه التقارير يجب أن تكون متاحة للجمهور (تتيح الدول الأطراف تقاريرها على نطاق واسع لعامة الجمهور في بلدانها وتيسر إمكانية الاطلاع على الاقتراحات والتوصيات العامة المتعلقة بهذه التقارير)<sup>٢</sup>.

يبدو مما تقدم، أن وظيفة اللجنة الاساسية هي تلقي ودراسة الشكاوى الفردية، وتقارير الدول، مع تقديم توصيات نتيجة البلاغات والتقارير.

## ٢. آليات الحماية الوطنية

إن التزام الدولة لعضو في لأمم المتحدة باتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الإعاقة لا يتحقق إلا من خلال تصديقها على الاتفاقية أو الانضمام إليها، الأمر الذي يرتب جملة من الالتزامات على عاتقها، تتمثل بما يلي:

أ. إتخاذ التدابير التشريعية والادارية اللازمة لتطبيقها، الأمر الذي يستدعي، في بعض الاحيان، إجراء تعديلات أو الغاء تشريعات أو لوائح أو اعراف أو ممارسات سائدة في تلك الدولة تشكل في جوهرها تمييزاً ضد الاشخاص ذوي الإعاقة<sup>٣</sup>. أن هذا الامر يتطلب مراجعة شاملة للمنظومة القانونية الوطنية وازالة كل ما يتعارض مع مضمون وجوهر الاتفاقية من أجل تحقيق الموائمة بالابقاء على الانسجام بشكل

<sup>١</sup> المادة ٣٦ فقرة ٢ من الاتفاقية.

<sup>٢</sup> المادة ٣٦ فقرة ٤ من الاتفاقية .

<sup>٣</sup> المادة ٤ فقرة ١ (أ، ب ) من الاتفاقية.

مستمر مما ينعكس بالنتيجة المنطقية على الاجراءات الادارية ذات الصبغة التنفيذية<sup>١</sup>.

ب. تلتزم كل دولة عضو باتخاذ التدابير اللازمة بأقصى ما تتيحه الموارد المتوافرة لديها في إطار التعاون الدولي للوصول إلى اعمال هذه الحقوق بشكل كامل.

ت. التزام الدولة بالامتناع عن القيام بأي عمل أو ممارسة تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية مع كفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق معها؛ و اتخاذ كافة التدابير المناسبة للقضاء على التمييز على أساس الإعاقة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة خاصة<sup>٢</sup>.

ث. تفرض الاتفاقية على الدول الاطراف التزامات عامة بشأن التسهيلات الواجب توفيرها للمعاقين، وهو التزام ذوي شقين:

(١) إجراء أو تعزيز البحوث والتطوير للسلع والخدمات والمعدات والمرافق المصممة تصميمًا عاماً والتي يفترض أن تحتاج إلى أدنى حد ممكن من المواءمة وإلى أقل التكاليف لتلبية الاحتياجات المحددة للأشخاص ذوي الإعاقة.

(٢) إجراء أو تعزيز البحوث والتطوير للتكنولوجيات الجديدة، وتعزيز توفيرها واستعمالها، بما في ذلك تكنولوجيات المعلومات والاتصال... مع إيلاء الأولوية للتكنولوجيات المتاحة بأسعار معقولة<sup>٣</sup>.

ج. إذكاء الوعي في المجتمع بأسره بشأن الأشخاص ذوي الإعاقة، بما في ذلك على مستوى الأسرة، على نحو يؤهله للاستجابة المطلوبة لتقبل ذوي الإعاقة عضواً في المجتمع من خلال مكافحة القوالب النمطية وأشكال التحيز والممارسات الضارة المتعلقة بالأشخاص ذوي الإعاقة، بما فيها تلك القائمة على الجنس والسن، في جميع مجالات الحياة؛ تعزيز الوعي بقدرات وإسهامات الأشخاص ذوي الإعاقة؛ نشر

<sup>١</sup> المادة ٤٨ من الاتفاقية.

<sup>٢</sup> المادة ٤ فقرة ١، د، هـ، من الاتفاقية.

<sup>٣</sup> المادة ٤ فقرة ١، و، ز من الاتفاقية.

تصورات إيجابية عن الأشخاص ذوي الإعاقة، ووعي اجتماعي أعمق بهم؛ تشجيع الاعتراف بمهارات وكفاءات وقدرات الأشخاص ذوي الإعاقة، في مكان العمل وسوق العمل والاعتراف بحق الأطفال المعاقين بالتعليم منذ حداثة سنهم<sup>١</sup>.

ح. تقوم الدول الأطراف بجمع المعلومات المناسبة، بما في ذلك البيانات الإحصائية والبيانات المستخدمة في البحوث، لتمكينها من وضع وتنفيذ السياسات الكفيلة بإنفاذ هذه الاتفاقية ونشرها وكشف العقبات التي تواجهها واثارتها لذوي الشأن<sup>٢</sup>.

خ. يجب على الدول أن تعين ضمن إدارتها واحد أو أكثر من نقاط الاتصال للأسئلة المتعلقة بتطبيق الاتفاقية؛ يجب أن تنظر في إنشاء أو تعيين، داخل إدارتها، آلية تنسيق مسؤولة عن تيسير الأعمال ذات الصلة بهذا التطبيق في مختلف القطاعات وعلى مختلف المستويات، كما ينبغي أن تنشئ أو تعين واحد أو أكثر آليات المستقلة لتعزيز وحماية ومراقبة تنفيذ الاتفاقية<sup>٣</sup>.

#### الخاتمة

تتفق الدراسات القانونية . الاجتماعية في سعيها لاستجلاء معالم التنظيم القانوني للمواثيق والصكوك الدولية التي تتيح للمعاقين من مواطني مختلف دول العالم في ممارسة حقوقهم بعد الاقرار بها كغيرهم من الناس والمشاركة في الحياة العامة داخل مجتمعهم دون أن تكون سبباً في حرمانهم من ذلك، إلا أن البحث في موضوع التنظيم الدولي لحقوق المعاقين وحمايتهم يخرجها من نطاق الدراسة المحددة في اتفاقية آنية محور الحديث في مجملها إلى تدرج تاريخي ومبدئي وصولاً إلى التخصيص بمحور أساس وهو أن الاتفاقية الخاصة بحقوق الاشخاص ذوي الإعاقة وان تناولت حماية ذوي الإعاقة بشكل عام ركزت مع ذلك على فئات معينة من الاشخاص ممن اسبعدوا من المشاركة الفاعلة في المجتمع مثال ذلك الاطفال والنساء، الأمر الذي استدعى وجود نصوص خاصة لحماية حقوقهم تكفل القضاء على وسائل

<sup>١</sup> المادة ٨ من الاتفاقية.

<sup>٢</sup> المادة ٣١ من الاتفاقية.

<sup>٣</sup> المادة ٣٣ من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة ٢٠٠٦.

واساليب الاستبعاد والتهميش وضمان مثل هذه الحماية عن طريق آليات دولية ووطنية التي من شأنها أن تكفل التنفيذ الفعال لنصوص الاتفاقية .

لكن، مع شديد الاسف، نلاحظ أن بعض البلدان تتبنى نهج مزدوجة في التعامل مع الاشخاص ذوي الإعاقة، فهي من جانب تقرر الحقوق الانسانية المعترف بها دولياً لهؤلاء الاشخاص، ولكن من جانب آخر تغفل عنها على المستوى الوطني لاسباب متعددة مما يؤدي منطقياً إلى الابتعاد عن الجانب الانساني الذي يتطلب النهوض بالانسان المعاق وبناء شخصيته عملياً وتربوياً بشكل سليم.

## المصادر والمراجع

### اولاً: المصادر

١. اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ٤٨ بشأن إقامة نظام دولي للحفاظ على حقوق العجزة والمسنين، والورثة في التأمين لعام ١٩٣٥.
٢. اتفاقية جنيف الأولى المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٤٩.
٣. اتفاقية جنيف الثانية المعنية بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار لعام ١٩٤٩.
٤. اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩.
٥. اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩.
٦. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في ٤ تشرين الثاني ١٩٥٠.
٧. الميثاق الاجتماعي الأوروبي لعام ١٩٦١.
٨. الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز لعام ١٩٦٥.
٩. الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان لعام ١٩٦٩.
١٠. البروتوكول الأول لسنة ١٩٧٧، الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩ والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.
١١. اتفاقية التأهيل المهني والعمالة المعوقون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٣.
١٢. الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام ١٩٩٠.
١٣. الاتفاقية العربية رقم (١٧) بشأن تأهيل وتشغيل المعوقين لسنة ١٩٩٣ .

١٤. الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة ٢٠٠٤.
١٥. اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في ١٣ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦.
١٦. البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة تم اعتماده في ١٣ كانون الأول من عام ٢٠٠٧.
١٧. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨.
١٨. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
١٩. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦.
٢٠. إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص المتخلفين عقلياً من ٢٠ كانون الأول لعام ١٩٧١.
٢١. إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ٩ كانون الأول لعام ١٩٧٥.
٢٢. القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين لسنة ١٩٩٣.
٢٣. برنامج العمل العالمي المتعلق بالمعوقين لسنة ١٩٨٢.
٢٤. توصية العمل الدولية رقم (٧) لسنة ١٩٩٣.
٢٥. قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة الاماراتي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦ .

## ثانياً: التقارير والوثائق

- أ- التقارير والوثائق العربية
١. دليل مؤسسات رعاية وتأهيل المعاقين بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدليل، المجموعة الاجتماعية (٢) لسنة ١٩٩٨.
٢. المساواة في العمل، منظمة العمل الدولية، مواجهة التحديات، التقرير العالمي بموجب اعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الاساسية في العمل، مؤتمر العمل الدولي الدورة (٦٩) لسنة ٢٠٠٧.
٣. دليل للبرلمانيين بشأن اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري المرتبط بها، الأمم المتحدة، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، جنيف، ٢٠٠٧.

## ب- التقارير والوثائق الفرنسية

1. Rapport économique sur l'Afrique 2008, *L'Afrique et le Consensus de Monterrey: Performance et progrès du continent*, Commission économique pour l'Afrique, Union africaine, 2008.
2. Aussi, Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme, Série sur la formation professionnelle no 17, NU, New York et Genève, 2010.

### ثالثا: المراجع

#### أ. المراجع العربية

١. د. توفيق بوشابا، القانون الدولي للإنسان، سيمينار في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية **International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)** بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠١٤، إيطاليا، سيراكوزا.
٢. د. حسن الجوني، اليات تنفيذ القانون الدولي الانساني، سيمينار في **ISISC**، سيراكوزا، إيطاليا.
٣. دونالد هنتر، ترجمة الدكتور عبد الرحمن الحاروني، الالف كتاب، دار الكرتل للنشر، القاهرة، ١٩٦١.
٤. د. صلاح عدس، الطب الصناعي، المكتبة الثقافية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٣.
٥. المستشارة سناء وليد خليل، الخبرات القضائية في تنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان، سيمينار في **ISISC** بتاريخ ٢١/١٠/٢٠١٤، إيطاليا، سيراكوزا.
٦. علي حيدر سليمان، تاريخ الحضارة الاوربية الحديثة، ط ١، ١٩٩٠.
٧. فارستو بوكار، F- pocaR، رئيس المعهد الدولي للقانون الانساني، سيمينار حقوق الإنسان الدولية في **ISISC** بتاريخ ٢٠/١٠/٢٠١٤، إيطاليا، سيراكوزا.
٨. د. محمد أمين الميداني، وسائل حماية حقوق الانسان، سيمينار في **ISISC** بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠١٤، سيراكوزا، إيطاليا.
٩. د. محمد أمين الميداني، النظام الاوربي لحماية حقوق الانسان، منشورات الحلبي، ٢٠٠٩.
١٠. د. محمود شريف بسيوني، دراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية والدولية، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، ٢٠٠٥.
١١. هيز كارلتون ج، ه، الثورة الصناعية ونتائجها السياسية والاجتماعية، ترجمة أحمد عبد الباقي، ط ٢، مكتبة المشى، بغداد، ١٩٦٢.

#### ب. المراجع الفرنسية

1. Claude Hamonet, Droit et handicap,( Les personnes en situation de handicap),Collection : Que sais-je ?,Éditeur : Presses Universitaires de France, 2012.
2. Ibrahima Malick THIOUNE, Etude sur la Promotions et la Protection des personnes handicapées au Sénégal, Rapport Final, Centre de Ressources pour la Promotion des droits des Personnes Handicapées (CRPH, 2005.
3. Marianne Schulze, Comprendre la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, Édition l'Handicap International, 2010.

4. Maxime Vanderstraeten, « Définir, c'est exclure: le cas du handicap », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2015/1 (Volume 73).
5. Théodore François Basile Tam, La protection du handicap en Droit International, Thèse, l'Université Jean Moulin Lyon 3, 2012.

## ضرورة تحالف الشركات في العراق

ا.م.د. بتول صراوه عبادي(\*)

### Abstract

After the abandonment of Iraq from the economy oriented and entering the free and global economy and the rapid and rapid economic changes that resulted in the so-called globalization of markets, there was a constant change in the strategy of Iraqi companies, large institutions may succeed in its mission to change their behavior in the markets, International, or through the establishment of local and international economic alliances and partnerships. The key to this is their ability to possess human and financial resources, which may allow them to assess the impact of transitions, develop strategies, and formulate and provide the necessary and appropriate means.

The number of Iraqi companies registered with the Companies Registration Department before 9/4/2003 reached 8397 companies of different types and activities. The number of branches and offices of foreign companies of different nationalities reached 109 branches and 85 offices. Iraq annually and in the best conditions was not more than (400) companies of various activities and species, the current number of (٦٢١٥١)،

With this number of companies and the inability to achieve value added to the Iraqi economy it is urgent that these companies to ally with each other or to choose a foreign partner to cooperate with him in the implementation of projects within Iraq and provide services and products to the domestic and international market in a manner that allows them to continue and compete in domestic and international markets.

الملخص

---

(\*) الجامعة المستنصرية/كلية القانون.

بعد تخلي العراق عن الاقتصاد الموجه ودخوله الاقتصاد الحر والمعولم والتحولت الاقتصادية المستمرة والسريعة التي نتج عنها ما يسمى بعولمة الأسواق، كان لا بد من التغيير المستمر في إستراتيجية الشركات العراقية، فالمؤسسات الكبيرة قد تنجح في مهمتها بتغيير سلوكها في الأسواق، بقصد الحصول على عقود و صفقات دولية، أو بواسطة إقامة تحالفات وشراكات اقتصادية محلية ودولية، والسر في ذلك هو قدرتها على امتلاك الموارد البشرية والمالية والتي قد تسمح لها بتقييم أثر التحولات، ووضع الإستراتيجيات ثم صياغة و توفير الوسائل الضرورية والملائمة .

وكان عدد الشركات العراقية المسجلة لدى دائرة تسجيل الشركات قبل ٢٠٠٣/٤/٩ يبلغ (٨٣٩٧) شركة من مختلف الأنشطة والانواع اما عدد فروع ومكاتب الشركات الاجنبية من مختلف الجنسيات فقد بلغ (١٠٩) فرع و(٨٥) مكتب، علماً بان معدل تسجيل الشركات العراقية سنوياً وفي افضل الظروف كان لا يتجاوز (٤٠٠) شركة من مختلف الأنشطة والانواع اما عددها الحالي يبلغ (٦٢١٥١).

ومع هذا العدد الشركات والعجز عن تحقيق قيمة مضافة للإقتصاد العراقي أصبح من الضرورة الملحة أن تقوم هذه الشركات بالتحالف مع بعضها أو إختيار شريك أجنبي لتعاون معه في تنفيذ المشاريع داخل العراق وتقديم الخدمات والمنتجات للسوق المحلي والدولي بشكل يسمح لها بالاستمرار والمنافسة في الأسواق المحلية والدولية.

#### المقدمة

إن التطور الهائل والمستمر والمتسارع الذي يحدث في العالم وفي جميع المجالات الاقتصادية والشركات أوضح الحاجة إلى وجود توجه استراتيجي متميز يواكب هذا التطور لان الواقع التقليدي الحالي في العراق بتشريعاته وعملياته ووسائله وإجراءاته غير قادر على مواجهة متطلبات ذلك التطور لذلك أصبحت تحالفات الشركات والشراكات ضرورة حتمية وملحة للشركات على اختلاف أنشطتها كونها تمثل منهجاً فكرياً يتميز بالحدثة والريادة ويتسم من خلال عملياته وطريقته بالقدرة على مواجهة التحديات التي تعيشها المنظمة.

إن تزايد المبادلات التجارية على المستوى العالمي والحاجة إلى تقديم منتجات ومهارات وخدمات أكثر إبداعاً أدى بمسيرى الشركات الى تطبيق التفتيش عن التحالفات ما بين المؤسسات. ويعتبر تحالف الشركات كفرصة لتلبية حاجيات الزبائن، وتنوع وتوسيع منافذها، وتقاسم المعلومات مع المؤسسات الأخرى، وزيادة المهارات والمعارف.

فالتحالفات عادة ما يعتمد عليها لتقاسم وتخفيض الأخطار المترتبة عن مختلف أشكال عدم اليقين التي تتعرض لها الشركات. فهي مصدر مهم للميزة التنافسية وتساهم في حسن الأداء العام للشركة. ولكن إلى جانب هذه الميزات تعتبر التحالفات انظمة معقدة وغير مستقرة... وذلك نظراً للدرجة الهامة لعدم اليقين الذي يتعرض له الشركاء. فالتحالفات معرضة لعدم اليقين الكلاسيكي الخاص بالبيئة وهذا الشكل يولد خطر حسن الاداء وكذلك هي معرضة لعدم يقين خاص ناتج عن الاطار التعاوني نفسه. فهذا الشكل يولد خطر العلاقات بين الشركات المتحالفة.

أولاً: أسباب اختيار الموضوع:

يعود اختيارنا لهذا الموضوع إلى جملة من الدوافع نوردتها في ما يأتي:

- الميول الشخصي إلى البحث في الشركات.
- محاولة مناقشة بعض القضايا المعاصرة حول الشركات.
- محاولة إيجاد سبل كفيلة بإنجاح الشركات وتطورها.
- محاولة الوصول الى حل علمي ولتطوير تنافسية الشركات العراقية.

ثانياً: أهمية البحث :

يمكن إدراك أهمية هذا البحث من خلال عدة جوانب من أهمها إشكالية مستقبل الشركات العراقية التي تعد من بين أهم انشغالات الواقع الإقتصادي في الوقت المعاصر، إذ تعتبر ولحد الساعة الموارد البترولية هي الأوكسجين الذي يتنفسه الاقتصاد العراقي، فكيف له أن يواجه وأن يتكيف مع التحول الاقتصادي الذي يشهده العراق والواقع المسمى بالعولمة الاقتصادية .

أن هذا البحث يتضمن تحليل ومناقشة عدة مقاربات حول الأهمية الاقتصادية لتحالف هذه الشركات في الاقتصاديات الوطنية، بالإضافة يتناول هذا البحث موضوع هام ذلك أن مسألة

معالجة الشركات تعني معالجة بعض القضايا المتعلقة بالاقتصاد الكلي، كالعمل، القيمة المضافة، الناتج الداخلي، ترشيد السياسة الاقتصادية وتنويع الموارد ... إلخ، وأن تنافسية الاقتصاد الوطني هي عبارة عن مجموع تنافسية شركاته ومؤسساته الاقتصادية.

### ثالثاً: مشكلة البحث

بعد تخلي العراق عن الاقتصاد الموجه ودخوله الاقتصاد الحر والمعولم والتحولت الاقتصادية المستمرة والسريعة التي نتج عنها ما يسمى بعولمة الأسواق، كان لا بد من التغيير المستمر في إستراتيجية الشركات العراقية، فالمؤسسات الكبيرة قد تنجح في مهمتها بتغيير سلوكها في الأسواق، بقصد الحصول على عقود و صفقات دولية، أو بواسطة إقامة تحالفات وشراكات اقتصادية محلية وعالمية، والسر في ذلك هو قدرتها على امتلاك الموارد البشرية والمالية والتي قد تسمح لها بتقييم أثر التحولات، ووضع الإستراتيجيات ثم صياغة و توفير الوسائل الضرورية والملائمة .

والاعتقاد المرجح هو بأن هذا الأمر قد اصبح ضرورة واجبة على الشركات، ويجب أن لا تتأخر في أخذ التدابير اللازمة، من أجل تحدي معركة التنافس الدولي على الأسواق المحلية، من جهة، وضرورة إسراع تكييف الشركات التي لا تمتلك كل الوسائل من أجل الخوض في ظل تحولات البيئة الاقتصادية العراقية والاقتصاد العالمي، ولعل برامج الدعم والخدمات الحكومية يجب أن تنصب في تحديد شروط السوق الدولية، التخطيط ، التجارة الوطنية و الدولية و تلح على ضرورة وجود نظام المعلومات ودوره في إستراتيجية تنمية الشركات والذي أصبح عامل إنتاج ضروري مثل التجهيزات والمواد الأولية .

ومن هنا يتضح لنا في ظل معطيات هذه البيئة الجديدة، وهنا تتجلى معالم الإشكالية الرئيسية على النحو التالي: كيف يمكن للشركات العراقية أن تعمل في كل هذه المستجدات المحلية والعالمية؟ هذا التساؤل قادنا بدوره إلى طرح مجموعة من التساؤلات الفرعية .

- ما هو تأثير واقع الاقتصاد المعولم على الشركات ؟
- ما هي نقاط القوة والضعف لدى الشركات العراقية وما هو واقعها من التحولات الاقتصادية المحلية والعالمية؟

- كيف سيكون مستقبل هذه الشركات أو كيف ستفرض وجودها في ظل هذا الاقتصاد المعولم ؟

- ما هي الخيارات المتاحة للشركات العراقية والقائمة على كيفية التعامل مع المعطيات الاقتصادية الجديدة ؟

فرضيات البحث:

١. نظرًا لمرونة هذه المؤسسات فإنها تستطيع أن تتكيف مع أي واقع اقتصادي كان شريطة الاعتناء بها وإعادة تأهيلها، ومن ثمة نفترض أن قواعد عولمة الاقتصاد العالمي والانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة لا يعتبر عائقًا لإنشائها وتطويرها بسبب قدراتها التنافسية.

٢. تعتبر الشركات العراقية العمود الفقري للاقتصاد الوطني لما توفره من وظائف وقيمة مضافة، وتوفر العملة الصعبة وتساهم إلى حد كبير في زيادة التصدير وتقليل الاستيراد ( أي تحقيق معدلات نمو اقتصادي ).

٣. يعتبر حجم الشركة، رقم أعمالها، كفاءة مسيرتها من بين العوامل المحددة لسلوكها تجاه العولمة.

٤. يعتبر المستوى التكنولوجي ونوعية التنظيم والإطارات ذات المستوى العالي كلها عوامل تشجع وتزيد من فرص تدويل نشاط الشركة.

٥. تعتبر التنافسية كأحد أهم الاستراتيجيات الواجب انتهاجها قصد التصدي بالمنافسة الأجنبية..

٦. يعتبر التحالف كأحد أهم الحلول للشركات العراقية لضمان مستقبلها والمحافظة على بقائها.

رابعاً: هدف البحث :

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على كيفية أداء الشركات العراقية في البيئة الاقتصادية الجديدة خاصة بعد دخول العراق منظومة الاقتصاد الحر والمعولم، أدى إلى تخلي الدولة عن سياسات حماية المنتج الوطني ويهدف إلى محاولة الوصول إلى استنتاجات حول درجة استجابة الشركات العراقية لهذه التغيرات ثم أخيراً تحديد رؤية مستقبلية حول الاستراتيجيات

الواجب انتهاجها قصد المحافظة على حصتها في السوق أو الوصول إلى إمكانية توسعها ودخولها في اقتصاد عالمي.

ويتناول هذا البحث ضرورة تحالف الشركات في العراق في ظل البيئة المحلية والعالمية ضمن ثلاثة مباحث، فالمبحث الأول يتناول التنظيم القانوني للشركات العراقية، ويتناول المبحث الثاني البيئة المحلية والدولية وضرورات التعاون وفوائده، ويتناول المبحث الثالث أهمية تحالف الشركة وفوائده وعراقيله.

### المبحث الأول: التنظيم القانوني للشركات وأنواعها في العراق

عرف المجتمع الانساني فكرة الشركة منذ اقدم العصور ولا سيما العراقيون المبدعون فقد تضمنت شريعة حمورابي احكاماً خاصة بها وعالجت الشريعة الاسلامية احكامها. وفي بداية القرن العشرين تأسست دائرة تسجيل الشركات بموجب البيان رقم ٢٦ الصادر بتاريخ ١٩١٩/٦/٢ من الحاكم المدني العسكري العام خلال الحرب العالمية الاولى وقامت بتطبيق قانون الشركات الهندي رقم (٧) لسنة ١٩١٣ وانيط تنفيذ هذا القانون في حينه بوزارة المالية ثم وزارة الاقتصاد ومن ثم بمديرية التسجيل ومراقبة الشركات العامة التي استحدثت بموجب نظام وزارة التجارة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وحددت مهامها وواجباتها القانونية واقسامها وشعبها وتولى شؤونها مدير عام مسؤول عن اعمالها امام الوزير حيث كانت مسؤولة عن تسجيل الشركات ومراقبتها واخذت على عاتقها تطبيق قانون الشركات التجارية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الذي حل محل القانون الهندي كأول تشريع عراقي مختص بتسجيل ومتابعة الشركات بكافة انواعها وجنسياتها . وبما ان القانون المذكور جرت عليه تعديلات وتداخلت معه قرارات ليتلائم مع الوضع السياسي انذاك فقد اصبحت الاحكام القانونية فيه متناثرة لذا اقتضى اعادة النظر في هذه الاحكام وتوحيدها تحقيقاً لمبدأ وحدة التشريع تمثلت في اصدار قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣.<sup>(١)</sup>

وبموجب القانون المذكور استحدث الجهاز المركزي لتسجيل الشركات الذي ارتبط بلجنة تنظيم التجارة وقد راس الجهاز وزير التجارة انذاك واداره مدير عام الجهاز (مسجل الشركات)

(١) دائرة تسجيل الشركات في العراق. <http://www.mot.gov.iq>

وفي منتصف عام ١٩٨٧ صدر قرار بالغاء لجنة تنظيم التجارة وارتباط الجهاز المركزي لتسجيل الشركات بمركز الوزارة واعتبر قسماً من اقسامها وفي الشهر الثاني من عام ١٩٨٨ تشكلت دائرة تسجيل الشركات بالاقسام الآتية:

١- قسم الشركات الوطنية

٢- قسم الشركات الاجنبية

٣- قسم الوكالات التجارية

٤- قسم الاحصاء

ثم صدر قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ ثم استحدث قسم المراقبة والتفتيش وبعد صدور قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ استحدث قسم الشركات العامة.

وبعد سقوط النظام في ٩/٤/٢٠٠٣ صدر امر سلطة الائتلاف رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ الذي علق بعض مواد قانون الشركات المذكور وعدل البعض الآخر لحدوث تغييرات هامة وكبيرة في النظام الاقتصادي ولغرض استفادة رجال الاعمال العراقيين والمشاريع العراقية من تطبيق معايير وشروط موحدة وواضحة على اجراءات تاسيس الشركات واستثمار الاموال فيها والحاجة الى تنمية الانشطة الاقتصادية في العراق وتحويل نظامه الاقتصادي من نظام مركزي غير شفاف الى نظام يعتمد على السوق الحر ويتسم بقدرته على الاستمرار في النمو الاقتصادي عن طريق تاسيس قطاع خاص حيوي من خلال وضع تطوير سياسات من شأنها تنظيم وتسهيل تدفق راس المال الى المشاريع التجارية العراقية والاستثمار الخاص في العراق<sup>(١)</sup>.

باشرت دائرة تسجيل الشركات عملها اعتباراً من الشهر الخامس من عام ٢٠٠٣ من خلال تنظيم عملها واعادة المعلومات الخاصة بالشركات المسجلة قبل السقوط وذلك لتعرض كافة الاضابير الخاصة بالشركات ومحتوياتها الى الحرق والتلف بعد السقوط . واستمرت الدائرة بتأسيس الشركات حيث بلغ عدد الشركات العراقية التي سجلت بعد استئناف عمل الدائرة ولغاية ٣١/١٢/٢٠٠٣ (١٥٣٦) شركة من مختلف الانشطة والانواع.

(١) دائرة تسجيل الشركات في العراق. <http://www.mot.gov.iq>

وبالنظر لزخم العمل وتوسع اطار المهام ولضمان الدقة و سرعة الانجاز فقد تم سنه ٢٠١٠ استحداث قسمين هما (قسم الشركات المساهمة) و(قسم تأسيس الشركات العراقية) واستحداث شعب جديدة.

تقوم دائرة تسجيل الشركات بتطبيق احكام القوانين الاتية :-

ان دائرة تسجيل الشركات هي احدى دوائر مركز وزارة التجارة المختصة بتسجيل ومتابعة الشركات الوطنية والاجنبية وان القواعد والاحكام التي تنظم عملها حالياً هي :

١- قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ / المعدل الخاص بتسجيل الشركات العراقية من بدء تأسيسها ولحين تصفيتها وشطبها .

٢- قانون وكالة التسجيل رقم (٤) لسنة ١٩٩٩ الذي يتم بموجب منح اجازة وكالة للمحامي لغرض القيام بتسجيل الشركات وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والاسماء التجارية وما ينشأ عنها.

٣- قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ و يتم بموجبه اصدار شهادة تأسيس الشركة العامة بعد تزويد الدائرة بالوثائق المطلوبة بموجبه.

٤- قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بمنح اجازة ممارسة اعمال الوكالة التجارية للوكيل العراقي وتسجيل الوكالة التجارية عن الشركات و المؤسسات العربية و الاجنبية. .

٥- نظام فروع ومكاتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية الاجنبية رقم (٥) لسنة ١٩٨٩ الخاص بتسجيل فروع ومكاتب الشركات الاجنبية العاملة في العراق من تاريخ منح اجازة فتح الفرع او المكتب ولحين تصفيتها وشطبها.

وتعليمات النظام المحاسبي رقم (١) لسنة ١٩٩٨ الخاص بوضع القواعد والاسس التي تنظم عمل الحسابات الختامية للشركات.

ينظم قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ (المواد من ٥ الى ١٥) كافة الفعاليات التي يقوم بها القطاعين العام والخاص العراقيين. وقد عُرِفَت التجارة بأنها الفعاليات الاقتصادية التي تهدف الربح في سلسلة واسعة من القطاعات متضمنة الاستيراد/ التصدير، الصناعات التحويلية،

التمويل والنقل، التشييد، السياحة، الصيرفة، التأمين، شراء وبيع الاسهم والسندات والمقاولات.

يفرق قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بين فئتين من التجار وهم:

- التاجر الفرد - الشخص الطبيعي الذي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً. انه تاجر فرد يبيع ويشترى لحسابه الخاص او كونه وسيطاً. ويحكم قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ نشاطات التجار الفرديين/ الاشخاص الطبيعيين.
- التاجر المعنوي - الشخص المعنوي (شركة). ويحكم نشاطات التجار الأشخاص المعنويين أي الشركات قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (CPA) رقم ٦٤ الصادر في شباط ٢٠٠٤ والذي ما زال نافذاً.

٥- قانون فروع الشركات الاجنبية في العراق رقم ٢ لسنة ٢٠١٧ النافذ

اصدر مجلس الوزراء العراقي مؤخراً قانون فروع الشركات الاجنبية في العراق رقم ٢ لسنة ٢٠١٧ و الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ ١٣ / ٣ / ٢٠١٧ بعد المصادقة عليه و نشره في جريدة الوقائع العراقية، حيث بموجبه الغى العمل بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٩ الذي كان ينظم عمل فروع و مكاتب تمثيل الشركات الاجنبية في العراق، ويتيح هذا النظام للشركات الأجنبية فتح افرعها في العراق ومزاولة النشاط التجاري بعد تسجيل الاستثمار الخاصة بالتسجيل واثبات عقد التأسيس، ووثيقة تخويل المدير المكلف بإدارة فرع العراق، والتعهد من المسجل.

في ظل تحرير التجارة الدولية، وظهور الشركات العملاقة ومتعددة الجنسية، وانفتاح الأسواق أمام المنتجات العالمية، وتطبيق آليات السوق أصبح البحث في التنافسية وأساليب تحسينها أمراً حتمياً أمام المؤسسات الانتاجية والخدمية العراقية الخاصة منها والعامة. لكي تبقى وتنمو في دنيا الأعمال.

## القطاع العام

أما بالنسبة للقطاع العام في العراق فإن بقاء العراق تحت سيطرة الإحتلال العثماني لقرون عدة ثم تحت سيطرة الإحتلال الإنكليزي لسنوات عديدة كرسست التخلف في الإقتصاد القومي، ثم عند قيام الدولة العراقية الحديثة عام ١٩٢١ لم يتغير هذا الحال كثيراً فقد إتسم تدخل الدولة بداية بضآلته<sup>(١)</sup>، إذ إقتصرت دور الدولة في بدايات عهودها على تشجيع الصناعة الوطنية.

وفي عام ١٩٥٠ حدثت أول مساهمة جدية للدولة في النشاط الإقتصادي حيث صدر القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٠ والذي قضى بإنشاء مجلس الإعمار الذي تحدّد مهمته بتقويم الوضع المالي والإقتصادي وموارد البلاد، وقد وضع هذا المجلس خططاً للتنمية وإقامة المشاريع الصناعية ومن أبرزها ( معامل السمّنت في الموصل وسنجار وحمام العليل )<sup>(٢)</sup>. ثم كانت المساهمة الثانية في إنشاء المصرف الزراعي والصناعي لتنمية الصناعة والزراعة عام ١٩٦٣<sup>(٣)</sup>.

وتلا هذه المدة صدور قوانين التأميم التي طالت كافة وسائل الإنتاج وجعلت إدارتها منوطة بالقطاع العام كما أشركت الدولة الطبقات العاملة في إدارة المؤسسات التي نتجت عن التأميم<sup>(٤)</sup>.

وبعد عام ١٩٦٨ توسع تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي، إذ تم تأميم عمليات شركة نفط العراق بالقانون رقم (٦٩) لسنة ١٩٧٢<sup>(٥)</sup>.

بعد إستقلال العراق رسمياً عام ١٩٢١ بدأت الحكومة العراقية تدرك ضرورة تدخلها في الحياة الإقتصادية عن طريق تأسيس شركات عامة لهذا الغرض، تكون جزءاً لا يتجزأ عن القطاع الحكومي العام<sup>(٦)</sup>.

(١) سعد عبد الجبار العلوش ، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة ) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٤٧.

(٢) حبيب الهرمزي، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، مطبعة الاوقاف، بغداد، ١٩٧٧، ص ١١٠.

(٣) حبيب الهرمزي ، المصدر اعلاه ، ص ١٠٧.

(٤) سعد عبد الجبار العلوش، المصدر السابق ، ص ٥٢.

(٥) تقي عبد سالم ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ .

(٦) ينظر فايز محمد علي ، المصدر السابق ، ص ٨٠ .

وبعد صدور القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٣١ أول بادرة تدخل فيها الحكومة العراقية بصورة مباشرة في النشاط الإقتصادي، إذ رخص للبلديات المحلية إنشاء المؤسسات التجارية والصناعية كمشروعات الطاقة الكهربائية والترموي<sup>(١)</sup>.

وقد تبع ذلك إنشاء عدد من الشركات العامة والمشاريع الحكومية والتي كانت البداية لتكوين القطاع العام الحكومي في العراق.

واستمر الحال على ما هو عليه حتى عام ١٩٥٠ عندما بدأت عوائد الحكومة من استثمار النفط بالازدياد السريع، الأمر الذي حدا بالحكومة إلى إصدار القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٠ الخاص بإنشاء مجلس الإعمار، الذي إختص بوضع البرنامج السياسي والإقتصادي والإداري للحكومة العراقية، بهدف تنمية الموارد الوطنية<sup>(٢)</sup>.

وأصبح النشاط الإقتصادي للقطاع الخاص شبه معدوم إذ نادراً ما نرى مشروعاً إقتصادياً فردياً دون تدخل الدولة، وهذا ما أضعف دور القطاع الخاص في تنمية الإقتصاد الوطني وجعله متركزاً بيد القطاع العام .

فتم إنشاء الصناعات الوطنية في شركات عامة صممت لهذا الغرض، كصناعة الكهرباء والسكر والسمنت والقطن.

وفي عام ١٩٥٨ قامت ثورة تموز بإعادة تشكيل القطاع العام من خلال إعادة تشكيل مجلس الإعمار العراقي على أسس جديدة<sup>(٣)</sup>، تستهدف تكوين بنية صناعية وطنية قادرة على تطوير القطاع العام الحكومي، فتم إنجاز عدد من المشاريع كمعمل القطن الطبي ومعمل صناعة السكر وغيرها . وفي عام ١٩٥٩ ألغيت وزارة الإعمار وتشكلت وزارة جديدة هي وزارة التخطيط ومجلس التخطيط، الذي أعد بدوره الخطة الإقتصادية المؤقتة بالقانون رقم (١٨١) لسنة ١٩٥٩ والتي إستهدفت في أولوياتها تطوير القطاع الصناعي.

(١) انظر القانون المرقم (٨٤) لسنة ١٩٣١ المعدل ، الارشيف العراقي للقوانين ، المكتبة المركزية ، جامعة بغداد ، المجلد الاول .

(٢) ينظر سعد العلوش ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

(٣) ينظر تقي عبد سالم ، تطور القطاع العام مع اشارة خاصة الى القطاع العام في التجارة الداخلية والخارجية ، رسالة ماجستير ، كلية الادارة والاقتصاد ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٧٥ .

وفي هذه المرحلة نجد إن مفهوم الشركة العامة لم يتبلور بالصورة التي نعرفها الآن وإنما كانت الحدود مفقودة بين الشركات العامة والقطاع العام .

وفي عام ١٩٦٤ صدرت قرارات التأمين وانشئت المؤسسة الاقتصادية بالقانون رقم (٩٨) لسنة ١٩٦٤، وكانت هذه المؤسسة العامة ذات شخصية حكومية وتتمتع بالاستقلال المالي وتتكون من عدة مؤسسات منها المؤسسة العامة للصناعات والمؤسسة العامة للتأمين وغيرها<sup>(١)</sup>. إلا إن هذه المؤسسة الغيت بالقانون رقم (١٦٦) لسنة ١٩٦٥ وتشكلت بموجب القانون الجديد أربع شركات لها شخصية معنوية وإستقلال مالي وإداري وترتبط بالقطاع العام وهي المؤسسة العامة للتجارة والمؤسسة العامة للتأمين والمؤسسة العامة للصناعة والمؤسسة العامة للمصارف<sup>(٢)</sup>.

ثم صدر قانون المؤسسات العامة التابعة لوزارة الصناعة والمعادن رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٠ وبموجبه الغيت المؤسسات سائلة الذكر<sup>(٣)</sup>.

وفي عام ١٩٨٧ كانت الإنتقالة الكبرى في تأسيس الشركات العامة، حيث صدر القانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٧ الذي الغى المؤسسات العامة التابعة لوزارتي الصناعة والمعادن والصناعات الخفيفة ومنحها الشخصية المعنوية والإستقلال المالي والإداري<sup>(٤)</sup>.

وعلى أثر ذلك شرع في صياغة قانون جديد للشركات العامة العراقية وذلك عام ١٩٨٨ إلا أنه رُفض بمسودته من اللجنة الاقتصادية في ديوان الرئاسة المنحل ولم يرَ هذا القانون النور حتى عام ١٩٩٧، إذ صدر بالرقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧<sup>(٥)</sup>، فجاء منظماً لتأسيس الشركات العامة من حيث الإدارة والنشاط والتصفية وتوزيع الأرباح بصورة موحدة .

(١) ينظر التقويم المقدم من قبل وزارة الصناعة والمعادن في قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، المقدم في الحلقة النقاشية في بيت الحكمة للفترة من ١٦-١٨ / ٢٠٠١، ٢٠٠٢، مطابع بيت الحكمة، ص ١٢٧.

(٢) تقويم وزارة الصناعة والمعادن في قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٣) المصدر السابق، ص ١٢٨.

(٤) التقويم المقدم من قبل وزارة الصناعة والمعادن في قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، مصدر سابق ص ١٣٠.

(٥) ينظر قانون الشركات العامة العراقي رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، الوقائع العراقية بالعدد (٣٦٨٥) في ١/٩/١٩٩٧.

ويعاني القطاع العام ما يعانيه، من عدم قدرة الشركات العامة على منافسة الشركات الأجنبية في السوق المحلية، وعجزها عن مواكبة التطور الحاصلة في بيئة العمل الداخلية والخارجية، وافتقارها إلى التمويل.

ويبقى للتشريع العراقي دوره الفعال في تحسين واقع تلك الشركات عبر السماح لهذه الشركات بالتعاون مع بعضها، مثلاً، أو تكييفها مع واقع البيئة الداخلية والخارجية وتحويل ملكيتها الى المواطنين العراقيين.

### ثانياً: انواع الشركات:

يصنف هذا القسم من الدليل انواع الشركات التي يمكن تسجيلها في العراق استناداً الى قانون الشركات وهي خمسة أنواع من الشركات وكالاتي:

١-الشركات المساهمة - مختلطة وخاصة. يجب ان يقوم بتأسيس الشركة المساهمة عدد من الاشخاص لا يقل عددهم عن خمسة اشخاص طبيعيين او معنويين . ويطرحون اسهماً للاكتتاب العام. وتكون مسؤولية المساهمين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للاسهم التي يمتلكونها.

٢-المشروع الفردي - يمكن تأسيس مشروع فردي من قبل شخص طبيعي واحد. ويكون مالك الحصة الواحدة مسؤولاً مسؤولية شخصية غير محدودة عن جميع التزامات الشركة وتسمى هذه الشركة بـ "المشروع الفردي".

٣-الشركات التضامنية - تؤسس الشركات التضامنية من قبل عدد من الأشخاص يتراوح بين اثنين وخمسة وعشرين شخصاً طبيعياً ويكون للمالكيين حصة في رأس مال الشركة، ويتحملون على وجه التضامن مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.

٤-الشركات البسيطة - تؤسس الشركات البسيطة من قبل عدد من الأشخاص الطبيعيين يتراوح بين اثنين وخمسة، يساهم كل منهم في رأس مال الشركة بحصة نقدية أو عمل وتكون مسؤولية الشركاء غير محدودة. يتطلب قانون الشركات بأن يكون عقد تأسيس الشركات البسيطة مصدقة لدى كاتب العدل. ويجب على الشركاء في الشركة البسيطة ايداع نسخة من عقد التأسيس متضمنة اسماء الشركاء وحصصهم لدى دائرة تسجيل الشركات في وزارة التجارة.

٥-الشركات المحدودة - مختلطة او خاصة. يشترط قانون الشركات ان لا يقل عدد المؤسسين في الشركات المحدودة عن اثنين ولا يزيد على خمسة وعشرين. ويمكن ان يكون المؤسسون اشخاصاً طبيعيين او معنويين. ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للاسهام التي يمتلكونها. ويجوز تأسيس شركات محدودة المسؤولية من شخص طبيعي او معنوي واحد. كما يجوز تأسيس الشركة المختلطة باتفاق شخص معنوي واحد او اكثر من قطاع الدولة مع شخص واحد او اكثر من القطاعات الاخرى، الخاص و/أو المختلط على ان لا تقل مساهمة قطاع الدولة فيها عن ٢٥% من اجمالي رأس مال الشركة. واذا انخفضت مساهمة قطاع الدولة فيها الى اقل من ٢٥% فتعتبر شركة خاصة. ان الاغلبية العظمى للشركات المسجلة في العراق هي شركات محدودة.<sup>(١)</sup>

كان عدد الشركات العراقية المسجلة لدى دائرة تسجيل الشركات قبل ٢٠٠٣/٤/٩ يبلغ (٨٣٩٧) شركة من مختلف الانشطة والانواع اما عدد فروع ومكاتب الشركات الاجنبية من مختلف الجنسيات فقد بلغ (١٠٩) فرع و(٨٥) مكتب، علماً بان معدل تسجيل الشركات العراقية سنوياً وفي افضل الظروف كان لا يتجاوز (٤٠٠) شركة من مختلف الانشطة والانواع اما عددها الحالي يبلغ (٦٢١٥١) <sup>(٢)</sup>.

كما تم فتح (١٥٢٩) مكتب وفرع لشركة اجنبية لمختلف الجنسيات. باشرت دائرتنا عملها اعتباراً من الشهر الخامس من نفس العام المذكور من خلال تنظيم عملها واعادة المعلومات الخاصة بالشركات المسجلة قبل السقوط وذلك لتعرض كافة الاضابير الخاصة بالشركات ومحتوياتها الى الحرق والتلف بعد السقوط. واستمرت الدائرة بتأسيس الشركات حيث بلغ عدد الشركات الاجنبية التي سجلت بعد استئناف عمل الدائرة ولغاية ٢٠١٣/١٢/٣١ (٢٠٣٦) شركة من مختلف الانشطة والانواع.

(١) دليل تسجيل الشركات في العراق، دائرة تسجيل الشركات،

[www.mot.gov.iq/upload/upfile/ar/195Dalel\\_tasjel%20\\_alshrekat.doc](http://www.mot.gov.iq/upload/upfile/ar/195Dalel_tasjel%20_alshrekat.doc)

(٢) دائرة تسجيل الشركات في العراق. <http://www.mot.gov.iq>

وبالنظر لزخم العمل وتوسع اطار المهام ولضمان الدقة و سرعة الانجاز فقد تم سنه ٢٠١٠ استحداث قسمين هما (قسم الشركات المساهمة) و(قسم تأسيس الشركات العراقية) واستحداث شعب جديدة.<sup>(١)</sup>

أمام هشاشة بنية الشركات في الدول النامية التي لا تستطيع مواجهة هذه التحديات والمتغيرات الجديدة مما يحتم عليها استخدام البدائل سواء كانت هذه البدائل تستهدف سد فجوة معينة أو علاج جوانب الضعف أو استغلال عناصر القوة أو لمواجهة مواقف تنافسية، ومن أهم هذه البدائل التحالف الذي يعتبر كحل يساعد و يساهم في نمو و تطور المؤسسة عموماً بدلاً من الصراع و المنافسة التي لا تفيد مواجهة تلك التحديات الجسام.<sup>(٢)</sup>

مع تزايد حدة المنافسة، وندرة الموارد، وإرتفاع تكاليف التشغيل، وضغوط العولمة أصبحت المؤسسات العربية في أمس الحاجة إلى بناء تحالفات تمكنها من ضم الموارد وحشد الجهود المشتركة وتنسيق القرارات بما يكفل تكوين قدرات تنافسية أكبر للمتحالفين، تضعهم كمجموعة ومنظمات فردية في مركز تنافسي أفضل، لديه القدرة على التغلب على مشكلات ارتفاع تكلفة ومخاطر التطوير المنفرد والمستمر في الإنتاج والتسويق والتمويل، ومواجهة الصعوبات والتحديات ومشكلات الحروب التنافسية ومتطلبات التفوق في السوق العالمي. ومع زيادة توجه الشركات نحو تحسين وضعها التنافسي تضاعفت اتفاقيات التحالف المبرمة بين المؤسسات، وأن التحالفات جاذبة للمؤسسات لكنها ليست بالسهولة أن تنشأ وتتطور وتُدعم.

ومن هذا المنطلق تأتي أهمية هذا البحث للتعريف بأهمية بناء التحالفات للمؤسسات ووضع أسس إدارتها وتطويرها واستمرارها بما يدعم تنافسية المؤسسات المتحالفة<sup>(٣)</sup>.

(١) دائرة تسجيل الشركات في العراق. <http://www.mot.gov.iq>

(٢) بن عزة محمد الأمين ، التحالف الاستراتيجي كضرورة للمؤسسات الاقتصادية في ظل العولمة، معهد العلوم الاقتصادية و التجارية، المركز الجامعي ، سعيده - الجزائر ، مجلة علوم انسانية العدد ١٧، السنة الثانية (يناير ٢٠٠٥).

(٣) بناء وإدارة التحالفات الاستراتيجية لتعزيز القدرات التنافسية" و ورشة عمل : مهارات بناء القدرات التنافسية ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة - مصر، يونيو، ٢٠١١

في مواجهة هذه التحديات و المتغيرات الجديدة لم تعد المنظمات الاقتصادية الحديثة تعتمد على الانفراد بقدراتها الإنتاجية والتسويقية، وهذا راجع لارتفاع حدة المنافسة من جهة، وزيادة التخصص في كل مجالات النشاط ابتداءً بالتوريد والتمويل ومرورا بالإنتاج وانتهاءً بالتسويق وإيصال المنتج للمستهلك، وهي عمليات كانت المؤسسة قديما تقوم بها بمفردها عندما كانت صغيرة ونشاطها محدودا وأسواقها ضيقة.

ولما توسعت المؤسسات الاقتصادية وازداد نشاطها وأصبحت أسواقها متعددة ومنتشرة في العالم، لم يعد بإمكانها الاعتماد على قدراتها الذاتية فقط، خاصة وأن المنافسة الشديدة قد تؤدي إلى خروجها من السوق ويظهر هذا جليا في المجال الصناعي، حيث أصبحت أجزاء المنتج الواحد تُصنَّع في عدد من الدول ليتم التجميع في المؤسسة الأم، أو يتم بناء مصانع في دول أخرى ضمن اتفاقيات مع مؤسسات أخرى، وفي ظل التغيرات التي تطرأ على الاقتصاد العالمي الذي أصبح يشكل البيئة الكبيرة للمؤسسة، أصبح لزاما اعتماد الحركة في كل عناصر المؤسسة الحديثة، ولم يعد الجمود يخدم رسالة المؤسسة، والتي نقصد بها . أي الرسالة . الغرض الأساسي والسبب الجوهري الذي من أجله وجدت المؤسسة وفلسفتها في العمل<sup>(١)</sup>.

بناءً على ما سبق أصبح لزاما على الشركة التي تطمح للاستمرار في النشاط أن تعتمد أسلوب التعاون مع مؤسسات أخرى تشترك معها في النشاط، والذي يساعدها في تحقيق أهدافها مع المساهمة في تحقيق أهداف المؤسسات الاقتصادية المتعاونة معها، فالنفع في هذه الحالة يكون متبادلا، لأن المصلحة المشتركة هي التي تؤكد ضرورة التعاون.

### المبحث الثاني: ضرورة قيام التحالفات

لماذا يتم اللجوء إلى التحالفات ؟

ان التزايد المستمر لعدد المتواجدين في السوق العراقية، يؤدي إلى زيادة حدة المنافسة التي سوف تختلف حتما عما كانت عليه في الماضي، حيث كانت تساعد على تحقيق الجودة والسعر المناسب، أما اليوم فالمنافسة تختلف عن ذلك نظرا لاختلاف المعطيات ومساحات

(١) علاش أحمد، منصور الزين، " التحالف الاستراتيجي كضرورة للمنظمات الاقتصادية في ظل العولمة"، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير جامعة سعد دحلب البليدة - الجزائر ٢٠٠٩م.

النشاط، "فالتنافس على المستقبل لن يكون بين منتج وآخر، بل بين كيان وآخر. وهي، بالتأكيد، لن تكون منافسة سعرية، ستبقى السرعة والجودة والهندسة اللحظية وولاء الزبائن مجالات للتنافس. لكن التنافس الحقيقي سيكون على الكم والصناعات الجديدة والتحالفات، أي المنافسة ستكون خارج السوق وليس داخله وهذا يعني أن هناك صناعات بأكملها ستنتهار لتبنى على أنقاضها صناعات جديدة والتي تقتضي بناء استراتيجي جديد" <sup>(١)</sup>.

بناءً على ما سبق ينبغي على المؤسسة أن تبحث عن الوسيلة التي تسمح لها بالاختراق السريع لأسواق جديدة، تزيد من قدرتها على تسويق المنتجات وتحقيق الميزة التنافسية، وتوسيع قدراتها الإنتاجية، والوسيلة الوحيدة التي تسمح لها بتحقيق ذلك هي التحالف، فعلى سبيل المثال إذا كنت تملك مؤسسة إنتاجية وتبحث على تعظيم الأرباح، ووجدت مؤسسة ذات قدرة كبيرة على تسويق المنتجات، عليك أن تعتمد عليها في توسيع مساحة البيع وإن أدى ذلك إلى التنازل عن نسبة من هامش الربح، كما أن التحالف يسمح للمؤسسة بتنمية قدراتها دون الحاجة لاستثمارات توسعية، ولا إلى تكاليف إضافية.

بناءً على ما سبق يُنتظر من التحالف أن يحقق للمؤسسات المتحالفة جملة من الأهداف يمكن إيجازها فيما يأتي:

- أ- تقليل المنافسة : فالمؤسسات المتحالفة تتفق على أهداف مشتركة تسعى لتحقيقها معاً، فتقل بينها المنافسة على الأسواق .
- ب- اقتسام المخاطر : كل نشاط اقتصادي معرض لمخاطر متنوعة، لا يمكن للمؤسسة الواحدة التصدي لها بمفردها، والتحالف من شأنه أن يؤدي إلى اقتسام المخاطر، فوجود مؤسستين متحالفتين تنشطان في مجال واحد يسمح لكليهما بتخفيض المخاطر المتنوعة إلى النصف.
- ت- التكامل في الإنتاج : أصبحت دورة حياة المنتج في العصر الحالي صغيرة جداً، ففي السابق كان المنتج يعيش فترة أطول ابتداء من ظهوره ومروراً بنموه ثم رواجه ووصولاً إلى زواله، ولم يعد حالياً التمييز بين هذه المراحل نظراً لتطور وسائل الإعلان

(١) صالح مهدي محسن العامري، طاهر محسن منصور الغالي، الإدارة والأعمال، دار وائل للنشر ٢٠٠٧، عمان، الأردن، ص ٢٥٧ وما بعدها.

والإشهار وطرق التسويق الحديثة، وسرعة التقليد التي تؤدي إلى تكسير الأسعار، وهذا ما يقتضي من المؤسسة اعتماد السرعة في تغيير المنتج، إلا أن عملية التجديد والإبداع قد لا تكون ممكنة لمؤسسة بمفردها، لكنه قد يكون أسهل إذا اجتمعت قدرات وكفاءات مؤسستين، وعليه فالتحالف من شأنه تجاوز هذا الإشكال .

ث- تجاوز عقبات التسويق: تتحمل المؤسسات اليوم مصاريف إضافية من أجل إيصال معلومات عن المنتج للمستهلك، وقد يسبق وجود المؤسسة في الأصل دراسات للسوق تمثل تكاليف إضافية، كما تعترض عملية التسويق عدة عقبات تتعلق بالوسائل الضرورية لتنفيذ الخطة التسويقية، ومن جانب آخر لم يعد بإمكان المؤسسة أن تقوم بعملية الإنتاج ثم تبحث عن السوق التي تستوعب تلك المنتجات، وحتى يمكنها تخفيض تكاليف التسويق وتجاوز عقباته، تلجأ إلى التحالف مع منظمات أخرى ذات قدرات في هذا المجال .

ج- اتساع نطاق المعرفة: لقد اختلفت مصادر الثروة عما كانت عليه قديماً<sup>(٧)</sup> فقد كان التركيز في ما مضى على عوامل الإنتاج المتمثلة في الأرض، العمل، رأس المال . أما حالياً فقد أصبحت المعرفة عاملاً أساسياً لتحقيق الثروة، فالمعلوماتية وشبكة الإنترنت ومختلف المعارف حققت لأصحابها ثروة حقيقية استفردت بها الدول المتقدمة، والمعرفة تتطلب تحالفات استراتيجية بين مختلف المؤسسات الاقتصادية والجامعات ومراكز البحث والتدريب، يسمح ذلك للمؤسسة من اكتساب خبرات إضافية تمكنها من التطور والنمو والبقاء في السوق.

بالإضافة إلى المزايا السابقة يمكن إضافة مجموعة أخرى من المزايا و التي نوجزها في النقاط الآتية<sup>(٨)</sup>:

- تحقيق تكامل تكنولوجي مريح.
- يسمح بدخول أسواق جديدة.
- يسمح بتقليص وقت الابتكار والإبداع.

(٧) جاري هاميل، مايكل بورتر، حلقة المعرفة، إصدار المؤسسة العربية للإعلام العلمي (شعاع)، القاهرة ، ما هي الاستراتيجية ؟ هل

هي ثورة جديدة ، [www.edara.comm](http://www.edara.comm)

- يتم فيه نقل التكنولوجيا.
  - خلق ظروف لإبراز أفكار جديدة ومنتجات جديدة وتحسين جودة المنتجات.
  - يسمح بفتح أفاق تجارية جديدة ككسب قنوات تجارية جديدة وتغطية أفضل للسوق.
  - يسمح بتدعيم المصدقية وتخفيض التكاليف وتقليل المخاطر.
- التحالف هو علاقة قوة أو علاقة سلطة أو علاقة تفاوض، و هو يركز حول ثلاثة محاور أساسية<sup>(١)</sup> :
- أ/ المشروع: و هو عبارة عن رؤيا عامة مشتركة، يعني إستراتيجية بصدد التحقيق تحشد لها الموارد المختلفة (أصول طبيعية، طاقات بشرية، مهارات تكنولوجية، معارف في مجال التسويق...) بهدف تحقيق مصالح مشتركة في المشروع.
- و يكون الشركاء مرتبطين فيما بينهم بخصوص النشاطات المشتركة ومستقلين في أنشطتهم الخاصة التي تقع خارج علاقة التحالف. و يكفل عملية الرقابة للنشاطات المتفق عليها جهاز رقابي يوضع لهذا الغرض، ويتم اتخاذ القرار بصفة مشتركة بشأن النتائج والمزايا المتبادلة في المشروع.
- ب/ العلاقة: وهي ما ينشئ بين المتعاملين في كل من طرفي التحالف من علاقات مميزة (مادية وإنسانية) مبنية على الاتصال و تبادل المعلومات من أجل بحث مشترك للأهداف المتوسطة و الطويلة الأجل التي تعود بالفائدة المتماثلة على كل أطراف التحالف.
- ج/ العقد : إن المؤسسات التي تهدف إلى إنشاء عقود التحالف ملزمة بمراعاة الجانب القانوني الذي يمثل في مجمله مجموعة من المعاهدات و الاتفاقيات التي تكسب قوة قانونية، والتي تساعد على استمرارية عقد التحالف إلى أجل طويل.

(١). فريد النجار " التحالفات الاستراتيجية" ايتراك للنشر و التوزيع - القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص ١٤

(ج) العقد: الطابع المعقد والغامض للتحالفات يظهر في تنوع الأشكال الذي يمكن أن يعطى إليها، فالتعرض للتعاون و التحالفات ة من الزاوية القانونية يجب أن يفحص فيه وجهتين مختلفتين :

أولاً: الكيفية القانونية التي تختارها المؤسسات المتعاملة لتنظيم علاقاتها فيما بينها في ميدان خاص بالعقود أو قانون المؤسسات.

ثانياً: الإطار الشرعي القانوني و التنظيمي فيما بين المؤسسات من طرف المجتمع ككل. وخاصة منه قانون المنافسة. لذلك يستلزم على المؤسسات التي تهدف إلى إنشاء عقود التحالف أن تراعي اهتماما بالجانب القانوني الذي يمثل في مجمله مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات التي تكسب قوة قانونية التي تساعد على استمرارية عقد التحالف إلى أجل طويل.

متطلبات تكوين التحالف: في هذا الصدد أشار سبيكمان وزملاؤه إلى: <sup>(١)</sup>

١. ضرورة فهم قدرات أطراف التكتل المزمع تكوينه.
٢. فهم ثقافة وإستراتيجية كل منظمة.
٣. تحديد وتشكيل رؤية لكل طرف وتوصيلها للأطراف الأخرى بشكل سهل وواضح حتى يمكن بناء الرؤية المشتركة بينهم.

٤. تكوين أو وضع تصور للتوقعات أو النتائج الممكن تحقيقها من وراء تكوين تحالف.

\* أيضاً مطلوب توفير (الحماس) الطاقة وبذل الجهد، والأمل والإثارة والنظر إلى تحالف باعتباره حلماً إستراتيجياً.

تتنوع التحالفات إلى حد كبير ولا يحكم تنوعها إلا قدرة الحلفاء على تخيل شروط أو أنواع التحالفات، ولكن أكثر الأنواع شيوعاً هي: <sup>(٢)</sup>

- ١- تجمع القدرات الشرائية: لزيادة تأثير الشركات على الموردين، وهنا تجمع الشركات مشترياتها من كل نوع من أنواع المنتجات حيث يكون حجم مشترياتها ضخماً .
- ٢- التحالف طويل الأجل مع الموردين لتمكينهم من تحسين الجودة وخفض التكاليف.

(١). زاهر محمد دبوي، إدارة الأعمال الدولية. دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١. ص ١٩٩.

(٢). رفعت السيد العوضي واسماعيل علي بسيوني، الاندماج والتحالفات الاستراتيجية، ط ٢، ٢٠٠٧، ص ١٩٠-١٩١.

٣- التحالف مع الموزعين لتمكين المنتجين من دخول أسواق جديدة، أو لتحسين وضع الشركة في السوق الحالي.

٤- التحالف للحصول على حق الإنتاج والتسويق أو الحصول على تراخيص الإنتاج: وهي تحالفات طويلة الأجل للوصول إلى التقنية الجديدة أو لإستخدام الأسماء والتسويق والعلامات التجارية والمهارات الفنية للشركة الأم.

٥- التحالفات في مجال البحث والتطوير R & D -5 ومن ذلك أيضا التحالف مع وكالة حكومية في مجال معين، أو مع بعض الجامعات. وهناك أنواع أخرى منها <sup>(١)</sup>

(١) أنواع التحالف بالنظر إلى صيغة النشاط: يتضمن:

المشروع المشترك، التعاون من الباطن، التحالف المالي، التحالف التسويقي، التحالف التكنولوجي.

(٢) أنواع التحالف بالنظر إلى درجة أو نطاق التحالفات: تتنوع التحالفات حسب عدد النشاطات نجد مثلا:

أ/ تحالفات تنصب على نشاط واحد: وهو ما يسمى بالتحالف الأفقي بمعنى ما بين شركات تتنافس فيما بينها، من خلال ممارسة نفس النشاط فقد ينصب التحالف بتسويقه إنتاج... إلخ.

ب/ تحالف يمس عدة نشاطات: فقد تكون متعلقة بالإنتاج التسويق، البحث... إلخ ونذكر منها تحالفات رأسمالية التي تتم ما بين عدة أطراف تعمل في مجالات مختلفة مكملتها لبعضها البعض، تؤدي في النهاية إلى إنتاج منتج واحد.

(٣) أنواع التحالف بالنظر إلى قوة الأطراف المتحالفة: ومنها نجد:

أ/ تحالف بين طرفين ضعيفين: ما بين شركتان تملكان موارد محدودة وتحالفهما بغرض كسب قوة أكبر يجمع القوى الفردية وتظهر في شكل تزايد القوة التنافسية للطرفين المتحالفين.

ب/ تحالف ما بين طرفين متباينين في القوة: يكون بين شركتين تختلفان في المؤهلات، كشركة بمؤهلات كبيرة مع شركة أضعف منها ولكن يتمتع بمزايا نسبية في مجالات محددة، فلا يدخل

(١). بن عزة محمد الأمين ، التحالف الاستراتيجي كضرورة للمؤسسات الاقتصادية في ظل العولمة، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية ، المركز الجامعي ، سعيدة - الجزائر ، مجلة علوم انسانية العدد ١٧، السنة الثانية، يناير ٢٠٠٥، ص ١٠٦ وما بعدها.

الطرف الأكبر إلا إذا ضمن له الحصول على منافع ومزايا أكبر من هذا التحالف فهو عمل تكاملي. فهذا النوع يترتب عليه نتائج سلبية للطرف في التحالف، بحيث يتحول إلى تابع فقط لكن إذ كانت قوية في مجالات أخرى فقد ينتهي بتدعيم القوي لنقاط قوته، ويقوم الجانب الضعيف بمعالجة جوانب الضعف فيه.

(ج) تحالف الأقوياء: تحالف بين طرفين يتمتعان بقوة كبيرة، لأنهما يأملان من وراء هذا التحالف إلى تحقيق المزيد من القوة تؤهلهما لاكتساب قدرة تنافسية أكبر وحصول على حصة كبيرة من السوق التي كان يعملان فيها.

\* نستخلص من خلال أنواع التحالف السابقة التي تم فيه التحالف على معيار القوة هدفها هو زيادة القدرة التنافسية للأطراف المتحالفة وهو ما يتجسد في زيادة منافع الأطراف.

(٤) أنواع التحالف بالنظر إلى العلاقات التي تربط الأطراف المتحالفة: فهنا نجد إما أ/ تحالف بين الشركات المتنافسة: تزايد القدرات المختلفة للشركات المتنافسة أدى إلى زيادة حدة المنافسة بين تلك الأطراف لاستحواذ على جزء أو كل السوق الذي ينتهي غالباً بإفلاس الشركات الأضعف، ولمواجهة هذا الخطر تضطر الشركة التي ترى نفسها مهددة إلى دخول في تحالف مع التي تملك موارد إقتصادية، تسمح لها بتجاوز النقص الذي تعاني منه ويسمح لها بتوفير موارد كبيرة، تعود عليها بالفائدة أحسن مما لو بقيت في حالة منافسة قاتلة. نجد منها (تحالف متكامل، التحالف المشترك، تحالف شبه التركيز)

ب/ التحالف ما بين شركات غير المتنافسة: لا توجد بينهما منافسة وإبرام التحالف بينهما قصد توسيع أسواقها وزيادة أرباحها، فتميز المشاريع المشتركة، التحالف العمودي والاتفاقيات ما بين القطاعات.

و تتعدد صيغ التحالف لتأخذ أشكالاً عديدة نوجزها في العناصر الآتية: <sup>(١)</sup>  
- تحالفات لتنمية التكنولوجيا: لخفض التكاليف و تغطية المخاطر المرتبطة بتطوير التكنولوجيا الجديدة.

(١). علي حسين علي الإدارة الحديثة لمنظمات الأعمال. دار الحامد للنشر و التوزيع. ١٩٩٩ ص ٧٦.

-تحالفات في الإنتاج و العمليات: تهدف إلى تطوير الصناعات التحويلية وعمليات الإنتاج عن طريق الحجم الإقتصادي و تطبيق إقتصاديات التشغيل وتبادل الخبرات.

-تحالفات التسويق و المبيعات و الخدمات: من خلال التعاون في تكاليف التسويق و التخزين و التوزيع وفق ظروف كل دولة.

-تحالفات داخل الدولة أو بين الدول: أي تحالفات محلية وتحالفات بين الدول.

والتحالف الاقتصادي هو معاهدة بين شركات، عادةً يكونون لتخفيض التكاليف وتحسين الخدمات للزبائن<sup>(١)</sup>

ان محاولة وضع تعريف محدد للتعاون يعتبر من الأمور الصعبة، و يرجع ذلك إلى كون أن هذا المفهوم ينطوي على مجموعة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين المؤسسات، لكن مهما كان شكل تلك التعاقدات إلا أنها تتميز بالخصائص الآتية: <sup>(٢)</sup>

- إتفاقيات طويلة المدى.

- توافق أهداف الشركاء على الأقل في مجال نشاط التعاون.

الإستقلالية القانونية للشركاء، وبالتالي يتم إستبعاد كل أشكال الإبتلاع.

- إلغاء المنافسة بين الشركاء، وذلك بإستبعادها نهائيا أو تخفيضها طيلة فترة التعاون.

وعموما يعتبر التعاون خيارا إستراتيجيا للمؤسسة، يتماشى والتحويلات الحادثة في محيط المؤسسة الاقتصادية، وقد عرفت ظاهرة التعاون أشكالاً عديدة، حيث صنف التعاون وفق العلاقة بين الأطراف إلى فروع مشتركة متساوية، وفروع مشتركة ذات سيطرة لأحد الأطراف، ومشاركات متقاطعة وغيرها، ومهما كان شكل العلاقة تبقى التحالفات عبارة عن إتفاقيات تعاون بين المؤسسات بشأن مشروع معين، ولأجل تحقيق مجموعة من الأهداف تتمثل في المحافظة على الأسواق وغزو الأسواق الأجنبية، والتقليل من المخاطر وتحقيق وفورات الحجم.

ويتداخل مصطلح التحالف هو الآخر مع مصطلح المشاركة الذي يقدم من خلالها كل طرف مصادر للطرف الآخر في إطار العلاقة الدائمة، وتفاوتت مفاهيم التحالفات من مفكر لآخر، ويرجع هذا الإختلاف إلى الزاوية التي نظر إليها كل منهم، فمنهم من رأى أنها وجه جديد

<sup>(١)</sup><https://ar.wikipedia.org/wiki>

<sup>(٢)</sup> ثابت عبد الرحمن ادريس و جمال الدين محمد مرسى، " الادارة الاستراتيجية " الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٧١

للإستثمار، ومنهم رأى أنها مرحلة من مراحل الإندماج بين المؤسسات ويمكن إعتبارها إتفاقية قائمة على الثقة والتكاملية لأجل تحقيق أرباح إضافية.

ومن الطرق التعاقدية لنقل التكنولوجيا:

تعاني معظم البلدان النامية من إتساع فجوة التخلف التكنولوجي بينها وبين الدول المتقدمة وهذه المشكلة تعتبر من الأساليب الرئيسية في إعاقه برامج التنمية في هذه البلدان . ومع بداية النصف الثاني من القرن العشرين على وجه التقريب اتجهت معظم هذه البلدان إلى تبني سياسات اقتصادية جادة تستهدف فتح الباب للاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير المباشرة ، من خلال الشركات المتعددة الجنسيات كآلية فاعلة لتضييق فجوة التخلف التكنولوجي . ولهذا النوع طريقتين:

الطرق التعاقدية التقليدية لنقل التكنولوجيا (عقد الترخيص الصناعي):

وفق هذه الطريقة النقل التكنولوجي ليس مجرد نقل للأجهزة أو الآلات والمعدات بل نقل المعرفة أيضا والطرق العلمية للإنتاج ، كما أن عقد الترخيص الصناعي هو عقد رضائي بين طرفيه (المرخص ، والمرخص له) ، وقد يشمل هذا العقد حقا (أو أكثر) من حقوق الملكية الصناعية يمنحه الطرف الأول للطرف الثاني.

\*الطرق التعاقدية الجديدة لنقل التكنولوجيا:

من الناحية العلمية فإن الإنتقال من مرحلة اكتساب التكنولوجيا عن طريق عمليات مستقلة إلى إكتساب التكنولوجيا المدرجة في التصرف الخاص بالإستثمار سوف يتم في مرحلتين متميزتين:<sup>(١)</sup>

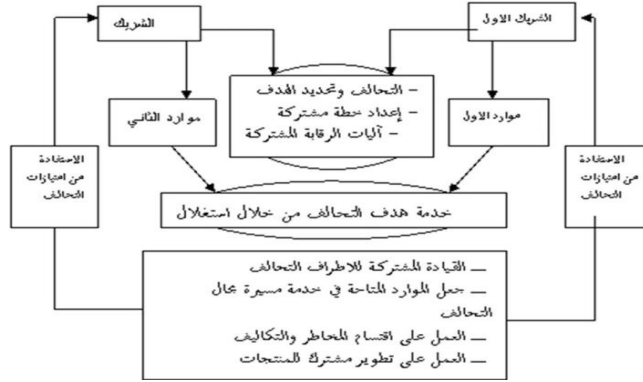
أ- تعقد مسؤولية موردي التكنولوجيا على إقامة مجتمع جاهز للتشغيل وصالح لتحقيق النتائج المتفق عليها وهذه العملية يعبر عنها بعقد تسليم المفتاح في اليد . ويتضمن هذا أن يكون المكتسب قادرا على تنسيق العديد من الأنشطة التي تدخل في إنجاز المجمع الصناعي.

(١) أبو قف عبد السلام : إدارة الأعمال الدولية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر . بيروت ، بدون ذكر سنة النشر ، ص ٢٨٣

ب- تمتد الإلتزامات المنبثقة من عقد تسليم المفتاح باليد مع الإبقاء على مسؤولية مورد التكنولوجيا خلال الفترة اللازمة للسيطرة الصناعية المستقلة للمنشأة بواسطة المستخدمين المحليين، وهذه العملية يعبر عنها بعقد المنتج باليد .

والهدف من هذا العقد هو تأكيد المكتسب بأن المنشأة الصناعية تحقق الإيراد المرجو منها وذلك عن طريق استخدام العمالة المحلية.

وفيما يأتي تصور لتحالف يبنى على أساس أربع مراكز مفتاحية<sup>(١)</sup>



يبين في الشكل تحالف من مؤسستين استطاعتا تحديد هدف مشترك بينهما، وتسعيان لتحقيقه، مع أدراك كل جهة استحالة تحقيق الهدف منفردة لوحدها، بسبب:

- ضعف الموارد المالية للمنظمة او المؤسسة
  - لقلّة الخبرة في المؤسسة او المنظمة
  - كون الهدف محتاج لقدرة أعلى من إمكانية كل مؤسسة على حدة.
- ومن ثم يتم تحديد الهدف، ثم بعدها وضع خطة تكون كفيلة بتحقيق الهدف، ومن البداية الاتفاق على الرقابة المشتركة طيلة مدة التحالف، وبدوره يرفع الشك ويمنع الاحتيال ويزرع الثقة، ويسمح باستمرار التحالف .

ومن ثم يتم وضع الموارد المتاحة لدى الطرفين لخدمة هدف التحالف، وليس بالضرورة أن تكون المشاركة بالموارد من جنس النوع، فقد تشارك المؤسسة (الشريك الاول) بالمال وتشارك المؤسسة (الشريك الثاني) بالخبرة، فمعلول التحالف وجد لفقدان إحدى الطرفين لأحد عناصر

(١) . Dominique jolly ، Alliance Stratégie linking motives with benefits· EBF issue 9 spring 2002· p5

القوة، ولا يمنع ذلك أحيانا من تجانس الموارد بينهما إذا كان الهدف من التحالف هو التوسع أكثر .

ومن ثم يتم استغلال الموارد الموضوعة في خدمة تحالف المؤسسات، ويسمح ذلك بالاستفادة من النتائج الإيجابية لهذا التحالف

### المبحث الثالث: التحالفات الناجحة والعراقيل

#### شروط التحالفات الناجحة

ليس ممكناً أن تكون كل التحالفات ناجحة، وهو راجع للأساس الذي بني عليه التحالف، فإذا كانت كل مؤسسة ترغب بالاستحواذ على طاقات المؤسسة الأخرى وعلى أسواقها وزبائنها (من خلال التحالف)، فذلك يؤدي لقيادة مختلفة للتحالف، ويبدأ الجذب في اتجاهين مختلفين مما يؤدي إلى انقطاع متانة ارتباط التحالف، وعدم الرسم الجيد لأهداف التحالف يؤدي إلى تداخل في المهام، ومما يعكر أجواء التحالف أيضا ضعف الاتصال . وكذلك التحالف لا يعني الاندماج، فلذا ينبغي مراعاة إذا أريد للتحالف أن يكون ناجحا ما يأتي <sup>(١)</sup> :

(١) فهم واضح لقدرة المؤسسة الحالية والمستقبلية: اليوم أصبح استشراف المستقبل ممكن وذلك من خلال استخدام النماذج التنبؤية المتوفرة، والتي بدورها تسمح باستغلال القدرة المتاحة على أفضل كيفية، وهو مما يعطي رؤية واضحة حول ما إذا كانت قادرة على النجاح بمفردها أو ينبغي لها التحالف .

(٢) محاولة التعرف على التحالفات المتوقعة والمحتملة: فالتحالف لا يعني رغبة عابرة غير محتاجة لدراسة جيدة ووافية ومعقدة، بل هي قرار يسمح بتعظيم المنافع للمتحالفين، وعلى هذا ينبغي للمؤسسات الراغبة في التحالف أن تضع قدامها البدائل المتاحة، ودراسة سير وفعالية التحالفات المتوقعة.

(٣) معرفة القيم لأهداف الشريك: فلا يمكن إقامة تحالف مع من لا يشارك في تحقيق الهدف الوارد أعلاه، وغير ملتزم بشروط التحالف، ولا ان تكون له أهداف متعارضة مع أهداف

(١). صالح مهدي محسن العامري، طاهر محسن منصور الغالي، الإدارة والأعمال، دار وائل للنشر ٢٠٠٧، عمان، الأردن.

المؤسسة الراغبة في التحالف، أو يملك فلسفة مغايرة أو تكون له رسالة متعارضة مع رسالة المؤسسة.

٤) مدرك للمخاطر والمكاسب المتوقعة من خلال التحالف: فإن التحالف ليس معناه إزالة كل العقبات والمخاطر، ولا يعني أنه يحقق المكاسب فقط، فلا بد من التوازن بين المخاطر والمكاسب المتوقعة، فإن كان التحالف يحقق مكاسب أكثر من المخاطر الناتجة منه، كان التحالف مفيد جداً للمؤسسة، وإلا امتناعها عن هذا التحالف. وبمعنى آخر أنه من بين المخاطر التي قد تنتج عن التحالف كاستغلال ما توصلت إليه المؤسسة من قبل الحليف بطرق ملتوية مريبة ولصالحه، وهو مما يجعل المؤسسة قد تفقد بعض المزايا التي اكتسبتها من خلال استثمار في مجال الإبداع والتطور، وتنبيهه أنه ما زال التقليد غير المرخص به يضر بالمؤسسة الاقتصادية والتي تنفق الكثير في مجال البحث والتطوير .

٥) التنبيه دائماً من عدم الذوبان : فإن التحالف لا يعني الاندماج والاندكك المؤدي إلى زوال المؤسستين و بروز مؤسسة جديدة ولا يقصد به الاستحواذ الذي يجعل المؤسسة الكبيرة تستحوذ على المؤسسة الصغيرة بشكل أو آخر، بل يستخدم التحالف لغرض تجميع القوى مع تحقيق الأهداف المشتركة، وعلى هذا فالتحالف يحفظ للمؤسسات المتحالفة كيائها.

٦) التحذير من الثقة المطلقة : فإن انعدام الثقة معناه أن كل شريك يسعى للاستفادة من قدرات الشريك الآخر دون أن يمنحه أسراراً فيؤدي لفشل التحالف، فلذا يجب أن تكون الثقة متبادلة مبنية على مصلحة بأن لا يتعدى التحالف الحدود المرسومة له.

٧) وجود القيادة الفعالة : فعندما تسيطر الخصومة على أي تحالف، تنفك الثقة، ويؤدي إلى خصومات تجعل منهما مصدر للمشاكل، لهذا بمجرد إقامة التحالف العمل على تحديد الفرق والمدراء المسؤولين عن قيادات التحالف والتنسيق فيما بين الأقسام في المؤسستين، وذلك يتطلب تعاون وثقة متبادلة وتركيز على مجال التحالف فقد دون التعدى إلى أمور جانبية .

٨) الحفاظ والسلامة على شبكة المعلومات : فإن انسياب المعلومات بين الأقسام والمصالح ذات العلاقة بتنفيذ التحالف يشكل حلقة محورية أساسية في نجاح التحالف، وأصبح اليوم نظام المعلومات الركيزة الأساسية في المؤسسات الاقتصادية الحديثة التي تسعى للبقاء في

السوق من خلال التوسعة، واما في حالة احتكار المعلومات من قبل أحد أطراف التحالف فذلك يؤدي للشك في نوايا الآخر، وذكرنا سابقا أن الثقة تشكل ركن أساسي للتحالف الناجح. ويبقى السعي الفعلي والجداد نحو التحالف والولاء الوطني والمصلحة العامة ورقابة الدولة ورعايتها لتلك التحالفات هي من الشروط المهمة والواجب توافرها لضمان نجاح التحالفات والشراكات بين الشركات الوطنية وبين الشركات الوطنية والشركات الأجنبية.

من أسباب فشل المفاوضات في التحالف :

يمكن القول أن فشل المفاوضات غالبا ما يكمن في محاولة تغليب مصلحة طرف على الطرف الآخر أثناء التفاوض ومنه هناك عدة عقبات يمكن تجنبها، وتلافيها، ويمكن تمييزها في نوعين:

#### أ- عراقيل تقنية في المفاوضات:

حيث هناك عراقيل يواجهها المسيرون أثناء المفاوضات، وهذه العراقيل تمس الإدارة والتنظيم وكل ما يتعلق بالمشروع.

- عدم ملائمة تركيبة المفاوضين مثلا التفويض التام للمحامين في عملية التفاوض مما يؤدي إلى عدم التغطية السليمة للجانب الاقتصادي و العكس صحيح.

- اتخاذ القرار في مرحلة غير مناسبة من التفاوض.

- المعلومات غير مطابقة للواقع.

- الوقت غير كاف أو تسريع العملية أو إبطائها" و الخطورة أن ما يقارب ٨٥ من العقود تحتاج

إلى ٦ اشهر على الأقل من المفاوضات لإبرامه و حوالي ٢٠% منها يستغرق ١٨ شهرا

لإتمامها" . وليس هناك علاقة بين طول الوقت اللازم لإتمام الاتفاقية وبين الرضا النهائي

للكركاء عن سير العمل في المشروع.

- التعريف الغامض للمشروع وهذا يفرض على المفاوض تحديد الدقيق للمشروع (نوعية،

مجالات، العمل...).

- نقص في الموارد الموجهة للمشروع أي عدم تحديد الإمدادات اللازمة للمشروع.

- مسؤوليات غير محددة بصفة جيدة يعني عدم تحديد الدقيق للمهام الخاصة بالنسبة

للمستويات والمسؤوليات.

- عدم تفاني المفاوض في عمله لعدم تبنيه لفكرة المشروع.

- تعيين هيئة إدارية للمشروع لا تتمتع بالكفاءة والخبرة ولا بديناميكية الفريق مما يؤثر على فعالية ونجاعة المشروع.

- نقص في التنسيق حيث أن التنسيق عنصر من عناصر التفاوض المهمة وعدم وجوده يسبب شلل في عملية التفاوض.

- مشاكل التقييم حيث كثيرا ما لا يمكن تحديد قيمة الأصول مما تصعب عملية التقييم أثناء تقديم الفوائد والأرباح.

#### ب - عراقيل المفاوضات الدولية بين الشركات المحلية والشركات الاجنبية :

حيث يواجه مفاوضو المؤسسات العديد من العقبات والمخاطر ونحن نقتصر على بعض العراقيل التي ليست في الأعمال التجارية المحلية، مما تتطلب الخبرة الدولية لمعرفتها وهي كما يأتي :

- بيئة التفاوض نقصد هنا المناخ الأجنبي عن أحد الأطراف، فبعد المسافة يؤثر على التفاوض برغم تطور الاتصالات العالمية، إلا أن المسافات لا تزال تعقد المفاوضات.

- اختلاف العملات حيث اختلافها يشكل عقبة في التفاوض.

- الثقافة وهي عامل قوي يؤثر علي أسلوب التفاوض و اختلافها قد يعرقل التفاوض.

- عدم الاستقرار السياسي والأمني والتغيرات المفاجئة التي تطرأ على الساحة الوطنية وكذا الدولية والتي قد تكون سبب في عرقلة عقد التحالف .

- البيروقراطيات والتنظيمات الأجنبية عقبة تواجه المفاوضين الدوليين، لذا عليهم معرفة كيفية التعامل مع التنظيمات الأجنبية سواء كانت عامة أو خاصة.

#### ج- الإجراءات المتخذة لتجنب المشاكل و العراقيل أثناء التفاوض:

إذا استطاع المفاوضون معالجة المشاكل المذكورة يمكنهم تحقيق اتصال جيد يؤدي إلى نجاح المفاوضات وتبادل الأفكار وتحقيق علاقات ناجحة و متطورة وذلك :

- باحتواء الاتفاقية على بنود مفصلة لحد ما بشأن أسلوب حل المنازعات . وأن تكون الاتفاقية بمعزل عن أسلوب حل المنازعات أو عن طريق وساطة مؤسسات مختصة، وغالبا ما يمكن التنبؤ بهاتة المنازعات منذ البداية.

- تحديد حلول المنازعات في عقد اتفاقية المشروع المتوقع حدوثها، وبذلك يكون عقد الاتفاقية عنصر حيوي للعلاقة الناجحة وليست وثيقة قانونية مبالغ فيها.

- الاقتناع الكبير بمرونة الإجراءات ضمن الاتفاقية مع مرور الزمن، وتوافر ميزات جوهرية، ومثال ذلك حسن النية و التفاهم بين الشركاء يكون أحسن بديل لمجال التكنولوجيا بدل وضع بنود رسمية في عقد الاتفاقية<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ما سبق فإن التحالف يكمن في روح التعاون في شتى المجالات خاصة التكنولوجية منها، ويرتكز هذا التعاون على علاقة الثقة المتبادلة للوصول إلى أهداف محددة باتفاق مشترك فهذا النمط من العلاقة يؤدي إلى تحقيق مصالح مشتركة في مجالات عديدة يصعب على المؤسسة تحقيقها بجهود فردية مثلاً تقديم منتج جديد، دخول أسواق جديدة، توسيع حصة المؤسسة في السوق، تطوير تكنولوجيا معينة، وقد ركزنا على هذه الأخيرة التي أصبحت في وقتنا الحالي تقدم نسبة كبيرة من القيمة المضافة للمؤسسة من جهة وإلى التكاليف الباهظة للبحث والتطوير في مجال التكنولوجيا .

كل هذه الجهود التي تقوم بها المؤسسة الاقتصادية من تحالف وتعاون في شتى المجالات، ذلك لمواجهة الخطر الكبير لاندماج الذي أصبح يهدد المؤسسات في وقتنا الحالي خاصة في الدول النامية .

تكمن أسباب الفشل من خلال المفاوضات المتعلقة بالتحالف غالبيتها الضعف وعدم الخبرة للأشخاص أثناء عملية التفاوض بشأن البنود والأساسيات المتعلقة بالتحالف، وبصفة عامة فإن من أهم العقبات المعترضة سبيل قيام التحالف ويمكن إيجازها ضمن نوعين من العقبات<sup>(٢)</sup>:

١ - العقبات والعراقيل التقنية: قد يواجه المسكرون للعديد من العقبات خلال سير المفاوضات وقد تكون بمساس للإدارة والتنظيم وكل ما هو متعلق بالمشروع في الجوانب التالية:

أ- منها مثل اتخاذ القرار بمرحلة غير متناسبة من التفاوض.

ب- منها مثل المعلومات غير مطابقة للواقع الحالي.

(١). بن عزة محمد الأمين ، مصدر سابق ذكره، ص ١١٣ وما بعدها.

(٢). روبرت ميل ، جاك جالين، " المشروعات المشتركة " ، مجلة التمويل و التنمية صادرة عن صندوق النقد الدولي ، المجلة ٣٤

- ت- منها مثل الوقت غير الكافي أو تسريع العملية أو إطالتها.
- ث- منها مثل تعريف غامض للمشروع وهو مما يستلزم التحديد الدقيق لنوعية المشروع ومجالات العمل وغيرها.
- ج- منها مثل نقص في المورد المخصص للمشروع أي بمعنى عدم التحديد للإمدادات اللازمة للمشروع.
- ح- منها مثل عدم تحديد المهمة والمسؤولية وكذلك في كل المستويات بدقة كافية.
- خ- منها مثل عدم التفاني للمفاوض اثناء عمله لتجنبه ان يتبنى فكرة المشروع.
- د- منها مثل التعيين لهيئة إدارية للمشروع لا تتمتع بالكفاءة والخبرة ولا بديناميكية الفريق وهو مما يؤثر سلبا على فعالية ونجاعة المشروع.
- ذ- منها مثل النقص في التنسيق الذي يعتبر العنصر الهام من عناصر التفاوض.
- ر- منها مثل مشاكل التقييم لعنصر الأصول وما يصاحبه من مشاكل في التقييم التوزيع الفوائد والأرباح.

## ٢ - عرقلة المفاوضات الدولية

- بهذا النوع من المفاوضات الدولية فإن التركيبة للمفاوضين يستحسن أن تحصل على درجة كبيرة من الخبرة الدولية لمواجهة العديد من العقبات والمخاطر وأهمها<sup>(١)</sup>:
- أ- البيئة المحيطة بالتفاوض ونقصد المناخ الأجنبي عن أحد الأطراف، فمثلا بعد المسافة يؤثر على التفاوض بالرغم من تطور الاتصالات العالمية، إلا أنه المسافات الطويلة ما زالت تعرقل المفاوضات.
  - ب- اختلاف العملة وقيمتها يشكل عقبة في التفاوض.
  - ت- الاختلاف بالثقافة قد يشكل عقبة على عملية أسلوب التفاوض.
  - ث- عدم الاستقرار سواء سياسي أو الأمني.
  - ج- عدم اتصاح التشريع والبيروقراطية والفساد الإداري فتشكل عامل وعقبة جدا قوية في وجه المفاوضين الدوليين.

(١). جيوالدو، سالكيوز، ترجمة محمد مصطفى غنيم، "كيف تنجح في صنع الصفقات العالمية"، دار الدولية للنشر، القاهرة،

- من المشاكل التي قد تواجه الحلفاء عند سعيهم لتحقيق النجاح والتي يتكرر حدوثها:
- أ- عدم الصبر: فالتحالفات تحتاج إلى وقت طويل وقد تساعد الخطوات الصغيرة على تحقيق نتائج صغيرة.
  - ب- الاختلافات الثقافية: توجد هذه المشكلة بكثرة عندما تتحالف الشركات الكبرى مع الشركات الصغيرة أو التي تكون فيها نظم الرقابة صارمة وعلى الشركات المتحالفة أن تتأكد أن لديها مداخل متشابهة لأداء الأعمال وأنها تتقاسم الأهداف والطموح وعلى فرق العمل والإدارة أن تنفق الوقت المطلوب لفهم نشاط الحليف قبل الموافقة على أهدافه وأهداف التحالفات طويلة الأجل.
  - ت- الطموح الزائد - غير واقعي: رغم أن الأهداف ينبغي أن تكون طموحة فانه ينبغي عدم توقع الكثير وبسرعة ولذلك فان من الواجب أن تتطور الأهداف وتنمو مع التحالفات أي مع مرور الزمن.
  - ث- الرضا التام عن التحالفات: ومن المتوقع ألا تواجه التحالفات تلك المشكلة حتى يتحقق لها بعض النجاح ويمكن التغلب عليها منذ البداية بإنشاء معايير النجاح ونظم الرقابة وربطها بالزمن.
  - ج- التردد: قد تتردد الكثير من الشركات في دخول التحالفات حتى لو تأكدوا من توفر القدرات المطلوبة لديهم ويأتي هنا دور الشركة التي تبحث عن حليف حيث يمكنها تقديم النصح أو العون المادي.
  - ح- تغير الظروف: قد يحدث وتغير ظروف احد الأطراف المتحالفة مما يجبرها على الخروج من التحالف لذلك من المهم الاتفاق منذ البداية على إستراتيجية إنهاء التحالف.
  - خ- الاعتماد الزائد على الحليف: ويمكن حل هذه المشكلة عن طريق تحديد مقدار المشتريات أو المبيعات بطريقة تجعل اعتمادها على الحلفاء مأمونا ولا بد من الاعتراف بان إستراتيجية كل حليف ترتبط بعلاقاته ومعارفه بحلفائه وبالشركات الأخرى التي تعمل في نفس الصناعة.

د- قصور مستوى الشفافية والثقة: وذلك نتيجة خوف كل حليف من كشف أسرارهِ وتسربها إلى المنافسين.

ذ- النزاعات: وهنا لا بد أن تتقابل فرق الإدارة المراجعة بانتظام للتأكد أن المشاكل قد تمت دراستها مبكراً وقدمت لها الحلول المتفق عليه مسبقاً وتساعدنا دراسة المشكلة وتحليلها وفقاً لخطوات محددة سلفاً على تحديد المستوى الإداري المسؤول عن حل المشكلة.

وبما ان تحالف الشركات محكوم بعقود أو اتفاقيات التحالف، فإن نهاية هذا التحالف يكون بإنتهاء مدة العقد، أو نهاية المشروع، أو نزاعات قد تنشأ داخل التحالف تؤدي إلى إنهائه. ويسود في تحالف الشركات مبدأ (اكسب ودع غيرك يكسب) إنها استراتيجية الريح للطرفين والتي عبر عنها "بنيامين فراكلين" أحد أهم وأبرز مؤسسي الولايات المتحدة الأمريكية، عندما قال: "لن تكون هناك صفقة مالم يحصل كل طرف على فوائد".<sup>(١)</sup>

#### الخاتمة

توصلنا في ختام هذا البحث الى ان التحالفات هي أحد الحلول الجذابة للمؤسسات في ظل تزايد حدة المنافسة، وارتفاع تكاليف التشغيل، وضغوط النظام الاقتصادي العالمي، لكن البحث عن شريك ليس بالأمر الهين، حيث تبدأ الشركات بجمع المعلومات عن الشركات التي يمكن أن تتحالف معها وتساعدتها في بناء القدرات التي تمكنها من الاستفادة من الفرص المتاحة، بالإضافة إلى التعرف على الأهداف والمهارات التي يمتلكها الحلفاء، وبما ان تحالف الشركات يمتلك قدرات ضخمة فيمكن للدول الاستفادة من إجتذاب هذه التحالفات او تشجيع الشركات المحلية على التحالف وتمويل المشاريع الإنتاجية والخدمية الكبرى . وتقع على عاتق الدولة مسؤولية وضع التشريعات الواضحة التي تسهل قيام تلك التحالفات وكل ذلك في اطار التخطيط والاخذ بنظر الاعتبار البيئة الداخلية والخارجية والمتغيرات العالمية في نشاط الشركات ومنظمات الاعمال.

(١) هيام حايك- كاتبة بمدونة نسيج <http://www.iii.com/iii-bibliotheca>

فالمؤسسات الاقتصادية لم يعد بإمكانها الاستمرارية بالنشاط والتوسع بمفردها، والسمة الغالبة على الاقتصاد في القرن الواحد والعشرين قد سيطرت عليه تحالفات اقتصادية على غرار التحالفات السياسية.

وتحالفات الشركات يخدم ويصب بمصالح المؤسسات المتحالفة، فالتحالف يحقق أهداف عظيمة تجعل بيئة العمل أفضل وتقلل من التكلفة وتساهم في التعاون التقني وفي مجال الأبحاث وتنمية المهارات واستقطاب الكفاءات وتنمية الرأسمال الفكري للمؤسسات والشركات المتحالفة لتلبية متطلبات الأسواق ورغبات الزبائن ومتلقي الخدمات. فالتحالفات المبنية على النية الحسنة والثقة بين المؤسسات الاقتصادية تساعد على التعاون والتكاتف بعيدا عن المنافسة العدائية التي تضر ببيئة العمل والسوق والاقتصاد.

### المصادر

١. بن عزة محمد الأمين، التحالف كضرورة للمؤسسات الاقتصادية في ظل العولمة، معهد العلوم الاقتصادية و التجارية، المركز الجامعي، سعيدة - الجزائر، مجلة علوم انسانية العدد ١٧، السنة الثانية (يناير ٢٠٠٥).
٢. بناء وإدارة التحالفات لـ تعظيم القدرات التنافسية" ورشة عمل : مهارات بناء القدرات التنافسية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة - مصر، يونيو، ٢٠١١
٣. تقي عبد سالم، تطور القطاع العام مع اشارة خاصة الى القطاع العام في التجارة الداخلية والخارجية، رسالة ماجستير، كلية الادارة والاقتصاد، بغداد، ١٩٧٧.
٤. ثابت عبد الرحمن ادريس و جمال الدين محمد مرسي، " الادارة " الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
٥. جيوالدو، سالكيوز، ترجمة محمد مصطفى غنيم، "كيف تنجح في صنع الصفقات العالمية"، دار الدولية للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٣ .
٦. حبيب الهرمزي، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي ( دراسة مقارنة )، مطبعة الاوقاف، بغداد، ١٩٧٧.
٧. رفعت السيد العوضي واسماعيل علي بسيوني، الاندماج والتحالفات، ط ٢، ٢٠٠٧
٨. روبرت ميل، جاك جالين، " المشروعات المشتركة "، مجلة التمويل و التنمية صادرة عن صندوق النقد الدولي، المجلة ٣٤، مارس ٢٠٠٧
٩. زاهر محمد دبري، إدارة الأعمال الدولية. دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١ .
١٠. سعد عبد الجبار العلوش، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي (دراسة مقارنة )، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

١١. صالح مهدي محسن العامري، طاهر محسن منصور الغالبي، الإدارة والأعمال، دار وائل للنشر، عمان، الأردن ٢٠٠٧.
  ١٢. صالح مهدي محسن العامري، طاهر محسن منصور الغالبي، الإدارة والأعمال، دار وائل للنشر عمان، الأردن، ٢٠٠٧.
  ١٣. علاش أحمد، منصوري الزين، " التحالف كضرورة للمنظمات الاقتصادية في ظل العولمة"، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير جامعة سعد دحلب البليدة - الجزائر ٢٠٠٩م.
  ١٤. علي حسين علي الادارة الحديثة لمنظمات الأعمال .دار الحامد للنشر و التوزيع. ١٩٩٩.
  ١٥. فريد النجار " التحالفات الاستراتيجية" ايتلارك للنشر و التوزيع- القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٩٩
  - القانون المرقم (٨٤) لسنة ١٩٣١ المعدل، الارشيف العراقي للقوانين، المكتبة المركزية، جامعة بغداد، المجلد الاول.
  ١. قانون الشركات العامة العراقي رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، الوقائع العراقية بالعدد (٣٦٨٥) في ١٩٩٧/٩/١.
  ٢. التقويم المقدم من قبل وزارة الصناعة والمعادن في قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، المقدم في الحلقة النقاشية في بيت الحكمة للفترة من ١٦-١٨ / ٢٠٠١، ٢٠٠٢، مطابع بيت الحكمة.
  ٣. امر سلطة الائتلاف رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤.
  ٤. قانون فروع الشركات الاجنبية في العراق رقم ٢ لسنة ٢٠١٧
  ٥. دائرة تسجيل الشركات في العراق. <http://www.mot.gov.iq>
  ٦. دليل تسجيل الشركات في العراق، دائرة تسجيل الشركات،
  ٧. [www.mot.gov.iq/upload/upfile/ar/195Dalel\\_tasjel%20alshrekat.doc](http://www.mot.gov.iq/upload/upfile/ar/195Dalel_tasjel%20alshrekat.doc)
  ٨. <https://ar.wikipedia.org/wiki>
  ٩. جاري هاميل، مايكل بورتر، حلقة المعرفة، إصدار المؤسسة العربية للإعلام العلمي (شعاع)، القاهرة، ما هي ؟ هل هي ثورة جديدة، [www.edara.comm](http://www.edara.comm)
- Dominique jolly، Alliance Stratégie linking motives with benefits، EBF issue 9 spring 2002.



## النظام القانوني للحق في الإستئثار بإستغلال الإختراع ( دراسة مقارنة )

د. رباب حسين كشكول(\*)

الملخص : يساهم المخترع بجهده في تطوير المجال الصناعي، وإيجاد حلول لما يشهده هذا المجال من إشكالات عبر ما يبتكره من منتجات أو طرق صناعية جديدة تقدم خدمة للمجتمع. لذلك فقد عملت القوانين المعنية بالملكية الصناعية على تنظيم الإختراعات وذلك بمنح براءات إختراع لأصحابها وفق إجراءات معينة تتيح لمالكها التمتع بجملة من الحقوق سواء الأدبية أو المالية والتي أبرزها الحق في الإستئثار بإستغلال اختراعه، والذي يتيح له الإفادة مالياً من إختراعه بالصورة التي تتناسب مع طبيعته وبشكل منفرد على نحو يحول دون إنتفاع غيره من هذا الإختراع دون موافقته. ولهذا الحق نظام قانوني خاص يحدد ماهيته ويضع له أحكام خاصة نسعى لبيانها من خلال هذا البحث في ظل أحكام القانون العراقي والمقارن واتفاقية التريس.

### المقدمة

أن التوصل لإختراع ما لا يحصل عادةً بالصدفة إنما هو وليد جهود بذلها المخترع إستغرقت وقت ومصاريف بغية الوصول لفكرة إبداعية يمكن توظيفها لخدمة المجتمع. وإذا كان المخترع يساهم في خدمة المجتمع كان من الضروري حصوله على مقابل لجهده هذا وذلك بمنحه سلطة تمكنه من الإنتفاع باختراعه على نحو منفرد بما يحقق له الحصول على العائد المالي، وهذا ما تعمل على توفيره القوانين المعنية بالملكية الصناعية ومنها القانون العراقي - والمتمثل بقانون براءات الإختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل بأمر سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ (١)- فهي تقرر لمالك براءة الإختراع الحق في الإستئثار بإستغلال اختراعه.

(\*) كلية القانون، الجامعة المستنصرية.

وفي الوقت الذي يعد فيه هذا الحق من الحقوق الرئيسية والمهمة بالنسبة للمخترع وجدنا من المفيد معرفة النظام القانوني لهذا الحق من خلال هذا البحث والذي سنقسمه لمبحثين نخصص الأول منهما لبيان مفهوم الحق في الاستثثار باستغلال الاختراع ونخصص الثاني لدراسة أحكام هذا الحق.

### المبحث الأول : مفهوم الحق في الاستثثار باستغلال الاختراع

للحق في الاستثثار باستغلال الاختراع معنى خاص لا بد من تحديده من خلال تعريفه، كما أن وجود هذا الحق يقتضي توافر شروط قانونية خاصة ينبغي بيانها، فضلا عن ذلك فإنه يتسم بخصائص معينة تميزه عن غيره من الحقوق المقررة لمالك البراءة الاختراع مما ينبغي إيضاها وعليه سنتولى بيان كل من هذه المسائل في مطلب مستقل.

### المطلب الأول : تعريف الحق في الاستثثار باستغلال الاختراع

تخول براءة الاختراع مالكةا جملة من الحقوق، ويأتي في طليعة هذه الحقوق وأهمها حقه في الاستثثار باستغلال الاختراع موضوع البراءة. ومع إقرار جميع القوانين المعنية بالملكية الصناعية لمالك البراءة بهذا الحق غير أنها لم تورد تعريفا له، ولا يعد هذا نقصاً يؤخذ عليها بطبيعة الحال في ظل اعتبار إيراد التعاريف من ضمن مهام الفقه لا المشرع.

وأول ما يلاحظ بشأن هذا الحق هو طريقة إقراره تشريعيا لمالك البراءة، إذ نجد أن هذا يتم وفق إسلوين، أحدهما صريح يوجب تحويل مالك البراءة الحق في الاستغلال والآخر ضمني يسلب الغير سلطة استغلال الاختراع بما يفيد حصرها بمالك البراءة. فعلى صعيد القانون العراقي نجد أن قانون براءات الاختراع قبل تعديله قد عمد الى الإقرار لمالك البراءة بالحق في استغلال اختراعه صراحةً فقد ورد بالمادة (١٢) منه ( تخول البراءة مالك حق الاختراع دون غيره الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق القانونية ) مما يدل صراحةً تمتع مالك البراءة بحق إستغلال الاختراع وعلى نحو إستثنائي طالما أن هذا الحق مقرر قانونا له وحده ( دون غيره ).

وبعد تعديل هذا القانون بمقتضى الأمر رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ فقد تمت الإشارة لهذا الحق بطريقة سلبية وذلك عبر تحديد أوجه استغلال الاختراع التي يتمتع على الغير ممارستها

دون موافقة مالك البراءة على نحو يستفاد منه وبصورة ضمنية جعل هذا الإستغلال حقا محصورا بمالك البراءة. فقد عدلت المادة (١٢) منه لتقرأ ( تمنح براءة الإختراع مالكها الحقوق التالية أ- منع الغير إذا لم يحصل على موافقة مالك البراءة من صنع المنتج موضوع الإختراع أو إستغلاله.. ) وفي الوقت الذي يقرر فيه المشرع لمالك البراءة حق منع الغير من استغلال الإختراع فهذا يعني انه جعل هذا الاستغلال حقا مقصوراً عليه وحده على نحو يحول دون إمكان الغير إستغلال الإختراع بأية وسيلة دون موافقة مالك البراءة.

تجدر الإشارة الى أن واضعي التعديل اتبعوا النهج المقرر في إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية والمنعقدة في عام ١٩٩١ والمعروفة بإتفاقية الترس فيما يخص تنظيم هذا الحق، فقد أورد النص العراقي هذا الحق بصيغة مقارنة لما ورد بالمادة (٢٨) من الإتفاقية المذكورة بشأن تنظيم هذا الحق (٢).

ومع أن القوانين المعنية بالملكية الصناعية لم تضع تعريفاً لهذا الحق غير أنها ومن خلال تحديدها لأوجه إستغلال الإختراع تكون قد وضعت الأساس الذي يركز إليه الفقه لدى تعريف هذا الحق. فقد عرف استغلال الإختراع بأنه استخدامه في عالم الصناعة ويتمخص ذلك الإستغلال عن صنع الموضوع الذي تغطيه البراءة والانتفاع والاتجار به (٣) كما عرف الحق في إستغلال الإختراع بأنه الحق في الإفادة منه مالياً بالطرق والوسائل التي يراها صاحب البراءة صالحة لذلك كاستعمال الشيء موضوع الابتكار بصنعه أو طرحه للبيع أو بيعه أو إستيراده أو منح ترخيص للغير أو أي طريق آخر من طرق الإستغلال الممكنة ولا يقيد في ذلك سوى أن يكون استغلاله للإختراع مشروعاً (٤). وقريب من ذلك عرف الحق في إستغلال الإختراع بأنه الحق في الإنتفاع به مالياً بأية طريقة من طرق الإستفادة المشروعة (٥).

فاستغلال الإختراع بصفته حق لمالك البراءة كما يبدو من خلال ما تقدم ينصرف الى توظيف الإختراع بطريقة تتلائم مع طبيعته بما يحقق المنفعة المادية لمالك البراءة وهو ما يتطلب بالضرورة وضعه موضع التطبيق وبحسب المجال الصناعي الذي يدخل ضمن نطاقه كأن يقوم مالك البراءة بإنشاء مصنع لتصنيع المنتجات المبتكرة ويطرحها للتداول فيجني بذلك ربحاً. فلا شك أن قيامه بنشاط التصنيع والعرض للبيع والبيع إنما يعد إستغلالاً للمنتج موضوع البراءة. كذلك الأمر بالنسبة لمالك البراءة الممنوحة عن الطريقة الصناعية فاستخدام هذه

الطريقة في عملية تصنيع المنتجات إنما يعد استغلالاً للإختراع كون إستخدام هذه الطريقة هو تطبيق لها يعود بالفائدة على مصلحة مالك البراءة.

واستغلال الإختراع لا يقتضي بالضرورة قيام مالك البراءة بنفسه بتوظيف الإختراع محل البراءة وإنما قد يتحقق ذلك بواسطة غيره كأن يرخص مالك البراءة للغير تصنيع المنتج المبتكر مقابل عوض مالي يتفق عليه، إذ يعد هذا الإتفاق من قبيل استغلال الإختراع طالما ينجم عنه توظيف للإختراع لحصول مالك البراءة على العائد المالي.

وعليه فإن الحق في استغلال الإختراع هو عبارة عن حق مالي يقرره القانون لمالك براءة الإختراع يخوله القيام بما يلزم لتطبيق الإختراع صناعياً وبما يعود عليه بالنفع المادي. وبصفته حقاً إستثنائياً فإن مالك البراءة ينفرد في ممارسته وحده على نحو يحول دون مشاركة الغير له في إستغلال الإختراع دون موافقته وبما يتيح له طلب الحماية القضائية لمواجهة أي تعدٍ من قبل الغير على حقه هذا (٦).

ويجد الإقرار لمالك البراءة بالحق في استغلال الإختراع تبريره في إعتبارات العدالة ومقتضيات ضمان تحفيز الجهود للإستمرار في إستحداث اختراعات جديدة. فالتوصل لإختراع ما يتطلب بالضرورة جهد فكري ومصاريف توازي أو قد تزيد عن تلك المبذولة في النشاطات الإنسانية الأخرى لذا فمن العدالة أن يتم مكافأة تلك الجهود بتمكين صاحبها من قطف ثمارها، ولذلك يُشبه المخترع بالفلاح الذي يزرع ويحصد فهو أيضاً يجني ثمار إبداعاته الفكرية عبر ممارسة حقه في استغلال اختراعه (٧). وإذا كان إقرار هذا الحق يحقق المصلحة الشخصية لمالك البراءة فإنه من جانب آخر يدعم مصلحة المجتمع وذلك من خلال استفادته من مزايا ما يستجد من اختراعات، إذ أن وجود نظام قانوني يقرر حقاً احتكارياً للمخترع على اختراعه يعطي للغير الحافز على الإختراع والبحث ومن ثم التقدم العلمي والذي يلعب دوراً هاماً في مجال التخطيط الإقتصادي وبما يعود بالنفع على المجتمع كما يعبر عنه البعض (٨).

ويرتبط بتحديد المقصود بالحق في استغلال الإختراع تحديد الشخص الذي يستأثر به، وفي هذا الصدد نجد أن القوانين المعنية ببراءات الإختراع تقرر هذا الحق لمالك البراءة (٩) أي الشخص المثبت إسمه في براءة الإختراع. وقد أطلق عليه القانون العراقي تسمية مالك حق

الاختراع. إذ أن براءة الاختراع كما سيأتي هي شهادة إسمية تصدر باسم شخص معين وهذا الشخص عادة هو المخترع أي من توصل الى الاختراع (١٠) فهو صاحب المصلحة الاولى في تسجيل اختراعه وإستحصل براءة اختراع عنه لما يتيح له ذلك من الإستثمار بإستغلال اختراعه والاحتجاج بحقه هذا تجاه الكافة وحمايته عند الاعتداء عليه. على أن ذلك ليس بالأمر الضروري فقد يقدم طلب البراءة من شخص آخر آلت إليه حقوق الاختراع فتصدر البراءة باسمه لا باسم المخترع ويكون هو صاحب هذا الحق وليس المخترع (١١) كما لو حدث ذلك على أثر انتقال حق المخترع الى الورثة أو تنازل المخترع عن اختراعه لحساب الغير قبل المبادرة لتسجيله لدى الجهات المعنية، فعندئذ يصبح إيداع طلب البراءة حقاً لمن آل إليه الاختراع وتصدر البراءة باسمه (١٢)، ويكون هو صاحب هذا الحق.

ولا يشترط أن يكون الحق في استغلال الاختراع مملوكا لشخص واحد فقد يكون ملكا لأكثر من شخص كما لو صدرت البراءة باسم عدة أشخاص ساهموا بجهودهم في الوصول للإختراع فعندئذ يكون هذا الاختراع مملوكا لهم على وجه الشيع، وتصدر البراءة بأسمائهم جميعا ويكون الحق في إستغلال الاختراع مقررا لهم جميعا ويمكنهم ممارسته بالتساوي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك (١٣).

وإذا كان الحق في الإستثمار بإستغلال الاختراع مقرر قانوناً لمالك براءة الاختراع فإنه من المتصور أن ينتقل هذا الحق للغير مع احتفاظ المالك بملكية البراءة، كأن يتفق مالك البراءة على تمكين الغير من إستغلال الاختراع لمدة معينة سواء لوحده أو بمشاركته وبحسب نطاق عقد الترخيص المبرم بينهما.

**المطلب الثاني : الشروط القانونية اللازمة لوجود الحق في الإستثمار بإستغلال الاختراع**

إن وجود الحق في الإستثمار بإستغلال الاختراع يتطلب بالضرورة توافر شروط قانونية محددة تتمثل بالآتي :

أولاً - التوصل الى الاختراع : يعد التوصل لإختراع ما نقطة البداية في نشوء الحق بالاستغلال فالاختراع هو المحل الذي يمارس عليه مالك البراءة حقه في الإستغلال. والاختراع في اللغة عبارة عن مصدر مشتق من الفعل الخماسي اخترع، ويطلق للدلالة على الاشتقاق والإنشاء فيقال اخترع كذا أي أنشأه وأبتدعه (١٤) ولذا عرف بأنه كشف القناع عن شيء لم يكن معروفا بذاته أو بالوسيلة إليه(١٥) مما يعطي للإختراع معنى واسع ينصرف لكل جهد يبذل لإنشاء واشتقاق شيء ما في مختلف المجالات خلافا للإختراع الذي تعنى به القوانين المتعلقة بالملكية الصناعية فهو ينحصر بالإختراع المتصل بالمجال الصناعي حصراً.

هذا ما يستفاد مما أوردته تلك القوانين بشأن بيان المقصود بالإختراع. فمع أن إيراد التعاريف ليس من مهام المشرع نجد أن بعض القوانين (١٦) حددت المقصود بالإختراع انطلاقاً من أهميته ومنها قانون براءات الاختراع العراقي فقد ورد بالمادة الأولى منه أن الإختراع هو ( أي فكرة إبداعية يتوصل إليها المخترع في أي من المجالات التقنية وتعلق بمنتج أو طريقة صنع تؤدي عملياً الى حل مشكلة معينة في أي من المجالات ). ويلاحظ تركيز التعريف على الجانب الإبداعي للفكرة الموصوفة بالإختراع بأن تكون على قدر من الأهمية، وأن يتحدد نطاقها في المجال التقني ( الصناعي) دون غيره.

وعلى الصعيد الفقهي عرف الإختراع بأنه فكرة جديدة تسمح عند التطبيق بحل مشكلة محددة في مجال التكنولوجيا (١٧) كما عرف بأنه فكرة ابتكارية جديدة لم تكن موجودة من قبل يمكن أن تستخدم في الصناعة على نحو يضيف جديداً الى الفن الصناعي (١٨). ومن الواضح مدى تركيز التعاريف المتقدمة على الجانب الإبداعي للعقل ودوره في استحداث ما هو جديد ويحقق نتيجة ايجابية في المجال الصناعي سواء تجسدت هذه الفكرة بصورة منتج أو طريقة صناعية.

وعليه فإن الإختراع يتمثل بفكرة يتوصل إليها صاحبها وهو المخترع وحتى تكون هذه الفكرة اختراعاً تمنح عنه براءة لابد أن تتوافر فيها مواصفات قانونية (١٩)، تتمثل بضرورة أن تكون مبتكرة بأن تصل الفكرة الى مستوى متقدم من الإبداع تتجاوز الوضع الحالي للصناعة و يعبر عنها قانوناً ( تساهم في خطوة مبتكرة ) كما ينبغي أن تكون هذه الفكرة جديدة ومعنى الجدة لا ينصرف فقط لحدثة الفكرة في موضوعها وإنما يراد بها أيضاً معنى بينه القانون وهو

ضرورة كون الفكرة لم يسبق منح براءة اختراع عنها أو تقديم طلب بشأنها لإستحصال البراءة كما أن إتصاف الفكرة بالجدة يتطلب قانوناً عدم الإعلان عنها أو استعمالها مسبقاً (٢٠)، وفضلاً عن ذلك فإن الفكرة المبتكرة والجديدة لا بد أن تكون قابلة للتطبيق الصناعي بأن يترتب على إستغلالها تحقيق نتيجة في مجال الصناعة سواء تجسدت هذه النتيجة بصورة منتج أو طريقة صناعية (٢١). فإذا توافرت في الفكرة هذه المواصفات فعندئذ يوجد الإختراع.

ثانياً- الحصول على براءة اختراع.

ان مجرد التوصل للإختراع بالمعنى القانوني المتقدم لا يمنح صاحبه حقاً إستثنائياً بإستغلاله وإنما لا بد أن يعقب ذلك حصوله على براءة اختراع عنه. وذلك في ظل التأكيد قانوناً على اقتصار هذا الحق الإستثنائي لمالك البراءة (٢٢)، مما يتطلب بالضرورة الحصول على براءة اختراع للتمتع بهذا الحق.

وبإمكان المخترع تقديم طلب للجهة المختصة لتسجيل اختراعه في السجلات المختصة واستحصال براءة اختراع عنه. ولا بد أن يشتمل الطلب على ما أوجبه القانون من بيانات وهي تتعلق عموماً بالتعريف بالإختراع وإيضاحه بصورة تفصيلية على نحو يتيح إمكانية تنفيذه بواسطة الخبراء المختصين (٢٣)، ويشير القانون العراقي إلى أن الجهة المختصة - والمتمثلة بمسجل براءة الاختراع والنماذج الصناعية (الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية) - تتولى فحص الطلب للتأكد من تقديمه وفق الآلية المحددة بالقانون، وكذلك لتبين مدى إشماله على البيانات المطلوبة لتصدر قرارها بمنح البراءة من عدمه أو بتعديل الطلب دون أن تقوم بفحص الإختراع ذاته من الناحية الموضوعية (٢٤).

وفي حال موافقة الجهة المختصة على الطلب فعندئذ تقوم بمنح طالب التسجيل شهادة براءة اختراع وهي بحسب القانون العراقي ( المادة ٨ / ١ : الشهادة الدالة على تسجيل الإختراع) (٢٥) ويلاحظ على التعريف اقتصاره على بيان دور الشهادة في تسجيل الإختراع، ومع عدم إشارة التعريف لدور لبراءة في تقرير حقوق مالك البراءة وإحاطتها بالحماية القانونية غير أن القانون أورد في نصوص أخرى ما يفيد ذلك (٢٦). على نحو تكون معه البراءة فضلاً

عن كونها دليل لتسجيل الاختراع سنداً منشئاً لحق صاحب البراءة بالإستثمار باستغلال اختراعه.

فيما حرصت قوانين أخرى على بيان دور البراءة في إحاطة الاختراع بالحماية القانونية ومنها قانون براءة الاختراع القطري والذي عرفها بالمادة (الاولى) منه بأنها) الشهادة التي يمنحها المكتب لصاحب الاختراع لكي يحوز إختراعه الحماية القانونية..).ومن جانبه فقد ركزت التعاريف التي ساقها الفقه لبراءة الاختراع على دورها في تقرير الحقوق لمالك البراءة وما تتمتع به من حماية قانونية. ومنها تعريفها بأنها الشهادة التي تمنحها الدولة للمخترع ويكون له بمقتضاها حق احتكار واستغلال اختراعه مالياً لمدة محددة وبأوضاع معينة (٢٧).

وأياً كان الأمر فإن حصول الاختراع على البراءة يربط لمالك البراءة جملة من الحقوق وأهمها حقه في الإستثمار باستغلال الاختراع موضوع البراءة على نحو يمكنه من الكشف عن الأسرار الفنية للاختراع واستخدامها بصورة علنية للإفادة مما يحققه توظيفها في المجال الصناعي من كسب مالي والإحتجاج بحقه هذا تجاه الكافة.

### المطلب الثالث: خصائص الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع

يتصف الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع بخصائص معينة تحدد ماهيته وتميزه عن غيره من الحقوق، تتمثل بالآتي :

#### أولاً : الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع حق مالي

يترتب على ممارسة مالك البراءة لحقه في إستغلال الاختراع تحقيق مصلحته المادية عبر ما يجنيه من كسب مادي ولذا فهو يعد حقاً مالياً. إذ أن حقوق مالك البراءة تدخل ضمن عداد الأموال المعنوية باعتبارها ترد على شيء غير مادي يتمثل بالفكرة المبتكرة من قبل المخترع (٢٨) وهي بهذا المفهوم تخول صاحبها نوعين من الحقوق كسائر الأموال المعنوية، حق أدبي ( معنوي) يجسد المصلحة الأدبية للمخترع، والتي تقتضي تمكنه من حماية شخصيته التي تجلت في نتاج فكره والمتمثل بالاختراع الذي توصل إليه. وبمقتضى هذا الحق يمارس المخترع سلطات معينة تحقق أهداف ذات طابع شخصي كحقه في نسبة اختراعه إليه بذكر أسمه في براءة الاختراع.

أما الحق الآخر فهو حق مالي يجسد المصلحة المالية للمخترع لما يترتب على ممارسته من تحقيق كسب مادي لصاحب هذا الحق. وإذا نظرنا الى الحق في الإستثمار باستغلال الإختراع نجد أنه يمثل عماد الحق المالي الذي يتمتع به مالك البراءة. فهو كما وجدنا يتيح لصاحبه إستغلال الإختراع بطريقة تتلائم مع طبيعته للحصول على منافع مالية. فالغرض المباشر من استغلال الاختراع هو كسب المال أيًا كانت الصورة التي تم بمقتضاها هذا الإستغلال، وبمقتضاه يستطيع مالك البراءة - والذي عادة يكون هو المخترع - توظيف ما لديه من معلومات لتصنيع المنتج المبتكر أو تطبيق ما ابتكره من طريقة الصناعية ومن ثم استخدامه أو بيعه وغيرها من صور الإستغلال والتي تمكنه بالنتيجة من الحصول على المال. ويترتب على اعتبار الحق في استغلال الإختراع حقًا ماليًا اتصافه بما تتصف به الحقوق المالية عموماً من مواصفات أبرزها إمكانية التصرف بها. إذ يستطيع مالك البراءة التصرف بحقه في إستغلال الإختراع كأن يتفق مع شخص آخر على استغلال اختراعه بواسطة تصنيع المنتج المبتكر أو عرضه للبيع.

كما أن الحق في استغلال الإختراع وبصفته حقاً مالياً فهو قابل للانتقال بالميراث بعد وفاة صاحب الحق على نحو يتيح لمورثه الإستمرار في استغلال الإختراع والتمتع بالمنافع المادية المترتبة على ذلك (٢٩).

#### ثانياً : الحق في الإستثمار بإستغلال الإختراع حق مؤقت

إذا كان الحق في استغلال الإختراع يتيح لمالك البراءة التفرد في كسب المال الناتج عن استثمار الاختراع فإن هذا التفرد لا يدوم بأية حال في ظل وجود نطاق زمني محدد قانوناً لحماية براءة الإختراع والتي يمارس حقه في الإستغلال بموجبها. فمن المستقر عليه في القوانين المعنية ببراءات الإختراع وضع نطاق زمني لنفاذ البراءة يتمتع خلاله مالك البراءة بمركز قانوني خاص يوفر له الإستثمار بالحق في استغلال الإختراع على نحو يوجب على الغير احترام حقه هذا ويتيح له بالوقت نفسه طلب الحماية القضائية لمواجهة أي اعتداء، وما أن تنقضي المدة المقررة حتى ينقضي معها ذلك المركز القانوني ويزول معه هذا الحق.

وتحدد القوانين المعنية النطاق الزمني لنفاذ براءة الاختراع بمدة عشرين سنة من اعتباراً من تاريخ إيداع طلب تسجيل البراءة (٣٠). إنسجماً مع الحد الأدنى لمدة الحماية القانونية لبراءة الاختراع والمقرر بالمادة (٣٣) من اتفاقية التريبس.

ويبرر الفقه (٣١) تأقيت مدة البراءة ومن ثم تأقيت الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع بغايات اجتماعية هدفها تحقيق مصلحة المجتمع في الاستفادة من الاختراعات وتشجيع المعنيين للكشف عن اختراعات جديدة من خلال الاستفادة من جهود من سبقهم، على نحو يضمن بطبيعة الحال تقدم وتطور المستوى الصناعي للمجتمع وهذا أمر لا يمكن تحقيقه فيما لو كان الحق في استغلال الاختراع قاصراً على شخص واحد وبشكل دائم.

ولم يورد المشرع العراقي أحكام خاصة بشأن أحقية مالك البراءة بطلب تمديد نفاذ البراءة بعد إنقضاء المدة المحددة ويبدو أنه قدّر أن مدة العشرون سنة من الإستثمار باستغلال الاختراع وما يحققه ذلك من مردود مالي كافياً لتعويض مالك البراءة عما بذله من جهد ونفقات في سبيل التوصل للاختراع موضوع البراءة ليصبح بعدها من حق المجتمع الاستفادة منه على النحو الذي يسهم في دعم المصلحة العامة. وهو ذات التوجه السائد حالياً في القوانين المقارنة إذ أنها لم تجز لمالك البراءة طلب التمديد ولم تورد أحكاماً خاصاً بهذا الشأن حتى التشريعات التي كانت تجيز التمديد فقد عدلت عن موقفها وجعلت من مدة انقضاء العشرون سنة أجلاً لإنقضاء البراءة وزوال حق الإستثمار باستغلال الاختراع المقرر بموجبها (٣٢).

ومن الجدير بالذكر أن توقيت مدة نفاذ البراءة وإن كان يفضي بالنتيجة لجعل الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع حقاً مؤقتاً على نحو يزول بانقضائها بإعتباره حقاً مالياً غير أن هذا لا يؤثر على الحق الأدبي الناتج عن الاختراع والمتمثل بحق المخترع في نسبة اختراعه إليه. إذ أنه يعد من الحقوق الشخصية المتصلة بشخص المخترع وهو حق دائم كونه يتعلق بالفكرة الإبداعية التي تنسب لصاحبها وهذه الفكرة لا تنقضي ولا تموت كما يعبر البعض عنها (٣٣) حتى وإن انقضت المدة القانونية لنفاذ البراءة.

ثالثاً: الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع حق مقيد بضرورة ممارسته.

من المعلوم أن الحق هو سلطة يقرها القانون للشخص وهو بهذا الوصف يتيح لصاحبه إمكانية ممارسته إن وجد ذلك ضروريا لتحقيق مصلحته. ولكن توجد حقوق يترتب على ممارستها تحقيق أهداف تتعدى المصلحة الشخصية لصاحبها ومنها الحق في الإستثمار بإستغلال الإختراع فهو يتعلق بمبتكرات تسهم في دعم التطور الصناعي وهذا أمر لا يخص صاحب الحق وحسب وإنما ترتبط به المصلحة العامة لما له من تأثير في دفع المستوى الاقتصادي نحو الأمام. ولذلك فإن عدم ممارسة هذا الحق يؤدي الى حرمان المجتمع من هذا الإختراع (٣٤) لذا نجد أن القوانين المعنية ومع إقرارها لمالك البراءة بالحق في الإستثمار بإستغلال الإختراع قيدت سلطة صاحبه في إمكانية ممارسته من خلال وضع قواعد تضمن تواصل الإستغلال الفعلي للإختراع وعلى نحو كافٍ. وإلزام مالك البراءة بالإستغلال يضيف على الحق الذي تخوله ذاتية خاصة تميزه عن الحقوق المالية الأخرى التي تنصب على أشياء مادية(٣٥)، على أن هذا لا يقتضي بالضرورة قيام مالك البراءة بنفسه بهذا الإستغلال وإنما يكفي أن يتم الإستغلال بواسطة الغير.

وتتضمن القواعد القانونية المقيدة لحق مالك البراءة في إستغلال الإختراع بعض الجزاءات التي تفرض عليه حال عدم ممارسة هذا الحق قد تصل في خطورتها الى حد إسقاط براءة الإختراع كليا أو تقف عند حد إجبار مالك البراءة على الترخيص للغير بإستغلال الإختراع بدلاً من ترك الإختراع معطلا دون استثمار لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة لما يحققه هذا الإستغلال من دور في التنمية الصناعية.

فقد كان التقصير في ممارسة الحق في إستغلال الإختراع يعد سببا كافيا لسقوط البراءة وفق المادة الخامسة من إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المنعقد بسنة ١٨٨٣ وقد أدخلت تعديلات متلاحقة على هذه المادة لتدعيم مصلحة مالك البراءة بالتخفيف من حدة جزاء السقوط أبرزها تعديل مؤتمر لاهاي لسنة ١٩٢٥ وبمقتضاه منح مالك البراءة مهلة أمدها ثلاث سنوات من تاريخ حصوله على البراءة يتعين عليه إستغلال الإختراع، كما أدخل نظام الترخيص الجبري الى جانب السقوط كجزاء لعدم إستغلال مالك البراءة للإختراع. وفي تطور لاحق عدلت هذه المادة في مؤتمر لندن لسنة ١٩٣٤ إذ أوجب عدم إسقاط البراءة إلا إذا كان منح الترخيص الجبري لا يكفي لتدارك تعسف مالك البراءة في ممارسة حقه الإحتكاري، كما حظر

رفع دعوى للمطالبة بإسقاط البراءة إلا بعد سنتين من منح الترخيص (٣٦). أما اتفاقية التريس فقد اكتفت بالتريخيص الجبري جزاء لتقصير مالك البراءة في ممارسة حقه باستغلال الاختراع ضمن شروط وإجراءات بينها المادة (٣١) منها. وهذا هو الجزاء المعتمد حالياً في القوانين المعنية ببراءات الاختراع ومنها القانون العراقي لضمان استمرار استثمار الاختراع خلال فترة نفاذ البراءة (٣٧). ومما لاشك فيه أن وجود جزاء يفرض على مالك البراءة حال تقصيره في ممارسة حقه الاستثنائي باستغلال الاختراع يضيف لهذا الحق خاصية أخرى كونه مقيد بضرورة استعماله الى جانب كونه حق مالي وحق مؤقت.

### المبحث الثاني: أحكام الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع

يخضع الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع لأحكام خاصة تحدد نطاقه مما ينبغي إيضاها لمعرفة حدود السلطات التي يباشرها بمقتضى هذا الحق، كما أن حقه هذا يحظى بالحماية القانونية على نحو يمنع تعدي الغير على حقه لذا لا بد من تناول هذه الحماية، وفي الوقت الذي يكون فيه الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع معرضاً للإنقضاء لذا لا بد من بيان أسباب إنقضائه. وعليه سنخصص مطلب مستقل لبيان كل واحدة من هذه المسائل.

### المطلب الأول : نطاق الحق في الإستثمار باستغلال الاختراع

ينبغي لتحديد نطاق حق مالك البراءة في الإستثمار باستغلال الاختراع توضيح الصور التي يمكنه بواسطتها الإستغلال الفعلي للاختراع وبيان القيود المحددة لحقه هذا، وهو ما سنبينه تباعاً.

### الفرع الأول : صور استغلال الاختراع

أن قانون براءات الاختراع العراقي لم يكن يضع للحق في الإستغلال صور محددة بل كان يورد نصاً عاماً يمنع بمقتضاه الغير من استغلال الاختراع بجميع الطرق القانونية (٣٨) مما يعني بطبيعة الحال تفرد مالك البراءة باستغلال الاختراع وبجميع الطرق القانونية. وتعديل القانون بموجب الأمر رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ سلك واضعوا التعديل نهج إتفاقية التريس بشأن وضع صور محددة لإستغلال المنتج الصناعي وصور أخرى لاستغلال الطريقة الصناعية، نبينها تباعاً :

### أولاً : صور إستغلال المُنتَج الصناعي

ينبغي ابتداءً تحديد المقصود بالمنتج باعتباره موضوع الاختراع الذي يمارس عليه مالك البراءة حقه في الإستغلال. وفي هذا الشأن نجد أن اختراع منتج جديد يفيد قيام المخترع بخلق شيء مادي جديد لم يكن موجوداً من قبل له خصائص تميزه عن غيره من الأشياء المماثلة (٣٩)، مما يعني أن مخترع المنتج يضيف باختراعه هذا سلعة جديدة الى السلع الموجودة لتأدية وظيفة ما في المجال الصناعي، كما هو الحال بالنسبة لإختراع جهاز التلفاز والكمبيوتر والهاتف.

وفي ضوء المفهوم المتقدم فإن منح براءة اختراع عن مُنتج صناعي يتيح لمالك البراءة الإستثمار بإستغلاله وفق صور بينها إتفاقية الترس بالمادة (٢٨) منها والتي جاء فيها ( ١ - تعطي براءة الاختراع لصاحبها الحقوق الآتية أ- حين يكون موضوع البراءة منتجاً مادياً حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من هذه الأفعال صنع أو إستخدام أو عرض للبيع أو استيراد ذلك المنتج لهذه الأغراض ) (٤٠). وفي الإطار ذاته أورد قانون براءات الاختراع العراقي بالمادة (١٢) منه (تمنح براءة الاختراع لمالكها الحقوق التالية أ- منع الغير إذا لم يحصل على موافقة مالك البراءة من صنع المنتج موضوع الاختراع أو إستغلاله أو إستخدامه أو عرضه للبيع أو بيعه أو إستيراده إذا كان موضوع البراءة منتجاً ) مما يشير وبوضوح لمدى تأثير القانون العراقي بإتفاقية الترس بهذا الصدد. وعليه فإن مالك البراءة يستأثر بإستغلال المنتج وفق الصور الآتية :-

١- تصنيع المنتج : فقد أقر القانون لمالك البراءة الإستثمار بتصنيع المُنتج المنبثق عن الاختراع دون غيره مما يتطلب بالضرورة تهيئة ما يلزم من إمكانيات مادية وفنية لإستغلال الاختراع بهذه الصورة، وبما أن تصنيع المنتج حق إستثماري لمالك البراءة لذا فإن إلمام الغير بكيفية تصنيع المنتج وإتلاكه للإمكانيات المطلوبة لا يجديه نفعاً ولا يعطيه الحق في تصنيعه دون موافقة مالك البراءة.

وينبغي الإشارة الى أن إستثمار مالك البراءة بهذا الحق وإن كان يحول دون قيام الغير بتصنيع المُنتج موضوع البراءة غير أنه لا يمنع الغير من تصنيع منتج آخر له ذاتية متميزة يحقق نفس الغرض الذي يؤديه المُنتج موضوع البراءة بإعتبار أن لكل منهما ذاتيته الخاصة وإن كانا مشتركين في تحقيق نتيجة صناعية واحدة (٤١).

٢- استخدام المُنتَج : يشير استخدام المنتج لإستعماله بالطريقة المعدة له لتحقيق الغرض المنشود من تصنيعه، ويأتي هذا الاستخدام في مرحلة لاحقة للتصنيع، فالمنتجات إنما تُصنع لغرض إستخدامها، فتوظيفها في المجال المعد لها إنما يعد إستغلالاً لها بواسطة إستخدامها، وقد جعل القانون إستغلالها بهذه الصورة حقاً محصورة لمالك البراءة وذلك بالتأكيد على منع الغير من ممارسته دون موافقة المالك. وترتبط على ذلك يتعذر على الغير وتحت طائلة المسؤولية استخدام المنتج سواء لأغراضه الشخصية أو لشؤون تجارته ما لم يتم ذلك الإستخدام وفق الطريق المرسوم قانوناً أي بموافقة مالك البراءة.

٣- بيع المُنتَج : من الصور التي يمكن بواسطتها لمالك البراءة إستغلال اختراعه مبادلة ما يقوم بتصنيعه من منتجات بعوض نقدي للغير بمقتضى عقد بيع يرم بينهما يحدد مقدار التزامات كل منهما، وفي الوقت الذي يقوم فيه مالك البراءة بتصنيع كمية كبيرة من المنتجات بقصد المتاجرة بها فهو يكون بحاجة للتعاقد على بيعها، وإستغلال المُنتَج وفق هذه الصورة يمكن لمالك البراءة تحقيق الربح عبر ما يحصل عليه من نقود ثمناً للمُنتَجات المبعة. ولما كان مالك البراءة يستأثر بالحق في الإستغلال فإنه لا يمكن للغير إستغلال الإختراع ببيع المُنتَج دون موافقته.

٤- عرض المُنتَج للبيع : لم تقف إتفاقية التريس وكذلك القوانين التي حذت حذوها على حد الإقرار لمالك البراءة بالإستثمار ببيع المُنتَج موضوع البراءة. بل تجاوزت ذلك لحد عرض هذا المُنتَج للبيع وذلك بعرضه على الجمهور ودعوتهم للتعاقد على شرائه بأية وسيلة من وسائل الإعلان، فقد جعلت ذلك حقاً مقصورياً على مالك البراءة ومنعت الغير من ممارسته دون موافقة مالك البراءة.

٥- استيراد المُنتَج : وبمقتضى هذه الصورة يمكن لمالك البراءة إستيراد منتجاته المعروضة في الأسواق الأجنبية- أي خارج حدود الدولة المانحة للبراءة - لطرحها للتداول في السوق المحلية. إذ يعتبر هذا الإستيراد صورة من صور إستغلال الإختراع(٤٢) فمن المتصور أن يقوم مالك البراءة ببيع منتجاته خارج حدود الدولة المانحة للبراءة مما يتيح للغير فرصة إستيرادها وبيعها في السوق المحلية دون المرور بمالك البراءة. ولتلافي ما ينشأ عن ذلك من أضرار بمالك البراءة فقد جعل المشرع إستيراد المُنتَج حقاً محصوراً به.

ويلاحظ أن إستثمار مالك البراءة بإستغلال المنتج بصورة العرض للبيع واستيراده لم يكن مألوفاً في قوانين الدول المتقدمة قبل إقرار اتفاقية التريس، مما يشير لتوجه الإتفاقية نحو توسيع نطاق الحق الإستثماري لمالك البراءة الأمر الذي اضطرها لتعديل قوانينها لتشمل هذه الصور (٤٣). وعليه فإن كل من ( التصنيع، الاستخدام، البيع، العرض للبيع، الإستيراد ) تمثل الصور التي يمكن لمالك البراءة ممارستها بمقتضى حقه في الإستثمار بالمنتج الصناعي موضوع البراءة وفقاً لأحكام إتفاقية التريس والتي سارت على هديها العديد من القوانين ومنها القانون العراقي وذلك بالمادة (١٢) منه. وقد أضافت تلك المادة لهذه الصورة صورة أخرى وهي ( الإستغلال ) وهو ما نرى عدم ضرورة الحاجة إليه بإعتبار أن إستغلال الإختراع كما وجدنا ينصرف للإفادة منه ماليا بطريقة تتلائم وطبيعته، ولا شك أن قيام مالك البراءة بأي من الصورة المتقدمة (التصنيع، الاستخدام، البيع، العرض للبيع، الإستيراد ) إنما يعتبر إستغلالاً للإختراع بحد ذاته مما ينفي الحاجة لذكر الإستغلال مع سياق صور إستغلال المنتج.

#### ثانياً : صور إستغلال الطريقة الصناعية

عندما يكون الإختراع طريقة صناعية فإننا لا نكون بصدد سلعة غير معروفة سابقاً بل أمام أسلوب جديد وطريقة الغرض منها تطوير منتج معروف، سواء أنصب هذا التطوير على قدرته الإنتاجية أو أسلوب أدائه. ولا شك أن اختراع الطريقة الصناعية بهذا المفهوم يساهم في تطوير الصناعة بمجالاتها المختلفة لذا تقرر الإتفاقات الدولية والقوانين الوطنية لمالك البراءة الممنوحة عن الطريقة الصناعية بالحق في إستغلاله وفق صور تتيح له تحقيق الكسب المالي. وفي هذا الشأن أوردت إتفاقية التريس بالمادة (٢٨) منها (١) - تعطي براءة الإختراع لصاحبها الحقوق الآتية.. ب- حين يكون موضوع البراءة عملية صناعية حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من الإستخدام الفعلي لهذه الطريقة ومن هذه الأفعال إستخدام أو عرض للبيع أو بيع أو استيراد على الأقل المنتج الذي يتم الحصول عليه مباشرة بهذه الطريقة لهذه الأغراض ) ومما يلاحظ على النص أنه أقر لمالك البراءة بحق إستغلال يتيح له التفرد لا في إستخدام الطريقة الصناعية المبتكرة وحسب بل و إستغلال المنتج المصنوع بواسطتها أيضاً، مما يستدعي إيضاحه وفق الآتي : -

١- إستخدام الطريقة الصناعية : في ظل الإقرار لمالك البراءة بحقه في منع الغير من الإستخدام الفعلي للطريقة الصناعية موضوع البراءة فهذا يعني إن هذا الإستخدام حق محصور بمالك البراءة ولا يمكن للغير تطبيقها في المجال الصناعي للإفادة من نتائجها دون ترخيصه. ولاشك أن هذا الإستثمار يعود بالنفع على مصلحة مالك البراءة عبر ما يحققه من كسب بواسطة تصنيع المنتج بإستخدام هذه الطريقة. على أن إستخدام الطريقة الصناعية يتطلب الى جانب تطبيق المعلومات الممثلة لها توفير إمكانيات مادية من أجهزة ومعدات وصولا لتنفيذ الطريقة المبتكرة وتحقيق نتائجها.

٢- إستغلال المُنتَج المُصنَّع بواسطة الطريقة الصناعية : نجد أن إتفاقية الترس وسعت نطاق حق إستغلال الطريقة الصناعية بمنح مالك البراءة إمكانية التفرد في إستخدام الطريقة وكذلك التفرد في إستغلال المنتج الذي يتم تصنيعه بواسطتها. فالطريقة الصناعية كما هو معلوم إنما تبتكر لغرض توظيفها في تصنيع منتج معين، وبمقتضى الحق في الإستغلال فإن مالك البراءة ينفرد في إستغلال هذا المنتج لا لحصوله على براءة اختراع عنه وإنما تبعا لإملاكه براءة اختراع عن الطريقة المستخدمة في تصنيعه. ويتم إستغلاله لهذا المنتج بصور عدة بينها الإتفاقية تتمثل بإستخدامه وعرضه للبيع و بيعه و إستيراده، مما يعني عدم إمكان إستفادة الغير من المنتج المصنوع بهذه الطريقة بأي من صور الإستغلال المذكورة دون موافقة مالك البراءة مما يضمن حصوله على أكبر قدر ممكن من العائد المالي.

وينتقد جانب من الفقه هذا التوسع في الحقوق المخولة لمالك براءة الطريقة الصناعية باعتبارها تشمل الطريقة الصناعية والمُنتَج المصنوع بواسطتها لما يؤدي إليه ذلك من كثرة وقوع المنازعات القضائية ويهدد صناعة الدواء في الدول النامية (٤٤).

وعلى صعيد قانون براءات الاختراع العراقي فقد بينت المادة (١٢/ب) الصور التي يمكن بمقتضاها لمالك البراءة إستغلال الطريقة الصناعية بنصها على أنه (منع الغير إذا لم يحصل على موافقة مالك البراءة من صنع المنتج موضوع الإختراع أو إستغلاله أو إستخدامه أو عرضه للبيع أو بيعه أو إستيراده إذا كان موضوع البراءة طريقة صنع ) ويؤخذ على النص إستخدامه عبارة غير دقيقة (منع الغير.. من صنع المنتج موضوع الإختراع) في حين أن موضوع الإختراع والذي على أساسه منحت البراءة يتجسد بطريقة صناعية وليس منتج، ونعتقد أن القصد

منصرف الى منع الغير من إستخدام الطريقة ذاتها في صناعة المنتج، فليس من المنطقي أن يقرر القانون لمالك البراءة الممنوحة عن الطريقة الصناعية حقاً بإستغلال المنتج المصنوع بواسطة الطريقة الصناعية ولا يعطيه الحق بالإستثمار بأستخدامها من باب أولى، سيما وان توجه واضعي التعديل يميل نحو توسيع نطاق حق مالك البراءة تماشياً مع ما أوردته إتفاقية التريس بهذا الخصوص، فضلاً عن ذلك فإن من المعروف أن التوصل لإختراع طريقة صناعية جديدة تستخدم في تصنيع منتج ما لا يعني بطبيعة الحال لزوم توقف العلم والإبداع على هذه الطريقة، إذ أن منح براءة اختراع عنها وإن كان يحول دون إستخدامها في صناعة هذا المنتج غير أنه لا يحول دون منح براءة اختراع لطريقة جديدة أخرى تستخدم لصناعة ذات المنتج، بغية تشجيع الصناعة بإستحداث أفضل الوسائل في تحقيق النتائج الصناعية (٤٥) لذا فإن عبارة (منع الغير.. من صنع المنتج موضوع الإختراع) الواردة بالنص غير دقيقة كون ذلك لا يعد ممنوعاً على الغير إذا كان بواسطة طريقة صناعية أخرى لذا لا بد من تحديد نطاق المنع وقصره على حالة إستخدام ذات الطريقة دون موافقة مالك البراءة.

وعليه فإن النص بحاجة لتعديل يوضح إستثمار مالك البراءة بإستخدام الطريقة الصناعية، وفيما عدا ذلك نجد أن النص المذكور يقر لمالك البراءة إستغلال المنتج المصنوع بواسطة الطريقة الصناعية على نحو يحول دون إفادة الغير منه بواسطة إستخدامه أو عرضه للبيع أو بيعه أو إستيراده، ومرة أخرى نجد أن النص يستخدم عبارة ( وإستغلاله ) وهو ما لا نرى ضرورة لذكره باعتبار أن الإستغلال بحد ذاته هو حق إستثماري لمالك البراءة يضم صور متعددة تجسد مظاهر سلطات صاحبه للإفادة منه وليس صورة من تلك الصور.

ما تقدم يمثل صور إستغلال الإختراع التي أقرتها إتفاقية التريس ( والقوانين التي سارت على نهجها ومنها القانون العراقي) لمالك البراءة بمقتضى حقه في الإستثمار بإستغلال الإختراع، وبالرغم من تأكيد الإتفاقية على تنظيم أبرز وأهم صور الإستغلال ومحاولتها للتوسع في نطاق هذا الحق لضمان إستفادة مالك البراءة من الإختراع بأكبر قدر ممكن غير أنها لم تحدد ما إذا كانت تلك الصور مقررة على سبيل الحصر أم المثل (٤٦). وأياً كان الأمر فإن ضمان إستثمار مالك البراءة بإستغلال الإختراع وفق تلك الصور المقررة لا يعني أن حقه مطلقاً وذلك في ضل فرض قيود قانونية معينة تحد منه سببها بالفرع الآتي.

الفرع الثاني : القيود المحددة لحق مالك البراءة في الإستثمار بإستغلال الإختراع إنطلاقاً من إتصال الإختراعات بالمصلحة العامة الى جانب المصلحة الخاصة لمالك البراءة فقد قُرضت على الحق بإستغلال الإختراع بعض القيود التي تحجم من نطاق السلطات التي يستأثر بها مالك البراءة لدواعي تتعلق برعاية المصلحة العامة وإعتبارات العدالة. ومع أن تقييد الحق بالإستغلال يعد أمر مسلم به على صعيد القوانين الوطنية والإتفاقات الدولية المعنية (٤٧) غير أن هذه القيود ليست واحدة في جميع تلك القواعد على نحو يتعذر الإلمام بها جميعاً في هذا المقام، لذلك سنورد أهم القيود المتعارف عليها والمتمثلة بالآتي :-

١- الترخيص الجبري : وبموجب هذا القيد تتيح الجهة الإدارية المختصة للغير (والذي يسمى بالمرخص إليه) حق إستغلال الإختراع دون موافقة مالك البراءة مقابل عوض نقدي يلتزم المرخص إليه بدفعه لمالك البراءة. وقد يتم هذا الترخيص لحساب الدولة ذاتها.

فقد تستدعي المصلحة العامة لأسباب تتعلق بضرورات الأمن القومي أو الصحة العامة أو الطوارئ وغيرها ضرورة استخدام الإختراع -من قبلها أو بواسطة من ترخص له بذلك - وعندئذ تلجأ الدولة لإستغلال الإختراع عبر ما تقوم به من عمليات تصنيع أو إستخدام وغيرها من صور إستغلال الإختراع، ويتم هذا الإستغلال دون موافقة مالك البراءة بل تنفيذاً لقرار تتخذه السلطة العامة (والمتمثلة بمسجل البراءات وفقاً للقانون العراقي ) ولمدة محددة مقابل تعويض يُدفع لمالك البراءة.

ومن جانب آخر فإن قرار السلطة العامة بالترخيص للغير بإستغلال الإختراع قد يتخذ على سبيل الجزاء في حال إساءة مالك البراءة في إستخدام حقه بالإستغلال سواء بسبب تقصيره في إستغلال الإختراع على نحو كافٍ لإفادة المجتمع منه أو بسبب إستغلاله بما يحول دون تنافس الآخرين معه بصورة مشروعة، في الحالتين تجد السلطة العامة في قرار الترخيص الجبري وسيلة لتأمين توفير الإختراع بالسوق المحلية بما يحقق مصلحة الجمهور وذلك بعد تقديم طلب الترخيص الجبري إليها. وفي الوقت الذي لا يشترط فيه القانون مواصفات محددة في طالب الترخيص تتعلق بكفاءته الصناعية فإن هذا يتيح لأي شخص طلب الترخيص الجبري ويُحذر البعض من خطورة ذلك لما قد يؤدي إليه ذلك من إهدار لقيمة الإختراع (٤٨).

على أن الترخيص الجبري لا يضيع حق مالك البراءة في التعويض. إذ يُمنح مالك البراءة تعويضا نقديا مقابل إستغلال اختراعه رغما عن إرادته يؤخذ في نظر الإعتبار لدى تحديد مقداره القيمة الإقتصادية للإختراع، ويخضع الترخيص الجبري لإجراءات وشروط حددها القانون العراقي على وجه التفصيل ينبغي مراعاتها من قبل طالب الترخيص والسلطة العامة، ونحيل بشأنها لما أورده القانون من نصوص تفصيلية(٤٩).

وأيا كان الأمر فإن الترخيص الجبري بإعتباره قيد يحد من حق مالك البراءة بالإستثمار بإستغلال الإختراع تقتضيه ضرورة تحقيق المصلحة العامة ولذا فهو يحد من هذا الحق بمقدار تلك الضرورة لذلك يتيح القانون لمالك البراءة أن يطلب إلغاء الترخيص الجبري في حال زوال أسباب منحه.

## ٢- سيق إستغلال الإختراع بحسن نية

أن أعمال هذا القيد يفترض توصل شخصين يعمل كل منهما بشكل مستقل عن الآخر لإختراع واحد وقيام أحدهما بإستغلال اختراعه مع احتفاظه بسر الاختراع دون التقدم للجهات المختصة لطلب البراءة، ومبادرة المخترع الآخر لتسجيله وحصوله على براءة اختراع عنه. ومع أن البراءة تُمنح قانوناً لصاحب الأسبقية في التسجيل على نحو يخوله الإستثمار بإستغلال الإختراع (٥٠) غير أن المشرع ومراعاة لإعتبارات العدالة لا يضيع جهود المخترع صاحب الأسبقية في الاستعمال وإنما يقرر له الإستمرار بإستغلال اختراعه رغم تسجيل الإختراع ومنح براءة اختراع عنه إستثناءً من الحق الإستثنائي لمالك البراءة.

ومن المستقر عليه في القوانين المنظمة لهذا القيد لزوم توافر ثلاث شروط لإعماله وهي(٥١):  
أ- أن يكون مستغل الإختراع حسن النية، بأن لا يكون قد توصل للإختراع بطريقة غير مشروعة كسرقة أو علم به نتيجة اتصاله بأحد مساعديه أو معاونيه (٥٢).

ب- تحقق الإستعمال الفعلي للإختراع، فينبغي أن لا تقتصر المعرفة بالإختراع على مجرد العلم به بالتوصل إليه بل لابد أن تتعدى لحد تطبيقه أو التهيئة الفعلية لما يلزم لذلك، كأن يقيم مشروعا على أساس هذا الإختراع ويقوم بتصنيع منتج ما أو يُهيئ لذلك بتحضير ما يلزم من إمكانيات فنية ومادية.

ج- أن يكون التوصل للإختراع واستعماله قد حصل في وقت سابق لمنح البراءة عنه للغير أو تقديمه طلب للجهات المعنية بهذا الخصوص.

وإذا كانت إعتبارات العدالة هي التي دعت للإقرار لمستغل الإختراع بحسن نية الإستمرار في إستغلاله إستثناءً من الحق الحصري لمالك البراءة غير أن الحفاظ على مصلحة مالك البراءة دعت لتضييق هذا القيد بالقدر الذي يحقق التوازن بين مصلحة كل من ( مالك البراءة ومستغل الإختراع ). فقد أرست القوانين التي تعمل بهذا القيد مبدأ التضييق في تطبيقه فمن جهة حددت نطاق الإستمرار بإستغلال الإختراع بالقدر اللازم لتشغيل المنشأة الصناعية لمستغل الإختراع، ومن جهة أخرى حظرت مستغل الإختراع التصرف بحقه في الإستمرار بإستغلال الإختراع بشكل مستقل عن منشأته الصناعية. الأمر الذي يحول دون إمكان قيام مستغل الإختراع منح ترخيصاً للغير بإستغلال الإختراع بأية صورة بمعزل عن مشروعه التجاري (٥٣).

وعلى صعيد قانون براءات الاختراع العراقي يلاحظ أن سبق إستغلال الإختراع بحسن نية لم يكن يعتبره المشرع قيداً على حق مالك البراءة بالمادة الخامسة منه قبل تعديل القانون، غير أنه في الوقت نفسه لم يعتبر هذا السبق في الإستعمال سبباً لفقدان الإختراع لشرط الجدة المطلوب لتسجيله. فبعد أن تطلب القانون ضرورة كون الإختراع جديداً وتطلب لذلك عدم منح البراءة عنه مسبقاً أو إستخدامه بصورة علنية داخل العراق أو خارجه غير أنه أُسْتُثْنِي من ذلك حالة إستغلال الإختراع صناعياً أو القيام بالإعمال اللازمة لذلك بحسن نية قبل تقديم طلب البراءة، فلم يعتبر هذا الإستغلال مؤثراً على وصف الإختراع بكونه جديداً.

وبالرغم من أن القانون لم يورد ما يبين صراحةً ما إذا كان لمستغل الإختراع حق الإستمرار في الإستغلال رغم حصول شخص آخر على براءة إختراع عنه فمع ذلك يجد جانب من الفقه العراقي أن هذه المادة قد حفظت لمستغل الإختراع بحسن نية (حائز الإختراع) حق التمسك بالإختراع على صاحب البراءة اللاحقة على تلك الحيازة (٥٤).

وبتعديل القانون العراقي بالأمر رقم (٨١ لسنة ٢٠٠٤) أصبح هذا الحق واضحاً لمستغل الإختراع، فقد عدلت المادة الخامسة منه لتقرأ ( بالرغم من منح براءة الاختراع ، فالشخص حسن النية الذي يصنع أو يقوم بعملية تشغيل صناعية لمنتج أو يهيئ بصورة جدية لها ، قبل

تاريخ تقديم طلب البراءة من قبل شخص آخر أو قبل تاريخ أسبقية طلب متعلق بذات العملية أو المنتج ، يبقى له الحق في ان يستخدم أو يستمر في استخدام الاختراع كمتصور في هكذا تحضيرات. نقل أو التنازل عن حق الشكوى جائز فقط مع الإنشاء أو جزء من الإنشاء الذي حصل فيه الاستخدام أو تحضيرات الاستخدام).

ومن الملاحظ على النص ابتداءً مدى ضعف صياغته ولعل هذا يعود لكون التعديل كتب باللغة الانكليزية وترجم للعربية، ويبدو أن واضعي النص سايروا التوجه المعمول به في القوانين المقارنة فيما يخص شروط أعمال هذا القيد. وذلك بإشترط حسن نية مستخدم الاختراع وثبوت الاستخدام الفعلي للاختراع أو التحضير الجاد لذلك الاستخدام، وأن يتم هذا الاستخدام قبل تاريخ تقديم طلب البراءة من قبل المخترع الآخر. ومع ذلك فإن النص وبفعل ضعف الصياغة لم يوضح نطاق هذا القيد لتحديد مدى استفادة المستغل من الاختراع وإمكانية تصرفه بحقه هذا، فقد أورد وبعبارة غير واضحة ( نقل أو التنازل عن حق الشكوى جائز فقط مع الإنشاء أو جزء من الإنشاء الذي حصل فيه الاستخدام أو تحضير الاستخدام ). ويبدو أن القصد منصرف للحد من سلطة صاحب هذا الحق بمنعه من التصرف بحقه في إستغلال الاختراع بشكل مستقل عن مشروعه التجاري.

٣- إستخدام الاختراع في وسائط النقل الدولي : لاشك في أن وسائط النقل وبمختلف أنواعها الجوية منها والبرية والبحرية تؤدي دور مهم في التجارة الدولية، ولتسهيل أداء هذه الوسائط لوظيفتها بنقل ما يلزم من أشخاص أو بضائع بين الدول، عملت الدول على توفير ما يلزم لضمان تشغيلها. وذلك بالسماح في إستخدام الاختراع في تكوينها للإفادة منه وذلك خلال تواجد واسطة النقل وبحسب نوعها في الفضاء الجوي أو أرض أو مياه الدولة المانحة للبراءة إستثناءً من حق مالك البراءة في الإستثمار بإستغلال إختراعه ودون أن يشكل هذا الفعل تعدياً على حقوق مالك البراءة (٥٥).

ويبرر البعض وجود هذا القيد بتجنيب وسائل النقل من أن تكون محلاً لمنازعات قضائية قد تؤدي الى حجز أو مصادرة الوسائط المستعملة في النقل الدولي كالقطار أو السفينة أو الطائرة، وذلك عندما يكون الاختراع داخلاً في تكوينها أو في أجزائها الإضافية الاخرى (٥٦). وعلى نحو يحدث آثاراً سلبية تنعكس مضارها في عدة مجالات ومنها التجارة الدولية.

وتفاديا لتلك الأضرار فقد تبنت القوانين المعنية بالملكية الصناعية هذا القيد وضمته في قواعدها (٥٧). ومنها قانون براءات الاختراع العراقي فقد نصت المادة ٣٤ منه على أنه (لا تتأثر حقوق صاحب براءة الاختراع باستغلال الاختراع في وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية العائدة الى الدول الأعضاء في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية او بمنظمة التجارة العالمية او التي تعامل العراق بالمثل ، خلال وجودهم الطارئ او المؤقت في العراق ). وبمقتضى ما تقدم من قيود يمكن للغير إستغلال الاختراع بالصورة التي تتناسب وطبيعته دون موافقة مالك البراءة إستثناءً من حقه في الإستثمار بإستغلال الاختراع وقد نظم القانون العراقي والمقارن تلك القيود والى جانب ذلك فقد فرضت القوانين المقارنة قيود أخرى سمحت بمقتضاها للغير إستخدام الاختراع بغير موافقة مالك البراءة لإغراض تمس الصالح العام سيما لإغراض الدراسة والبحث والتطوير (٥٨).

#### المطلب الثاني : الحماية المدنية للحق في الإستثمار بإستغلال الاختراع

لما كان حق مالك البراءة في الإستثمار بإستغلال الاختراع هو حق مؤقت لذا فإن الحماية القانونية التي يحظى بها تبعاً لذلك هي حماية مؤقتة تنحصر بمدة البراءة والمحددة بعشرين سنة، يمكنه خلالها مواجهة ما يقع من اعتداء على حقه هذا برفع دعوى قضائية ضد المعتدي ومطالبته بتعويضه عما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية. كما ويمكنه الطلب من المحكمة المختصة فرض ما يلزم من إجراءات مؤقتة كتدبير احتياطي لغرض الحفاظ على حقه في إستغلال الاختراع لحين حسم الدعوى. ولذا ينبغي توضيح هذه التدابير الاحتياطية أولاً ثم تناول دعوى المسؤولية المدنية ثانياً :

#### أولاً : التدابير الاحتياطية

وتتمثل بإجراءات مؤقتة تفرضها المحكمة المختصة لمواجهة ما يقع من تعدي على حقوق مالك البراءة ومنها حقه في الاستثمار بإستغلال الاختراع لحمايته من الخطر الذي يعترضه بسبب هذا الإعتداء.

على أن المحكمة لا تفرض تلك التدابير من تلقاء نفسها وإنما بناءً على طلب مالك البراءة سواء قُدم هذا الطلب بعد رفع دعوى منع التعدي أو حتى قبل رفع الدعوى بهدف منع التعدي

أو الحفاظ على دليل له علاقة بفعل التعدي، وقد تطلب القانون أن يكون هذا الطلب مشفوعاً بكفالة (٥٩) لضمان ما يلحق بالمدعى عليه من ضرر. وتشمل التدابير التي يمكن للمحكمة اتخاذها وفق القانون العراقي بالآتي (٦٠).

١- إيقاف التعدي : يفترض هذا الإجراء وقوع الاعتداء فعلاً على الحق بالإستثمار بإستغلال الإختراع لذا يبادر مالك البراءة للمطالبة بوقفه كإجراء تحفظي لحماية حقه، الأمر الذي من شأنه وقف الضرر مستقبلاً. كأن يحدث ذلك الإعتداء على أثر قيام أحد المصانع بإستخدام الطريقة الصناعية موضوع البراءة في تصنيع المنتجات دون ترخيص مالك البراءة. لذا فإن وقف التعدي كإجراء تحفظي يتحقق بمنع صاحب المصنع من الإستمرار في إستخدام تلك الطريقة لمنع تفاقم الضرر لحين حسم الدعوى.

٢ - حجز المنتجات موضوع التعدي : أن المنتجات المُصنعة بإستخدام الطريقة الصناعية موضوع البراءة لها قيمة مالية ويمكن للمعتدي (صاحب المصنع في المثال السابق) الاستفادة منها بطرق متعددة كالبيع أو الإستخدام ولمنعه من ذلك يبادر مالك البراءة لطلب الحجز عليها بما يحول مؤقتاً دون تداولها لحين حسم الدعوى.

٣ - حفظ الأدلة المتعلقة بالتعدي : لا شك أن الإعتداء على أي حق إنما يتم بوسائل تتناسب وطبيعة هذا الحق، وفي الوقت الذي تعد فيه تلك الوسائل مطلباً لتحقيق فعل التعدي فإنها تعد أيضاً دليلاً لإثبات وقوعه. فمثلاً التجاوز على حق مالك البراءة بالإستثمار بإستغلال الطريقة الصناعية موضوع البراءة يتطلب الإستعانة بآليات ومواد أولية لغرض تصنيع المنتجات لذا يمكن الطلب من المحكمة حفظ تلك المواد والآليات كدليل إثبات على وقوع الإعتداء.

وفي الوقت الذي لم يقيد فيه المشرع المحكمة باتخاذ إجراء دون آخر فلها سلطة في تقرير أي من الإجراءات المتقدمة، كما لا يوجد ما يمنعها من اتخاذ أكثر من إجراء إذا اقتنعت بجدوى ذلك. وبعد أن يتم اتخاذ أي من الإجراءات السابقة فإنه ينبغي على مالك البراءة إقامة دعوى منع الاعتداء على حقه في الإستثمار بإستغلال الاختراع خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور الأمر في حال كون تلك الإجراءات قد فرضت من قبل المحكمة قبل رفع الدعوى وبخلافه يعتبر أمر المحكمة بالإجراء التحفظي لاغياً.

على أن فرض الإجراء التحفظي لا يعني بالضرورة التسليم به من قبل المدعى عليه ( المعتدي) فقد أجاز له قانون براءات الاختراع العراقي الطعن بقرار المحكمة الخاص بالإجراءات التحفظية أمام محكمة الاستئناف خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بالقرار وللمحكمة بناءً على ما يتوافر لديها من قناعة ان تقرر إما تأكيد الإجراء التحفظي أو تعديله أو إلغائه. ويكون قرار محكمة الاستئناف بهذا الشأن قطعياً، كما أجاز له القانون تقديم طلب مشفوع بكفالة يتضمن وقف تلك الإجراءات التحفظية لحين حسم الدعوى. وفي جميع الأحوال فإنه إذا تبين بنتيجة الدعوى التي أقامها مالك البراءة عدم صحة ادعائه بحصول الاعتداء على حقه في الاستئثار باستغلال الاختراع من قبل المدعى عليه فعندئذ تصدر المحكمة قراراً بإلغاء الإجراء التحفظي ولا يخل ذلك بحق المدعى عليه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر. وبخلافه تقرر مسؤولية المعتدي ويتم إلزامه بالتعويض.

#### ثانياً : المسؤولية المدنية للمعتدي على حق مالك البراءة

يعتبر المشرع المصري التعدي على حقوق مالك البراءة ومنها بالطبع حقه في الاستئثار باستغلال الاختراع منافسة غير مشروعة توجب مسؤولية المعتدي، فقد ورد بالمادة (٢٦) من قانون التجارة المصري أنه (١- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الإعتداء على علامات الغير أو على اسمه أو على براءة الاختراع..٢- كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناتج عنها وللمحكمة أن تقضي فضلاً عن التعويض بإزالة الضرر ونشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية).

ورغم خلو قانون التجارة العراقي النافذ من قواعد خاصة بتنظيم المنافسة غير أن هذا لا يعني حرمان مالك البراءة من مقاضاة المعتدي ، إذ يمكنه رفع دعوى مدنية أساسها المسؤولية التقصيرية لإلزام المعتدي بتعويضه عما لحقه من ضرر جراء الإعتداء على حقه في إستغلال الاختراع، وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية(٦١). وترفع هذه الدعوى من قبل مالك البراءة ضد مرتكب فعل التعدي على الاختراع ويشترط لنجاح هذه الدعوى توافر أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

وفي إطار هذه الدعوى فإن الخطأ يتوافر في حال إخلال الغير بالتزامه المفروض قانوناً والمتمثل بعدم إستغلال الاختراع دون موافقة مالك البراءة. فقد وجدنا أن القوانين المعنية ومنها قانون براءات الاختراع العراقي تفرض على الغير التزاماً سلبياً مؤداه الإمتناع عن إستغلال المُنتَج أو الطريقة الصناعية موضوع البراءة - بواسطة التصنيع أو الإستخدام أو البيع أو العرض للبيع أو الإستيراد - دون موافقة مالك البراءة. مما يوجب على الغير مراعاة هذا الإلتزام أما الإخلال به فهو يعد خطأ يوجب مسؤولية الفاعل، وينبغي على مالك البراءة إثبات وقوع الخطأ بإقامة الدليل على تجاوز الغير على حقه في إستغلال الاختراع، وفي ضل عدم وجود قواعد خاصة بهذا الشأن فإن إثبات هذا الخطأ يخضع للقواعد العامة والتي تشير لإمكانية إثباته بكافة الوسائل باعتباره واقعة مادية.

وعلى خلاف ذلك فإن إتفاقية التريس وضعت بالمادة (٣٤) منها قواعد خاصة تتعلق بإثبات الخطأ الناتج عن التعدي على حقوق مالك براءة الاختراع وبالتحديد التعدي على حقه في إستغلال الطريقة الصناعية موضوع البراءة. إذ أن إثبات التعدي (الخطأ) يتطلب إقامة المدعي (مالك البراءة) الدليل على أن المدعى عليه توصل للمُنتَج المطابق بإستخدام ذات الطريقة الصناعية ودون ترخيص مالك البراءة وإذا لم يتمكن من ذلك فقد أكتفت الإتفاقية بقيام المدعي ببذل جهد معقول للكشف عن الطريقة المستخدمة في الإنتاج رغم عدم وصوله لذلك بالفعل. كما أنه وخروجاً على القواعد المستقرة في الإثبات وبدافع تخفيف العبء على المدعي (مالك البراءة) (٦٢) فقد أعطت الإتفاقية للمحكمة المختصة سلطة تقديرية لتكليف المدعى عليه بإثبات أن الطريقة المستخدمة في تصنيع المنتج تختلف عن الطريقة الصناعية موضوع البراءة (٦٣). وقد أقرت الدول الأعضاء بالإتفاقية هذه الأحكام المتعلقة بالإثبات وضمنتها في قوانينها الوطنية المعنية بالملكية الصناعية (٦٤)

والى جانب الخطأ فإنه ينبغي لتقرير مسؤولية المدعى عليه حدوث ضرر يصيب المصالح المشروعة لمالك البراءة، وفي إطار المسؤولية التقصيرية فإن الفاعل يسأل عن الضرر غير المشروع والناتج عن فعل مخالف للقانون سواء كان مادياً يمس مصلحة ذات قيمة مالية أو أدبياً يمس مصلحة غير مالية. وينبغي أن يكون هذا الضرر مترتباً على الخطأ، بأن توجد علاقة سببية بينهما بحيث يكون الضرر النتيجة المباشرة لتجاوز الغير على الحق بإستغلال الاختراع

على نحو يصح معه القول بأنه لولا خطأ المعتدي لما أُصيب مالك البراءة بالضرر، وهذا ما يقع إثباته على عاتق مالك البراءة.

وبتوافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما تنقرر مسؤولية المدعى عليه ويتم إلزامه بتعويض مالك البراءة عما أصابه من ضرر نتيجة تجاوزه على حقه في الإستثمار بإستغلال الإختراع. والتعويض كما هو معلوم هو وسيلة القضاء لجبر الضرر بإلزام الفاعل بمبلغ من المال أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار (٦٥). وللمحكمة سلطة تقديرية في تحديد نوع التعويض ومقداره فلها أن تقرر إلزام الفاعل بأداء مبلغ معين من النقود لمالك البراءة وعندئذ يكون التعويض نقدياً ولها أن تحكم بأداء أمر معين لحساب مالك البراءة على سبيل التعويض كأن تأمر بنشر الحكم لردع المعتدي فيكون عندئذ التعويض غير نقدي.

**المطلب الثالث : إنقضاء حق مالك البراءة في الإستثمار بإستغلال الإختراع**  
أن حق مالك البراءة في الإستثمار بإستغلال الإختراع حق غير دائم في وجوده بل هو عرضة للزوال، ويمكن تحديد أسباب إنقضاء هذا الحق بالآتي :-

#### ١- إنقضاء المدة المحددة لنفاذ البراءة.

يتطلب إنقضاء الحق في الإستثمار بإستغلال الإختراع وجود براءة إختراع صحيحة مستوفية لشروطها الشكلية والموضوعية وإنهاء المدة القانونية المقررة لنفاذها. فقد سبق التنويه الى أن براءة الإختراع لها فترة صلاحية محددة تحظى خلالها بالحماية القانونية وقد حددت أغلب القوانين المعنية بالملكية الصناعية مقدارها بعشرين سنة يتمتع خلالها مالك البراءة بحق إستغلال اختراعه على نحو إستثنائي.

وبطبيعة الحال فإن إنقضاء هذه المدة يعني إنقضاء البراءة بما تتضمنه من حقوق مالية ومنها حقه في الإستثمار بإستغلال اختراعه ويصبح الإختراع ملكاً عاماً بعدما كان خاصاً بمالك

البراءة، أي يكون مباحاً للجميع بحيث يمكن لأي شخص استغلاله وفقاً لما تقتضيه مصلحته دونما حاجة لموافقة مالك البراءة ودون أن يعد تصرفه هذا تعدياً يعرضه للمسؤولية (٦٦).

## ٢- بطلان براءة الاختراع

إذا كان الحق في الإستثمار بإستغلال الاختراع وليد براءة الاختراع فينشأ مع صدورهما، وينتقل مع إنتقالها، وينقضي بانتهاء المدة المقررة لنفاذها، لذا فإن صدور قرار من الجهة المختصة ببطلان البراءة لسبب أو لآخر يؤدي بطبيعة الحال لزوال ما أوجدته هذه البراءة من حقوق لمالكها ومنها حقه في الإستثمار بإستغلال الاختراع.

فقد تصدر البراءة بالمخالفة لما يتطلبه القانون من شروط موضوعية أو شكلية فعندئذ يمكن لمسجل البراءات تلافي هذا الخطأ من تلقاء نفسه وإبطال البراءة كما يجوز لكل ذي مصلحة التقدم بطلب إبطالها لدى الجهات المختصة. وبمقتضى قانون براءات الاختراع العراقي يقدم طلب إبطال البراءة المسجلة خلافاً لأحكام القانون الى مسجل براءات الاختراع ويكون قرار المسجل بهذا الشأن قابلاً للاعتراض عليه لدى وزير الصناعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ويكون قرار الوزير بهذا الشأن قطعياً ويتم الإعلان عنه وفقاً للأصول المقررة (٦٧). وإلى جانب ذلك فقد أشارت المادة (٣١) من قانون براءات الاختراع العراقي الى إمكانية إبطال البراءة بصدور حكم مكتسب الدرجة القطعية.

وأياً كان الأمر فإن صدور قرار الجهة المختصة بإبطال البراءة يترتب عليه زوال ما نشأ بمقتضاها من حقوق ومنها حق مالكها في الإستثمار بإستغلال الاختراع. ويكون لهذا الإبطال أثر رجعي يعود الى وقت صدور البراءة ويصبح الاختراع الذي ينصب عليه من الأموال المباحة للكافة (٦٨).

## ٣- سقوط البراءة

بمقتضى هذا السبب فإن البراءة تسقط لا لكونها صدرت بالمخالفة للقواعد القانونية كما في حالة البطلان وإنما لتقصير مالكها في أداء ما يفرضه عليه القانون من واجبات متصلة بها. ويتم السقوط بمقتضى قرار يصدر من الجهة المختصة والمتمثلة بمسجل البراءات وفق القانون

العراقي. وينصرف أثر القرار الصادر بسقوط البراءة للمستقبل فقط كونه ورد على براءة صحيحة لا معيبة كما هو الحال بالنسبة للبطلان (٦٩).

ومن قبيل الواجبات التي يعرض الإخلال بها حق مالك البراءة للسقوط واجب دفع الرسوم. فبعد أن أوجب القانون على مالك البراءة دفع الرسوم في المواعيد المحددة فقد اعتبر عدم دفع الرسوم المستحقة في زمن استحقاقها بدون عذر مقبول سبباً لإنقضاء البراءة مما يشير الى أن السقوط يعد بمثابة جزاء يفرض على مالك البراءة لإخلاله بالتزامه بدفع الرسوم دون وجود عذر مقبول من شأنه أن يؤدي لإلغاء البراءة بما تتضمنه من حقوق فينقضي بذلك حق المالك في الإستثمار بإستغلال الإختراع قبل انقضاء الموعد المحدد لنفاذ البراءة.

وقد سبقت الإشارة الى أن تقصير مالك البراءة في إستغلال الإختراع خلال المدة المحددة قانوناً كان من شأنه أن يعرض مالك البراءة لسقوط حقه في البراءة وقد تم التخفيف من حدة هذا الجزاء وقصره عند حد فرض الترخيص الجبري دون المساس بصلاحيه البراءة .

ما تقدم من أسباب من شأنها أن تؤثر في وجود براءة الإختراع ومن ثم في وجود حق مالك البراءة في الإستثمار بإستغلال الإختراع كونه يمارس هذا الحق بالإستناد لهذه البراءة. وانقضاء الحق في الإستثمار بإستغلال الإختراع لأي من الأسباب المتقدمة لا يعني أن مالك البراءة لا يملك القدرة على إستغلال الإختراع بعد ذلك. إذ يمكنه الإستمرار في إستغلال الإختراع والإفادة منه ولكن ليس على نحو إستثماري كما كان في السابق، ولذا يمكن لأي شخص آخر إستغلال الإختراع دونما حاجة لموافقته، ودون أن يعرضه تصرفه هذا للمسؤولية القانونية.

#### الخاتمة

من خلال البحث في النظام القانوني للحق في الإستثمار بإستغلال الإختراع في ظل أحكام القانون العراقي والمقارن يمكننا استخلاص جملة من النتائج والمقترحات والتي نبينها تباعاً :

#### أولاً - النتائج

١- إن الإستثمار بإستغلال الإختراع هو حق مالي أقره القانون لمالك براءة الإختراع مقتضاه تمكينه من التفرد في كسب ما ينتج عن الإنتفاع بالإختراع من مردود مالي خلال المدة

المحددة قانوناً لحماية البراءة. ولا يثبت هذا الحق لمجرد التوصل للإختراع بل بعد تسجيله لدى الجهة المختصة والحصول على براءة إختراع عنه.

٢- ساير واضعوا الأمر رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون براءات الاختراع العراقي نهج إتفاقية التريس بشأن إيراد صور موسعة لاستغلال الإختراع والتي يستأثر بها مالك البراءة وذلك بالمادة (١٢) منه والتي لوحظ وجود خلل في مضمونها فقد أشارت- وبصدد بيانها لصور استغلال الاختراع التي يمنع الغير من ممارستها - الى الإستغلال كواحدة من تلك الصور في حين أن تلك الصور ما هي إلا الإستغلال ذاته. كما أنها وبصدد استغلال الطريقة الصناعية أشارت الى (منع الغير من صنع المنتج موضوع الإختراع ) بشكل مطلق والأولى تقييد المنع فقط في الحالة التي يكون فيها التصنيع بذات الطريقة الصناعية موضوع الإختراع دون غيرها.

٣- أن حق مالك البراءة بالإستثمار باستغلال الإختراع ليس مطلقاً، وعلى غرار إتفاقية التريس سمح قانون براءات الاختراع العراقي المعدل(بالمادة ٥ منه) لحائز الإختراع بحسن نية الإستمرار باستغلاله تقييداً للحق الإستثنائي لمالك البراءة غير أن النص وفضلاً عن صياغته الضعيفة وتضمنه لعبارات مبهمه لم يوضح حدود نطاق إستفادته من الإختراع.

٤- لم يسمح القانون العراقي للباحثين إستغلال الإختراع بغير موافقة مالك البراءة لأغراض البحث العلمي رغم ما يحققه ذلك من دعم لجهود المخترعين والحث على المزيد من التطوير بتذليل ما يعترضهم من صعوبات.

٥- يحظى حق مالك البراءة في الإستثمار باستغلال الإختراع بالحماية القانونية التي تتيح له مواجهة كل تعد على حقه هذا خلال مدة نفاذ البراءة وإمعاناً في هذه الحماية أتاح المشرع لمالك البراءة -وعلى غرار القوانين المقارنة -طلب إتخاذ تدابير احتياطية هدفها الحفاظ على حقوقه وتيسير حسم الدعوى.

#### ثانياً : المقترحات

١- تعديل نص المادة (١٢) من قانون براءات الاختراع العراقي بحذف كلمة ( الإستغلال) الواردة ضمن صور الإستغلال لعدم الحاجة إليها كما سبق بيانه، وكذلك استبدال عبارة (منع الغير.. من صنع المنتج موضوع الإختراع) الواردة بالفقرة الثانية منه بعبارة (منع الغير من صنع

المنتج بذات الطريقة الصناعية ) لتحديد نطاق المنع بقصره على حالة إستخدام ذات الطريقة دون موافقة مالك البراءة.

٢- تعديل المادة الخامسة من قانون براءات الاختراع العراقي بما يفيد تقييد حق مستغل الاختراع حسن النية بقصره على حاجة مشروعه التجاري ومنعه من التصرف به بشكل مستقل عن هذا المشروع، وبصياغة واضحة بعيدا عن العبارات الغامضة التي تضمنها النص.

٣- مراعاةً للطبيعة الفنية للإختراع وحفاظاً على جهود المخترع تؤيد دعوة البعض في إلزام الجهة المختصة بضرورة مراعاة الإمكانيات الفنية لطالب الترخيص الجبري ومدى قدرته لإستغلال الاختراع بما يحفظ قيمته الإقتصادية كشرط أساسي عند البت في طلب الترخيص الجبري.

٤- الإفادة من تجربة بعض القوانين المقارنة بشأن تيسير إثبات التعدي على حقوق مالك البراءة وذلك بتمكين المحكمة من مطالبة المدعي عليه بإثبات إستخدامه لطريقة صناعية في تصنيع المُنتج مختلفة عن الطريقة موضوع البراءة المملوكة للمدعي مما يسهم في الإسراع في حسم النزاعات تسليماً بحقيقة التطور المتزايد في النشاط الصناعي والذي قد يجعل من الصعوبة على المالك إثبات التعدي على حقه في الإستثمار بإستغلال طريقته الصناعية.

## الهوامش

- ١- سنطلق على هذا القانون اختصاراً تسمية قانون براءات الاختراع العراقي.
- ٢- كما سيأتي تناولها لاحقاً بالتفصيل. وفي ذات الإتجاه ينظر المادة (٢١) من قانون براءات الاختراع الاردني ٣٢ لسنة ١٩٩٩ المعدل والمادة (١٥) من القانون الإتحادي لتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٢.
- ٣- ينظر د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان، الأردن، ١٩٨٢، ص ١٧٦.
- ٤- ينظر د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٢٦.
- ٥- ينظر د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢، ص ١١٦.
- ٦- ينبغي ملاحظة أن هذا الإطلاق ترد عليه بعض الإستثناءات كما سيأتي بيانها.
- ٧- ينظر د. أمير حاتم خوري، سلسلة أنت والملكية الفكرية، الكتاب الأول، أساسيات الملكية الفكرية، منشورات مكتب براءات الاختراع والعلامة التجارية للولايات المتحدة، ٢٠٠٥، ص ٣٨.

- ٨- ينظر د. عبد الله حسين الخشوروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دار وائل للنشر، ٢٠٠٨، ص ٦٤. وفي نفس المعنى ينظر د. أمير حاتم خوري، مصدر سابق، ص ٣٩.
- ٩- هذا ما أكدته صراحة المادة (١٢) من قانون براءات الاختراع العراقي والتي جاء فيها (تمنح براءة الاختراع مالكيها الحقوق التالية..). وفي الإتجاه نفسه ينظر المادة (٥) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والمادة (١٥) من القانون الإتحادي لتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.
- ١٠- ينظر المادة الاولى من قانون براءات الاختراع العراقي بالفقرة الخامسة والسادسة منها.
- ١١- هذا ما أكدته المادة ١٦ من قانون براءات الاختراع العراقي والتي نصت على (١- يقدم الطلب الى المسجل من المخترع أو ممن آلت إليه حقوق الاختراع بواسطة وكيل تسجيل مخول بذلك..).
- ١٢- ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٦٥. ينظر د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ١١٥.
- ١٣- هذا ما أكدته المادة الثامنة من قانون براءات الاختراع العراقي والتي جاء فيها (.. وإذا كان الاختراع نتيجة عمل مشترك بين عدة أشخاص كان حق البراءة لهم جميعاً على وجه الشيوخ ما لم يتفقوا على خلاف ذلك).
- ١٤- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ٧٣.
- ١٥- ينظر د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مصدر سابق، ص ٦٧.
- ١٦- ينظر منها قانون براءات الاختراع الأردني بالمادة الثانية منه. و قانون حقوق الملكية الصناعية العماني بالمادة الاولى ، والقانون الإتحادي لتنظيم وحماية الملكية الصناعية المادة الأولى منه.
- ١٧- ينظر د. صلاح زين الدين ، مصدر سابق، ص ٢٤.
- ١٨- د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، براءة الاختراع ومعايير حمايتها، دار الفكر الجديد، ٢٠٠٩، ص ٢٢.
- ١٩- كما ورد ذلك بالمادة الثانية من قانون براءات الاختراع العراقي بنصها على أنه ( تمنح براءات الاختراع استناداً الى أحكام هذا القانون لكل اختراع قابل للتطبيق صناعياً ، حديث ويساهم في خطوة مبتكرة ، يتعلق اما بمنتج صناعي جديد ، او طرق صناعية جديدة ، او تطبيق جديد لطرق صناعية معروفة). وفي ذات الإتجاه نصت المادة الاولى من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ (.. تمنح براءة اختراع وفقاً لأحكام هذا القانون عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي سواء متعلقاً بمنتجات صناعية أم بطرق ووسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة ).
- ٢٠- كما بينت ذلك المادة الرابعة من قانون براءات الاختراع العراقي، وفي ذات الإتجاه ينظر المادة (٣) من قانون الملكية الفكرية المصري.
- ٢١- للتفصيل بشأن المواصفات الواجب توافرها بالإختراع ينظر د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٦٩ وما بعدها، وأيضاً د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٨٠ وما بعدها.
- ٢٢- كما ورد ذلك بالمادة (١٢) من قانون براءات الاختراع العراقي والتي جاء فيها (تمنح براءة الاختراع مالكيها الحقوق التالية..). كما أشارت لذلك المادة (١١) من القانون حماية الملكية الصناعية العماني بنصها على ( تمنح البراءة لصاحبها حق منع الآخرين من استغلال الإختراع المحمي بالبراءة..). وفي ذات الإتجاه ينظر المادة (١٠) من القانون حماية الملكية الفكرية المصري والمادة (٢٠) من قانون براءة الاختراع اللبناني رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٠٠.
- ٢٣- ينظر المادة ١٦ من قانون براءات الاختراع العراقي وتقابلها المادة (١٢) من القانون الملكية الفكرية المصري والمادة (٥) من قانون حماية الملكية الصناعية العماني والمادة (٨) من قانون براءة الاختراع اللبناني.
- ٢٤- ينظر المادتان ( ١٨ ، ١٩ ) من قانون براءات الاختراع العراقي.
- ٢٥- وهو ذات التعريف الذي أخذ به قانون براءات الإختراع الأردني بالمادة الثانية منه.

- ٢٦- ينظر المادة (١٢) من قانون براءات الاختراع العراقي.
- ٢٧- ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٥٥. للمزيد من التعاريف ينظر د. الشفيع جعفر محمد الشاللي، التنظيم القانوني لإستغلال براءة الاختراع دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠١١، ص ٢٢.
- ٢٨- هذا ما بينته المادة (١/٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي عرفت الأموال المعنوية بأنها (١- هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان).
- ٢٩- هذا ما أكدته المادة (٢٥) من قانون براءات الاختراع العراقي وذلك بنصه على (يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية وتنقل ملكيتها وجميع الحقوق المترتبة عليها بالميراث..).
- ٣٠- كما أكدت ذلك المادة (١٣) من قانون براءات الاختراع العراقي وهو ذات الحكم المقرر بالمادة (٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري و المادة (١٧) من قانون براءات الاختراع الأردني، والمادة (٥) من القانون براءة الاختراع اللبناني، والمادة (١٤) من القانون الإتحادي لحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.
- ٣١- ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٨، د. صلاح زين الدين، مصدر سابق، ص ١١٦، د. ريم سعود سماوي، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ٩٠.
- ٣٢- فعلى صعيد القانون المصري نجد أن المشرع كان يقرر بمقتضى القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٤٩ الملغي مدة نفاذ البراءة بخمسة عشر سنة ويجيز لصاحب البراءة طلب تمديد لمدة لا تتجاوز خمسة سنوات إذا ما أثبت أن الاختراع له أهمية خاصة وأنه لم يجني منه ثمرة تتناسب مع جهوده ونفقاته. ينظر المادة ١٢٠ من هذا القانون.
- ٣٣- د. ريم سعود سماوي، مصدر سابق، ص ٩٠، د. الشفيع جعفر محمد الشاللي، مصدر سابق، ص ٢٨.
- ٣٤- ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٢٧٨.
- ٣٥- ينظر د. محمد ابراهيم موسى، براءات الاختراع في مجال الأدوية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٤٨.
- ٣٦- لمزيد من التفاصيل بهذا الشأن ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ٢٦٥ وأيضاً د. قحطان سلمان رشيد القيسي، الحماية القانونية لحق المخترع ومالك العلامة التجارية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ص ٣٨.
- ٣٧- فقد نصت المادة (٢٧) على أنه (للمسجل ان يمنح ترخيصاً باستغلال الاختراع لغير مالك البراءة ودون موافقته في أي من الحالات التالية حصراً.. ب - ١ - إذا لم يقم مالك البراءة باستغلالها أو إذا كان استغلاله لها دون الكفاية قبل انقضاء ثلاثة سنوات من تاريخ منح البراءة أو أربع سنوات من تاريخ إيداع طلب التسجيل ، أي من المديتين تنقضي مؤخراً إلا انه يجوز للوزير ان يقرر منح مالك البراءة مهلة إضافية إذا تبين له ان أسباباً خارجة عن إرادة مالك البراءة قد حالت دون ذلك. وعلى صعيد القانون المقارن ينظر (٣٢) من القانون الإتحادي لتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والمادة (١٣) من القانون حماية الملكية الصناعية العماني.
- ٣٨- وذلك بالمادة (١٢) منه قبل التعديل والتي تنص على ( تخول البراءة مالك حق الاختراع دون غيره الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق القانونية ).
- ٣٩- د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٨٩ وأيضاً د. عبد الله حسين الخشروم، مصدر سابق، ص ٦٩.
- ٤٠- وقد سارت على نهج الإتفاقية العديد من القوانين ينظر منها (١٥) من القانون الإتحادي لتنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والمادة (٢١) من قانون براءات الاختراع الأردني.
- ٤١- فاختراع جهاز لتقليل استهلاك الوقود المستعمل لدفع الآلات لا يحول دون حصول شخص على اختراع جهاز آخر يحقق الهدف ذاته كما أن تصنيع الجهاز الأخير لا يشكل اعتداء على حق الإستغلال للمخترع الأول ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٩٢. وأيضاً د. محمد حسني عباس، مصدر سابق، ص ٨٦.

- ٤٢- كما أشارت لذلك المادة (٢٧) من قانون براءات الاختراع العراقي والتي جاء فيها ( ج- يعتبر إستيراد البضائع التي هي موضوع البراءة الى العراق إستغلالاً للبراءة ).
- ٤٣- فقد كانت الحقوق الإستثنائية المقررة لمالك البراءة في القانون الأمريكي تقتصر على صنع المنتج واستخدامه وبيعه دون الإستثمار بعرضه للبيع أو إستيراده وفي سنة ١٩٩٤ عدلت الولايات المتحدة الأمريكية قانونها بما يتفق وأحكام إتفاقية التريس لتشمل هذه الصور من الإستغلال وذلك بالقانون ( 465- 103 public law ) Round agreements act ينظر بهذا الشأن د. حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٣١، ٢٣٢.
- ٤٤- ينظر د. حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص ٢٣٤، وأيضاً د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٩٦.
- ٤٥- ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٩٤.
- ٤٦- على خلاف قانون براءة الاختراع اللبناني والذي أكد صراحة على أن ما أورده من صور إستغلال الإختراع مقرر على سبيل المثال لا الحصر ينظر المادة (٢٠) منه.
- ٤٧- فقد نصت المادة (٢٨) من إتفاقية التريس على أنه (يجوز للبلدان الأعضاء منح استثناءات محدودة من الحقوق المطلقة الممنوحة بموجب براءة اختراع، شريطة أن لا تتعارض هذه الاستثناءات بصورة غير معقولة مع الاستخدام العادي للبراءة وان لا تخل بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة، مع مراعاة المصالح المشروعة للأطراف الثالثة).
- ٤٨- د. سينوت حليم دوس، قانون براءات الإختراع القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٨٩.
- ٤٩- ينظر نص المادة (٢٨) من قانون براءات الاختراع العراقي.
- ٥٠- كما وضحت ذلك المادة (٨) من قانون براءات الاختراع العراقي والتي جاء فيها (... اذا توصل الى الاختراع عدة أشخاص كل منهم مستقل عن الآخر فيكون حق البراءة لمن أودع طلبه قبل الآخرين). وفي ذات الإتجاه ينظر في القانون المقارن المادة (٧/ ج) من قانون براءة الاختراع اللبناني، والمادة (٤/ ٢) من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني،
- ٥١- ينظر بهذا الشأن المادة (١٧) من القانون الإتحادي والمادة (١١/ ٤) من القانون العماني.
- ٥٢- ينظر د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.
- ٥٣- وفي هذا الشأن يقرر قانون حماية الملكية الفكرية المصري بالمادة (١١) منه (...يكون له حق إستغلال الإختراعات لحاجة مشآته دون أن ينتقل هذا الحق مستقلاً عن المنشأة ذاتها ).
- ٥٤- ينظر د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مصدر سابق، ص ١٧٧.
- ٥٥- وفي هذا الشأن نجد أن إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المنعقدة في سنة ١٨٨٣ أكدت على أن إستخدام الإختراع في وسائل النقل الدولي لا يخل بحقوق مالك البراءة في كل دولة من دول الإتحاد عند دخولها بصفة مؤقتة أو عرضية في دولة أخرى من دول الإتحاد. ينظر المادة (٥/ ثالثاً ) منها.
- ٥٦- ينظر د. صلاح زين الدين، مصدر سابق، ١٧٦.
- ٥٧- ينظر بهذا الصدد المادة (١٠/ ٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري والمادة (١١/ ٤/ ب) من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني، والمادة (١٩) من القانون الإتحادي لحماية الملكية الصناعية لبراءات الإختراع.
- ٥٨- ينظر بهذا الشأن المادة (١٠/ ١) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري
- ٥٩- ينظر المادة (٤٤) من قانون براءات الاختراع العراقي.
- ٦٠- قارن مع نص المادة ٣٣ من قانون براءة الاختراع الأردني والمادة (٣٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري

- ٦١- وذلك طبقاً للمادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي، وقارن المادة (٣٢/ ج) من قانون براءات الاختراع الأردني والتي أشارت الى حق مالك البراءة في المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يلحق به.
- ٦٢- ينظر د. سنيوت حليم دوس، مصدر سابق، ص ٢٣١.
- ٦٣- ينظر د. حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص ٢٩٦ د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٣٤٢.
- ٦٤- ينظر المادة (٣٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري والمادة (٣٣/ ٣) من قانون حقوق الملكية الصناعية العماني.
- ٦٥- د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص ٢٤٤.
- ٦٦- ينظر د. الشفيع جعفر محمد الشاللي، مصدر سابق، ص ٢٧.
- ٦٧- ينظر المادة (٣٢، ٣٣) من قانون براءات الاختراع العراقي.
- ٦٨- ينظر د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مصدر سابق، ص ١٩٢ د. صلاح زين الدين، مصدر سابق، ١٤٢.
- ٦٩- ينظر د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مصدر سابق، ص ١٩٣.

## المصادر

### أولاً : الكتب

- ١- د. أمير حاتم خوري، سلسلة أنت والملكية الفكرية، الكتاب الأول، أساسيات الملكية الفكرية، منشورات مكتب براءات الاختراع والعلامة التجارية للولايات المتحدة، ٢٠٠٥.
- ٢- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٣- د. ريم سعود سماوي، براءات الاختراع في الصناعات الدوائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١.
- ٤- د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- ٥- د. سنيوت حليم دوس، قانون براءات الاختراع القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٤.
- ٦- د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان، الأردن، ١٩٨٢.
- ٧- د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢.
- ٨- عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دار وائل للنشر، ٢٠٠٨.
- ٩- د. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، براءة الاختراع ومعايير حمايتها، دار الفكر الجديد، ٢٠٠٩.
- ١٠- د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

١١- د. قحطان سلمان رشيد القيسي، الحماية القانونية لحق المخترع ومالك العلامة التجارية، مطبعة الجاحظ، بغداد

١٢- د. محمد ابراهيم موسى، براءات الاختراع في مجال الأدوية، دار الجامعة الجديدة.

١٣- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢

١٤- د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

ثانياً : القوانين. أ: القوانين العراقية :

١- قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف

النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل بالأمر رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

ب: القوانين المقارنة

١- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

٢- قانون براءات الاختراع الأردني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٩ المعدل.

٣- قانون براءة الاختراع اللبناني رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٠٠

٤- القانون الإماراتي الإتحادي رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.

٥- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

٦- قانون حقوق الملكية الصناعية العماني رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٨،

٧- قانون براءات الاختراع القطري رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٦

ثالثاً : الاتفاقيات الدولية

١- إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣

٢- إتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة ( إتفاقية التريس ) لسنة ١٩٩٤.

## النظام القانوني لهيات الاستثمار في القانون العراقي

د.قيصر يحيى جعفر<sup>(\*)</sup>

مقدمة

---

<sup>(\*)</sup>المستشار في مجلس الدولة.

يعد صدور قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦<sup>١</sup> حدثاً مهماً ومتميزاً يستحق الاهتمام ذلك لما انطوى عليه هذا القانون من نصوص تعطي دوراً مهماً للقطاع الخاص الوطني والاجنبي في الاقتصاد العراقي بعد أن عاش العراق ردحاً من الزمن في ظل الفكر الاشتراكي والاقتصاد الموجه. وأمام هذه التطورات، كان لا بد من تأسيس تشكيلات إدارية تضطلع بمهامها في إدارة الاستثمار في العراق بما يحقق أمرين مهمين في اقل تقدير هما:-

١- تحقيق أهداف القانون في التحول التدريجي بالواقع الاقتصادي العراقي من الاقتصاد الموجه نحو اقتصاد السوق وبالتنسيق مع جميع الجهات القطاعية ذات الصلة بالنشاطات الاستثمارية.

٢- ضمان رقابة فعالة على المشاريع الاستثمارية وتبني أساليب إدارية جديدة تسهم في تحقيق الانسيابية والسهولة في منح الإجازة الاستثمارية.

فضلاً عن ذلك، فإن الواقع الدستوري الجديد الذي فرض ولادة النظام الفيدرالي من جهة، وللدور الأكبر الذي تلعبه المحافظات في الوقت الحاضر والذي كرس مبدأ اللامركزية الإدارية بمعناها الحقيقي من جهة أخرى، فإن الأمر اقتضى تأسيس هيئات استثمار يختلف مسمهاً بحسب النطاق المكاني الذي تعمل به لكي تتمكن إلى حد ما من تطبيق فكرة الفيدرالية من جهة ومواجهة اتساع نطاق اللامركزية على حساب المركزية الإدارية من جهة أخرى.

وعلى الرغم من وضوح النصوص القانونية في تحديد مسميات كل من الهيئة الوطنية للاستثمار وهيئة الاستثمار في الإقليم وفي المحافظات غير المنتظمة في إقليم، إلا أن هنالك إرباكاً كبيراً في تحديد الاختصاصات الإدارية والفنية لكل منها، الأمر الذي أدى إلى التعارض مع أبسط مبادئ الفيدرالية والمركزية واللامركزية الإدارية.

وهكذا فإن هدفنا هو بيان مواطن الخلل بين ما جاء به القانون من أحكام وبين ثوابت النظام الفيدرالي ومبدأ اللامركزية الإدارية بعد أن نقف على تحديد مفهوم هيئة الاستثمار وبيان طبيعتها ووفق الآتي:-

<sup>١</sup> نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٠٣١) في ١٧/١/٢٠٠٧.

المبحث الأول:- مفهوم النظام الفيدرالي والمركزية واللامركزية الإدارية

المبحث الثاني:- النظام القانوني للهيئة الوطنية للاستثمار

المبحث الثالث:- النظام القانوني لهيئة الاستثمار في الإقليم والمحافظات غير

المنتظمة في إقليم.

المبحث الأول: مفهوم النظام الفيدرالي والمركزية واللامركزية الإدارية والمقارنة بينها

لتغطية عنوان هذا المبحث فإنه ينبغي أن نبين مفهوم كل منها في مطلب ومن ثم

نخصص مطلب ثان للمقارنة فيما بينها.

المطلب الأول: مفهوم النظام الفيدرالي والمركزية واللامركزية الإدارية

الفرع الأول: مفهوم النظام الفيدرالي

أولاً- تعريف النظام الفيدرالي:-

يعرف النظام الفيدرالي بأنه اتحاد مركزي يقوم على تنازل الدول الداخلة فيه عن كل

سيادتها الخارجية وجزء من سيادتها الداخلية بما يؤدي إلى فناء الشخصية القانونية للدول

الأعضاء ونشوء شخص قانوني جديد تمثله الدولة الفيدرالية<sup>١</sup>.

ثانياً - عناصر النظام الفيدرالي<sup>٢</sup>

يقوم النظام الفيدرالي على ما يأتي:-

أ. وحدة الشخصية الدولية:- إذ يكون لدولة المركز الشخصية الدولية دون الولايات والأقاليم التي

تنازلت عن سيادتها الخارجية بالكامل لدولة المركز وينسحب هذا الأمر على مواطني دولة المركز الذين

يتمتعون بجنسيتها دون جنسية الإقليم.

<sup>١</sup> د. عدنان عاجل عبيد - القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق - ط ٢ - مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع - العراق - النجف الاشرف - ٢٠١٢ - ص ٣٩. ولمزيد من التفصيل عن تعريف النظام الفيدرالي انظر القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي - اللامركزية والفيدرالية - ط ٣ - المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٧ - ص ٥١. د. حنان محمد القيسي - بين المخالفات النظرية والمخالفات التطبيقية دستور ٢٠٠٥ العراقي في الميزان - بحث منشور في مجلة الحقوق - كلية القانون - الجامعة المستنصرية - السنة السادسة - العدد (٢٠) - ٢٠١٢ - ص (٦٤) وما بعدها.

<sup>٢</sup> لمزيد من التفصيل انظر د. عدنان عاجل عبيد - المصدر السابق - ص ٤٢ وما بعدها. د. سليمان الطماوي - مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - ط ٤ - دار الفكر العربي - ١٩٦١ - ص ٩٠ وما بعدها.

ب. وجود دستورين أولهما الدستور الاتحادي الذي يسري على الدولة الاتحادية بأقاليمها وولاياتها وثانيهما دستور الولاية الذي يسري في حدود الولاية.

ج- وجود سلطات في المركز والإقليم، ففي الوقت الذي توجد سلطة تنفيذية وتشريعية وقضائية في دولة المركز، نجد إن في الإقليم السلطات نفسها وعادة ما يتولى الدستور الاتحادي توزيع الاختصاصات بين سلطات المركز والإقليم.

هذا وقد تبني العراق النظام الفيدرالي بعد أحداث ٢٠٠٣ وبالتحديد بموجب المادة الرابعة من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤<sup>١</sup> والتي نصت على إن "نظام الحكم في العراق جمهوري اتحادي (فيدرالي) ديمقراطي تعددي..." وقد تكرر هذا الموقف في المادة الأولى من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥<sup>٢</sup> التي نصت على إن "جمهورية العراق دولة اتحادية مستقلة ذات سيادة كاملة..."

## الفرع الثاني: مفهوم المركزية واللامركزية الإدارية

### أولاً: - مفهوم المركزية الإدارية :-

أ تعريف المركزية الإدارية:- تعرف المركزية الإدارية بأنها قصر الوظيفة الإدارية في الدولة- سواء كانت بسيطة أو فيدرالية - على ممثلي الحكومة في العاصمة وهم الوزراء دون مشاركة من هيئات أخرى<sup>٣</sup>.

### ب عناصر المركزية الإدارية<sup>٤</sup>

١- إن جميع المرافق أو الخدمات الإدارية تتبع شخص إداري واحد هو الدولة.

<sup>١</sup> نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد (٣٩٨١) في ٢٠٠٣/١٢/٣١.

<sup>٢</sup> نشر هذا الدستور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٠١٢) في ٢٠٠٥/١/٢٨.

<sup>٣</sup> انظر د. سليمان الطماوي- المصدر السابق- ص ٧٢، هذا وقد تأخذ المركزية إحدى صورتين، الأولى هي التركيز الإداري والتي تتركز بمقتضاها الوظيفة الإدارية بتفصيلها بيد الوزراء في العاصمة دون غيرهم، أما الثانية فهي عدم التركيز الإداري وبمقتضاها يجري تفويض بعض الصلاحيات إلى موظفي الحكومة المنتشرين في الأقاليم المختلفة. لمزيد من التفصيل انظر د. شاب توما منصور- القانون الإداري - دراسة مقارنة- ج ١- دار الطبع والنشر الأهلية- بغداد- ١٩٧٠-١٩٧١- ص ٨٢-٨٣.

<sup>٤</sup> لمزيد من التفصيل انظر د. علي محمد بدير. د. عصام البرزنجي. د. مهدي السلامي- مبادئ وأحكام القانون الإداري- بغداد- ١٩٩٣- ص ١٠٩. د. شاب توما منصور- المصدر السابق- ص ٨٣. د. سليمان الطماوي- المصدر السابق- ص ٧٢-٧٣.

٢- إن المركزية الإدارية تتميز بالتدرج الوظيفي أو السلم الإداري الذي يبدأ بالقاعدة ويتدرج إلى أن يصل إلى الوزير.

وما من شك فإن العراق قد طبق المركزية الإدارية في العديد من القوانين وخصوصاً تلك التي تنظم عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة.

ثانياً :- مفهوم اللامركزية الإدارية

أ تعريف اللامركزية الإدارية

تعرف اللامركزية الإدارية توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية في العاصمة وبين هيئات محلية أو مصلحة منتخبة بحيث تكون هذه الهيئات في ممارستها لوظيفتها الإدارية تحت إشراف ورقابة الحكومة المركزية .<sup>١</sup>

ب عناصر اللامركزية الإدارية<sup>٢</sup>

- ١- الاعتراف بوجود مصالح محلية متميزة عن المصالح ذات الطابع الوطني.
- ٢- قيام أجهزة محلية منتخبة تؤمن تلك المصالح ذات الطابع المحلي.
- ٣- احتفاظ السلطة المركزية بحق مراقبة الهيئات المحلية.

وقد طبق العراق اللامركزية الإدارية بموجب قوانين عدة أهمها قانون المحافظات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٩ الملغي<sup>٣</sup> وقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨<sup>٤</sup>.

المطلب الثاني: المقارنة بين النظام الفيدرالي والمركزية واللامركزية الإدارية

بقدر تعلق الأمر بموضوع البحث، نرى أن نجري المقارنة الآتية:-

أولاً:- المقارنة بين المركزية واللامركزية الإدارية<sup>١</sup>

<sup>١</sup> ويرى الفقه إن اللامركزية الإدارية أما أن تكون إقليمية والتي تتحقق عندما يمنح جزء من الإقليم الشخصية المعنوية وسلطة الإشراف على مرافقه المحلية كالمحافظات وأما أن تكون مصلحة والتي تتحقق عندما يمنح مرفق عام إقليمي أو قومي الشخصية المعنوية كالمؤسسة العامة . لمزيد من التفصيل انظر د. سليمان الطماوي- المصدر السابق- ص ٩٠ د. علي محمد بدير وآخرون- المصدر السابق- ص ١٢١ د. حنان محمد القيسي- المصدر السابق- ص (٦٤).

<sup>٢</sup> د. علي محمد بدير وآخرون- المصدر السابق- ص ١٢١.

<sup>٣</sup> نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد (١٧٨٩) في ١٠/٣/١٩٦٩.

<sup>٤</sup> نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٠٧٠) في ١٣/٣/٢٠٠٨.

يعني كلا النظامين بكيفية ممارسة الوظيفة الإدارية ويجري تنظيمهما بمقتضى القوانين العادية إلا إن هنالك بعض الفروقات بينهما ويمكن إيجازها بالآتي:-

أ في النظام المركزي تصدر القرارات باسم الدولة وبواسطة موظفيها وفقاً للاختصاص المستمد من التشريع أو بناءً على تفويض، أما في اللامركزية الإدارية فإن القرارات تصدر باسم ولحساب شخصية إدارية إقليمية وبواسطة هيئة تستمد وجودها من تلك الشخصية.

ب استقلال الهيئات اللامركزية وعمالها في مواجهة السلطات المركزية بخلاف المركزية الإدارية.

ج- عدم خضوع عمال اللامركزية الإدارية إلى نظام السلم الإداري كما هو الحال في المركزية الإدارية.

ثانياً:- المقارنة بين النظام الفيدرالي واللامركزية الإدارية<sup>٢</sup>

يفترق النظام الفيدرالي عن اللامركزية الإدارية في النقاط الآتية:-

أ تستمد الدويلات والأقاليم المكونة للدولة الفيدرالية اختصاصها من الدستور أما في اللامركزية الإدارية فإن توزيع الاختصاص يكون بمقتضى القوانين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية للدولة بغض النظر عن شكلها.

ب تشترك الأقاليم والدويلات في تكوين السلطة التشريعية للدولة الفيدرالية، الأمر الذي ليس له وجود في نظام اللامركزية الإدارية.

ج- للأقاليم والولايات في الدولة الفيدرالية سلطة سن القوانين ضمن الحدود التي يرسمها الدستور كما ولها محاكمها الخاصة التي تطبق قوانين الإقليم، وهو أمر غير موجود في نظام اللامركزية الإدارية.

<sup>١</sup> د. سليمان الطماوي- المصدر السابق- ص ٩٢. د. علي محمد بدير وآخرون- المصدر السابق- ص ١٣٧

<sup>٢</sup> د. علي محمد بدير وآخرون- المصدر السابق- ص ١٣٧-١٣٨. د. مها بهجت يونس- توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وبين الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في دستور ٢٠٠٥- بحث منشور في مجلة بيت الحكمة- دراسات قانونية- العدد (٢٨)- بغداد- السنة ٢٠١١. ص (٧٧-٧٩).

د- تخضع الأشخاص الإدارية اللامركزية لرقابة السلطات المركزية في حدود معينة، أما في النظام الفيدرالي فإن الأقاليم لا تخضع للرقابة في حدود الأمور التي تدخل في اختصاصها الذي حدده الدستور.

خلاصة لما تقدم من قول فإن هذه الأنظمة سواء ما تعلق منها بالفيدرالية أم المركزية أم اللامركزية الإدارية، قد وجدت لها تطبيقاً بشكل أو بآخر في قانون الاستثمار وذلك من خلال توزيع الاختصاصات ذات الصلة بالاستثمار على هيئات اختلفت مسمياتها لاعتبارات مكانية وفنية وسوف يأتي بيان مفصل لذلك.

### المبحث الثاني: النظام القانوني للهيئة الوطنية للاستثمار

نتناول في هذا المبحث كل من مفهوم الهيئة الوطنية للاستثمار وبيان تشكيلاتها ومن ثم اختصاصاتها وأخيراً طبيعتها القانونية وذلك في المطالب الأربع القادمة.

#### المطلب الأول: مفهوم الهيئة الوطنية للاستثمار<sup>١</sup>

نص البند (أولاً) من المادة (٤) من قانون الاستثمار على أن "تشكل بموجب هذا القانون هيئة تسمى الهيئة الوطنية للاستثمار وتتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس الهيئة أو من يخوله وتكون مسؤولة عن رسم السياسة الوطنية للاستثمار ووضع ضوابط لها ومراقبة تطبيقها وتختص بالمشاريع الاستثمارية الاستراتيجية وذات الطابع الاتحادي واستناداً إلى حكم هذا البند<sup>٢</sup> فإن الهيئة الوطنية للاستثمار تتمتع بالشخصية المعنوية وترتب على ذلك النتائج الآتية :

- ١- إمكانية إجراء التصرفات القانونية بما لا يتعارض مع أهدافها.
- ٢- استقلال الهيئة عن الأشخاص الذين يعملون فيها

<sup>١</sup> لمزيد من التفصيل انظر منتهى جبار زوري- حوافز المستثمر الاجنبي وفقاً لقانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته- رسالة ماجستير- كلية القانون- جامعة بغداد- ٢٠١٥- ص ١٠٨ وما بعدها.

<sup>٢</sup> وقد كان هذا البند ينص على اختصاص هذه الهيئة في وضع الانظمة وهو ما يخالف البند (ثالثاً) من المادة (٨٠) من الدستور، الا ان قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار قد تلافي هذا الامر في المادة (٣/أولاً) منه والذي تدارك في الوقت نفسه التكرار في تعريف هذه الهيئة عندما ألغى الفقرة (ب) من المادة (١) منه وقد كان هذا قانون التعديل بالرقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٣٩٣) في ٢٠١٦/١/٤.

- ٣- استقلال الذمة المالية للهيئة الوطنية للاستثمار .
  - ٤- استقلال الهيئة الوطنية للاستثمار في مسؤوليتها وتحملها للالتزامات
  - ٥- مشاركتها للدولة في جزء في سلطاتها.
- بذلك تكون الهيئة الوطنية للاستثمار بمثابة تشكيل إداري يختص بإدارة وتنظيم العملية الاستثمارية وبالقدر الذي يتعلق بالمشاريع الإستراتيجية. بالإضافة إلى دور رقابي تمارسه الهيئة لضمان تطبيق الضوابط والتعليمات في مجال الاستثمار بشكل عام.
- المطلب الثاني: تشكيلات الهيئة الوطنية للاستثمار**
- لا يمكن لأية مؤسسة أو جهة أن تمارس مهامها الوظيفية ما لم تكن لديها تشكيلات ودوائر وتحدد اختصاصاتها و صلاحياتها وفقاً للقانون أو للنظام الداخلي الخاص بها .
- ولم يكن قانون الاستثمار قبل صدور قانون تعديله الثاني يشير إلى تشكيلات الدوائر التي تتكون منها الهيئة الوطنية للاستثمار بالتفصيل عدا تلك النصوص التي نظمت الوضع القانوني لبعض المناصب كرئيس الهيئة ونائبه في مجلس الإدارة<sup>١</sup> ومع صدور قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار نجد ان الفقرة (١) من البند (رابعاً) من المادة (٤) من قانون الاستثمار قد اصبحت تتضمن الدوائر والاقسام التي تتكون منها الهيئة ولا نرى ضيراً من الإشارة إليها وإلى مضمون النصوص المتعلقة برئيس الهيئة ونائبه ومجلس الادارة ودوائر واقسام الهيئة وفقاً للتفصيل الآتي:-

#### أولاً : رئيس الهيئة ونائبه

كان المشرع قد اشار إلى اصطلاح "رئيس الهيئة " في الفقرة (ز) من المادة (١) من قانون الاستثمار والتي الغيت بصدور قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار وقد كان القصد من

<sup>١</sup> إلا إن هذا النقص كان قد تلافاه في حينه نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ والذي حدد تشكيلات الهيئة بالدائرة القانونية والإدارية والدائرة الاقتصادية ودائرة العلاقات والترويج والإعلام ودائرة النافذة الواحدة وخدمات والمستثمرين بالإضافة إلى أربع أقسام، لمزيد من التفصيل انظر المادة (٧) من النظام أعلاه علماً ان هذا النص قد اصبح معطلا بصدور قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار والذي تضمن في الوقت نفسه في المادة (٣/ خامساً) منه توسيعاً لهذه التشكيلات وهو امر لا نؤيده في الوقت الحاضر لكونه مرهقاً للخزينة العامة ولعدم وجود حاجة ملحة وخصوصاً الدوائر، اما الاقسام فيمكن لرئيس الهيئة استحداثها دون اللجوء إلى القانون وانما وفقاً للصلاحيحة المقررة له في قانون استحداث التشكيلات الادارية ودمجها وتعديل ارتباطها رقم (١٢) لسنة ٢٠١١. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٢٠٠) في ٢٥/٧/٢٠١١.

هذه العبارة هو رئيس الهيئة الوطنية للاستثمار والذي يجري ترشيحه من مجلس الوزراء بناءً على طلب من رئيس مجلس الوزراء ويمارس مهامه لمدة خمس سنوات على أن تُستحصل موافقة مجلس النواب ومصادقة رئيس الجمهورية عليه وهو الحكم نفسه الذي يسري على نائب رئيس الهيئة<sup>١</sup>.

ولم يكن القانون في بادئ الامر قد اشار إلى امكانية تمديد مدة السنوات الخمس التي يمارس فيها رئيس الهيئة ونائبه مهامه، إلا ان قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار قد اجازت تمديد المدة أعلاه لمرة واحدة وخلال (٦٠) ستين يوما من تاريخ انتهاء الولاية<sup>٢</sup>.

وإذا كانت موافقة مجلس النواب على رئيس الهيئة ونائبه معلقة على شرط ترشيح مجلس الوزراء لهما فان إقالة أي منهما أو كليهما كان أمراً متروكاً للسلطة التقديرية لمجلس النواب سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أم بناءً على طلب من مجلس الوزراء على أن تكون لهذا الطلب أسباب موجبة<sup>٣</sup>، ومن ثم فان الإقالة المباشرة كانت خلافاً لقاعدة ألاختصاص المتوازي والذي يقضي بان تكون إقالة أي موظف من الجهة التي عينته وبالإجراءات ذاتها.

وحسناً فعل المشرع عندما تلافى هذا الخلل في قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار والذي جرى بوجه تعديل الفقرة (هـ) من البند (ثالثاً) من المادة (٤) من القانون لتقرأ كالآتي "لمجلس الوزراء اقالة رئيس الهيئة الوطنية للاستثمار ونائبه بناءً على طلب رئيس مجلس الوزراء ولاسباب موجبة للإقالة وبمصادقة مجلس النواب".

#### ثانياً: مجلس إدارة الهيئة

نص البند (ثانياً) من المادة (٤) من قانون الاستثمار على إن "يدير الهيئة الوطنية للاستثمار مجلس إدارة يتألف من (١١) احد عشر عضواً من ذوي الخبرة والاختصاص وحائزين على شهادة جامعية تتناسب واختصاص الهيئة"<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> انظر الفقرة (ج) من المادة (٤) من قانون الاستثمار.

<sup>٢</sup> انظر الفقرة (د) من المادة (٤) من قانون الاستثمار.

<sup>٣</sup> انظر المادة (٤/ثالثاً/هـ) من قانون الاستثمار.

<sup>٤</sup> وقد سماه قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري "مجلس الامناء" ويضم ممثلين عن المستثمرين وذوي الخبرة والجهات التي تقدم خدمات للمستثمرين وتحدد اختصاصاته ونظام عمله واستحقاقات اعضائه بقرار من رئيس مجلس الوزراء. لمزيد من التفصيل انظر المادة (٦٧) منه.

ومن هذا النص نلاحظ ان المشرع قد رفع في قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار عدد اعضاء المجلس من (٩) اعضاء الى (١١) احد عشر عضوا والى شروطا مهمة ينبغي ان تتحقق في عضو مجلس الادارة وهي الخبرة وكونه غير محكوم بجناية او جنحة مخلة بالشرف او أشهر افلاسه وما يبرر موقف المشرع هذا هو النص على هذه الشروط واقتضاؤها في اعضاء مجلس الادارة من القطاع الخاص حصرا وذلك لكون المشرع -في رأينا- قد افترض تحققها ضمنا في عضو مجلس الادارة من ممثلي القطاع العام بوصفها شروطا للتعين في الوظيفة<sup>١</sup>.

عليه فأن مجلس الإدارة هو المكلف بإدارة الهيئة الوطنية للاستثمار وان هنالك شروطاً اقتضاها النص أعلاه في أعضاء مجلس الإدارة والذين يجري اختيارهم وفقاً للاتية :  
أعيين رئيس مجلس الوزراء خمسة من الأعضاء من القطاع العام لمدة خمس سنوات بدرجة مدير عام وهم أعضاء غير متفرغين للعمل في الهيئة الوطنية للاستثمار بدون مكافأة<sup>٢</sup>.

ب يختار رئيس مجلس الوزراء ثلاثة أعضاء من القطاع الخاص لمدة خمس سنوات على أن يرشحهم رئيس الهيئة الوطنية للاستثمار ممن لديهم مشروع استثماري داخل العراق وغير محكوم بجناية عادية<sup>٣</sup> او جنحة مخلة بالشرف او أشهر افلاسه<sup>٤</sup>، وفي الإطار نفسه نجد إن أعضاء المجلس من منتسبي القطاع الخاص كانوا يتقاضون مكافآت يجري تحديدها بموجب النظام الداخلي للهيئة الا انه بصدر قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار فانهم اصبحوا يمارسون مهامهم من دون مكافآت.

ويُنْفهم من نصي المادة (٤/ثانيا) والمادة (٤/ثالثا/ج) من قانون الاستثمار شروط العضو من القطاع الخاص بالاتي:-

<sup>١</sup> لمزيد من التفصيل انظر الفقرة (ج) من البند (ثالثا) من المادة (٤) من قانون الاستثمار.

<sup>٢</sup> انظر المادة (٤/ثالثا/ب) من قانون الاستثمار. وقد أكد هذا الحكم البند (ثانيا) من الأمر الديواني المرقم (٧٩) في ٢٠٠٨/٨/٤ الذي نص على أن يمارس ممثلو القطاع العام في مجلس الإدارة في الهيئة مهامهم بالإضافة إلى مهامهم الأخرى في دوائرهم الرسمية. هذا وقد اقتضى مشروع قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار ان يكون التعيين بناءً على ترشيح من رئيس الهيئة الوطنية للاستثمار وهو امر حسن لكون رئيس الهيئة هو الادري بمتطلبات الهيئة من الاختصاصات .

<sup>٣</sup> ولم يستلزم قانون الاستثمار في الجناية ان تكون مخلة بالشرف ومن ثم لا يصح ان يكون عضوا في مجلس الادارة من القطاع الخاص اذا ارتكب اية جناية بخلاف ممثلي القطاع العام.

<sup>٤</sup> انظر المادة (٤/ثالثا/ج) من قانون الاستثمار

- ١- ان يكون من ذوي الخبرة والاختصاص.
  - ٢- ان يكون حائز على شهادة جامعية اولية تتناسب واختصاص الهيئة.
  - ٣- غير محكوم عليه بجناية عادية او جنحة مخلة بالشرف او ممن أشهر افلاسهم.
  - ٤- ان يكون لديه مشروع استثماري داخل العراق<sup>١</sup>
- كما وان المادة (٤/ثالثا/ ز) من قانون الاستثمار قد أوجبت على مجلس الإدارة أن يعقد اجتماعه بناءً على دعوة من رئيسه<sup>٢</sup> فضلا عن ذلك فان تحديد نصاب الانعقاد واتخاذ القرارات والتوصيات يكون بنظام الأغلبية المطلقة في التصويت.
- أضف إلى ذلك فأن القانون قد منح الهيئة الوطنية للاستثمار الاختصاص في إصدار النظام الداخلي لمجلس الإدارة بغية تنظيم سير العمل فيه وبذلك فأن هذا النظام يختلف عن النظام الداخلي للهيئة والذي ينبغي صدوره من مجلس الوزراء على وفق أحكام البند (ثانيا) من المادة (٣٠) من قانون الاستثمار<sup>٣</sup> إذ يعني النظام الداخلي للهيئة بتحديد تشكيلات الهيئة وتقسيماتها ومهامها وسير العمل فيها وصلاحيات الهيئة والشؤون المالية وشؤون الموظفين وأية امور اخرى.
- أما صلاحيات مجلس الإدارة فقد جاءت نصوص القانون خالية من الإشارة إليها إلا إن نظام الاستثمار قد تلافي هذا النقص من القانون فحدد اختصاصات مجلس الإدارة<sup>٤</sup> بالاتي:-
- ١- وضع سياسة إستراتيجية وطنية عامة للاستثمار ووضع الخطط والأنظمة والضوابط لها.
  - ٢- تحديد الإجراءات اللازمة لمراقبة ومتابعة وتقييم أداء المشاريع الاستثمارية من خلال لجان تشكل لهذا الغرض.
  - ٣- تحديد القطاعات الاستثمارية الأكثر أهمية.

<sup>١</sup> ويلاحظ انه بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار لم تعد مدة الخبرة والاختصاص لمدة (١٠) شرطا لعضوية ممثلي القطاع الخاص وتم الاستعاضة عن ذلك بشرط كون لديه مشروع استثماري داخل العراق وهو شرط يحتمل التأويل الا انه في رأينا ينصرف الى اي مشروع استثماري حاصل على رخصة او اجازة استثمار بموجب قانون الاستثمار او اي قانون اخر وذلك لكون العبارة قد وردت مطلقة وان المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقيد.

<sup>٢</sup> وكان -في رأينا- من الاجدر ان لا يُعلق عقد اجتماع مجلس الادارة على دعوة الرئيس اليه وانما يكون عقده دوريا كأن يكون مرة واحدة في الشهر في الاقل فضلا عن امكانية عقده بناءً على دعوته.

<sup>٣</sup> انظر المادة (٤\ثالثا\ ز) من قانون الاستثمار والتي تم على أساسها إصدار النظام الداخلي لسير عمل مجلس إدارة الهيئة الوطنية للاستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤١٢٦) في ٢٢/٦/٢٠٠٩.

<sup>٤</sup> انظر المادة (٥) من نظام الاستثمار.

٤- إعداد خارطة بمشاريع الاستثمار في جمهورية العراق في ضوء المعلومات التي يتم الحصول عليها من هيئات الاستثمار في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم وللمجلس أن ينسق مع الوزارات ذات العلاقة لإعداد هذه الخارطة .

٥- إعداد قوائم بفرص الاستثمار في المشاريع الاستثمارية الإستراتيجية ذات الطابع الإتحادي.

٦- تحديد المناطق التنموية للمشاريع الاستثمارية .

٧- اقتراح المناطق الاستثمارية الآمنة وعرضها على مجلس الوزراء للموافقة عليها.

٨- تشكيل لجان دائمة تتولى تسيير العمل في الهيئة .

#### ثالثاً: - دوائر وأقسام الهيئة

لم يكن قانون الاستثمار عند صدوره قد حدد التشكيلات التي تتكون منها الهيئة الوطنية للاستثمار وقد جرى في حينه سد هذا النقص في المادة (٧) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩<sup>١</sup>.

الا انه بصدر قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار فان تشكيلات هذه الهيئة قد تحددت بشكل واضح في المادة (٤/رابعاً) من قانون الاستثمار وكالاتي:-

١- الدائرة الادارية والمالية.

٢- الدائرة القانونية.

٣- الدائرة الاقتصادية والفنية.

٤- دائرة العلاقات والاعلام.

٥- دائرة النافذة الواحدة وخدمات المستثمرين.

٦- قسم التنسيق مع المحافظات.

٧- قسم الرقابة والتدقيق الداخلي.

٨- قسم تكنولوجيا المعلومات.

٩- قسم العقود.

<sup>١</sup> نُشر هذا النظام في الجريدة الرسمية بالعدد (٤١١١) في ٢/٣/٢٠٠٩.

١٠- قسم التصاريح الامنية.

١١- مكتب رئيس الهيئة.

هذا وقد اصبح من الضروري تعديل النظام الداخلي لتشكيلات الهيئة الوطنية للاستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠١٣<sup>١</sup> لمواكبة التعديلات التي جاء بها قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار.

ومن جهة اخرى نجد ان المادة (٤/ رابعا/ ب) من قانون الاستثمار (والمضافة بموجب قانون التعديل الثاني له) قد منحت لرئيس الهيئة الوطنية للاستثمار استحداث اقسام حسب الحاجة والضرورة لها وبمصادقة مجلس ادارة الهيئة وتحدد مهامها وفق نظام داخلي ونعتقد ان هذا النص معيب في الالوجه الاتية:-

(١) انه علق استحداث الاقسام من رئيس الهيئة انفة الذكر على مصادقة مجلس الادارة وهو امر لا يجوز قانونا لان الاختصاص في اصدار الانظمة الداخلية هو للوزير او من بدرجته وهذا ما لا ينطبق على مجلس الادارة.

(٢) انه يتعارض مع احكام المادة (٣٠/ ثانيا) من قانون الاستثمار التي اعطت لمجلس الوزراء اصدار انظمة داخلية وهو امر غير مقبولان تختص جهتين باصدار هذا النظام الداخلي.   
المطلب الثالث: اختصاصات الهيئة الوطنية للاستثمار

إضافة إلى الاختصاصات التي تمارسها الهيئة الوطنية للاستثمار من خلال مجلس الإدارة بصفته احد مكوناتها فأن هنالك اختصاصات اخرى تمارسها هذه الهيئة ورد النص عليها في نصوص متفرقة .

وكما ذكرنا في مناسبة سابقة فأن اختصاصات الهيئة ومهامها تتحدد وفقاً لنظام داخلي يصدر عن مجلس الوزراء<sup>٢</sup> .

فضلا عن ذلك فأن الهيئة الوطنية للاستثمار تختص بمنح إجازات الاستثمار للمشاريع الاستثمارية الإستراتيجية ذات الطابع الاتحادي وقد تأكد هذا الاختصاص للهيئة بمقتضى نصوص عديدة<sup>١</sup> .

<sup>١</sup> نُشر هذا النظام الداخلي في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٣٠٤) في ٣٠/١٢/٢٠١٣.

<sup>٢</sup> انظر البند (ثانياً) من المادة (٣٠) من قانون الاستثمار.

وفي الوقت الذي أكد فيه المشرع على هذا الاختصاص للهيئة الوطنية للاستثمار إلا أنه قد ترك فراغاً تشريعياً إزاء تحديد المقصود بهذه المشاريع وأنواعها ومعايير تحديدها، غير إن هذا الفراغ قد تم سده في نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩، إذ نصت المادة (٤/ثانياً) منه على أنه "تعد المشاريع الاستثمارية التالية مشاريعاً إستراتيجية ذات طابع اتحادي :-

أ- المشاريع المتعلقة بالبنى التحتية التي لا يقل رأس مالها عن (٥٠٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دولار أمريكي أو ما يعادله بالدينار العراقي.

ب- المشاريع المشتركة بين أكثر من إقليم أو محافظة غير منتظمة في إقليم

ج- المشاريع المتعلقة باستخراج الثروات الطبيعية مع مراعاة ما ورد في المادة (٢٩) من قانون الاستثمار .

د- المشاريع التي تنشأ بموجب اتفاقية تكون جمهورية العراق طرفاً فيها.

هـ- مشاريع الصناعات الهندسية والمعدنية والبتروكيمياوية والدوائية وتصنيع وإنتاج العجلات المختلفة التي لا يقل رأس مالها عن (٥٠٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دولار أمريكي أو ما يعادله بالدينار العراقي .

و- مشاريع تطوير المناطق الأثرية والتاريخية .

ز- مشاريع النقل كالطرق والموانئ والمطارات وسكك الحديد على أن لا يقل رأس مالها عن (٣٠٠٠٠٠٠٠٠) ثلاثين مليون دولار أمريكي أو ما يعادله بالدينار العراقي .

ح- مشاريع الكهرباء التي لا تقل طاقتها الإنتاجية عن (٣٠) ثلاثين ميكا واط .

ط- مشاريع الخزانات والسدود ومشاريع الري التي لا تقل المساحة المروية فيها عن (٢٠٠٠٠) عشرين ألف دونم .

ي- المشاريع المتعلقة بالاتصالات .

ك- المشاريع التي لا يقل رأس مالها عن (١٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠) مليار دولار أمريكي.

ل- أية مشاريع أخرى يقرر مجلس الوزراء اعتبارها إستراتيجية ذات طابع اتحادي.

يتضح لنا من هذا النص إن المشرع قد اعتمد في تحديد المشاريع الإستراتيجية على اسلوبين هما :

١- اسلوب التعداد لبعض المشاريع المنتمية إلى قطاعات معينة كقطاع الصناعة والسياحة والنقل والاتصالات .

٢- الأسلوب الوصفي الذي يعتمد على معايير معينة لتمييز المشاريع الإستراتيجية من غيرها .

وبغض النظر عن القطاع الذي ينتمي إليه المشروع ومن ذلك مثلا المشاريع المشتركة بين أكثر من إقليم أو محافظة غير مرتبطة بإقليم والمشاريع التي لا يقل رأس مالها عن مليار دولار أمريكي أو مايعادله بالدينار العراقي .

ومما تجدر الإشارة إليه هو إن نظام الاستثمار النافذ قد أشار إلى إمكانية إجراء الإضافة على المشاريع الإستراتيجية عندما منح مجلس الوزراء في المادة (٤/ثانيا/ل) منه، صلاحية عد أية مشاريع أخرى لم ترد في البند (ثانيا) من المادة نفسها مشاريعا إستراتيجية وما من شك فان هذه المرونة تحديد المشاريع الإستراتيجية لها أهميتها في مواجهة ما قد تطرأ على القطاعات الاقتصادية من تغيرات .

علاوة على ذلك فان قانون الاستثمار لم يحدد الجهة التي تعين المشاريع الإستراتيجية ذات الطابع الاتحادي، إلا إن التوجه الذي جرى تبنيه هو عقد هذا الاختصاص لمجلس الوزراء وليس الهيئة الوطنية للاستثمار من خلال النظام الذي أصدره وذلك لأنه ومن غير المنطقي أن تحدد هذه الهيئة اختصاصاتها مع وجود هيئات الاستثمار في المحافظات التي لا ترضى بهذا الخيار بأي حال من الأحوال. كما وانه من غير المنطقي إناطة أية جهة مهمة تحديد اختصاصاتها لكي لا تضع نفسها في موضع الطعن والتشكيك من الجهات الأخرى التي تتنازع معها في تلك الاختصاصات .

ومهما يكن فان منح اجازة الاستثمار للمشاريع الاستراتيجية ذات الطابع الاتحادي من هيئة الاقليم او المحافظة غير المنتظمة في اقليم امرٌ ينطوي على مخالفة قانونية وهو ما ايده القضاء في قراراته ومنها قرار محكمة القضاء الاداري بخصوص منح اجازة استثمار من هيئة استثمار محافظة كركوك لمشروع استراتيجي ذا طابع اتحادي والذي جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة

وجدت المحكمة ان المدعي اضافة لوظيفته يطعن بامتناع المدعى عليه الثاني اضافة الى وظيفته عن منحه اجازة استثمار على قطعة الارض المرقمة (٢٣/ م ٩ كوركه جال كركوك) لانشاء مجمع سكني متكامل عليها من شركة روعة الصمود والبالغة مساحتها (٢٠٠) دونم وبراس مال بلغ (٥) خمسة مليارات دولار حسب اقرار وكيله في جلسة ٢٠١٧/٢/١٥ يُعد بذلك مشروعاً استراتيجياً استناداً الى نص المادة (٤/ثانياً/ك) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ وليكن منح الاجازة عنه خارج صلاحية المدعى عليه الثاني اضافة لوظيفته ويدخل في اختصاص الهيئة الوطنية للاستثمار التي صرف المدعي النظر عن مخاصمتها في جلسة ٢٠١٤/٢/٥<sup>١</sup>

#### المطلب الرابع: الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية للاستثمار

ذكرنا سابقاً إن المشرع لم يحدد صراحةً الوصف الإداري للهيئة الوطنية للاستثمار ولا مستواها، إلا انه يمكن القول بان الهيئة هي جهة غير مرتبطة بوزارة وذلك للأسباب الآتية :

أ إن رئيس الهيئة هو بدرجة وزير وان نائبه بدرجة وكيل وزير وهذا الوصف يناظر وصف رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ونائبه .

ب إن إجراءات تعيين رئيس الهيئة ونائبه وإقالتهم تشبه إجراءات تعيين أو إقالة رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ونائبه.

ج- لا يمكن عد رئيس الهيئة وزيراً لكونه لا يشترك في اجتماعات مجلس الوزراء.

وفي الإطار نفسه نجد إن الفقرة (ح) من البند (ثالثاً) من المادة (٤) من قانون الاستثمار قد نصت على أن "ترتبط الهيئة الوطنية للاستثمار برئيس لمجلس الوزراء"، إذ يشير هذا النص جديلاً لما جاء به من غموض في تحديد طبيعة هذا الارتباط. فما يحتمله هذا النص هو احد الاحتمالين الآتيين :

<sup>١</sup> انظر قرار هذه المحكمة في الدعوى المرقمة (٢٣٧/ق/٢٠١٣) في ٢٠١٧/٣/١ - غير منشور.

ألاحتمال الأول : وينصرف إلى عد الهيئة الوطنية للاستثمار مرتبطة ارتباطاً عضوياً برئيس مجلس الوزراء ومن ثم فإنها تعد جزءاً لا يتجزأ من رئاسة مجلس الوزراء.

ألاحتمال الثاني: والذي ينطوي على عدم إنكار ارتباط الهيئة الوطنية للاستثمار برئيس مجلس الوزراء إلا إنها لا تعد جزءاً من رئاسة مجلس الوزراء .

وفي اعتقادنا فإن الفكرة الثانية هي الأقرب إلى الصواب وذلك لان الهيئة الوطنية للاستثمار لها شخصيتها المعنوية المستقلة ولها موازنتها وذمتها المالية وأهليتها الخاصة بها ولها تشكيلاتها ودوائرها التي تقرّر مسمياتها وصلاحياتها بموجب نظام داخلي يصدر عن مجلس الوزراء إضافة إلى إن لمنتسبي الهيئة نظام رواتب ومستحقات خاصة بهم ولا يشمل غيرهم من موظفي الدولة وان كانوا من منتسبي رئاسة مجلس الوزراء<sup>١</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم فإن الهيئة الوطنية للاستثمار لا تعدو أن تكون تشكيل إداري اتحادي يطبق نظام المركزية الإدارية في حدود المشاريع الإستراتيجية وذات الطابع الاتحادي سواء كانت هذه المشاريع في العاصمة أم في الإقليم أم في المحافظات غير المنتظمة في الإقليم.

هذا وقد نص البند (ثالثاً) من المادة (٢٥) من نظام الاستثمار نص على ان "الرئيس الهيئة الوطنية للاستثمار أن يعين مندوبين للهيئة في الإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم لفحص وتدقيق طلبات المستثمرين في المشاريع الإستراتيجية ومفاتحة الوزارات والدوائر المعنية لاستحصال موافقاتها وفق الإجراءات والمدد المنصوص عليها قانوناً".

من ذلك يتضح إن المركزية الإدارية التي تمارسها الهيئة الوطنية للاستثمار تتمثل في صورتها الشائعة وهي عدم التركيز الإداري والمتمثلة بمنح بعض الصلاحيات من قبل المركز إلى أشخاص آخرين وهم المندوبين.

المبحث الثالث: النظام القانوني لهيئة الاستثمار في الإقليم والمحافظات في المنتظمة في إقليم

<sup>١</sup> انظر الفقرة (ثالثاً) من المادة (٤) من قانون الاستثمار.

نتناول في المبحث النظام القانوني لهيئة الاستثمار في كل من الإقليم والمحافظه غير المنتظمة في إقليم وذلك في المطلبين الآتيين

**المطلب الأول: النظام القانوني لهيئة الاستثمار في الإقليم**

**أولاً:- مفهوم هيئة الإقليم**

عرفت البند (رابعاً) من المادة (١) من قانون الاستثمار هيئة الإقليم بأنها "هيئة الاستثمار في الإقليم والمسؤولة عن التخطيط الاستثماري ومنح إجازات الاستثمار في الإقليم". كما وان البند (أولاً) من المادة (٥) من قانون الاستثمار قد اعترف لهيئة الإقليم بالشخصية المعنوية.

نستنتج من ذلك إن هيئة الإقليم تمارس مهامها في المناطق الخاضعة للإقليم وعلى الرغم من أهمية هيئة الإقليم إلا إن المشرع لم يرصد لها نصوص كثيرة في قانون الاستثمار لتحديد مفهومها ولعل المشرع قد أراد من هذا الموقف أن يترك تنظيم هذا الأمر للهيئات الدستورية في الإقليم ووفقاً لما تتمتع به من سلطات في التشريع.

ولكون الإقليم بمثابة ولاية أو دويلة داخل دولة فيدرالية من جهة ولما لم يكن في العراق سوى إقليماً واحداً وهو إقليم كردستان من جهة ثانية وحيث إن المجلس الوطني لهذا الإقليم قد سن قانوناً للاستثمار، لذا نرى من الضروري أن نعرض على بعض نصوصه وأحكامه.

فقد نص البند (أولاً) من المادة (١٠) من قانون الاستثمار في إقليم كردستان على أن "تشكيل هيئة باسم (هيئة الاستثمار في إقليم كردستان) تكون لها شخصية معنوية واستقلال مالي وإداري ولها القيام بجميع التصرفات القانونية اللازمة لأغراض تنفيذ أحكام هذا القانون .

من هذا النص نلاحظ إن المشرع قد اعترف صراحة بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة وان الغرض من إنشائها هو تنفيذ قانون الاستثمار في هذا الإقليم ومن ثم فان صلاحيات الهيئة في إجراء التصرفات القانونية ينبغي أن تنفذ بحدود هذا الغرض.

ولم يحدد هذا القانون صراحةً المستوى الإداري لهيئة الاستثمار في الإقليم إلا انه يمكن استنتاج ذلك ضمناً، إذ لما كان رئيس هيئة الإقليم بدرجة وزير في الإقليم وله حقوق

وصلاحيات الوزير وحيث إن المشروع قد استخدم مصطلح الهيئة ولم يشير إلى تسمية الوزارة لذا فإنه يمكن وصف هيئة الإقليم على إنها جهة غير مرتبطة بوزارة من وزارات حكومة الإقليم. وفي الوقت الذي لم يبين فيه قانون الاستثمار في إقليم كردستان الجهة التي ترتبط بها هيئة الإقليم، نجد أن قانون الاستثمار قد حدد هذه الجهة برئيس وزراء الإقليم، كما وأخضع تصرفاتها وأعمالها لرقابة مجلس الإقليم<sup>١</sup>

### ثانياً :- تشكيلات هيئة الإقليم

تشكل هيئة الإقليم من تسعة أعضاء في الأقل من ضمنهم الرئيس ونائبه وذلك وفقاً لمضمون الفقرة (ج) من البند (ثانياً) من المادة (٥) من قانون الاستثمار، ويلاحظ في هذا الاطار ان قانون الاستثمار كان قد اشترط في عضو مجلس الادارة الشروط الآتية:-

أ أن يكون من ذوي الخبرة والاختصاص لمدة لا تقل عن سبع سنوات.

ب أن يكون حائزاً على شهادة جامعية تناسب واختصاص الهيئة .

ج- أن يكون غير محكوم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف .

د- أن لا يكون قد أشهر إفلاسه<sup>٢</sup>.

الا انه بصدد قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار فان هذه الشروط قد اقتضرت على اعضاء مجلس الادارة من القطاع الخاص في هيئة استثمار المحافظة كما سيأتي ذكره ويعد هذا نقصاً تشريعياً الا ان قانون الاستثمار في إقليم كردستان قد تلافي هذا النقص ولما كان من المفروض أن يتم تحديد تشكيلات الهيئة وتقسيماتها بموجب نظام داخلي يصدر عن مجلس الوزراء<sup>٣</sup>، نجد إن قانون الاستثمار في إقليم كردستان قد حدد ضمناً بعض هذه التشكيلات عندما أشار إلى الدوائر التي ترتبط برئيس الهيئة وهي كالآتي:-

- ١- دائرة الدراسات والمعلومات .
- ٢- دائرة ترويج وتصميم وإجازة المشاريع .
- ٣- دائرة الشؤون القانونية والإدارية والمالية .

<sup>١</sup> انظر البند (سادساً) من المادة (٥) من قانون الاستثمار.

<sup>٢</sup> انظر البند (ثانياً) من المادة (٥) من قانون الاستثمار.

<sup>٣</sup> انظر البند (ثانياً) من المادة (٣٠) من قانون الاستثمار.

#### ٤- دائرة المدن والمناطق الصناعية .

فضلا عن ذلك فقد تقررر لهيئة الإقليم صلاحية استحداث أقسام وشعب ودمجها وإلغائها عند الاقتضاء<sup>١</sup>. أما الشكليات التابعة للدوائر التي تتكون منها الهيئة فإن تحديدها وبيان فروعها ومهامها يتقرر بنظام تضعه هيئة الإقليم بعد المصادقة عليه من المجلس الأعلى للاستثمار .

علاوة على ما تقدم، فقد وردت الإشارة إلى المجلس الأعلى للاستثمار وذلك في الفصل الثاني من قانون الاستثمار في إقليم كردستان، فوفقاً لأحكام البند (أولاً) من المادة (١٤) من هذا القانون فإن المجلس الأعلى للاستثمار يتألف من وزراء المالية والاقتصاد والتجارة والبلديات والتخطيط والزراعة والصناعة بالإضافة إلى رئيس هيئة الاستثمار ويرأس المجلس رئيس مجلس وزراء الإقليم وينوب عنه عند غيابه نائب رئيس مجلس وزراء الإقليم .

إن قراءة بسيطة لاختصاصات المجلس الأعلى للاستثمار والواردة في البند (ثالثاً) من المادة (١٤) من قانون الاستثمار في إقليم كردستان، نجد إن القانون قد جعل من هذا المجلس جهة عليا ترتبط بها هيئة الإقليم دون أن يكون جزءاً منها، إذ إن كل منهما منفصل عن الآخر على الرغم كون رئيس هيئة الإقليم عضواً في المجلس الأعلى، إذ أن لهيئة الإقليم شخصية معنوية مستقلة ويمثلها رئيسها وهو بدرجة وزير للتعبير عن إرادتها وترتبط برئيس وزراء الإقليم وفقاً لأحكام البند (سادساً) من المادة (٥) من قانون الاستثمار الأمر الذي يدعونا إلى التوصية بإزالة هذا التعارض وبما ينسجم مع القوانين الاتحادية.

#### ثالثاً :- اختصاصات هيئة الإقليم

تمتع هيئة الإقليم بصلاحيات كثيرة وتمارس مهاماً متنوعة وردت في نصوص كل من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وقانون الاستثمار في إقليم كردستان، فقد قضت المادة (٥/أولاً) من قانون الاستثمار بأن تتمتع هيئة الإقليم بصلاحيات منح إجازات الاستثمار والتخطيط الاستثماري وتشجيع الاستثمار وفتح فروع في المناطق الخاضعة لها بالتشاور مع الهيئة الوطنية للاستثمار.

<sup>١</sup> انظر البند (رابعاً) من المادة (١٠) من قانون الاستثمار في إقليم كردستان.

كما نصت المادة (٥/خامسا) من القانون ذاته على أن "تقوم هيئة الإقليم" بوضع خططها الاستثمارية بما لا يتعارض والسياسة الاستثمارية الاتحادية وتقوم بإعداد قوائم بفرص الاستثمار في المناطق الخاضعة لها مع معلومات أولية عن المشاريع وتوفيرها للراغبين بالاستثمار". وقد نص قانون الاستثمار في إقليم كردستان على إن المهام التي تضطلع بها هيئة الإقليم وهي مهام إدارية مالية وفنية وتنسيقية متنوعة<sup>١</sup>.

#### رابعا: - الطبيعة القانونية لهيئة الإقليم.

لم يحدد القانون صراحة الطبيعة القانونية لهيئة الإقليم بالرغم من أهمية النتائج التي قد تترتب على تحديد هذه الطبيعة ولعل من أهمها تحديد أوصاف علاقة هذه الهيئة بالهيئة الوطنية للاستثمار ومع ذلك فإنه بالإمكان ومن خلال قراءة بعض النصوص أن نحدد بصورة ضمنية الطبيعة القانونية لهيئة الإقليم على أساس كون الإقليم احد مكونات الدولة ذات النظام الفيدرالي ويطلق عليه في دول فيدرالية اخرى اصطلاح الدويلة أو الولاية أو الكانتون وغيرها من المسميات.

وعلى هذا الأساس فإنه للإقليم - وكما ذكرنا سلفا - سلطات تشريعية وتنفيذية وقضائية وبالقدر الذي يتعلق بشؤون الإقليم وبالشكل الذي لا يتعارض مع القوانين المركزية والدستور الفيدرالي الذي يحدد عادةً تلك السلطات والاختصاصات وكيفية حل التعارض الذي قد يحصل في ممارسة الاختصاصات من مؤسسات الإقليم والمؤسسات المركزية<sup>٢</sup>.

بناءً على ما تقدم يمكن وصف هيئة الاستثمار في الإقليم بأنها مؤسسة من مؤسسات حكومة الإقليم وهي لا ترقى إلى أن تكون وزارة من وزارات حكومة الإقليم وإنما بمثابة جهة غير مرتبطة بوزارة فيها ولعل ما يسوغ قولنا هذا بعض الأسباب يمكن إجمالها بالآتي:-

- ١- لم يرد في قانون الاستثمار ولا في قانون الاستثمار في إقليم كردستان ما يقرر صراحة عد هذه الهيئة بمثابة وزارة وإنما أطلق عليها تسمية هيئة، ولا شك في إن هذه الهيئة لا ترتبط بوزارة من وزارات حكومة الإقليم لكون رئيسها بدرجة وزير من وزراء الإقليم

<sup>١</sup> و لمزيد من التفصيل انظر المواد (٤)، (٦)، (٩)، (١٠)، (١٣) من قانون الاستثمار في إقليم كردستان.

<sup>٢</sup> لمزيد من التفاصيل انظر الفصل الأول من الباب الخامس من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

ومن ثم فإنه من غير المقبول أن يرتبط الوزير بوزير آخر . وقد تأكد هذا الحكم في المادة (٥/ سادسا) من قانون الاستثمار التي نصت صراحة على ارتباط هيئة الإقليم برئيس وزراء الإقليم .

٢- لهيئة الاستثمار في الإقليم نظامها الداخلي الخاص بها والمتضمن تشكيلاتها وتقسيماتها ومهامها والذي يختلف عن النظام الداخلي للهيئة الوطنية للاستثمار وهيئة المحافظة .

٣- لهيئة الاستثمار في الإقليم شخصية معنوية مستقلة عن الشخصية المعنوية للهيئة الوطنية للاستثمار وهيئة المحافظة وبالتالي فإن لها ذمة مالية مستقلة وموازنة مستقلة لها حرية إجراء بعض التصرفات ولها حق التقاضي أمام المحاكم والجهات القضائية الأخرى .

المطلب الثاني: النظام القانوني لهيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم أولاً:- مفهوم هيئة استثمار المحافظة

عرف البند (خامسا) من المادة (١) من قانون الاستثمار هيئة المحافظة بأنها "هيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم المسؤولة عن التخطيط الاستثماري ومنح إجازات الاستثمار في المحافظة".

بذلك فإن هيئة الاستثمار في المحافظة هي بمثابة تشكيل إداري يمارس اختصاصاته المقررة قانوناً ضمن حدود مكانية معينة لا تتعدى المناطق الخاضعة للمحافظة .

وفي بادئ الأمر لم يأت قانون الاستثمار بنص صريح يشير إلى منح هذه الهيئة الشخصية المعنوية اسوة بالهيئة الوطنية للاستثمار مما أثار جدلاً واسعاً<sup>١</sup>، إلا أنه وبصدور قانون

<sup>١</sup> انظر البند (أولاً) من المادة (٤) من قانون الاستثمار . فقد قيل آنذاك بأن القانون قد قصد منح هيئة الاستثمار هذه الشخصية ضمناً ويمكن استقراء هذا الحكم مما يأتي :-

أ. إن لهيئة المحافظة موازنة سنوية مستقلة تتكون مواردها من المبالغ التي تخصص لها من الموازنة العامة للدولة علماً أن الموازنة المستقلة لا تخصص إلا للتشكيلات التي تتمتع بالشخصية المعنوية على اعتبار إنها نتيجة من النتائج المترتبة على الاعتراف بهذه الشخصية .

ب. وبناء على إقرار الموازنة المستقلة لهذه الهيئة فإنها تتمتع بالصلاحيات الإدارية والمالية الكاملة إضافة إلى اختصاصاتها الفنية ومن دون الرجوع إلى الجهات المرتبطة بها إلا إذا قرر القانون خلاف ذلك كأن تستحصل الهيئة موافقة مجلس الوزراء قبل منح إجازة الاستثمار للمشاريع التي تزيد قيمها على (٢٥٠) مليون دولار .

ج- تتكون هيئة المحافظة من تشكيلات وتقسيمات إدارية تتحدد وفقاً لنظام داخلي خاص بها اسوة بالنظام الداخلي للهيئة الوطنية للاستثمار .

التعديل الأول لقانون الاستثمار أصبحت تتمتع بهذه الشخصية، إذ نص البند (أولا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار على إن "تشكل في الإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم هيئات استثمار تتمتع بالشخصية المعنوية.....". وقد تأكد هذا الحكم بصور قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار.

ان لهذا الأمر أهميته في منح قدر من الاستقلالية في العمل والإدارة لهذه الهيئة فضلا عن إزالة الغموض في شان تحديد طبيعتها القانونية، وخصوصا فيما يتعلق بمستواها الإداري كما سيأتي ذكره.

واستناداً إلى قانون الاستثمار فإن هيئة المحافظة يترأسها موظف كان قبل صدور قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار بدرجة مدير عام، يعين باقتراح من المحافظة غير المنتظمة في إقليم وبموافقة مجلس الوزراء ويكون رئيسا لمجلس إدارة الهيئة، كما ويكون للرئيس نائبا يُعين بدرجة معاون مدير عام لمدة (٥) خمس سنوات ويكون نائبا للمجلس<sup>١</sup>.

الا انه بصور قانون التعديل آنف الذكر فقد أُجريت تعديلات على نص المادة (٥/ثانيا/أ) لتُقرأ كالآتي "يعين رئيس هيئة المحافظة وفقا لاحكام البند (تاسعا/١) من المادة (٧) من قانون التعديل الثاني لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ ويكون رئيسا لمجلس ادارة الهيئة على ان يكون من ذوي الخبرة والاختصاص ولديه خبرة وظيفية لا تقل عن (١٠) سنوات بعد حصوله على شهادة جامعية اولية ويعين بعنوان مدير عام لمدة (٥) سنوات قابلة للتديد ولمرة واحدة"<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> انظر الفقرتين (أ) و (ب) من البند (ثانيا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار قبل تعديلهما. وبالمعنى نفسه انظر البند (ثانيا) من المادة (١١) من نظام الاستثمار .

<sup>٢</sup> ويلاحظ على هذا النص بانه لم يبلغ ضمنا دور مجلس الوزراء في الموافقة على تعيين المدير العام لكونه يتمتع بهذه الصلاحية وفقا للدستور فضلا عن كون هذا النص يعزز أكثر من سابقه من مفهوم اللامركزية الادارية لالغائه لدور رئيس الهيئة الوطنية للاستثمار في اجراء التعيين.

ويقدر تعلق الامر بمهام رئيس الهيئة بوصفه رئيسا لمجلس الادارة نجد ان اجتماع هذا المجلس لا ينعقد الا بدعوة منه وان خلو هذا المنصب من الرئيس لا يجيز لنائب الرئيس ممارسة هذه الصلاحية في حالة عدم الموافقة على تعيينه رئيسا للهيئة.<sup>١</sup>

#### ثانيا : - تشكيلات هيئة استثمار المحافظة

لهيئة المحافظة مجلس إدارة يتكون من (٩) تسعة أعضاء بما فيهم الرئيس ونائب الرئيس<sup>٢</sup> يختار المحافظة تعيين ثلاثة منهم من موظفي المحافظة العاملين في الدوائر ذات العلاقة، كأعضاء غير متفرغين ولمدة (٥) سنوات بدون مكافآت أما الأعضاء الأربعة الآخرين فيتم تعيينهم من القطاع الخاص من المحافظ ايضا ولمدة ذاتها وبشروط هي<sup>٣</sup>:-

١- ان يكون لديه مشروع استثماري داخل العراق.

٢- ان يكون من ذوي الخبرة والاختصاص.

٣- ان يكون حائز على شهادة جامعية.

٤- غير محكوم عليه بجناية عادية او جنحة مخلة بالشرف او ممن أشهر افلاسه<sup>٤</sup>.

وفي جميع الأحوال ينبغي أن لا يكون رئيس وأعضاء مجلس الإدارة رئيس في مجلس المحافظة أو عضوا فيه وان لا يكون المحافظ أو احد نوابه أو معاونيه في الأقل من سبعة أعضاء وقد اشترط القانون في الأعضاء، الشروط نفسها التي ينبغي أن تتوفر في أعضاء هيئة الإقليم التي سبق ذكرها<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> لمزيد من التفصيل انظر قرار مجلس الدولة المرقم (٢٠١٤/١٤٢) في ٢٠١٤/١٢/٣٠ والمنشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٤ - دار الانس للطباعة-ص(٢٤٦).

<sup>٢</sup> انظر الفقرة (ج) من البند (ثانيا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار

<sup>٣</sup> انظر الفقرات (د) و(هـ) من البند (ثانيا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار، وفي هذا الصدد لا نجد ان المشرع قد الغى التمييز بين مدة عضوية هؤلاء الأعضاء وبين المدة التي يقضيها رئيس الهيئة ونائبه فجعل مدة بقاء مجلس إدارة الهيئة برئيسه ونائبه وأعضائه خمس سنوات لضمان انسيابية أكبر في أداء المهام.

<sup>٤</sup> ويلاحظ على هذا النص انه قد جرى تعديله بقانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار وقد كان من الاجدر - في رأينا- ان يبقى الاختصاص في تعيين اعضاء مجلس ادارة هيئة المحافظة لمجلس المحافظة وليس للمحافظ لكونه يمثل السلطة التنفيذية المحلية في المحافظة ومجلس المحافظة يمثل السلطة التشريعية المحلية وهو امر يخالف المنطق.

<sup>٥</sup> انظر الفقرة (و) من البند (ثانيا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار.

وقد كان نص البند (ثالثاً) من المادة نفسها يعطي لمجالس المحافظات الاختصاص في تحديد آلية تشكيل هيئات الاستثمار في المحافظات وهو ما كان ينسجم مع مبادئ اللامركزية الادارية الا انه بصدر قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار فان الحال قد تغير بما ينتقص من هذه المبادئ وذلك عندما قرر للهيئة الوطنية للاستثمار الاختصاص في تحديد الية تشكيل الهيئة بما فيها معايير تعيين اعضاء مجلس الادارة واقتلهم في حالة عدم التزامهم بمعايير وتعليمات الهيئة.

وقد كان ابدى مجلس الدولة رايه في هذا الميدان بقراره المرقم (٢٠١١/٥٤) في ٢٠١١/٥/١١ الذي جاء فيه "تشكل هيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في اقليم بترشيح من المحافظ ومصادقة مجلس المحافظة بالتنسيق مع الهيئة الوطنية للاستثمار وفقاً للشروط المنصوص عليها في البند (ثانيا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦"١

ومن جانب آخر فان مجلس الإدارة يمارس المهام المنصوص عليها في البند (ثانيا) من المادة (٤) من النظام الداخلي لهيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩. كما أن المادة (٥) من هذا النظام قد حددت الهيكل التنظيمي لهيئة المحافظة، إذ نصت على أن تتكون الهيئة من الآتي:-

- ١- القسم القانوني.
- ٢- القسم الإداري والمالي.
- ٣- القسم الاقتصادي والفني.
- ٤- قسم العلاقات العامة.
- ٥- قسم النافذة الواحدة وخدمات المستثمرين.
- ٦- قسم الرقابة والتدقيق الداخلي.
- ٧- مكتب رئيس الهيئة.

ثالثاً : اختصاصات هيئة استثمار المحافظة

<sup>١</sup> نُشر هذا القرار في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١١ - ص (١٤٢ - ١٤٣).

لا تختلف الاختصاصات التي تمارسها هيئة المحافظة والمستمدة من قانون الاستثمار عن تلك التي تمارسها هيئة الإقليم والتي سبق ذكرها، فلها الاختصاص في منح إجازة الاستثمار للمشاريع في المجالات المشمولة بالقانون عدا المشاريع الإستراتيجية ذات الطابع الاتحادي المنصوص عليها في البند (ثانيا) من المادة (٤) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ والتي ذكرناها سابقا.

بالإضافة إلى المشاريع الإستراتيجية فإن هيئة المحافظة ليست مختصة بمنح إجازات الاستثمار في المشاريع غير الإستراتيجية التي تزيد قيمتها على التي تزيد قيمتها عن (٢٥٠) مائتين وخمسين مليون دولار أمريكي لكونها تقتضي استحصال موافقة مجلس الوزراء<sup>١</sup>. هذا ولهيئة المحافظة أيضا الاختصاص في إجراء التخطيط الاستثماري وتشجيع الاستثمار وفتح فروع لها على أن تراعي ما يأتي :

- ١- أن يتم فتح الفروع في المناطق الخاضعة للمحافظة .
  - ٢- وجوب التشاور مع الهيئة الوطنية للاستثمار لضمان تحقيق الشروط القانونية.
- ولم يحدد القانون الشروط القانونية الواجب تحققها لفتح فرع أو أكثر للهيئة مما يشكل نقصاً تشريعياً مهماً كان من الأجدر تلافيه من خلال النص على تلك الشروط في القانون أو بتحويل مجلس الوزراء أو الهيئة الوطنية للاستثمار الاختصاص في تحديدها . وذلك لما للموضوع من أهمية في تحديد المستوى الإداري للفرع ودرجة من يتولى إدارته وغيرها من التفاصيل.

#### رابعاً:- الطبيعة القانونية لهيئة استثمار المحافظة

كما هو الأمر في هيئة الاستثمار في الإقليم فإن القانون لم يحدد صراحة الطبيعة القانونية لهيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم رغم أهمية الموضوع وخطورة النتائج المترتبة على تحديد هذه الطبيعة. ومع ذلك يمكن القول وكما سبق ذكره فإن المحافظات لا تعدو أن تكون تقسيمات إدارية يراعى في تحديد معالمها اعتبارات إقليمية وتمارس من حدود

<sup>١</sup> انظر الفقرة (ب) من المادة (٦) من قانون الاستثمار والبند (ثالثاً) من المادة (١) من نظام الاستثمار.

المناطق الخاضعة لها صلاحيات إدارية ومالية واسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية.

وبذلك نستنتج بان هيئات الاستثمار في المحافظة هي هيئة إدارية لامركزية ويتحدد اختصاصها على أساسين هما :-

أ. الأساس النوعي :- حيث تمارس الاختصاصات التي تؤدي إلى تطوير الاستثمار وتنميته ويشمل هذا الاختصاص كل المشاريع الاستثمارية عدا المشاريع الإستراتيجية وذات الطابع الاتحادي والمشاريع التي تزيد قيمها على (٢٥٠) مائتين وخمسين مليون دولار أمريكي.

ب. الأساس الإقليمي :- إذ إن هيئة المحافظة تمارس صلاحياتها ضمن حدود إقليمية معينة وهي المناطق الخاضعة للمحافظة فان تجاوزتها فإنها ستكون قد خالفت العنصر المكاني لركن الاختصاص في القرار الإداري.

وبالنتيجة فانه يفترض أن لا ترتبط هيئة المحافظة من الناحيتين الإدارية والمالية بالهيئة الوطنية للاستثمار ولا تعد فرعاً لها كما هو الشأن في تطبيقات اللامركزية الوزارية كمديريات الزراعة وفروع الضرائب المنتشرة في المحافظات، إذ يفترض ان لا يكون للهيئة الوطنية للاستثمار سوى دور إشرافي وتوجيهي وتنسيقي بالإضافة إلى الدور الإجرائي الذي يقتضيه القانون في تعيين رئيس الهيئة وذلك للأسباب الآتية :-

١- إن نظام اللامركزية الإدارية يفرض على الهيئة الوطنية للاستثمار ان لا تتدخل في

تشكيل هيئة المحافظة وتعيين أعضائها، وإنما يجري ذلك من خلال التصويت والانتخاب من مجلس المحافظة<sup>١</sup>.

٢- إن لهيئة المحافظة موازنة وملاك وظيفي مستقلين عن موازنة وملاك الهيئة الوطنية للاستثمار<sup>٢</sup>.

٣- إن هيئة المحافظة لها نظامها الداخلي الخاص بها وقد صدر هذا النظام بالرقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ كما ذكرنا في مناسبة سابقة<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> انظر المادة (٥) من قانون الاستثمار

<sup>٢</sup> انظر المادة (٨) من قانون الاستثمار

<sup>٣</sup> انظر البند (ثانياً) من المادة (٣٠) من قانون الاستثمار

٤- إن هيئة المحافظة ترتبط بالمحافظ وتخضع لرقابة مجلس المحافظة<sup>١</sup> في حين ترتبط

الهيئة الوطنية للاستثمار برئيس مجلس الوزراء<sup>٢</sup>.

وهكذا فإن الطبيعة القانونية لكل من هيئة الإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم تتحدد بكون الأولى جهة غير مرتبطة بوزارة من وزارات الإقليم ويكون الثانية هيئة إدارية لا مركزية ولا تعد فروعاً لها كما هو الشأن في بعض تطبيقات اللامركزية الوزارية<sup>٣</sup>.

وهذا ما أكدته مجلس الدولة في إحدى قراراته والذي عد فيه هيئة الاستثمار في المحافظة بأنها دائرة محلية وإن موظفيها هم موظفين محليين<sup>٤</sup>.

وخلاصة لكل ما تقدم، فإن للنظام الفيدرالي ولنظام اللامركزية الإدارية ثوابت استقر عليها رأي الفقه وموقف الدساتير لأغلب الدول المعاصرة وعلى أساس هذه الثوابت تتحدد علاقة كل من الإقليم والمحافظة بالاتحاد أو الحكومة المركزية.

#### الخاتمة

أفرزت لنا الدراسة العديد من الإشكالات التي وقع فيها المشرع عندما نظم العلاقة بين الهيئة الوطنية للاستثمار من جهة وهيئة استثمار الإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم من جهة أخرى وهو أمر يمكن تسويغه بحدائثة تجربة النظام الفيدرالي في العراق بالإضافة إلى التعددية الحزبية التي قد تفرض واقعا معينا بحسب ظروف كل محافظة.

ففي الوقت الذي اتفقنا فيه على أن هيئة الاستثمار في الإقليم هي بمثابة جهة غير مرتبطة بوزارة من وزارات الإقليم وإن هيئة الاستثمار في المحافظة هي جهة إدارية لامركزية فإن النصوص القانونية قد تعاملت مع هاتين الجهتين ببعض النصوص التي تخرج عن ثوابت الفيدرالية واللامركزية الإدارية وقد تم تدارك بعض منها في قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار ويمكن إيجاز ذلك بالآتي:-

<sup>١</sup> انظر البند (سادسا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار

<sup>٢</sup> انظر المادة (٤/ح) من قانون الاستثمار.

<sup>٣</sup> على خلاف قانون ضمانات وحواجز الاستثمار المصري الذي نص صراحة وفي أكثر من مناسبة على أن التشكيلات الموجودة في المحافظات هي فروعاً لها وإن رئيس الهيئة هو الذي يحدد صلاحيات الفروع. انظر على سبيل المثال المادة (٥٢) منه.

<sup>٤</sup> القرار رقم (٢٠١٤/١٤٦) في ٢٠١٤/١٢/٣٠ - قرارات وقضايا مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٤ - مصدر سابق - ص (٢٤٦).

### اولا:- فيما يتعلق بالنظام الفيدرالي

١- لم يتحقق الانسجام بين قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وبين قانون الاستثمار في إقليم كردستان فيما يتعلق بجهة ارتباط هيئة استثمار الإقليم والتي ينبغي أن تكون مرتبطة برئيس وزراء الإقليم وليس بالمجلس الأعلى للاستثمار في الإقليم والتي يصعب تحديد وضعها القانوني ومدى استقلاليتها، الأمر الذي أدى إلى خلق نوع من التعارض بين نصوص القانونين ومنها على سبيل المثال الاستثمار في قطاع المصارف الذي أجازه قانون الاستثمار في الإقليم على الرغم من استثنائه من نطاق الشمول في قانون الاستثمار الاتحادي وهذا بالتأكيد سوف يسبب العديد من الإشكالات مستقبلا سواء على مستوى الامتيازات والإعفاءات الضريبية أو على مستوى الالتزامات.

٢- كان نص الفقرة (و) من البند (ثانيا) من المادة (٥) من قانون الاستثمار قبل تعديله يمثل خروجاً على مفاهيم وثوابت النظام الفيدرالي، إذ كان يوجب أن يكون تعيين رئيس وأعضاء مجلس إدارة هيئة الإقليم بالتنسيق مع الهيئة الوطنية للاستثمار وهو أمر غير مقبول في أبسط الدول الفيدرالية لكونه ينطوي على تدخل في شؤون الإقليم بغض النظر عن واقع الحال الذي يشهده العراق الذي يخص علاقة الحكومة الاتحادية بالإقليم إلا أن هذا الحكم قد ألغي بصدور قانون التعديل آنف الذكر.

### ثانيا:- فيما يتعلق بنظام اللامركزية الادارية

١- كما أن تطبيق اللامركزية الإدارية معيها فيما يخص علاقة هيئة استثمار المحافظة بالهيئة الوطنية للاستثمار لكونه كان يشرك هذه الأخيرة في تعيين وإقالة رئيس وأعضاء مجلس إدارة الهيئة، إذ كان يوجب القانون أن يكون تعيين أو إقالة هؤلاء بالتنسيق مع الهيئة الوطنية للاستثمار وهو أمر يتعارض مع أبسط مبادئ اللامركزية الإدارية، إذ ينبغي - في رأينا - أن لا يتعدى يتجاوز الدور الذي تمارسه الهيئة الوطنية للاستثمار، الحد الذي يتضمن اتخاذ الإجراءات اللازمة لرفع اسم الشخص الذي يرشحه مجلس المحافظة لرئاسة الهيئة إلى مجلس الوزراء لتشيته لكونه بدرجة مدير عام ولا ينبغي أن

تتدخل هذه الهيئة في اختيار الرئيس أو النائب أو الأعضاء وإلا خرجنا عن مفهوم اللامركزية ودخلنا في اللامركزية الوزارية وهو ما لم يقصده المشرع قطعاً وهذا ما دفعه الى تجاوز هذا العيب عندما ألغى دور الهيئة الوطنية للاستثمار في اختيار الرئيس أو النائب أو الأعضاء في قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار.

٢- كما وان تطبيق مبدأ اللامركزية الادارية قد انتقصت منه بعض النصوص القانونية الاخرى التي منحت الهيئة الوطنية للاستثمار اختصاصات هي من صميم عمل هيئات الاستثمار في المحافظات ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر منح الهيئة الوطنية للاستثمار وبشكل غير مباشر الاختصاص في منح اجازة الاستثمار لمن تم رفض طلباتهم واعتراضاتهم من قبل هيئة الاستثمار في المحافظة وذلك بالاستناد الى احكام الفقرة (ب) من البند (رابعاً) من المادة (٢٠) من قانون الاستثمار باعتبارها جهة طعن بقرارات الرفض ورد الاعتراضات الصادرة من هيئة الاستثمار في المحافظة او رئيسها.

ثالثاً:- ان المشرع قد قضى على مبدأ العمل الجماعي في اتخاذ القرار بمنح اجازة الاستثمار من هيئة استثمار المحافظة بشكل غير مباشر من خلال منح الاختصاص بشكل فردي لرئيس الهيئة للبت في التظلم من رفض منح الاجازة الصادر من مجلس الادارة المتخذ بشكل جماعي.

رابعاً:- ان التطبيق السليم للنظام الفيدرالي في نطاق الاستثمار يقتضي اجراء التنسيق المسبق بين حكومة الاقليم والحكومة الاتحادية لتفادي ادخال المستثمر في دوامة تتعلق بمدى دستورية القوانين الاتحادية المعنية بالاستثمار فيما لو اضطر هذا المستثمر الى استحصال موافقات او الحصول على تاييدات من المؤسسات التابعة للحكومة المركزية.

خامساً:- نقترح اعادة النظر في توصيف المشاريع الاستراتيجية ذات الطابع الاتحادي وبما ينسجم مع متطلبات الظروف الاقتصادية ومتغيراتها ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر مشاريع الطاقة الكهربائية التي لا تقل طاقتها الانتاجية عن (٣٠) ميكا واط وذلك لان هذا التوصيف سوف يجعل من جميع مشاريع الطاقة الكهربائية مشاريعاً استراتيجية.

قائمة المصادر

## أولاً- الكتب والمؤلفات

- ١- د.حنان محمد القيسي- بين المخالفات النظرية والمخالفات التطبيقية دستور ٢٠٠٥ العراقي في الميزان- بحث منشور في مجلة الحقوق- كلية القانون- الجامعة المستنصرية- السنة السادسة- العدد (٢٠)- ٢٠١٢
- ٢- د.سليمان الطماوي - مبادئ القانون الإداري- دراسة مقارنة - ط٤- دار الفكر العربي - ١٩٦١.
- ٣- د.شباب توما منصور- القانون الإداري - دراسة مقارنة- ج١- دار الطبع والنشر الأهلية- بغداد- ١٩٧٠-١٩٧١.
- ٤- د.عدنان عاجل عبيد - القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق- ط٢- مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع-العراق- النجف الاشرف- ٢٠١٢.
- ٥- د.علي محمد بدير.د.عصام البرزنجي. د.مهدي السلامي- مبادئ وأحكام القانون الإداري- بغداد- ١٩٩٣.
- ٦- منتهى جبار زوري- حوافز المستثمر الاجنبي وفقا لقانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته- رسالة ماجستير- كلية القانون- جامعة بغداد- ٢٠١٥.
- ٧- القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي- اللامركزية والفيدرالية- ط٣- المكتبة القانونية- بغداد- ٢٠٠٧.
- ٨- د.مها بهجت يونس - توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وبين الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في دستور ٢٠٠٥- بحث منشور في مجلة بيت الحكمة- دراسات قانونية- العدد (٢٨)- بغداد- السنة ٢٠١١.
- ٩- وزارة العدل - مجلس شورى الدولة - فتاوى وقرارات مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠١٤- شركة الانس للطباعة.

## ثانياً- التشريعات

- ١- قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣٩٨١) في ٢٠٠٣/١٢/٣١.
- ٣- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٤٢٦) في ٢٠٠٥/١٢/٢٨.
- ٤- قانون المحافظات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٩ الملغى. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٧٨٩) في ١٩٦٩/١٠/٣.
- ٥- قانون الاستثمار لسنة ٢٠٠٦. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٠٣١) في ٢٠٠٧/١/١٧.

- ٦- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٠٧٠) في ١٣/٣/٢٠٠٨.
- ٧- قانون استحداث التشكيلات الإدارية ودمجها وتعديل ارتباطها رقم (١٢) لسنة ٢٠١١. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٢٠٠) في ٢٥/٧/٢٠١١.
- ٨- قانون التعديل الثاني رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٣٩٣) في ٤/١/٢٠١٦.
- ٩- قانون الاستثمار في إقليم كردستان رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦. منشور في وقائع كردستان بالعدد (٦٢) في ٢٢/٨/٢٠٠٦.
- ١٠- نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤١١١) في ٢/٣/٢٠٠٩.
- ١١- النظام الداخلي لهيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤١١٠) في ٢٣/٢/٢٠٠٩.
- ١٢- النظام الداخلي لسير عمل مجلس إدارة الهيئة الوطنية للاستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩. منشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤١٢٦) في ٢٢/٦/٢٠٠٩.
- ١٣- نظام التعديل الاول لنظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٣٣٥) في ١٥/٩/٢٠١٤.
- ١٤- الأمر الديواني المرقم (٧٩) في ٤/٨/٢٠٠٨.
- ١٥- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ المصري.

## التنظيم القانوني للأصناف النباتية في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية دراسة مقارنة

م.م. فاتن يونس حسين(\*)

### Abstract

The Subject of the searches that titled (the legal arrangement of the plants species under the illumination of intellectual property protection law-comparative study) deal with the intellectual protection law of the plants species in Iraq NO. 81 for 2004

( the Order of the CPA (the cancelled) which have been modified by the law NO. 15 for 2013 Records and adoption the species of Iraqi plants , the study have cleared that the Iraqi plants species haven't be protection as it to be from assault and the illegal used in spite of Legislating the laws of protection so that these laws is not Efficient enough in the

---

(\*) كلية القانون، الجامعة المستنصرية.

comparative with the local and international one , the study deal with definition of the plants species and its legal nature and cleared the local and international protection the plants species through the punishment protection and Civil protection the plants species and we reach to solve this problem by activation the law during add finance punishments and sanctions to protect the plants species against any assault with the plants species from the individual or associations or countries and deactivate the international and local treaty of the protection

### المقدمة

تعد الزراعة اساس قيام الحضارات كونها معينا دائما لا ينضب بتقادم السنين ، لما يشكله الامن الغذائي من هاجس دولي اكبر ، والعراق من البلدان التي توصف بانها من منظومة سلة الغذاء العالمي بضمه نهري دجلة والفرات والاراضي الصالحة للزراعة ، اذ كان من بين البلدان المصدرة للحبوب في خمسينيات القرن الماضي وهو البلد الاول بالعالم في عدد اشجار النخيل ، ويمتلك واحدة من اهم المسطحات المائية ضمن البيئة الرطبة في العالم وسط وجنوب العراق ، مما يجعل البحث في حقوق الملكية الفكرية الخاصة بالاصناف النباتية امرا "حيويا حيث ان التشريعات التي صدرت في العراق في هذا المجال ومنها قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ ( براءة الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية المعدل بقانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ امر سلطة الائتلاف المنحلة وكذلك قانون تسجيل واعتماد الاصناف الزراعية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ النافذ ، ظلت غير مكافئة لما هو موجود بالعالم المقارن كالاردن ومصر والهند واميركا وغيرها ، وان الظرف الذي يمر به العراق يتطلب تطوير هذه القوانين لاسباب منها التهريب المنظم لاصناف النباتات ك انواع النخيل وبعض الاعشاب الطبية الاستخدام والورد المنتج للطور ، كذلك اهمية المحافظة على حق المبتكر والمبدع والمنتج لها خصوصا النباتات ذات المردود المالي ، وعليه وللاحاطة بهذا الموضوع ( التنظيم القانوني للاصناف النباتية في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية دراسة مقارنة ) سنقسمه الى مبحثين ، الاول ماهية الاصناف النباتية ونتناول مفهوم الاصناف النباتية في مطلب اول ثم الطيعة القانونية للاصناف النباتية في مطلب ثان ، اما المبحث الثاني سيكون بعنوان الحماية القانونية للاصناف النباتية وتكون الحماية الدولية في المطلب الاول

والحماية المحلية في مطلب ثان ، ثم نختم بما توصلنا اليه من نتائج خلال هذه الدراسة مع التنويه لقلة المصادر التي تناولت هذا الموضوع ومن الله التوفيق

موضوع البحث:

يعنى البحث بحماية الملكية الفكرية الخاصة بالاصناف النباتية حيث ان كثير من الدول نظمت هذه الحماية واخرى شرعت قوانين خاصة بذلك منها المشرع العراقي في قانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ المعدل ( قانون حماية الملكية الفكرية الخاص بالاصناف النباتية ) وقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ ( قانون اعتماد وتسجيل الاصناف الزراعية ) النافذ ، اذ تضمننا ثغرات تستوجب اثارها بهدف الوصول الى حماية افضل .

#### مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث بانه بالرغم من صدور قانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ وقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ الخاص بالاصناف النباتية الا اننا نجد هناك فروقا" واسعة" بين تنظيم الدول لموضوع البحث وبين تناول المشرع العراقي له اذ لازال القانون فيه ملاحظات لم ترتقي للمستوى المطلوب للحماية .

#### اهمية البحث :

ان البحث المؤطر بعنوان التنظيم القانوني للاصناف النباتية في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية دراسة مقارنة تكمن بانه موضوع جديد وان أوطر بقوانين الا انها غير حازمة وعدم اقرار الدول او بعضها باهمية الاصناف النباتية كمورد بديل دائم للنفط .

#### منهجية البحث :

يتبع في هذا البحث المنهج الوصفي المقارن بما يستخلص من احكام القوانين التي تنظم هذه الحماية وبيان موقف التشريعات الوضعية معززة بتطبيقات قضائية حيث قسمت الدراسة الى المبحث الاول بعنوان ماهية الاصناف النباتية - المبحث الثاني بعنوان الحماية القانونية للاصناف النباتية

#### حدود البحث :

الحد الموضوعي : ويشمل قانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ المعدل وقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي النافذ والحد المكاني العراق ومصر والاردن وتونس والهند واميركا والحد الزماني ٢٠٠٤ - ٢٠١٣ .

#### المبحث الاول: ماهية الاصناف النباتية

ان حماية الاصناف النباتية وتبيان التنظيم القانوني المنظم لها هي فكرة حديثة على الصعيد الدولي والمحلي وعليه سنقسم المبحث الى مطلبين الاول مفهوم الاصناف النباتية والثاني بيان الطبيعة القانونية للاصناف النباتية.

#### المطلب الاول : مفهوم الاصناف النباتية

نتناول في هذا المطلب التعريف بالاصناف النباتية في فرع اول والشروط المطلوبة في الصنف النباتي لكي يتمتع صاحبها بالحماية القانونية في فرع ثان .

#### الفرع الاول: التعريف بالاصناف النباتية

عرفت المادة ١- ثالثا - من قانون تسجيل واعتماد الاصناف الزراعية العراقي<sup>١</sup> الصنف بانه ( مجموعة من النباتات النقية والمتشابهه وراثيا في صفات تميز الصنف والتي يمكن تمييزها من مظهرها الخارجي عن باقي الاصناف لنفس النوع)<sup>٢</sup> ، كما عرفت الصنف المحمي بانه ( الصنف الذي تم تسجيله وفقا لاحكام هذا القانون )<sup>٣</sup> المادة ١٢ ، كما نصت على وجود ( نشرة الاصناف الزراعية التي تصدرها اللجنة وتكون سنوية )<sup>٤</sup> ، اما الاتفاقية الدولية لحماية الاصناف النباتي UPOV<sup>٥</sup> ، فقد عرفته بانه ( مجموعة نباتية تندرج في تآكسون نباتي واحد

<sup>١</sup> قانون اعتماد وتسجيل الاصناف الزراعية العراقي النافذ رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣

<sup>٢</sup> منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٢٧٨ في ٢٧-٥-٢٠١٣

<sup>٣</sup> المادة ١٢ القانون اعلاه

<sup>٤</sup> المادة ١٤ من نفس القانون اعلاه وهي اللجنة الوطنية لاعتماد وتسجيل الاصناف الزراعية

<sup>٥</sup> اختصار لكلمة Union Power La Protection Des O btenations Regetales نقلا عن سميحة

القليوبي الملكية الصناعية دار النهضة العربية ط ٦ - ٢٠٠٧ - ص ٧١٣

من ادنى المراتب المعروفة وتستوفي شروط منح حق مستولد النبات <sup>١</sup> ، ونصت المادة (٢) من القانون الاردني بانه ( مجموعة نباتية ..... سواء أكان مستوفيا او غير مستوفيا لشروط منح حق الحماية ) <sup>٢</sup> ، كما عرف القانون المصري الصنف بانه ( ناجم عن تركيب وراثي معين ) <sup>٣</sup> ، ان التحكم بالمنتج من خلال دمج مع غيره من البذور او زرع النباتات في غير مواسمها كما في البيوت الزجاجية تدخل هذه العمليات في مجال تحسين الصنف النباتي اي في براءة الاختراع ، ومن خلال التعريفات التي وردت في اكثر من قانون منظم لها محليا وعربيا ودوليا فقد تم تاشير عدة ملاحظات منها ، ان القوانين الدولية اشترطت للصنف المحمي ان يكون مستوفيا لشروط منح الحماية وهو مالم يأخذ به المشرع العراقي والاردني وهو امر يحسب له في قانونه الذي اسبغ الحماية للصنف حتى لو لم يستوف شروط منح الحماية ، كما تطلبت القوانين ان يكون الصنف المحمي مسجلا وفقا لاحكام القانون والمفروض ان يكون الصنف النباتي محميا حتى لو لم يسجل مثلما فعل المشرع المصري عندما وضع حماية مؤقتة للاصناف النباتية لحين نشر اعلان قبول طلب الحماية <sup>٤</sup> وهو مالم يأخذ به المشرع العراقي ، كما يلاحظ ان اكتشاف النبات او تطويره او تحسينه يدخل في مجال براءة الاختراع ، وبما ان قانون حماية الملكية الفكرية العراقي الغى المواد من ٥١ ولغاية ٧٩ من القانون واحال بشأنها الى قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي النافذ ، وعليه والحال هذه يكون الرجوع لمسالة التنظيم القانوني للاصناف النباتية اما الى قانون براءة الاختراع او الى القواعد العامة للمسؤولية المدنية في مالم يرد بشأنه نص او تنظيم .

### الفرع الثاني: الشروط المطلوبة في الصنف النباتي المحمي :-

هنالك شروط شكلية وموضوعية لازمة كي يتمتع صاحب الصنف النباتي بالحماية القانونية :-

#### اولا: الشروط الشكلية

<sup>١</sup> محمد عبدالظاهر حسين، الحماية القانونية للاصناف النباتية وفقا للقانون المصري والمعاهدات الدولية، جامعة القاهرة ٢٠٠٣ ص ١١

<sup>٢</sup> قانون حماية الملكية الفكرية الاردني رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٠ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ - ج - ١٧ ح - ٢٠٠٠ م غ

<sup>٣</sup> قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المادة ١٨٩

<sup>٤</sup> قانون حماية الملكية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المادة ١٩٣-٣

وهي مجموعة الاجراءات الادارية التي يستلزمها القانون لغرض تسجيل الصنف النباتي الجديد حيث يوجد في وزارة الزراعة\* سجل خاص تدون وتحفظ فيه جميع البيانات ومنها :

١- اي تحويل او تناول او نقل ملكية او ترخيص من مالكةا للغير باستعمالها مع مراعاة سرية عقد الترخيص .

٢- الرهن او الحجز الذي يقع على الصنف المحمي او اي قيد على استعماله<sup>١</sup> . ويعني ذلك ان القانون يعطي الحق في انتقال ملكية الصنف النباتي ولرهنه والحجز عليه ،و) يحق للجمهور الاطلاع على السجل والحقوق الممنوحة للمستنبط واجاز القانون استعمال الحاسوب في تسجيل الاصناف وبياناتها وتعتبر حجة على الناس كافة )<sup>٢</sup> كما نص المشرع العراقي في المادة ١٥ قانون اعتماد وتسجيل الاصناف الزراعية على ذلك، وبالرغم من هذه الشروط التي نصت عليها اغلبية قوانين حماية الملكية الفكرية الا اننا نجد ان المشرع العراقي لم يعطي الحق للجمهور بالاطلاع على السجل مما ترتب عليه اعادة تكرار المحاولة لانتاج نفس الصنف واستغلاله ، ذلك ان النشرة تصدر سنويا وتعتبر مدة طويلة لاطلاع الناس عليها .

#### ثانيا الشروط الموضوعية :-

هنالك مجموعة من الشروط التي تكاد تتفق عليها اغلب القوانين المحلية والعربية والعالمية للصنف النباتي وهي :-

- ١- شرط الجودة :يعتبر الصنف جديدا ( اذا لم يتم في تاريخ ايداع الطلب بشانه بيع مواد التناسل او التكاثر النباتي للصنف او منتجاته )<sup>٣</sup> .
- ٢- شرط التميز ويقصد به ( اذا امكن تمييزه عن باقي الاصناف التي بصفة واحدة ظاهرة على الاقل مع احتفاظه بهذه الصفة عند اكثاره )<sup>١</sup> .

\* قانون الاصناف الزراعية العراقي رقم ١١ المادة ١٥ حيث يوجد بنك المصادر الوراثية كجهة مرتبطة بوزارة الزراعة  
١ قانون حماية الاصناف النباتية الجديدة الاردني المصدر السابق وهو مايرد في قانون تسجيل الاصناف الزراعية العراقي المادة ١٥  
اولا- مصدر سابق

٢ قانون حماية الاصناف النباتية الجديد التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٩

٣ حميد محمد علي اللهبي ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في اطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ط١ ، ٢٠١١ ص ٣١٨

٣- شرط التجانس : ويعنى به ان (الصنف النباتي يكون متجانسا اذا كانت خصائصه الاساسية متماسكة مع بعضها بصورة كافية)<sup>٢</sup> ، وقد بين قانون الملكية الفكرية العراقي ان المقصود بالتجانس ان تكون صفته متجانسة بصورة كافية مع مراعاة اي تباين يمكن توقعه نتيجة للميزات الخاصة التي تتسم بها عملية اكثاره<sup>٣</sup>

٤- شرط الثبات : اي ان ( لا تتغير صفاته بعد كل موسم تكاثر ولا عند تعاقب الاجيال)<sup>٤</sup> ، اي احتفاظه بخصائصه الاساسية وهذا الشرط مهم لكي يكون الصنف النباتي محلا للحماية القانونية وهو مانصت عليه المادة ٣ ثالثا من قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي النافذ .

٥- شرط التسمية : يجب ان يكون للصنف النباتي اسما مميزا عن غيره بحيث (لا ينفصل عنه وان لا يعتدي على اسم سبقه احد غيره وان لا يكون شائعا في الوسط الزراعي وان يكون مبتكرا)<sup>٥</sup> ، وهو مانصت عليه المادة ٥ من قانون تسجيل الاصناف الزراعية العراقي، فاذا توافرت الشروط سالفة الذكر فان مربّي الاصناف النباتية له الحق في الحصول على شهادة الحماية من مكتب حماية الاصناف النباتية لكل دولة.

#### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للاصناف النباتية

سنبحث في هذا المطلب الطبيعة القانونية للاصناف النباتية في فرع اول من حيث التمييز بين العقار والمنقول ثم نخرج للصلة بينها وبين براءة الاختراع في فرع ثان .

#### الفرع الاول: التمييز بين العقار والمنقول

<sup>١</sup> وائل انور بندق ، موسوعة الملكية الفكرية المجلد الثاني ، مكتبة المعهد القضائي ، ص ٩٦

<sup>٢</sup> سميحة القليوبي ، مصدر سابق ص ٧٢٤

<sup>٣</sup> قانون حقوق الملكية الفكرية العراقي المعدل رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ .

<sup>٤</sup> حميد علي اللهبي مصدر سابق ص ٣١٩

<sup>٥</sup> محمد عبد الظاهر مصدر سابق ص ٤٧

عرفت المادة ١/٦٢ (العقار بانه كل شيء له مستقر ثابت لا يمكن نقله او تحويله دون تلف ويشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية)<sup>١</sup> ، كما عرفت المادة ٢-٦٢ المنقول بانه كل شيء يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة<sup>٢</sup> ، ويمكن القول ان النباتات بعد ان تنضج وتصبح منقول اي ثمار بعد قلعها يمكن ان نطبق عليها الاحكام الخاصة بالمنقول (ان التصرفات الواردة على المنقول او الاحكام المتعلقة به كقاعدة عامة لا تخضع لاجراءات التسجيل بالنظر لما يتميز به المنقول من حركة وعدم استقرار)<sup>٣</sup> ، ان سرعة تداول المنقول يخضع لقاعدة ( الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية )<sup>٤</sup> ، يلاحظ ان بعض القوانين الدولية عالجت مسألة خروج النبات بطريق غير مشروع لبلد اخر او مكان اخر من خلال الحماية والعقوبات التي تفرضها والمعاهدات والاتفاقيات بين الدول الا ان المشرع العراقي لم يذكر الحلول المناسبة في ذلك بل ذكر في المادة ١١ والمادة ١٧- اولا بمنع الغير من الاعتداء على الصنف النباتي ولمستنبط الصنف المحمي اقامة الدعوى المدنية امام القضاء كما نصت المادة ١٧- ثانيا ( تختص محكمة البداية بنظر الدعاوي الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون بصورة مستعجلة ) ، وكذلك مالمعمل لو تم حيازة المنقول بحسن نية ؟ فهل يخضع لقواعد الملكية الفكرية ؟ ام نطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية ؟

### الفرع الثاني : الصلة بين الاصناف النباتية وبراءة الاختراع :-

ان دور المنظمات الدولية ومنها المنظمة العالمية للملكية الفكرية ( الويبو ) كبير في تدعيم حقوق الملكية الفكرية على المستوى العالمي لكن ظهرت اتجاهات تدعو الى ادماج هذه الحقوق في نظام عالمي من ذلك جولة اورغواي من ١٩٨٦ لغاية ١٩٩٣ - مفاوضات الجات ضمن موضوعات تحرير التجارة العالمية<sup>٥</sup> ، واسفرت عن ابرام عديد من الاتفاقيات ، منها

<sup>١</sup> القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ٦٢-١

<sup>٢</sup> القانون المدني العراقي المادة ٦٢-٢

<sup>٣</sup> محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ج ١ ص ١٣

<sup>٤</sup> القانون المدني العراقي المادة ١١٥٨ / ١

<sup>٥</sup> حسام الدين الصغير ، خدمة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ، مسقط ، ٢٢ مارس ٢٠٠٤ ص ٢، نقلا عن موقع

اتفاقيات الجوانب المتصلة بالتجارة (تريس ) ، التي وضعت مجموعة من المبادئ والاستثناءات تتيح للدول النامية التخفيف من الآثار السلبية التي تترتب على تطبيقها ، ففي مجال براءة الاختراع ( الزمت المادة ٢٧ الدول الاعضاء ان تتيح امكانية الحصول على براءة الاختراع لجميع الاختراعات )<sup>١</sup> ، وان تستثنى ثلاث طوائف ؛-

١- الاختراعات التي يكون منع استغلالها تجاريا في اراضيها ضروريا لحماية النظام العام والاخلاق العامة

٢- طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر او الحيوانات

٣- النباتات والحيوانات خلاف الكائنات الدقيقة والطرق البيولوجية لانتاج النبات و الحيوان<sup>٢</sup> .

فالاتفاقية في بداية الامر لم تشمل النباتات بالحماية ومن ذلك فقد اعطت الاتفاقية للبلدان حق منح الحماية لانواع النباتات اما عن طريق براءة الاختراع او نظام فريد خاص بهذه الانواع او مزيج بينها ، وقد اختار المشرع العراقي اصدار قانون خاص رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ ، كما ان المشرع المصري اختار وسيلة النظام القانوني الخاص لحماية الاصناف النباتية الجديدة، اما الدول الاوربية فقد قررت هي كذلك نظاما قانونيا خاصا ،على عكس الولايات المتحدة الاميركية التي تجمع بين نظام البراءات والنظام الخاص لحماية الاصناف النباتية<sup>٣</sup> ، ويمكن القول انه بالرغم من عدم وجود فرق بين الصنف النباتي الجديد وبراءة الاختراع فان الاتفاقية تجيز للدول انه متى ما وجدت فقدان قانون نوع معين ان تطبق قانون براءة الاختراع او الرجوع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ومثال ذلك ان الاتفاقية اسبغت الحماية لما يستعمل بانتاج النبات ، ان يخضع لبراءة الاختراع ، منها ( البراءة التي سجلت في الولايات المتحدة الاميركية ، والتي تتعلق بنبات يزرع في الهند منذ زمن بعيد **turme rice** ونبات النيم **nem** ونوع من الرز البسمتي **basmati rice** ، ونوع من الحبوب يسمى **quinoa grain** يزرع في دول الانديز ويشكل

<sup>١</sup> اتفاقية تريس باريس ١٨٨٢ ٢٠ مارس المادة ٢٧ -٣

<sup>٢</sup> اتفاقية تريس المادة ٢٧-٢٨ نقلا عن سميحة القليوبي مصدر سابق ص ٧١١

<sup>٣</sup> حسام عبد الغني الصغير ، دروس في الملكية الفكرية ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١١ ص ١٦٢

الغذاء الرئيس للسكان ، اما البراءة الاولى فقد منحت عن اختراع توصل اليه اثنان من الباحثين في المركز الطبي لجامعة المسيسيبي في اميركا في اذار ١٩٩٥ ويتعلق باستخدام مستخلصة من نبات **turme rice** في تضميد الجروح والالتهابات وهذا النبات ينتمي لعائلة الزنجبيل **jinger** وموطنه الهند وقد منحت البراءة في اميركا على الرغم من استخدامه في الهند منذ القدم ، وقد تصدى مركز البحوث العالمية والصناعات الهندية لعملية القرصنة واثار اعتراضا امام مكتب البراءات والعلامات التجارية الاميركي وطلب الغاء تسجيل البراءة استنادا الى عدم توفر شرط (جدة الاختراع ) وقدم مجلس البحوث الهندي مكتب البراءة وثائق منشورة تثبت عدم جدة الاختراع منها بحث منشور في مجلة الجمعية الطبية الهندية سنة ١٩٢٣ وبعد جدل قانوني طويل قرر المكتب الغاء تسجيل البراءة<sup>١</sup> ، نلاحظ من ذلك مدى التطور الكبير الذي تسبغه الدول المتطورة لحماية الاصناف النباتية وما ينتج عنها وهذا خلاف مانشده في بعض الدول النامية ومنها العراق.

### المبحث الثاني: الحماية القانونية للاصناف النباتية

اضحت حماية الملكية الفكرية بكل انواعها ذات اهمية كبيرة بالنسبة لجميع الدول سيما مع ازدياد انتهاك هذه الحقوق واستغلالها ومنها الاصناف النباتية لذا كان البحث في الحماية القانونية امرا محل نظر خصوصا وان كل دولة وضعت مآثره مناسبة من قواعد وقوانين خاصة لذلك هذا على الصعيد المحلي ، اما على الصعيد الدولي فان هناك تفاوتات بين الدول من حيث درجة تطورها وتوفيرها لحماية الملكية الفكرية فمنها المتقدمة والنامية والمنتجة والمستهلكة وغيرها ، كما ان اختلاف نظام الحكم في كل دولة يؤثر في عملية تشريع القوانين الخاصة بالحماية ، وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، الاول بعنوان الحماية الدولية للملكية الفكرية والثاني الحماية المدنية بشقيها الجنائي والمدني .

### المطلب الاول : الحماية الدولية للاصناف النباتية

<sup>١</sup> حسام الدين الصغير - الموقع الالكتروني مصدر سابق ، ص ٨ .

وضعت الدول عدة اتفاقيات تناولت حماية الاصناف النباتية لعل من اهمها اتفاقية (UPOV) عام ١٩٦١ في جنيف والتي دخلت حيز التنفيذ عام ١٩٩٨<sup>١</sup> ، واتفاقية الفاو (FAO) عام ٢٠٠١ لمنظمة الاغذية والزراعة وكذلك اتفاقية (TRIPS)<sup>٢</sup> ، الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، ويمكن القول ان (الاتفاقية لم تضع معايير قياسية لحماية الاصناف النباتية)<sup>٣</sup> ، وان (افضل مصدر للحصول على المصادر الدولية للحماية هو اتفاقية UPOV)<sup>٤</sup> ، ومرد ذلك يعود لتوفر الشروط الكاملة لحماية النباتات ونظام شبيه براءة الاختراع والعلامات التجارية لحماية الملكية الصناعية حيث تمنح الحماية من تاريخ تقديم الطلب)<sup>٥</sup> ، مما يوفر حماية مؤقتة لحين اعلان قبول تسجيل الصنف والملكية وهو مايعوز بعض التشريعات المحلية ، ومن الجدير بالذكر ان (الاتفاقيات المذكورة حددت وسائل واليات لحل النزاع الذي قد ينشا بين الدول الاعضاء بشأن تفسير وتطبيق تلك الاتفاقيات في تسوية المنازعات من خلال اللجوء لمحكمة العدل الدولية)<sup>٦</sup> اذ يحق لاي من الدول المعنية عرضه امام المحكمة من خلال (عريضة تقدم وفقا لنظام المحكمة وتقوم الدولة التي تعرض النزاع امام المحكمة باخطار المكتب الدولي الذي يتولى احاطة دول الاتحاد بالموضوع)<sup>٧</sup> ، كما يلاحظ ان هناك دول تتطلب شروط خاصة لحل المنازعات (عن طريق التحكيم بعيدا عن القضاء الوطني وذلك حرصا على اعطائه الطابع الدولي كعرضه على غرفة التجارة الدولية في باريس مثلا)<sup>٨</sup> ، وبالرجوع الى اتفاقية (TRIPS) نجد انها حرصت على التطبيق الامثل للاتفاقية من خلال وضعها (جزاء" للدول الاعضاء المخالفة

<sup>١</sup> امير حاتم خوري ، اساسيات الملكية الفكرية ، منشورات الولايات المتحدة الكتاب الاول ٢٠٠٥ ص ٥١

<sup>٢</sup> منير محمد الحيهي ، التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠٠٤ ص ٣ وهي معاهدة دولية لحماية الاصناف النباتية ابرمت عام ١٩٩٤ .

<sup>٣</sup> نوري حمد خاطر شرح قواعد الملكية الفكرية ، الملكية الصناعية ، دراسة مقارنة ، ط ٢ دار وائل للنشر ٢٠١٠ ص ٢٣٨ .

<sup>٤</sup> علاء ابو الحسن العلق ، الملكية الفكرية المباديء والتطبيق ط ١ بغداد ٢٠١٠ ص ٧٦

<sup>٥</sup> سميحة القليوبي مصدر سابق ص ٧١٥

<sup>٦</sup> صلاح زين الدين ، شرح التشريعات الصناعية والتجارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط ١ ٢٠٠٧ ص ٢٩١

<sup>٧</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي ، الملكية الصناعية في القانون المقارن دار الفكر الجامعي ٢٠٠٨ ط ١ ص ٦٧٤

<sup>٨</sup> علاء عزيز حميد الجبور ، عقد الترخيص ، رسالة ماجستير غير منشورة جامعة النهرين كلية الحقوق ٢٠٠٣ ص ١٣٧ .

لشروط الاتفاقية<sup>١</sup> ، ويمكن القول ان حماية حقوق الملكية الفكرية للاصناف النباتية بشقيها الدولي والمحلي يهدف الى التقليل والحد من الاعتداء على تلك الحقوق اي لا يمكن لاي دولة منع ذلك .

### المطلب الثاني: الحماية المحلية لاصناف النباتية :

ان قانون حماية الاختراع التقليدي اهتم (بحماية الاشياء المبتكرة غير الحية واشترط فيها الجدة والتطبيق الصناعي ولم يأل اهتماما بالابداع في مجال الاشياء الحية)<sup>٢</sup> ، ويفسر ذلك بمحاولة منع احتكار الاشياء الحية التي تتعلق بقوت الناس ومعاشهم كونها للانسانية واحتكار نبات جديد بعينه بحجة امتلاك تطوير صنفه قد يؤثر في معيشة الناس وهذا يؤشر ان بعض الدول كانت لاتشمل الاصناف النباتية ضمن حقوق حماية الملكية الفكرية في بداية الامر الا انه نتيجة للتغيرات العالمية شملت الاصناف النباتية بالحماية وهذا ما اكده القانون الاردني لبراءة الاختراع في المادة ٤-١-٢ بنصه (لاتمنح البراءة في اي من الحالات الاتية ١- لاختراعات التي يكون منع استغلالها تجاريا ضروريا لحماية الحياة او الصحة البشرية او الحيوانية او النباتية لتجنب الاضرار بالبيئة)<sup>٣</sup> ثم بعد ذلك عدلت عنه بقانون حماية الملكية الفكرية للاصناف النباتية الاردني، غير ان هذه الاسباب والمبررات الاقتصادية لم تمنع من محاولة اسباغ الحماية المحلية للاشياء الحية لما لها من مردود تجاري ، وعليه سنناقش في هذا المطلب الحماية بشقيها الجنائي والمدني .

### الفرع الاول: الحماية الجنائية للاصناف النباتية :

من خلال الاطلاع على كثير من نصوص القوانين المحلية والعالمية تبين ان بعضها قد وضع حماية جنائية يترتب عليها جزاءات واضحة وصريحة لامتثال لها في قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي الخاص بالاصناف الزراعية الذي اكتمل بالمادة ٥ التي تشير الى حصول موافقة مستتبطة السلالة اذا اراد الغير استثمارها ومنع الغير من تنفيذ اعمال تخص مواد

<sup>١</sup> المادة ٦٣-٦٤ من الاتفاقية المذكورة التي اشارت اليها سميحة القليوبي مصدر سابق ص٣١.

<sup>٢</sup> نوري حمد خاطر مصدر سابق ص ٢٣٧

<sup>٣</sup> نقلا عن رضا عبد الحليم عبد المجيد بعض الانعكاسات القانونية لتطبيقات الهندسة الوراثية في مجال الاغذية الزراعية ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين ٢٠٠٢ المجلد الاول ص٩٧ وما بعدها.

التكاثر من الصنف المحمي لاغراض تجارية وعد ذلك تعديا على حقوق صاحب الصنف المحمي يقع تحت طائلة (المسؤولية القانونية اذا كان يعلم او كان ينبغي عليه ان يعلم انه يتعدى على حقوق مستنبط الصنف المحمي) <sup>١</sup> ، ومن قراءة القانون لم نجد اي عقوبات او جزاءات واضحة وصريحة على من يعتدي على الصنف النباتي ويستغله في حين لو رجعنا الى قانون العقوبات العراقي نجده عالج موضوع التقليد بانه (صنع شيء كاذب يشبه شيئا صحيحا) <sup>٢</sup> حيث ان جريمة التقليد تعد من اخطر الجرائم الواقعة على حقوق الملكية الفكرية واكثرها انتشارا بالعالم حيث عالجتها بعض قوانين الملكية الفكرية (الا ان قوانين الملكية الفكرية العراقية والمصري والاردني لم يعرف جريمة التقليد) <sup>٣</sup> اما في فرنسا فنجد أن محكمة استئناف NANCY الفرنسية ذهبت الى ان (كل فرز للحبوب الجيدة في الصنف لغرض بذرها يعد تقليدا) <sup>٤</sup> ، ومن جهة اخرى فان القضاء الفرنسي يرى انه (لا يجوز صناعة القمح محل الصنف لغرض زراعتها فان ذلك يعد تقليدا) <sup>٥</sup> ، وان كانت هناك اشارات في التشريع الاردني لجريمة التقليد بانه (للاعترااف بالتقليد يجب ان يكون المقلد (المعتدي) سيء النية اي انه يعلم انه اعتدى على حقوق مالك الصنف) <sup>٦</sup> الا انها اشارة ضعيفة ، في حين نجد ان هذا الاستثناء (لم يرد في القانون الفرنسي وتثير مسألة العلم من عدمه جدلا واسعا في فرنسا) <sup>٧</sup> في المحاكم والاراء والفقهاء الغربي مما يبين وحدة الموقفين القانوني والقضائي، وهو ما يعظم اهمية تسجيل الصنف النباتي محليا وعالميا كي يعد حجة على الناس كافة، كما لم يقرر القانون الاردني اي جزاءات جنائية ضد المعتدي على الصنف في حين ان

<sup>١</sup> قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ المادة ٥ ، مصدر سابق .

<sup>٢</sup> قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المادة ١٧٥ ،

<sup>٣</sup> شيروان هادي اسماعيل ، التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية دراسة تحليلية مقارنة دار دجلة عمان ٢٠١٠ ص ٥١ ، في حين عالج قانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٥ براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقية جريمة التقليد بالمادة ٤٤ منه يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين او بغرامة لاتزيد على الف دينار او بكلتا العقوبتين كل من قلد اختراعا منحت عنه براءة .

<sup>٤</sup> نوري حمد خاطر ، مصدر سابق ص ٢٥٧

<sup>٥</sup> المادة ٢٥ - ٤٦- ٦٢٣ قانون الملكية الفكرية الفرنسي ١٩٩٢ والمادة ١٩٤ من قانون الملكية الفكرية المصري

<sup>٦</sup> المادة ١٥ من قانون الملكية الفكرية الاردني .

<sup>٧</sup> نوري حمد خاطر مصدر سابق ص ٢٥٨

(المشرع المصري قرر غرامة لاتقل عن عشرة الاف جنيه ولا تتجاوز الخمسين الف جنيه وفي حالة العود تشدد العقوبة مع قرار بالمصادرة)<sup>١</sup>، كما وضع قانون العقوبات الفرنسي جزاءات ( بين الغرامة والحبس مع تشديد العقوبة عند العود )<sup>٢</sup> ، مما تقدم يتبين لنا بوضوح عدم جدية العقوبات التي يمكن ان تقع على المعتدي على الصنف النباتي مما يجعل الاستحواذ على الاصناف النباتية امرا ميسورا وعرضة للسرقة كما تبين ان قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي لم يشير الى نوع الجزاء الذي يفرض على المعتدي على الصنف النباتي وكل ما ذكره بنصه انه يقع تحت المسؤولية القانونية مما يتطلب التوسع في تفسير ذلك .

#### الفرع الثاني: الحماية المدنية للاصناف النباتية :

من المسلم به ان كل مشرع يضع مايراه مناسباً من القوانين والقواعد الخاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية وفقاً لما يتلائم مع بيئته ، وبالنسبة للمشرع العراقي فقد اشار في القانون المدني لتلك الحقوق تحت مصطلح ( الاموال المعنوية)<sup>٣</sup> ، وكذلك قانون حماية حق المؤلف رقم ٢ لسنة ١٩٧١ وقانون براءة الاختراع رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ ، وقانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ ، ويتضح من ديباجة الاوامر الصادرة من سلطة الائتلاف المنحلة ان المشرع العراقي نظم انواعاً جديدة من حقوق الملكية الفكرية الا وهي الاصناف النباتية ، والذي الغى بموجبه المواد من ٥١ الى ٧٩ الخاصة بالاصناف النباتية في هذا القانون ، اما المشرع الاردني فقد (نظم احكام الملكية الفكرية واحكام المنافسة غير المشروعة في قانون خاص)<sup>٤</sup> ، وكذلك فعل المشرع المصري<sup>٥</sup>، والحقيقة ان الحماية المدنية مهمة بالنسبة لمربي الاصناف النباتية او من له حق في استغلال الصنف النباتي وكما ذكرنا سابقاً لم تتوضح معالم هذه الحماية وما يترتب عنها من مسؤولية بشكل جلي في القانون العراقي واحال شأنها الى القواعد العامة حيث تعد ( الحماية المدنية حماية عامة مقررة لكافة الحقوق سواء أكان حقاً شخصياً ام عينياً او

<sup>١</sup> القانون المصري المادة ٢٠٣ و قانون الملكية الفرنسي المادة ٢٢ - ٦٢٣ - L والمادة ٣٤ - ٦٢٣ - L . من

<sup>٢</sup> قانون العقوبات الفرنسي الجديد المادة ١٥-١٣١

<sup>٣</sup> كحق المؤلف والفنان والمخترع - نص المادة ٧٠ - ١ من القانون المدني العراقي

<sup>٤</sup> للمزيد ينظر وائل انور بندق ، موسوعة الملكية الفكرية المجلد ٢ و ٤ دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٥

<sup>٥</sup> قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢

معنويا وقد نظمها القوانين المدنية كافة<sup>١</sup> ، وفقا لقواعد المسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية والتقصيرية\* ، والمسؤولية العقدية تنشأ عند الاخلال بالتزام ناشيء عن عقد استغلال نبات الغير على سبيل المثال ، فتقع المسؤولية على عاتق من ارتبط مع المربي بعقد استغلال الصنف النباتي وعلى مربي الصنف اثبات ان الضرر الذي لحق به نتيجة الخطأ الذي قام به من استحوز على الصنف بغير رضاه فبوجود العقد يستطيع صاحب الصنف النباتي ان يطالب بفسخ العقد او التعويض ، تنص المادة ١١ اولا ( لمستنبط الصنف المحمي اقامة الدعوى المدنية امام القضاء ضد من اعتدى او تجاوز على حقوقه) كما تنص المادة ١٧ ثانيا ( تختص محكمة البداية بنظر الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون بصورة مستعجلة )<sup>٢</sup> ، والحديث بالمسؤولية العقدية ليس له محل في هذه الدراسة التي اخذت بالاعتبار ان الاعتداء ضمن البلد الواحد تختص به المحاكم المحلية في حين ان فكرة حماية حقوق الملكية الفكرية في غالبيتها الاعم ذات طبيعة دولية اي بمعنى انها تشمل الاعتداء على تلك الحقوق عبر بلدين او اكثر ، ولذا نجد ان مجال تفعيل المسؤولية التقصيرية عن طريق المنافسة غير المشروعة امر ضروري والتي تقوم على ثلاثة اركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية فان الخطأ يكون عند قيام الغير باعتداء على الصنف النباتي والذي عرف بانه اخلال بواجب قانوني يصدر عن ادراك ، ان وجود الخطأ يعطي الحق بالمطالبة بالتعويض لمربي الصنف وحسب القواعد العامة عليه اللجوء لكافة طرق الاثبات بأن النبات الذي خرج مثلا من منطقته الزراعية وقام الغير بزرعه في مكان اخر او اجرى عليه تحويرا او هجنه وانتج نبات اقل جودة مما ادى الى الاضرار بسمعة المنتج الاصلي التجارية اما الضرر فهو كل اذى" يصيب الشخص في حق من حقوقه او مصلحة مشروعة له )<sup>٣</sup> ويقع عبء اثبات الضرر على مربي الصنف ( في حالة قيام الغير الذي لم يرتبط بعقد مع المربي بافشاء اسرار الصنف النباتي بعد

<sup>١</sup> ينظر المواد ١٦٨ و ١٩١ و ٢٠٤ من القانون المدني العراقي

\* حول تفاصيل وتعريف وانواع المسؤولية ينظر احمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٧ ص ٧٢٢.

<sup>٢</sup> قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي النافذ مصدر سابق

<sup>٣</sup> جبار صابر طه اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر دراسة مقارنة من منشورات جامعة صلاح الدين مطابع جامعة الموصل ١٩٨٤ ص ١٠٤

اطلاعه عليه او التشهير بما يقدمه الطرف الاخر من منتجات وغيرها<sup>١</sup> ، اما عن علاقة السببية بين الضرر والخطأ فلا قيام للمسؤولية دون وجود هذه العلاقة المباشرة لذا جاء في القوانين المدنية ان ( كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم محدثه بالتعويض )<sup>٢</sup> ، وعليه حتى يستطيع مربي الصنف الحصول على حقه في التعويض عليه اثبات ان الضرر الذي لحق به كان نتيجة لخطأ الغير الذي اعتدى على صنفه النباتي وعليه اتخاذ الوسائل القانونية لحماية حقوقه فله ان يطلب من المحكمة المختصة اثناء الدعوة او قبلها خلال ثمانية ايام اجر اءات تحفظية لوقف التعدي او الحجز على الصنف ذاته او المحافظه على الادلة ذات الصلة بالموضوع<sup>٣</sup> وهذا ما لم يرد في القانون العراقي كما ان له ان يقدم كفالة مصرفية او نقدية تحددها المحكمة لضمان جديته في طلبه وضمان حقوق الغير<sup>٤</sup> وله المطالبة بالتعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وله ايضا ( رفع اي تعدي حصل وللمحكمة ان تقرر مصادرة الصنف موضوع التعدي او اتلافه )<sup>٥</sup> ، ان قيام الغير بالاعتداء على الصنف النباتي وان عاجته القوانين المحلية من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية الا ان تطبيق ذلك فعليا والجدية باسترداد الحقوق لم تكن بالمستوى المطلوب وان تفعيل المنافسة غير المشروعة يجد مجاله الاوسع في ذلك والتي تعرف بانها ( كل فعل يخالف العادات والاصول الشرعية المرعية في المعاملات التجارية )<sup>٦</sup> ، حيث تخضع المنافسة غير المشروعة (من حيث المبدأ للاحكام العامة المتعلقة بالالتزامات التجارية وقد عالجها قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ فوضع لها قاعدة عامة )<sup>٧</sup> ، الا ان قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ (الغى باب الالتزامات التجارية وترك موضوع المنافسة غير المشروعة للقواعد العامة ولاحكام الخاصة التي وردت بشأنها في بعض القوانين ومنها قانون براءة الاختراع والنماذج

<sup>١</sup> محمد عبد الظاهر مصدر سابق ص ١٠٤

<sup>٢</sup> حسن على الذنون الميسوط في المسؤولية المدنية الجزء الاول شركة التايمز للطبع والنشر ١٩٩١ ص ١٥٥

<sup>٣</sup> القانون الاردني المادة ١٩ ب ٣ - .

<sup>٤</sup> القانون الاردني المادة ٢٩ من- القانون المصري المادة ٢٠٤ من القانون المدني الفرنسي المادة ٢٨- ٢٧- ٢٢٣ L

<sup>٥</sup> القانون الاردني المادة ٢٩ هـ

<sup>٦</sup> قانون التجارة العراقي الملغي نص المادة ٩٨

<sup>٧</sup> قانون التجارة العراقي الملغي المادة ٩-١

الصناعية رقم ٦٥ لسنة ٧٠ وقانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧)<sup>١</sup> فالمنافسة تتحقق عند خروج المنتج المحلي واحتكاره واستثماره في بلد آخر فيتعرض المنتج الوطني للخطر خصوصا في ما يتعلق بالاصناف النباتية الاستراتيجية ، وكمثال على ذلك اذا اتفق تاجر اجنبي مع تاجر عراقي على شراء صنف نباتي معين على شرط فحص الصنف ورؤيته ثم تؤخذ العينة وتزرع في بلد آخر بغير علم صاحبها علاوة على خروج اسرار زراعة هذا الصنف فيتربط على الاعتداء على الصنف النباتي دعوة اساسها الفعل الضار طبقا للقواعد العامة المقررة في المادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي التي تنص بان ( كل تعدي يصيب الغير باي ضرر يستوجب التعويض ) ، ولما كان المشرع العراقي قد وضع حكما خاصا بهذا الشأن) اذ تعد دعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى اساسها المسؤولية التقصيرية قائمة على خطأ وضرر وعلاقة سببية)<sup>٢</sup> ، فاذا توافرت هذه الشروط فلصاحب الصنف النباتي اقامة دعوى امام المحكمة المختصة وعلى المحكمة ان تحكم له اما بالتعويض او بازالة الضرر عينا او بمنع استعمال الصنف او بنشر الحكم على نفقة المعتدي في الصحف وذلك بتاكيد عائلية الصنف النباتي للدولة الام ويلاحظ وبشكل عام ( ان مكتب حماية الاصناف النباتية اصدر جريدة متخصصة لنشر مايتعلق بالصنف النباتي)<sup>٣</sup> وكذلك فعل المشرع العراقي في المادة ١٤ بوجود نشرة للاصناف الزراعية تصدرها وتكون سنوية\*، هذا ولم يبين مكان اقامة الدعوى في البلد الذي اعتدي على اصنافه النباتية وهل هناك اتفاق او معاهدة او قانون يلزم الدول بالتعويض .

### الخاتمة

تبين لنا من خلال هذه الدراسة ان بعض الدول العربية والعالمية قد نظمت قوانين الملكية الفكرية تشريعا وتطبيقا ومنها الاصناف النباتية والذي يحظى باهمية من زاويتين ، هما المكانة التي احتلها الزراعة وما يرتبط بها ، الامر الذي يجعل من الضروري البحث عن وسيلة قانونية

<sup>١</sup> باسم محمد صالح القانون التجاري القسم الاول المكتبة القانونية بغداد ٢٠٠٦ ص١٦٧

<sup>٢</sup> باسم محمد صالح مصدر سابق ص ١٧٠

<sup>٣</sup> قانون الملكية الفكرية المصري المادة ١٨٣ .

\* اعتماد وتسجيل الاصناف الزراعية .

فعالة لحماية هذا القطاع من القرصنة والاعتداء وبحفاظ على التركة الموروثة من النباتات والوصفات المتوارثة كما ان دخول الاصناف النباتية في مجال صناعة الادوية مما يعظم اهميتها كما ان الاصناف النباتية التي تكون محلا للحماية اما ان تكون موارد طبيعية او ابداعات توارثتها الاجيال وتم المحافظة عليها وادخلت عليها التحسينات وتسمى بالموروثات ، وان استغلال هذه الانواع يتم بالبلاد النامية من قبل دول اخرى وشركاتها التي حصلت على براءات اختراع لاحتكارها ، وقد تاشرت لنا ملاحظات منها ان القانون يتطلب ان يكون الصنف المحمي مسجلا ، والمفروض ان تفرض الحماية سواء كان الصنف مسجلا ام لا ، كما ان هناك نشرة زراعية سنوية تصدر بالعراق وكان الافضل ان يكون اصدارها شهريا كي يتسنى للجميع معرفة مستجدات الاصناف المسجلة ، كما ان بعض الدول العربية تجيز للناس الاطلاع على السجلات والحقوق الممنوحة للمستبسط وهذا غير معمول به في العراق مما يعطي المجال للآخرين باستعمال الصنف النباتي دون علمه باسقية تسجيله ، كما لم يتبين بوضوح طبيعة الاصناف النباتية كونها عقار ام منقول ولم يعالج القانون اذا كان مستغل الصنف النباتي بحسن نية ، كما ان الدول شرعت حدود وعقوبات لمن يعتدي على اصنافها النباتية وهو مالم يأخذ به المشرع العراقي ، وان اهم اتفاقية ( تريس ) في بداياتها لم تعط الحق في الحماية للاصناف النباتية ثم بعد ذلك عدلت واسيغت الحماية للنباتات وما يستخدم في انتاجها ، ولم يتم التمييز بين ماهو جديد في الصنف النباتي وما هو اختراعا ، ونجد ان بعض الدول اعطت حماية مؤقتة لطلب تسجيل النباتات كما في مصر وهو مالم نجده في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ العراقي ، ولم يتم تحديد الجهة السؤولة عن حل النزاع بين دولتين في قضية خاصة بالاصناف النباتية ان كانت محكمة العدل الدولية او عن طريق التحكيم ام اي جهة اخرى ، كما ان عدم قبول فكرة حماية الاصناف النباتية كونها تتعلق بقوت الناس يعني اعطاء الضوء الاخضر لاستغلال واحتكار هذه النباتات ، ولم يبين المشرع العراقي نوع المسؤولية المترتبة على مستغل الصنف النباتي عقديا كانت ام تقصيرية ام انها مسؤولية مادية تقوم على الضرر ، كما ان بعض الدول اشترطت توفر شرط سوء النية مع العلم لمستغل الصنف النباتي حتى تترتب عليه المسؤولية القانونية ، وهو مالم تشترطه القوانين الفرنسية ، كما نلاحظ عدم الاهتمام بتسجيل الاصناف النباتية بجعلها بجعلها

حجة على الناس ، ونشير الى ان الدول قد وضعت عقوبات تتراوح بين الغرامة والمصادرة والحبس لمن يعتدي على الاصناف النباتية فيما لم يضع المشرع العراقي اي عقوبة في قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ النافذ .

#### المقترحات

- ١- تفعيل قانون الملكية الفكرية في مجال الاصناف النباتية
- ٢- تعديل قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ باضافة عقوبات حقيقية لمستغل الصنف النباتي خلافا للقانون
- ٣- تفعيل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالتعاون في حماية الاصناف النباتية

#### المصادر

##### الكتب والمراجع :

١. احمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٧ ص ٧٢٢
٢. امير حاتم خوري ، اساسيات الملكية الفكرية ، منشورات الولايات المتحدة الكتاب الاول ٢٠٠٥
٣. باسم محمد صالح القانون التجاري القسم الاول المكتبة القانونية بغداد ٢٠٠٦
٤. جبار صابر طه اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر دراسة مقارنة من منشورات جامعة صلاح الدين مطابع جامعة الموصل ١٩٨٤ ص ١٠٤
٥. حسام الدين الصغير، خدمة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين، مسقط، ٢٢ مارس ٢٠٠٤
٦. حسام عبد الغني الصغير، دروس في الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى ٢٠١١
٧. حسن على الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء الاول شركة التايمز للطبع والنشر ١٩٩١ ص ١٥٥

٨. حميد محمد علي اللهبي ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في اطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ط١ ، ٢٠١١
٩. رضا عبد الحليم عبد المجيد بعض الانعكاسات القانونية لتطبيقات الهندسة الوراثية في مجال الاغذية الزراعية - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون جامعة الامارات العربية المتحدة العين ٢٠٠٢ المجلد الاول
١٠. سميحة القليوبي الملكية الصناعية دار النهضة العربية ط ٦ - ٢٠٠٧ -
١١. شيروان هادي اسماعيل ، التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية دراسة تحليلية مقارنة دار دجلة عمان ٢٠١٠
١٢. صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بغداد ط ١ ٢٠٠٧
١٣. عبد الفتاح بيومي حجازي، الملكية الصناعية في القانون المقارن دار الفكر الجامعي ٢٠٠٨ ط ١
١٤. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي الجزء الاول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ٢٠٠٨ العاتك لصناعة الكتاب القاهرة
١٥. علاء ابو الحسن العلاق ، الملكية الفكرية المباديء والتطبيق ط١ بغداد ٢٠١٠
١٦. علاء عزيز حميد الجبور ، عقد الترخيص ، رسالة ماجستير غير منشورة جامعة النهرين كلية الحقوق ٢٠٠٣
١٧. محمد طه البشير ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ج١، المكتبة القانونية بغداد ط ٢ ٢٠١٠
١٨. محمد عبد الظاهر حسين ، الحماية القانونية للاصناف النباتية وفقا للقانون المصري والمعاهدات الدولية ، جامعة القاهرة ٢٠٠٣
١٩. منير محمد الحنيهي ، التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠٠٤
٢٠. نوري حمد خاطر شرح قواعد الملكية الفكرية ، الملكية الصناعية ، دراسة مقارنة ، ط ٢ دار وائل للنشر ٢٠١٠
٢١. وائل انور بندق ، موسوعة الملكية الفكرية المجلد ٢ و ٣ و ٤ دار الفكر الجامعي ٢٠٠٥
٢٢. <http://www.weipo.int-adoss-mdocs-arab at .weipo ip journ. mct 40>
٢٣. قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢
٢٤. اتفاقية ترينس باريس ١٨٨٢ ٢٠ مارس حماية الملكية الفكرية
٢٥. قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي
٢٦. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

٢٧. قانون العقوبات الفرنسي الجديد ١٩٩٢  
٢٨. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١  
٢٩. قانون الملكية الفكرية الاردني رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٢  
٣٠. قانون الملكية الفكرية الفرنسي ١٩٩٢  
٣١. قانون تسجيل واعتماد الاصناف الزراعية العراقي رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣  
٣٢. قانون حماية الاصناف النباتية الجديد التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٩  
٣٣. قانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ حماية الملكية الفكرية العراقي النافذ  
٣٤. القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤

## التعسف في استعمال حق التأديب

م.م يسرى صبري داخل<sup>(١)</sup>

### المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد،

### أهمية الموضوع:

التعسف في استعمال الحق صورة من صور الظلم أو هو تطبيق من تطبيقاته، ومن هنا جاءت ضرورة تجريمه كونه يمثل الحيدة أو الانحراف عن الغاية الاجتماعية التي تقرر الحق من أجلها. فإباحة بعض الأفعال التي تشكل جرائم في الأصل، يفترض فيها لكي

---

<sup>(١)</sup> تدريسية في قسم القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، كلية أصول الدين الجامعة، قسم القانون.

تبقى في نطاق المشروعية الالتزام بالغاية التي تقرر الحق أو الإباحة من أجلها، هذه الغاية تمثل في الواقع حسن النية لدى صاحب الحق، فإذا ما ساءت نية انحرف بالغاية التي تقرر الحق من أجلها وعاد بالفعل من جديد إلى نطاق التجريم وسئل الفاعل عن نتائج أفعاله بصفة عمدية.

فالمشرع يفترض في كل إنسان أن يستعمل حقه بحسن نية لأن صاحب الحق متى ساءت نيته انحرف به عن حكمة تقريره، وهكذا ابتعد عن دائرة الإباحة.

والقانون إذ يعترف بالحقوق للناس ويحميها، فإن ذلك إنما يصدر عن حكمة وغاية، وهذه الحكمة هي الإطار الذي ينبغي أن يتحرك في داخله كل حق ولا يستطيع تجاوزه دون أن يقع في دائرة المسؤولية. وفي مقابل ذلك فإن القانون إذا قرر حقاً أباح الأفعال اللازمة لاستعماله بهدف الحصول على المزايا التي يتضمنها أو لمباشرة السلطات التي يخولها، إذ ليس من المعقول أن يقر القانون حقاً ثم يحظر إتيان الأفعال اللازمة والتي يقتضيها استعمال هذا الحق، ما لم توجد ضرورة عامة تستدعي الحظر ضمن حدود معلومة، وإلا تنافرت قواعد القانون وتجرد الحق من قيمته.

#### إشكالية البحث:

لقد حرصت القوانين الجنائية في أغلب الدول على تنظيم أحكام التجاوز في الإباحة، ونحى هذا المنحى الفقه الجنائي، فكانت الإشارات قليلة جداً إلى التعسف في الإباحة، بل أن الكثير لم يتناولوه. ومن هذا المنطلق ارتأينا أن نخوض في غمار موضوع يكتنفه الغموض من جهة، وصعوبة توحيد الفكرة من جهة أخرى، ذلك أن التعسف يختلف عن التجاوز من حيث الفكرة والأحكام، فلكل حق حدود وقيود، وهذه قد تكون مادية موضوعية أو شخصية غائية، فإذا ما ذكر التجاوز انصرف الذهن إلى عدم التقييد بالحدود المادية ومخالفتها. أما إذا ذكر التعسف فإنه يعني مجاوزة الحدود الغائية. هذه التفرقة لم تكن واضحة لدى الكثير من الفقهاء الذين خلطوا بين التجاوز والتعسف وبحثوا في موضوع واحد وتحت عنوان واحد ألا وهو التجاوز.

ان نظام السلطة الأبوية نظام قديم أيضاً كل ما عرفته من حقوق، ذلك أنها تعبر عن غرائز ونزعات طبيعية تكاد تفرض نفسها فرضاً، وهي حقوق تثبت للشخص كونه عضواً في عائلة وتقرر لتنظيم العلاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة كونها الخلية الأساسية لتكوين المجتمع. فقد قدر المشرع أن مصلحة الأسرة ومن ورائها مصلحة المجتمع تقتضي أن تكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر، وأن تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عنها، وهذه المصلحة ترقى إلى مرتبة عداً حق للمجتمع، وترجع على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه على بعض حقوق أخرى يحددها القانون.

وهذا الحق لم يقرر لأي فرد من أفراد العائلة كي يتمتع به منفرداً، بل لتحقيق غاية أسمى هي دعم كيان الأسرة وبالتالي النظام الاجتماعي بأكمله.

هذا وقد أناط المشرع العراقي حق تأديب الزوجة للزوج وتأديب الأولاد القصر للاب، وعليه يمكننا تقسيم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة، نتناول فيها تأديب الزوجة وتأديب الأولاد القصر وأحكام التعسف في استعمال حق التأديب.

### المبحث الأول: تأديب الزوجة

التأديب لغةً: مصدر أدبه تأديباً أي علمه الأدب، وعاقبة على إساءته، وهو رياضة النفس ومحاسن الأخلاق، ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى<sup>(١)</sup>.

وللزوج أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله تعالى عليها من طاعته بأن لا تفعل ما يأمرها به وتترك ما ينهها عنه، حيث أن للزوج تأديب زوجته عند عصيانها أمره بالمعروف لا بالمعصية<sup>(٢)</sup>، لأن الله تعالى أمر بتأديب النساء بالوعظ والهجر والضرب عند عدم طاعتهم، وأصل هذا الحق قوله تعالى: ((واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً))<sup>(٣)</sup>.

وللإحاطة بموضوع تأديب الزوجة ارتأينا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول فيها مدلول تأديب الزوجة وشروط هذا التأديب وأخيراً وسائل التأديب.

(١) الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٦، ص ١٠.

(٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار العروبة، القاهرة، ط ٣، ١٩٦٣، ج ١، ص ٥١٣.

(٣) سورة النساء، آية ٣٤.

## المطلب الأول: مدلول تأديب الزوجة

منح الشرع للزوج على زوجته حق التأديب، وليس في ذلك أي امتهان أو تحقير للزوجة، لأن الأسرة شأنها شأن أية جماعة لابد أن يكون لها نظام لتأديب من يشذ عن نظامها أو يخالف السلوك المألوف فيها حتى لا يختل أمرها ويسوء حالها. والتأديب لصالح المرأة والأسرة فهو يثني المرأة عن خطئها فتعود إلى طاعة زوجها<sup>(١)</sup>.

هذا ويعرف حق التأديب المقرر للزوج على زوجته وفق سلطة قررها الشارع لمصلحة الزوج على زوجته عند نشوزها في وسائل تأديب محددة ولأغراض وأهداف محددة تتلخص بتهديبها وإصلاحها حيث اشارت اليها المادة (٤) من قانون العقوبات العراقي، نصت لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق وتأديب الزوج لزوجته الخ....

وإعطاء حق التأديب للزوج دون غيره فيه ستر على أخطاء الزوجة وهي يجب أن تظل في طي الكتمان حفاظاً على كرامتها وهيبتها بين أهلها ومعارفها، فضلاً عن أن الزوج هو الأعمى بوسيلة تأديبها التي تجدي معها حتى يأتي التأديب الثمرة المرجوة منه<sup>(٢)</sup>.

والنساء في هذا المجال صنفان أشارت إليهما الآية الكريمة في سورة النساء ((الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن... الآية))<sup>(٣)</sup>، فالصنف الأول منهن هن الطائعات لأزواجهن واللواتي يقمن بواجب الزوجية ممثلات بأوامر الله تعالى ومنتهيات عن نهيه، أما الصنف الثاني فهن اللواتي لا يقمن بما يجب عليهن من حقوق الزوجية، وهذا هو الوقت الذي تظهر فيه الحاجة إلى أعمال حق الرجل في تأديب زوجته وإصلاحها. إلا أن هذا التأديب وذاك الإصلاح يختلف باختلاف حالة الزوجة، وباختلاف الذنب الذي تقتضيه الزوجة. فإذا تحققت الطاعة وجب الكف عن التأديب لتحقيق الغاية منه.

(١) المستشار عمرو عيسى الفقي، الطاعة والنشوز، المكتب الفني، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥٣.

(٢) المستشار عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٣) سورة النساء، آية (٣٤).

وللزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لا حدَّ فيها، مثل عصيان أوامر الزوج والخروج من المنزل دون إذنه وتبذير ماله.. الخ واستناداً الى الرأي الراجح فإن له حق تعزيرها على ترك الفرائض إذا كانت مسلمة مثل ترك الصوم والصلاة<sup>(١)</sup>. وقد نص المشرع العراقي على حق الزوج في تأديب الزوجة في حدود ما هو مقرر شرعاً وقانوناً وذلك في الفقرة (١) من المادة (٤) من قانون العقوبات بوصفه صورة من صور استعمال الحق<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على الحق المنصوص عليه قانوناً عدم مساءلة الزوج عن التأديب لا جزائياً ولا مدنياً ما دام في حدوده المشروعة (التي سنأتي على ذكرها تفصيلاً) لأنه يستعمل حقاً أباحه إياه الشرع والقانون<sup>(٣)</sup>.

هذا ومن الجدير بالذكر بأن الطاعة المطلوبة من الزوجة ليست طاعة مطلقة بل إنها طاعة مقيدة بأن لا تكون في معصية، فالزوج الذي يأمر زوجته بترك الصلاة أو الصيام أو يأمرها بشرب الخمر أو نزع الحجاب الشرعي أو ارتكاب الفواحش فهنا لا مجال للحديث عن طاعة واجبة، بل على العكس، إذ يجب على الزوجة أن تعصيه<sup>(٤)</sup>، عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام: ((لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق))<sup>(٥)</sup>.

#### المطلب الثاني: شروط تأديب الزوجة

لم يطلق الشارع هذا الحق وإنما أحاطه بقيود عديدة، تكفل انحصاره في المجال الذي يتفق ومصلحة الأسرة والمجتمع، ويمكن أن نجمال أهم القيود أو الشروط المقيدة لحق تأديب الزوج لزوجته بالآتي:

أولاً: الصفة:

(١) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٥١٣.

(٢) كما نصت عليه المادة (١٨٢) من قانون العقوبات السوري و المادة (١٨٣) من قانون العقوبات اللبناني، والمادة (٦٩) من قانون العقوبات الأردني.

(٣) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٥١٧-٥١٨.

(٤) د. محي هلال سرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٧، ص ٧١.

(٥) رواه أو داود في سننه، ج ٢، ص ١١٧.

ذلك أن هذا الحق يثبت للزوج فقط فلا يجوز لغيره إثباته لا من أهله ولا من أهلها، فهذا الحق يثبت للزوج دون غيره فلا يجوز الإنابة فيه، وإذا حدثت عوقب المعتدي على الزوجة كونه فاعلاً وعوقب الزوج كونه شريكاً. كما ويثبت هذا الحق بثبوت الزوجية ويزول بزوالها، فمناط الحق هو العلاقة الزوجية، فإذا انقضت بالطلاق البائن زال حق الزوج بتأديب زوجته<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: حدود استعمال الحق:

إذ يتعين أن يصدر عن الزوجة سلوك معين يوصف بالنشوز حتى يكون لزوجها تأديبها، وفي غير هذا الموضع لا يكون لهذا الحق وجود<sup>(٢)</sup>. والنشوز لغة المكان المرتفع من الأرض وهو على وزن فلوس وجمعه نشوز<sup>(٣)</sup> وبالتالي فإن الزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها أو عصيان المرأة زوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه وقد نصت المادة ٢٥ من قانون الأحوال الشخصية فقرة ٥ النشوز سبب من اسباب التفريق وتعتبر الزوجة ناشزاً في حكم القانون العراقي اذا تركت بيت زوجها بلا اذن وبغير وجه شرعي... الخ. وقد توسع الفقهاء في مدلول النشوز فجعلوه شاملاً (كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر). بيد أن هذا التوسع له حدوده التي يقف عندها، ومن هذه الحدود ألا تكون المعصية قد ورد فيها حد مقرر، فحيث تبلغ المعصية قدراً واضحاً من الخطورة يجب فيها الحد لا يكون للتأديب محل، إذ لم تعد آثارها مقتصرة على الأسرة ولم يعد تعزيز الزوج كافياً لمواجهة خطورتها وإنما غدت تعني المجتمع بأكمله<sup>(٤)</sup>. كذلك يجب ألا يكون أمر ما ارتكبه الزوجة قد رفع إلى الإمام أو القضاء، فإن تم رفعه كان له دون الزوج زجرها إلا إذا رجا إصلاحها على يد زوجها، فيكون له أن يكل ذلك إليه<sup>(٥)</sup>. ومن أمثلة النشوز التي ينهض بها حق التأديب خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذنه أو إهدارها لماله دون وجه حق أو قيامها بلقاء الغرباء وغير المحارم دون وجوده.. الخ،

(١) د. محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الطلاق، مجلة القضاء، ع ١٠٢، ص ٣٤، ١٩٧٩، ص ١٠٦-١٠٧، المستشار احمد

محمود خليل، جريمة الزنا، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٣-١٤.

(٢) د. محمود نجيب حسني، اسباب الأباحة في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٠١.

(٣) مختار الصحاح، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٦، ص ١٠.

(٤) د. علي حسين الشرفي، شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، دار المنار، صنعاء، ١٩٩٣، ص ١٦٨.

(٥) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٠٣.

والرأي الراجح أن له تعزيزها على ترك الفرائض إذا كانت مسلمة مثل ترك الصوم والصلاة. وعلى هذا الأساس فإنه لكي تعد الزوجة ناشزاً يجب أن يصدر عنها سلوك يجعلها كذلك، فهذا السلوك أمر لا بد منه حتى يتحقق النشوز وبالتالي ينشأ الحق في التأديب المقرر للزوج. والسلوك الذي تعد به الزوجة ناشزاً قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً تبعاً للشكل الذي يظهر عليه في محيط العالم الخارجي. فالسلوك الإيجابي الذي تعد به الزوجة ناشزاً هو إقدامها على عمل يمنع الشرع القيام به، أما السلوك السلبي فهو إحجامها عن أداء واجب أو عمل يفرضه الشرع عليها بمقتضى عقد الزواج مثل امتناعها عن المعاشرة الزوجية أو امتناعها عن القيام بأعمالها المنزلية<sup>(١)</sup>.

#### ثالثاً: التزام وسائل التأديب:

تأديب الزوج لزوجته حق له ويكون بالموعظة الحسنة والهجر بالمضاجع والضرب كما نصت عليها الآية الكريمة الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً<sup>(٢)</sup>

وكذلك حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) الذي قال فيه: ((استوصوا بالنساء خيراً فإنما هي عندهم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً<sup>(٣)</sup>). والضرب في التأديب هو الضرب غير المبرح الذي يوجع ولا يترتب عليه تلف للنفس أو الأعضاء، فإذا أدب الزوج زوجته وتجاوز الحدود المقررة فإنه مسؤول عن أي ضرر أو تلف ينتج عن فعله، ذلك أن التأديب حق للزوج والحق مقيد بشرط السلامة<sup>(٤)</sup>.

(١) د. هلالى عبد الاله احمد، تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٦٢.

(٢) سورة النساء: آية ٣٤

(٣) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط ٢، ١٣٧١ هـ، ج ٦، ص ٢٣٦.

(٤) ممدوح عزمي المحامي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص ٧٤.

## رابعاً: حسن النية:

يعني هذا الشرط أن يكون استعمال حق التأديب متفقاً مع الغاية والحكمة المقصودة من تشريعه، فلا ينحرف به الزوج عن ذلك شفاء لحقد في نفسه أو انتقام أو لمجرد الإيذاء. فعلى الزوج أن يضع نصب عينيه غاية سامية وهي التأديب أثناء أفعاله<sup>(١)</sup>.  
فالتأديب قد شرع للزوج لتقويم وتصحيح سلوك المرأة الناشز فالأساس إذا من تقرير هذا الحق هو الإصلاح، فإذا ما كانت هناك غاية أخرى غير الإصلاح فلا وجود للحق والإباحة.

## المطلب الثالث: وسائل التأديب

للتأديب وسائل ثلاث كما جاء بالآية الكريمة الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيرًا<sup>(٢)</sup> وهي: الموعظة والهجر في المضاجع والضرب. ولكن السؤال الذي يثار في هذا المجال هو: هل أن الزوج ملزم بالترتيب الوارد في الآية الكريمة أم أن له الحق في الضرب لأول معصية؟ يرى مالك وأبو حنيفة والشعبة الإمامية أن الضرب لا يكون لأول معصية وإنما يكون لتكرار المعصية والإصرار عليها، فعلى الزوج الترتيب الوارد في الآية الكريمة فيبدأ بالوعظ فإن عصت ثانية كان له أن يهجرها، فإن عادت كان له أن يضربها. هذا الرأي يتفق مع الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد. وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله تعالى: ((فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن))، وإن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل، وهذا سبيله أن يبدأ بالأسهل فالأسهل. ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن من يضرب زوجته ابتداءً دون الالتزام بالترتيب الوارد فإنه يعاقب.

(١) د. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٨، ص ٣٣٧، ممدوح عزمي المحامي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص ٢٧٢-٢٧٣.

(٢) سورة النساء: آية ٣٤

أما الرأي الراجح في مذهبي الشافعي واحمد فإن من حق الزوج ضرب زوجته سواء تكررت المعصية أم لم تتكرر. وسواء سبقه وعظ وهجر أم لم يسبقه، وحجتهم أن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وأن الواو في قوله تعالى قد جاءت لمطلق الجمع وليس للترتيب. ويترتب على هذا الرأي أن من يضرب زوجته ابتداءً فإنه لا يعاقب لأنه إنما يمارس حقه المنوط له شرعاً إذا كان في حدوده المقررة<sup>(١)</sup>.

أما هذه المراحل الثلاث فيمكننا أن نتناولها بشيء من الاختصار كالآتي:

#### أولاً: مرحلة الوعظ والإشارة:

وذلك بأن يتكلم معها كلاماً رقيقاً ليناً وذلك بلا ضرب أو هجر. وهذا الوعظ يجب أن يكون بالموعظة الحسنة لقوله تعالى: ((ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة))<sup>(٢)</sup>، والموعظة الحسنة هي التي لا يخفى على من تعظه أنك تنصحه وتقصد ما ينفعه فيها. وينبغي أن يكون سرّاً بينه وبينها لا بحضور أهلها أو أهله أو أطفالهما، وينبغي أن يكون ذلك بعدم جرح مشاعرها أو بإظهار رغبته في التسلط وحب الانتقام أو غير ذلك<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً: مرحلة الهجر في المضاجع:

والهجر هنا هو عدم المضاجعة في الفراش، أما هجر الكلام فقد اختلف فيه، فهناك من يرى أن الهجر هو هجر المضاجع والكلام، وذهب الرأي الآخر أن الهجر هو هجر المضاجع أما هجر الكلام فلا يجب أن يزيد على ثلاثة أيام لقوله عليه الصلاة والسلام: ((لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام))<sup>(٤)</sup>.

(١) للتوسع ينظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٥١٤-٥١٥، أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج ٣، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ، ص ٨٩، السيد محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، ج ٤، مؤسسة النشر الإسلامية، قم، ١٤٠٢هـ، ص ٣٤٥.

(٢) سورة النحل، آية (١٢٥).

(٣) د. ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين المرأة والرجل، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٧٥.

(٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، رقم الحديث ٤٦٤٤.

ومها يكن من أمر فإن الهجر يجب أن لا يكون واضحاً أو ظاهراً في غير مكان خلوة الزوجين ولا يكون أمام الأطفال، ولا أمام الغرباء بإذلال الزوجة أمامهم واستهانتهم بكرامتها فتزداد نشوزاً، فالمقصود علاج النشوز لا إذلال الزوجة<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: مرحلة الضرب:

والضرب المقصود هنا هو الضرب غير المبرح لقوله عليه الصلاة والسلام: ((إن لكم عليهم أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح))<sup>(٢)</sup>. والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد وغير الشائن، فيجب أن لا يكون شديداً ولا يؤثر في الجسم أو يغير لون الجلد وأن يجتنب فيه المواطن الحساسة من الجسم مثل الوجه أو المواضع المهلكة مثل البطن<sup>(٣)</sup>. ويشترط في الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه، وأن يكون مما يعد مثله تأديباً في الوسط الاجتماعي أو البيئة التي يعيش فيها<sup>(٤)</sup>.

وفي ذلك تذهب محكمة التمييز في العراق في قرار لها بأن: ((الضرب المباح للتأديب يجب أن لا يترك أثراً ولا يصيب الوجه مطلقاً))<sup>(٥)</sup>. وفي قرار آخر لها ذهبت فيه إلى أن: ((اعتداء الزوج على زوجته بضربها على وجهها وجر شعرها في الشارع العام أما المارين يخرج عن حدود التأديب المسموح به للزوج على زوجته ويشكل جريمة تنطبق عليها المادة ٤١٥ عقوبات))<sup>(٦)</sup>. قرارات قضائية حديثة قررت محكمة التمييز في قرار لها بان السب والشتم والقذف ليست من الامور التي تدخل في حدود تأديب الزوج لزوجته المشمولة بالمادة (٤١) عقوبات ويعاقب الزوج عن ذلك بموجب المادة (٤٣٤) عقوبات<sup>(٧)</sup> وبمثل ذلك تذهب

(١) للتوسع في الاراء ينظر: علي عبد الله القضاة، حقوق الزوج، المكتبة الوطنية، عمان، ط١، ٢٠٠٢، ص٥٣-٥٥.

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي، رقم الحديث ٢١٣٧.

(٣) عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص٥٨، د. عبد القادر الشخيلي، السكنية والمودة والرحمة بين الزوجين، جمعية العفاف الخيرية، عمان، ط١، ٢٠٠١، ص٦٥.

(٤) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص٥١٦.

(٥) قرار رقم ٥٠١/تميزية/ ١٩٧٦ في ١١/٥/٧٦، مجلة الأحكام العدلية، ع٢، ص٧، ١٩٧٧، ص٣٧١-٣٧٢.

(٦) قرار رقم ٤٥٢/تميزية/ ١٩٧٦ في ٩/٥/٧٦، المرجع السابق، ص٣٧٢.

(٧) ينظر بالمعنى نفسه القرار رقم (٥٠٠/تميزية/ ١٩٧٦ في ١١/٥/١٩٧٦ / مجموعة الاحكام العدلية العدد/الثاني/ السنة

محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: ((حق الزوج في تأديب زوجته حده أن لا يحدث أثراً بجسم الزوجة. الضرب الذي يحدث سحباً بسيطة معاقب عليه))<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول أخيراً في هذا المجال بأنه ليس للزوج أن يؤدب زوجته إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد، ويعد عمل الزوج في الحالين اعتداء لا تأديباً<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثاني: تأديب الأولاد القصر

ان المادة (٤١) من قانون العقوبات في فقرتها الأولى تنص على تأديب الزوجة، وهذا كان أحد العيوب التي سهلت النقد الشديد بداعي أن المشرع فيها قد ساوى بين الزوجة وبين الأولاد القصر، وهو غير صواب، ذلك أنه لا يجوز القياس بين غير متماثلين، فضلاً عن أن مفهوم وشروط تأديب الزوجة غير مفهوم وشروط تأديب الأولاد القصر. فتأديب الزوجة مثلاً حق شخصي لا ينصرف لغير الزوج بعكس الأباء والمعلمين لأنه ينصرف إلى من في حكمهم<sup>(٣)</sup>، إضافة إلى غير ذلك من الاختلافات التي سنلاحظها في هذا المبحث.

ولبيان الحق في تأديب الأولاد القصر يتعين علينا دراسته في ضوء المسألتين الآتيتين: مدلول الحق في تأديب الأولاد القصر وشروط الحق في تأديبهم وتناول كلاً منهما في مطلب مستقل.

### المطلب الأول: مدلول حق تأديب الأولاد القصر

عرف فقهاء القانون القاصر بأنه: « من لم يبلغ سن الرشد القانوني » (٤) كما أنهم شاركوا فقهاء الشريعة في استعمال مصطلحات أخرى للدلالة على القاصر: صغير السن والحدث.

(١) الطعن رقم ١١٣٢، جلسة ١٩٧٥/١١/٢، معوض عبد التواب، الوسيط في أحكام النقض الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٤٦.

(٢) نظام الدين عبد الحميد، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي، احكام النكاح، ط ١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٨٦، ص ١٩٤.

(٣) د. ضاري خليل محمود، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٤) المستشار كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص: ١٧.

فالحديث في عرف القانون هو: « صغير السن الذي أتم السن التي حددها القانون للتمييز ولم يتجاوز السن التي حددها لبلوغ سن الرشد»<sup>(١)</sup>

قررت الشريعة الإسلامية حق تأديب الصغار، وهي في هذا المجال واجب التطبيق بعد اعتراف القانون الوضعي بها بعدّها من مسائل الولاية على النفس. ويعني ذلك أن فعل التأديب مشروع طبقاً للقانون الذي ينظم الولاية على النفس، فيتعين أن يكون مشروعاً كذلك وفقاً لقانون العقوبات، فلا تقوم به جريمة وأن تضمن مساساً بسلامة جسم من يخضع للتأديب، فتأديب الأولاد القصر حق يقوم باستعماله سبب للإباحة<sup>(٢)</sup>.

ويمكننا أن نقول بأن حق تأديب الأولاد القصر يعني: سلطة مقررة للأب والمعلم ومن في حكمهما على الأولاد القصر لمبررات معينة تتمثل بتهذيبه وتأديبه عن طريق وسائل محددة. فمن بديهيات الأمور أن الأولاد القصر بحاجة للمراقبة، والالتزام بالمراقبة يقابله حق التأديب. وعلى مقتضى الفقرة الأولى من المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي، فإن هذا الحق مقرر للأباء والمعلمين ومن في حكمهم، وهؤلاء من تثبت لهم ولاية النفس على الصغير عند انعدام الأب، مثل الجد والأخ والعم ومعلم الحرفة والوصي على القاصر، أما الأم فإنها تملك الضرب للتعليم بلا خلاف وللتأديب على رأي وأحكام تأديب الأولاد القصر مستمدة كما هو الحال في تأديب الزوجة من أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(٣)</sup>، فهي المصدر القانوني له إذ يقول الله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة))<sup>(٤)</sup> فوقاية الأهل من النار بأن يصلح الرجل أهله إصلاح الراعي للرعية، لقوله عليه الصلاة والسلام ((كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راعٍ في أهله وهو مسؤول عن رعيته))<sup>(٥)</sup>.

(١) منذر عرفات زيتون. ص: ٤٢ .

(٢) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٨٤.

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديدي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٢، ص ١٠٣، د. أكرم نشأت، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، مطبعة الفتيان، بغداد، ١٩٩٨، ص ١٣٤. ومن الجدير بالذكر أنه قد درجت قوانين كثيرة على النص صراحة على هذا الحق ومنها قانون العقوبات الأردني في المادة (٦٢) منه، وقانون العقوبات اللبناني في المادة (١٨٦)، وقانون العقوبات السوري في المادة (١٨٥)، وقانون الجزاء الكويتي في المادة (٢٩)، وقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ في المادة (٥٣) منه.

(٤) سورة التحريم، الآية ٦.

(٥) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، رقم الحديث ٨٤٤.

ويتحقق هذا الإصلاح بالنصح والتأديب. وفي ذلك يقول صلى الله عليه وسلم: ((لأن يؤدب الرجل ولده خير من أن يتصدق بصاع))<sup>(١)</sup>، وقوله عليه الصلاة والسلام: ((ما نحل والد ولده من نحل أفضل من أدب حسن))<sup>(٢)</sup>. وقوله أيضاً عليه الصلاة والسلام: ((علموا الصبي الصلاة ابن سبع واضربوه عليها ابن عشر))<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني: شروط تأديب الأولاد القصر

لممارسة الحق في تأديب الأولاد القصر شروط متعددة يجب مراعاتها عند ممارسة هذا الحق، وهذه الشروط إما أن ترجع إلى من له حق التأديب أو الخاضع للتأديب أو وسائل التأديب وغاياته، ونتناول هذه الشروط فيما يأتي:

#### أولاً: لمن يباح حق التأديب:

إباحة تأديب الأولاد القصر حق مقرر للأب كونه الولي الشرعي على النفس، حيث أقرت الشريعة الإسلامية هذا الحق للأب ومن ثم لولي النفس أياً كان مثل الجد والأخ والعم. وتقرر الشريعة هذا الحق كذلك للوصي كونه يقوم على شؤون الصغير ويتولى الإشراف عليه ورقابته. كما ويثبت هذا الحق أيضاً للمعلم سواء كان معلم حرفة أو مدرساً بشرط إذن الأب أو الولي أو الوصي<sup>(٤)</sup>. ذلك لأنه يؤديه نيابة عن الأب لمصلحة الصبي، ولما كان الولي قد يغيب وقت التعليم فإنه من المصلحة أم يكون الحق للمعلم<sup>(٥)</sup>.

هذا وقد يوسع القانون الوضعي من نطاق هذا الحق فيضيف إلى من ذكرتهم الشريعة الإسلامية أشخاصاً آخرين، فيسعمهم تبعاً لذلك الاحتجاج بالقانون الوضعي لإباحة أفعالهم. ومصدر هذا التوسع يرجع إلى تحديد من لهم حق الرقابة على من هم في حاجة إليها بسبب قصرهم، فالارتباط وثيق بين الرقابة والتأديب. وعلى ذلك فإن القانون إذا ما قرر لشخص الرقابة

(١) رواه الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة عن رسول الله، باب ما جاء في أدب الولد، رقم الحديث ١٨٧٤.

(٢) رواه الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة عن رسول الله، باب ما جاء في أدب الولد، رقم الحديث ١٨٧٥.

(٣) رواه الترمذي في سننه، كتاب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، رقم الحديث ٣٧٢.

(٤) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٥) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٥١٩، د. هلالى عبد الاله، المرجع السابق، ص ١٩٤.

على صغير فمعنى ذلك أنه يخوله أيضاً تأديبه ما لم ينفِ ذلك صراحة<sup>(١)</sup>. وقد انفردت الشريعة الإسلامية بإعطاء حق تأديب الصغار لعامة المسلمين إذا لم يوجد من يقوم بتأديبهم، وذلك على أساس قاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبالتالي فكل من رأى صغيراً على منكر فله الحق في منعه تأديباً له<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن منح حق التأديب للمعلم على تلاميذه لا يعطيه حق ضربهم، فإذا ما ضرب المعلم تلاميذه كان معتدياً ووجب معاقبته تبعاً لذلك. وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن: ((حق التأديب للمدرس لا يعطيه حق ضرب التلميذ))<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: من يمارس عليه حق التأديب:

ذكر المشرع العراقي أن من يمارس عليه التأديب هم الأولاد القصر، ويراد بهم كل من كان خاضعاً للولاية على النفس، فإذا ما انقضت هذه السن انقضت الولاية بدورها ولم يعد لحق التأديب محل<sup>(٤)</sup>. ويمكن القول أن الذي يمارس في مواجهته حق التأديب هو الصبي المميز<sup>(٥)</sup>، وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد سن التمييز، فقليل بمعيارين أحدهما موضوعي زمني والآخر شخصي. فمن قال بالمعيار الموضوعي حدده بإكمال السابعة ودخول الثامنة<sup>(٦)</sup>، ومنهم من قال أنه الدخول بالسابعة لأن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أمر الأولياء أن يأمرؤا أولادهم بالصلاة في السنة السابعة، بقوله عليه الصلاة والسلام: ((مروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين واضربوهم عليها لعشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع))<sup>(٧)</sup>. ولكن التمييز هو أن يصير الصبي بحالة يفرق فيها بين الخير والشر، والنافع والضار، فالتمييز ليس له وقت

(١) د. مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٢) لقوله تعالى: ((ولكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر)). سورة آل عمران، آية (١٠٤).

(٣) نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢، أشار إليه د. عبد الحكم فودة، امتناع المساءلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٠٧.

(٤) د. محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، ط ٤، ١٩٦٥، ص ٢٩٣.

(٥) د. هلالى عبد الاله، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٦) د. مصطفى الزلمي، موانع المسؤولية الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٩٠، ص ٥٨.

(٧) رواه احمد و أبو داود، نيل الاوطار للشوكاني، ج ١، ص ٣٤٨.

محدد، فقد يأتي مبكراً وقد يكون متأخراً، ويعرف بآثاره التي تبدو في تصرفات الصغير<sup>(١)</sup>. ولهذا فإن مجلة الاحكام العدلية قد عرفت في المادة ٩٤٣ منها بقولها: ((الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء أي لا يعلم كون المبيع سلباً للملك والشراء جالباً له. ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز)).

وتنتهي مرحلة التمييز بالبلوغ، وهو أيضاً إما أن يكون بالعلامة أو بالسن، وعلامات البلوغ عند الانثى الحيض والاحتلام والحبل، وعند الذكر الاحتلام والاحبال. أما من حيث السن فقد اختلف في تقديره، فقدّر الإمام أبو حنيفة في المشهور عنه بثمانية عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للانثى، أما الجمهور فقدّره بخمس عشرة سنة لكليهما. وعلى العموم فإن الصغير إذا بلغ سواء بالعلامات أم بالسن ترفع عنه الولاية على النفس<sup>(٢)</sup>. هذا ومن الجدير بالذكر أن قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ قد حدد سن البلوغ بإتمام سن الثامنة عشرة.

### ثالثاً: وسائل التأديب:

وسيلة التأديب قد تكون قولاً أو فعلاً. أما القول فيراد به التأديب والتعنيف، ولا جدال في جواز الالتجاء إليه، لأنه إذا كان التأديب بالضرب جائزاً تعين إجازة ما دونه من وسائل، فالموعظة تبدأ بالرفق واللين وتندرج حتى تصل إلى التعنيف والتهديد. إضافة لذلك أعطى الحق لولي الأمر أو من له حق التأديب ضرب الصغير، غير أن هذا الضرب يجب أن يكون غير مبرح، وهو ما لا يكسر عظماً ولا يترك أثراً وان لا يوقع على الأماكن الحساسة أو القاتلة في الجسم وأن يتم فيه اجتناب الوجه. كما في كل المواضع وأن الفقهاء اشترطوا أن يتم الضرب باليد لا بالعصا أو السوط. هذا فضلاً عن ذلك فإنه يجب مراعاة حالة الصغير من القوة أو الضعف فالضرب قد يكون بسيطاً لبعض الصغار بينما يكون شديداً على آخرين لضعفهم أو نحالة جسمهم، وهنا تدخل السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى جسامة الضرب ومقدار دخوله في نطاق حق التأديب، وله أن يسترشد بالشروط التي وضعها الفقهاء كونها قرائن<sup>(٣)</sup>. بل

(١) د. هلال عبد الله، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٢) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٣) د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة، الموصل، ١٩٩٠، ص ٣٤١.

أن التأديب يجوز أن يكون عن طريق تقييد الحرية كونه وسيلة لمنع الصغير من إتيان سلوك غير قويم، بشرط أن يكون تقييد الحرية على نحو لا يصيب الصغير بأذى بدني، فيجوز أن يتخذ صورة إقفال الأبواب أو وضع حارس، فإذا لم يكن ذلك ممكناً جاز وضع قيد في قدميه، شرط أن يراعي في هذه الحالة أن لا يكون من شأن هذا القيد تعذيب أو منع من الحركة أو إيلاام للبدن<sup>(١)</sup>. وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن: ((وضع المتهم قيداً حديدياً في رجلي أخته عند غيابه ملاحظاً في ذلك ألا يمنعها عن الحركة بداخل المنزل وألا يؤلم بدنها لا تجاوز فيه لحدود حق التأديب المخول له قانوناً))<sup>(٢)</sup>. أما إذا أدى هذا التقييد إلى إحداث مرض ما فهنا يقع فعله تحت طائلة قانون العقوبات، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية بقولها: ((فإذا ربط والد ابنته بحبل ربطاً محكماً في عضديها أحدث عندها غغريناً سبب وفاتها فهذا تعذيب شنيع يقع تحت طائلة قانون العقوبات))<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التعليمات الموجهة للمدارس والمعاهد تمنع استخدام الضرب على أية مخالفة يأتيتها التلميذ، وبذلك تكون هذه التعليمات قيداً على حق التأديب كما ورد في الشريعة الإسلامية<sup>(٤)</sup>.

رابعاً: الغاية من التأديب:

تأديب الصغار سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي إنما هو مقرر لغاية معينة هي إصلاح حالهم وتهذيبهم وتعليمهم ومن ثم لا يعد سبباً مباحاً ضرب الصغار بقصد الانتقام أو لحنهم على ارتكاب المعصية فهنا يعد العمل غير مشروع، وبالتالي فإن استعمال حق تأديب الصغار يجب أن يكون متفقاً مع الغاية المستهدفة وإلا عدَّ صاحبه متعسفاً في استعماله لحقه<sup>(٥)</sup>.

### المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على التعسف

(١) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١١٢، د. السعيد مصطفى السعيد بك، المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٢) نقض جلسة ١٩٤٣/١/٤، أشار إليه ممدوح عزمي، ص ٧٨.

(٣) نقض جلسة ١٩٣٣/٦/٥، أشار إليه ممدوح عزمي، ص ٧٧.

(٤) أشار إليها د. ماهر عبد شويش، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

(٥) د. فخري الحديثي، المرجع السابق، ص ١٣٥، د. هلاي عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

نتناول في هذا المبحث أهم المبررات والغايات المستهدفة من وراء إباحة تأديب الزوجة والأولاد القصر وكيفية الخروج عليها مما يترتب عليه حصول التعسف في استعمال الحق، وكذلك عناصر هذا التعسف وآثار التعسف، وكلاً منها في مطلب مستقل.

### المطلب الأول: تجاوز الحدود الغائية في حق التأديب

لا يختلف فقهاء الشريعة والقانون في طبيعة الحق من ناحية أنه يعطي سلطة أو مكنة يقدر بها على تحقيق المصلحة التي يكفلها له هذا الحق، والمصلحة التي يكفلها الحق تمثل الغاية التي يتوقف عليها وجوده، كما تمثل الإطار العام الذي يحكم سلوك صاحب الحق عند استعماله لحقه حيث يتقيد في استعمال حقه بحدود تلك المصلحة على أساس أنها الغاية من استعمال الحق، فاستعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا كان يشيع حاجة مشروعة<sup>(١)</sup>.

والحقوق تبعاً لذلك تتقيد - كما علمنا سابقاً - بنوعين من القيود، قيود تتصل بطبيعة الحق ونطاقه وتسمى بالحدود الموضوعية للحق. وقيود تتصل بغاية الحق وتعرف بالحدود الغائية للحق. وهذه الحدود الأخيرة على درجة كبيرة من الأهمية في استعمال حق التأديب، ذلك أن الحدود الموضوعية له قد تكفلت القواعد القانونية بتنظيمها وتحديد سلطات صاحب الحق تجاه من يخضع لهذا الحق مما يجعلها محددة، أما الحدود الغائية فإنها تتعدد ولا تنتهي، مما يزيد من أهمية وصعوبة تحديدها، وإن الخروج عن هذه الحدود يولد التعسف في استعمال حق التأديب، حيث أنها تتمثل في عمل عادي في مظهره ولكنه يمارس دون غرض نافع مع قصد الإضرار، فيعد بذلك عملاً غير عادي، ويقسم مسؤولية صاحبه على الرغم من مشروعيته من حيث المضمون والحدود<sup>(٢)</sup>.

ففي تأديب الزوجة فإن الغاية منه هو تهذيبها وحملها على الطاعة وإصلاح نشوزها، فولاية التأديب وضعها الشارع حقاً بيد الزوج، ليستهدف باستعماله حق التأديب هذه الغاية، فإذا ابتغى بفعله غير ذلك، أصبح فعله تعسفياً غير مشروع، لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها، كأن يريد به الانتقام أو التعبير عن الكراهية أو حمل الزوجة على المعصية أو

(١) د. محمد شوقي السيد، القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٦٧.

(٢) د. عبد الله مبروك النجار، الاستعداد في استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٥٢.

إنفاق مالها في وجه لا تراه مناسباً...الخ، ولو أنه استعمل حقه في الحدود الموضوعية المرسومة له شرعاً وقانوناً<sup>(١)</sup>، ويقول صاحب منح الجليل: ((إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها، لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها))<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يقرر الفقهاء على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة لأن ذلك يناقض قصد المشرع من تشريعه هذا الحق، ومناقضة الشارع باطلة، فما يؤدي إليها باطل ولا يمكن أن يكون هناك معنى للتعسف غير هذا.

وعلى الزوج أن لا يستعجل في اللجوء إلى الضرب، فليتحمل أخطاء الزوجة وتقصيرها في حقه، ويكتفي بالوعظ والهجر، فإذا استنفد صبره ورأى أن الضرب قد يأتي بالإصلاح بشاره كونه علاج وليس انتقام. فغاية التأديب قد تتحقق في إحدى الإجراءات التي شرعها الشارع وبالتالي يجب التوقف عندها وعدم تجاوزها إلى التي تليها. وهذا يدل على أن الغاية غاية الطاعة وهي المقصودة لا طاعة الإرغام<sup>(٣)</sup>. فالتأديب إذا حصل بالأخف من الأفعال والأقوال لا يعدل إلى الاغلاظ، إذ هو مفسدة لا فائدة فيه لحصول الغرض بما هو دونه.

وكل ما قيل عن تأديب الزوجة يسري على تأديب الصغار، من وجوب استعمال الحق فيما شرع من أجله، وإذا استعمله لتحقيق غرض غير مشروع كان تعسفاً فلا يجوز. ويمكن تبعاً لذلك حصر أهم مبررات تأديب الصغار في الآتي<sup>(٤)</sup>:

١- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

إذ يؤمر الصغير بكل ما هو مأمور به شرعاً ويُنهى عن كل ما هو منكر.

٢- تعليم العلوم الشرعية والدينية النافعة:

(١) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٠٥، د. محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ١٠٦.

(٢) منح الجليل، ج ٢، ص ١٧٦، نقلاً عن د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مطبعة جامعة دمشق، ط ١، ١٩٦٧، ص ٤٨١.

(٣) علي عبد الله القضاة، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٤) د. هلال عبد الله احمد، المرجع السابق، ص ٢٠٠-٢٠٢.

إذ يجب على القائمين بأمر الصغير أن يأمره بالصلاة والصوم، وكل ما يساعده على فهم الشريعة والعلوم النافعة، ولهم إكراهه على ذلك.

٣- التعويد على الآداب الإسلامية ومكارم الأخلاق:

وذلك بحثه عليها مثل تعليمه آداب الاستئذان وكيفية تناول الطعام. وتأسيساً على ذلك ذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى أن الصبي يُنهى ويؤدب عن كل فعل محرم إذا اقتصر فيه الصبي مثل السرقة والزنا والكذب، كما ذهبوا إلى القول بتعزيز الصبي عن كل جنابة ليس لها حد مقرر ولا كفارة لا لكونه (الصغير) من أهل العقوبة وإنما تأديباً وتهذيباً<sup>(١)</sup>. ولا يكاد يختلف فقهاء القانون في ذلك عن فقهاء الشريعة، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: ((وضع المتهم قيلاً حديدياً في رجلي ابنته عند غيابه ملاحظاً في ذلك ألا يمنعها من الحركة بداخل المنزل ولا يؤلم بدنها لا تجاوز فيه لحق التأديب المخول له قانوناً))<sup>(٢)</sup>. وعلى العموم فالولاية في الشرع منوطة بالمصلحة، ويؤمر من وضع الولاية في يده برعاية الأصلح للمولى عليه فهو حق وواجب في آن واحد. وعليه فإن الولي إذا أهمل أو اتخذ حق الولاية وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة، كان متعسفاً، ووجب سلب حق الولاية منه<sup>(٣)</sup>.

وأخيراً فلا يمكن أن يقال أن هذه الإباحة طارئة ومشروعة على خلاف القياس لأن الأصل صيانة الإنسان عن الإضرار به وسلامة جسمه وعدم تعريضه للإيلام، والاستبعاد إنما يكون في استعمال الحق أو فيما هو مباح إباحة أصلية، ذلك أن الشريعة لا تفرق بين الإباحة الأصلية والطارئة من حيث الغاية فكلاهما وسيلة شرعت لحكمة، وأما عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه فهو أصل عام يعارض كل إباحة أو حق استعمل على وجه يلحق الأضرار بالغير، لعموم الحديث ((لا ضرر ولا ضرار)) إلا ما استثنى من ذلك بدليل ولمصلحة معينة رآها المشرع أولى بالرعاية من مقتضى الأصل العام، فيجب أن لا تعتسف تلك المصلحة. على أن

(١) للتوسع في الآراء ينظر د. هاللي عبد الله أحمد، المرجع نفسه، ص ٢٠٢.

(٢) نقض جلسة ١٩٤٣/٤، أشار إليه ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٣) د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ٤٨٤، د. محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص ١٠٧.

الوسيلة إذ غلب الظن عدم إفضاؤها إلى الثمرة المرجوة منها لم تشرع، لأن استعمالها حينئذ يصبح ضرباً من العبث أو الإضرار وكلاهما غير مشروع لمناقضته قصد الشارع<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني: أركان التعسف في استعمال حق التأديب

إذا حاد الشخص صاحب الحق في التأديب بسلوكه عن الغاية المطلوبة من منحه حق التأديب خرج فعله من نطاق الإباحة أو المشروعية إلى نطاق التجريم والعقاب، ونتج عن فعله جريمة يتوافر فيها ركنان هما الركن المادي والمعنوي. وتتناول كلاهما فيما يأتي:

أولاً: الركن المادي:

الركن المادي هو إحدى الدعامتين اللتين ينهض عليهما التعسف في استعمال حق التأديب. وهو يتحقق بكل سلوك يصدر عن الجاني ويكون من شأنه الحيدة عن الغاية الاجتماعية للحق المخول له استعماله. والركن المادي هو ضرورة في كل جريمة، فلا جريمة بغير عنصر مادي. فالنموذج الإجرامي هو الصورة المادية للجريمة كما رسمتها القاعدة الجنائية الإيجابية، أي تلك الصورة اللازم أن يتخذها السلوك الإنساني مادياً حتى يمكن وصفه بالجريمة وأياً كانت صورة السلوك الذي يتكون منه النموذج الإجرامي فإنه في كل الحالات وفي كل النماذج مادي خارجي فيما يتعلق بشخص صاحبه، بمعنى أنه ينبعث من هذا الشخص في صورة مادية قابلة لأن يعاينها الغير باستخدام حواس الإدراك<sup>(٢)</sup>.

ففي مجال الحق في التأديب المقرر للزوج على زوجته، فإن فعل التعسف يتحقق مثلاً إذا ضرب الزوج زوجته بقصد معين غير قصد التأديب، كأن يضربها لتترك الصلاة أو تنزع الحجاب أو تقيم علاقة غير مشروعة مع رجال غرباء أو يجبرها على الجلوس معهم، وقد يتحقق إذا كان الضرب لمجرد الانتقام أو بث الرعب في نفوس أولاده أو لإهانتها أمام أهله أو أهلها أو غيرهم. ففي كل ذلك فإن الضرب يكون غير مشروع ويتحقق العنصر المادي من خلاله.

(١) د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ٤٨١-٤٨٢.

(٢) د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٢، ١٩٧٦، ص ٣١٤-٣١٦، د. ماهر عبد شويش، المرجع السابق، ص ١٨٧-١٨٨.

أما في مجال التأديب المقرر على الأولاد القصر فإن التعسف يتحقق إذا كان المقصود من الضرب أو الوعظ الانتقام أو إكراه الصغير على عمل غير مشروع مثل السرقة أو الزنا... الخ.

وينبغي أن يترتب على فعل التعسف هذا أثر معين يسمى بالنتيجة الجرمية ويتمثل بالإضرار الفعلي والانتهاك الأكيد للمصلحة محل الحماية الجزائية والضرر هنا هو تعطيل أو انتقاص حق أو مصلحة يحميها القانون أو هو إهدار هذه المصلحة أو الحد منها<sup>(١)</sup>. وقد تتحقق النتيجة في صورة ضرر معنوي يوصف بأنه اعتداء على مصلحة جديرة من وجهة نظر المشرع بالحماية الجزائية، بمعنى آخر فإن النتيجة قد تقع لمجرد تعريض المصلحة المحمية للخطر وإن لم يقع ضرر بالمعنى المادي المحسوس<sup>(٢)</sup>. ويتحقق ذلك بمجرد وقوع تهديد على حق يحميه القانون، لأن التهديد بمثابة اعتداء جزئي على حق من الحقوق القانونية من شأنه أن يحدث اضطراباً في حياة الأفراد وأن يسلبهم حقهم الطبيعي في حياة حرة آمنة، مثل الزوج الذي دأب على تهديد زوجته بالضرب أو بالزواج عليها الأمر الذي أثر في صحتها فسات وتدهورت<sup>(٣)</sup>.

وبعد ذلك ينبغي لمساءلة الفاعل عن فعله أن ترتبط هذه النتيجة بالفعل ارتباط السبب بالمسبب أي أن تقوم بين الفعل والنتيجة رابطة سببية، بغض النظر عما إذا كان الجاني قد توقع النتيجة أم لا، إذ أنها تقوم حيث تكون النتيجة محتملة الوقوع وفقاً للسير العادي للأمر<sup>(٤)</sup>.  
ثانياً: الركن المعنوي:

الركن المعنوي علاقة تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، وهذه العلاقة محل اللوم القانون، وتتمثل فيها سيطرة الجاني على الفعل وآثاره، وجوهرها الإرادة، ومن ثم كانت ذات طبيعة نفسية<sup>(٥)</sup>. ويعتد المشرع بالركن المعنوي لأنه تعبير عن شخصية الجاني بمناسبة

(١) د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي، القسم العام، مطبعة جامعة الكويت، ط ٣، ١٩٨٧، ص ٥٤.

(٢) د. فخري الحديفي، المرجع السابق، ص ١٨٩-١٩٠.

(٣) د. هاللي عبد الاله احمد، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٤) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٤-٥.

(٥) د. شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ٩٣٧-٩٤٠.

فعل معين ارتكبه، ومن ثم كان مظهراً لهذه الشخصية التي يتجه إليها القانون بالردع والإصلاح<sup>(١)</sup>.

والتعسف في استعمال حق التأديب يكون دائماً عمدياً، إذ أنه يقترن بسوء نية الجاني الذي يتخذ من الوسيلة المشروعة غرضاً غير مشروع. فسوء النية تعني اتجاه إرادة الجاني إلى فعل يعد جريمة مع علمه بذلك، فالأب الذي يضرب ابنه بقصد الانتقام إنما يفعل ذلك وهو يعلم أنه يستخدم حقاً خوله إياه القانون قاصداً منه غرضاً غير الذي على أساسه خوله إياه ذاك الحق. والزواج الذي يهجر زوجته من غير سبب سوى الإضرار بها وإجبارها على فعل غير مشروع إنما يخرج بفعله هذا الذي خوله إياه المشرع عن الحدود الغائية للحق وبالتالي يعد متعسفاً في حقه أو أنه يرتكب فعلاً غير مشروع لا لأنه بذاته غير مشروع وإنما لانحراف قصده عن الغاية الاجتماعية لحقه في التأديب. فأساس التجريم في استعمال حق التأديب عند الخروج به عن غاياته الاجتماعية ليس ذات الفعل المشروع أصلاً، وإنما هو الانحراف بالعنصر المعنوي أو القصد أو سوء النية التي هي أساس التجريم في التعسف. فالأصل أن يستخدم الأب أو الزوج حقهما بحسن نية، فلما حادا عنه دخل الفعل في إطار عدم المشروعية بسبب سوء النية أو العمد بصرف النظر عن البواعث الدافعة للتصرف محل التجريم.

### المطلب الثالث: آثار التعسف في استعمال حق التأديب

بعد تحقق التعسف بحياد صاحب الحق عن الغاية الاجتماعية المقررة لذلك الحق، تنتفي عندها علة الإباحة ومن ثم تنشأ جريمة تخضع لحدود التجريم فإذا نشأت الجريمة نتجت تبعاً لذلك آثار التجريم والتي تتلخص بمسؤولية المتعسف في استعمال حقه والجزاء المترتب على ذلك التعسف، ونبين كلاً منهما في الآتي:

#### أولاً: المسؤولية الجزائية:

إذا استعمل الزوج أو الأب أو المعلم أو من في حكمها حقهم في التأديب في حدوده المشروعة وكان ضمن الغاية الاجتماعية التي قيد المشرع استعمال الحق بها، فإنهم لا يُسألون لا مدنياً ولا جزائياً عن أفعالهم، لأنهم إنما يستعملون حقاً إباحة إياهم المشرع. وفي ذلك

(١) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق، ص ٩.

تذهب محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: ((الاستعمال المشروع للحق يترتب عليه انتفاء مسؤولية صاحب الحق عما ينشأ من ضرر))<sup>(١)</sup>. فإذا ما شاب استعمال الحق في التأديب انحراف مقصود بحيث صاحبه سوء نية عُدد ذلك خطأ عمداً، أية جريمة عمدية، ويتوقف تكييفها على نوع النموذج القانوني الذي ينطبق عليها، فالذي يضرب ابنته تحت ستار التأديب فيتسبب في وفاتها فإنه يعد مرتكباً جريمة الضرب المفضي إلى موت، ومن يضرب زوجته بقصد سوى قصد التأديب فتتخلف عن ذلك آثار في جسمها يعد مرتكباً جريمة الإيذاء العمد<sup>(٢)</sup>. وكما سبق الإشارة فإن المستقر عليها في الفقه القانوني، أن التعسف يفترض بقاء صاحب الحق في الحدود التي عينها القانون لحقه، ومباشرته لتحقيق غرض آخر غير الغرض الذي حدده القانون وإن أدى لتحقيق فائدة لصاحبه، أما تجاوز حدود الحق فيعني خروج صاحب الحق عن حدوده الموضوعية أو المادية المقررة قانوناً. وتبدو أهمية هذه التفرقة في أن التعسف يخضع للتجريم حيث لا يتوافر أساس الإباحة بانعدام الدافع المشروع وبالتالي فإنه يكون عمدياً دائماً، أما تجاوز حدود الحق، فمع خضوعه للتجريم فإنه قد يكون عمدياً أو غير عمدي وبالتالي يعد ظرفاً قضائياً مخففاً للعقوبة وهو أمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>(٣)</sup>.

وعلى العموم فإن الزوج أو الأب أو كل من يتمتع بحق التأديب لا يكون أي منهم مسؤولاً عن استعمال حقه إذا راعى فيه الحدود الغائية والمادية لأنه إنما يستعمل حقاً إباحه إياه المشرع، أما إذا خرج بفعله عن هذه الحدود كان مسؤولاً جزائياً ومدنياً عن فعله غير المشروع الذي خرج من نطاق المشروعية وعاد إلى نطاق التجريم.

ثانياً: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال حق التأديب:

تقضي القواعد العامة بأنه عند تحقق التعسف وقيام المسؤولية أن يعاقب الفاعل على تعسفه بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، ذلك أن العقوبة هي الجزاء الجنائي الذي يفرضه

(١) نقض ١٩٨١/٦/٩، طعن ٥٩، المستشار أنور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج ٣، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٣، ص ١٣٧.

(٢) د. عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص ٤٩٨، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي (كتاب عبد القادر عودة) مع تعليقات السيد إسماعيل الصدر وآراء للدكتور توفيق الشاوي، دار الشروق، القاهرة، ج ٣، ط ١، ٢٠٠١، ص ١٨٨.

(٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، العف داخل الأسرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٥-٤٦.

المشرع على من يرتكب فعل يعده جريمة إذا شكل انتهاكاً وخرقاً لحقوق محمية قانوناً. فالزوج الذي يضرب زوجته بقصد إجبارها على عمل غير مشروع يعاقب بوصف فعله جريمة إيذاء عمد مما يقتضي فرض عقوبة هذه الجريمة عليه وفق المواد (٤١٢-٤١٥) من قانون العقوبات، والذي يضرب ابنه انتقاماً منه ويؤدي هذا الضرب إلى موته فإنه يُسأل عن جريمة ضرب مفضي إلى موت وبالتالي استحقاقه العقوبة وفقاً للمادة (٤١٠) من قانون العقوبات، فضلاً عن ذلك الجزاء الجنائي الذي تقضي به المحكمة، فإن هناك جزاء آخر ألا وهو الجزاء المدني. فالزوجة التي تقع تحت تعسف زوجها باستعماله لحق التأديب فإنه يحق لها طلب التفريق للضرر والمتمثل بعنف الزوج. فضلاً عن ذلك فإن التعويض المادي والمعنوي يعد جزاء مدنياً مهماً في معالجة من يتعسف باستعمال حقه، ذلك أن الزوجة أو الصغير لهم حق التعويض المادي والمعنوي عما يلحقهم من أضرار نتيجة التعسف الذي يقع عليهم<sup>(١)</sup>. فالتعويض هو جبر للضرر الذي يلحق بالشخص، وحق المجنى عليه في التعويض يعني حقه في الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقعه أو تسبب بوقوعه<sup>(٢)</sup>. فهو جزاء مهم للحد من تعسف الأزواج أو الأباء أو المعلمين أو من في حكمهم عند استعمالهم لحقهم في التأديب.

#### الخاتمة

لابد في كل بحث ودراسة أن ينتهي الباحث الى ما خلص اليه من نتائج وما توصل إليه من توصيات، وإلا كان بحثه ناقصاً تنعدم فيه الجدية، إذ أن أهمية البحث تكمن في معالجة موضوع معين، ولا تتم هذه المعالجة إلا بعد الوصول إلى نتائج ووضع التوصيات، وهذه بدورها تقوم بإزالة الغموض والنقص في ذلك الموضوع. وعند معالجتنا لموضوع تجريم التعسف في استعمال الحق فإننا قد توصلنا إلى مقترحات وتوصيات عدة أهمها الآتي:

أولاً: وجدنا من خلال البحث ان الشريعة الغراء تبيح للزوج تاديب الزوجة في ظروف وحالات ضيقة جداً بالضرب غير المبرح اذا ارتكبت معصية، بينما التشريعات الجنائية لبعض الدول ومنها قانون العقوبات العراقي جعل تاديب الزوجة استعمالاً للحق بنص صريح ضمن اسباب

(١) د. مقدّم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة، بيروت، ط ١، ١٩٨٥، ص ٢٠١-٢٠٣.

(٢) د. محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص ١٥٨-١٥٩.

الإباحة حيث نصت المادة (٤١) منه (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعد استعمالاً للحق ١ - تأديب الزوج لزوجته...)

ثانياً: ان طاعة الزوجة لزوجها من الواجبات التي فرضها الاسلام عليها لان (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم)، فالمفروض بان الضرب ياتي بالمرحلة الأخيرة عليه ان يرشدها أولاً بالقول اللين المقنع فاذا لم يفد ذلك هجرها في المضاجع لان هذا هو الطريق الثاني الذي يجب ان يسلكه قد ينجح وقد لا ينجح، الوسيلة الثالثة الضرب ولكن وفق الشرع والقانون وان يكون القصد منه التأديب وليس الانتقام والتكيل بها.

ثالثاً: تناولنا أساس التعسف في استعمال الحق، وقلنا أن الفقهاء ذهبوا إلى بناء أساس للتعسف، فقيل بأساسين، فقال بعضهم أن أساس التعسف هو الخطأ الموصل للمسؤولية التقصيرية، بينما ذهب آخرون إلى أن هذه النظرية ذات كيان خاص مستقل، ورأينا مع الرأي الثاني لأن أساس التعسف مرتبط بالحق من حيث كونه وسيلة وليس غاية وبالتالي فإنه يعد من حيث الاستعمال نسبياً وليس مطلقاً فهو مقيد بالحدود التي رسمها القانون أو الشرع.

رابعاً: يجب التمييز بين التعسف في استعمال الحق والتجاوز في القانون المدني، إذ يخلط الكثير من الفقهاء بينهما، بل أن بعضهم جعل التعسف صورة من صور التجاوز. غير أننا قلنا أن التعسف يختلف عن التجاوز، فالتعسف يقصد به ممارسة شخص ما فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حكم شرعي أو إباحة على وجه يلحق الأضرار بالغير أو يخالف حكمة المشروعية، أما التجاوز فإنه يفترض عملاً غير مشروع أصلاً، وبعبارة أخرى، فإن للحق حدوداً شخصية ومادية على صاحب الحق الالتزام بها، فإذا ما خرج عن الحدود الشخصية عد متعسفاً، أما إذا تعدى الحدود المادية كان متجاوزاً في استعمال حقه.

خامساً: التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية عالجته الشريعة نظرية التعسف في استعمال الحق معالجة موضوعية شاملة متقدمة، فاستوعبت حالات التعسف جميعاً وأرستها على قواعد ثابتة ولها ضوابط محددة لا اضطراب فيها ولا في أحكامها.

سادساً: توصلنا إلى أن أسباب الإباحة هي انتفاء التجريم عن بعض الأفعال والتي تعد في ظاهرها جرائم بسبب اقترانها بأسباب معينة في ظل أوضاع معينة في الباب الأول التكييف

القانوني لاستعمال الحق وصور الإخلال به، فقلنا أن أساس استعمال الحق هو الإباحة المنصوص عليها قانوناً.

سابعاً: قد أحسن المشرع العراقي بجعل الجهل في أسباب الإباحة لا يحول دون إحداث أثرها، ذلك أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تنتج أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الفعل. غير أننا قلنا أن المشرع في النص على الغلط في الإباحة قد جانبه الصواب ذلك أن المساواة بين الإباحة نفسها والغلط فيها غير دقيق، ذلك أن الغلط في الإباحة لا يعدل الإباحة ذاتها، لكنه ينفي القصد الجنائي وبالتالي فلا يعد فعله مجزماً لعدم توافر القصد. وهنا دعوة للمشرع العراقي بتعديل نص المادة (٤٠) من قانون العقوبات والتساوت بين الإباحة في ذاتها والغلط فيها، وجعل الغلط في الإباحة نافياً للعمد، لعدم توافر القصد الجنائي.

وقيل بعدة أسس لمشروعية إباحة استعمال حق العنف، منها رضا المجنى عليه وانتفاء القصد الجنائي وترخيص القانون، وقلنا بأن ترخيص وإباحة القانون هو الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لإباحة العنف المستخدم في بعض الأحوال. وبعد فلا يسعنا إلا قول ربنا بسم الله الرحمن الرحيم ((ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)) صدق الله العظيم.

### قائمة المصادر والمراجع

#### أولاً: مصادر الفقه واللغة:

- ١- ابن ملك، شرح المنار، المطبعة العثمانية، القاهرة، ١٣٠٨هـ.
- ٢- أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ.
- ٣- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح للرافعي، دار الباز، مكة المكرمة، بلا سنة نشر.
- ٤- السيد محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة النشر الإسلامية، قم، ١٤٠٢هـ.
- ٥- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار بيروت، لبنان، ١٩٥٦.
- ٦- عبد الله بن محمود بن مردود الموطي، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، مطبعة دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر.

٧- عمر بركات الشامي، فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر ط٢، ١٩٥٣

٨- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٦

٩- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط٢، ١٣٧١هـ.

١٠- نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، صحاح العلامة الجوهري، دار الحضارة العربية، بيروت، بلا سنة نشر.

### ثانياً: المراجع: المراجع باللغة العربية:

١- د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٠

٢- د. أبو اليزيد علي المتيت، جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ط٣، ١٩٧٥

٣- د. احمد سعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الأيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، بلا دار ومكان وسنة نشر.

٤- د. احمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع كويت تايمز، الكويت، ١٩٨٣

٥- د. احمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٦،

٦- احمد صبري أسعد، قانون العقوبات المصري معلقاً على نصوصه ومذياً بأحكام محكمة النقض، ط١، بلا دار ومكان نشر، ١٩٥٧

٧- د. احمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار العروبة، القاهرة، ط٢، ١٩٦١

٨- د. احمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.

### الرسائل والاطاريح:

١- د. أمل فاضل عبد خشان، العنف ضد المرأة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد- ٢٠٠٢

٢- د. حاتم محمد صالح العاني، استخدام القوة من جانب أفراد السلطة العامة، كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠١،

٣- د. حسن عودة زعال، التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٩٥

٤- د. خلود سامي آل معجون، النظرية العامة للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٨٤

٥- د. داود سلمان العطار، تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

### البحوث:

- ١- إبراهيم الهنداوي، نظرية إساءة استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مجلة العدالة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية، أبو ظبي، ع ٣٠، س ٩، ١٩٨٢
- ٢- د. أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والقانونية للإنعاش الصناعي، المجلة الجنائية القومية، ع ٣، م ١٩، ١٩٧٦،
- ٣- د. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، المجلة الجنائية القومية، ع ١٢، م ١٩، ١٩٧٦
- ٤- د. آمال عبد الرحيم عثمان، النظريات المعاصرة للعقوبة، المجلة الدولية للعلوم الجنائية، ع ١٢، ١٩٧٦
- ٥- د. ثروت حبيب، القوة كسبب للتطبيق في القانون الإنكليزي، مجلة القانون والاقتصاد، ع ٢، س ٣٦، ١٩٦٦.

### الدوريات:

- ١- مجلة القضاء، ع ١، شباط، س ٩، ١٩٥١
- ٢- مجموعة الأحكام العدلية، ع ٢، ١٩٧٧
- ٣- مجموعة الأحكام العدلية، ع ٢، س ٩، ١٩٧٨
- ٤- مجموعة الأحكام العدلية، ع ٢، س ١٩٨٢، ١٣
- ٥- مجموع أحكام محكمة النقض، س ٢٥، ١٩٧٤

### القوانين:

- ١- دستور العراق لعام ١٩٧٠
- ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٤- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
- ٥- قانون نقابة أطباء الأسنان رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٠.